

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-SARJA N:o 62

P. J. MUUKKONEN

ESISOPIMUS

SIVIILIOIKEUDELLINEN
TUTKIMUS

AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA
JAKAJA

SUOMALAISEN
LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA
A-SARJA
N:o 62

SUOMALAISEN LAKIMIES-
YHDISTYKSEN JULKAISUJA

A-SARJA

N:o 62

P. J. MUUKKONEN

ESISOPIMUS

SIVILIOIKEUDELLINEN
TUTKIMUS

Der Vorvertrag
Eine zivilrechtliche Studie
Zusammenfassung

JAKAJA AKATEEMINEN KIRJAKAUPPA

ESISOPIMUS

SIVIILIOIKEUDELLINEN
TUTKIMUS

KIRJOITTANUT
P. J. MUUKKONEN

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

Vammala 1960.
Vammalan Kirjapaino Oy.
ISBN 978-951-855-824-1 (PDF)

ALKUSANAT

Tässä tutkimuksessa pyritään antamaan yleiskuva esisopimuksesta. Yleishahmotukseen pyrkivänä se ei voi antaa vastausta kaikkiin yksityisiin kysymyksiin. Jos se kykenee edes hieman raottamaan »esisopimusopin» ovea, on päämäärä saavutettu.

Miellyttävänä velvollisuutenani on kiittää professori Simo Zittingiä. Hän on lukenut teoksen käsikirjoituksen eräiltä osin ja tällöin sekä muulloinkin käydyissä keskusteluissa tehnyt merkittäviä huomautuksia. Professori Huugo Raniselle olen kiitollinen monista hyödyllisistä neuvoista. Kiitollinen olen myös filosofian maisteri Aili Jalavalle, joka on suorittanut teoksen kieliasun tarkastuksen.

Kiitollisena mainitsen Valtion humanistiselta toimikunnalta vuonna 1958 saamani apurahan, joka on tukenut tutkimustani taloudellisesti. Suomalaista Lakimiesyhdistystä kiitän siitä, että yhdistys on hyväksynyt kirjan julkaisusarjaansa.

Helsingissä, helmikuussa 1960.

P. J. Muukkonen

SISÄLLYSLUETTELO

Alkusanat	V
Kirjallisuusluettelo	XI
Lyhennyksiä	XIX

JOHDANTO

1 §. Oppihistoriallinen katsaus	1
2 §. Lainsäädäntö ja käytäntö	6
1. Lainsäädäntö	6
2. Käytäntö	8

I LUKU. ESISOPIMUS OIKEUSTOSIASIANA

3 §. Esisopimuksen käsite	11
A. Ennakkomääritelmä	11
B. Esimerkkitapaukset	13
a) Avioliiton esisopimus (kihlaus)	13
b) Kauppaa koskeva esisopimus	14
c) Lahjanlupaus	15
d) Panttausluvanta	16
e) Takausluvanta	18
f) Vekselinluvanta	18
g) Velaksiantolupaus	19
h) Vuokrasopimuksen esisopimus	20
4 §. Lähikäsitteiden erottelua	21
A. Rajankäynnin tarpeellisuus	21
B. Sopimusneuvottelujen ns. punktaatiot	21
C. Tarjous	22
D. Ehdollinen pääsopimus	23
E. Virheellinen pääsopimus	24
F. Ohje- eli normisopimukset	25
G. Käsitteellisiä johtopäätöksiä	27

II LUKU. ESISOPIMUKSEN OIKEUSVAIKUTUKSISTA

5 §. Sitovuus asianosaisrelaatiossa	28
A. Mitä sitovuudella tarkoitetaan?	28
B. Sitovuuskysymys kirjallisuutemme ja oikeuskäytäntömme valossa ..	31
C. Yksityistapausten tarkastelua	33
a) Yleiset perusteet	33

b) Avioliiton esisopimuksen sitovuus	36
c) Kaupan esisopimusten sitovuus	37
aa) Asunto-osakkeiden kaupan esisopimus	37
bb) Kiinteistökaupan esisopimus	39
d) Lahjanlupauksen sitovuus	46
e) Panttausluvannan sitovuus	47
f) Takausluvannan sitovuus	49
g) Vekselinluvannan sitovuus	52
h) Velaksiantolupauksen sitovuus	53
i) Vuokrasopimusten esisopimuksen sitovuus	55
D. Yhteen veto	56
6 §. Sitovuuden edellytykset	57
1. Yleistä	57
2. Esisopimuksen muoto	58
A. Kysymyksen asettelu	58
B. Kirjallisuuskatsaus	59
a) Pääsopimuksen muutosäännöstä on sovellettava esisopimukseen ..	60
b) Pääsopimuksen muutosäännös ei ulotu esisopimukseen	60
c) Sveitsiläis-itävaltalainen käsitys	61
d) Ratkaisu on tehtävä kussakin tapauksessa erikseen	62
C. Yksityistapausten tarkastelu	63
D. Johtopäätökset	66
3. Esisopimuksen sisällys	67
7 §. Sitovuus henkilövaihdoksissa	72
1. Tutkimusalan rajoittaminen	72
2. Luonnonsuoritusvaatimuksen reaalin sisältö	73
A. Lähtökohta	74
B. Luontoissuoritusvelvollisuuden täyttäminen	74
C. Johtopäätöksiä	80
3. Kuka voi vaatia esisopimuksen täyttämistä	80
A. Periytyminen	80
a) Voiko perillinen vaatia kiinteistökaupan esisopimuksen täyt- tämistä?	81
b) Voiko lahjanlupauksen saajan perillinen vaatia lupauksen täyt- tämistä?	83
c) Voiko panttauslupauksen saajan (velkojan) perillinen vaatia pant- tauslupauksen täyttämistä?	84
d) Voiko velaksiantolupauksen saajan perillinen vaatia lupauksen täyttämistä?	84
e) Yhteen veto	85
B. Siirrettävyys	85
a) Voidaanko kiinteistökaupan esisopimus siirtää?	87
b) Voidaanko lahjanlupaus siirtää?	88
c) Voidaanko panttausluvanta siirtää?	89
d) Voidaanko velaksiantolupaus siirtää?	89
e) Yhteen veto	90

C. Ulosmittaus- ja konkurssitapaukset	90
4. Kenen pitää täyttää esisopimus	91
A. Periytyminen	91
a) Onko perillinen velvollinen täyttämään kiinteistönkaupan esisopimuksen?	92
b) Onko perillinen velvollinen täyttämään lahjanlupauksen?	92
c) Onko perillinen velvollinen täyttämään panttausluvannan?	93
d) Onko perillinen velvollinen täyttämään velaksiantolupauksen? ..	93
e) Yhteenveto	93
B. Siirto- ja ulosmittaustapaukset	94
C. Konkurssitapaukset	94
a) Onko konkurssipesä velvollinen täyttämään kiinteistönkaupan esisopimuksen?	94
b) Onko konkurssipesä velvollinen täyttämään lahjanlupauksen?	95
c) Onko konkurssipesä velvollinen täyttämään panttausluvannan? ..	96
d) Onko konkurssipesä velvollinen täyttämään velaksiantolupauksen? ..	97
e) Yhteenveto	97
8 §. Sitovuuden lakkaaminen	98
A. Esisopimuksen voimassaoloaika	98
B. Esisopimuksen purkaminen	101
C. Olosuhteiden muutoksen vaikutus sitovuuteen	102
9 §. Muita oikeusvaikutuksia	105
1. Negatiivisen sopimusedun korvaaminen	105
2. Sopimussakko	110
3. Käsiraha	113
III LUKU. ESISOPIMUKSEN OIKEUDELLINEN LUONNE	
10 §. Esisopimus ajattelutapana	117
Zusammenfassung	121
Asiahakemisto	133

KIRJALLISUUSLUETTELO

- Aaltonen, Aimo O.*: Tavarán virheistä. Hankintaa koskeva kauppaoikeudellinen tutkimus. I. Helsinki 1955.
- Adler, Karl*: Realcontract und Vorvertrag. *IhJ* 1892 s. 190 ss.
- Almási, Anton*: Ungarisches Privatrecht. II. Berlin und Leipzig 1923.
- Almén Tore*: Om auktion såsom medel att åvägbringa aftal. II. Upsala 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—II. Kommentar till lagen den 20 juni 1905. 3 uppl. ombesörjad av Rudolf Eklund. Stockholm 1934. (Köp I—II)
- Almén, Tore—Eklund, Rudolf*: Lagen om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område av den 11 juni 1915. Stockholm 1949.
- Anderegg, Karl*: Die Formerfordernisse im neuen Bürgschaftsrecht. Bern 1943.
- Arnholm, Carl Jacob*: Alminnelig avtalerett. Oslo 1949.
- Ask, John*: Om kreditaftal enligt svensk civilrätt. Lund 1882. (Kreditaftal)
- » — Om formaliteter vid kontrakt enligt romersk och svensk förmögenhetsrätt. I—II. Lund 1887. (Ask I—II)
- Aubert, Wilhelm*: Om straffens sosiale funksjon. Oslo 1954.
- Augdahl, Per*: Den norske obligasjonsretts almindelige del. Oslo 1954.
- Becker, H.*: Obligationenrecht. I. Allgemeine Bestimmungen. — Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, begründet von M. Gmür, herausgegeben von H. Becker. Band VI: 1. Bern 1941.
- Björling, C. G.*: Oåterkallelig fullmakt. Festskrift för Berndt Julius Grotenfelt, Helsingfors 1929, s. 5 ss.
- Björling, C. G.—Malmström, Åke*: Civilrätt. Lärobok för nybörjare. 14 uppl. Malmö 1954.
- von Bonsdorff, P. E.*: Vilken rättsverkan medför ett s.k. föravtal? *JFT* 1958 s. 320.
- 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.
- Bugge, Nicolay L.*: Avtaleloven med motiver og henvisninger. 3 utg. Oslo 1949.
- Burckhardt, Walther*: Einführung in die Rechtswissenschaft. Zürich 1939.
- 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 överenskomma 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.
- » — Några anmärkningar om formlost ingånget avtalsvite till säkerhet om formbundna avtal. DL 1951 s. 1 ss.
- » — Vähän K. A. Telarannan väitöskirjasta ja vastaväittäjän lausunnosta. LM 1954 s. 151 ss.
- Caselius, Ilmari*: Omistajankiinnityksestä Suomen oikeuden mukaan. Helsinki 1924. (Omistajankiinnitys)
- » — Panttioikeuden käsitteestä Suomen oikeuden mukaan. Helsinki 1925. (Pantti)
- » — Sopimussakon suhteesta vahingonkorvaukseen. DL 1929 s. 356 ss.
- » — Sopimukseen perustuvat irrottamisoikeudet. Varallisuus oikeudellinen tutkimus Suomen voimassaolevan oikeuden mukaan. Helsinki 1934. (Irrottamisoikeudet)
- » — Esisopimus kiinteistökaupasta. Kysymys simuloidusta oikeustoimesta. DL 1955 II s. 48 ss.
- Castrén, U. J.*: Siviilioikeudelliset oikeustoimet ja vero-oikeus. LM 1950, s. 556 ss.
- Chydenius, Jakob Wilhelm*: Aftal om försträkning. JFT 1892—93 s. 50 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)
- » — Lagen om aktiebolag. Helsingfors 1936. (Om aktiebolag)
- Degenkolb, Heinrich*: Zur Lehre vom Vorvertrag. AcP 1887 s. 1 ss.
- Dénéréaz, Jean-David*: Promesse de vente, pacte d'emption et pratique notariale vaudoise. Lausanne 1941.
- 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. (Pandekten)
- Ehdotus* uudeksi asunto-osakeyhtiöitä koskevaksi lainsäädännöksi. Asunto-osakeyhtiölakikomitean mietintö. Komiteanmietintö N:o 2-1959. Helsinki. 1959. (AsOYLEhd)
- Ehdotus* velkakirjalaiksi y.m. Komiteamietintö n:o 1:1936. Helsinki 1936. (VKLEhd)
- 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.
- Ekeberg, Birger*: Till frågan om tillämpningsområdet för avtalslagens första kapitel. SvJT s. 444 ss.
- Ekelöf, Per Olof*: Straffet, skadeståndet och vitet. En studie över de rättsliga sanktionernas verkningssätt. Uppsala 1942.
- Ekström, F. W.*: Något om s.k. förutssättningar vid rättsäranden. JFT 1920 s. 1 ss.
- » — Privaträttens allmänna läror. Utgiven av Einar Cavonius. Helsingfors 1921—1925. (Ekström)
- » — Om borgen. 3 uppl. Helsingfors 1947. (Om borgen)

- Ellilä, Tauno*: Sivullisen oikeussuojan takeista ulosotossa erityisesti silmälläpitäen ulosmittausmenettelyä. Vammala 1947.
- Enneccerus, Ludwig—Kipp, Theodor—Wolff, Martin*: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. — Erster Band: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 14. neu-bearbeitete 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)
- Esser, Josef*: Lehrbuch des Schuldrechts. Karlsruhe 1949.
- von Eyben, W. E.*: Formuerettigheder. København 1958.
- Förslag till jordabalk I*. SOU 1947: 38. Stockholm 1947.
- Gestrin, Lars*: Om utfästelse att pantsätta lösöre. JFT 1940 s. 77 ss.
- Godenhielm, Berndt*: Om säljarens bundenhet under ändrade förhållanden. Helsingfors 1954.
- » — Om rättsverkan av föravtal. JFT 1958 s. 226 ss.
- Granfelt, George*: Tariffaftalet, eller det s.k. kollektiva arbetsaftalet. JFT 1907 s. 129 ss.
- » — Finlands växelrätt i sammandrag. Fullbordad och utgiven av O. Hj. Granfelt under medverkan av A. Candolin. Helsingfors 1925.
- Grönvall, F.*: Asetus torpan, lampuotitilan ja mäkitupa-alueen vuokrauksesta 12 p:ltä maaliskuuta 1909. Maanomistajia ja vuokramiehiiä varten selityksillä varustanut Filip Grönvall. 2. painos. Porvoo 1909. (Vuokra)
- » — Uusi avioliittolainsäädäntö selityksineen. Porvoo 1929. (Grönvall)
- 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)
- » — Arvostelu teoksesta Caselius, Ilmari: Sopimukseen perustuvat irrottamis-oikeudet. LM 1937 s. 20 ss.
- » — Maanjaot ja talojärjestelmä. Helsinki 1949. (Järjestelmä)
- Hakulinen, Y. J.*: Perusteettoman edun palautus. Siviilioikeudellinen tutkimus. Helsinki 1931. (Perusteeton etu)
- » — Om formkravet vid fastighetsöverlåtelse enligt finsk rätt. SvJT 1946 s. 737 ss.
- » — Velkakirjalaki siihen liittyvine lakeineen. Porvoo 1947. (Velkakirjalaki)
- » — Kiinteistön luovutuksen muodosta sekä julkisen kaupanvahvistajan asemasta ja tehtävistä. 2 painos. Vammala 1949. — 1 painos. Helsinki 1939. (Luovutus; — sama 1 p.)
- » — Velvoiteoikeus. I. Yleiset opit. Helsinki 1958.
- Halila, Jouko*: Todistustaakan jaosta silmälläpitäen erityisesti varallisuus oikeudellisia oikeussuhteita. Porvoo 1955.
- Hannikainen, Antti*: Pidätys oikeuden rakenteesta silmälläpitäen Suomen voimassa olevaa oikeutta. Siviilioikeudellinen tutkimus. Vammala 1948.
- Hasselrot, Berndt*: Handelsbalken jämte dithörande författningar med förklarande anmärkningar och belysande prejudikat till praktiska juristers och affärs-mäns tjenst. 8. delen. Stockholm 1905. (Handelsbalken VIII)

- Hasselrot, Berndt*: Om stiftande av panträtt enligt 10. kap. handelsbalken. Några anmärkningar jämte rättsfall. Juridiska skrifter II. Malmö 1922. (Skrifter II)
- Heikonen, A. R.*: Perillisen velasta jakamattomassa kuolinpesässä toimitettavasta ulosmittauksesta. LM 1928 s. 339 ss.
- » — Perinnönyhteydestä Suomen oikeudessa silmälläpitäen erikoisesti perillisten omistusoikeussuhteita. I—II. Helsinki 1936, 1937. (Perinnönyhteys I—II)
- Heldrich, Karl*: Die Form des Vertrages. Vorschläge zur Neugestaltung des Rechts auf Grund eines Referates. Herausgeg. von Hueck. AcP 1941 s. 89 ss.
- Hernberg, Alarik*: Rättshandbok. Helsingfors 1922. (Rättshandbok)
- » — Föravtalet. DL 1925 s. 359 ss.
- » — Yleissiviilioikeus Suomen lain mukaan. Helsinki 1927. (Hernberg)
- » — Till frågan om avtalsvitets konstruktion. DL 1929 s. 415 ss.
- » — Strövtåg på lösöresakrättens område. Festskrift för Berndt Julius Grotenfelt, Helsingfors 1929, s. 268 ss.
- 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.
- » — Miten perillisen oikeus jakamattomassa kuolinpesässä on ulosmitattava? DL 1931 s. 171 ss.
- Hueck, Alfred*: Die Normenverträge. IhJ 1923 s. 33 ss.
- Huttunen, Oiva*: Avioliittolaki ynnä siihen liittyvät lait ja asetukset. 2 painos. Porvoo 1945.
- af Hällström, Erik*: Formkravet vid fastighetsöverlåtelse. JFT 1932 s. 278 ss., s. 395 ss.
- Illum, Knud*: Forelaesninger over almindelig Formueret ved det økonomiske Fakultet ved Aarhus Universitet. 3 udg. Aarhus 1950.
- » — Dansk Tingsret I. Kjøbenhavn 1952.
- Johanson, Helge*: Vilken rättsverkan medför ett s.k. föravtal? JFT 1958 s. 320.
- Kaila, Elieser*: Oikeuslogiikka. I. Muodollinen oikeuslauseoppi. Helsinki 1924. (Oikeuslogiikka)
- » — Luentoja yksityisoikeudesta. Helsinki 1928. Moniste. (Luentoja)
- » — Yksityisoikeuden pääkohdat. Monistettu 1937. (Yksityisoikeus)
- Karlgren, Hjalmar*: Svensk sakrätt. SvJT 1937 s. 383 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Taxell, Lars Erik: Panträtt i skuldebrev. SvJT 1949 s. 673 ss.
- » — Om handpenningsavtal i samband med köp av fast egendom. Festskrift tillägnad Birger Ekeberg, Stockholm 1950, s. 302 ss.
- » — Avtalsrättsliga spörsmål. Andra uppl. Lund 1954. (Spörsmål)
- Keller, Max*: Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse. Aarau 1948.
- Kilpi, Lassi*: Pääomanvähennys. Vero-oikeudellinen tutkimus pääomanvähennyksen suhteesta luonnollisiin vähennyksiin tulo- ja omaisuusverolaissa. Vammala 1952.
- Kivimäki, T. M.*: Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu. Helsinki 1924. (Vastuu)
- » — Irtainta omaisuutta koskevan lahjanlupauksen sitovaisuudesta. LM 1925 s. 85 ss.

- Kivimäki, T. M.: Siviilioikeuden yleiset opit pääpiirteittäin. 3 painos. Porvoo 1946. (Kivimäki)
- » — Arvostelu teoksesta Hakulinen, Y. J.: Velkakirjalaki siihen liittyvine lakeineen. DL 1948 s. 35 ss.
- Kivimäki, T. M.—Ylöstalo, Matti: Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Porvoo 1959.
- Klang, Heinrich—Gschntzer, Franz: Kommentar zum allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch. 4 Band. 9 Lieferung. Wien 1955. 10 Lieferung. Wien 1958.
- Knoph, Ragnar: Utviklingslinjer i moderne formuerett. Oslo 1934.
- Kohler, Josef: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Allgemeiner Teil. Berlin 1906.
- Kopponen, Urho: Työehtosopimus työsuhteen perussäännöksenä. Helsinki 1954.
- Koskenjaakko, A. A.: Sananlaskututkimuksia. I. Laki, oikeus ja oikeudenkäynti suomalaisissa sananlaskuissa. Suomalaisen tiedeakatemian toimituksia. Sarja B. Nide IX. Helsinki 1920.
- Kress, Hugo: Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts. München 1929.
- Kruse, Fr. Vinding: Ejendomsretten. I. 3 udg. København 1951.
- Laakso, Antero: Ehdollisesta irtisanomisesta. LM 1939 s. 534 ss.
- Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band. Allgemeiner Teil. München und Berlin 1958. — Zweiter Band. Besonderer Teil. München und Berlin 1957. (Larenz I—II)
- Lassen, Jul.: Haandboog i Obligationsretten. Almindelig Del. 3 Udg. Kjøbenhavn 1917—1920. (Lassen)
- » — Laerebog i Obligationsrettens specielle Del. 3 udg. ved Henry Ussing. København 1924. (Lassen—Ussing)
- » — Nullitet og Anfaegtighed. — Teoksessa Udvalgte Afhandlinger, København 1924, s. 179 ss. (Nullitet)
- Lehmann, Heinrich: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1952.
- Leonhard, Franz: Allgemeines Schuldrecht des BGB. Das Schuldrecht des BGB. I. München und Leipzig 1929.
- Ljungman, Seve: Om prestation in natura. I. Särskilt vid köp av lös egendom. Uppsala 1948.
- Lundstedt, A. V.: Några rättssystematiska reflexioner. Festskrift tillägnad Birger Ekeberg, Stockholm 1950, s. 331 ss.
- Malmström, Ake: Svensk rättspraxis. Sakrätt 1943—1947. SvJT 1949 s. 21 ss.
- Marks von Würtemberg, E.—Sterzel, F.: Lagen om skuldebrev jämte dithörande författningar. 2 uppl. Stockholm 1947.
- Montgomery, Robert: Handbok i Finlands allmänna privaträtt. Första delen. Inledande lärör. I. Om rättssatserna. 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.
- Muukkonen, P. J.: Muotosäännökset. Varallisuus oikeudellisia sopimuksia koskeva tutkimus. Vammala 1958.
- Nordling, E. V.: Föreläsningar i svensk civilrätt. Allmänna delen. Uppsala 1891.
- Nybergh, Gunnar: Vilken rättsverkan medför ett s.k. föravtal? JFT 1958 s. 320.
- Olivecrona, Karl: Utsökning. Föreläsningar. Lund 1945.

- Olsson, Curt*: Aktieförvärvares rätt i förhållande till bolaget. Helsingfors 1949. (Aktieförvärvares rätt)
- » — 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.
- Palmgren, Gunnar*: Suomen siviilioikeus pääpiirteittäin. I. Perhe- ja jäämistöoikeus. Tampere 1945. (Siviilioikeus)
- » — Kauppaoikeutta liikemiehelle. 3 painos. Toimittanut Curt Olsson. Helsinki 1954. (Palmgren—Olsson)
- Platou, Oscar*: Forelaesninger over udvalgte emner af privatrettens almindelige del. Kristiania 1914.
- Raninen, Huugo*: Fob-lauseke hankinta- ja kauppasopimuksissa. Helsinki 1934. (Fob)
- » — Vahvistuskirje sopimuksen tekemisessä. Helsinki 1937. (Vahvistuskirje)
- Rautiala, Martti*: Puolisoiden velkasuhteet avioliittolain mukaan. I. Avioliiton aikana. Vammala 1945. (Velkasuhteet)
- » — Avioliiton purkaminen. Avioliiton pätemättömyys ja avioero. Vammala 1946. (Purkaminen)
- » — Avioliitto-oikeus. Turku 1948.
- » — Testamentin tekemisestä ja pätemättömyydestä. Helsinki 1956. (Testamentin tekemisestä)
- » — Siviilioikeuden peruskurssi. Helsinki 1957. (Peruskurssi)
- » — Perillisen lakiosa. Perintökaaren uusitun 17 luvun selitykset. Helsinki 1957. (Lakiosa)
- Regelsberger, Ferdinand*: Zivilrechtliche Erörterungen. I. Die Vorverhandlungen bei Verträgen. Weimar 1868.
- Rekola, Aarne*: Saamisoikeuden vanhentuminen Suomen lain mukaan. I—II. Helsinki 1938. (Vanhentuminen)
- » — Osakkeiden lunastaminen ja tuloverotus. LM 1953 s. 205 ss.
- » — Arvostelu teoksesta Kilpi, Lassi: Pääomanvähennys LM 1953 s. 751 ss.
- Reuterskiöld, C. A.*: »Pacta de contrahendo». Spridda studier I. Romerskrättslig obligationslära. Uppsala 1899.
- Rodhe, Knut*: Obligationsrätt. Stockholm 1956.
- Ross, Alf*: Om ret og retfaerdighed. En indførelse i den analytiske retsfilosofi. København 1953.
- Roth, Hans*: Der Vorvertrag. Eine zivilistische Studie unter besonderer Berücksichtigung von Art. 22 des schweizerischen Obligationenrechts. Bern 1928.
- Schlossmann, Siegmund*: Ueber den Vorvertrag und die rechtliche Natur der sogenannten Realkontrakte. IhJ 1903 s. 1 ss.

- Schneider, Max:* Formbedürftige Rechtsgeschäfte nach schweizerischem Zivilrecht. Zürich 1912.
- Schobert, Peter Richard:* Die Realerfüllung, insbesondere nach anglo-amerikanischem Recht. Bern 1952.
- Schrevelius, Fredrik:* Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande civil-rätt. Andra delen: Förmögenhetsrätten. 2 uppl. Lund 1857.
- Serlachius, Julian:* Om arfskifte. II. JFT 1887 s. 1 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. Uudemman lainsäädännön aiheuttamalla lisäyksillä täydentänyt Lauri Cederberg. Helsinki 1927. (Serlachius—Cederberg)
- Stang, Fredrik:* Innledning til Formueretten. 3 Udg. Oslo 1935.
- Staub's Kommentar* zum Handelsgesetzbuch. 3. Band, bearbeitet Albert Pinner, Felix Bondi, Wilhelm Gadow, Eduard Heinichen. Berlin und Leipzig 1933.
- von Staudingers Kommentar* zum bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. I Band. Allgemeiner Teil. Erläutert von Franz Brändl und Helmut Coing. Berlin 1954.
- Stintzing, W.:* Die Vorverpflichtung im Gebiete der Schuldverhältnisse. Berlin 1903.
- Stjernstedt, Georg:* Våra avtalslagar i deras praktiska tillämpning. Stockholm 1926.
- Stobbe, Otto:* Handbuch des Deutschen Privatrechts. III. 2 Aufl. Berlin 1885.
- Storch:* Der heutige, insbesondere landrechtliche Darlehensvertrag und die Bedeutung der 1,20 D. 22. Berlin 1878.
- Ståhlberg, K. J.:* Laki maanvuokrasta maalla selityksillä varustettuna. Kuopio 1903.
- Tawaststjerna, Ilmari:* Onko lupaus, joka tarkoittaa arvomäärän lahjoittamista, antajaa sitova. LM 1924 s. 73 ss.
- Taxell, Lars Erik:* Panträtt i skuldebrev. Åbo 1949.
- Telaranta, K. A.:* Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu. Porvoo 1953. (Telaranta)
- » — Tahdonilmaisun ja käyttäytymisvastuun käsitteistä varallisuus oikeuden alalla. Toivo Mikael Kivimäen juhla julkaisu, Vammala 1956, s. 363 ss.
- Tengvall, Lars:* Twistemåls lagfarenheten. 2 upl. Lund 1802.
- Thöl, Heinrich:* Das Handelsrecht. Leipzig 1879.
- Tobias, Friedrich:* Der Vorvertrag nach dem BGB. Lübeck 1916.
- 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 Siegwart. I. Zürich 1942. II. Zürich 1944. (Thur—Siegwart)
- Undén, Östen:* Kollektivavtalet enligt gällande svensk rätt. Lund 1912. (Kollektivavtalet)
- » — Om panträtt i rättigheter. 2 uppl. Lund 1923. (Panträtt)
- » — Svensk sakrätt. I. Lös egendom. 2 uppl. Lund 1946. — II. Fast egendom. Förra avdelningen. 2 uppl. Lund 1944. Senare avdelningen. 2 uppl. Lund 1948. (Undén, I, II: 1, II: 2)
- Ussing, Henry:* Dansk Obligationsret. Almindelig Del. 3 Udg. København 1946. (Obligationsret)
- » — Enkelte Kontrakter. 2 Udg. København 1946.
- » — Aftaler paa Formuerettens Omraade. 3 Udg. København 1950. (Ussing)

Vahlén, Lennart: Formkravet vid fastighetsköp, särskild dess inverkan på regler om förutsättningar och fel. Stockholm 1951.

Vihma, Väinö: Vakuutuksenottajan tiedonantovelvollisuus vakuutussopimusta tehdessä vakuutus sopimuslain mukaan. Helsinki 1945. (Tiedonantovelvollisuus)

— » — Kihlauksen purkautumisesta. LM 1948 s. 29 ss.

— » — Sopimussakko. Helsinki 1950.

— » — Om giltighet av ett vitesavtal, som fogats till ett formlost avslutat föravtal om en fastighetsöverlåtelse. DL 1951 s. 209 ss.

— » — Suorituksen mahdottomuus varallisuus oikeudellisessa sopimussuhteessa. Vammala 1957. (Mahdottomuus)

Windscheid, Bernhard: Lebrbuch des Pandektenrechts I—II. 4 Aufl. Düsseldorf 1875. (PR I—II)

Voipio, Viljo: Potestatiivisista ehdoista kiinteistökaupassa. LM 1917 s. 133 ss.

Wrede, R. A.: Ulosottotoimi. Luentoihin perustuvia muistiinpanoja. Julkaissut Hjalmar Nyqvist. Suomentanut Esko Hakkila. Porvoo 1927.

— » — 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 oikeudenomistajien luvalla Lainopillisen Ylioppilastiedekunnan puolesta toimittanut Lars Wasastjerna. Neljännestä painoksesta suomentanut Onni Heinonkoski. Helsinki 1942. (Wrede—Heinonkoski)

— » — Esineoikeuden pääpiirteet Suomen oikeuden mukaan. I—II. 2 p. Toimittanut Ilmari Caselius. Helsinki 1946—1947. (Wrede—Caselius)

— » — Laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13 päivältä kesäkuuta 1929 sekä sen yhteydessä julkaistut lait. Suomentanut Onni Heinonkoski. 2 p. Helsinki 1947. (Oikeustoimilaki)

Vuorio, Jorma: Työsuhteen ehtojen määrittäminen. Tutkimus Suomen työoikeuden normijärjestelmästä. Helsinki 1955.

— » — Oikeustoimesta funktio- ja substanssikäsitteenä. LM 1956 s. 444 ss.

Ylöstalo, Matti: Takauksesta. Porvoo 1957.

— » — Arvostelu teoksesta Muukkonen, P. J.: Muutosäännökset. LM 1958 s. 361 ss.

Zitting, Simo: Omistajanvaihduksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia. Vammala 1951. (Zitting)

— » — 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.

LYHENNYKSIÄ

ABGB	=	Das allgemeine bürgerliche Gesetzbuch (Itävallan)
AcP	=	Archiv für die civilistische Praxis
BGB	=	Bürgerliches Gesetzbuch (Saksan)
Cc	=	Code civil (Ranskan)
DL	=	Defensor legis
DL II	=	Defensor legis, oikeustapausosasto
IhJ	=	Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
JFT	=	Tidskrift, utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
LM	=	Lakimies
LVK	=	Lainvalmistelukunta
NJA	=	Nytt Juridiskt Arkiv
OR	=	Obligationenrecht (Sveitsin)
SOU	=	Statens offentliga utredningar (Ruotsin)
SvJT	=	Svensk Juristtidning

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

JOHDANTO

1 §. OPPIHISTORIALLINEN KATSAUS

Esisopimuksella (*pactum de contrahendo*) tarkoitetaan kirjallisuudessa yleensä sopimusta, jolla sopimuskumppanit velvoittautuvat tekemään myöhemmin toisen, ns. pääsopimuksen. Esisopimuksen sanotaan luovan kontrahoimisvelvoitteen, pääsopimuksen päättämistä koskevan velvollisuuden.¹

Esisopimus-sana on käännös saksankielisestä sanasta *Vorvertrag*.² Sen toi kirjallisuuteen tunnettu kauppaoikeuden tutkija Thöl vuonna 1854.³ Sanan onnistuneisuudesta on aikoinaan käyty vilkastakin keskustelua. Se on haluttu korvata jollakin paremmalla ilmaisulla, onpa sen käyttö tahdottu kieltääkin.⁴ Nykyisin sitä käytetään aivan yleisesti.

Suomessa esisopimus ei ole ollut laajemman tutkimuksen kohteena. Oppikirjoissa olevia lyhyitä esityksiä lukuun ottamatta meillä on julkaistu vain pari suppeahkoa artikkelia.⁵ *Skandinaavinen* kirjallisuus ei eroa paljoa meikäläisestä. C. A. Reuterskiöld julkaisi kylläkin vuonna 1899 kirjasen »Pacta de contrahendo», mutta tutkimus on roomalaisoikeudellinen. Siinä pyritään selvittämään esisopimuksen esiintymistä roomalaisen oikeuden lähteiden pohjalla. *Muulla* kuin Pohjoismaissa esisopimus sitä vastoin on ollut lukuisain tutkimusten kohteena.

Viime vuosisadan vaihde oli eräänlaista »esisopimusinnostuksen» aikaa varsinkin Saksan kirjallisuudessa. Eikä mielenkiinto ole kuluvalle vuosisadallakaan loppunut. Sitä osoittaa muun muassa se, että Sveitsin Lakimiesyhdistyksen kirjoituskilpailun aiheena vuonna 1925

¹ Ks. jäljempänä 1. lukua.

² Vrt. ilmaisuja för(e)avtal, avant-contrat (précontrat) ja contratto preliminare.

³ Näin mm. Oser—Schönenberger, s. 157; Schneider, s. 36; Tobias, s. 10; Windscheid, PR II, s. 193 av. 1; ks. myös Thöl, s. 777 av. 4.

⁴ Ks. Reuterskiöld, s. 6; Tobias, s. 9 ss.

⁵ Ks. Godenhjelm, JFT 1958 s. 226 ss.; Hernberg, DL 1925 s. 359 ss.

oli esisopimus. Kilpailun tuloksena julkaistiin vuonna 1928 Hans Rothin ansiokas tutkimus.

Vuosisadan vaihteen runsaassa kirjallisuudessa ovat esisopimuksen käsitettä ja »oikeudellista luonnetta» koskevat kysymykset etualalla. Lainopin kehityksen näkökulmasta tämä on varsin ymmärrettävää. Elettiinhän tuolloin, ennen kaikkea 1800-luvun loppupuolella, pandektologisen käsitelainopin kulta-aikaa.⁶

Edellä mainittiin, että Thöl toi kirjallisuuteen sanan »esisopimus». Tässä mielessä hän on esisopimusopin »isä», mutta vain tässä mielessä. Hän ei näet ole suinkaan ensimmäinen esisopimusten tutkija.⁷ Sitä paitsi tämän kuuluisan kauppaoikeuden opettajan merkitys on vähentynyt jatkuvasti. Onpa lausuttu — tosin hieman liioitellen, että uudempi kirjallisuus jättää säännöllisesti viittaamatta hänen mielipiteisiinsä.⁸ Thölin merkityksen pieneneminen johtuu lähinnä kahdesta seikasta. Hän halusi luoda tarkan esisopimuksen käsitteen, mutta onnistui siinä heikosti. Lisäksi esisopimus oli Thölille »yleiskäsite», eräänlainen looginen prius. Sen näkökulmasta hän tarkasteli kaikkia yksityistapauksia ja pyrki siitä määräämään myös yksityistapausten oikeusvaikutukset.⁹ Menettelyn olisi tietysti pitänyt olla päinvastainen. Tyvestähän puuhun nouseaan eikä suinkaan latvasta.

Esisopimuksia käsittelevästä kirjallisuudesta erottuu merkittävimpänä nimenä Degenkolb.¹⁰ Hänen tutkimuksensa saivat ilmestymiseensä varsin suopean vastaanoton.¹¹ Tuskin liioitellaan, jos sanotaan, että Degenkolbin jälkeinen esisopimuksia koskeva kirjallisuus nojautuu suurella määrällä hänen tutkimuksiinsa.¹² Tämä ei estä toteamasta, että Degenkolbin »opeissa» on paljon sellaista, mitä ei nykyisin voida hyväksyä. Näihin yksityistapauksiin palataan jäljempänä asianomaisissa kohdissa.

⁶ Ks. *Knoph*, *Utvicklingslinjer* s. 53.

⁷ »Esisopimusoppi» on vielä kovin nuori, sillä se puhkesi kukoistukseen vasta viime vuosisadan jälkimmäisellä puoliskolla. Aikaisempaa tilaa tuskin voidaan kuvata paremmin kuin *Degenkolbin* sanoilla, AcP 1887 s. 2: *Dies Problem schwamm lange Zeit in einem unentwirrbaren Chaos widerstreitender Grundsätze*. Ks. 1600- ja 1700-lukujen kirjallisuudesta yleensä *Roth*, s. 207.

⁸ Näin *Roth*, s. 1.

⁹ Ks. erit. *Roth*, s. 1 ss., missä on laaja Thölin käsitysten arvostelu.

¹⁰ Ks. *Degenkolb*, AcP 1887 s. 1 ss.

¹¹ Ks. *Roth*, s. 23.

¹² Esim. *Roth*, s. 23 esittää, että varsinkin Ranskan ja Italian kirjallisuus pohjautuu Degenkolbiin.

Degenkolbin tutkimusten jälkeen ilmestyneistä julkaisuista voidaan mainita Adlerin vuonna 1892 ilmestynyt laajahko kirjoitus nimeltä »Realcontract und Vorvertrag».¹³ Saksalaisella kielialueella julkaisivat tutkimuksia vielä mm. Stinzing¹⁴ ja Tobias.¹⁵ Samanaikaisesti, siis vuosisatamme vaihteen tienoilla, olivat Ranskan ja Italian kirjallisuus kiinnostuneita näistä tutkimuksista, ja myös niissä virisi keskustelu esisopimuksesta.¹⁶

Edellä mainittua kirjallisuutta voidaan luonnehtia *myönteiseksi* (positiiviseksi) kirjallisuudeksi. Se suhtautuu hyväksyvästi esisopimukseen, tunnustaa niiden »olemassaolon» tarkoituksellisuuden. Sitä vastoin *kielteinen* (negatiivinen tai kriittinen) kirjallisuus suhtautuu esisopimukseen torjuvasti. Tietävästi ensimmäisenä Storch¹⁷ kielsi esisopimukselta itsenäisen olemassaolon oikeutuksen. Vuonna 1878 ilmestyneessä tutkimuksessaan hän esitti ajatuksen: joka sitoutuu tekemään myöhemmin jotakin suoritusta koskevan sopimuksen, on itse asiassa sitoutunut po. suoritukseen. Esisopimus on siis pääsopimus eikä »esisopimus». Tämä väite samoin kuin erilaiset loogiset, psykologiset ja muodollisjuridiset väitteet esisopimuksen olemassaoloa vastaan ovat eläneet aivan näihin päiviin saakka.¹⁸ Merkittävää on, että Sveitsin kirjallisuudessa useat suhtautuvat torjuvasti esisopimukseen, vaikka OR 22 artiklassa on esisopimuksia koskeva yleisnormi.¹⁹

Schlossmann on tunnetuin kriitikko. Hänen esityksensä »punainen lanka» voidaan nähdä jo hänen omissa sanoissaan: Ich will meine Bedenken gegen den Vorvertrag überhaupt — — — darzulegen versuchen.²⁰ Schlossmannin mukaan esisopimusoppi rakentuu suurille metodisille virheille.²¹ Hän esittää myös, että esisopimus on käy-

¹³ Adler, IhJ 1892 s. 190 ss.

¹⁴ Stinzing, s. 8 ss.

¹⁵ Tobias, s. 9 ss.

¹⁶ Ks. po. kirjallisuudesta yleensä Roth, s. 93 ss.

¹⁷ Ks. Storch, erit. s. 60 ss.

¹⁸ Suorastaan »klassilliseksi» on tullut von Tuhrin ajatus esisopimuksen loogisesta mahdollisuudesta (II: 1 s. 144 av. 9): Eine Verpflichtung, etwas später zu wollen, kann der Mensch weder übernehmen, noch kann sie ihm vom Gesetz auferlegt werden: denn was wir Willen nennen, ist nichts anderes als die Fähigkeit der freien Entschliessung. Dagegen kann der Mensch verpflichtet sein zu einer Handlung und diese Handlung kann eine Willenserklärung sein. — Ks. vielä erit. Dénéreaz, s. 26 ss.

¹⁹ Ks. esim. Burckhardt, Einführung s. 61; Guhl, s. 87.

²⁰ Schlossmann, IhJ 1903 s. 2.

²¹ Schlossmann, IhJ 1903 s. 3.

tännöllisessä elämässä varsin harvinainen²² ja että se on yleiskäsitteenä »uferlos», koska sitä ei saa rajoittaa vain velvoiteoikeuden alalle, vaan se on ulotettava mm. esineoikeuden ja perheoikeuden alueelle.²³

Kirjallisuuden luokitus myönteiseen ja kielteiseen on ehkä liian kärkeää yleistystä. Asia on näet niin, että kirjallisuudessa ei aina suhtauduta esisopimukseen varauksettoman myönteisesti tai kielteisesti. Esi-tetty ryhmittely rakentuukin äärimmäisiin mielipiteisiin. Väliin sopii melkoinen »keskiluokka», joka sisältää varsin monenlaisia mielipiteitä. Ryhtymättä niitä enempää selvittämään todettakoon vain, että joku saattaa hyväksyä reaaliosopimuksia koskevan esisopimuksen, mutta kat-soo konsensuaaliosopimusta koskevan molemminpuolisesti velvoittavan (bilateraalisena) esisopimuksen itse pääsopimukseksi.²⁴ Toinen voi esit-tää, että konsensuaaliosopimusta koskeva, yksipuolisesti velvoittava (unilateraalinen) esisopimus on ehdollinen pääsopimus tai kenties vain tarjous.²⁵ Kolmas taas saattaa hylätä esisopimuksen käsitteen luodakseen tilalle yhden tai useampia uusia käsitteitä.²⁶ Varsin yleinen on mielipide, että esisopimuksesta voidaan puhua vain silloin, kun pää-sopimus on velvoiteoikeudellinen. Varsinkin Saksan kirjallisuudessa tällainen käsitys on tavallinen.²⁷

Kirjallisuutemme on yleensä positiivista. Esisopimuksen ajatuk-

²² Schlossmann, IhJ 1903 s. 3, s. 89.

²³ Schlossmann, IhJ 1903 s. 18.

²⁴ Näin esim. Stinzing, s. 8 ss. Ks. sanotusta käsityksestä yleensä Tobias, s. 38 ss. Vrt. vielä esim. von Tuhr, II: 1 s. 494, missä esisopimukseksi hyväksytään kyllä sellainen sopimus, jossa A lupaa B:lle tehdä X:n kanssa sopimuksen. Sitä vastoin von Tuhr epäilee, onko paikallaan puhua esisopimuksesta, jos A lupaa B:lle myö-hemmin solmia itse B:n kanssa velvoiteoikeudellisen sopimuksen. Sanottu koskee sekä konsensuaali- että reaaliosopimuksia. Kummassakin tapauksessa hänen mie-lestään selvittää turvautumalla pääsopimusta koskevaan ajatteluun, sillä sitä juuri »esisopimuksella» on tarkoitettu. Vrt. myös von Tuhr—Stegwart, I s. 252 ss.

²⁵ Ks. esim. Adler, IhJ 1892 s. 242 ss. Ks. näistä käsityksistä ja niiden arvoste-lusta lähemmin Tobias, s. 44 ss.

²⁶ Ks. niistä yleensä esim. Roth, s. 87; Tobias s. 52 ss.

²⁷ Mm. Ussing, s. 97 av. 3 toteaa: I tysk Litteratur begrebet »Vor-vertrag» gerne til Aftale, hvorved der overtager Forpligtelse til at afslutte en obli-gatorisk Aftale. Näin esim. Enneccerus—Nipperdey, I: 2 s. 686; Kohler, I s. 553: Esi-sopimus varsinaisessa merkityksessä koskee velvoiteoikeudellista pääsopimusta; Lehmann, s. 222; Larenz, I s. 53; Staudingers Kommentar, I s. 866; von Tuhr II: 1 s. 493. Ks. erit. Windscheid, II s. 193 av. 1, missä ei esiinny po. rajoitusta. Kuiten-kin jo po. teoksen painoksessa vuodelta 1906 (s. 271 av. 1a) esiintyy ko. rajoitus. Vrt. sitä vastoin Leonhard, s. 290.

sellinen tarkoituksenmukaisuus siis yleensä hyväksytään.²⁸ Käsitteeseen ei myöskään ole tapana tehdä edellä mainittua »saksalaista» rajoitusta, että pääsopimuksen tulisi olla velvoiteoikeudellinen.²⁹ Samoin on asian laita muiden pohjoismaiden kirjallisuudessa.³⁰

Edellä on lyhyesti ja pääpiirteittäin tarkasteltu esisopimusta käsittelevää kirjallisuutta. Lopuksi voidaan huomauttaa, että kirjallisuus on melko laaja. Päähuomio on yleensä suunnattu kysymykseen, mikä esisopimus on. Taka-alalla ovat siis olleet esisopimuksen oikeusvaikutukset. Tässä tutkimuksessa sitä vastoin kiinnitetään päähuomio juuri niihin.³¹

²⁸ Näin mm. *Caselius*, Irroittamisoikeudet s. 66 ss.; *Chydenius*, KR I s. 202; *Ekström*, s. 559 ss.; *Haataja*, Käsite s. 66; *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 112 ss.; *sama*, Luovutus s. 113 ss.; *Hernberg*, DL 1925 s. 359 ss.; *Kaila*, Yksityisoikeus s. 178; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 199 ss.; *Rautiala*, Avioliitto-oikeus s. 20; *sama*, Peruskurssi s. 20; *Rekola*, Vanhentuminen s. 87, s. 126; *Vihma*, Sopimussakko s. 31, s. 94; *Wrede*, Allgemeiner Teil s. 58; *sama*, Oikeustoimilaki s. 35. Vrt. kuitenkin *Godenhielm*, JFT 1958 s. 226 ss., missä asetetaan — tietyin varauksin — kysymyksenalaiseksi esisopimuksen käsitteellinen (konstruktiivinen) tarkoituksenmukaisuus.

²⁹ Vrt. kuitenkin *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 199, missä on po. rajoitus. Tästä huolimatta esisopimuksina pidetään mm. irtaimen ja kiinteistön kaupan esisopimuksia, vaikka pääsopimukset eivät oikeutemme mukaan olekaan »velvoiteoikeudellisia».

³⁰ Ks. *Almén*, Om auktion II s. 297 ss.; s. 313 ss.; *sama*, Avtalslagen s. 5; *Arnholm*, s. 180 ss.; *Ask*, Kreditaftal s. 11; *Lassen*, s. 12 ss.; *Nordling*, s. 219 ss.; *Reuter-skiöld*, s. 30 ss.; *Undén*, Kollektivavtalet s. 92; *Ussing*, s. 97 ss.

³¹ Ks. erit. *Godenhielm*, JFT 1958 s. 226 ss., missä — käsitykseni mukaan — tarkastelun kohteena on »oikea» problematiikka: oikeusvaikutukset. Missään tapauksessa ei voida hyväksyä *Adlerin* lausumaa »pandektologista» ajatusta: Wenn wir wissen, was der Vorvertrag ist, so ergeben sich die Rechtssätze von selbst. Was der Vorvertrag aber ist, kann uns nur das eigene Denken und kein Gesetz sagen (*IhJ* 1892 s. 277).

2 §. LAINSAADANTO JA KÄYTÄNTÖ

1. LAINSAADANTO

Sveitsin OR 22 artiklassa säädetään, että sopimuksella voidaan perustaa velvollisuus vastaisen sopimuksen tekemisestä. Tämä on yksi niitä harvoja yleissäännöksiä, joita esisopimuksista on olemassa. Siinä on nimenomaan tunnustettu esisopimuksen tekemisen mahdollisuus. Lisäksi lainpaikassa on esisopimuksen muotoa koskeva määräys. Myös *Itävallan ABGB 936 §* sisältää normeja esisopimuksesta. Esisopimuksen sitovuuden edellytykseksi on määrätty, että siinä tulee olla pääsopimuksen oleelliset kohdat ja siinä on mainittava myös pääsopimuksen tekemisaika, koska pääsopimuksen tekemistä on vaadittava vuoden kuluessa tuosta ajasta. *ABGB 936 §:ssä* on vielä säädetty, että esisopimukseen on sovellettava *clausula rebus sic stantibus* — periaatetta, ts. olosuhteiden muutokset vaikuttavat esisopimuksen sitovuuteen.¹

Muiden maiden lainsäädännössä ei tiettävästi ole yleissäännöksiä.² Esimerkiksi *Saksan BGB* ei sisällä tällaista säännöstä eikä siinä millään

¹ *OR 22 art.*: Durch Vertrag kann die Verpflichtung zum Abschluss eines künftigen Vertrages begründet werden.

Wo das Gesetz zum Schutze der Vertragschliessenden für die Gültigkeit des künftigen Vertrages eine Form vorschreibt, gilt diese auch für den Vorvertrag. — Ks. lisäksi *OR 216, art.*

ABGB 936 §: Die Verabredung, künftig erst einen Vertrag schliessen zu wollen, ist nur dann verbindlich, wenn sowohl die Zeit der Abschliessung, als die wesentlichen Stücke des Vertrages bestimmt, und die Umstände inzwischen nicht dergestalt verändert worden sind, dass dadurch der ausdrücklich bestimmte, oder aus den Umständen hervorleuchtende Zweck vereitelt, oder das Zutrauen des einen oder anderen Teiles verloren wird. Überhaupt muss auf die Vollziehung solcher Zusagen längstens in einem Jahr nach dem bedungenen Zeitpunkte gedrungen werden; widrigenfalls ist das Recht erloschen.

² Toiset väittävät roomalaisen oikeuden tunteneen esisopimuksen, toiset ovat toista mieltä. Ks. esim. *Degenkolb, AcP 1887 s. 58 ss.*; *Reuterskiöld, s. 5 ss., s. 45*; *Källorna omtala emellertid äfven själfständiga förhandskontrakt utan stipulationsform*; *Tobias, s. 9 ss.*

muullakaan tavoin nimenomaan säädetä esisopimuksesta.³ Samoin on asian laita *Skandinavian* oikeusjärjestysten osalta.

Meidän *oikeusjärjestyksemme* ei myöskään sisällä yleissäännöstä esisopimuksesta.⁴ Lainsäädännössämme on kylläkin lainkohtia, joilla on merkitystä esisopimusta koskevissa kysymyksissä, mutta niissä ei edes mainita esisopimus-sanaa.⁵

UL 3: 42:ssa säädetään, että »jos joku on velvoitettu kirjoittamaan kauppakirja tahi muu asiakirja taikka antamaan muu senkaltainen lausuma, olkoon tuomiolla, sen saatua lainvoiman, sama vaikutus, kuin jos velvoitus olisi täytetty». Po. lainkohta, joka koskee tuomion täytäntöönpanoa, soveltuu myös esisopimuksiin.⁶ Poikkeuksellisten olojen tähden säädettiin sota-aikana laajalle ulottuvia rajoituksia kiinteistöjen hankintaan. Nämä säännökset on nyt jo kumottu. Niissä otettiin huomioon »oikeustoimi, jolla sitoudutaan luovuttamaan omistusoikeus kiinteään omaisuuteen».⁷ Noiden poikkeussäännösten ei voitane sanoa ilmaisevan mitään yleistä periaatetta esisopimuksista, varsinkin kun ne nyttemmin on jo kumottu. Niiden merkitys rajoittui siis yksinomaan kiinteistöluovutuksen esisopimukseen. Niitä tarkastellaan myöhemmin puhuttaessa sanotunlaisen esisopimuksen sitovuudesta.⁸ — Jos pidetään kihlausta esisopimuksena, on todettava, että tästä esisopimuksesta meillä on lainsäännöksiä.⁹ Noille normeille ei kuitenkaan voida antaa

³ Tämä ilmenee selvästi lain esitöistä, ks. *BGB Motiv*, I s. 184. Samoin mm. *Adler*, *IhJ* 1892 s. 277; *Caselius*, *Irroitamisoikeudet* s. 66 av. 3; *Roth*, s. 346. Toisin *Hernberg*, s. 225, *sama*, *DL* 1925 s. 359, missä väitetään, että *BGB* 610 § on yleissäännös.

⁴ *Wrede*, *Oikeustoimilaki* s. 36: »Suomen oikeus ei sisällä mitään sellaisia esisopimuksia (*pacta de contrahendo*) koskevia yleisiä määräyksiä». Samoin *sama*, *Allgemeiner Teil* s. 58.

⁵ Vrt. *Hernberg*, s. 226, joka väittää, että »ennakkosopimus laissamme säännöstellään vain kihlauksen muodossa».

⁶ Ks. esim. *Godenhjelm*, *JFT* 1958 s. 227 ss.; *Hakulinen*, *Velvoiteoikeus* I s. 114; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 200 av. 3; *Wrede*, *Oikeustoimilaki* s. 36. Vrt. *Hernberg*, s. 277 ss. Ks. myös jäljempänä 7 §:n 2-Bkohdassa lausuttua.

⁷ Ks. L 7. 8. 1942 (*Ask.* 629) 2 § 1 mom.; A 5. 2. 1943 (*Ask.* 138) 1—2 §; L 22. 2. 1944 (*Ask.* 976) 2 §, 4 §. Em. A:n 1 § 1 mom:ssa säädettiin mm.: »Jos — — — on tehty kiinteistön vastaista luovuttamista tarkoittava sopimus, jossa sitoudutaan luovuttamaan kiinteistö sanotun päivän jälkeen päättyvässä ajassa erikseen tehtävällä kauppa- tai muulla luovutuskirjalla — — —» — Huomaa myös *AsOYLEhd* 6a₄ §, missä ehdotetaan säädettäväksi mm.: »Mitä edellä tässä pykälässä on säädetty, sovellettakoon myös sopimukseen, jolla on sitouduttu luovuttamaan osake.»

⁸ Ks. jäljempänä 5 §:n C-c-a-kohta.

⁹ Ks. jäljempänä 3 §:n B-a-kohta.

»yleisen periaatteen» merkitystä.¹⁰ Samoin on asianlaita lahjanlupauksen suhteen.¹¹

Yleisenä toteamuksena voidaan lausua, että lainsäätäjät eivät ole pitäneet tarpeellisenä säännellä esisopimusta juuri ollenkaan. Suorastaan hämmästyttää yleissäännösten puuttuminen eräistä ns. suurista kodifikaatioistakin.¹² Tällaista vaieten sivuuttamista esisopimus ei ansaitsisi. Se ei näet loppujen lopuksi ole aivan niin »harvinainen lintu», kuin lainsäännösten niukkuudesta päätellen voisi otaksua.

Esisopimusta koskevissa kysymyksissä voidaan siis vain harvoin saada tukea lainsäädännöstä. Liian usein joudutaan turvautumaan »asian luonteeseen» tai muihin yhtä epävarmoihin perusteisiin. Tämä ei ole voinut olla vaikuttamatta oikeuskäytäntöön, missä on havaittavissa tiettyä »hapuilua». Lainsäännösten puuttumisen tiliin voidaan lukea sekin, että esisopimus on kansan keskuudessa melko tuntematon.¹³

2. KÄYTÄNTÖ

Oikeuskäytännössämme on esisopimusta koskevia ratkaisuja niukanlaisesti. Tämä ei suinkaan merkitse, että esisopimuksia tehtäisiin vähän. Asia on näet niin, että tietyissä tapauksissa esisopimusten laatiminen on yleistä. Esisopimus ei siis ole mikään kuollut oppikäsité vaan elävää todellisuutta.¹⁴ Niinpä esimerkiksi kauppvoja tehtäessä sopijapuolet haluavat usein »varmistaa» esisopimuksella lopullisen sopimuksen syntymisen.¹⁵ Tällainen varmistamistarkoitus on käytännössä niin yleinen, että jotkut ovat kutsuneet esisopimusta »varmistamissopimukseksi».¹⁶

Usein käytetään esisopimusta hankittaessa kiinteää omaisuutta perustettavalle asunto-osakeyhtiölle.¹⁷ Varsinkin ns. Arava-taloja

¹⁰ Vrt. kuitenkin *Hernberg*, DL 1925 s. 368.

¹¹ Ks. jäljempänä 3 §:n B-c-kohta.

¹² Kun *Heldrich* sai tehtäväkseen Saksan BGB:n muutosäännösten uusimisen, sisällytti hän lakiehdotukseen (5 §) määräyksen esisopimuksen muodosta. Ks. *Heldrich*, AcP 1941 s. 127 ss. olevaa lakiluonnosta perusteluineen.

¹³ Ks. *Tobias*, s. 103.

¹⁴ Ks. erit. *Degenkolb*, AcP 1887 s. 73 ss. — *Tobias*, s. 98 huomauttaa, että esisopimuksen on, saavuttaakseen käytännöllisen merkityksen, kyettävä kilpailemaan toisen, samaan päämäärään tähtäävän sopimuslajin kanssa. Esisopimuksen on siis oltava yhtä mukava ja huokea kuin tuo toinen sopimus.

¹⁵ Ks. esim. *Hernberg*, DL 1925 s. 361 ss.; *Leonhard*, s. 291.

¹⁶ Ks. *Degenkolb*, AcP 1887 s. 76.

¹⁷ Ks. *Hakulinen*, Luovutus s. 114.

rakennettaessa on tavallista, että tontista tehdään ensin esisopimus. Vasta sitten, kun »kaikki on selvää», mm. Arava-laina saatu, laaditaan lopullinen kauppakirja.¹⁸ Jotkut kunnat katsovat, että järkevä tonttipolitiikka vaatii aluksi tonttien vuokraamista. Kunnat antavat siis tontteja vuokralle, mutta vuokrasopimus sisältää ehdollisen myyntisitoumuksen (*pactum de vendendo*). Yritettäessä kiertää satunnaisen myyntivoiton verotusta turvaudutaan joskus esisopimukseen. Niin ikään eräs toinen vero-oikeudellinen intressi synnyttää esisopimuksia. Kun kiinteistön kaupasta lainhuudatuksen yhteydessä perittävä leimavero on sangen korkea, »lykätään» huudattamisvelvollisuuden alkamisaikaa siten, että ensin tehdään esisopimus. Sen varassa eletään jonkin aikaa ja vasta sitten kun ostaja katsoo voivansa maksaa leimaveron, tehdään lopullinen kauppasopimus. Ammattimaista välitystoimintaa harjoittavien välittäjien käyttämissä tyyppisopimuskaavakkeissa (standardisopimuksissa) on joskus välipuhe, jossa toimeksiantaja sitoutuu tekemään tietyt vaatimukset täyttävän henkilön kanssa kaupan.¹⁹ Tällöin siis pääsopimus tehdään kolmannen henkilön kanssa (*pactum de contrahendo cum tertio*).

Myös irtaimen kaupassa käytetään esisopimuksia. Ne ovat yleensä harvinaisia.²⁰ Asunto-osakkeiden kaupan esisopimukset ovat kuitenkin toisessa asemassa.²¹ Asunto-osakeyhtiön perustajat eivät näet yleensä halua päästää osakkaita heti osakkeenomistajan asemaan. Tämän vuoksi he merkitsevät itse kaikki osakkeet ja antavat tuleville osakkeenomistajille, jotka rahoittavat rakentamisen, myyntisitoumuksia.²² Esimerkiksi ns. Arava-talojen osakkeista tehdään säännöllisesti Aravan valmistamalle kaavakkeelle (Aravan lomake n:o 25) »asunto-osakkeiden luovutus sopimus». Sanotun sopimuksen mukaan asunto-osakeyhtiön perustaja »sitoutuu täten myymään omistamansa asunto-osakkeet», mm. välipuhein, että »omistusoikeus osakkeisiin siirtyy ja osakekirjat luovutetaan ostajalle heti, kun talo rakennusviranomaisten ja Aravan puolesta on hyväksytty, sekä kun osakkeiden hinta ja mahdollinen lisä-

¹⁸ Ks. Godenhielm, JFT 1958 s. 226.

¹⁹ Po. tapaus on melko harvinainen. Yleistä on, että päämies antaa välittämistä koskevan sitoumuksen ja erillisen myyntivaltakirjan.

²⁰ Ks. JFT 1958 s. 320, missä varat. Lorentz Silverhjelm mainitsee, että laivojen kauppajien yhteydessä usein tehdään esisopimuksia.

²¹ Ks. myös jäljempänä 5 § C-c-aa-kohdassa olevaa.

²² Ks. ns. gründer-suhteesta rakentamisessa yleensä Suomen lakimiesliiton IX lakimiespäivien pöytäkirja, Vammala 1958, s. 132 ss.

rahastoon menevä osa sekä edellä 2 kohdassa mainitut ostajan ehkä suoritettavat lisäkustannukset on täysin maksettu».²³

Esisopimuksia ei tehdä ainoastaan kauppojen yhteydessä. Muina tapauksina voidaan mainita erilaisten yhtiöiden perustamissopimusten esisopimukset, työsopimuksen esisopimus ja tässä tutkimuksessa käytetyt tyyppiesimerkit: kihlaus, lahjanlupaus, panttausluvanta, takausluvanta, vekselinluvanta, velaksiantolupaus ja vuokrasopimusten esisopimus.

Edellä lausutulla ei ole haluttu yliarvioida esisopimuksen yleisyyttä ja sen käytännöllistä merkitystä. Pääasiallisena tarkoituksena on torjua väitteet, että esisopimuksia ei tarvitsisi ollenkaan tehdä, vaan aina voitaisiin selviytyä jollakin muulla tavoin, esim. laatimalla ehdollisen pääsopimus tms.²⁴

²³ Näin po. luovutussopimuksen »yleisten ehtojen» 3)-kohta.

²⁴ Jokseenkin näin *Schlossmann*, IhJ 1903 s. 89. Ks. vielä esim. *Guhl*, s. 87; *Larenz*, I s. 60: Sind alle wesentliche Punkte des Hauptvertrages bereits im Vorvertrag bestimmt, dann erscheint der Vorvertrag als unnötig. — On korostettava, että ehdon liittäminen oikeustoimeen ei ole aina sallittua. Esim. VeksL 1 §:n mukaan vekseli ei voi olla ehdollinen. Jos siis halutaan mennä toiselle myöhemmin vekselisitoumukseen, ei voida turvautua ehdolliseen pääsopimukseen. Ainoana keinona on vekseliä koskeva esisopimus (ns. *pactum de cambiando*). Ks. *Tobias* s. 99 sekä jäljempänä 3 §:n B-f-kohta.

I LUKU. ESISOPIMUS OIKEUS- TOSIASIANA

3 §. ESISOPIMUKSEN KÄSITE

A. Ennakkomääritelmä. Käsitteen »arvon» määrää sen tarkoituksenmukaisuus. Mitä paremmin käsite kykenee selvittämään ja yksinkertaistamaan tutkittavaan kysymykseen liittyvää ajattelua, sitä arvokkaampi se on.¹ — Sanottu koskee myös esisopimuksen käsitettä.

Millaisena sitten esisopimuksen käsite esiintyy kirjallisuudessa? Onko kirjallisuudessa saavutettu yksimielisyys po. käsitteen määrittelyssä, ja onko käsite tarkoituksenmukainen? Thöl² »klassillinen» määritelmä kuuluu: Das Wort Vorvertrag bezeichnet aber das wirkliche Verhältnis, nämlich einen Vertrag vor einem Vertrag, dass heisst einen Vertrag dahin geschlossen, dass ein Vertrag geschlossen werden solle, also einen gegenwärtigen Vertrag, welcher einen künftigen Vertrag verspricht. Tätä määritelmää on arvosteltu varsin ankarasti.³ — Degenkolb taas tarkoittaa esisopimuksella yksinkertaisesti sopimusta, joka velvoittaa pääsopimuksen tekoon (*contrahere*).⁴ Hän rajoittaa käsitteensä kuitenkin mielivaltaisesti ja jokseenkin perustelematta koskemaan ainoastaan velvoiteoikeudellisia pääsopimuksia.⁵

Edellä mainituille käsityksille on yhteistä se, että niiden mukaan esisopimuksen kohteena on toisen sopimuksen, ns. pääsopimuksen, teke-

¹ Ks. Muukkonen, s. 29 sekä siinä olevat viitteet.

² Thöl, s. 777 av. 4.

³ Ks. Degenkolb, AcP 1887 s. 88 ss.; Roth, s. 1 ss. erit. s. 15 ss.

⁴ Degenkolb, AcP 1887 s. 8, s. 53 mm.: Der Vorvertrag besteht nur wenn der Vertrag, also in bindender Absicht geschlossen und wenn die durch ihm zu begründende Verbindlichkeit auf ein Contrahere gerichtet ist.

⁵ Ainoina perusteluina mainitaan, että tämä on tavallista ja tarkoituksenmukaista. Tarkoituksenmukaisuutta ei pyritä osoittamaan millään tavoin. Ks. Degenkolb, AcP 1887 s. 20 ss. Ks. myös Roth, s. 32.

minen. Sanottu yhteinen piirre esiintyy muussakin kirjallisuudessa.⁶ Valitettavasti yksimielisyys rajoittuu tähän, niin kuin edellä olevasta oppihistoriallisesta katsauksesta lienee ilmennyt riittävän selvästi. Kuka haluaa rajoittaa esisopimuksen käsitteen koskemaan milloin mitään oikeuden alaa tai esisopimuslajia. Eikä vain sanotunlaisia rajoituksia ole tehty. Myös oikeusvaikutusten perusteella on määrätty, onko jotakin oikeustositasiata syytä kutsua esisopimukseksi vai ei.⁷

Tässä tutkimuksessa ei, ratkaistaessa kysymystä, onko jotakin oikeustositasiata pidettävä esisopimuksena vai ei, kiinnitetä huomiota oikeusvaikutuksiin.⁸ Se johtuu »teoreettisista» syistä.⁹ Jos näet esisopimuksen käsitteeseen sisällytetään myös oikeusvaikutuksia, sidotaan kädet oikeusvaikutuksia koskevalta tutkimukselta.¹⁰

Esisopimuksen käsite on siis muodostettava oikeustositasiain pohjalta. Kun kirjallisuus on monivivahteista ja kun »kamariviisaalla» pohdiskelella ei varmaan päästä kovin pitkälle, tyydytään tässä ennakkomääritelmään. *Esisopimuksella tarkoitetaan jäljempänä sopimusta tai sitoumusta, jolla luvataan tehdä pääsopimus.* Käsitteen alaa ei siis rajoiteta vain velvoiteoikeuteen. Siihen ei myöskään sisälly oikeusvaikutuksia, ts. käsite ei ilmaise esim. sitä, sitooko tuollainen sopimus (tai sitoumus)

⁶ Näin esim. *Almén*, Om auktion II s. 297, s. 313 ss.; *Caselius*, Irroittamisoikeudet s. 66; *Ekström*, s. 559; *Enneccerus—Nipperdey*, I: 2 s. 686; *Hakulinen*, Luovutus s. 114; *Hernberg*, DL 1925 s. 359; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 199; *Larenz*, I s. 60; *Lassen*, s. 12; *Lehmann*, s. 222; *von Tuhr*, II: 1 s. 493; *Undén*, Kollektivavtalet s. 92; *Ussing*, s. 97; *Windscheid*, PR II s. 193.

⁷ Silloin kun esisopimus velvoittaa luontoissuoritukseen, herää kysymys, tuleeko sopijapuolen vaatia pääsopimuksen tekemistä ja sitten sen täyttämistä vai voiko hän vaatia suoraan pääsopimuksen kohdetta. Kysymykseen voidaan vastata jälkimmäisellä vaihtoehdolla, tosin eräin edellytyksin (ks. jäljempänä 7 § 2-B-kohta). Sen vuoksi silloin, kun sopijapuoli voi vaatia suoraan pääsopimuksen täyttämistä, ei toisinaan haluta puhua esisopimuksesta, vaan esim. ehdollisesta pääsopimuksesta. (*Godenhielm*, JFT 1958, s. 234) tai »velvoiteoikeudellisesta suhteesta» (*Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 113, sama, Velkakirjalaki s. 250).

⁸ Ks. *Degenkolb*, AcP 1887 s. 41 ss.; *Thöl*, s. 779; Die Möglichkeit eines Vorvertrages ist unabhängig von der direkten Erzwingbarkeit des Inhalts.

⁹ Tässä yhteydessä sivutaan yhtä käsitteenmuodostuksen »suurta kysymystä»: voidaanko käsitteisiin sisällyttää oikeusvaikutuksia vai ei? Ks. tästä *Muukkonen*, s. 28 ss. viitteineen.

¹⁰ Oikeusvaikutusten sisällyttäminen käsitteeseen voi aiheuttaa kielellistä ja ajatuksellistakin epätasällisyyttä. Ks. esim. *Vihma*, LM 1948 s. 29, missä kihlaus katsotaan »eräässä mielessä» esisopimukseksi. »Mielestä» ei tarvitse puhua, jos käsitettä muodostettaessa ei nojauduta oikeusvaikutuksiin.

vai ei. — Seuraava yksityistapausten tarkastelu tulee osoittamaan, onko tällainen esisopimuskäsite tarkoituksenmukainen vai ei.

B. Esimerkkitapaukset. Tämä tutkimus haluaa olla analyttinen. Tiettyjen yksityistapausten pohjalta pyritään yleistyksiin. Seuraavassa tarkastellaan tutkimuksen kohteeksi valittuja ns. tyyppitapauksia.

a) Avioliiton esisopimus (kihlaus). Kirjallisuudessamme useat pitävät kihlausta avioliiton esisopimuksena (*pactum de contrahendo matrimonio*).¹² Toiset taas kieltävät kihlaukselta esisopimuksen luonteen.¹³ Onpa esitetty, että »kun kihlaussopimuksella sitoudutaan myöhemmin päättämään toinen pääsitoumus (avioliittositoumus), on kihlaus luonteeltaan esisopimus, vaikkakin erikoislaatuinen esisopimus, johon muissa esisopimuksissa noudatettavia sääntöjä ei yleensä voida soveltaa».¹⁴ Kihlaus olisi siis esisopimus *sui generis*.

Tarkasteltaessa mielipiteitä, joiden mukaan kihlaus ei ole esisopimus, havaitaan käsitysten nojautuvan lähinnä kahteen perusteeseen. Useimmat päätyvät kielteiseen tulokseen kihlauksen oikeusvaikutusten pohjalta.¹⁵ Tälle perusteelle ei voida antaa merkitystä, koska ennakkomääritelmään ei sisällytetä oikeusvaikutuksia. Kielteiseen tulokseen päädytään myös, jos esisopimuksen käsite rajoitetaan koskemaan vain velvoiteoikeudellisia pääsopimuksia.¹⁶ Koska ennakkomääritelmää ei rajoitettu tällä tavoin, ei mainitulle perusteellekaan voida antaa merkitystä. Näin ollen kihlaus ennakkomääritelmän näkökulmasta täyttää esisopimuksen tuntomerkit ja sitä voidaan pitää esisopimuksena.¹⁷

¹² Näin mm. von Bonsdorff, JFT 1958 s. 320; Godenhjelm, JFT 1958 s. 227; Hernberg, s. 226, sama, DL 1925 s. 360; Gunnar Palmgren, Siviilioikeus I s. 38.

¹³ Näin Chydenius, Äktenskapsrätt s. 27.

¹⁴ Rautiala, Avioliitto-oikeus s. 20. Ks. myös Vihma, LM 1948 s. 29, missä lausutaan, että »vaikka se siis onkin eräässä mielessä esisopimus, ei se kuitenkaan ole pactum de contrahendo siinä mielessä, että kihlautunut voitaisiin pakottaa avioliittoon».

¹⁵ Ks. erit. Roth, s. 176 ss. lausuttua.

¹⁶ Po. perustetta käyttää mm. Degenkolb, AcP 1887 s. 20.

¹⁷ Ks. po. kysymyksestä vielä Adler, IhJ 1892 s. 229; Klang—Gschneider, s. 572. Roth, s. 176 ss., missä on laaja kirjallisuuskatsaus; Tobias, s. 90, missä esitetään että kihlauksella on »kaksoisluonne», joista toinen sisältää esisopimuksen.

Saksan kirjallisuudessa on pohdittu paljon kysymystä, onko kihlaus sopimus (sopimusteoria) vai ainoastaan tosiasiallinen siveellis-sosiaalinen olosuhde (tosiasiateoria). Tällä on luonnollisestikin merkitystä arvosteltaessa, onko kihlaus esisopimus. Ks. po. teorioista laajoina viitteineen Roth, s. 176. Meidän oikeutemme mukaan kihlauksella on »sopimusluonne» ja sitä voidaan siis pitää esisopimuksena. AL 6 §:ssä näet säädetään: »Mies ja nainen, jotka ovat sopineet avioliittoon menemisestä toistensa kanssa, ovat kihlautuneet.»

b) **Kauppaa koskeva esisopimus.** Tällainen sopimus saattaa sisältää joko myyntilupauksen (*pactum de vendendo*) tai ostolupauksen (*pactum de emendo*). Se voi sisältää myös molemmat, jolloin sen tarkoituksena on sitoa sekä tulevaa myyjää että tulevaa ostajaa.

Kirjallisuudessamme ei yleensä ole kielletty po. sopimuksen esisopimusluonnetta, olkoonpa sitten kysymyksessä kiinteä tai irtain omaisuus.¹⁸ Samoin on asian laita oikeuskäytännössämme.^{18a} Sitä vastoin ulkomaisessa kirjallisuudessa joskus evätään ko. sopimuksilta esisopimuksen luonne.

Jotka kieltävät ko. tapauksilta esisopimuksen luonteen, ottavat yleensä lähtökohdaksi tavallaan »maallikkomaisen» ajattelun. Jos ajatellaan maallikoita, siis henkilöitä, joilta puuttuu lainoppineiden »teoreettinen» koulutus ja ajattelutapa, niin he pyrkivät oikeustoimissaan taloudelliseen päämäärään. Ostaja haluaa saada esineen ja myyjä hinnan. Lisäksi sanotaan, että sopimuksen tekeminen ja täyttämistoimi on pidettävä erillään. Ne voivat langeta yhteen, mutta voivat sattua myös eri aikoina. Jos sopijapuolet velvoittautuvat myöhemmin toisaalta myymään ja toisaalta ostamaan, he eivät ole sitoutuneet tekemään ensin sopimusta (pääsopimusta), vaan he ovat pyrkineet suoraan mainittuun taloudelliseen päämäärään. Siis kysymyksessä ei olisi esisopimus, vaan lopullinen sopimus, jonka täyttämistoimi on lykätty myöhempään ajankohtaan.¹⁹

Kuvattu kielteinen ajattelutapa voidaan kumota »formalistisesti» sanomalla, että lopullisessa sopimuksessa (pääsopimuksessa) on välittömästi kysymys kaupan kohteesta ja hinnasta, mutta esisopimuksessa sopimuksen teosta (*contrahere*). Myös reaalin harkinta johtaa samaan lopputulokseen. Esisopimusasteella kauppa »ei vielä ole valmis», »eikä silloin siis voida olla varmoja siitä, tuleeko kauppa aikaan», kuten *Caselius*²⁰ toteaa. Voivathan sopijapuolet näet vapaaehtoisesti purkaa esisopimuksen. Esisopimus muodostaa eräänlaisen sopimuksen

¹⁸ Ks. esim. *Caselius*, Irroittamisoikeudet s. 67 ss., *sama*, DL 1955 II s. 50; *Hakulinen*, Luovutus s. 113 ss.; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 200; *Vihma*, Sopimussakko s. 174. Ks. lisäksi esim. *Almén*, Om auktion II s. 319; *Dernburg*, Pandekten II s. 27; *Guhl*, s. 87. — Aivan eri asia on po. esisopimusten sitovuus. Ks. siitä jäljempänä 5 §:n C-c-kohta.

^{18a} Ks. jäljempänä 5 §:n C-c-kohdassa mainitut oikeustapaukset.

¹⁹ Ks. edellisen johdosta *Roth*, s. 128 ss.; *Tobias*, s. 38 ss. Jälkimmäisessä on arvosteltu mm. *Schlossmannin* ja *Stinzingin* mielipiteitä.

²⁰ *Caselius*, DL 1955 II s. 50.

esiasteen, joka loogisestikaan katsoen ei voi olla sama tosiasia kuin myöhemmin tehtävä pääsopimus.²¹

Toisinaan evätään kauppaa koskevan esisopimuksen (tai -sitoumuksen) esisopimuksen luonne väittämällä, että kysymyksessä on ehdollinen pääsopimus. Tämän ajatuksen epätarkoituksenmukaisuus pyritään osoittamaan jäljempänä vedettäessä rajaa esisopimuksen ja ehdollisen pääsopimuksen välille.²²

c) Lahjanlupaus. Lahjanlupauslakimme (LahjaL) koskee irtaimen omaisuuden lahjoittamista koskevia lupauksia (1 §). Sitä ei siis sovelleta kaikenlaisiin lahjanlupauksiin.²³ Tarkoituksenmukaisuussyistä rajoitetaan seuraavassa LahjaL:n soveltamispiiriin.²⁴

Onko lahjanlupaus esisopimus? Ennen tähän kysymykseen vastaamista on selvitettävä, minkälaista oikeustositiasiaa voidaan pitää lahjanlupauksena. — Kirjallisuudessa on joskus pyritty vetämään rajaa toisaalta varsinaisen lahjanlupauksen ja toisaalta lahjoitusta koskevan esisopimuksen välille.²⁵ Tällöin ei kuitenkaan ole selvitetty, minkälainen on lahjoitusta koskeva esisopimus. Sitä ei voitane tehdä. Lahjoitusta koskevassa oikeustoimessa on näet vain yksi tosiasia, jolla eroteltu lahjoituksen ja lahjanlupauksen välillä voidaan suorittaa, ja se on lahjoituksen täyttämistoimi. Ennen kuin täyttämistoimi, reaalinen akti, on tehty, on kysymyksessä lahjanlupaus. Sen jälkeen kysymyksessä on »lopullinen lahjoitus».

Onko LahjaL:n alainen lahjanlupaus esisopimus? Lain sanamuoto viittaa esisopimuksen luonteiseen oikeustositiasiaan. Myös kirjallisuudessa on esitetty tällaisia mielipiteitä.²⁶ Meillä kuitenkin H a k u l i

²¹ Näin Degenkolb, AcP 1887 s. 71.

²² Ks. jäljempänä 4 §:n D-kohta.

²³ LahjaL 1 §: »Irtaimen omaisuuden lahjoittamista koskeva lupaus olkoon ...» Ks. lain soveltamisesta esim. Hakulinen, Velkakirjalaki s. 247 ss.; Marks von Württemberg—Sterzel, s. 158 ss.

²⁴ Rajoitusta voidaan kutsua esim. tutkimustaloudelliseksi perusteeksi, koska se estää tutkimuksen liiallisen »paisumisen». Ks. Otto Brusiin, Zum Ehescheidungsproblem, Hyvinkää 1959, s. 11.

²⁵ Ks. esim. Hakulinen, Perusteeton etu s. 60 av. 3; Kivimäki, LM 1925 s. 90 av. 5.

²⁶ Näin esim. Kivimäki, LM 1925 s. 96, Tobias, s. 89. Ks. lisäksi Rautiala, Velkasuhteet s. 228. Vrt. tyyppiesimerkkinä pandektologisesta ajattelutavasta Adler, IhJ 1892 s. 226: Vorvertrag zu einer »Schenkungen» ist überhaupt ein untechnischer, verwirrender, in juristischer Hinsicht sogar unsinniger Ausdruck, denn die vertragsmäßige Bindung schliesst die Schenkungsabsicht bei der Leistung aus.

n en ²⁷ esittää, että »sitova lahjanlupaus ei ole vain esisopimuksen tai tarjouksen luontoinen, lahjoitusta valmisteleva toimi, jonka nojalla lahjansaaja olisi oikeutettu vaatimaan lahjoituksen lopullista päättämistä, vaan lahjanlupaus synnyttää suoranaisen saamisoikeuden lupauksen tarkoittamaan arvomäärään tai esineeseen nähden.» Tähän Hakulinen on päätenyt siksi, että hän katsoo lahjanlupauksen ja esisopimuksen oikeusvaikutusten poikkeavan toisistaan, varsinkin mitä tulee siirrettävyyteen ja ulosmitattavuuteen. Hakulinen joutuu kuitenkin myöntämään, että lakia säädettäessä seurattiin teoreettista käsitystä, »jonka mukaan lahjanlupauksen antaminen ei olisi lahja (velvoitelahja), vaan ainoastaan sitä valmisteleva toimenpide».²⁸

Hakulisen käsitys ei liene tarkoituksenmukainen eikä se edes vastaa lain esitöitä. Jos pystyttäisiin osoittamaan, millä tavoin lahjanlupaus eroaa oikeustositiasiana ²⁹ lahjoitusta koskevasta esisopimuksesta, voitaisiin ajatella, että lahjanlupaus ei ole esisopimus. Siihen ei kuitenkaan kyetä. Lahjanlupausta, siis lahjoittamista tarkoittavaa tahdonilmaisua, jota ei vielä ole täytetty, voidaan näin ollen pitää esisopimuksena.

d) Panttausluvanta. Tässä tutkimuksessa tarkastellaan ainoastaan käteispannin luvantaa. Tuollainen sitoumus on esisopimusopin näkökulmasta erittäin mielenkiintoinen, koska käteispannin »panttioikeudelliset vaikutukset» syntyvät oikeutemme mukaan panttiesineen hallinnan luovutuksella, traditiolla.³⁰

Onko sitoumus, jolla velallinen lupaa myöhemmin antaa pantin velkojalle, esisopimus?³¹ — Useat, jotka kieltävät esisopimusajattelun tar-

²⁷ Hakulinen, Velkakirjalaki s. 249 ss., *sama*, Velvoiteoikeus I s. 169. Vrt. kuitenkin *sama*, Perusteeton etu s. 60 av. 1, missä lausutaan mm.: »Pelkästään suullisesti annettu lahjanlupaus on normaalisesti katsoen puhdas pactum de contrahendo.»

²⁸ Hakulinen, Velkakirjalaki s. 251.

²⁹ Hakulinen, Velkakirjalaki s. 250 av. 1 lausuu mm.: »Jos lahjanlupaus ei olisi lahja, vaan ainoastaan sitä valmisteleva toimi, jonkinlainen esisopimus, aiheutuisi siitä, että tuollaiseen lupaukseen perustuvaa oikeutta, koska sen kohteena ei ole 'dare' vaan 'contrahere', ei voitaisi toiselle siirtää tai käyttää lahjansaajan velkojen maksuun.» — Tutkimustapa on tässä aivan toinen. Tässä ei dedusoida siitä, onko jokin oikeustositiasia esisopimus vai ei. Esisopimuksen »luonteesta» ei siis johdu mitään oikeusvaikutuksia.

³⁰ Ks. esim. *Hernberg*, Festschrift Grotenfelt s. 268; *Serlachius*, Sakrätt s. 389 ss.; *Taxell*, s. 32 ss.; *Wrede-Caselius*, II s. 505 ss.

³¹ *Taxell*, s. 39 toteaa, että velallisen panttausluvantaan on rinnastettavissa panttauslupanta toisen velasta.

koituksen mukaisuuden konsensuaalisopimusten osalta, hyväksyvät reaalisopimusten esisopimuksen. Varsinkin panttausluvanta käsitetään esisopimukseksi.³² Jotkut ovat kuitenkin pysyneet esisopimuksia koskevalle kielteiselle suhtautumiselle niin uskollisina, että he tässäkin tapauksessa epäävät esisopimusajattelun tarkoituksen mukaisuuden.³³

Vastaus kysymykseen, onko panttausluvanta esisopimus, johdetaan usein reaalisopimuksen »teoriasta»,³⁴ jota saatetaan »syventää» roomalaisen oikeuden pohjalta.³⁵ Omalta osaltani en menettele näin. Toetan ainoastaan, että käteispanntauksessa on kaksi astetta. On ns. esiaste: sopimus panttauksessa eli panttausluvanta.³⁶ Käteispanntaukseen kuuluu myös toinen aste: tradition tapahtuminen, johon kytkeytyy merkittäviä oikeusvaikutuksia. Tämä ei kuitenkaan merkitse, ettei esiasteella voisi olla merkitystä. Sen selvittäminen on eri asia. Esiastetta voidaan kutsua esisopimukseksi.³⁸ Se sisältäne näet aina lupauksen »pääsopimuksen» tekemisestä reaaliaktia käyttäen.

Kirjallisuudessa näkee joskus erotetun »lopullinen» irtaimen panttaus, jossa traditiota ei ole suoritettu, esisopimuksesta, jonka sisältönä on panttioikeuden myöhempi perustaminen.³⁹ Tämä on epäreaalista. Käytännössä näet lienee mahdotonta sanoa, kumpi noista ajateltavissa olevista mahdollisuuksista kulloinkin on kysymyksessä. Teoreettisestikin voidaan pitää erottelua tarpeettomana. Olipa näet kysymyksessä »esisopimus» panttioikeuden myöhemmästä perustamisesta tai panttausvailla traditiota, niin kaiketi kumpikin tahdonilmaisuna on sama: lupaus perustaa panttioikeus tradition avulla — ja vain sen kautta.

³² Ks. kysymyksestä yleensä esim. *Adler*, *IhJ* 1892, s. 190 ss.; *Degenkolb*, *AcP* 1887 s. 54 ss.; *Roth*, s. 179 ss. — *Dernburg*, *Pandekten* II s. 27: *Pacta de contrahendo sind besonders häufig zur Vorbereitung von Realkontrakten*.

³³ Näin esim. *Schlossmann*, *IhJ* 1903 s. 36 ss.: missä lausutaan mm.: *Wir können dieses Gebiet recht eigentlich als unbestrittene Domäne der Theorie von den pacta de contrahendo bezeichnen*.

³⁴ Ks. esim. *Hernberg*, *Festschrift Grotenfelt* s. 268 ss.

³⁵ Ks. esim. *Adler*, *IhJ* 1892, s. 190 ss.; *Schlossmann*, *IhJ* 1903 s. 76 ss.

³⁶ Ks. esim. *Karlgren*, *SvJT* 1949 s. 675; *Undén*, I s. 270 ss.; *Taxell*, s. 32 ss.; *Wrede-Caselius*, II s. 505.

³⁸ Esim. *Degenkolb*, *AcP* 1887 s. 54. Ks. myös *Hernberg*, *Festschrift Grotenfelt* s. 269: *Under omständigheter kunna de (sammangående viljeförklaringar) inbegripa ett föravtal att genom erforderlig realhandling upprätta det avsedda efterföljdsavtalet*; *Taxell*, s. 32.

³⁹ Ks. esim. *Gestrin*, *JFT* 1940 s. 79; *Hernberg*, *Festschrift Grotenfelt* s. 268 ss. Ks. myös *Chydenius*, *KR* II s. 182.

e) **Takausluvanta.** Kysymyksellä on käytännöllistä merkitystä kahdessa tapauksessa: silloin kun tuleva takaaja on antanut takauksen menoa tarkoittavan lupauksensa päävelalliselle ja silloin kun tuleva takaaja on antanut sen velkojalle.⁴⁰

Takausluvantaa voidaan aina pitää esisopimuksena.⁴¹ Olipa näet takausluvanta annettu velalliselle tai velkojalle, niin kummassakin tapauksessa tuleva takaaja on sitoutunut myöhemmin »menemään tapaukseen». Oikeustosiasioidina ne siis »mahtuvat» työhypoteesiksi otettuun esisopimuksen määritelmään.

f) **Vekselinluvanta.** Ei ole aivan harvinaista, että joku lupaa mennä toiselle vekseliin. Esimerkiksi silloin, kun sovitaan, ettei kauppahintaa tarvitse maksaa heti, sitoutuu ostaja usein hyväksymään myyjän asettaman vekselin.⁴² Tällaista vekselinluvantaa eli vekselisitoumusta (*pactum de cambiando*)⁴³ pidetään kirjallisuudessa yleisesti esisopimuksena.⁴⁴ On kuitenkin esitetty sellainen harvinaisempi mielipide, että vekselinluvanta ei olisi esisopimus. Tähän on tietenkin päädytty silloin, kun on suhtauduttu kielteisesti esisopimukseen yleensä.⁴⁵ Mutta sitä on myös perusteltu mm. sillä, että vekselinluvanta ei ole tahdonilmaisun antamista tarkoittava oikeustoimi.⁴⁶ — Kun vekselinluvanta tähtää tahdon-

⁴⁰ Ks. esim. *Anderegg*, s. 30; *Ylöstalo*, Takauksesta s. 99. — Jos velallinen, neuvotellessaan velkojan kanssa, sitoutuu hankkimaan takaajan, ei tämä ole esisopimus, vaan pääsopimus. Ks. *Anderegg*, s. 31 av. 1.

⁴¹ Näin mm. *Anderegg*, s. 29; *Guhl*, s. 87; *Oser—Schönenberger*, s. 159; *Scheider*, s. 39. Ks. myös *Ylöstalo*, Takauksesta s. 101 ss., missä velkojalle annettua sitoumusta takaukseen menemisestä pidetään esisopimuksena (esisitoumuksena), mutta ei varmaankaan päävelalliselle annettua, vaikka *Ylöstalo* pitää viimeksi mainittua velanantolupauksen (*pactum de mutuando*) »läheisenä ilmiönä».

⁴² Ks. esim. *Thöl*, s. 778 av. 5; *Väinö Vihma*, Luentoja irtaimen kaupasta, Helsinki 1957, s. 7 (moniste). — Huomaa Ruotsin kauppalaan 71 §, missä lausutaan mm.: Har köparen förbundet sig att erlägga betalning mot konnossement eller att mot erhållande av konnossement godkänna växel, som av säljaren drages.

⁴³ Jotkut pitävät vekseliin avoimena annettua hyväksymistä (blankohyväksymistä) esisopimuksena. Muunkinlaisia mielipiteitä on esitetty. Ks. *Roth*, s. 171 av. 2 mainittua viitteineen.

Nimitystä *pactum de cambiando* käytetään toisinaan koskemaan myös haltija- ja määrännäispapereita. Näin esim. *von Tuhr—Siegwart*, I s. 254.

⁴⁴ Näin esim. *Adler*, IhJ 1892, s. 223 ss.; *Degenkolb*, AcP 1887 s. 66 ss.; *Dernburg*, Pandekten II s. 27; *Guhl*, s. 87; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 199; *Oser—Schönenberger*, s. 160; *Schneider*, s. 39; *Thöl*, s. 778 av. 5; *Ussing*, s. 97. Ks. vielä *Roth*, s. 170 ss.

⁴⁵ Ks. esim. *Schlossmann*, IhJ 1903 s. 95.

⁴⁶ *von Tuhr*, II: 1, s. 495 av. 235 mm.: Kein Vorvertrag im genauen Sinne des Wortes liegt vor, wenn A dem B verspricht, ein Inhaber- oder Orderpapier auszustellen. Denn die Ausstellung des Papiers ist kein Vertrag, durch welchen sich A

ilmaisun antamiseen ja kun se lähtökohtamääritelmän näkökulmasta täyttää esisopimuksen tunnusmerkit, ei mikään voine estää kutsumasta sitä esisopimukseksi.

g) Velaksiantolupaus. Niinkuin panttausta niin velaksiantoakin sanotaan meillä reaalisopimukseksi.⁴⁷ Jos siis joku ainoastaan lupaa antaa toiselle lajiesineitä, esim. rahaa, velaksi, ei kysymyksessä vielä ole velaksiantosopimus. Suoritus, reaaliakti, puuttuu.⁴⁸

Reaalisopimuksen rakenne aiheuttaa tässäkin sopimuksessa samankaltaisen vaikean tarkoituksenmukaisuuskysymyksen kuin käteispanntauksessa: onko syytä erottaa toisaalta »lopullinen» velaksiantosopimus, jossa reaaliaktia ei ole tapahtunut, ja toisaalta velaksiantolupaus, siis sitoumus myöhemmin tehdä velaksiantosopimus siihen liittyvine reaalisuorituksineen. Samoin perustein, jotka edellä d-kohdassa on esitetty panttausluvannasta, katson, kirjallisuudessa esiintyvän enemmistön käsitykseen yhtyen, että eron tekemiseen ei ole syytä.⁴⁹ Velaksiantolupausta (*pactum de mutuo dando*) sanotaan siis jäljempänä esisopimukseksi.⁵⁰ Ja esisopimuksena pidetään sekä lupausta myöhemmin tapahtuvasta velaksiannosta että myös »lopullista» velaksiantosopimusta,

dem B gegenüber verpflichtet, sondern ein einseitiges Rechtsgeschäft, aus welchem für eine unbestimmte Anzahl von Personen Rechte entstehen können. Vrt. kuitenkin von Tuhr—Siegwart, I s. 254.

⁴⁷ Ks. esim. *Calonius*, s. 299 ss.; *Chydenius*, JFT 1892—93 s. 50; *sama*, KR I s. 205; *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 113; *Hernberg*, Rättshandbok s. 205; *Wrede*, Oikeustoimilaki s. 16.

⁴⁸ Esimerkkinä tuosta ns. »klassillisesta», roomalaiseen oikeuteen perustuvasta ja Saksan BGB:n (610 §) omaksumasta ajattelutavasta esim. *Schrevelius*, II s. 558: Om derföre någon blott lofvar, att han framdeles skall öfverlemna dem (*pactum de mutuo dando*), så är detta ännu icke någon försträckning.

⁴⁹ Ks. esim. *Calonius*, s. 301; *Chydenius*, JFT 1892—93 s. 50 ss.; *sama*, KR I s. 187 av. 2, s. 205; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 199, *Schrevelius*, II s. 558. — Saksalaisessa kirjallisuudessa BGB 610 §:n perusteella puhutaan yleisesti esisopimuksesta. Ks. esim. *Enneccerus—Lehmann*, s. 558, s. 562; *Esser*, s. 342; *Palandt*, s. 612. Ks. vielä *Almási*, II s. 195. — Erottelun tekee esim. *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 113, missä lausutaan mm.: »Tahdontulkinnalla on tällöin selvitettävä, onko tarkoituksena ollut esisopimuksen vai välittömästi velvoittavan pääsopimuksen tekeminen. Useimmiten vastannee asianosaisten tarkoitusta parhaiten edellinen vaihtoehto.» Ks. lisäksi esim. *Larenz*, II s. 153, missä lausutaan mm., että täyttämätöntä velaksiantosopimusta ei ole syytä pitää esisopimuksena, koska se ei useinkaan vastaa sopijapuolten tarkoitusta.

⁵⁰ Näin mm. *Chydenius*, JFT 1892—93 s. 50; *Hakulinen*, Velkakirjalaki s. 40; *Kivimäki*, LM 1925 s. 96 av. 4; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 199. Ks. lisäksi *Ask*, Kredit-aftal s. 11 ss.; *Dernburg*, Pandekten II s. 27; *Enneccerus—Lehmann*, s. 562 ss.; *Esser*, s. 342.

jota ei vielä ole ehditty täyttää, ts. milloin velallinen ei vielä ole saanut haltuunsa luvattuja lajiesineitä.

h) Vuokrasopimuksen esisopimus. Oikeutemme tuntee useita vuokran lajeja. Maanvuokrauksesta meillä on vuoden 1902 maanvuokralaki (MVL) ja vuoden 1909 asetus torpan, lampuotitilan ja mäkitupa-alueen vuokrauksesta (MVA). Huoneenvuokrauksesta on vuonna 1925 säädetty huoneenvuokralaki (HVL) ja tontinvuokrauksesta vuonna 1939 tontinvuokralaki (TVuokraL). Näitä voidaankin pitää tärkeimpinä vuokralakeina.⁵¹

Vuokrasopimustenkin tekemisen yhteydessä saattaa esiintyä tarvetta laatia ensin esisopimus.⁵² Esityksen rajoittamiseksi tarkastellaan jäljempänä ainoastaan MVL:n ja HVL:n alaisten pääsopimusten esisopimuksia.

Tässä yhteydessä on syytä huomauttaa, että MVL 63 §⁵³ ei sisällä määräyksiä esisopimuksesta.⁵⁴ Lainkohta on ymmärrettävä siten, että suullinenkin maanvuokrasopimus (pääsopimus) voi tietyin edellytyksin sitoa (paikkaantua).⁵⁵

⁵¹ Ks. lisäksi esim. L valtion virkatalojen ja niistä muodostettujen pää- eli kantatilojen sekä viljelys- ja asuntotilojen vuokralle antamisesta (1922), MetsästysL (1934), erit. 44 §; KalastusL (1951) erit. 8 §.

⁵² Vuokrasopimusten esisopimuksista puhuvat mm. *Enneccerus—Nipperdey*, I: 2 s. 687 av. 28; *Guhl*, s. 87; *Haataja*, Käsité s. 66; *Kivimäki*, s. 79.

⁵³ Ks. myös MVA 7 §, KalastusL 8 §.

⁵⁴ Vrt. kuitenkin *Hernberg*, s. 173, samoin *Kivimäki*, s. 79, mikä käsitys on muutettu teoksessa *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 199 ss.

⁵⁵ Ks. mm. *Grönvall*, Vuokra s. 86 ss.; *Haataja*, Käsité s. 146 ss.; *sama*, Maanvuokraoikeus s. 44; *Ståhlberg*, Vuokra s. 187; *Wrede—Caselius*, I s. 337.

4 §. LÄHIKÄSITTEIDEN EROTTELUA

A. Rajankäynnin tarpeellisuus. Esisopimusta muistuttavia oikeustosiasiota on paljon. Jo sen vuoksi olisi tarpeellista määrittää eräiden lähikäsitteiden ero. Tämä tarve on sitäkin suurempi tässä tutkimuksessa, koska esisopimuksen määritelmä on ainoastaan työhypoteettinen.

B. Sopimusneuvottelujen ns. punktaatiot. Varhaisimmissa tutkimuksissa, varsinkin keskiajalla, kutsuttiin esisopimusta nimellä *pactum praeparatorium*.¹ Noilla »preparatorisilla» sopimuksilla ei tarkoitettu ainoastaan sitovia, pääsopimuksen tekemistä tarkoittavia sopimuksia, vaan myös sopimusneuvottelun aikana tehtyjä muistiinpanoja, konsepteja, luonnoksia jne.²

Sopijapuolten *kirjallisesti* muistiin merkitsemiä neuvottelun tapahumia, joissa on saavutettu yksimielisyys, kutsutaan usein punktaatioiksi.³ Punktaation käsite on kuitenkin varsin monimerkityksinen.⁴ Toisinaan näkee esityksiä, joissa po. käsitteellä tarkoitetaan ainoastaan sitomattomia muistiinpanoja.⁵ Tällöin rajanveto punktaatioiden ja esi-

¹ Ks. esim. *Caselius*, Irroittamisoikeudet s. 66; *Degenkolb*, AcP 1887 s. 7.

² Ks. esim. *Degenkolb*, AcP 1887 s. 7; *Dernburg*, II s. 26 ss; *Ehrenzweig*, II: 1 s. 145; *Tobias*, s. 20 ss.

³ Ks. esim. *Ekström*, s. 560 ss.; *Enneccerus—Nipperdey*, I: 2, s. 689; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 198; *Thöl*, s. 784 ss.; *Windscheid*, PR II s. 194 ss.; Huomaa *Hernberg*, s. 227.

Suullisia neuvottelujen yksityiskohtia kutsutaan usein traktaatioiksi. Ne ovat »luonteeltaan» myös tuollaisia preparatorisia sopimuksia. Ks. *Tobias*, s. 20 viitteineen. *Tengwall*, s. 65 määrittää traktaatiot näin: Tractatus äro samtal, anbud och swar om en afhandlings ingående, utan något wist fattad slut, sådant medför ej förbindelse, med mindre någon actus föregår eller följer som i Lagen anses lika med ömsesides bifall och beslut.

⁴ *Ekström*, s. 561. Ks. erit. *Roth*, s. 209 ss.; *Windscheid*, PR II s. 195 väittää, että punktaation käsite on monimerkityksisyytensä vuoksi juridisesti käyttökelpoton (juristisch unbrauchbar).

⁵ Näin mm. *Degenkolb*, AcP 1887 s. 7 ss.; *Oser—Schönenberger*, s. 157; *Tobias*, s. 20 ss.

sopimuksen välillä on helppoa. Punktaatiota ei ole edes tarkoitettu sitovaksi. Sitä vastoin esisopimuksella on tahdottu luoda pääsopimuksen tekemistä koskeva sitova velvollisuus. — Jos punktaation käsitettä käytetään laajassa merkityksessä, jos myönnetään sillä tarkoitettavan myös sitoviksi tarkoitettuja muistiinpanoja,⁶ silloin rajanveto esisopimukseen käy vaikeaksi. Tällöin on sanottava vähintään, että tuollainen punktaatio sinänsä saattaa olla esisopimus.⁷ Tuskin kukaan haluaa nykyisin mennä niin »pitkälle» kuin *Dernburg*, jonka mielestä esisopimukset on jaettava kahteen ryhmään, punktaatioihin ja pactum de contrahendoihin.⁸

Kun kaiken käsitteenmuodostuksen määrää tarkoituksenmukaisuus, on »esisopimusopin» näkökulmasta hyvä menetellä niin, että punktaation käsite rajoitetaan koskemaan ainoastaan sitomattomiksi tarkoitettuja muistiinpanoja. Tällöin rajanveto — teoreettisesti katsoen — ei tuota vaikeuksia.⁹ Jos taas käytetään laajempaa punktaation käsitettä, on kussakin yksityistapauksessa selvitettävä, onko punktaatio esisopimus vai ei.¹⁰

C. Tarjous. Varsinkin yksipuolisesti velvoittavien esisopimusten osalta, joista esimerkkeinä mainittakoon vekselinluvanta ja myyntisitoumus, herää kysymys, eivätkö ne ole pelkkiä tarjouksia. Mikä siis erottaa ko. esisitoumukset tarjouksesta?

Raja esisitoumusten ja tarjouksen välillä on käytännössä monesti

⁶ Tässä merkityksessä käyttävät käsitettä mm. *Ekström*, s. 560 ss.; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 198.

⁷ Ks. esim. *Thöl*, s. 784 ss.; *Windscheid*, PR II s. 194 ss.

⁸ *Dernburg*, *Pandekten* II s. 26 ss.; *Degenkolbille* sanotaan kuuluvan kunnia siitä, että ns. preparatoristen sopimusten hahmottamasta käsitteestä on erotettu esisopimus ja täten vältetty monilta erehdyksiltä, ks. *Reuterskiöld*, s. 5. *Degenkolbin* arvostelu ei ole vaikuttanut *Dernburgiin*, joka puolestaan arvostelee *Degenkolbia*, ks. *Dernburg*, *Pandekten* II s. 26 av. 5 ja 7.

⁹ Eri asia on, että käytännössä on vaikea ratkaista, onko kysymyksessä vain punktaatio, siis sitomaton muistiinpano, vai sitova tahdonilmaisu. Tämä voidaan ratkaista vain kussakin tapauksessa erikseen, ks. *Chydenius*, JFT 1892—93 s. 51.

¹⁰ Esim. *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 198, esittää, että punktaatiolla »ei periaatteellisesti katsoen ole sitovaa voimaa». Kuitenkin »jos ... asianomaiset selittävät tulensa yksimielisiksi joistakin kohdista», niin »tällä tavoin sovittu sitoo vain edellytyksin, että avoimistakin kohdista saavutetaan yksimielisyys». Huomaa BGB 154, §: Solange nicht die Parteien sich über alle Punkte eines Vertrags geeinigt, haben, über die nach der Erklärung nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden soll, ist im Zweifel der Vertrag nicht geschlossen.

»hiuksenhieno».¹¹ Usein esiintyy tapauksia, jolloin on vaikea sanoa, onka tapausta arvosteltava tarjouksena vai esisopimuksena. Teoreettisesti rajanveto ei kuitenkaan ole ylivoimainen.¹² Esisopimus (tai esisitoumus) on sopimus, siis kahden tahdonilmaisun — tarjouksen ja hyväksymisen — sulautuminen uudeksi oikeustoimeksi. Sitä vastoin tarjous on yksipuolinen oikeustoimi. Lisäksi voidaan sanoa, että tarjous on sellainen »pääsopimuksen» elementti, että sopimus syntyy yksipuolisesti, hyväksymisen tapahduttua, ilman tarjouksen tekijän uutta myötävaikutusta.¹³ Sitä vastoin esisitoumus tähtää pääsopimukseen, uuden sopimuksen tekemiseen, missä edellytetään molempien sopimuspuolten myötävaikutusta. — Tarjous ja esisopimus (esisitoumus) voidaan siis oikeustosiasioidina erottaa.¹⁴

D. Ehdollinen pääsopimus. Kirjallisuudessa on pohdittu melkoisesti kysymystä yksipuolisesti velvoittavan esisopimuksen ja ehdollisen pääsopimuksen erosta. Kysymys asetetaan yleensä muotoon: onko yksipuolisesti velvoittava esisopimus ehdollinen pääsopimus?¹⁵

Kysymystä on syytä tarkastella esimerkin avulla. Sellaisena voidaan käyttää avointa kauppaa,¹⁶ jossa siis ostaja saa »koeteltavaksi» esineen ja hänen tahdostaan jää riippuvaksi, »syntyykö» kauppa vai ei. Tällainen avoin kauppa näet katsotaan, varsinkin nykyisin, ehdolliseksi (suspensiiviseksi tai potestatiiviseksi) kaupaksi.¹⁷

Avoimen kaupan ja esisopimuksen ero oikeustosiasioidena voidaan osoit-

¹¹ Tätä korostavat rajanvetoa selvitelleistä mm. *Adler*, IhJ 1892 s. 270; *Tobias*, s. 51.

¹² Vrt. sitä vastoin *Adler*, IhJ 1892 s. 271 ss.

¹³ *Degenkolb*, AcP 1887 s. 15; *Der Acceptant rein als solcher kann seinen Willen nur auf das richten, was der Offerent ihm gestaltet entgegen bringt*. Ks. vielä esim. *Enneccerus—Nipperdey*, I: 2 s. 676.

¹⁴ Ks. esim. *Adler*, IhJ 1892 s. 270 ss.; *Degenkolb*, AcP 1887 s. 10 ss.; *Hakulinen*, Luovutus s. 114 ss.; *Tobias*, s. 51 ss.; Vrt. *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 113, missä lausutaan, että »määrämuotoisen sopimuksen päättämistä edeltävällä esisopimuksella on toisenlainen oikeudellinen sisältö kuin esisopimuksella yleensä. Yhteistä kylläkin on tarkoitus, lopullisen sopimuksen päättämisen varmistaminen. Mutta tämän aikaansaamiseksi ei määrämuotoista sopimusta valmisteleavassa esisopimuksessa sovita siitä, että 'tarjous' sitoudutaan 'hyväksymään'. Kun laki määrää, että sopimus voidaan tehdä vain säädettyä muotoa noudattaen, suljetaan pois mahdollisuus, että sopimus voitaisiin aikaansaada tarjouksella ja vastauksella, jotka sinänsä sitoisivat.» Tätä ei voida hyväksyä, kuten yllä olevasta ilmenee.

¹⁵ Ks. esim. *Degenkolb*, AcP 1887 s. 18 ss.; *Tobias*, s. 44 ss.

¹⁶ Näin menettelevät mm. *Adler*, IhJ 1892 s. 253 ss.; *Klang—Gschntzer*, s. 570. Ks. myös *Roth*, s. 48.

¹⁷ Ks. esim. *Almén*, Köp II s. 250.

taa. Eikä »maallikkomaisesti» ajatellen eron tekeminen tuota vaikeuksiakaan. Kauppa koeteltavaksi on näet jo »lopullinen kauppa», pääsopimus, tosin siitä riippuva, haluaako ostaja pitää hallussaan olevan kaupankohteen vai ei. Esisopimus sitä vastoin luo velvollisuuden tehdä kauppa myöhemmin. Voidaan myös sanoa, kuten *Adler* ajattelee:¹⁸ Kun teen ehdollisen kaupan, olen luvannut maksaa hinnan. Tuo hinnan maksaminen riippuu ehdon täyttämisestä (me: ja vain siitä). Sitä vastoin — nyt käyttäkäseni *Tobias* sen¹⁹ ajatusta — esisopimus synnyttää heti suoritusvelvollisuuden, velvollisuuden tehdä pääsopimus (*contra here*). Esisopimuksen ja avoimen kaupan eroa osoittaa sekin, että mikään ei voine estää tekemästä esisopimusta avoimesta kaupasta.

Raja ehdollisen pääsopimuksen ja esisopimuksen välillä ei ole aina niin selvä, kuin po. esimerkkiä tarkasteltaessa on ilmennyt.²⁰ Saattaapa käytännössä esiintyä vaikeuksia jo selvitettäessä, onko sopimus tehty »lopullisena» vai ainoastaan esisopimuksena.²¹ Tästä huolimatta ehdollinen pääsopimus ja esisopimus voidaan pitää erillään.²² Rajanveto helpottuu, jos apuna käytetään oikeusvaikutuksia. Teoreettisesti katsoen tätä »keinoa» ei voida hyväksyä, mutta sen käytännöllinen arvo on kiistaton.^{22a}

E. Virheellinen pääsopimus. Voidaan kysyä, eikö pääsopimus, joka jostakin syystä on pätemätön, voi käydä vastaavansisältöisestä esisopi-

¹⁸ *Adler*, IhJ 1892 s. 254.

¹⁹ *Tobias*, s. 45 ss.

²⁰ Rajanvedon epätarkkuutta korostavat mm. *Almén*, Om auktion II s. 318 av. 3; *Lassen*, s. 13; *Leonhard*, s. 291; *Roth*, s. 138; *Tobias*, s. 44.

²¹ *Halila*, Todistustaakka s. 127 ss., tarkastelee kysymystä todistustaakan näkökulmasta ja lausuu mm.: »Todistustaakka siis kuuluu lopulliseen sopimukseen nojautuneelle riitapuolelle.» Ks. lisäksi *J. Serlachius*, Sakrätt s. 131; *KKO* 1943 II 87.

²² Eron tekevät mm. *Almén*, Om auktion II s. 318 av. 3; *Degenkolb*, AcP 1887 s. 18 ss.; *Klang—Gschnitzer*, s. 570; *Thöl*, s. 780; *Tobias*, s. 38 ss. Ks. vielä *Roth*, s. 46 ss. olevaa kirjallisuutta. — Erottelua pitää tarpeettomana mm. *Godenhielm*, JFT 1958 s. 234. Tähän hän on päätenyt esisopimuksen oikeusvaikutusten tarkastelun pohjalta. Esisopimusta hän pitää — tietyn varauksin — ehdollisena pääsopimuksena.

^{22a} *Almén*, Om auktion II s. 318 av. 3 lausuu po. rajanvedosta: Praktiskt har denna fråga för öfrigt mindre betydelse för rättsförhållandet mellan kontrahenterna, än då tvist uppstår mellan den ene af dem och tredje man, till hvilken den andre sält saken. Är det föregående aftalet endast ett pactum de contrahendo, kan den senare icke säga hafva sält tvem ett (H.B. 1: 5 och Lagf. lagar § 12) och frågan, om den senare förvärfvaren skall vika för den föregående, om han afvetat aftalet med denne, besvaras då icke i de nämnda lagrummen.

muksesta. Esimerkiksi A antaa B:lle velaksi 100 000 markkaa tietämättä, että rahat ovat vääriä. Velaksianto ei ole pätevä, koska reaalin suoritus puuttuu.²³ Eikö kuitenkin tuo pääsopimus voisi käydä pätevistä esisopimuksesta? Vastaavasti: eikö muotovirheen vuoksi pätemätön vekseli voisi olla vekselinluvanta²⁴ tai velaksiantolupa?

Puheena olevaan kysymykseen ei voida antaa ehdotonta vastausta. Tapauksia on näet arvosteltava konversio-opin (muuntumisopin) näkökulmasta. Sen mukaan pätemätön sopimus voi käydä toisesta, pätevistä sopimuksesta, jolla on pääasiassa sama sisällys ja tarkoitus kuin ensiksi mainitulla.²⁵ Luonnollista on, että virheellisen sopimuksen (muunnetun sopimuksen) tulee täyttää muuntuvan sopimuksen pätevyyden edellytykset.²⁶ Siis muotovirheen vuoksi pätemätön kiinteistönkauppa ei voi muuttua esisopimukseksi, koska esisopimuksenkin on noudatettava MK 1:2:ta.²⁷ Sitä vastoin muotovirheen sisältävä vekseli voinee käydä joskus vekselin- tai velaksiantoluvannasta,²⁸ ellei jo ole kysymys lopullisen velkasuhteen todistuksesta (velkakirjasta).

Konversio-opin mukaan²⁹ virheellinen pääsopimus voi siis muuntua päteväksi esisopimukseksi. Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että saatisiin samastaa virheellinen pääsopimus esisopimukseen. Po. oikeustosiasiat on pidettävä erillään eikä se yleensä ole edes vaikeaa. Eri asia on näet, että muuntumisopin välityksellä voidaan päätyä virheellisestä pääsopimuksesta esisopimukseen — käytännössä tosin varsin harvoin.

F. Ohje- eli normisopimukset. Ohje- eli normisopimuksilla tarkoitetaan »sopimuksia, joiden tyypillisenä tarkoituksena on määrätä etukäteen muiden vastaisuudessa ehkä solmittavien sopimusten sisältö», niinkuin Kivimäki—Ylöstalo³⁰ ne luonnehtii. Po. sopimukset voivat olla varsin erilaisia.³¹ »Klassillisena» esimerkkinä mainitaan

²³ Ks. lausutun johdosta Tobias, s. 91. Ks. myös Degenkolb, AcP 1887 s. 33.

²⁴ Vekselinluvanta on näet pätevä vapaamuotoisena, niinkuin jäljempänä 6 §:n 2-C-kohdassa osoitetaan.

²⁵ Näin esim. Kivimäki—Ylöstalo, s. 287.

²⁶ Näin Enneccerus—Nipperdey, I: 2, s. 872.

²⁷ Ks. jäljempänä 6 §:n 2-C-kohta.

²⁸ Ks. Enneccerus—Nipperdey, I: 2 s. 873.

²⁹ Ks. konversio-opista (muuntumisopista) yleensä meillä esim. Kivimäki—Ylöstalo, s. 287 ss.; Rautiala, Purkaminen s. 22; Wrede—Heinonkoski, s. 106; Wrede, Oikeustoimilaki s. 81. Ks. lisäksi esim. Enneccerus—Nipperdey, I: 2 s. 872; Munch—Petersen, s. 344; Platou, s. 250; Stang, s. 538.

³⁰ Kivimäki—Ylöstalo, s. 208.

³¹ Näin esim. Hueck, IhJ 1923 s. 33 ss.: Kivimäki—Ylöstalo, s. 209.

kirjallisuudessa työehtosopimus.³² Muina »tällaisina ilmiöinä mainitakoon vain osto- ja myyntiliitot, konsernit, kartellit, syndikaatit, trustit, vuokranantajain ja vuokralaisten sekä ... vakuutuslaitosten, kirjapainojen, kommissionäärien, speditöörien ja muiden yritysten tariffiyhtymät», käyttäakseni *Hernbergin*³³ hieman epätarkkaa sanontaa.

Vallitsevan mielipiteen mukaan ohjesopimukset eivät ole esisopimuksia.³⁴ Po. sopimukset on tapana erottaa lausumalla, että normisopimus ei sisällä velvollisuutta päättää tietynlaista sopimusta.³⁵ Normisopimus vain normeeraa mahdollisesti myöhemmin tehtävän sopimuksen sisällön. Sitä vastoin esisopimus velvoittaa pääsopimuksen tekoon. — Niin yleinen kuin kuvatunlainen ajatuksenjuoksu onkin, esiintyy kirjallisuudessa mielipiteitä, että jokin ja jotkin ohjesopimukset ovat esisopimuksia. Niinpä *Undén*³⁶ esittää, että työehtosopimus on esisopimus. *Degenkolb*iin yhtyen³⁷ *Undén* hyväksyy esisopimukseksi *pactum de contrahendo cum tertio* -lajisen³⁸ esisopimuksen sekä *pactum de non contrahendo* -lajisen³⁹ esisopimuksen. Niiden pohjalta hän lausuu, että velvollisuus tehdä tietynsisältöinen sopimus ei sisällä muuta kuin rajoitetun negatiivisen velvoitteen: työsopimusta (pääsopimusta) ei saa tehdä työehtosopimuksen (esisopimuksen) normeista poiketen.⁴⁰ Tämä on kyllä totta. Esisopimuskin sisältää negatiivisen velvoitteen, velvoituksen olla tekemättä pääsopimusta esisopimuksen vastaisesti, ts. esisopimus määrittää pääsopimuksen sisällön. Mutta tämä merkitsee ainoastaan tietyn yhtäläisyyden löytämistä

³² *Vuorio*, s. 231: »Manner- ja pohjoismaiden tieteisopissa työehtosopimus luonnehditaan yleensä samantyyppiseksi normisopimukseksi kuin ...» Ks. esim. *Hernberg*, s. 241; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 212, *Kopponen*, s. 208; *Larenz* I s. 47; *Leonhard*, s. 291; *Roth*, s. 155 ss.

³³ *Hernberg*, s. 241.

³⁴ Ks. esim. *Roth*, s. 155 ss.; *Undén*, *Kollektivavtalet* s. 91 ss.

³⁵ Näin mm. *G. Granfelt*, *JFT* 1907 s. 135; *Hernberg*, s. 242; *Hueck*, *IhJ* 1923 s. 36; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 208; *Kopponen*, s. 208 av. 5; *Leonhard*, s. 292.

³⁶ *Undén*, *Kollektivavtalet* s. 91 ss.

³⁷ *Degenkolb*, *AcP* 1887 s. 33.

³⁸ Ks. kolmannen henkilön kanssa tehtävän sopimuksen esisopimuksesta esim. *von Tuhr*, II: 1 s. 494, *Undén*, *Kollektivavtalet* s. 92 ss.

³⁹ Ks. po. sopimuksesta yleensä esim. *Schlossmann*, *IhJ* 1903 s. 14 ss.; *Undén*, *Kollektivavtalet* s. 92 ss. Lienee syytä korostaa, että *Schlossmann* myöntää po. sopimuksella olevan »einen guten Sinn und Zweck». Pysyen kuitenkin uskollisena kielteiselle suhtautumiselleen esisopimuksiin hän pyrkii osoittamaan, että tällöinkään ei ole kysymyksessä esisopimus, vaan kolme erillistä »pääsopimusta».

⁴⁰ *Undén*, *Kollektivavtalet* s. 96. Ks. myös *von Tuhr*, II: 1 s. 494, av. 228.

kahden ilmiön välillä eikä sulje pois erokriteeriä. Sellainen on olemassa ja se on siinä, että työehtosopimus ei velvoita etukäteen määrätyn pääsopimuksen tekoon, kun taas esisopimus tähtää siihen.^{40a}

G. Käsitteellisiä johtopäätöksiä. Esitetystä lienee riittävän selvästi ilmennyt esisopimuksen käsitteen »kirjavuus». Se kävisi vielä selvemmäksi, jos rajatapausten tarkastelua jatkettaisiin. Tarkastelematta on näet jätetty muun muassa sellaiset merkittävät ja riidanalaiset rajanvetokysymykset kuin esisopimuksen ero valinnaisvelvoitteen (alternatiivivelvoitteen) sisältävästä sopimuksesta,⁴¹ ero sisällykseltään epätäydellisestä pääsopimuksesta,⁴² ja ero yksityisautonomisen (sovitun) muotosäännöksen asettamisesta.⁴³ Näihin rajanvetoihin ei ole syytä ryhtyä, sillä esityksen yksi päätarkoitus on saavutettu: esisopimuksen käsitettä on yritetty selväntää, mutta sen epäselvyys on kuitenkin ilmeinen. Tämä oikeuttanee oletamaan, luomaan hypoteesin, että esisopimuksen käsitettä tuskin voidaan muodostaa muuta kuin kovin »ylimalkaiseksi». Se on kenties vain *yhteinen nimi* joukolle varsin erilaisia oikeustosi-asioita. Jotakin yhteistä niissä kaikissa kuitenkin on: esisopimuksella pyritään luomaan velvoittava tausta »pääsopimukselle».

^{40a} Ks. tässä yhteydessä Vuorio, s. 232, missä on osoitettu, kuinka yksipuolista tuollainen »normisopimusajattelu» on.

⁴¹ Ks. kysymyksestä esim. Adler, IhJ 1892 s. 274 ss.; Hakulinen, Velvoite-oikeus I s. 59 ss., s. 112.

⁴² Ks. esim. Roth, s. 136 ss.

⁴³ Ks. esim. Tobias, s. 91 ss.

II LUKU. ESISOPIMUKSEN OIKEUS- VAIKUTUKSISTA.

5 §. SITOVUUS ASIANOSAISRELAATIOSSA.

A. Mitä sitovuudella tarkoitetaan? Kirjallisuudessamme lausutaan yleisesti, että oikeustoimi on pätemätön (sitomaton), ellei se saa aikaan niitä oikeusvaikutuksia, jotka siihen normaalisti liittyvät.¹ Tällainen määritelmä jättää avoimeksi kysymyksen, mitkä ovat »normaalit» oikeusvaikutukset. Sanotun epätasällisuuden poistamiseksi skandinaavisessa kirjallisuudessa on luotu työhypoteesi: jos oikeustoimi sitoo siinä mielessä, että se velvoittaa joko luontoissuoritukseen tai positiivisen sopimusedun (täyttämisentressin) korvaamiseen, pidetään sitä pätevänä. Jos sopimus oikeuttaa vain negatiivisen sopimusedun (luottamusintressin) korvaamiseen, sitä ei pidetä pätevänä.²

Skandinaavista sitovuuden käsitettä rasittavat eräät heikkoudet. Jos tarkastellaan positiivisen sopimusedun ja negatiivisen sopimusedun käsitteitä *vahingonkorvauksen laskemisen näkökulmasta*, havaitaan, että negatiivinen sopimusetu on varsin karkea mittapuu. Kirjallisuudessa vallitsee kyllä melkoinen yksimielisyys siitä, kuinka positiivinen ja negatiivinen sopimusetu periaatteessa lasketaan. Jos henkilö pyrittään saattamaan siihen taloudelliseen asemaan, mikä hänellä olisi, jos

¹ Näin Kivimäki, s. 117; Rautiala, Testamentin tekemisestä s. 703; Wrede, Oikeustoimilaki s. 79; Samaan suuntaan Ekström, s. 669; Hernberg, s. 164; Montgomery, s. 643; Rautiala, Avioliiton purkaminen s. 17 ss.; J. Serlachius, JFT 1902 s. 1; Zitting, s. 52. Vrt. kuitenkin Kivimäki—Ylöstalo, s. 278: »Jos oikeustoimi jää vaille sitovaa vaikutusta syntymisessään, muodossaan, sisällyksessään tai siinä itsessään muutoin olevan virheen vuoksi, sanotaan oikeustointa pätemättömäksi.»

² Näin mm. Arnholm, s. 79 ss.; Illum, s. 58; Karlgren, Spörsnål s. 70 ss.; Lassen, Nullitet s. 41 ss.; Stang, s. 520; Ussing, s. 117; Vahlén, s. 167 av. 11. Ks. lisäksi Carlson, LM 1954 s. 152 ss.; Telaranta, Kivimäen juhlaulkaisu s. 381 ss.; Vuorio, s. 107, sama, LM 1956 s. 453, joissa heijastuu skandinaavinen käsitys.

oikeustoimi olisi ollut tehokas, sanotaan tätä positiivisen sopimusedun korvaamiseksi. Negatiivisen sopimusedun korvaaminen taas merkitsee, että henkilö koetetaan saattaa siihen asemaan, mikä hänellä olisi ollut, jos oikeustointa ei olisi tehtykään.³ Kuvatulla tavalla käsitteitä käytettäessä joudutaan siihen, että negatiivisen sopimusedun määrä voi olla suurempi kuin positiivisen sopimusedun mukainen vahingonkorvaus.⁴ Sen vuoksi, kun jollekin halutaan myöntää »ainoastaan» negatiivisen sopimusedun mukainen korvaus, lausutaan, että se ei kuitenkaan saa ylittää positiivista sopimusetua.⁵ — Puheena olevia käsitteitä rasittaa vielä toinenkin vahingonkorvauksen määrää koskeva epätarkkuus. Ei näet ole suinkaan helppoa ratkaista yksityisen vahinkoerän osalta, onko se positiiviseen vai negatiiviseen etuuteen kuuluva.⁶ Vahingonkorvauksen määrää mitattaessa po. käsitteitä siis rasittaa tietty epätasällisyys.⁷

Tarkasteltaessa positiivisen ja negatiivisen sopimusedun käsitteitä *vahingonkorvauksen perusteina*⁸ joutuu käsitteiden käyttö vieläkin kyseenalaisemmaksi, kuin edellä on lausuttu. Skandinaavisen käsityksen mukaan oikeustoimi on pätevä, jos se oikeuttaa luontoissuoritukseen tai positiivisen sopimusedun määräiseen vahingonkorvaukseen. Tällainen lausuma synnyttää helposti käsityksen, että nuo kaksi oikeusvaikutusta

³ Ks. esim. *Augdahl*, s. 336; *Björling—Malmström*, s. 186; *Braekhus*, TFR 1947 s. 516; *Bramsjö*, s. 168; *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 107; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 188 av. 3; *Vihma*, Tiedonantovelvollisuus s. 71 av. 104.

⁴ 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.»

⁵ Näin *Rodhe*, s. 495.

⁶ Näin mm. *Bramsjö*, s. 270 ss.; *Vihma*, Tiedonantovelvollisuus s. 191 ss. Ks. erit. *Braekhus*, TFR 1947 s. 518 ss., missä negatiiviset sopimusedut on ryhmitetty seuraavalla tavalla: 1) neuvottelumenot, esim. neuvottelu asianajajan kanssa, esi-neen katsastus ym.; 2) sopimuksen tekemisestä johtuvat menot, esim. leimavero, agentin palkkio ym.; 3) täyttämismenot, esim. pakkaus- ja lähetyskulut; 4) dispo-nointimenot eli menot, jotka syntyvät siten, että tehdään oikeustoimia sen sopimuk-sen vuoksi, mikä sitten osoittautuu pätemättömäksi; 5) menot, jotka johtuvat sopi-musobjektin vaarallisista ominaisuuksista.

⁷ On myös todettava, että rahakorvaus ja luontoissuoritus eivät taloudellisesta-kaan näkökulmasta aina merkitse samaa. Ks. *Arnholm*, s. 79 ss.

⁸ Po. käsitteille on siis annettu kaksoisfunktio. Ne mittaavat vahingonkor-vauksen määrän sekä toimivat vahingonkorvauksen oikeusperusteena, kuten *Braekhus* osoittaa (TFR 1947 s. 515 ss.).

ovat jonkinlaisessa loogisessa riippuvaisuussuhteessa keskenään. Näin ei asian laita kuitenkaan ole.⁹ Jos näet oikeustoimi perustaa luontoissuoritusvelvollisuuden, ei sillä ole vielä sanottu mitään siitä, oikeuttaako se myös vahingonkorvaukseen. Yleistä tosin on, että pätevä sopimus perustaa myös vahingonkorvausvelvollisuuden. Tästä säännöstä on kuitenkin poikkeuksia. Toisaalta ei se, että sopimus ei velvoita luontoissuoritukseen, suinkaan merkitse positiivisen sopimusedun korvaamattomuutta. Luontoissuoritusvelvollisuuden puuttuminen ei myöskään merkitse negatiivisen sopimusedun poissulkeutumista. Probleemina on päinvastoin juuri se, voiko »pätemätön» oikeustoimi synnyttää negatiivisen sopimusedun korvaamisvelvollisuuden.¹⁰

Seuraavassa otetaan skandinaavinen työhypoteesi lähtökohdaksi esisopimuksen sitovuuden tarkastelulle siitä huolimatta, että lähtökohdan täsmällisyysaste on edellä mainituin tavoin epätarkka ja kaipaava täydennystä. Seuraavassa vahingonkorvauskysymystä ei kytketä sitovuuden käsitteeseen niin »voimakkaasti», kuin skandinaavinen työhypoteesi edellyttää. Niinpä esisopimusta pidetään sitovana (pätevänä), jos se synnyttää luontoissuoritusvelvollisuuden. Jos luontoissuoritukseen ei ole mahdollisuutta, koska täyttämispakkoa ei voida toteuttaa, tai jos se on merkityksetön, mutta positiivisen sopimusedun määräinen vahingonkorvaus voidaan myöntää, esisopimus on katsottava päteväksi. Vahingonkorvaus on tällöin luontoissuorituksen välttämätön korvike (surrogaatti).¹¹

Mainitunlaisella sitovuuden käsitteellä työskenteleminen vaatii omaksumaan jäljempänä seuraavan ajatustavan. Kun kysytään, sitooko jokin esisopimus vai ei, on ensin selvitettävä, velvoittaako esisopimus luontoissuoritukseen vai ei. Jos se ei velvoita luontoissuoritukseen, on selvitettävä, oikeuttaako se positiivisen sopimusedun määräiseen vahingonkorvaukseen. Mikäli tähänkin kysymykseen saadaan kielteinen vastaus, on esisopimusta *kutsuttava* sitomattomaksi. Tämä ei kuitenkaan merkitse muiden oikeusvaikutusten puuttumista. Ei siis saa ajatella: *ex nihilo nihil fit* eli — vapaasti suomennettuna — tyhjästä ei saada mitään. Mitään »tyhjyyttä» ei näet ole olemassa. Puuttuu vain

⁹ Ks. Kivimäki, LM 1925 s. 94: »Vahingonkorvausvelvollisuus on erotettava sitoumuksen täyttämisvelvollisuudesta». Ljungman, s. 35: Lika litet existerar något rent logiskt samband inbördes mellan naturalexekution och skadeståndstvång.

¹⁰ Ks. lausutun johdosta Muukkonen, s. 122 ss. viitteineen, erit. s. 126.

¹¹ Ks. Muukkonen, s. 129 ss. Ks. tässä yhteydessä myös Ylöstalo, LM 1958 s. 373.

sitovuudeksi nimitetty oikeusvaikutus, ja muiden oikeusvaikutusten olemassaoloa voidaan harkita täysin vapaasti »mittaamalla» puolesta ja vastaan puhuvia näkökohtia.¹² Erityisen merkittävää kerrotunlainen sitovuuden käsitteellä työskentely on niissä oikeuskäytännössämme esiintyneissä tapauksissa, jolloin kiinteistönkaupan esisopimus on pätemätön muotovirheen vuoksi. Esisopimus ei siis velvoita luontoissuoritukseen eikä positiivisen sopimusedun määrääseen vahingonkorvaukseen. Tästä ei nyt saa tehdä johtopäätöksiä negatiivisen sopimusedun korvaamisesta eikä myöskään mahdollisen sopimussakon tai käsi-
 rahan sitovuudesta. Niitä on siis harkittava itsenäisesti, dedusoimatta johtopäätöksiä pätemättömyydestä.¹³

Tässä yhteydessä on vielä korostettava erästä tärkeää seikkaa. Seuraavassa tullaan selvittämään mm. kysymystä, velvoittaako esisopimus luontoissuoritukseen. Mutta sitä, mitä luontoissuoritusvelvollisuus on, ei vielä selvitetä. Luontoissuoritusvelvollisuuden sisällys ei näet ole niin selvä, kuin luulisi. Käsitteensä mukaan esisopimus tarkoittaa pääsopimuksen tekoa (contrahere). Käytännöllinen tarkoituksenmukaisuus herättää kuitenkin kysymyksen, tuleeko sopijapuolen, jos vastapuoli kieltäytyy tekemästä pääsopimusta, vaatia ensin vastapuolen velvoittamista pääsopimuksen tekoon ja sitten eri oikeudenkäynnissä pääsopimuksen täyttämistä vai voiko hän suoraan vaatia pääsopimuksen sisältämää velvoitusta, esim. esineen luovutusta.¹⁴

B. Sitovuuskysymys kirjallisuutemme ja oikeuskäytäntömme valossa. Esisopimusten sitovuus ns. asianosaisrelaatiossa, sopijapuolten välillä, ei ole selviö. Katsaus kirjallisuuteemme osoittaa sen hyvin.

Kivimäki—Ylöstalon¹⁵ auktoritatiivinen oppikirja opettaa, että esisopimus »voi olla sitova, jos sopimuksen sisällys on riittävän tarkasti määrätty». Samankaltainen »väljä» lausuma tavataan myös Rekolaalla.¹⁶ Jotkut suhtautuvat sitovuuskysymykseen tiukemmin esittäen, että tällaiset sopimukset sitovat yleensä tms. Tähän ryhmään

¹² Ks. lausutun johdosta Muukkonen, s. 128 ss. viitteineen.

¹³ Ks. tästä jäljempänä 9 §:ssä lausuttua.

¹⁴ Ks. jäljempänä 7 §:n 2-B-kohta.

¹⁵ Kivimäki—Ylöstalo, s. 199.

¹⁶ Rekola, Vanhentuminen s. 87 av. 177: »Jos sopimuksella ei ole muuta sanktiota kuin vahingonkorvausvelvollisuus» ja s. 127: »Sen vuoksi esim. kiinteistökaupan tekemiseen velvoittava esisopimus, jolla obligatoorisena sopimuksena saat-
 taa olla eräitä saamisoikeuksia luovia vaikutuksia.»

voitaneen lukea mm. Caselius,¹⁷ Ekström,¹⁸ Chydenius,¹⁹ Godenhielm,²⁰ Haataja,²¹ Hakulinen,²² Kaila,^{22a} Rautiala,²³ ja Wrede.²⁴

Hernberg²⁵ taas suhtautuu kielteisesti sitovuuskysymykseen. Hän hyväksyy kyllä esisopimuksen käsitteellisen tarkoituksenmukaisuuden, mutta »kontrahoimisvelvollisuuden täyttäminen», so. luontoisuoritukseen velvoittaminen »ei ainakaan yleensä ole UL 3:4₂:n²⁶ nojalla tuomiolla korvattavissa». Tähän Hernberg on päätenyt siksi, että hänen mielestään UL 3:4₂ ei koske tahdonilmaisuja yleensä. Se ainoastaan »tarjoaa pakkoa eräänlaisen velvoitustuomion täytäntöön panemiseksi». Näin ollen »ei se vielä tiedä sitä, että vahvistustuomio voitaisiin antaa millaisen varallisuus oikeudellisen velvoituksen täyttämiseksi hyvänsä. Sitä paitsi prosessioikeus ei saata ratkaista kysymystä velvoitustuomion antamisen oikeutuksesta, se kun ehdottomasti kuuluu aineellisen oikeuden tehtäviin.»²⁷ Toisena pääperusteena Hernbergillä on se, että hänen mielestään esisopimus rakentuu *clausula rebus sic stantibus*-periaatteelle. Jos siis »olettamukset olojen muututtua pettävät, ennakkosopimuksen teko myöskin raukeaa».²⁸ Elleivät olosuhteet muutu ja esisopimuksella siis on jokin oikeusvaikutus, »näyttää hänen korvausvelvollisuutensa supistuvan vain vastapuolen ennakkosopimuksen solminnasta johtuvien kustannusten (negatiivisen sopimusintressin) hyvittämiseen».²⁹

17 Caselius, Irroittamisoikeudet s. 66 ss., erit. s. 67 av. 4. Ks. myös *sama*, teoksessa Wrede—Caselius, I s. 241 av. 2.

18 Ekström, s. 559: I enlighet med den allmänna åsikten bör ett dylikt avtal anses bindande.

19 Ks. Chydenius, JFT 1892—93 s. 51.

20 Godenhielm, JFT 1958 s. 226, katsoo sitoviksi ne tosiasiat, joita tässä pidetään esisopimuksina, mutta jotka Godenhielm katsoo mahdollisiksi pääsopimuksiksi.

21 Haataja, Käsite s. 66.

22 Hakulinen, Luovutus s. 113 ss.; *sama*, Velvoiteoikeus I s. 112 ss.

22a Kaila, Yksityisoikeus s. 180.

23 Rautiala, Peruskurssi s. 20: »joka yleensä sitoo».

24 Wrede, Oikeustoimilaki s. 36 lausuu esisopimuksista, »että ne määrätyin edellytyksin ovat oikeudellisesti sitovat».

25 Hernberg, s. 227 ss.; *sama*, DL 1925 s. 361 ss.

26 Hernberg, s. 223.

27 Hernberg, s. 228.

28 Hernberg, s. 233.

29 Hernberg, s. 233. Lisäksi s. 230 lausutaan: »Mutta siitä, että lupaus ei aina ehdottomasti velvoita sen täyttämiseen, ei silti seuraa, että sitä, joka on jälkisiopi-

Oikeuskäytäntömme ei ole tiettävästi yhdessäkään ratkaisussaan vastannut kysymykseen, sitovatko esisopimukset yleensä vai eivätkö. Eräissä yksityistapauksissa on kyllä jouduttu ratkaisemaan, sitooko ko. esisopimus vai ei. Nämä tapaukset mainitaan alkavassa yksityistapausten tarkastelussa.

C. Yksityistapausten tarkastelua. Seuraavassa käsitellään ensin sellaisia näkökohtia, jotka kaikissa yksityistapauksissa voidaan esittää sitovuuden puolesta tai sitä vastaan. Näin menetellen vältytään toistamasta niitä kunkin yksityistapausten kohdalla erikseen.

a) Yleiset perusteet. Esisopimusten sitovuudelle on pyritty joskus löytämään yleisperuste UL 3:42:sta. Niinpä *Wreden*³⁰ mukaan esisopimusten sitovuus »näkyi siitä, että voimassa olevan oikeuden mukaan henkilö voidaan tuomiolla velvoittaa täyttämään teko, joka kuuluu sopimuksen tai muun oikeustoimen päättämiseen; laki näet osoittaa, miten sellainen tuomio on pantava täytäntöön». Puheena oleva mielipide ei liene oikea. Lainkohtaa ei voitane ymmärtää siten, että »siitä näkyisi» esisopimuksen sitovuus tai sitomattomuus. *Hernberg*³¹ on mielestäni oikeassa siinä, että sitovuuskysymys ratkeaa siviilioikeudellisten normien mukaan. Sitä ei voine ratkaista prosessi-oikeuden normi, ellei siihen selvästi ja riidattomasti ole sisällytetty tällaista. Enintään voidaan sanoa, että sanottu lainkohta takaa sellaisen tuomion täytäntöönpanon, jolla joku on velvoitettu tekemään pääsopimus.³² Täten se viittaa siihen, että esisopimus saattaa joskus sitoa, mutta itse se ei ratkaise sitovuuskysymystä. — Mitkään muut lainkohdat eivät voine tulla kysymykseen *yleisperusteina* esisopimusten sitovuuskysymyksessä.³³

Kirjallisuudellemme ei ole vierasta johtaa esisopimusten sitovuutta »yleisistä sopimusoikeudellisista periaatteista».³⁴ Tällä tarkoitettaneen

muksen vastaista tekoa silmälläpitäen järjestänyt toimintansa, saisi seuraamuksista pittää.»

³⁰ *Wrede*, Oikeustoimilaki s. 33; *sama*, Allgemeiner Teil s. 59. Ks. *J. Serlachius*, *Sakrätt* s. 131, missä lausutaan UL 3:42:sta, että siinä on vahvistettu mahdollisuus tehdä obligatorinen erityisesineen kauppa.

³¹ *Hernberg*, s. 228.

³² *Godenhielm*, JFT 1958 s. 227; Genom detta stadgande är alltså exekutionsmöjligheten av en förpliktelse att ingå huvudavtalet garanterad.

³³ Ks. edellä 2 §:n A-kohdassa lausuttua.

³⁴ Näin *Hakulinen*, *Luovutus* s. 113.

sopimusvapauden erästä elementtiä: tyyppivapautta.³⁵ Sen mukaanhan sopijapuolet, silloinkin kun tyyppivapaus vallitsee, saavat tehdä myös esisopimuksia. — Joskus näkee esisopimuksen sitovuutta perusteltavan lausumalla »*pacta sunt servanda*», siis sillä, että sopimukset ovat sitovia.³⁶ Tämä lienee jokseenkin sama kuin viittaaminen »yleisiin sopimusoikeudellisiin periaatteisiin». — Samaan luokkaan lukisin perustellun, että yleensä pitää ihmiset velvoittaa täyttämään sopimukset niiden sisällön mukaan.³⁷ Edellisistä tämä eroaa edukseen siinä, että se on »reaalinen». Siihen ei sisälly sellaista »iskusanamaista» arvoa kuin esim. lauseeseen »*pacta sunt servanda*».³⁸ — Tässä yhteydessä voidaan vielä todeta, että eräät sananlaskut ilmaisevat periaatteen: on pidettävä, mitä on luvattu. Sellaisista mainittakoon meille tutut: »Sanasta miestä, sarvesta härkää» ja »Ennen mies maansa myöpi ennenkuin sanansa syöpi». Nämä sananlaskut ilmentävät yleistä tapaa ja moraalia.³⁹

Sitovuuden puolesta puhuvan yleisen argumentin muodostaa oikeuspoliittinen tarkastelu, joka voidaan kiteyttää kysymykseksi: »Onko käytännöllistä tarvetta pitää esisopimuksia sitovina?» — Tähän kysy-

³⁵ Kaila, Yksityisoikeus s. 180: »Sopimusvapauden periaatteesta, milloin se on tunnustettu, seuraa, että esisopimuksia täytyy saada päättää.» Myös Oser—Schöenberg, s. 157, katsoo, että ilman Sveitsin OR 22 artiklaakin sitovuus voitaisiin jättää sopimusvapaudesta. Ks. sopimusvapauden käsitteestä Muukkonen, LM 1956 s. 601 ss., erit. s. 608 av. 53 kohdalla mainittua.

³⁶ Näin Chydenius, KR I s. 205. Ks. sama, JFT 1892—93 s. 51, missä perustellaan sitovuutta näin: Då enligt vår rätt aftalsfriheten icke är inskränkt till användning af blott de i lagen nämnda kontraktsformerna, synes intet hindra att tillerkänna dessa löften bindande kraft.

³⁷ Näin Olsson, JFT 1952 s. 247. Ks. myös Kivimäki, LM 1925 s. 94, missä lahjanlupauksen sitovuutta perustellaan sanomalla mm.: »Mitään hyvien tapojen vastaista tai säädytöntä ei ole siinä, että mies velvoitetaan pysymään sanassaan ..., ja oikeusjärjestyksellä on täysi aihe pakottaa lupauksen antaja olemaan sanansa mittainen.»

³⁸ Po. sanonta ei liene peräisin roomalaisesta oikeudesta. Ks. Vuorio, s. 186 av. 7 viitteinen.

³⁹ Ks. Koskenjaakko, Sananlaskututkimuksia I s. 117 ss., missä mainitaan mm. seuraavat sananlaskut: Annettu luvattu lahja; lupaus tekee tyhjäksi, takaus takitomaksi; lupaus on velkaa pahempi; minkä päästät suustasi, päästät kädestäsiikin. — Lupausta ei sananlaskujen mukaan aina pidetä sitovana, joskin lupauksen antajaa moititaan. Tällaisista sananlaskuista mainittakoon mm.: Paha paljon lupailija, hyvä puheensa pitäjä; syöpi koira kahlehensa, pettäapi paha valansa. — Ks. vielä erit. Erik Ahlman, Oikeudenmukaisuus ja sen suhde moraaliin, Helsinki 1943, s. 40 ss., missä sanassapysymisvelvollisuuden rikkomista on tarkasteltu etiikan ja oikeudenmukaisuusarvostuksen näkökulmasta.

mykseen on vastattava myöntävästi, niin kuin edellä esitetystä⁴⁰ lienee riittävän selvästi käynyt ilmi. Käytännöllinen oikeuselämä siis vaatii, että voidaan laatia esisopimuksia.

Sitovuuden puolesta voidaan viitata myös kehityksen avaamiin näköaloihin. Ennen oikeustoimilakimme (OikTL) säätämistä voitiin olla eri mieltä siitä, olivatko sopimuksen tekemistä koskevat normit rakennetut siten, että jo tarjousta oli pidettävä tekijäänsä sitovana. OikTL:n perusnormi, 1 §, legalisoi lupaus- eli sitoumusteorian.⁴¹ Sen mukaan — hieman yleistäen — pelkkä tarjouskin sitoo, kuitenkin eräin poikkeuksin, jotka on mainittu OikTL:n 12 §:ssä.⁴² Kun siis jo »pelkkä» tarjouskin sitoo, niin siitä — *a maiorem ad minorem* — ei voitane päätyä muuhun, kuin että esisopimukset ovat yleensä sitovia. Yhtä hyvin kuin tarjouksen saajalla on lupa luottaa tarjouksen tekijän sanaan, tulee toisen esisopimuspuolen voida luottaa toiseen.⁴³ — Voidaan myös viitata sopijapuolten »tahtoon» sanoen, että päämotiivina sopimuksia tehtäessä on, että odotetaan niiden tulevan täytetyiksi, että ne sitovat.⁴⁴

Sitovuutta vastaan puhuvia yleisiä näkökohtia on nykyään vaikea löytää.^{44a} Hernberg⁴⁵ kyllä mainitsee tällaisena periaatteen *clausula rebus sic stantibus*. Kun sopimus olosuhteiden muuttuessa on purettavissa, ei tuollainen »häilyvyys» vaadi sitovuutta, vaan ainoastaan negatii-

⁴⁰ Ks. 2 §:n 2-kohdassa lausuttua.

⁴¹ Tällöin lienee tehty eräitä modifikaatioita aivan puhtaaksi viljeltyyn sitoumusteoriaan. Ks. Muukkonen, s. 134 ss. viitteineen.

⁴² OikTL 12 §: »Tämän luvun säännökset eivät koske määrämuotoisia sopimuksia eivätkä myöskään sopimuksia, joiden päättämiseen vaaditaan suorituksen toimittamista toiselle sopimuspuolelle, ja ovat muutenkin voimassa vain, mikäli tarjouksesta tai vastauksesta tahi kauppa- tai muusta tavasta ei muuta johdu.»

⁴³ Selvyyden vuoksi korostettakoon, että OikTL 1 § sinänsä ei ratkaise esisopimuksen sitovuutta tai sitomattomuutta. Näin mm. Almén, Avtalslagen s. 5; Hakulinen, Luovutus s. 114 av. 1.

⁴⁴ Ks. Schobert, s. 9 ss.

^{44a} Viime vuosisadalla esitettiin joskus, että esisopimus ei sido, koska sopimuksen »olemuksen» kuuluu sen tekemisen vapaaehtoisuus. Jos näet joku velvoitetaan tekemään pääsopimus, ei se synny vapaaehtoisesti vaan »pakon» vuoksi. Näin ollen pääsopimus ei ole sopimus ja sellaisen tekemiseen velvoittaminen on loogisesti mahdotonta. Näin esim. Nordling, s. 220. Sanotun käsityksen ilmeisen virheellisyyden osoittaa esim. J. Serlachius, JFT 1887 s. 1 ss. Serlachius lausuu mm.: De anförda exemplen torde vara tillräckliga för att göra tydligt, att då man såsom vilkor för en viljeförklarings giltighet uppställer fordran på frånvaro af tvång, dermed icke afses det tvång, som rättsordningen sjelf genom sina förpliktande satser utförvar.

⁴⁵ Ks. Hernberg, s. 227; sama, DL 1925 s. 362.

visen sopimusedun korvattavuutta. — Käsitykseni mukaan Hernbergin ajattelutavassa on kaksikin heikkoutta. Ensimmäinen koskee kysymystä, rakentuuko esisopimus *clausula rebus sic stantibus* -periaatteelle. Asianlaita on näet niin, että tähän esikysymykseen ei voida vastata joko myöntävästi tai kieltävästi. Kysymykseen on vastattava kussakin yksityistapauksessa erikseen.⁴⁶ Lisäksi po. periaatteen soveltumisella esisopimuksiin ja niiden sitovuudella ei voi olla keskenään mitään riippuvuussuhdetta. Kyllä sopimus voi olla sitova, vaikka siitä myöhemmin, olosuhteiden muututtua, voitaisiin vapautua.⁴⁷ Po. periaate määrää siis siitä, mitä sopimuksen teon jälkeiset (*ex post*) tapahtumat vaikuttavat sitovuuden säilymiseen.

Voidaan sanoa, että yksipuolisesti velvoitettavilta esisitoumuksilta on poistettava sitovuus, koska vain toinen sopijapuoli on sidottu ja toinen voi spekuloida konjunktuurien mukaan.⁴⁸ Myös voidaan väittää oikeusvarmuuden kärsivän siitä, että esisopimuksella luodaan — kenties-pitkäksi ajaksi — epävarma olosuhde, jolloin ei tiedetä, syntyykö pääsopimus vai ei.⁴⁹ Tällainen ei nykyisin merkitse paljoa. OikTL on kohottanut sanassapysymisen arvoon, joka vähentää po. näkökohtien merkityksen jokseenkin olemattomaksi.

Yhteenvetona edellä esitetyistä *yleisnäkökohdista* voidaan lausua, että esisopimusten sitovuuden puolesta puhuvat merkittävät näkökohdat. Sitovuutta vastaan on vaikeampi esittää yleisiä näkökohtia. On kuitenkin muistettava, että yksityistapauksissa voi esiintyä *erikoisperusteita*, jotka johtavat esisopimuksen sitomattomuuteen.

b) Avioliiton esisopimuksen sitovuus. Kihlauksen sitovuuskysymys on meillä AL:n tässä suhteessa selvien normien varassa. Kihlaus ei oikeutemme mukaan synnytä avioliiton päättämisvelvollisuutta. Ketään ei näet voida enää velvoittaa menemään avioliittoon tai yksipuolisesti julistaa aviopuolisoksi.⁵⁰ Kihlaus ei siis sido luontoissuoritukseen,⁵¹ se ei velvoita tekemään pääsopimusta.

⁴⁶ Ks. jäljempänä 8 §:n C-kohdassa lausuttua.

⁴⁷ Huomaa *Almäsi*, II s. 174.

⁴⁸ *Almén*, Om' auktion II s. 315 av. 1, arvelee, että ko. näkökohta on vaikuttanut Ruotsin oikeuskäytäntöön.

⁴⁹ Ks. *Almén*, Köp I s. 130.

⁵⁰ Näin mm. *Grönvall*, s. 17; *Rautiala*, Avioliitto-oikeus s. 24; *Vihma*, LM 1948 s. 29.

⁵¹ Tässä yhteydessä lienee syytä huomauttaa, että »sitova»-käsitteen epätarkka käyttö johtaa tiettyihin vaikeuksiin. Niinpä esim. *Vihma*, LM 1948 s. 30, joutuu lausumaan: »Kihlauksen oikeudellinen sitovaisuus on jo kauan ollut vähenemään

Oikeuttaako kihlaus sitten vahingonkorvaukseen? Tähän kysymykseen on vastattava myöntävästi, kuitenkin sellaisin lisäyksin, että kysymykseen tulee AL:n mukainen vahingonkorvausvelvollisuus.⁵² Vahingonkorvausvelvollisuus ei siis määräydy yleisten vahingonkorvausperiaatteiden mukaan.⁵³ AL:n mukaan korvausvelvollisuus on erilainen riippuen mm. siitä, onko mies maannut kihlattunsa vai ei (AL 8—9 §).⁵⁴ Missään tapauksessa se ei käsitä korvausta saamatta jääneestä taloudellisesta hyödystä.⁵⁵ Korvausta ei siis voida pitää positiivisen sopimusedun korvauksena.⁵⁶

Vastaus kysymykseen, sitooko avioliiton esisopimus eli kihlaus oikeutemme mukaan, on kieltävä. Kihlaus ei näet velvoita luontoisuoritukseen eikä positiivisen sopimusehdon määrääseen korvaukseen.

c) Kaupan esisopimusten sitovuus. Tarkoituksenmukaisuussyistä rajoitetaan seuraavassa tarkastelemaan kahta erikoistapausta: irtaimen kauppiaan kuuluvaa asunto-osakkaiden esisopimusta ja kiinteistönkaupan esisopimusta.

aa) Asunto-osakkeiden kaupan esisopimus. Käytännössä esiintyy po. esisopimus yleisimmin kahdessa tapauksessa. Erittäin tavallista on, että asunto-osakeyhtiön perustajat eivät halua päästää tulevia osakkaita heti osakkeenomistajan asemaan, vaan merkitsevät itse osakkeet ja antavat tuleville osakkeenomistajille, jotka rahoittavat rakentamisen, myyntisisoumuksia, kuten edellä jo mainittiin tarkasteltaessa esisopi-

päin.» Tällä on tahdottu sanoa, että kihlauksen oikeusvaikutukset ovat vähentyneet. *Rautiala*, Avioliitto-oikeus s. 24 taas esittää: »Koska kihlaus on sopimus avioliittoon menemisestä, velvoittaa se päättämään avioliiton kihlakumppanin kanssa. Vaikka kihlasopimuksen perusteella ei voidakaan ketään pakottaa avioliittoon kuten ennen, vaikka mies olisi maannutkin kihlattunsa, on se silti 'sitova' sopimus».

⁵² Kihlauksella on myös oikeudellista merkitystä mm. lahjojenpalautusvelvollisuutena (AL 7 ja 26 §), kihloissa siitetyn lapsen oikeudellista asemaa arvosteltaessa (ALVpL 6 §), rikosoikeudellisessa suhteessa (esim. 16: 19₂ ja 20₂, 17: 3, 20: 9) ja todistelun kannalta (esim. OK 17: 20 ja 43).

⁵³ Näin *Vihma*, LM 1948 s. 44.

⁵⁴ Jos kysymystä tarkastellaan miehelle tulevan korvauksen näkökulmasta, ei po. eroa tarvitse tehdä, sillä mies ei ole oikeutettu AL 9 §:n mukaiseen erityiseen hyvitykseen.

⁵⁵ Näin mm. *Grönvall*, s. 18 ss.; *Gunnar Palmgren*, Siviilioikeus I s. 39; *Rautiala*, Avioliitto-oikeus s. 34 ss.; *Vihma*, LM 1948 s. 44.

⁵⁶ *Gunnar Palmgren*, Siviilioikeus I s. 39 av. 1: »Tässä siis sovelletaan toista sääntöä kuin varallisuus oikeudessa, joka yleensä edellyttää, että sopimuksen rikkominen tuottaa rikkojalle velvollisuuden korvata vastapuolelle ei ainoastaan suoranaiset menot, vaan myöskin saamatta jääneen voiton.»

musten esiintymistä käytännössä. Perustajat siis sitoutuvat luovuttamaan merkitsemänsä osakkeet »asunnonostajille» vasta sitten, kun talo on valmis. Joskus tehdään asunto-osakkeista luovutussitoumus silloin, kun myyjä ei ole omistanut osakkeita vielä viittä vuotta. Tällaisella sopimuksella siis pyritään kiertämään satunnaisen myyntivoiton verotusta.

Velvoittavatko po. sopimukset sopijapuolia luotoissuoritukseen? Kysymykseen ei voitane vastata muuten kuin myönteisesti.⁵⁷ Perusteluina ovat edellä a-kohdassa esitetyt sitovuuden puolesta puhuvat yleisnäkökohdat ja se, että ei voitane löytää sitovuuden poistavaa argumenttia.⁵⁸ Tällaiseksi ei näet kelpaa toisesta edellä mainitusta esimerkiksi ilmenevä seikka, että po. sopimus on tehty satunnaisen myyntivoiton verotuksen kiertämiseksi. Veroviranomaisten asiana on näet harkita kysymystä, onko esisopimuksella pyritty kiertämään satunnaisen myyntivoiton verotusta vai ei. Ja jos näin on asianlaita, voidaan verotus tietysti suorittaa.⁵⁹ Tämä vero-oikeudellinen näkökulma ei kuitenkaan voi ratkaista siviilioikeudellista sitovuuskysymystä.⁶⁰

Voidaanko po. sopimusten perusteella vaatia myös positiivisen sopi-

⁵⁷ Näin esim. *Almén*, Köp I s. 130; *Caselius*, DL 1955 II s. 50; *Godenhielm*, JFT 1958 s. 227. Ks. lisäksi *J. Serlachius*, Sakrätt s. 130. Huomaa KKO 1923 t. 197.

⁵⁸ Huomaa *AsOYLEhd* 6a §, missä ehdotetaan säädettäväksi »sopimuksesta, jolla on sitouduttu luovuttamaan osake», että »tällaisella sopimuksella on sama oikeusvaikutus kuin lopullisella luovutustoimella.» Asunto-osakeyhtiölakikomitea lausuu po. normiehdotuksen perusteluina mm., että »on kohtuutonta ja usein yhtiönkin edun vastaista, ettei osakkeiden ostaja tuona aikana pääse vaikuttamaan yhtiön asioiden hoitamiseen, vaan perustajat voivat niistä päättää yksinomaan omia etujaan silmällä pitäen.» Ks. *Komiteanmietintö N:o 2—1959*, s. 15.

⁵⁹ TOL 95₂ §: »Jos jollekin olosuhteelle tai toimenpiteelle on annettu sellainen oikeudellinen muoto, joka ei varsinaisesti vastaa asian luonnetta tai tarkoitusta, on verotusta toimitettaessa meneteltävä niin, kuin jos asiassa olisi käytetty oikeata muotoa.» — Ks. siitä, missä määrin vero-oikeus on riippuvainen siviilioikeudellisista periaatteista esim. *Castrén*, LM 1950 s. 556 ss.; *Honka*, LM 1946 s. 57 ss.; *Kilpi*, s. 4 ss.; *Rekola*, LM 1953 s. 211 ss. ja s. 752. Ks. myös *Sandström*, *Svensk skattetidning*, 1952 s. 241 ss., erit. s. 247 ss. ja s. 262 ss. ja erit. tämän §:n av. 86 olevaa katsausta oikeuskäytäntöön.

⁶⁰ Po. sitoumus voidaan ajatella kiellettäväksi oikeusohjeella »in pari turpitudine (delicto) melior est causa possidentis». Periaate merkitsee, käyttäakseni *Hakulisen* sanoja (Perusteettoman edun palautus, s. 259 ss.), »neutraalisuusjulistusta»: »oikeusjärjestys ilmoittaa pysyvänsä syrjässä sellaisesta eturistiriidasta, jossa turvatavat edut ovat molemmin puolin yhtä vähän suojaa ansaitsevia» — Po. normi on kuitenkin varsin kysymyksenalainen oikeutemme osalta (ks. *Hakulinen*, emt. s. 261 ss. ja sama, *Velvoiteoikeus* I s. 344 ss.) eikä sitä voitane soveltaa ko. sitovuuskysymykseen.

musedun määräistä vahingonkorvausta? Tähänkin kysymykseen on vastattava myöntävästi.⁶¹ Jos näet sopimus velvoittaa luontoissuoritukseen, perustaa se yleensä myös oikeuden positiivisen sopimusedun korvaukseen.⁶² Ainoastaan jotkin erikoiset näkökohdat voivat aiheuttaa poikkeuksen tästä yleisestä säännöstä. Po. esisopimuksen osalta sellaisia ei liene.

bb) Kiinteistönkaupan esisopimus. Kirjallisuudessamme on esitetty erilaisia mielipiteitä siitä, velvoittaako kiinteistönkaupan esisopimus luontoissuoritukseen.⁶³ Useat ovat sillä kannalla, että esisopimuksen perusteella ei voida vaatia kiinteistönkaupan tekemistä.⁶⁴ Toiset

⁶¹ *Godenhjelm*, JFT 1958 s. 228: Då föreavtalet är bindande mellan kontrahenterna, följer av tredska från den ena kontrahentens sida att han enligt allmänna avtalsrättsliga regler blir skadeståndsskyldig gentemot sin medkontrahent. Det s.k. positiva avtalsintresset kommer här i fråga. — Ks. KKO 1932 I 24: A oli 31. 12. 1928 tehdyssä sopimuksessa sitoutunut vuoden 1929 aikana ostamaan B:ltä 25 autoa, niistä 10 ennen sanotun vuoden kesäkuun 1 päivää, mutta oli jättänyt viimeksimainituistakin 10 autosta ostamatta 5 ja siten aiheuttanut B:lle tappiota menetettyä myyntivoittona yhteensä noin 30.000 markkaa. A:n jouduttua 27. 9. 1929 konkurssiin oli B vaatinut ko. korvausta A:n konkurssipesältä. Konkurssipesä oli vastustanut kannetta esittäen mm., että po. sopimus, vastaista kauppaa tarkoittavana, ei lain mukaan ollut pätevä. Kaikki oikeusasteet pitivät sopimusta pätevänä ja KKO lausui nimenomaan, että »31. 12. 1928 tehty sopimus ei konkurssipesän mainitsemasta syystä ollut lainvastainen.» Samoin kaikki oikeusasteet po. myyntivoiton, siis positiivisen sopimusedun, korvauksen periaatteessa mahdolliseksi. Siitä ainoastaan oltiin erimielisiä, oliko vahinkoa näytetty tapahtuneen, kun B oli kysynyt myymään autot muualle. Ks. myös DL 1932 II s. 31 ss., missä po. tapausta on selostanut O(nni) P(etäys); KKO 1948 II 55: Sopimuskirjan, jossa henkilö oli sitoutunut yhtiölle myymään omistamansa saha- ja myllylaitoksen irtaimistoiineen, mutta sitten kieltäytynyt täyttämästä sitoumustaan, katsottu myös irtaimen omaisuuden osalta käsittäneen ainoastaan myyntilupauksen; yhtiölle on tuomittu korvaus siitä vahingosta, jonka se oli näyttänyt sitoumuksen täyttämättä jättämisen johdosta kärsineensä.

⁶² Ks. *Muukkonen*, s. 126.

⁶³ Oikeusjärjestyksissä, joissa luovutussopimus perustaa vain obligatorisen oikeussuhteen, velvoittaa esisopimus luontoissuoritukseen. Ks. esim. *Larenz*, I s. 53; *Schneider*, s. 37 ss.

Ruotsin kirjallisuudessa po. kysymys on riidanalainen. Esim. *Almén*, Om auk-tion II s. 297 ss., s. 315; *sama*, Avtalslagen s. 5; *Ask*, II s. 115 ss.; *Nordling*, s. 220 ss. katsovat esisopimuksen velvoittavan luontoissuoritukseen. *Karlgren*, SvJT 1937 s. 394 pitää kielteistä käsitystä »omituisena» edellyttäen, että esisopimus on tehty määrämuotoisena. Kielteistä käsitystä edustavat mm. *Benckert*, NJA 1947: 56, missä on ko. lausunto; *Undén*, II: 1 s. 168 ss.; *Vahlén*, s. 72 ss.

⁶⁴ Näin mm. *Caselius*, Irroittamisoikeudet s. 67 av. 4; *Honka*, LM 1946 s. 64; *Voipio*, LM 1917 s. 143 ss.; *Wrede-Caselius*, I s. 241 av. 2. Ks. lisäksi *Chydenius*, KR I s. 21; *Rekola*, Vanhentuminen s. 127. Vrt. toisaalta *Caselius*, DL 1955 II s. 50.

taas katsovat, että esisopimus velvoittaa luontoissuoritukseen. Tämä käsitys on tunnusomainen uusimmalle kirjallisuudellemme.⁶⁵

Oikeuskäytäntömme oli pitkän aikaa sillä kannalla, että kiinteistönkaupan esisopimus ei velvoita luontoissuoritukseen.⁶⁶ Tämä käsitys on sittemmin muuttunut. Viime aikoina Korkein oikeutemme on useissa ratkaisuisaan katsonut, että esisopimus sitoo, kunhan vain kiinteistönkaupan muotosäännöksiä on noudatettu.⁶⁷ — Toisin on asian laita esim. Ruotsissa.⁶⁸

Velvoittaako sitten kiinteistönkaupan esisopimus luontoissuoritukseen? Kysymykseen on vaikea vastata. Tietyt näkökohdat näet puhuvat myönteisen ratkaisun puolesta ja tietyt sitä vastaan.

Voidaan ajatella, että sitovuuskysymystä ratkaistaessa olisi syytä erottaa myyntisitoumus (*pactum de vendendo*) ja ostositoumus (*pactum de emendo*). Tähän ei kuitenkaan ole aihetta.⁶⁹ Käytännöllinen elämä ja eräänlainen luontainen johdonmukaisuus vaatinevat niiden samankaltaista käsittelyä. Tähän viittaa myös se, että MK 1: 2 koskee nykyi-

⁶⁵ Näin mm. *Godenhjelm*, JFT 1958 s. 229, jossa lausutaan, että kysymys esisopimuksen sitovasta vaikutuksesta ei edes tuota vaikeuksia; *Hakulinen*, Luovutus s. 113 ss.; *sama*, Velvoiteoikeus s. 113 ss.; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 200; *Nybergh*, JFT 1958 s. 320; *Vihma*, Sopimussakko s. 174. Ks. myös *Carlson*, JFT 1942 s. 137; *Kaila*, Yksityisoikeus s. 180; *J. Serlachius*, Sakrätt s. 131 (vrt. *sama*, JFT 1887 s. 4 ss); *Zitting*, LM 1956 s. 560.

⁶⁶ Ks. *Wrede—Caselius*, I s. 241 av. 2 mainitut tapaukset sekä lisäksi KKO 1929 II 250, II 380, II 611, II 869. Huomaa myös KKO 1925 II 157. Ks. *J. Serlachius*, JFT 1887 s. 4, missä epäillään, onko praksis aina ollut kielteinen. Serlachiuksen mielestä 1864 KiinteistöA:n voimaantulo viittasi siihen, että aivan alussa oikeuskäytäntö olisi ollut sillä kannalla, että esisopimus sitoo.

⁶⁷ Näin mm. KKO 1928 I 50; 1936 I 44; 1954 II 87; 1944 II 262; 1951 I 5; 1952 I 14 ja II 3; 1954 II 121; 1955 II 21; 1956 II 38.

Enää ei voida sanoa, kuten *Kivimäki*, s. 79 av. 1: »Kiinteistön myyntisopimuksen pätevyys, vaikka sopimus olisi tehty määrämuodoin, on Suomen lainkäytössä kiistanalainen.» Vielä vähemmän pitää paikkansa väite, että »Suomessa on vakiintunut oikeudenkäyttö, jonka mukaan ei kiinteistönkaupan muodossakaan tehdyn esisopimuksen perusteella voida vaatia luovutuksen täyttämistä», kuten esittää *Wrede—Caselius*, I s. 241 av. 2. Ks. *Hakulinen*, SvJT 1946 s. 750; *sama*, Luovutus s. 115.

⁶⁸ Tämä johtunee mm. siitä, että Ruotsin ulosottolaissa ei ole meidän UL 3: 42:n kaltaista säännöstä. Sitä vastoin vahingonkorvaus on tietyissä poikkeustapauksissa tullut kysymykseen. Ks. esim. *Malmström*, SvJT 1949 s. 33 ss.; *SOU* 1947: 38, s. 158; *Undén*, II: 1 s. 170; *Vahlén*, s. 73.

⁶⁹ Näin *Almén*, Om auktion II s. 315 ss.; *Hakulinen*, Luovutus s. 115 ss.; *Undén*, II: 1 s. 168, missä on otsikko: *Utfästelse att sälja eller köpa fastighet*. Ks. vielä *Vahlén*, s. 72 ss.

sin meillä vallitsevan käsityksen mukaan yhtäläisesti myyjää ja ostajaa.⁷⁰ Jäljempänä lausuttu koskee näin ollen molempia mainituista sitoumuksista.

Käsitystä, että kiinteistönkaupan esisopimus ei velvoita luontoissuoritukseen, on perusteltu useilla erilaisilla näkökohdilla. On lausuttu, että OikTL 1₂ §:stä saadaan tukea kielteiselle kannalle.⁷¹ Mainitussa lainkohdassa säädetään, että po. lain ensimmäisen luvun säännökset tarjouksen ja siihen annetun vastauksen sitovuudesta eivät koske määrämuotoisia sopimuksia. Käsitykseni mukaan OikTL 1₂ § ei ratkaise edes kysymystä määrämuotoisten sopimusten tarjouksen sitovuudesta. Tarjouksen sitovuuskysymys on jätetty lain ulkopuolelle. Sanoohan lakikin, että »tämän luvun säännökset eivät koske määrämuotoisia sopimuksia».⁷² Kun näin on asian laita tarjouksen suhteen, josta OikTL:ssa on normeja, sitä suuremmalla syyllä on lausuttava esisopimuksista, joista laissa ei mainita mitään, että kysymys niiden sitovuudesta ei ole muuttunut OikTL:n säätämisellä.⁷³ Viittaaminen OikTL:iin ei siis anna suoranaista tukea kiinteistönkaupan esisopimuksen sitovuutta koskevalle kysymykselle. Missään tapauksessa OikTL 1₂ § ei viittaa kiinteistönkaupan esisopimuksen sitomattomuuteen. Pikemminkin OikTL:n »henki», sanassapysymisen merkityksen korostaminen, puhuu sitovuuden puolesta.

Vuoden 1864 KiintEhtoA 2 §:n mukaan takaisinostoehto (*pactum de retro emendo*) on »voimaton ja mitätön». Myös tämän lainkohdan perusteella on kiinteistönkaupan esisopimuksen sitovuus joskus tahdottu kieltää.⁷⁴ — Takaisinostoehtojen kieltämisen syynä oli mm. niiden yleisyys myydessä tiloja pois suvusta ja niiden kohtuuttomuus. Takaisinostohinnaksi näet sovittiin yleensä kiinteistön myyntihinta. Takaisinosto oli siis »liian edullinen» kiinteistön myyjälle.⁷⁵ Lain esityöt valaisivat takaisinostoehdon kieltämisen muita syitä. Niissä esitetään, että

⁷⁰ Tätä pitää ratkaisevana näkökohtana Hakulinen, Luovutus s. 116.

⁷¹ Näin Undén, II: 1 s. 170. Ks. myös SOU 1947: 38, s. 158 ss.

⁷² Ks. po. lainkohdan tulkinnasta yleensä Muukkonen, s. 134 ss. viitteineen.

⁷³ Näin Almén, Avtalslagen s. 5; Hakulinen, Luovutus s. 114 av. 1: »OikTL ei ole rajoittanut esisopimuksen mahdollisuutta ja pätevyyttä, vaikkei siihen ole otettu mainintaa esisopimuksesta.» Taxell, s. 35 lausuu mm.: AvtLs 1 kapitel reglerar det som kallats avtalsmekanismen, men däremot icke frågan huruvida ett avtal av en viss typ har laga verkan eller ej. Ks. lisäksi Björling—Malmström, s. 149; Ekeberg, SvJT 1917 s. 445. Malmström, SvJT 1949 s. 35 taas katsoo, että po. lainkohdalla on ainoastaan »föga relevans».

⁷⁴ Näin esim. J. Serlachius, JFT 1887 s. 4; Undén, II: 1 s. 771; Vahlén, s. 74.

⁷⁵ Ks. esim. Undén, II: 1 s. 161 ss.; Wrede—Caselius, I s. 248.

»nykyisen lain myönnytys, että kiinteätä omaisuutta pois annettaessa saadaan tehdä ehtoja ja wälipuheita, joita wastaisten omistajain tulee rajattomasti kauwan noudattaa, ei ainoastaan ole matkaan saattanut epäwakaisuutta oikeus-suhteissa yksityisten kesken sekä synnyttänyt luke-mattomia riitoja ja oikeuden-käymisiä, waan myöskin mitä maalla ole-waan maatilaan tulee, sotii sitä perustusajatusta wastaan, jonka la'in-sääntö wiime aikoina yleisesti on oikeaksi omistanut, että muka maan ruokko ja wiljeleminen likeisemmästi noudattawat esteetöntä maan omis-tusoikeutta.»⁷⁶ — Edellä esitetyn perusteella voidaan todeta, että takai-sinostoehdon kieltämisen tarkoituksella (ratiolla) täytyy olla merkitystä kiinteistöнкаupan esisopimuksen sitovuutta arvosteltaessa siitakin huolimatta, että nykyiset maanviljelijäväestön olosuhteet ovat toiset kuin sata vuotta sitten. Toisaalta on korostettava, että takaisinosto-ehto ja esisopimus eivät suinkaan ole samoja tosiasioita.⁷⁷ Takaisinosto-ehdon kiellettävyys ei näin ollen ratkaise esisopimuksen sitovuuskysymystä. Takaisinostoehdon kiellon tarkoitus vaikuttaa kyllä kysymyksen ratkaisuun, mutta on vain yksi argumentti kielteisen käsityksen puolesta.⁷⁸

Esisopimuksen sitomattomuus on toisinaan haluttu johtaa myös siitä, että romanistinen erottelu obligatoriseen ja esinekohtaiseen kauppa-sopimukseen on vieras niin Ruotsin kuin Suomenkin oikeudelle.⁷⁹ Tästä näkökohdasta on lausuttava muutama sana. Ensiksi on huomautettava päättelyn rohkeasta deduktiivisuudesta. Aksioomaksi on otettu, että oikeutemme ei tunne velvoiteoikeudellisesti vaikuttavia, kiinteistöihin kohdistuvia luovutustoimia. Tästä suoritetaan sitten po.

⁷⁶ Pöytäkirjat pidetyt sinä Suomen neljän säädyn Waliokunnassa joka Keisariillisen Majesteetin Armollisen Ilmoitussäännön mukaan Maaliskuun 29 (Huhtikuun 10) päivältä 1861 yhtyi Helsingissä Tammikuun 20—Maaliskuun 6 päivinä 1862. Kysymys 5; Pöytäkirjat s. 19.

⁷⁷ Ks. po. riidanalaisesta kysymyksestä, esim. *Almén*, Om auktion II s. 320, *Degenkolb*, AcP 1887 s. 25 ss.; *Reuterskiöld*, s. 42; *Roth*, s. 159 ss. laajoine viitteineen; *Tuhr—Siegwart*, I s. 254 ss. mm.: Vom Vorvertrag unterscheiden sich diese Rechtslage dadurch, dass der gestaltungsberechtigte Kontrahent keinen Anspruch auf Abschluss eines Vertrages hat und keinen solchen Anspruch braucht, da er das gewünschte Schuldverhältnis durch seine einseitige Willenserklärung begründen kann.

⁷⁸ *Vahlén*, s. 74 huomauttaa aivan oikein, että ostositoumukseen nähden on vaikea löytää tukea po. näkökohdasta; *Karlgren*, SvJT 1937 s. 395 katsoo turvautumisen takaisinostoehdon kiellettävyyteen »en visserligen något långsökt analogi».

⁷⁹ Tähän näkökohtaan viittaavat mm. *Undén*, II: 1 s. 169; *Vahlén*, s. 73. Ks. myös *SOU* 1947: 38, s. 158.

päätely huolimatta siitä, että jo erottelu esineoikeuteen ja velvoiteoikeuteen on mahdollisimman epätarkka ja epämääräinen.⁸⁰ Lisäksi on muistettava, että on olemassa tapauksia, joissa kiinteistökvaliteettikin voi olla »velvoiteoikeudellisen» luovutussopimuksen kohteena.⁸¹ Mikään ei estäne lausumasta Hakulisen⁸² tavoin: »Laissa ei ole säädetty, että obligatoriset oikeudet on aina katsottava irtaimen omaisuuteen kuuluvaksi, ja että kiinteistökvaliteetti saattaa olla vain esineoikeuksilla.» — Edellä olevalla ei ole tahdottu ottaa minkäänlaista »kantaa» erotteluun esineoikeus ja velvoiteoikeus. Pyrkimyksenä on vain ollut osoittaa, että tarkastelun alainen »teoreettinen» argumentti ei ole erityisen vankka, varsinkin kun po. näkökohdalla, asian luonteesta johtuen, ei voi olla suurta merkitystä asianosaisrelaatiossa.

Edellä käsitellyt kolme näkökohtaa — OikTL 1₂ §, takaisinostoehdon kiellettävyys ja obligatorisen kiinteistönluovutussopimuksen »vieraus» — ovat pääperusteita, joilla on yritetty osoittaa kiinteistönkaupan esisopimuksen velvoittamattomuus luontoissuoritukseen. Lisäksi voidaan viitata mm.⁸³ kirjallisuudessamme lausuttuihin käsityksiin,⁸⁴ aikaisempaan oikeuskäytäntöömme⁸⁵ ja siihen reaaliseseen näkö-

⁸⁰ Kirjallisuutemme vallitseva mielipide ei rakenna suuria po. erottelun varaan. Yleensä korostetaan, että ko. erottelun perusteella johtopäätöksiä tehtäessä on oltava erittäin varovaisia. Ks. esim. *Aaltonen*, I s. 51; *Caselius*, Pantti s. 122 ss.; *sama*, Irroittamisoikeudet s. 4 ss.; *Haataja*, LM 1937 s. 22 ss.; *sama*, Järjestelmä s. 466 ss.; *Hannikainen*, s. 13 ss.; *Raninen*, Fob s. 6. Ks. po. erottelusta yleensä *Illum*, Tingsrätt I s. XIII ss.; *Kaila*, Oikeuslogiikka s. 80 ss.; *Kruse*, I s. 165 ss.; *Lundstedt*, Festschrift Ekeberg s. 331 ss.; *Ross*, s. 228 ss.; *Zitting*, s. 73 ss., *sama*, LM 1944 s. 607 ss.

⁸¹ Ks. esim. *Chydenius*, Om aktiebolag s. 53 av. 1, vaikka hän vastustaa velvoiteoikeudellista kiinteistönluovutussopimusta (KR I s. 4 ss.). — Määräalan kaupan luonteen selvittely on johtanut myös lausuttuun. Ks. kysymyksestä yleensä esim. *Caselius*, Irroittamisoikeudet s. 29 ss.; *Haataja*, Järjestelmä s. 469 ss.; *Hakulinen*, Luovutus s. 49 ss. sekä niissä mainittu kirjallisuus.

⁸² *Hakulinen*, Luovutus s. 58.

⁸³ *Voipio*, LM 1917 s. 114 ss. viittaa KK 1: 1:een: »Kauppa on tehtävä pakotta ja petoksetta, myyjän ja ostajan vapaaehtoisella suostumuksella. Jos se toisin tehdään, olkoon kauppa mitätön.» Tästä Voipio johtaa lopputuloksensa, jonka mukaan ostaja ei voi pakottaa myyjää tilaansa myymään. — Lienee suorastaan selvää, ettei KK 1: 1:stä saada tukea. Huomattava on, että silloin, kun KKO oli kielteisellä kannalla kiinteistönluovutusten esisopimusten sitovuuteen nähden, KKO saattoi perustella käsitystään lausumalla: »Kun A:ta ei lain mukaan voitu velvoittaa vasten tahtoa täyttämään mainittua sitoumusta» (esim. KKO 1922 I 24). Tällöin ei kuitenkaan viitattu KK 1: 1:een.

⁸⁴ Ks. edellä av. 64.

⁸⁵ Ks. edellä av. 66.

kohtaan, että po. esisopimuksella usein pyritään kiertämään TOL 22 §:n säännöksiä satunnaisen myyntivoiton verottamisesta.⁸⁶ Voidaan myös sanoa, että mikäpä *yleensä* estäisi sopijapuolia tekemästä lopullista — tosin ehdollista — kauppaa, jos he jo kyllin asiaa harkittuaan ovat valmiita tekemään (määrämuotoisen) esisopimuksen.⁸⁷ On myös väitetty, että sitomattomuusperiaate on sopusoinnussa terveen lainsäädäntöpolitiikan kanssa, koska sitomattomuus takaa selvytyden omistussuh-

⁸⁶ Tähän voidaan sanoa vastaavasti samaa, mitä edellä irtaimen kaupan esisopimuksen yhteydessä lausuttiin. Ks. edellä av. 59—60 kohdalla lausuttua.

KHO on soveltanut TOL 22 ja 95 §:ää esisopimuksiin, mikäli niiden tarkoituksena on ollut satunnaisen myyntivoiton verotuksen kiertäminen. Vero on siis määrätty jo esisopimusasteella, jolloin vielä on epävarmaa, syntyykö lopullinen kauppa vai ei. Esim. tuleva myyjä ei kenties haluakaan myydä kiinteistöään ja tuleva ostaja ei vaadi sitä vaan ainoastaan vahingonkorvausta. Ks. KHO 1945 I 36: Kun A oli 1943 tehdyillä asiakirjoilla vuokrannut B:lle 14.500 markan vuosivuokrasta omistamiaan asuntotontteja 50 vuoden ajaksi, sitoutunut 30. 11. 1948 myymään tontit B:lle 1.450.000 markan hinnasta ja saanut B:ltä 30. 11. 1949 takaisin maksettavan 1.450.000 markan määräisen lainan, jonka vuotuinen korko oli 14.500 markkaa, katsottiin A:n, huomioon ottaen näiden oikeustoimien tarkoituksen ja tuloksen, saaneen niistä vuonna 1943 veronalaista tuloa; KHO 1952 II 393: Kun insinööri A ja B osakeyhtiö olivat 31. 10. 1949 tehdyllä sopimuskirjalla sopineet, että A puolisoinen myy omistamansa tilat yhtiölle heti 20. 5. 1951 jälkeen 3.000.000 markan kauppahinnasta; että kauppahinta suoritettaisiin siten, että mainittuna päivänä kuittattaisiin A:n velkaa sanotulle 3.000.000 markalla; että yhtiö saisi kiinteistöt hallintaansa 1. 10. 1949 alkaen ja saisi sanotusta päivästä lukien ilman erikseen suoritettavaa vastiketta nauttia niiden tuoton; että yhtiö ei viimeksi mainitusta päivästä lähtien perisi A:lta korkoa saatavastaan sekä että A oli kolmannelle henkilölle antava valtakirjan, jonka nojalla tämä saisi ensiksi mainittuna aikana A:n puolesta tehdä lopullisen kauppakirjan, katsottiin A:n saaneen satunnaista myyntivoittoa vuonna 1949, koska em. sopimus ilmeisesti oli tehty siinä tarkoituksessa, että insinööri A vapautuisi suorittamasta veroa po. tilojen myynnin hänelle tuotamasta kauppavoitosta ja *sopimus näin ollen oli katsottava myynnin veroiseksi* (ks. sanotun ratkaisun arvostelusta Caselius, DL 1955 II s. 48 ss.); KHO 1958 II 274: Kun kiinteistön omistaja oli kahdella eri sopimuskirjalla sitoutunut seuraavana vuonna myymään määräaloja kiinteistöstään, ei hänen katsottu näiden sopimuskirjojen perusteella saaneen myyntivoittoa. Jutun asiakirjoista ilmenee, että määrämuodossa tehdyt esisopimukset oli irtisanottu ennen pääsopimuksen tekoa, noudattamatta MK 1: 2:n muotomääräystä, ja että irtisanottujen sopimusten perusteella ei ollut luovutettu määräalojen hallintaa eikä suoritettu mitään kauppahintaa; KHO 1958 II 295: Kiinteistön omistusoikeuden katsottu siirtyneen vuokrasopimuksen perusteella, kun sopimus oli ilmeisesti tehty tarkoituksella vapautua verosta.

⁸⁷ Ks. esim. Larenz, I s. 53; Oser—Schönenberger, s. 158.

teissa ja sitä tietä myös reaaliuottolaitos pysyy vakaana.⁸⁸ Luonnollisesti voidaan viitata myös edellä a-kohdassa käsiteltyihin yleisiin kielteisiin perusteisiin.

Esisopimuksen sitovuuden puolesta puhuvat monet painavat näkökohdat. Ensiksi on mainittava uusin kirjallisuutemme⁸⁹ ja varsinkin oikeuskäytäntömme.⁹⁰ Ratkaisevaan asemaan kohoavat myös edellä a-kohdassa käsitelty sitovuuden puolesta puhuvat yleiset näkökohdat. Myönteisen ratkaisun puolesta voidaan lausua kuten Hakulinen:⁹¹ »Lainsäätäjä on ottanut huomioon kiinteistön luovutusta koskevan esisopimuksen sitovuuden antaessaan säännöksiä kiinteistönhankinnan rajoittamisesta.» Tälle näkökohdalle ei kuitenkaan voida antaa suurta merkitystä. Vaikka rajoitussäännöksissä on otettu huomioon ko. esisopimus, ei sillä sittenkään ole voitu vaikuttaa paljoa po. sitovuuskysymykseen. Sitovuus riippunee muista näkökohdista kuin tuollaisesta turhien epäselvyyksien välttämiseksi säädetystä »huomioon ottamisesta». Tällä hetkellä, ko. säännösten tultua jo kumotuksi, po. argumentti painaa siis varsin vähän.⁹²

Punnittaessa edellä esitettyjä puolesta ja vastaan puhuvia näkökohtia keskenään haluan subjektiivisena arvostuksenani antaa myönteisille näkökohdille suuremman merkityksen kuin kielteisille.⁹³ Kielteiset näkökohdat on näet yleensä osoitettu vähemmän »painaviksi», kuin miltä ne alun perin saattoivat tuntua. — Lopputuloksena on siis, että kiinteistönkaupan esisopimus velvoittaa luontoissuoritukseen asianosaisrelaatiossa, sopijapuolten välillä.

⁸⁸ SOU 1947: 38, s. 159. — Tällä näkökohdalla ei mielestäni ole kovin suurta merkitystä silloin, kun on kysymys luontoissuorituksesta ainoastaan sopijapuolten välillä, niinkuin nyt on asian laita. Tähän, siis eri henkilötahojen erotteluun, ei ole kiinnitetty asianmukaista huomiota.

⁸⁹ Ks. edellä av. 65.

⁹⁰ Ks. edellä av. 67.

⁹¹ Hakulinen, Luovutus s. 115 av. 5.

⁹² Ks. myös edellä 2 §:n av. 7 kohdalla lausuttua.

⁹³ Ks. tässä yhteydessä Vahlén, s. 72 ss., missä kielteiseen tulokseen on päädytty ratkaistaessa kysymystä, vallitseeko kiinteistönkaupassa molemminpuolisuusperiaate (ömsesidighetsprincip). Hän lausuu mm., että tietesopissa ei ole vielä selvitetty, mikä alkujaan on aiheuttanut molemminpuolisuusperiaatteen. Tähän tarvittaisiin Vahlénin mukaan oikeushistoriallisia tutkimuksia. Itse hän tyytyy esittämään tiettyjä olettamuksia (vissa hypoteser). Nämä olettamukset ovat näkökohtia, joita edellä on käsitelty esisopimuksen sitovuuden puolesta tai vastaan puhuvina näkökohtina. Käsitykseni mukaan ne eivät ole suinkaan hypoteeseja, vaan reaalisia argumentteja, joiden erittelyn pohjalta voidaan suorittaa kysymyksen ratkaisu.

Voidaanko sitten kiinteistönkaupan esisopimuksen perusteella, esim. silloin, kun sopijapuoli kieltäytyy tekemästä pääsopimusta, vaatia positiivisen sopimusedun määräistä vahingonkorvausta? Kysymykseen on helppo vastata, ja vastaus on myöntävä. Perusteluksi soveltuu paitsi edellä esitettyä myös *mutatis mutandis* se, mitä lausuttiin vastaavasta kysymyksestä irtaimen omaisuuden osalta.⁹⁴ Eikä edes tähän tarvitse rajoittua. Myös vallitseva käsitys kirjallisuudessamme on tällä kannalla, ja merkillistä kyllä, korvausta puoltavat eräät sellaisetkin, jotka eivät katso kiinteistönkaupan esisopimuksen velvoittavan luontoissuoritukseen.⁹⁵ Kenties tähän on vaikuttanut Ruotsin vuodelta 1909 oleva lakiehdotus, jossa esitettiin säädettäväksi, että määrämuotoisena tehty esisopimus ei velvoittaisi luontoissuoritukseen mutta kyllä vahingonkorvaukseen. Vahingonkorvausvelvollisuuden pääperusteena taas oli, että oikeudentunto vaati sitä.⁹⁶

d) Lahjanlupauksen sitovuus. LahjaL 1 §:ssä säädetään: »Irtaimen omaisuuden lahjoittamista koskeva lupaus olkoon, niin kauan kuin lahjoitusta ei ole täytetty, vaikutukseton, jollei lupausta ole tehty velkakirjassa tai muussa asiakirjassa, joka on annettu lahjansaajalle tai elleivät asianhaarat lupausta tehtäessä osoita, että se oli tarkoitettu tulemaan yleisön tietoon.» — LahjaL 1 §:ssä on varsin selvin sanoin vastattu kysymykseen, velvoittaako lahjanlupaus luontoissuoritukseen »sopijapuolten» välillä, asianosaisrelaatiossa. Lahjanlupaus velvoittaa nykyisin luontoissuoritukseen edellyttäen, että lahjanlupaus on tehty kirjallisesti ja lahjanlupauskirja on annettu lahjan saajalle.⁹⁷ Myös suullinen lahjanlupaus velvoittaa luontoissuoritukseen, mikäli se on tarkoitettu tulemaan yleisön tietoon.

⁹⁴ Ks. edellä av. 62 kohdalla lausuttua.

⁹⁵ Ks. esim. *Caselius*, Irroittamisoikeudet s. 67 av. 4; *Godenhielm*, JFT 1958 s. 229; *Rekola*, Vanhentuminen s. 127. — Eräät katsovat ainoastaan negatiivisen sopimusedun tulevan kysymykseen. Näin *Chydenius*, KR I s. 30; *Hernberg*, s. 233; *sama*, DL 1925 s. 370; *Voipio*, LM 1917 s. 114 lausuu, että negatiivisen sopimusedun korvausvelvollisuus ei ole »kontrahtiseuraamus, vaan kuten aivan oikein on huomautettu, seuraus vahingonteosta, johon myyjä on tehnyt itsensä syyppääksi». — Toiset, jotka kieltävät luontoissuorituksen, epäävät »johdonmukaisuuden» vuoksi myös korvausvelvollisuudenkin. Näin mm. *Undén*, II: 1 s. 170 ss.

⁹⁶ Ks. *SOU* 1947: 38, s. 159.

⁹⁷ Aikaisemmin, ennen LahjaL:n voimaantuloa, kysymys oli riidanalainen. Ks. siitä esim. *Chydenius*, KR II s. 20 ss.; *Hakulinen*, Perusteeton, etu s. 60 av. 3; *Kivimäki*, LM 1925 s. 85 ss.; *Tawaststjerna*, LM 1924 s. 73 ss. — Huomaa *Kivimäki*, DL 1948 s. 38: »Laissa on mielestäni aivan suotta luovuttu yksilölliseen irtaimen esineeseen nähden Suomen oikeudessa vanhastaan vallinneesta periaatteesta, ettei lahjanlupaus sido.»

Oikeuttaako lahjanlupaus myös positiivisen sopimusedun määräiseen vahingonkorvaukseen? Lajiesineiden lahjanlupauksessa kysymyksellä ei ole samaa käytännöllistä merkitystä kuin erityisesineiden lahjanlupauksessa. Lajihan ei häviä (*genera non pereunt*), joten luontoissuoritusta voidaan yleensä vaatia. Erityisesineiden osalta kysymykseen täytynee vastata kieltävästi. Jos näet joku lupaa lahjoittaa toiselle esim. polkupyörän, ei hän tällä ole sitoutunut polkupyörän »arvoa» vastaavaan suoritukseen. On myös muistettava, että lahjansaaaja ei suorita mitään »korvausta» antajalle. Tämäkin viittaa kielteiseen tulokseen. Lahjansaaaja ei siis voi vaatia korvausta lahjanantajalta, jos sitoumusta ei täytetä tai jos lahjoitettu esine voitetaan häneltä pois tai esine on virheellinen.⁹⁸

e) Panttausluvannan sitovuus. Voiko pantinsaaaja, jolle velallinen on luvannut tietyn irtaimen omaisuuden käteispanniksi, vaatia panttiobjektia hallintaansa? Velvoittaako siis panttausluvanta luontoissuoritukseen?

Kirjallisuudessa kysymykseen on vastattu eri tavoin. Nykyisin kuitenkin yhä useammat lausuvat, että panttausluvanta velvoittaa sopijapuolten välillä, asianosaisrelaatiossa, luontoissuoritukseen.⁹⁹ Oikeuskäytännöstämme tuskin saadaan tukea po. kysymykseen.¹⁰⁰

⁹⁸ Ks. *Chydenius*, KR II s. 17; *Palmgren—Olsson*, s. 147. Huomaa VKL 9 §, jossa säädetään, että jos velkakirja luovutetaan lahjaksi, luovuttaja ei ole vastuussa velkakirjan pätevyystensä. — Vrt. *Kivimäki*, LM 1925 s. 95; *Tawaststjerna*, LM 1924 s. 75 av. 1. — Aivan eri asia on, voiko lahjansaaaja, joka on luottanut lahjoituksen sitovuuteen ja joka ei voi vaatia enää luontoissuoritusta, olla oikeutettu saamaan negatiivisen sopimusedun korvausta, esim. korvausta suoranaista kuluistaan. Ks. *Hakulinen*, Velkakirjalaki s. 121.

⁹⁹ Näin meillä mm. *Gestrin*, JFT 1940 s. 77; *Palmgren—Olsson*, s. 233; *Serlachius*, Sakrätt s. 392; *Taxell* s. 32 ss. Ks. lisäksi esim. *Hasselrot*, Skrifter II s. 7 ss.; *Schrevelius*, II s. 202; *Undén*, I s. 270. Toisin *Caselius*, Omistajankiinnityksestä s. 138: »Ilman hallinnan siirtoa on panttaussopimus mitätön.» *Chydenius*, KR II s. 182; *Hernberg*, Festskrift Grotenfelt s. 268 ss., katsoo panttausta koskevan esisopimuksen velvoittavan ainoastaan negatiivisen sopimusedun määräiseen korvaukseen. Vrt. kuitenkin *sama*, Rättshandbok, s. 106.

¹⁰⁰ Ks. *Taxell*, s. 37. Huomaa KKO 1933 I 26, missä katsottiin selvitetyn, että A oli sitoutunut luovuttamaan omistamaansa kiinteistöön kiinnitetyn haltijavelkakirjan B:lle pantiksi B:n tilisaatavasta. KKO lausui po. sitoumuksesta: »... mutta kun tuo sitoumus, A:n jouduttua konkurssiin, ei velvoittanut konkurssipesää sitä täyttämään». Tällaista perustelua ei kenties olisi käytetty, ellei olisi katsottu po. sitoumuksen velvoittavan asianosaisrelaatiossa. Vrt. KO: »... koskei B ollut saanut mainittua käteispanniksi tarkoitettua velkakirjaa hallintaansa ja panttaussitoumus oli sen vuoksi jäänyt laillisesti täyttämättä.» — Ruotsin oikeuskäytäntö pitää panttausluvantaa sitovana mm. asianosaisrelaatiossa. Ks. *Undén*, I s. 271.

Kielteinen kanta perustuu ennen kaikkea reaalikontrahdin »teoreettiseen luonteeseen», mistä aikaisemmin on jo huomautettu.¹⁰¹ Ajattelu kulkee tällöin seuraavaa rataa: »Panttioikeus irtaimen omaisuuden syntyä Suomen oikeuden mukaan panttaussopimuksen ja hallinnan siirron johdosta. Molemmat ovat sen edellytyksinä siten, ettei kumpikaan näistä voi yksinensä luoda mitään panttioikeutta. Ilman hallinnan siirtoa on panttaussopimus mitätön.»¹⁰² — Panttausluvannan sitomattomuuden tueksi voidaan ajatella myös viittaamista OikTL 12 §:ään. Mutta on sanottava, että OikTL 12 § ei ratkaise po. sitovuuksysymystä sen paremmin kuin kiinteistönkaupan esisopimuksenkaan.¹⁰³ — Sitomattomuuden puolesta puhuu kenties sekin, että traditiovaatimuksessa pysyminen olisi omiaan edistämään vakaata ja kypsää harkintaa niin merkittävässä oikeustoimessa kuin panttauksessa. Ellei näet pantinantaja (lainanottaja) harkitse asiaa riittävästi, »maksimoi» hän herkästi luottonsa ja arvioi väärin taloudellisen asemansa, varsinkin jos luotto on saatu ilman näkyvää uhrausta (traditioa).¹⁰⁴ Tuollaisella vaatimuksella ei kuitenkaan ole vain »etuja», vaan myös tiettyjä »haittoja»,¹⁰⁵ ja se vähentää esitetyn argumentin arvoa suuresti. Käytännöllinen elämä ei näet suhtautune suojeasti sopijapuolten välisen sitovuuden »vaikutumiseen» panttauksessa. Tätä osoittanee se, että KK 10:1:n käteispanntausta koskeva muutovaatimus ei ole muuta kuin ohje, jonka noudattamatta jäämisellä ei ole välitöntä oikeudellista merkitystä.¹⁰⁶ — Traditiolla on panttauksessa tietysti muitakin vaikutuksia kuin vakaan ja kypsän harkinnan edistäminen. Tärkein merkitys lienee siinä, että traditio luo julkisuutta¹⁰⁷ ja siten toteuttaa niin sanoakseni esineoikeudellisen funktion. Tällä, samoin kuin muilla tradition »eduilla», ei kuitenkaan yleensä ole merkitystä asianosaisrelaatiossa. Ja mikäli joitakin etuja on olemassa, vähentävät niiden arvoa tradition vastaavat haitat.¹⁰⁸

101 Ks. edellä 3 §:n B-d-kohdassa lausuttua.

102 Näin *Caselius*, Omistajankiinnityksestä s. 138, vrt. toisaalta s. 142 ja 144 lausuttua.

103 Näin mm. *Gestrin*, JFT 1940 s. 78 ss.; *Taxell*, s. 34 ss.

104 Ks. *Undén*, Panträtt i rättigheter s. 97 viitteineen.

105 Ks. mutatis mutandis sitä, mitä muotomääräysten valo- ja varjopuolista on esitetty *Muukkonen*, s. 203 av. 132 viitteineen.

106 Ks. *Muukkonen*, s. 178 viitteineen.

107 Ks. esim. *Taxell*, s. 55 ss.; *Undén*, Panträtt i rättigheter s. 95 ss.

108 Ks. tradition eduista ja haitoista esim. *Olsson*, Borgenärsskydd s. 38 ss. viitteineen.

Panttausluvannan sitovuuden puolesta voidaan viitata useihin näkökohtiin. Ensiksi kaikki edellä a-kohdassa mainitut yleiset näkökohdat puhuvat sitovuuden puolesta. Olisi myös kohtuutonta varsinkin silloin, kun velkoja on jo luovuttanut »valuutan» pantin lupaaajalle, ellei viimeksi mainittua voitaisi velvoittaa luovuttamaan lupaamaansa pantti-objektia velanantajalle.¹⁰⁹ Panttausluvannan sitovuuden puolesta voidaan viitata myös KonkS 46 §:n e-kohtaan.¹¹⁰ Siinä näet säädetään, että panttaus peräytyy, »jos velallinen viimeisinä kuutenakymmenenä päivänä ennen konkurssin alkua on antanut pantin velasta, jota otettaessa semmoista vakuutta ei ole määrätty». Panttauksen sitovuus tässä tapauksessa on siis riippuva panttauslunnasta eikä traditiosta edellyttäen, että tradeeraus on tapahtunut ennen konkurssia.¹¹¹

Edellä mainittuja, panttausluvannan sitovuutta vastustavia ja sitovuuden puolesta puhuvia näkökohtia toisiinsa verrattaessa täytynee päätyä suositukseen: panttausluvanta velvoittaa asianosaisrelaatiossa luontoissuoritukseen.

Oikeuttaako panttausluvanta myös positiivisen sopimusedun määräiseen vanhinkorvaukseen? Kysymykseen on kaiken edellä lausutun perusteella vastattava myöntävästi.¹¹²

f) Takausluvannan sitovuus. Jos tuleva takaaaja antaa *velkojalle* takausluvannan, siis sitoutuu myöhemmin menemään takaukseen, velvoittaa tällainen sitoumus vallitsevan mielipiteen mukaan luontoissuoritukseen.¹¹³ Niskoitteleva lupaaaja voidaan siis velvoittaa antamaan takaus. Perusteluiksi riittävät edellä a-kohdassa mainitut yleiset näkökohdat. — Po. esisitoumus oikeuttaa myös positiivisen sopimusedun määräiseen vahingonkorvaukseen. Mikään ei näet tässäkään tapauksessa vaadi luopumaan yleisestä periaatteesta, jonka mukaan sopimus, jos se velvoittaa luontoissuoritukseen, yleensä perustaa myös oikeuden positiivisen sopimusedun määräiseen korvaukseen.

Yhtä helppoa kuin on vastata yllä olevaan kysymykseen, melkein yhtä vaikeaa on sanoa, velvoittaako tulevan takaaajan *velalliselle* antama sitoumus luontoissuoritukseen. Vaikeus johtuu siitä, että kysymyksen ratkaisu voidaan suorittaa usean eri »teorian» pohjalta, siis useista eri näkökulmista.

¹⁰⁹ Ks. esim. *Gestrin*, JFT 1940 s. 80.

¹¹⁰ Näin *Taxell*, s. 36. Ks. myös JFT 1940 s. 124 olevaa anonymia lausuntoa.

¹¹¹ Ks. *Taxell*, s. 36, s. 211 ss.

¹¹² Näin JFT 1940 s. 124 oleva anonymi lausunto.

¹¹³ Ks. esim. *Ekström*, Om borgen s. 40; *Hernberg*, Rättshandbok s. 287; *Olsson*, JFT 1952 s. 246; *Ylöstalo*, Takauksesta s. 102.

Hernberg¹¹⁴ esittää ratkaisun riippuvan siitä, katsotaanko takaus sopimukseksi vai sitoumukseksi.¹¹⁵ Jos takaus katsotaan takaaajan ja velkojan väliseksi sopimukseksi, sanotaan velalliselle annetun takauslupauksen olevan peruutettavissa, koska takauslupannan sisältämää »tarjousta» ei toinen sopijapuoli, velkoja, vielä ole »hyväksynyt».¹¹⁶ — Tässä yhteydessä on todettava, että vaikka »lopullisen» takauskirjan velalliselle antaminen tarkoittaa »pääsopimusta», soveltuvat kirjallisuuden lausumat takaaajan mahdollisuudesta peruuttaa tuollainen »pääsopimus» myös esisopimukseen. Jos näet »pääsopimus» on peruutettavissa ennen kuin velkoja on ottanut selon siitä, tokihan samoin tulee olla vähäisemmän »esiasteen», lupauksen mennä myöhemmin takaukseen.

Jos taas takaus katsotaan yksipuoliseksi sitoumukseksi, ts. jos se ei kohdistu velkojaan, silloin ei luonnollisestikaan voida peruuttaa velalliselle annettua takauskirjaa. Sama koskee, »teorian» tasossa liikuttaessa, myös takauslupantaa.

Tarkasteltavaa kysymystä ei voitane ratkaista siten, että »omaksutaan» jompikumpi sanotuista takauksen luonnetta koskevista teorioista ja johdetaan siitä lopputulos loogisesti.¹¹⁸ Tätä havainnollistaa mm. se, että eräät, jotka periaatteessa katsovat takauslupannan sitomattomaksi aina siihen saakka, kunnes velkoja on saanut tiedon takauslupannasta, päätyvät loppujen lopuksi sitovuuteen eräänlaista kiertotietä ja jälleen »teoreettisiin perustein». Velallinen näet katsotaan asiamieheksi, jolla on hallussaan takaaajan peruuttamaton valtakirja.¹¹⁹ — Omalta osaltani pidän tässä kiertotietapauksessakin melko tarkoituksettomana pohdiskelua, onko velallisella po. valtuutus vai ei.¹²⁰ Takauslupannan sitovuus tai sitomattomuus pitää osoittaa *ensi sijassa* reaalisin argumentein eikä »teorian» pohjalta.

Velalliselle annetun takauslupannan sitomattomuuden puolesta on esitetty, että vastakkainen käsitys ei saa tukea positiivisesta oikeudesta

¹¹⁴ Hernberg, Rättshandbok s. 287.

¹¹⁵ Kirjallisuudessamme po. kysymystä on käsitelty melkoisesti; ks. Ylöstalo, Takauksesta s. 97 ss. viitteineen.

¹¹⁶ Ks. OikTL 7 §.

¹¹⁸ Ks. Olsson, JFT 1952 s. 246, missä kielteisen tuloksen perustelemisesta takauksen »sopimusluonteella» lausutaan, että sellainen perustelu ei ole perustelua, vaan ainoastaan tyhjänpäiväistä kehäresonointia (ett tomt cirkelresonemang).

¹¹⁹ Ks. esim. Björling, Festskrift Grotenfelt s. 13; Lassen—Ussing, s. 141, s. 393.

¹²⁰ Ks. Olsson, JFT 1952 s. 247: Vilken ståndpunkt man nu än intar till frågan om borgenslöftets giltighet, synes allt tal om oå. fullm. i sammanhanget vara meningslöst.

ja veisi johtopäätöksiin, jotka ovat epäjohdonmukaisia muiden vakiintuneiden oikeusperiaatteiden kanssa.¹²¹ Tuollainen »ylimalkainen» perustelu on melko arvotonta. Se ei osoita, missä suhteessa myönteinen käsitys ei saa tukea positiivisesta oikeudestamme, eikä sitä, millä tavoin myönteinen käsitys on epäjohdonmukainen vakiintuneiden oikeusperiaatteiden kannalta. — Kielteisen käsityksen tueksi on myös esitetty, että »oikeuselämälle on etua erilaisia tarpeita tyydyttävien sitoumusten selvästä erillään pitämisestä. Sen vuoksi ei jollekulle henkilölle osoitettuun ja tämän etujen taikka tietyn edun tyydyttämiseksi annettuun sitoumukseen ilman erityisiä syitä voida sisällyttää muunlaisia taikka muun henkilön etua vastaavaa velvoitusta. Näistä syistä ja kun toisensisältöistä dispositiivista oikeusohjetta ei ole havaittavissa Suomessa noudatetun», päädytään kielteiseen tulokseen.¹²² Tätäkään perustelua ei voida pitää kovin vakuuttavana. Velalliselle annettu takausluvanta on näet annettu hänen etunsa vuoksi ja varsinkin yksityishenkilöiden välisessä luotonannossa po. sitoumuksella on käytännöllistä merkitystä.

Takausluvannan sitomattomuuden puolesta voidaan ajatella vielä viittaamista takauksen »vaarallisuuteen». Varsinkin silloin, kun takausluvanta annetaan korvauksetta,¹²³ voidaan kielteistä kantaa perustella sillä, että takaaja on suojattava mahdollisimman paljon kevytmielisiltä lupauksilta tms.¹²⁴ Niin merkittävä kuin sanottu näkökohta onkin, rajoittaa sen »arvoa» se, että yhtä hyvinhän velkojalle annettu lupaus myöhemmästä takauksesta kaipaisi vaarallisuutensa vuoksi sanottua »suojaa». Ja kun »suojaa» ei anneta takaajan ja velkojan välisessä suhteessa, ei mikään vaatine sitä antamaan takaajan ja velallisen välisessä suhteessa. Lisäksi voidaan huomauttaa, että tuollaista suojaa ei ole syytä antaa lupauksen sitovuuden kustannuksella. Se voidaan antaa paljon paremmin esim. säätämällä takaus määrämuotoiseksi.¹²⁵

Velalliselle annetun takausluvannan sitovuuden puolesta voidaan viitata edellä a-kohdassa mainittuihin yleisiin näkökohtiin. Käsityk-

¹²¹ Näin *Ekström*, Om borgen s. 40.

¹²² Näin *Ylöstalo*, Takauksesta s. 101.

¹²³ Huomaa *Ylöstalo*, Takauksesta s. 11: »Lukuisissa tapauksissa takausmies sitoutuu vastuuseen toisen velasta omien etujensa edistämiseksi ja takaussitoumuksen antaminen muodostaa renkaan hänen liiketoiminnassaan.»

¹²⁴ Ks. *Olsson*, JFT 1952 s. 247.

¹²⁵ Vrt. Sveitsin OR 493 art., jolla takaus vuonna 1941 säädettiin määrämuotoiseksi mm. siksi, että takaajaa haluttiin suojella kevytmielisiltä takauspäätöksiltä. Ks. lähemmin *Anderegg*, s. 1 ss.

seni mukaan ne painavat enemmän kuin kielteiset. Suositon näin ollen käsitystä, että takauslupanta velvoittaa luontoissuoritukseen asianosaisrelaatiossa.¹²⁶ En myöskään tee eroa siinä suhteessa, onko lupaaaja saanut jotain »korvausta» lupauksestaan vai ei. Sitovuuskysymys on näet sellainen periaatekysymys, ettei korvauksen saaminen tai saamatta jääminen saa vaikuttaa sen ratkeamiseen. Esisitoumuksen antaja voidaan siis aina velvoittaa antamaan takaus, kunhan vain kysymyksessä on todellinen sitoumus eikä ohimennen ja ilman sitoutumistahtoa lausuttu »leikkipuhe».

Velvoittaako po. sitoumus myös positiivisen sopimusedun määrääseen vahingonkorvaukseen? Tähänkin on vastattava myöntävästi.¹²⁷ Ei näet liene olemassa näkökohtia, jotka vaatisivat luopumaan korvauksen myöntämisestä.

g) Vekselinlupannan sitovuus. Kirjallisuudessa vallitsee melkoinen yksimielisyys siitä, että vekselinlupanta velvoittaa luontoissuoritukseen.¹²⁸ Puheena oleva mielipide ilmenee yleensä »epäsuorasti». Esisopimusopin keskeisimpiä kysymyksiä on näet, onko pääsopimuksen muotoa noudatettava esisopimuksessa. Tämän probleemin yhteydessä lausutaan usein, että vekselinlupannan esisopimus velvoittaa luontoissuoritukseen, vaikka esisopimusta ei tehdääkään vekselin muodossa.¹²⁹

Edellä mainittu myönteinen mielipide ei ole niin itsestään selvä, kuin minä se kirjallisuudessa esiintyy. Voidaan näet kysyä, eikö luontoissuoritukseen velvoittaminen ole täysin merkityksetöntä po. tapauksessa. Jos näin on asian laita, silloin lienee tarkoituksetonta sanoa, että esisopimus velvoittaa luontoissuoritukseen.¹³⁰

Ajatelkaamme, että tuomioistuin antaisi tuomion, jolla A velvoitetaan hyväksymään tietty vekseli. Kun tuomio saavuttaa lainvoiman, käy tuomio UL 3: 42:n mukaan vekselin hyväksymisestä. Ajatelkaamme lisäksi, että olisimme pankinjohtajia. Kuka meistä uskaltaisi diskontata vekselin, jossa on asettajan nimi ja jonka hyväksyminen osoitetaan lainvoimaisella tuomiolla.

¹²⁶ Ks. esim. *Anderegg*, s. 29 ss.; *Björling*, *Festskrift Grotenfelt* s. 13 av. 1; *Hernberg*, *Rättshandbok*, s. 287; *Lassen—Ussing*, s. 393; *Olsson*, *JFT* 1952 s. 247; *Ussing*, *Enkelte kontrakter* s. 178 ss. Toisin esim. *Ekström*, *Om borgen* s. 40; *Ylöstalo*, *Takauksesta* s. 101. Vrt. vielä *Björling—Malmström*, s. 164.

¹²⁷ Näin *Ylöstalo*, *Takauksesta* s. 101.

¹²⁸ Ks. esim. *Degenkolb*, *AcP* 1887 s. 76 ss.; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 199; *Lassen*, s. 13; *Oser—Schönenberger*, s. 160; *Thöl*, s. 778 av. 5; *Ussing*, s. 97.

¹²⁹ Esim. *Degenkolb*, *AcP* 1887 s. 67 ss.; *Dernburg*, II: 1 s. 217; *Lassen*, s. 13; *Ussing*, s. 97; *Windscheid*, *PR* II s. 194.

¹³⁰ Ks. *Muukkonen*, s. 129. Ks. myös *Ylöstalo*, *LM* 1958 s. 373.

Esitetyn esimerkin perusteella on todettava, että vekselinlupan luontoissuoritukseen ei liene mahdollisuutta, koska täyttämispakko — reaalisesti katsoen — on merkityksetön kenties tärkeimmässä suhteessa: mahdollisuudessa saada vekseli diskontatuksi. Sitä vastoin mikään ei voine estää myöntämästä toisen vekselinluvantaan luottaneelle positiivisen sopimusedun määräistä vahingonkorvausta. Vahingonkorvaus on tällöin luontoissuorituksen välttämätön korvike (surrogaatti).

h) Velaksiantolupauksen sitovuus. Velaksiantolupauksen sitovuuskysymyksessä on reaaliosopimuksen »luonteella» ollut hämmästyttävän vähän merkitystä. Sitovuuskysymyksen ratkaisu on johdettu kauan reaalisista argumenteista kulkematta reaaliosopimuksen »luonteen» kehässä. Niinpä *Calonius*¹³¹ lausuu velaksiantolupauksen sitovuudesta: »Tässä yhteydessä on tapana asettaa kysymys, tokko ja missä määrin sopimus velaksiantamisesta velvoittaa velaksiantajaa tai velaksiottajaa. Lainoppineet ovat tässä kohden eri mieltä. Mutta vaikka roomalaisen oikeuden mukaan ei voida kieltää, että velaksiantajalle, niin kauan kuin esineen hallintaa ei ole siirretty, on annettu tilaisuus harkitsemaan, haluaako hän pysyä sopimuksessa vai ei, ja ettei minikäänlainen kanne velaksiantajaa vastaan voinut tulla kysymykseen, ellei ensin ollut tehty stipulatiovitoumusta velaksiantamisesta; ja ettei myöskään velaksiottaja, vaikkapa hän olisi antanut pantinkin, ollut velvollinen ottamaan vastaan velkaa, ellei hän sitä enää tarvinnut, niin kuitenkin, koska meidän oikeutemme ei tunne stipulatiomenettelyn hienoutta eikä meidän kansamme vilpittömyyteen ja suoruuteen myöskään sovellu kieltää tarvitsevalta kerran luvattua velkaa, en epäile, että sopimus velaksiantamisesta pätevästi velvoittaa velaksiantajaa luovuttamaan esineen hallinnan. Samoin minusta näyttää ilmeiseltä, että velaksiottaja, jos on tehty välipuhe korollisesta velasta, voidaan kerta kaikkiaan velvoittaa joko ottamaan se vastaan tahi ainakin maksamaan korot määrääjältä, kunnes velaksiantaja on voinut sopivasti sijoittaa rahansa muualle korkoa kasvamaan. Mutta jos velka on luvattu korottomana, niin silloin en näe olevan mitään syytä, minkä vuoksi velaksiottaja pakotettaisiin ottamaan se vastaan, koska velaksiantajalla ei ole mitään väliä, ottaako velaksiottaja velan vai ei.»

Noin 100 vuotta *Caloniuksen* esitystä myöhemmin *Chydenius*¹³²

¹³¹ *Calonius*, s. 301 ss.

¹³² *Chydenius*, JFT 1892—93 s. 50 ss.; sama, KR I s. 205 ss.

paneutui kysymykseen.¹³³ — Chydenius johtaa velaksiantolupauksen sitovuuden sopimusvapaudesta, joka sallii sopimustyyppien vapaan muotoilun. Hän tarkastelee erikseen velanantajan ja velansaajan lupauksen sitovuutta. Velanantaja voi, ainakin periaatteessa, vaatia velansaajaa ottamaan vastaan suorituksen kohteen. Tätä Chydenius pitää kuitenkin »tarpeettomana», koska velanantaja voi vaatia suoraan korkoerotuksen määräistä vahingonkorvausta.¹³⁴ Velanottajakin voi Chydeniuksen mielestä vaatia luontoissuoritusta, siis luvattua velkaa itselleen. Jos velanottaja ei halua tehdä näin, hän voi lainata rahat muualta ja vaatia korkoerotusta velanlupaajalta. Luonnollisestikaan velanottaja ei voi maksaa kolmannelle henkilölle kuinka korkeaa korkoa tahansa ja sitten vaatia korkoerotusta. Chydenius mainitsee vielä, että velaksiantaja on velvollinen korvaamaan senkin vahingon, jota po. korkoerotus ei kata. Edellytyksenä on, että hän on tiennyt tai hänen olisi pitänyt tietää vahinkoa aiheutuneen.

Voidaanko sitten velan antaja tai ottaja velvoittaa luontoissuoritukseen? Luontoissuoritusvelvollisuuden puolesta, onpa kysymys kummasta sopijapuolesta tahansa, voidaan viitata edellä a-kohdassa mainittuihin yleisiin näkökohtiin. Luontoissuoritusvelvollisuutta vastaan puhuu velaksiannon reaaliosopimusluonne, näkökohta, jolle ei ole annettu eikä voida antaa suurta merkitystä.¹³⁵ Velanantajan lupauksen velvoittamattomuuden tueksi voidaan myös esittää, että hänellä tulee kohtuuden nimessä olla oikeus harkita velallisen maksukykyä aina velanantoon saakka. Jos hän tuona »harkinta-aikana» saa selville, ettei velalliselle uskalla antaa velkaa, tulisi hänellä olla oikeus vetäytyä sitoumuksestaan.¹³⁶ Velanottajan velvoittaminen luontoissuoritukseen taas sotii luontaista ajattelua vastaan. Voidaan näet sanoa, että velanantajalla tuskin koskaan on reaalista tarvetta »pakottaa» velanottaja otta-

¹³³ Ruotsissa *Ask* julkaisi vuonna 1882 väitöskirjan, joka on Pohjoismaiden laajin esitys po. kysymyksestä. Ks. erit. *Ask*, Om kreditaftal s. 12, missä on kat-saus vanhimpaan kirjallisuuteen.

¹³⁴ Ks. *Chydenius*, JFT 1892—93 s. 53 ss. ja *sama*, KR I s. 206, missä esitetään ohjeita po. korvauksen laskemisesta.

¹³⁵ »Vanhan» Unkarin oikeuskäytäntöön vaikutti po. näkökohta niin paljon, että velaksiantolupaus velvoitti ainoastaan vahingonkorvaukseen. Tuota oikeuskäytännön reaalikontrahdin luonteeseen vetoamista *Almási* kutsuu muinaisaikaiseksi piirteeksi (II s. 195: ein etwas archaischer Zug). — Myöskään se, onko velka luvattu korottomana vai korollisena, ei voine vaikuttaa asiaan. Toisin *Björling—Malmström*, s. 149; *Calonius*, s. 302.

¹³⁶ Ks. *Björling—Malmström*, s. 149.

maan vastaan velankohde.¹³⁷ — Punnittaessa edellä mainittuja myönteisiä ja kielteisiä näkökohtia keskenään päädyn suositukseen, jonka mukaan velanantaja voidaan velvoittaa luontoissuoritukseen. Sitä vastoin velanottajalla ei voida katsoa olevan velvollisuutta luontoissuoritukseen, varojen vastaanottamiseen. Velanantaja voi näet nykyisin yhtä helposti sijoittaa varat muualle kuin velanottajan huostaan.¹³⁸

Molemmat sopijapuolet, siis sekä velanantaja että -ottaja, lienevät velanantolupauksensa perusteella velvolliset korvaamaan toiselle sopijapuolelle positiivisen sopimusedun yleisten sopimusperiaatteiden mukaan. Käytännössä korvausvelvollisuus yleensä merkitsee luvattun kohtuullisen koron¹³⁹ ja pääomankin säilymisen huomioon ottavan edullisimman pankkikoron erotuksen suorittamisvelvollisuutta; mutta kuten jo sanottiin, muukin vahinko on korvattava.¹⁴⁰

i) Vuokrasopimusten esisopimuksen sitovuus. Tässä tutkimuksessa on esimerkeiksi otettu MVL:n ja HVL:n alaiset vuokrasopimukset.¹⁴¹ Velvoittavatko näiden sopimusten esisopimukset luontoissuoritukseen ja positiivisen sopimusedun määräiseen vahingonkorvaukseen? Kysymykseen täytyy vastata myöntävästi edellä a-kohdassa mainittujen näkökohtien perusteella.¹⁴²

¹³⁷ Ks. esim. *Chydenius*, KR I s. 205.

¹³⁸ Ks. *Chydenius*, KR I s. 205. Vrt. *Ask*, Kreditaftal s. 54 ss.; *Calonius*, s. 301 ss.; *Björling—Malmström*, s. 149, missä korottoman velan lupaamista pidetään sitomattomana, mutta korollisen sitovana; *Hakulinen*, Velkakirjalaki s. 40 ss., missä lausutaan mm.: »Konsensuaaliset kirjalliset sopimukset velaksiannosta — nämä eroavat esisopimuksesta sikäli, että ne perustavat velalliselle välittömän oikeuden lainamäärän saamiseen eivätkä ainoastaan oikeuta vahingonkorvaukseen siinä tapauksessa, että lopullinen velaksiantosopimus jää syntymättä —»; *Hernberg*, Rätts-handbok s. 211; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 199: »Joka siis on luvannut antaa toiselle rahaa velaksi eikä täytäkään lupaustaan, ja pankkikorko on sillä välin noussut, voi hän joutua sopimuspuolelleen maksamaan korvauksena korkoerotuksen.» — Ks. kysymyksestä vielä esim. *Ussing*, Enkelte kontrakter s. 54: et Løfte om at Laan bliver i dansk Ret bindende efter almindelige Løfteregler; Saksan BGB 610 §:ssä on velaksiantolupauksen sitovuudesta legaalinormi.

¹³⁹ Arg. VelkakirjaL 8 §, OikTL 31 § ja RL 38: 10.

¹⁴⁰ Vrt. tässä yhteydessä kysymystä viivästyneen rahavelallisen vahingonkorvausvelvollisuudesta. Ks. siitä esim. *Vihma*, Suorituksen mahdottomuus s. 174 ss. viitteineen.

¹⁴¹ Ks. edellä 3 §:n h-kohta.

¹⁴² Ks. *Kivimäki*, s. 79. Vrt. *Haataja*, Käsité s. 66, missä MVL:n näkökulmasta lausutaan: »Tällaiset sopimukset, pacta de contrahendo, ovat yleensä katsottu velvoittaviksi ja on niiden myös katsottu oikeuttavan vaatimaan pääsopimuksen tekoa ja poikkeustapauksissa vahingonkorvausta. Suomalainen oikeudenkäyttö on katso-

D. Yhteenveto. Vastaus kysymykseen, sitooko esisopimus asianosaisrelaatiossa, sopijapuolten välillä, ei ole »yksiselitteinen». Edellä esitetystä on ilmennyt, että kysymykseen on vastattava toisinaan myönteisesti, toisinaan taas kielteisesti. Yleistä kyllä on, että esisopimus sitoo. Poikkeuksia on kuitenkin olemassa niin paljon, että kysymykseen voidaan vastata vain kussakin yksityistapauksessa erikseen.¹⁴³

Yksityistapausten tarkastelu viittaa erääseen teoreettisesti mielenkiintoiseen seikkaan. Esisopimusten sitovuuden puolesta ja sitä vastaan on voitu esittää kaikkiin yksityistapauksiin soveltuvia yleisiä näkökohtia. Niillä ei kuitenkaan aina ole ollut ratkaisevaa merkitystä, vaan ratkaisevia ovat saattaneet olla yksityistapauksiin liittyvät erikoisnäkökohdat. Ne taas johtuvat osaksi esisopimuksesta itsestään, osaksi kunkin esisopimuksen pääsopimuksesta. Tämä tukee aikaisemmin esitettyä oletusta,¹⁴⁴ että esisopimus ei kenties ole muuta kuin yhteinen nimi joukolle erilaisia oikeustosasioita. Yhteistä niille on se, että esisopimuksella koetetaan luoda velvoittava pääsopimuksen »tausta». Voidaan myös sanoa, että esisopimus on ajattelutapa, abstraktiokaava, jolla tietynkaltaista kokonaisuutta voidaan hahmottaa ja tutkia.

nut, että tällaiset vuokrasopimuksen tekoa koskevat sopimukset eivät oikeuta lopullisen vuokrasopimuksen tekoa vaatimaan. Sen sijaan on tällaisen lupauksen katsottu erikoistapauksissa oikeuttavan korvauksen saamiseen.» Haataja viittaa niin vanhoihin oikeustapauksiin, että niille ei voida MVL:nkaan kannalta antaa merkitystä. Ne eivät siis kuvasta oikeuskäytäntöämme »kantaa».

¹⁴³ Mainittakoon vielä, että esim. lupaus tehdä testamentti ei sido. PK 16: 6:ssa näet säädetään: »Lupaus olla peruuttamatta testamentti ei ole sitova». Tästä voidaan päätellä, että lupaus tehdä testamentti ei velvoita luontoissuoritukseen tai positiivisen sopimusedun määräiseen vahingonkorvaukseen. — Huomaa myös *AsOYLEhd* 6 a §.

¹⁴⁴ Ks. edellä 4 §:n G-kohdassa lausuttua.

6 §. SITOVUUDEN EDELLYTYKSET

1. YLEISTÄ

Esisopimuksen sisältönä on ennakkomääritelmän mukaan pääsopimuksen tekeminen (*contrahere*). Tämä on kuitenkin vain *ensisijainen* päämäärä. Jos näet joku tekee pääsopimuksen tai velvoitetaan se tekemään, merkitsee se samalla pääsopimuksen tarkoituksen toteuttamista. Näin ollen, yksinomaan loogisuuden perusteella,¹ voidaan todeta, että esisopimuksen *toissijaisena* päämääränä on pääsopimuksen tarkoituksen toteuttaminen.² Saattaapa esisopimus tietyin edellytyksin oikeuttaa jopa pääsopimuksen suorituskohteeseenkin, niinkuin jäljempänä lausutusta ilmenee.^{2a}

Esisopimus on sopimus. Tämän vuoksi sen sitovuus määräytyy mm. sopimuksen pätevyyttä koskevien yleisten periaatteiden mukaan.³ Esisopimukseen voidaan siis soveltaa OikTL 3. luvun pätemättömyyttä koskevia normeja. Esisopimus voi olla pätemätön habilitteettivirheen, kompetenssivirheen tms. vuoksi. Myös esisopimuksen sisällön sallittavuus tai kiellettyvyys määräytyy pääsopimuksen sisältöä koskevien yleisten periaatteiden mukaan.⁴

Esisopimuksen toissijainen päämäärä taas vaikuttaa ratkaisevasti useihin pätevyiden erityisedellytyksiin. Niinpä esimerkiksi silloin, kun *kiinteistökauppaan* vaaditaan aviopuolison, holhousviranomaisen, yhtiökokouksen tai muun sellaisen suostumus (tai hyväksyminen),

¹ Lausuttuun ei siis päädytä esisopimuksen »luonteen» perusteella, sen perusteella, että esisopimus olisi esim. ns. riippuvaisuusperiaatteelle rakentuva sopimus (ks. Roth, s. 207 ss. viitteineen), itsenäinen sopimus (esim. Hernberg, DL 1925 s. 359; sama, Yleissiviliioikeus s. 225; Reuterskiöld, s. 51), todellinen olosuhde (Thöl, s. 777 av. 4) tms.

² Ks. esim. Caselius, Irroittamisoikeudet s. 66; Nordling, s. 220; Schneider, s. 38.

^{2a} Ks. jäljempänä 7 §:n 2-B-kohta.

³ Ussing, s. 97; Forkontrakter ... er forpligtende under saedvanlige Betingelser. Ks. vielä erit. Roth, s. 295 ss. viitteineen.

⁴ Ks. Tobias, s. 24.

sanotun täytyy koskea myös esisopimusta.⁵ Ellei tuollaisia pääsopimuksen pätevyys erityisiä edellytyksiä yleensä vaadita myös esisopimukselta, ne menettäisivät kaiken merkityksensä. Voitaisiinkin silloin ilman niitä päästä pääsopimuksen tarkoitukseen.

Tässä tutkimuksessa ei voida tarkastella sitovuuden edellytyksiä yleensä. Asian luonne vaatii keskittymään vain sellaisiin kysymyksiin, jotka ovat erittäin tärkeitä ja keskeisiä esisopimusopissa.⁶ Sellaisia ovat esisopimuksen muotoa ja sisältöä koskevat kysymykset.

2. ESISOPIMUKSEN MUOTO

A. Kysymyksen asettelu. Esisopimusopin keskeisimpiä kysymyksiä on kysymys esisopimuksen muodosta. Kysymys asetetaan yleensä (eksplisiittisesti tai implisiittisesti) muotoon: onko esisopimus tehtävä samassa muodossa kuin pääsopimus?⁷ Näin asetettu kysymys on »luonteeltaan» muotosäännösten asiallista (materiaalista) soveltamisalaa koskeva kysymys.⁸ Probleemina on siis sen selvittäminen, mihin oikeustoimittyyppeihin tai -lajeihin muotosäännöstä on sovellettava.

Kysymys esisopimuksen muodosta ei aina koske pääsopimuksen muotomääräyksen soveltamisalaa. Esisopimuksen muodosta voi näet olla olemassa omia normeja.

Meillä ei ole yleissäännöksiä esisopimuksen muodosta, niin kuin on Sveitsissä. Sveitsin OR 22 artiklassa säädetään, että milloin laki määrittää tietyn muodon sopimuspuolten suojaksi, jotta sopimus olisi pätevä, muotomääräys koskee esisopimustakin.⁹ Vastaavanlaista normia nouda-

⁵ Näin Hakulinen, Luovutus s. 115 av. 6. Ks. myös Caselius, Irroittamisoikeudet s. 70 ss., missä lausutaan mm.: »Määräalan luovutussopimuksen aineelliset edellytykset ovat samat kuin kiinteistön luovutuksessakin. Näin on esisopimuksenkin laita»; sama, DL 1955 II s. 50; Windscheid, PR II s. 194. Huomaa myös KKO 1920 t. 192.

⁶ Vrt. sitä vastoin Roth, s. 35 ss.

⁷ Ks. esim. Caselius, Irroittamisoikeudet s. 67; Hakulinen, Luovutus s. 115; sama, Velvoiteoikeus I s. 113; Hernberg, s. 231; Kivimäki—Ylöstalo, s. 200.

⁸ Ks. erottelusta muotomääräysten asialliseen ja muodolliseen soveltamisalaan Muukkonen, s. 59 ss. viitteineen. Ks. lisäksi Ylöstalo, LM 1958 s. 369, missä erottelu katsotaan tarkoituksenmukaiseksi, joskin po. nimeä pidetään »raskaana».

⁹ OR 22 artiklaa sovelletaan ainoastaan varsinaisiin, mutta ei epävarsinaisiin muotosäännöksiin. Näin Oser—Schönenberger, s. 161. Ks. lainkohdan tulkinnasta yleensä esim. Becker, s. 115 ss.; Roth, s. 346 ss.; Schneider, s. 37 ss.

tetaan *Itävallan* oikeuskäytännössä erittäin johdonmukaisesti.¹⁰ Vaikka meillä ei ole yleissäännöksiä, meillä on *LahjaL* 1 §:ssä lahjanlupauksen muotoa koskeva määräys. On myös mahdollista, että sopijapuolet päättävät tehdä esisopimuksen tietyissä muodossa, vaikka pääsopimus on vapaamuotoinen.¹¹ Tällöinkään ei tarkastella pääsopimuksen muotomääräyksen soveltamisalaa.

Edellä lausutun perusteella kysytään seuraavassa, missä muodossa esisopimus on tehtävä, eikä siis, onko esisopimukseen sovellettava pääsopimuksen muotomääräystä.¹²

B. Kirjallisuuskatsaus. Kirjallisuudessa esitetyt mielipiteet voidaan karkeasti mitaten jakaa neljään ryhmään. Eräiden mielestä pääsopimuksen muotosäännöksiä on sovellettava esisopimukseen.¹³ Toiset katsovat, että pääsopimuksen muotomääräys ei ulotu esisopimukseen.¹⁴ Kolmas, niin sanoakseni sveitsiläis-itävaltalainen käsitys, esittää, että esisopimukseen on sovellettava pääsopimuksen muotomääräystä silloin,

¹⁰ Ks. *Ehrenzweig*, II: 1 s. 142; *Klang—Gschützner*, s. 579 ss.

Mikäli suunnitelma *Saksan* BGB:n muotomääräysten uusimisesta joskus toteutuu, saanee Saksakin esisopimuksen muotoa koskevan yleisnormin. *Heldrichin* lakiluonnoksen 5 § 3 mom:ssa näet määrätään: Pääsopimuksen muoto koskee myös esisopimuksia, mikäli muotomääräyksen tarkoituksesta ei muuta johdu. Ks. *Heldrich*, AcP 1941 s. 127 ss.

¹¹ Huomaa *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 200. Ks. mahdollisuudesta sopia muotosäännöksistä *Muukkonen*, s. 158 ss. viitteineen.

¹² Kysymyksen asettelu osoittaa, että muotoprobleemia ei tarkastella ainoastaan esisopimuksen sitovuuden edellytyksenä, niinkuin tämän §:n nimi vaatisi. Kysymyksen käytännöllinen merkittävyys sallinee tällaisen »järjestelmästä» poikkeamisen.

¹³ Näin mm. *Ekström*, s. 559 (»i regel»); *Kaila*, Luennot s. 190; *Windscheid*, PR II s. 194 (eräin varauksin). Ks. lisäksi *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 113; *sama*, Luovutus s. 115. Tällä kannalla oli aluksi *Hernberg*, DL 1925, s. 368, mutta hän muutti käsityksensä, ks. seuraava av.; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 200: »Milloin jokin sopimus kuten kiinteistökauppa on lain määräyksen johdosta tehtävä määrämudossa (MK 1: 2), on esi- l. ns. myyntisopimus (försäljningsavtal), ollakseen sitova, tehtävä samassa muodossa.»

¹⁴ Näin mm. *Almási*, II s. 173; *Hernberg*, s. 231; *Reuterskiöld*, s. 49 ss. Tällä kannalla lienee myös *Rautiala*. Hän näet lausuu: »Jos kaksi henkilöä on päättänyt tehdä vastaisuudessa sopimuksen, on syntynyt esisopimus, joka yleensä sitoo. Käytännössä on kuitenkin katsottu, että kiinteistönkaupan esisopimus ei sido, ellei sitä ole tehty kiinteistönkaupan tekemisestä säädettyssä muodossa» (Peruskurssi s. 20). Kun *Rautiala* korostaa, että po. kanta on käytännön kanta, ja kun hän itse vaatii muotomääräysten suppeaa tulkintaa (*Rautiala*, Holhousioikeus s. 231; *sama*, LM 1955 s. 557, s. 629 ja DL 1957 II s. 53), voitaneen *Rautiala* lukea vapaamuotoisuuden kannattajiin.

kun se on annettu sopimuspuolten suojaksi.¹⁵ Neljäs, varsinkin Pohjoismaissa yleinen käsitys sanoo, että kysymys esisopimuksen muodosta on ratkaistava kussakin yksityistapauksessa erikseen.¹⁶

Seuraavassa tarkastellaan hieman kutakin käsitystä erikseen. Siten saadaan näet esiin argumentteja, joilla on ratkaiseva merkitys myöhemässä yksityistapausten tarkastelussa. Mielipiteiden »pohdiskeleva» käsittely on paikallaan myös siitä syystä, että kaksi esitetyistä neljästä käsityksestä voidaan tälläkin tavoin osoittaa oikeutemme soveltu-mattomiksi.

a) Pääsopimuksen muotosäännöstä on sovellettava esisopimukseen. Käsitys perustuu lähinnä yhteen argumenttiin. — Esisopimuksen tois-sijaisena päämääränä on pääsopimuksen tarkoituksen toteuttaminen, niinkuin edellä mainittiin.¹⁷ Korostamalla tätä voidaan väittää, että ellei pääsopimuksen muotomääräystä sovelleta esisopimukseen, menet-tävät muotomääräykset tyystin merkityksensä. Voitaisiinkin näet vapaamuotoisella sopimuksella päästä pääsopimuksen tarkoitukseen.¹⁸

Edellä mainitun argumentin arvoa ei käy väheksyminen. Tästä huolimatta voidaan epäillä, tokko meidän oikeutemme lainsäännöksen puuttuessa sisältää sellaisen »suuren» periaatteen, josta ei olisi poik-keuksia. Kuinka oikea kuvatonlainen asennoituminen on, ilmenee jäljempänä yksityisiä tapauksia tarkasteltaessa.

b) Pääsopimuksen muotosäännös ei ulotu esisopimukseen. Lähtö-kohtana on, että esisopimus on täysin itsenäinen sopimus.¹⁹ Tätä *Adlerin* esittämää »klassillista» pääsopimuksen ja esisopimuksen

¹⁵ Näin esim. *Degenkolb*, AcP 1887 s. 34 ss.; *Dernburg*, II: 1 s. 217; *Kohler*, I s. 554; *Larenz*, I s. 54; *Staudingers Kommentar*, I s. 867.

¹⁶ Näin mm. *Almén*, Om auktion II s. 297; *Caselius*, Irroittamisoikeudet s. 67; *Kivimäki*, s. 78 ss. (vrt. *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 200); *Lassen*, s. 13; *Muukkonen*, s. 226 av. 25; *Stang*, s. 268 av. 3; *Ussing*, s. 97, s. 112. Näin myös *Vihma*, Sopimus-sakko, s. 174, vaikka hän DL 1951 s. 210 esittää, että esisopimukseen olisi aina sovel-lettava pääsopimuksen muotomääräyksiä. — Toisaalta esim. *Caselius*, Irroittamis-oikeudet s. 67 ja *Ussing*, s. 112 korostavat voimakkaasti, että yksityistapauksia rat-kaistaessa on muotomääräyksen tarkoituksella tärkeä merkitys. Vrt. jäljempänä av. 27 kohdalla lausuttua.

¹⁷ Ks. edellä av. 2 kohdalla lausuttua.

¹⁸ Tähän viittaavat omien käsitystensä perusteluina mm. *Almén*, Om auktion II s. 297 ss.; *Caselius*, Irroittamisoikeudet s. 67 ss.; *Hakulinen*, Luovutus s. 115; *Hernberg*, DL 1925 s. 368; *Larenz*, I s. 54; *Schneider*, s. 38; *Vihma*, Sopimussakko s. 174 ss.

¹⁹ *Reuterskiöld*, s. 51: Förhandsaftalet är ett fullt själfständigt och i sig perfekt aftal: förhandsaftal alltså = ett visst slag af aftal. Ks. myös *Hernberg*, s. 231.

»riippumattomuusperiaatetta»²⁰ on korostettu voimakkaasti. Esisopimuksen »luonteesta» ajatus siirtyy sitten muotosäännösten tulkinnan periaatteisiin. Lausutaan, että koska muotomääräyksiä on tulkittava suppeasti, ei pääsopimuksen muotomääräystä voida soveltaa itsenäiseen esisopimukseen.²¹ Voidaanpa vielä esittää, kuten *Hernberg*,²² että esisopimus rakentuu *clausula rebus sic stantibus* -periaatteelle. Tämän vuoksi esisopimus ei voi velvoittaa luotoissuoritukseen, vaan ainoastaan negatiivisen sopimusedun korvaamiseen. »Tällainen tavallaan lievä oikeuspakko ei kysy sitä oikeusturvaa, joka muotomääräyksellä pyritään toteuttamaan. Näyttää sen vuoksi otaksuttavalta, ettei ennakkosopimus ole muodosta riippuva siinäkään tapauksessa, että pääsopimus on määrämuodon alainen.»

Kaikki po. mielipiteen tueksi esitetyt näkökohdat on helppo osoittaa suorastaan virheellisiksi. Esisopimuksen itsenäisyyden liiallinen korostaminen ei ole paikallaan. Tällöin näet unohdetaan esisopimuksen toissijainen päämäärä: pääsopimuksen tarkoittaman oikeussuhteen aikaansaaminen. Ja tähän vaikuttaa aivan ratkaisevasti muotokysymykseen, niinkuin edellä on lausuttu. Myöskään väite, että muotosäännöksiä on tulkittava ehdottoman suppeasti, ei pidä paikkaansa.²³ Ja *Hernbergin* ajatus esisopimuksen velvoittamattomuudesta luotoissuoritukseen ja »oppi tällaisesta tavallaan lievästä oikeuspakosta» on edellä osoitettu virheelliseksi.²⁴ Näin ollen on todettava, että mikään ei puhu tarkastelun alaisen mielipiteen puolesta.

c) Sveitsiläis-itävaltalainen käsitys. Tämä mielipide, joka saa nimensä Sveitsin OR 22 artiklasta ja Itävallan oikeuskäytännön noudattamasta normista, pitää ratkaisevana sitä, onko muotomääräys sopimuspuolten suojana vai ei. Muotomääräyksen tarkoituksille (funktioille) on siis annettu ratkaiseva merkitys. Tässä onkin po. käsityksen heik-

²⁰ Ks. *Adler*, IhJ 1892 s. 211 ss. Po. käsityksen »klassillisuutta» korostaa *Roth*, s. 61, s. 90.

²¹ Näin *Reuterskiöld*, s. 49 ss.

²² *Hernberg*, s. 231.

²³ Ks. *Mukkonen* s. 222 ss. viitteineen. Korostettakoon, että oikeuskäytäntömme ei noudata ehdotonta suppean tulkinnan vaatimusta.

²⁴ Ks. edellä 5 §:ssä lausuttua, erit. 5 §:n B-kohdassa olevaa *Hernbergin* mielipiteen arvostelua. — Syytä lienee korostaa, että *clausula rebus sic stantibus*-periaate ja muotoprobleemi eivät kytkeydy sillä tavoin toisiinsa kuin *Hernberg* luulee. Vaikka näet esisopimus rakentuisikin mainitulle periaatteelle, voidaan esisopimukselta silti vaatia määrämuotoisuutta. Ks. esim. *Ehrenzweig*, II: 1 s. 142; *Klang-Gschnitzer*, s. 579 ss.

kous.²⁵ Muotomääräysten funktiot on näet jaettava *objektiivisiin* eli sosiaalisiin ja *subjektiivisiin* eli muotomääräyksen antajan tarkoitukseen.²⁶ Edellisillä tarkoitetaan niitä vaikutuksia, jotka muotomääräyksen antamisella aina on. Ne toteutuvat täysin riippumatta muotosäännöksen antajan toiveista eli subjektiivisista funktioista. Siis vaikka lainsäätäjää muotomääräystä asetettaessaan olisi tarkoittanut suojata sopijapuolia, toteutuvat myös muotomääräyksen muut objektiiviset funktiot. Niihin ei kenties kuulukaan tuollainen sopijapuolten suojaaminen. Ja vaikka lainsäätäjää ei olisi tarkoittanut muotomääräystä sopijapuolten suojaksi, voi se objektiivisesti katsoen merkitä sitä. Lisäksi voidaan joskus todeta, että tuskinpa edes lainsäätäjää itsekään on tiennyt, mitä muotomääräyksellä on tarkoitettu.²⁷ Funktio-oppia rasittaa kuvatonlainen epätarkkuus ja epämääräisyys. Muotomääräysten tarkoitukselle ei siis meillä voida antaa ratkaisevaa merkitystä kysyttäessä, soveltuuko pääsopimuksen muotosäännös myös esisopimukseen.²⁸ Enintään voidaan sanoa, että muotomääräysten tarkoitukset ovat oikeutemme mukaan tulkinnallisia näkökohtia muiden näkökohtien joukossa. Niiden »argumenttiarvo» on punnittava kunkin muotomääräyksen kohdalla erikseen.²⁹

d) Ratkaisu on tehtävä kussakin tapauksessa erikseen. Käsitys, että pääsopimuksen muotomääräys ei ulotu esisopimukseen, ei, kuten edellä olevasta käy ilmi, sovellu oikeuteemme. Ei myöskään sveitsiläis-itävaltalaisista mielipidettä voida hyväksyä. Kun lisäksi on esitetty arveluja, että pääsopimuksen muotomääräyksen soveltuminen esisopimukseen ei aina pidä paikkaansa, tuntuu nyt kysymyksessä oleva mielipide oikealta. »Teoreettisestikin» se on katsottava pätevimmäksi. Jos näet ratkaisu tehdään kussakin yksityistapauksessa erikseen, silloin ei ainakaan päädytä virheellisiin yleistyksiin. Lisäksi tämä kanta sallii kaikkien asiaan vaikuttavien näkökohtien huomioon ottamisen.

»Kamariviisas pohdiskelu» viittaa siis siihen, että kysymys esisopimuksen muodosta on ratkaistava *in casu*. Väite on kuitenkin vielä todennettava tarkastelemalla yksityistapauksia.

²⁵ Ks. funktio-opista ja sen merkityksestä yleensä *Muukkonen*, s. 201 ss. viitteineen.

²⁶ Ks. *Muukkonen*, s. 203.

²⁷ Ks. esim. *Ekström*, *Om borgen* s. 33.

²⁸ Ks. *Adler*, *IhJ* 1892 s. 233.

²⁹ Ks. *Muukkonen*, s. 206.

C. Yksitystapausten tarkastelu.

Avioliiton esisopimus eli kihlaus, on oikeutemme mukaan vapaa-muotoinen.³⁰ Tämä käy ilmi melko selvästi AL 6 §:stä, sillä siinä sanotaan vain, että »mies ja nainen, jotka ovat sopineet avioliittoon menemisestä, ovat kihlautuneet». Kihlauksen ei siis tarvitse noudattaa pääsopimuksen eli vihkimisen muotomääräystä, AL 25 §:ää. Korostettakoon, että kihlaus ei oikeutemme mukaan sido, siis velvoita luontois-suoritukseen tai positiivisen sopimusedun määrääseen vahingonkorvaukseen.³¹ Näin ollen muotomääräys ei voisi ollakaan kihlauksen pätevyyden ehtona, mutta kyllä joidenkin muiden oikeusvaikutusten edellytyksenä.

Irtaimen kaupan kuuluvan *asunto-osakkeiden kaupan esisopimus* on myös vapaamuotoinen. Kun näet itse pääsopimus on vapaamuotoinen³² eikä esisopimuksen muodosta ole mitään säädetty, on vapaamuotoisuus enemmän kuin luonnollista.³³ Se on ainoa perusteltavissa oleva mahdollisuus.

Kiinteistönkaupan esisopimus on vakiintuneen käsityksen mukaan ollakseen pätevä tehtävä MK 1: 2 muodossa.³⁴ Tällä kannalla on myös oikeuskäytäntömme.³⁵ Ellei näet muotomääräystä noudatettaisi, menet-

³⁰ Esim. Huttunen, s. 32: »Kihlaus on AL:n mukaan vapaamuotoinen sopimus. Sormusten vaihtaminen tai kihlauksen julkaiseminen tms. muodollisuus ei siis ole välttämätöntä». Ks. lisäksi mm. G. Palmgren, Siviilioikeus I s. 38; Rautiala, Avioliitto-oikeus s. 20; Vihma, LM 1948 s. 30.

³¹ Ks. edellä 5 §:n C-b-kohdassa lausuttua.

³² Ks. esim. Heikonen—Aaltonen, Irtaimen kauppa, Vammala 1958, s. 23; Palmgren—Olsson, s. 119; Wrede—Caselius, I s. 241. — Kaupan muotoon ei kuulu leimaverolain edellyttämän erillisen kirjallisen laskelman laatiminen. Ks. Muukkonen, s. 20. Vrt. kuitenkin Palmgren—Olsson, s. 119.

³³ Godenhielm, JFT 1958 s. 227: Då huvudavtalet är formfritt, är det också utan vidare klart att föravtalet kan ingås formfritt. Ks. myös Adler, IhJ 1892 s. 231.

³⁴ Näin esim. Caselius, Irroittamisoikeudet s. 67 ss.; sama, DL 1955 II s. 50; Chydenius, KR I s. 29; Godenhielm, JFT 1958 s. 228 ss.; Hakulinen, Luovutus s. 115 ss.; sama, Velvoiteoikeus I s. 113; Kivimäki—Ylöstalo, s. 200; Rautiala, Peruskurssi s. 20; Vihma, Sopimussakko s. 174; Zitting, LM 1956 s. 560. — Vrt. edellä B-a- ja b-kohdissa lausuttua. — Ks. vielä Almén, Om auktion II s. 297, s. 315; Schneider, s. 37 ss.

³⁵ Esim. KKO 1956 II 38: Koskei kiinteistönkauppaa koskevaa esisopimusta ollut tehty MK 1 luv. 2 §:ssä säädetyn muodon, ei kiinteistön myymään lupautuneella ollut oikeutta saada ostamaan sitoutuneelta korvausta siitä, että hän oli luovuttanut kiinteistön kolmannelle esisopimuksessa sovittua hintaa alemmasta kauppahinnasta; 1955 II 21: Kiinteistönkauppaa tarkoittava esisopimus siihen liittyvine ennakkomaksuehtoineen katsottu velvoittamattomaksi, koska esisopimusta ei ollut tehty MK

täisi MK 1:2 merkityksensä. Voitaisiinhan silloin vapaamuotoisella sopimuksella päästä pääsopimuksen tarkoitukseen. Sanottu koskee sekä molemminpuolisesti velvoittavaa esisopimusta että osto- tai myyntisitoumusta.³⁶

LahjaL:n soveltamisalaan kuuluva *lahjanlupaus* on tehtävä LahjaL 1 §:n säättämässä kirjallisessa muodossa ollakseen sitova sopijapuolten välillä. Lahjakirja on myös luovutettava lahjansaajalle. Muotomääräystä ei tarvitse soveltaa silloin, kun lahjanlupaus on »tarkoitettu tulemaan yleisön tietoon».³⁷ Kun pääsopimus, lahjoituksen tekeminen, on vapaamuotoinen, joskin reaaliosopimus, voidaan todeta, että nyt tarkasteltavassa tapauksessa pääsopimuksen ja esisopimuksen välillä ei valitse muodon riippuvaisuussuhdetta.³⁸

Panttausluvannan pätevyys ei oikeutemme mukaan riipu määrätyn muodon noudattamisesta.³⁹ KK 10:1:ssä säädetään kylläkin: »... joka panee pantiksi kultaa, hopeata tahi mitä irtainta tavaraa tahansa, tehkoon sen kahden todistajan läsnäollessa taikka ottakoon pantinsaajalta todistuskirjan siitä.» Vakiintuneen käsityksen mukaan KK 10:1 on ainoastaan ohjesisältöinen muotomääräys, lainsäätäjän toivomus.⁴⁰ Sen noudattamatta jättämisellä ei ole välitöntä oikeudellista merkitystä. Näin ollen panttausluvannankaan pätevyys ei voi riippua muutosäännyksen noudattamisesta.

Takausluvanta on myös vapaamuotoinen. Takaus on näet oikeu-

1 luv. 2 §:ssä säädettyin muodoin: 1952 II 13: Kiinteistön vastaista myyntiä koskevaa sopimusta, jota ei ollut tehty MK 1 luv. 2 §:ssä säädettyä määrämuotoa noudattaen, ei katsottu päteväksi; 1951 I 5: Kiinteistön kauppaa tarkoittava esisopimus siihen liittyvine sopimussakkoineen katsottu velvoittamattomaksi, kun esisopimusta ei ollut tehty MK 1 luv. 2 §:ssä säädettyin muodoin. Ks. lisäksi *Godenhjelm*, JFT 1958 s. 229 ss. ja *Muukkonen*, s. 226 mainitut oikeustapaukset.

³⁶ Po. kysymyksen esikysymyksenä on, koskeeko MK 1:2 yhtäläisesti myyjän ja ostajan velvoittautumista (*Hakulinen*, Luovutus s. 116). Kun kirjallisuutemme enemmistö ja oikeuskäytäntömme vastaa kysymykseen myöntävästi (ks. *Muukkonen*, s. 88 av. 13), on päädyttävä siihen, että MK 1:2 koskee osto- ja myyntisitoumusta. Vrt. esim. *Enneccerus—Nipperdey*, I: 2 s. 687 av. 28.

³⁷ Ks. yllä olevasta esim. *Hakulinen*, Velkakirjalaki s. 249; *Marks von Württemberg—Sterzel*, s. 161 ss.

³⁸ Ks. po. kysymyksestä vielä *Adler*, IhJ 1892 s. 224 ss.

³⁹ Mikäli panttausluvanta tehdään, sellaisella oikeustoimella, joka edellyttää määrämuotoa (esim. testamentilla), on panttausluvanta tietysti tehtävä samassa muodossa. Näin *Tarell*, s. 40 ss.

⁴⁰ Ks. *Muukkonen*, s. 178 ja siinä olevat viitteet. Ks. vielä *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 116; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 232.

temme mukaan vapaamuotoinen,⁴¹ eikä takausluvannasta ole olemassa muotomääräystä.

Vekselinlupanta lienee oikeutemme mukaan vapaamuotoinen.⁴² Tosin pääsopimus, vekseli, on oikeutemme mukaan määrämuotoinen. VeksL:ssa ei tosin nimenomaan säädetä, että vekseli on tehtävä kirjallisesti, mutta tämä vaatimus ilmenee VeksL 1 ja 2 §:n sanoista »asia-kirja».⁴³ Ellei siis vekseliä tehdä kirjallisesti, se on pätemätön.⁴⁴ Se ei näet velvoita tyyppin mukaiseen luontoissuoritukseen.⁴⁵ Tästä huolimatta ei vekselin muotomääräyksiä tarvinne soveltaa vekselinlupantaan. Pääsopimus tosin, saavuttaakseen vekselinä pätevyyden, on tehtävä kirjallisesti. Tämä ei kuitenkaan koskene esisopimusta, sillä esisopimukseen ei liity pääsopimuksen vaihdantaa helpottavia erikoisominaisuuksia.⁴⁶

Velaksiantolupaus on oikeutemme mukaan vapaamuotoinen.⁴⁷ Tämä perustuu siihen jo usein toistettuun ajatukseen, että koska pääsopimus (velaksiantosopimus) on vapaamuotoinen,⁴⁸ on myös esisopimus vapaamuotoinen.

Vuokrasopimusten esisopimuksista MVL:n alaiseen esisopimukseen lienee sovellettava pääsopimuksen muotoa.⁴⁹ Tällöin ei ole syytä tehdä

⁴¹ Ks. esim. *Ekström*, Om borgen s. 32; *Ylöstalo*, s. 107. — Kun esim. Sveitissä takaus on määrämuotoinen, vaaditaan määrämuodon soveltamista myös takauslupantaan. Ks. esim. *Anderegg*, s. 29 ss.

⁴² Po. kysymykseen, jota ulkomaisessa kirjallisuudessa on käsitelty melkoisesti, vastataan yleensä em. tavalla. Näin esim. *Dernburg*, II: 1 s. 217; *Guhl*, s. 88; *Oser—Schönenberger*, s. 160; *Schneider*, s. 39; *Ussing*, s. 112.

⁴³ *G. Granfelt*, s. 64 lausuu jopa, että vekseli »käsitteensä mukaan» on kirjallinen.

⁴⁴ Eri asia on se, että muotovirheen vuoksi pätemätön vekselisuhde voi muuntaa velaksiantosopimukseksi. Ks. esim. *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 288; *Rautiala*, Purkaminen s. 22 av. 26; *Wrede—Heinonkoski*, s. 106; *Wrede*, Oikeustoimilaki s. 81.

⁴⁵ Vrt. esim. *Arnholm*, s. 121 ja *Ussing*, s. 112, jotka pitävät vekseliä sitovana, vaikka se ei täytäkään muotovaatimuksia, kun se kuitenkin yleensä käy tavallisesta velkakirjasta ja velvoittaa luontoissuoritukseen, joskaan ei tyyppinsä mukaisesti. Ks. ed. av:ssa esitettyä.

⁴⁶ Tässä yhteydessä todettakoon, että vaikka muotomääräykset yleensä ovat liike-elämää hidastavia, voidaan joissakin yksityistapauksissa, kuten vekselissä ja shekissä, havaita niiden edistävän vaihdannan nopeutta. Ks. esim. *Arnholm*, s. 121; *Muukkonen*, s. 203 av. 132.

⁴⁷ Ks. *Enneccerus—Nipperdey*, I: 2 s. 687 av. 28.

⁴⁸ Näin esim. *Chydenius*, KR I s. 187; *Hakulinen*, Velkakirjalaki s. 33.

⁴⁹ Näin ilmeisesti *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 200, koska teoksesta on poistettu aikaisemmin esitetty mielipide, että suullinen esisopimus voi tietysti edellytyksin sitoa (ks. *Kivimäki*, s. 79; ks. lisäksi edellä 3 §:n B-h-kohdassa lausuttua).

eroa molemminpuolisesti ja yksipuolisesti velvoittavan esisopimuksen välillä. MVL 1 § on näet varsinainen muotomääräys, ja se koskee yhtäläisesti vuokranantajan ja vuokramiehen tahdonilmaisuja.⁵⁰ — HVL 1₂ §:n mukaan huoneenvuokrasopimus, joka on tarkoitettu olemaan voimassa vuotta pidemmän ajan, on tehtävä kirjallisesti. Jos vuokrasopimus tehdään suullisesti, on kumpikin sopimuspuoli oikeutettu sanomaan sen irti. HVL 1₂ § sisältää siis epävarsinaisen muotomääräyksen.⁵¹ Sen noudattamatta jääminen ei vaikuta vuokrasopimuksen pätevyYTEEN, vaan ainoastaan irtisanomisoikeuden olemassaoloon. Näin ollen on selvää, että kirjallisen muodon noudattaminen ei voi olla HVL:n mukaisen vuokrasopimuksen esisopimuksen pätevyYDEN edellytyksenä. Niin ikään lienee ilmeistä, että jos esisopimuksessa on määrätty pääsopimus tehtäväksi enintään vuoden sisällä esisopimuksen teosta, esisopimuksen ei tarvitse noudattaa pääsopimuksen muotomääräystä. Sillä, onko pääsopimus tarkoitettu tehtäväksi pitemmäksi vai lyhyemmäksi ajaksi, ei liene merkitystä esisopimusasteella. Vuokra-ajan pituus vaikuttanee vain pääsopimuksen muotoon. Sitä vastoin, jos pääsopimus on tarkoitettu tehtäväksi myöhemmin kuin vuoden päästä esisopimuksen teosta, ts. jos esisopimuksen sitovuus kestää kauemmin kuin yhden vuoden, lienee esisopimus tehtävä kirjallisesti, ellei haluta, että kumpikin sopijapuoli voi »irtisanoa» esisopimuksen.⁵² HVL:n määräys vuotta pidemmän vuokrasopimuksen kirjallisesta teosta johtuu näet siitä, että tällä on haluttu suojata sopimuksen olemassaolosta tietämätöntä uutta omistajaa.⁵³ Kun irtisanomisoikeus »vieraan intressissä» on kuitenkin ulotettu myös sopijapuoliin, vuokranantajaan ja vuokralaiseen, täytyy katsoa, että ilman kirjallista sopimusta ei voi syntyä vuotta pitempää »sidonnaisuutta» sopijapuoltenkaan kesken.

D. Johtopäätökset. Edellä lausutun perusteella täytyy pitää riidattomana, että kysymys esisopimuksen muodosta on ratkaistava kus-

⁵⁰ Tämänkin kysymyksen esikysymyksenä on, koskeeko MVL 1 § yhtäläisesti vuokranantajaa ja vuokralaista. MVL 1 § kylläkin määrää: »Sopimus ... on ... vuokranantajan, vuokramiehen ja todistajien allekirjoitettava.» Tästä huolimatta *kirjallisuudessa* on esitetty erilaisia mielipiteitä, enemmistön väittäessä lain sanamuodon mukaista tulkintaa. Korkein oikeutemme on kerran (1953 II 152) lausunut, että vuokrasopimus on pätevä, vaikka siitä puuttuu vuokramiehen allekirjoitus.. Ks. lausutusta lähemmin *Muukkonen*, s. 87, erit. av. 12.

⁵¹ Ks. esim. *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 231, *Muukkonen*, s. 186.

⁵² Vrt. tässä yhteydessä *Enneccerus—Nipperdey*, I: 2 s. 687 av. 28.

⁵³ *Honkasalo*, DL 1925 s. 297.

sakin yksityistapauksessa erikseen. Siihen on viitannut jo ns. resonoiva pohdiskelu. Yksityistapausten tarkastelu on lopullisesti osoittanut käsitksen oikeellisuuden.

Lopuksi lienee syytä korostaa, että esisopimuksenkin muutokysymyksiä ratkaistaessa on erilaiset muotomääräykset pidettävä erillään. Ensiksi on suoritettava ns. perusjaotus: 1. sopimukseen perustuvat eli yksityisautonomiset muotosäännökset, 2. tavanomaisoikeudelliset muotosäännökset ja 3. legaaliset eli lakisäänteiset muotosäännökset.⁵⁴ Lisäksi on muotomääräykset jaettava varsinaisiin, epävarsinaisiin ja ohjesisältöisiin.⁵⁵ Ellei tätä erottelua tehdä, joudutaan virheellisiin yleistyksiin. Voidaan näet lausua, että lakisäänteiset varsinaiset muotomääräykset sangen usein koskevat myös esisopimuksia. Sitä vastoin näin ei ole epävarsinaisten muotomääräysten laita.⁵⁶ Niissä näet pääsopimuksen muotomääräyksen noudattamatta jäämisestä johtuu esim., ettei pääsopimusta rekisteröidä, ettei pääsopimuksen peruteella voida suorittaa jotakin ulosottotoimenpidettä tms. Kun esisopimukseen ei liity kuvattunlaisia oikeusvaikutuksia, ei myöskään muotomääräystä tarvitse ulottaa siihen. Ja silloin, kun on kysymys ohjesisältöisistä muotomääräyksistä, joiden noudattamatta jäämisellä ei ole välitöntä oikeudellista merkitystä, ei pääsopimuksen muotomääräyksen noudattamatta jäämisellä voi esisopimuksen osaltakaan olla välitöntä oikeudellista merkitystä.⁵⁷

3. ESISOPIMUKSEN SISÄLLYS

Esisopimusta tehtäessä joudutaan aina harkitsemaan, kuinka tarkaksi pääsopimus on yksilöitävä esisopimuksessa. Tämän vuoksi *Itävallan* ABGB 936 §:ssä säädetäänkin, että pääsopimuksen oleelliset osat (die

⁵⁴ Ks. *Muukkonen*, s. 73 ss. viitteineen. Vrt. *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 226 ss., missä ei puhuta tavanomaisoikeudellisista muotomääräyksistä. Ks. lisäksi *Ylöstalo*, LM 1958 s. 370.

⁵⁵ Ks. *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 230 ss.; *Muukkonen*, s. 76 ss.

⁵⁶ Pääsopimuksen muotomääräyksen soveltaminen esisopimukseen tuntuu tarpeettomalta mm. AL 108 §:n, AULapsiL 11 §:n, KiinteistönvälittäjäA 10, §:n, MoottorijouneuvoA 20 §:n, VähMaksuL 10 §:n ja OsuuskuntaL 163 §:n mainitsemisissa tapauksissa. Kaikki sanottujen §:ien sisältämät muotomääräykset ovat epävarsinaisia, ks. *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 231 ss.; *Muukkonen*, s. 181 ss.

⁵⁷ Ks. *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 232 lausutaan, että ohjesisältöiset muotosäännökset eivät ole vailla oikeudellista merkitystä. »Niiden noudattaminen tuottaa tavallisesti etuja todistelun kannalta.» Sanottua merkitystä on syytä pitää vain

wesentlichen Stücke) on mainittava esisopimuksessa.^{57a} Muualla ei kysymyksestä liene säädetty mitään. Sitä vastoin kirjallisuudessa sitä on käsitelty melko paljon.

Usein lausutaan, että pääsopimuksen sisältö on määrättävä »riittävän tarkasti».⁵⁸ Tällainen vaatimus on tietysti asetettava, sillä se hän koskee kaikkia oikeustoimia. Kaikilla oikeustoimilla näet tulee olla sellainen sisältö, että voidaan todeta, mitä on tarkoitettu ja millä edellytyksillä oikeustoimi on tehty.⁵⁹ Tämän oikeustoimia koskevan yleisen periaatteen perusteella on esisopimuksilta vaadittava sellaista sisällöllistä tarkkuutta, että sopijapuoli voidaan velvoittaa tekemään pääsopimus. Kuvattua vaatimusta voidaan kutsua luontoissuoritusvaatimuksen ja sen täytäntöönpanon välttämättömäksi edellytykseksi⁶⁰ tai esisopimuksen sisällölliseksi vähimmäisvaatimukseksi (minimivaatimukseksi).

Sisällöllinen minimivaatimus voidaan ratkaista vain kussakin yksityistapauksessa erikseen,⁶¹ koska yksityistapaukset vaihtelevat melkoisesti. Ratkaisu on tehtävä niin sanoakseni tuomioistuimen näkökulmasta. Esisopimuksen tulee kussakin yksityistapauksessa olla sisällöltään vähintään sellainen, että tuomioistuin voi sen sanamuodon, sen tulokinnan ja täydentävien oikeusnormien perusteella määrittää pääsopimuksen sisällön.⁶²

välillisenä, koska muutosäännöksen noudattamatta jäämiseen voidaan välittömästi-kin liittää todistelua koskevia oikeusvaikutuksia. Tuollaisia muotomääräyksiä, joiden klassillisena tyyppiesimerkkinä usein mainitaan Ranskan Cc:n 1341–1348 artiklat, ei saa samasta ohjesisältöisin muotomääräyksiin. Ks. *Muukkonen*, s. 78.

57a Po. »oleellisia osia» koskeva vaatimus ei ole kovinkaan selvä. Ks. sen tulokinnasta *Ehrenzweig*, II: 1 s. 139; *Klang-Gschntzer*, s. 576, missä lausutaan mm.: Der kann aber nur dahin gehen, dass im Streitfall der Inhalt des abzuschliessenden Hauptvertrages richterlich festgestellt werden kann. Dafür genügt meist Bestimmbarkeit.

58 Näin meillä *Godenhelm*, JFT 1958 s. 227; *Kivimäki-Ylöstalo*, s. 199. Ks. lisäksi esim. *Enneccerus-Nipperdey*, I: 2 s. 686: hinreichend genau; *Thöl*, s. 780: ausreichend bestimmt; *Ussing*, s. 97: tilstrackkelig bestemt.

59 Ks. esim. *Lehmann*, s. 222; *Oser-Schönenberger*, s. 158; *Roth*, s. 297; *Ussing*, s. 33 ss.

60 Ks. *Godenhelm*, JFT 1958 s. 227.

61 Näin *Hernberg*, DL 1925 s. 369.

62 Jokseenkin näin *Standingers Kommentar*, I s. 866. Ks. *Dernburg*, II: 1 s. 217: Es genügt aber auch, dass er ausreichendes Material an die Hand gibt, um die Einzelheiten des Vertrags in einer den einverständlich erklärten Absichten des Vorvertrags entsprechenden Weise künftig im Streitfall richterlich festzustellen; *Larenz*, I s. 61: Es müssen danach immerhin aus dem Vorvertrag objektive Momente ersichtlich sein, nach denen sich der Inhalt des Hauptvertrags richten soll. Vrt. *Degenkolb*, AcP 1887 s. 80 ss.

Vaativatko esisopimuksen vähimmäisedellytykset, että esisopimuksessa on mainittava pääsopimuksen oleelliset aineosat (*essentialia negotii*)?⁶³ Joskus näkee väitettävän, että näin on ehdottomasti asian laita.⁶⁴ Tällainen vaatimus ei voine pitää paikkaansa. — Lainsäädännössämme on usein annettu luettelo välipuheista, joita pääsopimuksen tulee sisältää.⁶⁵ Silloin, kun tuollainen laissa mainittu välipuhe on oikeustoimen ehdoton edellytys,⁶⁶ siis silloin, kun lainsäätäjä on tehnyt siitä pääsopimuksen oleellisen aineosan, ei sitä kuitenkaan aina tarvitse mainita esisopimuksessa. Niinpä esim. vekselinluvannassa ei tarvitse nimenomaan mainita »vekseli»-sanaa eikä siinä tarvitse olla suinkaan kaikkia VeksL 1 §:ssä lueteltuja seikkoja.⁶⁷ Yleistä kyllä on, että esisopimuksen sisältöön minimivaatimuksiin kuuluvat pääsopimuksen oleelliset aineosat,⁶⁸ mutta sääntö ei voine olla poikkeukseton.

Silloin, kun esisopimus on tehtävä määrämuotoisena, jotta se sitoisi, herää kysymys, onko esisopimuksessa mainittava kaikki pääsopimuksen välipuheet. — On syytä korostaa, että kysymys ei koske esisopimuksen sisältöä, vaan muotomääräyksen muodollista soveltamisalaa. Muotomääräyksen muodollisella soveltamisalalla tarkoitetaan sitä, missä laajuudessa sopimuksen yksityiset välipuheet joutuvat muotosäännöksen alaisiksi.⁶⁹ — Vaikka kysymys ei »teoreettisesti katsoen» koskekaan esisopimuksen sisältöä, vaatinee käytännöllinen tarkoituksenmukaisuus muutaman huomautuksen tästä muotoprobleemista — ja juuri tässä yhteydessä.

Kirjallisuudessamme lausutaan usein vanha klassillinen käsitys, että suulliset sivuvälipuheet eivät sido. Muotosäännöksen muodollinen soveltamisala ulottuu siis tämän mukaan kaikkiin välipuheisiin, ts. muotomää-

⁶³ Ks. luokituksesta oleellisiin, tilapäisiin ja luonnollisiin aineosiin ja jaotuksen epäjohdonmukaisuudesta *Muukkonen*, s. 54 ss.

⁶⁴ Näin meillä *Hernberg*, DL 1925 s. 369. Ks. lisäksi *Oser—Schönenberger*, s. 158.

⁶⁵ Ks. esim. *KommYA* 2 §, *MVL* 3 §, *MVA* 5 §, *OYL* 1—2 §, *VeksL* 1—2 §, *ShekL* 1—2 §, *TontinvuokraL* 3 §, *OsuuskuntaL* 4—5 §.

⁶⁶ Ks. *Muukkonen*, s. 68.

⁶⁷ Ks. *Tobias*, s. 25 ss.

⁶⁸ Esim. *Hakulinen*, *Luovutus* s. 116: »Tuomion saamisen edellytyksenä on, että kaupan esine on sillä tavoin ainakin summittaisesti yksilöity esisopimuksessa, että luovutuksen objekti voidaan sen perusteella määrätä. Sama koskee kauppahintaa». Ks. myös *Ehrenzweig*, II: 1 s. 139.

⁶⁹ Ks. *Muukkonen*, s. 59.

räykset olisivat totaalisia. Tällainen käsitys perustuu siihen, että ellei muotomääräystä pidetä totaalisena, on varsin vaikeaa erottaa lopullinen sopimus sitomattomiksi tarkoitetuista valmistavista toimista ja luonnoksista. Lisäksi voidaan sanoa, että kansanomaisesti ajatellen vain se pitää, mikä on »pantu paperille», mistä on »mustaa valkoisella». ⁷⁰ — Lähdetessä muotomääräysten totaalisuudesta ei mikään ole johdonmukaisempaa kuin käsitys, että esisopimuksessa on mainittava kaikki pääsopimuksen välipuheet, mikäli halutaan niiden sitovan, tulevan osiksi pääsopimusta. ⁷¹ Tällainen käsitys ei kuitenkaan ole oikea. Muotomääräysten muodollinen soveltamisala ei näet aina ole totaalin. Poikkeuksia on siis olemassa ja tällöin pääsopimuksen »suulliset sivuvälipuheet» sitovat. ⁷² Ei liene epäilystä, että tällaisissa tapauksissa myös esisopimuksen suulliset sivuvälipuheet sitovat.

Kirjallisuudessa sanotaan joskus esisopimuksen luonteesta tms. joutuvaan, että esisopimuksen sisältö on usein puutteellinen. ⁷³ Tämä pitää paikkansa sikäli, että esisopimuksen ei tarvitse täydellisesti sisältää pääsopimuksen yksityiskohtia, niinkuin edellä lausutusta ilmenee. Käytännön kannalta on kuitenkin syytä korostaa, että mitä täydellisempi esisopimus on, sitä parempi se myös on. ⁷⁴ Pyrkimyksenä ei siis tule olla epäselvien ja epätäydellisten, vaan päinvastoin mahdollisimman selvien ja tyhjentävien esisopimusten tekeminen. ⁷⁵

Erityisesti on huomautettava, että varsinkin pääsopimuksen tekoaika olisi syytä mainita samoin kuin pääsopimuksen suorituskohteen maksu-

⁷⁰ Ks. edellisen johdosta *Muukkonen*, s. 59 ss., erit. s. 62 viitteineen. Ks. lisäksi *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 233. Vrt. *Hakulinen*, *Velvoiteoikeus* I s. 117 ss.

⁷¹ Näin esim. *Hernberg*, DL 1925 s. 369. Vrt. sitä vastoin *Reuterskiöld*, s. 55 av. 1.

⁷² Ks. *Muukkonen*, s. 62 ss.

⁷³ *Hernberg*, DL 1925 s. 368: Föravtalets provisoriska beskaffenhet kan föräleda att dess innehåll upptages bristfälligt.

⁷⁴ Joskus väitetään erheellisesti, että jos esisopimuksessa mainitaan täydellisesti pääsopimus, kysymyksessä on jo itse pääsopimus. Näin *Oser—Schönenberger*, s. 158. Ks. myös *Guhl*, s. 87; *Larenz*, I s. 61. Huomaa myös *Hakulinen*, *Luovutus*, 1 p., Helsinki 1935, s. 54 av. 91: »Mitä yksityiskohtaisempia 'esisopimuksen' määräykset ovat, sitä todennäköisempää on, että kysymyksessä itse asiassa on pääsopimus.» Kun tämä mielipide ei esiinny enää teoksen toisessa painoksessa (1949), on *Hakulisen* katsottava luopuneen tuosta erheellisestä mielipiteestä.

⁷⁵ Huomaa *Reuterskiöld*, s. 55, missä esisopimukset on luokiteltu tyhjentäviin (uttömmande) ja perusteen luoviin (grundläggande) esisopimuksiin sillä perusteella, onko esisopimus sisällöltään tyhjentävä vai ei.

aika ja -paikka.⁷⁶ Ellei pääsopimuksen tekoaikaa mainita, jää sitovuusajan määrittäminen epätasapainoiseksi.⁷⁷ Pääsopimuksen suorituskohteen maksuajan ja -paikan mainitseminen on tärkeä siksi, että tiedettäisiin, voiko oikeutettu sopijapuoli vaatia jo pääsopimuksen suorituskohtetta vai ei.⁷⁸

⁷⁶ Ks. esim. *Hernberg*, JFT 1925 s. 369; *Roth*, s. 43. Huomaa myös Itävallan ABGB 936 §.

⁷⁷ Ks. esisopimuksen voimassaoloajasta jäljempänä 8 §:n A-kohta.

⁷⁸ Ks. tästä jäljempänä 7 §:n 2-B-kohta.

7 §. SITOVUUS HENKILÖNVAIHDOKSISSA

1. TUTKIMUSALAN RAJOITTAMINEN

Tässä pykälässä käsitellään ns. dynaamisen oikeuden piiriin kuuluvia kysymyksiä.¹ Pyritään näet löytämään vastaus kysymyksiin: 1) kuka voi vaatia esisopimuksen täyttämistä? ja 2) kenen pitää täyttää esisopimus?

Esisopimuksen dynaamisen tarkastelun tehtävänä on mm. esittää normit esisopimuksen sitovuusvaikutuksen periytymisestä, siirtymisestä ja siitä, missä asemassa ulosmittaus- tai konkurssivelkoja on. Myös ns. kollisionormien selvittäminen kuuluu »dynamiikan» tehtäviin.²

Lausuttu osoittanee, että kysymysryhmä, jota seuraavassa ryhdytään tarkastelemaan, muodostaa oman »maailmansa». Esisopimuksen velvoittaessa sopijapuolten välillä (asianosaisrelaatiossa) luontoissuoritukseen on suoritukseen oikeutettu kelpoinen vaatimaan sanotun velvollisuuden täyttämistä ja tämä velvollisuus kuuluu toiselle sopijapuolelle. Tästä ei kuitenkaan saa johtaa mitään sen suhteen, voiko joku muu kuin sopijapuoli vaatia esisopimuksen täyttämistä ja onko joku muu kuin sopijapuoli velvollinen tekemään sen. Sen selvittäminen kuuluu »dynamiikalle».

Voidaan sanoa, että yhtä laaja kuin on esisopimuksen teoreettinen alue, yhtä suppea on sen käytännöllinen merkitys.³ Tähän tulokseen päädytään, jos tunkeudutaan »dynamiikan» suunnattoman laajan alueen perimmäisille rajoille. Jottei tämä tutkimus paisuisi suhteettomaksi käytännön näkökulmasta, on sitä rajoitettava suuresti.

Seuraavassa tarkastellaan ainoastaan esisopimuksen periytymistä,

¹ Ks. esim. Ross, s. 257 ss.

² Ks. Ross, s. 259.

³ Ks. *Klang—Gschntzer*, s. 573, missä esitetään Itävallan esisopimuksia koskevasta yleissäännöksestä: Ist theoretisch das Gebiet der Vorvertrag ein reicht grosser, so ist praktisch der Anwendungsbereich des § 936 viel kleiner. Huomaa myös Kress, s. 93.

siirtoa ja sen asemaa ulosmittauksessa sekä konkurssissa. Muita kysymykseen tulevia henkilönvaihdoistapauksia en ryhdy edes erittelemään, totean vain, että niitä esiintyy käytännössä sangen harvoin. Esim. meillä ei niistä ole ainuttakaan Korkeimman oikeuden ratkaisua.⁴

Yksityisten esimerkkitapausten lukumäärää on myös rajoitettava. Seuraavassa tarkastellaan kiinteistönkaupan esisopimusta, lahjanlu-pausta, panttauslupaa ja velaksiantolupausta. Ne riittävät po. kysymysryhmän selvittämiseen, varsinkin kun tarkoituksena on vain esisopimusopin yleishahmotukseen pyrkivän »kartoitustutkimuksen» aikaansaaminen.

2. LUONTOISSUORITUSVAATIMUKSEN REAALINEN SISÄLTÖ

A. Lähtökohta. Henkilönvaihdoskysymyksiin vastaaminen vaatii luontoissuoritusvaatimuksen »luonteen» selvittämistä. Tähän voidaan ryhtyä usealla eri tavalla. Yhtenä mahdollisuutena on niin sanoakseni loogisuuden tie. Ensin todetaan, että esisopimuksen sisältönä on pää-sopimuksen tekeminen (contrahere). Sitten kysytään, mitä contrahere on. Lähtökohdaksi soveltuu kenties Pauluksen⁵ klassillinen obli-gaatioiden tarkoituksen kolmijako: dare, facere, praestare. Roomalai-sesta oikeudesta löydetään siis valmis systematiikka, lokerosto. Nyt on vain ratkaistava, sopiiko contrahere johonkin tuon systematiikan lokeroon. Kun vastauksena on, että contrahere sopii facere-obligaatioiden ryhmään, on esisopimuksen sisällön luonne selvä: esisopimus luo velvoiteoikeudellisen oikeussuhteen,⁶ facere-obligaation. Tästä tehdään sitten kauaskantoisia johtopäätöksiä mm. henkilönvaihdoskysy-myksissä.⁷ Esim. esisopimuksen luoman kelpoisuuden siirtoa koskevat

⁴ Kirjallisuudessaakaan ne eivät ole saaneet osakseen muuta kuin jonkin aivan ohimennen tehdyn huomautuksen. Ks. esim. *Almén*, Om auktion II s. 318 av. 3; *Hakulinen*, Luovutus s. 115; *sama*, Velvoiteoikeus I s. 114. Ks. myös *Ussing*, s. 98.

⁵ L. 3. pr. D. 44.7: Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum ant servitutum nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid nel praestandum.

⁶ Esisopimuksen luomaa oikeutta pitävät velvoiteoikeudellisena mm. *Almén*, Om auktion II s. 315; *Ask*, Kreditaftal s. 12; *Caselius*, Irroittamisoikeudet s. 69; *Hakulinen*, Luovutus s. 114; *Klang-Gschnitzer*, s. 936, missä lausutaan vielä: »Ohne solche Verpflichtung kein Vorvertrag.»; *Rekola*, Vanhentuminen s. 127; *Roth*, s. 267; *J. Serlachius*, JFT 1887 s. 4; *von Tuhr*, II: 1 s. 494; *Windscheid*, PR II s. 193.

⁷ Ks. esim. *Tobias*, s. 73 ss.

kysymykset voidaan ratkaista velvoiteoikeudellisten, saamisoikeuden siirtoa koskevien periaatteiden mukaan.

Luontoissuoritusvaatimuksen »luonnetta» voidaan pyrkiä selvittämään myös siten, että etsitään oikeustositietoja, joille po. vaatimus olisi »sukua», jotta voitaisiin käyttää analogiaa. Kauan ei tarvitsekaan etsiä, kun voidaan väittää, että esisopimuksen synnyttämä kontrahoimisoikeus on läheistä sukua *tarjouksesta* syntyneelle oikeudelle. Tästä johdetaan sitten analogisesti mm. kontrahoimisoikeuden periytymistä koskevat päätelmät.⁸

Kuvatonlaista menettelyä — aksiomaattista lähtökohdan »kiinnilyömistä» ja siitä suoritettavaa päättelyä — ei voida pitää tarkoituksenmukaisena. Parempi on harkita reaalisesti kaikkia kysymykseen vaikuttavia näkökohtia. Tässä tarkoituksessa yritetään ensin selvittää luontoissuoritusvelvollisuuden täyttämistä.

B. Luontoissuoritusvelvollisuuden täyttäminen. Tekemällä pääsopimus täytetään luontoissuoritusvelvollisuus *vapaaehtoisesti*. Mikäli pääsopimuksen ollakseen pätevä on oltava määrämuotoinen, se täytyy laatia muotosäännöksen vaatimalla tavalla, jotta luontoissuoritusvelvollisuus täytettäisiin *oikein*.⁹ Esim. *kiinteistönkaupan* esisopimusta täytettäessä on siis noudatettava MK 1:2:ta. Tällöin riittää, että sopijapuolet merkitsevät esisopimukseen MK 1:2:n edellyttämällä tavalla lausuman, että se on lopullinen sopimus tietystä hetkestä lukien.¹⁰ Eril-

⁸ Ks. *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 112; *sama*, Luovutus s. 114 ss. Ks. myös *sama*, Velkakirjalaki s. 250 av. 1.

⁹ Ellei esisopimusta täytetä muodollisessa suhteessa oikein, ellei ts. pääsopimusta laadita siten kuin pitäisi, ei šidottuna oleva puoli tietystikään vapaudu luontoissuoritusvelvollisuudestaan. Ks. esim. *Roth*, s. 308.

¹⁰ Näin *Hakulinen*, Luovutus, 1 p. (1935), s. 54. Vrt. *sama*, Luovutus s. 116. Ks. lisäksi KKO 1929 II 380: KO lausui selvitetyn, että A oli 26. 1. 1911 tehdyssä välikirjassa sitoutunut siinä lähemmin kerrotuin ehdoin ja ennen 10. 2. 1911 myymään B:lle tietyn kiinteistön sekä että A ja B sanotun välikirjan allekirjoittaessaan olivat kahden todistajan läsnäollessa suullisesti sopineet, että vaikka tuon välikirjan mukaan olikin aiottu tehdä kauppakirja myöhemmin, ensiksi mainittua asiakirjaa oli kuitenkin, mm. koska B oli jo samana päivänä osittain täyttänyt sovitut kauppaehtot, pidettävä lopullisena kauppakirjana, jonka nojalla B saisi talon heti hallintaansa ja tulisi sen omistajaksi; koska ko. välikirja ei kuitenkaan ollut kauppakirja, vaan *sopimus vastedes päätettävästä kaupasta* eikä A:n ja B:n äsken mainittu suullinen sopimus ollut voinut vastoin MK 1:2:n säännöstä tehdä siitä laillista kauppakirjaa, joten B siis ei ollut mainitun välikirjan nojalla saanut omistusoikeutta taloon, KO hylkäsi B:n kanteen, joka koski A:n vuonna 1924 tekemän po. kiinteistön kaupan mitättömäksi julistamista. HO ja KKO: ei muutosta.

Vrt. *Godenhielm*, JFT 1958 s. 229, mistä saa helposti käsityksen, että esisopi-

lisen pääsopimuksen laatiminen ei siis ole välttämätöntä, kunhan vain julkinen kaupanvahvistaja kutsumansa todistajan läsnäollessa todistaa mainitun lausuman annetuksi.¹¹ Käytännössä joudutaan kuitenkin usein laatimaan erillinen pääsopimus, koska esisopimus ei yleensä ole sisällöltään niin täydellinen, että se voitaisiin ilman muuta muuttaa pääsopimukseksi. Silloin taas, kun esisopimuksen ei tarvitse noudattaa pääsopimuksen muotomääräystä — niinhän on laita esim. moottoriajoneuvon luovutuksen esisopimuksessa — joudutaan yleensä laatimaan uusi, pääsopimuksen muotovaatimuksen täyttävä sopimus.

Tässä yhteydessä on aiheellista huomauttaa, että jos esisopimuksessa on sellainen muotovirhe, joka aiheuttaisi sen pätemättömyyden, mutta sopijapuolet siitä huolimatta tekevät pääsopimuksen, ei esisopimuksen muotovirheeseen vedoten voida vaatia pääsopimuksen julistamista pätemättömäksi, mikäli pääsopimus on tehty oikeaan muotoon. Pätevällä sopimuksella on näet pätevän sopimuksen oikeusvaikutukset, eikä siihen voine vaikuttaa sellainen aikaisempi »esiaste» kuin esisopimus.¹² Myös kohtuus tukee sanottua.

muksen *vapaaehtoisessa* täyttämässä ei tarvittaisi erillistä, lopullista kauppaa tarkoittavaa tahdonilmaisua. Godenhielm viittaa jopa oikeuskäytäntöön. Hänen mainitsemansa oikeustapaukset, jotka koskevat niskoittelleen sopimuspuolen velvoittamista antamaan kauppakirja, eivät oikeuta sanottuun johtopäätökseen. Po. oikeustapauksia käsitellään jäljempänä av. 25 kohdalla, missä tarkastellaan tapaus- ta, jolloin sopijapuoli ei suosiolla täyty velvollisuuttaan tehdä pääsopimus. Se, että lopullista sopimusta koskevaa määrämuotoista tahdonilmaisua ei tarvittaisi, ei suinkaan voi pitää paikkaansa. Mieli tekee vain kysyä, kuka tuomari uskaltaisi antaa lainhuudon sopimuksen perusteella, jossa on otsikkona »esisopimus», vaikka siinä sanottaisiinkin, että pääsopimus tehdään tiettyinä päivinä, ja vaikka lainhuutoa haetaan sanotun päivän jälkeen.

¹¹ Po. lausumaa ei tarvitse välttämättä kirjoittaa esisopimukseen, vaikka se onkin todisteiden säilymisen vuoksi suositeltavaa. Voidaan siis laatia myös erillinen »kauppakirja», jossa vain viitataan aikaisemmin oikeassa muodossa tehtyyn esisopimukseen. »Peittäähän» MK 1:2 tällöin koko sopimuksen, ja ns. asiakirjayhteyttä, ts. sitä, että koko sopimusteksti olisi samalla paperilla, ei voida vaatia. Ks. asiakirjaviittauksista yleensä esim. *Muukkonen*, s. 63 av. 103 viitteineen; *von Tuhr*, II:1 s. 505 ss., s. 519; *Vahlén*, s. 101.

¹² Ks. erit. *Roth*, s. 324 ss. laajoine viitteineen. Ks. lisäksi *Tobias*, s. 71 ss., missä sanotaan, että esisopimuksen pätemättömyys ei sinänsä aiheuta pääsopimuksen pätemättömyyttä. Vain silloin, kun sopijapuolet nimenomaan ovat sopineet siitä, että pääsopimuksen pätevyys riippuu esisopimuksen pätevydestä, vaikuttaa esisopimus pääsopimukseen. Ellei näin ole sovittu, »so muss der Hauptvertrag seinen Anfechtungsgrund in sich selbst tragen»; *Hakulinen*, *Velkakirjalaki* s. 249, missä lahjanlupauksessa olleesta muotovirheestä sanotaan: »Mutta jos lahjanlupaus kuitenkin vapaaehtoisesti täytetään, lupauksen muodon puutteellisuus me-

Pääsopimusta laadittaessa ei tarvitse noudattaa esisopimuksen sisältöä. Sopijapuolet voivat siis muuttaa pääsopimuksen sisällön toisenlaiseksi, kuin esisopimus oli. Tämä on mahdollista tietysti vain siinä tapauksessa, että siitä ollaan yksimielisiä.¹³ Ellei yksimielisyyttä saavuteta, ei muutoksesta tule mitään. Toisella sopijapuolella on näet kelpoisuus vaatia luontoissuoritusta, pääsopimuksen tekemistä sovitulla tavalla. — Käytännössä voi sattua joskus ikäviäkin yllätyksiä tässä suhteessa. Esim. tontinomistajan ja perustettavan asunto-osaakeyhtiön »grynderien» välillä on voitu tehdä tontinluovutusta koskeva esisopimus, jossa tontinomistajalle on luvattu tontista paitsi rahavastiketta myös »monta muuta hyvää», mutta pääsopimusta laadittaessa nuo hyvät »unohtuvat» pääsopimuksesta. Tontinomistaja allekirjoittaa hyväuskoisena kauppakirjan. Kun hän sitten jälkeinpäin vaatii itselleen erikoisetujaan, esim. tietystä hinnasta hänelle luvattua liikehuoneistoa, ilmoitetaan hänelle, ettei hänellä ole pääsopimuksen mukaan oikeutta siihen. Koska tämä kysymys ei ole millään tavoin »esisopimusopillinen», vaan mm. määrämuotoisen sopimuksen (pääsopimuksen) tulkintaa ja mahdollista petollista viettelyä tai muuta pätemättömyysperustetta koskeva kysymys, ei siihen tässä yhteydessä puututa. Esimerkki on mainittu vain valaisemaan sitä, että pääsopimuksella on mahdollista muuttaa esisopimuksen sisältöä.

Jos pääsopimusta ei tehdä vapaaehtoisesti, täytyy niskoitteleva sopijapuoli velvoittaa siihen. Esisopimus voidaan myös purkaa niskoittelun vuoksi, koska sitä on yleensä pidettävä niin oleellisena sopimuksen rikkomisena.¹⁴

Kun oikeudessa vaaditaan niskoittelevaa sopijapuolta velvoitettavaksi tekemään pääsopimus, herää kysymys, onko ensin vaadittava pääsopimuksen tekemistä ja sitten sen täyttämistä vai voidaanko vaatia suoraan pääsopimuksen täyttämistä, esim. esineen luovuttamista.

nettää merkityksensä eikä antaja voi vaatia takaisin suoritustaan»; *Larenz*, I s. 61 katsoo, että kiinteistökaupan esisopimuksen muotovirhe korjautuu (geheilt) po. tapauksessa; *Marks von Württemberg-Sterzel*, s. 162; Kravet på skriftlighet eller publicitet har betydelse endast så länge gävan är ofullbordad. Uppfylles gävolöftet, föreligger en fullgiltig gäva. — Teoreettisesti väärin on puhua esisopimuksen paikkaantumisesta. Ei näet ole kysymys esisopimuksen korjautumisesta, vaan täysin uudesta ja lopullisesta sopimuksesta.

¹³ Näin *Klang—Gschntzer*, s. 570.

¹⁴ Näin *Godenhjelm*, JFT 1958 s. 228. Vrt. *Ussing*, s. 98, joka sallii po. tapauksessa varsin rajoitetun purkuoikeuden. — Ks. esisopimuksen purkamisesta yleensä 8 §:n B-kohdassa lausuttua.

Kirjallisuudessa esitetään usein, että oikeudenkäynnissä voidaan vaatia vain pääsopimuksen tekemistä.¹⁵ Sehän näet on esisopimuksen »looginen» sisältö.¹⁶ Tätä käsitystä on perusteltu joskus myös väitteellä, että jos esisopimus kelpuuttaa pääsopimuksen suorituskohteen, ei enää voida puhua esisopimuksesta, vaan kysymyksessä on jo pääsopimus.¹⁷

Sanottua käsitystä vastaan voidaan esittää, että se on varsin epäkäytännöllinen. Se pakottaa kahteen eri oikeudenkäyntiin. Ensinnäkin on vaadittava pääsopimuksen tekemistä, tahdonilmaisun antamista. Ellei sopijapuoli siihen suostu, käy tuomio UL 3:42:n mukaan lainvoimaiseksi tultuaan itse tahdonilmaisusta. Nyt on siis pääsopimus »tehty». Mutta ellei pääsopimusta suosiolla täytetä, on saatava uusi tuomio pääsopimuksen täyttämiseksi.¹⁸ — Väite, että esisopimus olisi itse asiassa pääsopimus, jos se joskus kelpuuttaa pääsopimuksen suorituskohteen, ei pidä paikkaansa, niin kuin jo aikaisemmin on osoitettu suoritettaessa rajankäyntiä esisopimuksen ja ehdollisen pääsopimuksen välillä.¹⁹

Kuvattu kahden oikeudenkäynnin tie on aiheuttanut sen, että usein hyväksytään mahdollisuus vaatia suoraan pääsopimuksen suoritusta. Varsinkin Pohjoismaiden kirjallisuudessa tällä käsityksellä on kannatusta.²⁰ Asian luonteesta johtuu, että sääntöön tehdään eräitä varauksia.

15 Hakulinen, Velvoiteoikeus I s. 114: »Jos esisopimuksesta johtuva velvoite lopullisen sopimuksen päättämiseen jätetään täyttämättä, asianomaisilla on valta ajaa kannetta konstitutiivisen tuomion aikaansaamiseksi. Tuomiolla on sama vaikutus kuin olisi velvoitus täytetty (UL 3:4, 2 mom.).» Ks. lisäksi esim. Klang—Gschnitzer, s. 573; Oser—Schönenberger, s. 159; von Tuhr, II:1 s. 493 ss.

16 Esim. Degenkolb, AcP 1887 s. 41: Aus dem Begriff des Vorvertrages ergibt sich die ihm begriffsnotwendig innewohnende Wirkung: der Vorvertrag muss, insofern er rechtlich anerkannt ist, begriffsnotwendig einen Anspruch auf Abschluss des Hauptvertrages erzeugen.

17 Ks. lausutun johdosta esim. Burckhardt, Einführung s. 61; Godenhjelm, JFT 1958 s. 228 ss., erit. s. 243; Klang—Gschnitzer, s. 573.

18 Esim. Klang—Gschnitzer, s. 579; Sobald das Urteil in Rechtskraft erwächs, gilt Willenserklärung abgegeben, der Vertrag als geschlossen. — Um die Erfüllung des Hauptvertrages zu erzwingen, braucht es einen neuen Exekutionstitel.

19 Ks. edellä 4 §:n D-kohdassa lausuttua.

20 Ks. Chydenius, JFT 1892—93, s. 52 ss. (velaksiantolupauksesta); Godenhjelm, JFT 1958 s. 228, s. 229; Kivimäki—Ylöstalo, s. 199: »Erimielisyyttä vallitsee siitä, tuleeko velkojan, päästäkseen hänelle kuuluviin oikeuksiin, ensin kanteella vaatia velallisen velvoittamista pääsopimuksen tekemiseen ja sitten sen täyttämistä vai voiko hän välittömästi vaatia suoritusta. Jälkimmäinen katsantokanta on oikea siinä tapauksessa, ettei esisopimus vaadi määrämuotoisuutta»; Lassen, s. 13;

Joskus näet luontoissuoritukseen oikeutetulla on »intressiä» vaatia pääsopimuksen tekemistä.²¹ Näin on usein laita määrämuotoisten sopimusten osalta, esim. kiinteistönkaupassa. Kauppakirja on varsin välttämätön lainhuutoa haettaessa, jottei tarvitsisi turvautua hankalaan LainhL:n säätämään kuulutushuudattamiseen.²² Niin ikään MVL:n mukaisessa vuokrauksessa pääsopimuksen asiakirjalla on merkitystä mm. haettaessa kiinnitystä vuokraoikeuden vakuudeksi. Toisena varauksena kirjallisuudessa mainitaan, että pääsopimuksen tarkoittaman suorituksen tulee olla erääntynyt,²³ jotta itse suoritusta voitaisiin vaatia.

Esisopimus voi käsitykseni mukaan tietyin edellytyksin kelpuuttaa vaatimaan pääsopimuksen suorituskohdetta. Näin vältetään kahden eri oikeudenkäynnin hankaluus ja saavutetaan käytännön oikeuselämää tyydyttävä lopputulos.²⁴ Kun meillä yhteenkin oikeudenkäyntiin säännöllisesti kuluu vuosikausia, voidaan oikeussuojatarpeenkin sanoa vaativan vapautumista kahdesta eri oikeudenkäynnistä, joka on vain eräänlaista epäkäytännöllistä eksekutiivititteileillä »knoppailua». Oikeudenkäynti ei kuitenkaan yleensä voine rajoittua vain suorituskohteen vaatimiseen. Oikeudenkäynnissä on vaadittava myös pääsopimuksen tekemistä, mutta tähän kanteeseen voidaan tietyin edellytyksin yhdistää (kumuloida) pääsopimuksen suorituskohdetta koskeva itsenäinen suorituskanne. Pääsopimuksen tekemistä koskevaa vaatimusta ei siis yleensä voida jättää tekemättä. Onhan näet esisopimuksen sisältönä pääsopimuksen tekeminen, ja pääsopimuksen olemassaololla on yleensä aina merkitystä, esim. määräaikojen laskemisen ja pääsopimuksen sisällön määrittämisen kannalta. Määrämuotoisissa sopimuksissa pääsopimuksen olemassaolon vaatiminen on välttämätöntä myös niiden kaikinpuolisen toteuttamisen vuoksi. Esim. kiinteistönkaupan esisopimuksen

Nordling, s. 220 ss.; *Ussing*, s. 97. Ks. vielä *Dernburg*, *Pandekten II* s. 27. Huomaa *Ekström*, s. 559; *Tänkbare utvägar äro: att domstol ålägger den tredskande att ingå avtalet, att domstol omedelbart tillägger kändanden den rättighet avtalet avser att förskaffa honom, eller slutligen att avtalet anses såsom avslutat, när den därtill skyldige trots yrkan därpå vägrar ingå detsamma.*

²¹ *Ussing*, s. 97.

²² Ks. *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 199; *Ussing*, s. 97. Vrt. sitävastoin *Godenhjelm*, *JFT* 1958 s. 229.

²³ Ks. *Lassen*, s. 13; *Ussing*, s. 97.

²⁴ Tanskan oikeuskäytännössä esiintyy tätä tukevia ratkaisuja. Ks. *Lassen*, s. 13; *Ussing*, s. 97.

perusteella on siis vaadittava pääsopimuksenkin tekemistä.²⁵ Sitä vastoin reaaliosopimusten osalta voidaan yleensä vaatia yksinomaan reaaliaktin toteuttamista, »pääsopimuksen» suorituskohdetta. Esim. lahjanlupauksen saaja voi siis suoraan vaatia lahjoituksen kohdetta. Sen saaminen näet merkitsee pääsopimuksen tekoa, lahjoituksen tapahtumista.

²⁵ Ks. edellä av 22 olevaa kirjallisuutta. Huomaa myös nyt jo kumottu A 5. 2. 1943 (Ask. N:o 138/1943) 1₂ §: »..., että kiinteistön vastaista luovuttamista tar koittavan sopimuksen nojalla asianosainen on tuomiolla, jota UL 3 luvun 4 §:n 2 mom:ssa tarkoitetaan, velvoitettu kirjoittamaan sopimuksen edellyttämä luovutus-kirja.»

Godenhjelm, JFT 1958 s. 229 väittää, että lopullisen kauppakirjan antaminen ei olisi välttämätöntä ja että tällä kannalla olisi myös oikeuskäytäntö. Tämä väite ei pidä paikkaansa. Po. ratkaisujen merkittävyyden vuoksi tarkastellaan niitä seuraavassa lähemmin.

KKO 1926 II 14: B ja C olivat 3. 7. 1916 allekirjoitetulla kauppakirjalla 6400 ruplan hinnasta ja kauppavälikirjassa muuten mainituilla ehdoilla myyneet A:lle omistamansa osan tietystä tilasta jättäen sen samalla A:n hallintaan, mutta sittemmin kieltäytyneet tekemästä kauppakirjaa, joka oli sovittu tehtäväksi vasta sitten, kun B olisi hankkinut selvityksen siitä, ettei tilaa rasittanut mikään velka-kiinnitys. A oli vaatinut, että B ja C velvoitettaisiin antamaan hänelle sopimuk-sen mukainen kauppakirja. KO velvoitti B:n ja C:n antamaan A:lle kauppakir-jan uhalla, että tuomiolla, sen saatua lainvoiman, UL 3: 4₂:n mukaan oli oleva sama vaikutus, kuin jos mainittu velvoitus olisi täytetty. HO katsoi, ettei ko. kauppa ollut lopullinen. Sen vuoksi HO kumosi KO:n päätöksen ja hylkäsi kanteen. KKO puolestaan totesi, että välikirja oli laadittu MK 1: 2:n säätä-mässä muodossa. Koska välikirjassa nimenomaan lausuttiin, että B ja C väli-kirjassa mainituin ehdoin myivät A:lle po. talonosan, joka samalla luovutettiin A:n hallintaan, KKO katsoi, ettei eri kauppakirjan antaminen ollut kauppasopimuksen päättämistä varten tarpeen, vaan että välikirja kävi kauppakirjasta. — Käsityk-seni mukaan KKO:n perustelutapa ei suinkaan viittaa siihen, että lopullisen kaup-pakirjan tekeminen ei ole tarpeen. Siinä vain todetaan, että kysymyksessä ei ole ollut esisopimus, vaan lopullinen sopimus. Tämän vuoksi »pääsopimuksen» teke-minen ei ollut tarpeen. Sanottuun viittaa sekin, että alioikeus ajatteli »esisopi-musopillisesti», mutta KKO kumosi tämän ajattelutavan korostaen, että »B ja C välikirjassa mainituin ehdoin A:lle myivät po. talonosan». Ko. oikeustapaus osoit-taa ennen kaikkea sitä jo alussa (ks. 4 § 21 av.) mainittua, että joskus on vaikea todeta, onko kysymyksessä esisopimus vai pääsopimus. Näin on varsinkin silloin, kun sopijapuolet itse kutsuvat esim. ehdollista pääsopimusta esisopimukseksi. Väärä nimitys johtaa ajatuksen helposti harhaan, vaikka kuinka yritettäisiinkin muistaa: *falsa demonstratio non nocet*. Ks. tästä Muukkonen, s. 13, s. 36 av. 22 viit-teineen.

KKO 1943 II 87: KKO katsoi selvitetyn, että A oli kiinteistönkaupasta voi-massa olleita muotoja noudattaen tehdyllä välikirjalla myynyt B:lle tiettyyn torp-paan kuuluneen tonttimaan välikirjassa mainitusta 2.000 markan kauppahinnasta.

Pääsopimuksen suorituskohdetta koskeva kanne voidaan kumuloida pääsopimuksen tekemistä koskevaan kanteeseen tietysti vain edellyttäen, että ko. suoritus on erääntynyt.²⁶ Asian luonteesta johtuu myös, että molemminpuolisesti velvoittavan pääsopimuksen suoritusta voidaan vaatia vain, jos vaatija on valmis täyttämään oman suoritusvelvollisuutensa,²⁷ ellei esisopimus muuta ilmaise.

C. Johtopäätöksiä. Edellä lausutusta ilmenee, että oikeutemme mukaan esisopimuksen luontoissuoritusvelvollisuus ei suinkaan aina merkitse yksinomaan pääsopimuksen tekemisvelvollisuutta. Joskus sopijapuoli voi vaatia paitsi pääsopimuksen tekemistä, myös pääsopimuksen suorituskohdetta. Esisopimus siis kelpuuttaa tällöin vaatimaan esim. tiettyä esinettä. Miksi tuota oikeutta nimitetään, on tietysti vain nimen antamista, eikä siihen saa sisällyttää enempää kuin edellä on lausuttu. Erittäin tähdellistä on korostaa, että tuo esineeseen tai muuhun pääsopimuksen suoritustavoitteeseen kohdistuva vaatimusoikeus ei oikeuta väittämään, että se on »luonteeltaan» esineoikeudellinen tai velvoiteoikeudellinen. Ainoastaan tämä on luontoissuoritusvaatimuksen reaalin sisältö.

3. KUKA VOI VAATIA ESISOPIMUKSEN TÄYTTÄMISTÄ

A. Periytyminen. Kirjallisuudessa on käsitelty vähän kysymystä, voiko perillinen yleensä vaatia esisopimuksen täyttämistä vai ei. Ne, jotka ovat kajoaneet tähän kysymykseen, ovat tehneet sen usein ainoas-

Koska välikirjan maininta, että tonttimaan luovutuksesta B:lle oli vielä tehtävä erityinen kauppakirja, ei vaikuttanut asiaan, KKO harkitsi oikeaksi, kumoten HO:n tuomion ja KO:n päätöksen, vahvistaa, että yllä mainittua välikirjaa oli pidettävä puheenalaisen tonttimaan luovuttamisesta B:lle tehtynä laillisena kauppakirjana. — Tuskin selvemmin, kuin KKO po. tapauksessa on tehnyt, voidaan lausua, että ko. välikirja ei ole ollut vain esisopimus, vaan »laillinen kauppakirja». Onhan tapaus otsikoitukin »määräalan kaupan päteväksi julistaminen». Sopijapuolten tarkoitus uuden kauppakirjan laatimisesta ei ole vaikuttanut asiaan, koska *falsa demonstratio non nocet*.

KKO:n po. ratkaisut eivät siis osoita vielä, mitä *Godenhjelm* väittää (JFT 1958 s. 229). Lisäksi on todettava, että po. tapaukset on ko. kirjoituksessa referoitu harhaanjohtavasti. Esim. KKO 1943 II 87 ei nojaudu oikeusohjeeseen: *Slutligt köpeavtal, som förutsatts i kontraktet mellan parterna, var ej erforderligt, då formen för fastighetsköp var iakttagen*.

²⁶ Ks. *Lassen*, s. 13; *Ussing*, s. 97.

²⁷ Näin *Nordling*, s. 220.

taan ohimennen. Ja mielipiteet ovat varsin erilaisia. Joku esittää, että periytymiseen on sovellettava tarjouksen periytymistä koskevia sääntöjä.²⁹ Toinen taas sanoo, että periytyminen määräytyy pääsopimuksen sisällön mukaan.³⁰ Kolmas kieltää periytymisen,³¹ neljäs suhtautuu siihen melko myönteisesti³² jne.³³

Ryhtymättä tarkastelemaan po. käsityksiä lähemmin yritetään seuraavassa ensin tutkia yksityistapauksia. Tämän jälkeen tehdään johtopäätökset periytymisestä. Yksityistapausten tarkastelussa edellytetään, että esisopimuksessa ei ole mainittu mitään periytymisestä ja etteivät »olosuhteet», ts. tulkinta-aineisto eli externa, anna viitettä siihen, mitä asianosaisten on katsottava tarkoittaneen. Jos olosuhteista jossakin yksityistapauksessa selviää, mikä sopijapuolten tarkoitus periytymisen suhteen on ollut, se lienee ratkaiseva. Kenenkään intressiä ei voitane vahingoittaa siinä määrin, että asianosaisten tarkoitukselta olisi kielletävä oikeusvaikutus po. suhteessa.³⁴

a) Voiko perillinen vaatia kiinteistönkaupan esisopimuksen täyttämistä? Silloin kun esisopimus sitoo tulevaa myyjää (M) ja tulevaa ostajaa (O), on M:llä kelpoisuus vaatia, että O ostaa kiinteistön häneltä. O:n kelpoisuus taas sisältää sen, että O voi vaatia M:ää myymään kiinteistönsä. Voiko M:n ja O:n sanottu kelpoisuus periytyä?

Periytymisen puolesta voidaan viitata ensiksikin siihen, että periytyminen on yleistä. Perillinenhän tulee meillä vallitsevan käsityksen mukaan perittävän varallisuus oikeudelliseen asemaan, mikäli jokin oikeus tietyssä harvinaisessa poikkeustapauksessa ei lakkaa perittävän

²⁹ Näin *Hakulinen*, *Velvoiteoikeus* I s. 112.

³⁰ Näin *Thöl*, s. 782.

³¹ Ks. *Roth*, s. 306. Käsitystä perustellaan mm. sillä, että velvoitettu saisi sopijapuolekseen henkilön, jonka kanssa hän ei ollut tahtonutkaan tehdä pääsopimusta.

³² *Adler*, *IhJ* 1892 s. 263: Ich bin demnach principiell gegen die Unvererblichkeit.

³³ Ks. vielä *Degenkolb*, *AcP* 1887 s. 77 ss.; *Becker*, s. 119; *Ehrenzweig*, II: 1 s. 141: Abtretung und Vererbung des Anspruches sind keineswegs ausgeschlossen; *Oser—Schönenberger*, s. 726; *Staub*, III s. 322 sanotaan, että esisopimuksella on »volle Rechtswirksamkeit»; *Tobias*, s. 80 ss.

³⁴ *Roth*, s. 306: Nun wird es allerdings meistens imgegenseitigen, ausdrücklich geäußerten oder stillschweigenden Einvernehmen der Parteien des Geschäftsrichtungsvertrages liegen, dass auch das Hauptgeschäft nur unter denselben persönlichen Verhältnissen eingegangen werden soll.

kuolinhetkellä.³⁵ Periytymisen puolesta puhuu myös reaalin har-
kinta. Jos esim. O on kuollut ja O:lla itsellään oli kelpoisuus vaatia
M:ää myymään kiinteistönsä tietyistä hinnasta ja muilla määrätyillä
ehdoilla, niin miksi O:n perillisellä, joka haluaa ja kykenee täyttämään
nuo ehdot, ei olisi samaa kelpoisuutta? O:n perillisen etuutta voi lou-
kata suuresti se, että M yksinomaan O:n kuolemantapaukseen viitaten
voisi vapautua velvollisuudestaan. Ajatelkaamme vain tapausta, että
M on sitoutunut myymään O:lle vuoden kuluttua esisopimuksen teosta
kiinteistönsä tietyistä hinnasta ja O on jo esisopimusta tehtäessä maksa-
nut melkoisen osan kauppahintaa. M ei tahtonut heti myydä tilaansa,
koska hän halusi viettää »vielä yhden vuoden kotitilallaan sen omis-
tajana». Vapauttaisiko yksinomaan O:n kuolema M:n sanotusta vel-
vollisuudestaan? — Vastaavaa voidaan esittää M:n kelpoisuuden näkö-
kulmasta.

Mikäli M:lle tai O:lle esisopimuksin luotu kelpoisuus olisi sillä tavoin
henkilökohtainen, että kuolema olennaisesti muuttaisi pääsopimuksen
tekemisen edellytykset, ei periytyminen voi olla mahdollinen.³⁶ Täl-
laista »voimakasta» henkilökohtaisuutta ei yleensä voitane olettaa kiin-
teistönkaupan esisopimuksen suhteen.³⁷ Kauppa on näet esisopimus-
asteellakin kaupankäyntiä. Siinä eivät yleensä ole ratkaisevina henkilö-
kohtaiset, vaan taloudelliset intressit. Vain jotkin erityiset olosuhteet,
kuten esim. kauppahinnan alhaisuus, erittäin edulliset maksuehdot tms.
voivat kumota tuon olettamuksen.

Jos O:n perillinen vaatii M:ää täyttämään esisopimuksen, tekemään
kiinteistönkaupan, ei M:n kannalta aina ole yhdentekevää, onko toisena
sopijapuolena O itse vai O:n perillinen. Esisopimuksessa on näet voitu
sopia, että lopullisen kaupan kauppahintaa ei tarvitse heti maksaa. M
joutuisi täten antamaan velkaa henkilölle, jonka maksukyky on kenties
paljon epävarmempi kuin O:n. Niin merkittävä kuin sanottu näkö-
kohta onkin, »kuihtuu» sen merkitys siksi, että PerLuovA 4 §:ssä sää-
detään: »Saatavasta, joka ei ole käynyt maksettavaksi, olkoot kuolin-
pesän osakkaat, sittenkuin omaisuuden luovutus-aika on mennyt ohitse,
velvolliset panemaan vakuuden, joll'ei velallinen ennen ole semmoista
antanut ja velkoja sitä tahtoo.» Tämän lainkohdan perusteella voita-

³⁵ Ks. *Heikonen*, Perinnönyhteydestä I s. 72 ss., erit. s. 103. — *Chydenius*,
Arfsrätt s. 37 av. 1: Hvilka dessa s.k. högstpersonliga rättigheter äro, kan icke
allmänhet angifvas, utan afgöres genom undersökning in casu.

³⁶ Ks. *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 110.

³⁷ Vrt. *Roth*, s. 306.

neen sanoa, että jos perillinen ei kykene antamaan riittävää vakuutta suoritusvelvollisuutensa täyttämisestä, on M:llä oikeus kieltäytyä pääsopimuksen teosta.³⁸ Vakuuden riittävyttä harkittaessa on muistettava MK 11: 2 ja KiinnA 22 §, joiden mukaan maksamaton kauppahinta voidaan kiinnittää etuoikeuksin kaupantekopäivästä lukien.

Edellä lausutun perusteella on katsottava, että perillinen voi vaatia kiinteistönkaupan esisopimuksen täyttämistä, elleivät erityiset olosuhteet osoita, että po. kelpoisuus on tarkoitettu henkilökohtaiseksi, ja edellyttäen, että perillinen kykenee antamaan vaadittaessa riittävän vakuuden vastasuoritusvelvollisuutensa täyttämisestä.³⁹

b) Voiko lahjanlupauksen saajan perillinen vaatia lahjanlupauksen täyttämistä? LahjaL:ssa ei tästä säädetä mitään. Ainoastaan Haku-
linen on käsitellyt po. kysymystä LahjaL:n kannalta.

Hakulinen ei pidä lahjanlupausta esisopimuksena, kuten edellä on jo mainittu.⁴⁰ Näin ollen se, mitä hän sanoo esisopimuksen periytymisestä yleensä, ei sovellu lahjanlupaukseen. Lahjanlupauksesta puhuessaan Hakulinen esittää, että lahjanlupaus on jo sinänsä lahja ja että lahjanlupaukseen perustuva saamisoikeus on siirrettävissä ja käytettävissä saajan velan pakkotäytäntöön, »ellei siirtämistä ole nimenomaisella ehdolla kielletty tai sellainen kieltö johdu lahjoituksen tarkoituksesta».⁴¹ Jo tällä perusteella voidaan Hakulisen sanoa suhtautuvan myönteisesti periytymiseen. Tämä ilmenee siitäkin, että hänen mielestään periytyminen ei koske kuolemanvaraislahjaa, joka nykyisin valitsevan käsityksen mukaan on sitova.⁴² Kuolemanvaraislahjasta Hakulinen näet lausuu: »Lahjoittajan tarkoituksen mukaisesti tällainen lah-

³⁸ Ks. *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 111 verrattuna s. 112. — Ks. lausutun johdosta myös jäljempänä av. 50 kohdalla velaksiantolupauksesta mainittua ja siinä olevia viitteitä.

³⁹ Ks. *Hakulinen*, Luovutus s. 114; *sama*, Velvoiteoikeus I s. 111 verrattuna s. 112. Huomaa myös *Becker*, s. 119; *Tobias*, s. 81. — Ks. *KKO 1922 sel.* 6, mikä tukee lausuttua. Se tosin koskee kysymystä, »onko oikeus saada määräajassa ostaa maaynnä sillä olevat laitokset, ostajan jouduttua konkurssiin, voimassa myös konkursipesän hyväksi». Kun po. kysymykseen on vastattu myönteisesti, sitä suuremmalla syyllä on periytyminen puollettavissa. *KKO 1924 t 131*: Kiinteistön myyntisopimuksen täyttämättä jättämisen varalta annettu vahingonkorvauksen maksamista koskeva sopimus sitoo myyjän perillisiiä.

⁴⁰ Ks. edellä 3 §:n B-c-kohdassa lausuttua.

⁴¹ Ks. *Hakulinen*, Velkakirjalaki s. 250; *sama*, Velvoiteoikeus I s. 169.

⁴² Ks. *Hakulinen*, Velkakirjalaki s. 253 ss.; *sama*, Velvoiteoikeus I s. 171; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 55; *Rautiala*, Perillisen lakiosa s. 58; *Zitting*, LM 1953 s. 989.

janlupaus raukeaa, jos saaja kuolee ennen lahjoittajaa. Lupaus on siis henkilökohtainen, se ei siirry saajan perilliselle.»⁴³

Käsitykseni mukaan lahjanlupaus on yleensä aina tarkoitettu henkilökohtaisesti lupauksen saajalle. Tämä koskee yhtä hyvin »tavalista» lahjanlupausta kuin kuolemanvaraislahjaa.⁴⁴ Ja tuo henkilökohtaisuus estää lahjanlupauksen periytymisen.

Lahjanlupaus ei kuitenkaan aina ole henkilökohtainen. Lupaukseen otetulla välipuheella henkilökohtaisuus on voitu poistaa tai se voi muuten ilmetä olosuhteista. Myöskään ns. palkintolahjan (*donatio remuneratoria*) lupaus ei liene henkilökohtainen. Kun tuollainen lahja luvataan kiitollisuuden osoitukseksi toisen tekemistä palveluksista,⁴⁵ voitaisiin tuskin puhua kiitollisuuden osoituksesta, jos lupauksensaajan perillinen ei saisi sitä hyödykseen.

c) Voiko panttauslupauksen saajan (velkojan) perillinen vaatia panttauslupauksen täyttämistä? Kysymykseen lienee vastattava myöntävästi⁴⁶ edellyttäen, ettei joistakin erikoisista olosuhteista muuta johdu. Tätä käsitystä tukee lähinnä se, että panttioikeus kuuluu vakuusoikeuksiin.⁴⁷ Nuo oikeudet eivät ole olemassa itseään varten, vaan vakuutena toiselle oikeudelle.⁴⁸ Vakuusoikeuden tarkoituksesta johtuu myös, että ko. lupaustakaan ei voida pitää niin henkilökohtaisena, että sen täyttämistä voisi vaatia vain lupauksen saaja, mutta ei hänen perillisensä. Lausuttua tukee myös se, että olisi varsin kohtuutonta, ellei perillinen saisi vaatia vakuutta, mikä yleensä on velanannon ensisijainen edellytys.

d) Voiko velaksiantolupauksen saajan perillinen vaatia lupauksen täyttämistä. Velaksiantolupauksen sitovuudesta on edellä⁴⁹ esitetty,

⁴³ Hakulinen, Velvoiteoikeus I s. 171.

⁴⁴ Kuolemanvaraislahja ei voine olla henkilökohtaisempi kuin tavallinen lahjanlupaus. Pikemminkin asia on päinvastoin. Jos näet joku on valmis eläessään lahjoittamaan toiselle jotakin, edellyttäne se suurempaa henkilökohtaisuutta kuin kuolemanvaraislahja. Lienee melko helppoa luvata toiselle jotakin oman kuoleman jälkeen annettavaksi, jolloin lupauksen antaja ei enää itse tarvitse mitään.

⁴⁵ MK 8:2: »Jos lahja on annettu vaivannäöstä, työstä tahi tehdystä palveluksesta.» — Ks. remuneratorisen lahjan käsitteestä esim. *Chydenius*, KR II s. 15 ss.; *Hakulinen*, Velkakirjalaki s. 252 ss.; *Marks von Württemberg-Sterzel*, s. 160; *Wrede-Caselius*, I s. 254.

⁴⁶ Ks. *Gestrin*, JFT 1940 s. 87.

⁴⁷ Ks. esim. *Hannikainen*, Pidätysoikeus s. 120 ss.; *Palmgren-Olsson*, s. 230; *Wrede-Caselius*, II s. 436.

⁴⁸ *Hannikainen*, Pidätysoikeus s. 148.

⁴⁹ Ks. 5 §:n C-h-kohdassa lausuttua.

että vain lupauksen saaja voi vaatia luontoissuoritusta. Sitä vastoin lupauksen antaja ei voi pakottaa ketään ottamaan vastaan varojaan, koska hän voi nykyisin helposti sijoittaa ne muualle.

Voiko sitten velaksiantolupauksen saajan perillinen vaatia lupauksen täyttämistä, siis luvattuja lajesineitä, esim. rahaa, itselleen? Periytymistä vastaan puhuu ennen kaikkea se, että voidaan väittää olevan kohtuutonta, jos velkojan pitäisi luovuttaa esim. rahaa henkilölle, jonka kanssa hän ei ole tehnyt sopimusta. Joutuisihan hän antamaan rahat henkilölle, jonka maksukyky voi olla huomattavasti heikompi ja epävarmempi kuin alkuperäisen velallisen. Tämän merkittävän näkökohdan vastapainona on kuitenkin PerLuovA 4 §. Sen perusteella, niin kuin edellä kiinteistönkaupan esisopimuksestakin puhuttaessa esitettiin, velkojalla on oikeus vaatia riittävän vakuuden asettamista. Perillisen vastasuoritusvelvollisuus ei siis voi estää periytymistä. Sitä vastoin velaksiantolupaus täytynee yleensä olettaa annetuksi henkilökohtaisesti lupauksen saajalle. Ja tämä henkilökohtaisuuselementti estää periyty-misen.⁵⁰ — Vastakkainen mielipide ei ole suinkaan perusteeton. Joka on tätä mieltä, hänelle on huomautettava, että tällaisen kannan omaksumisella ei ole suurta käytännöllistä merkitystä. Ko. velkasuhde on näet sanottavissa irti milloin vain, ellei siitä ole mitään sovittu.⁵¹ Jos taas irtisanomisajasta on sovittu, ei se yleensä ole kovin pitkä.

e) Yhteenveto. Edellä käsiteltyjen muutamien tapausten perusteella ei voida esittää mitään varmoja yleisiä sääntöjä. Tiettyjä »invariansseja»⁵² voidaan kuitenkin havaita. Ei liene epäilystä siitä, että niiden toteamisella saattaa olla merkitystä muissakin yksityistapauksissa, jolloin on vastattava kysymykseen, voiko perillinen vaatia esisopimuksen täyttämistä.

Oikeutemme mukaan periytyminen voi olla mahdollista. Periytyminen saattaa kuitenkin estyä jonkin erityisen seikan vuoksi. Mer-

⁵⁰ Lopputuloksen osalta näin mm. *Chydenius*, KR I s. 207; *Tobias*, s. 81. Toisin *Hakulinen*, *Velvoiteoikeus* I s. 111. Tällä kannalla oli myös *Chydenius* aluksi, ks. JFT 1892—93 s. 58.

⁵¹ VelkakirjaL 5 §.

⁵² *Eino Kaila*, *Inhimillinen tieto*. Mitä se on ja mitä se ei ole. Helsinki 1939, s. 13 ss.; mm.: »Jos kysytään, mitkä ovat inhimillisten tiedon pyrkimysten tavoitteet, voidaan tähän vastata yhdellä sanalla: ne ovat invarianssit. Mitä siis tarkoitamme tällä sanalla, jolle annamme niin erinomaisen merkityksen? Siihen voitaisiin vastata lyhyestikin: invariansseilla tarkoitetaan säännönmukaisuuksia, lainalaisuuksia.»

kittävin ja varsin yleinen on se, että esisopimuksen luoma kelpoisuus on katsottava vain henkilökohtaiseksi kelpoisuudeksi.⁵³ Kelpoisuuteen liittyvä vastasuoritusvelvollisuus estää myös periytymisen, ellei anneta riittävää vakuutta vastasuoritusvelvollisuuden täyttämisestä.

B. Siirrettävyys. Esisopimuksen luoman kelpoisuuden siirtoakin on kirjallisuudessa käsitelty niukanlaisesti. Varsin yleisesti suhtaudutaan siirtoon kielteisesti.⁵⁴ Jotkut taas hyväksyvät siirtomahdollisuuden esittäen kuitenkin melkoisesti toisistaan poikkeavia siirron edellytyksiä ja varauksia.⁵⁵ Ottamatta nytkään, yhtä vähän kuin edellä periytymistä tarkasteltaessa, mitään kantaa noihin erilaisiin käsityksiin, siirrytään seuraavassa tarkastelemaan yksityistapauksia.

Esisopimuksessa voi olla maininta siirtomahdollisuudesta.⁵⁶ Mikäli siirto nimenomaan *sallitaan* tai asianosaisten on katsottava tarkoittaneen sitä, lienee siirto yleensä mahdollista.⁵⁷ Siirtäjä vapautuu myös pääsopimukseen kuuluvasta vastasuoritusvelvollisuudestaan, sillä onhan vastasuoritukseen kelpuutettu antanut siirtoluvassa hyväksymisensä velallisenkin vaihdokseen. — Jos taas kelpoisuuden siirto on nimenomaan *kielletty*, vaikka se jossakin yksityistapauksessa saattaisi muuten olla mahdollista, lienee kiello tehoisa siirtomahdollisuutta harkittaessa.⁵⁸

⁵³ Asian luonteesta johtuu, että perillinen ei voi vaatia sellaisen pääsopimuksen tekemistä, jonka tarkoittaman suorituksen ainoastaan perittävä henkilökohtaisesti olisi kyennyt tekemään. Ks. *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 111.

⁵⁴ *Tobias*, s. 74 toteaa, että useimmat suhtautuvat kielteisesti siirtoon. Ks. esim. *Hakulinen*, Velvoiteoikeus, I, s. 112: »Kumpikaan puoli ei voi siirtää oikeuttaan sopimuksen tekemiseen kolmannelle», *sama*, Luovutus s. 114. *Kress*, s. 502; *Larenz*, I s. 289, *sama*, II s. 154; *Palandt*, s. 425; *Roth*, s. 306 ss.

⁵⁵ Ks. esim. *Adler*, IhJ 1892 s. 264 ss.; *Becker*, s. 119; *Degenkolb*, AcP 1887 s. 78; *Ehrenzweig* II: 1 s. 141; *Thöl*, s. 782; *Tobias*, s. 74 ss.

⁵⁶ Asunto-osakkeiden luovutusta koskevissa esisopimuskaavakkeissa on usein tällainen maininta. Esim. Aravan kaavakkeessa (Aravan lomake N:o 25) on ehto: »4) ostaja ei ole oikeutettu siirtämään tätä sopimusta.» Ns. Airaksisen mallissa, jota käytetään melko yleisesti, sanotaan taas: »Ostajalla ei ole oikeutta siirtää tätä sopimusta luovuttajaa kuulematta.»

⁵⁷ Huomaa KKO 1958 II 37: Henkilöllä, joka oli tehnyt esisopimuksen eräiden tilanosuuksien ostamisesta perustettavan osakeyhtiön lukuun, ei ollut, kun osakeyhtiö tultuaan merkityksi kaupparekisteriin ei ollut hyväksynyt tuota sopimusta, oikeutta saada kauppakirjaa omiin nimiinsä, *koskei ollut näytetty sopimusta tehtäessä tarkoitettua*, että siihen perustuva oikeus siinä tapauksessa, ettei osakeyhtiö hyväksynyt sopimusta, *siirtyisi hänelle henkilökohtaisesti*.

⁵⁸ Ks. siirtokiellon merkityksestä velkojiin nähden jäljempänä av. 81 kohdalla lausuttua.

Mikäli kielto tarkoittaa yksinomaan siirtäjän etuutta, riittää hänen siir-
rosta ilmenevä suostumuksensa poistamaan kiellon vaikutuksen.⁵⁹

a) Voidaanko kiinteistönkaupan esisopimus siirtää? Kysymystä tarkastellaan seuraavassa lähemmin vain tulevan ostajan (O:n) näkökulmasta. Tämä johtuu siitä, että myyntikelpuutuksen siirtämisen tarve on käytännössä sangen harvinainen.⁶⁰

Siirtomahdollisuutta vastaan voidaan ensiksikin sanoa, että O:n oikeus on niin henkilökohtainen, ettei sitä voida siirtää kolmannelle henkilölle (C:lle). Tällainen henkilökohtaisuusajatus on kuitenkin jo edellä torjuttu.⁶¹ Sitä ei siis voida pitää siirron esteenä. Poikkeustapauksessa asia voi olla toisinkin. Tällöin siirtoa ei voida tehdä.

Siirtymistä vastaan voidaan myös lausua, että se on mahdotonta, »koska luvattua sopimusta ei voida päättää ilman samanaikaista velvollisuuksien perustamista».⁶² Tämä on varsin merkittävä argumentti, ellei sen merkitystä voi jolloin tavoin »mitätöidä». On totta, että myyjän (M:n) kannalta ei ole yhdentekevää, onko myyntihinnan maksajana varakas O vai tuntematon C. Pääsopimuksen teko näet synnyttää mm. sanotun tärkeän velvollisuuden. — Voidaanko sitten M:n asema »turvata» maksun saantiin ja muihin velvollisuuksiin nähden, joihin C joutuu pääsopimuksen perusteella? Kysymykseen on vastattava myöntävästi. Käytettävissä on kaksi mahdollisuutta. Toinen edellyttää ns. velvoiteoikeudellisen ajattelutavan omaksumista. Voidaan näet sanoa, että O:n kelpoisuus vaatia M:ää myymään kiinteistö hänelle on siirtynyt C:lle, koska kysymyksessä on velkojan vaihdos. Sitä vastoin velallisen vaihdos ei ole mahdollista velkojan suostumuksetta. Maksuvelvollisena on

⁵⁹ Ks. tässä yhteydessä *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 3. — Yllä olevaa ei ole johdettu kysymyksen ratkaisusta, voidaanko velvoiteoikeudessa sopia, että saaminen ei ole siirrettävissä (*pactum de non cedendo*). »Klassillinen» käsitys on, että tuollainen sopimus on aina mahdollinen. Tätä eivät kaikki hyväksy. Ks. kysymyksestä yleensä esim. *Enneccerus—Lehmann*, s. 300 ss.; *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 2 ss.; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 298 ss.; *Serlachius*, Velvoiteoikeus s. 148; *von Tuhr—Siegwart*, II s. 739 ss.; *Ussing*, Obligationsret s. 258 ss.; *Wrede—Heinonkoski*, s. 124.

⁶⁰ Po. tarve voi tulla kysymykseen esim. silloin, kun kiinteistön omistaja myy kiinteistönsä ja ilmoittaa ostajalle, että kolmas on sitoutunut myöhemmin ostamaan po. tilasta määräälan. Jos ostaja voi vaatia tuon sitoumuksen täyttämistä, saattaa sillä olla merkitystä em. kaupan rahoittamisessa.

⁶¹ Ks. edellä tämän §:n A-a-kohta.

⁶² *Hakulinen*, Luovutus s. 114. Ks. lisäksi mm. *Roth*, s. 306; *von Tuhr—Siegwart*, II s. 791. Myös he kieltävät siirrettävyyden po. argumentilla. Vrt. sitä vastoin *Becker*, s. 119.

siis O ja myös C, joka on siirrolla sitoutunut po. maksuun. Pääsopimuksen teossa esiintyy siis ostajataholla velallisten »kollektiivipuoli» (Kollektivpartei).⁶³ — Tuollainen velkojan etujen turvaamiskeino on mahdollinen, mutta kovin monimutkainen. Lopullista kauppakirjaa tehtäessä pitää näet mainita, että M myy kiinteistön C:lle ja C maksaa kauppahinnan, mutta sen maksamisesta on vastuussa myös O. Siirtäessään kelpoisuutensa C:lle O:n täytyy antaa omaa maksuvelvollisuuttaan osoittava sitoumus tai sellainen on saatava viimeistään kaupan tekotilaisuudessa.⁶⁴

Toinen ja huomattavasti käytännöllisempi M:n etujen turvaamiskeino on vakuuden antaminen M:lle kaikista C:n velvollisuuksista. Onko siis mahdollista, että O vapautuu pääsopimuksen täyttämisen vastuusta ja C voi asettamalla vakuuden omasta suoritusvelvollisuudestaan vaatia M:ää tekemään kaupan kanssaan? Kysymykseen lienee vastattava myöntävästi. Kenenkään etuutta ei näet loukata, jos tuollainen siirtomahdollisuus tunnustetaan. Lausuttua tukee myös se, että ellei tällaista kansanomaisesti ajatellen luonnollista siirtomahdollisuutta tunnusteta, O:n kelpuutusta ei voida ulosmitata eikä käyttää konkurssi-velkojen tyydyttämiseen. Kun velkojen etuutta voi tuollainen loukata varsin tuntuvasti ja kun Korkein oikeutemme on katsonut, että konkurssipesä voi vaatia kiinteistön luovuttamista,⁶⁵ täytynee sanottu siirtomahdollisuus sallia.

Kiinteistönkaupan esisopimus voidaan siis siirtää edellyttäen, että siirronsaaja kykenee täyttämään pääsopimuksen velvoitteet ja asettamaan niiden asianmukaisesta täyttämisestä riittävän vakuuden. Jos joistakin olosuhteista ilmenee, että esisopimuksen luoma kelpoisuus on tarkoitettu henkilökohtaiseksi, ei siirto ole mahdollinen.

b) Voidaanko lahjanlupaus siirtää? Hakulinen on meillä LahjaL:n voimaantulon jälkeen esittänyt, että »tämä saamisoikeus kuuluu lahja-saajan omaisuuteen. Hän voi siirtää sen toiselle, ellei siirtämistä ole

⁶³ Tobias, s. 76 ss., erit. s. 79. — Ks. myös jäljempänä av. 70 kohdalla velaksi-antolupauksesta mainittua viitteineen.

⁶⁴ »Siirto» voidaan järjestää myös siten, että O antaa C:lle valtakirjan ostamista varten ja myös myyntivaltakirjan. C tekee sitten ensiksi mainitulla valtakirjalla lopullisen kaupan M:n kanssa ja »hoitaa» sitten toisella valtakirjalla kiinteistön omiin nimiinsä. Kun tällaisessa tapauksessa tehdään kaksi lopullista kauppaa, M:ltä O:lle ja O:lta C:lle, joudutaan kummassakin tapauksessa varmasti maksamaan mm. leimavero.

⁶⁵ KKO 1922 sel. 6.

nimenomaisella ehdolla kielletty tai sellainen kielto johdu lahjoituksen tarkoituksesta». ⁶⁶ Edellä ⁶⁷ on esitetty, että lahjanlupaus on tavallisesti tarkoitettu henkilökohtaisesti lupauksensaajalle. Siitä johtuu, ettei lahjanlupausta yleensä voida siirtää. Poikkeuksen muodostavat tapaukset, jolloin ko. henkilökohtaisuus on katsottava poistetuksi. Tältä osin voidaan viitata aikaisemmin lausuttuun. ⁶⁸ Noissa tapauksissa siirto on siis mahdollinen.

c) Voidaanko panttausluvanta siirtää? Panttausluvannan vakuus-tarkoituksesta, ts. ei-henkilökohtaisuudesta johtuu, että se voidaan siirtää saatavan kanssa, johon se liittyy. »Siirto» lieene mahdollinen myös ilman saatavan siirtoa. Panttausluvanta näet lieene edelleen pantattavissa KK 10: 6:n edellytyksin. ⁶⁹

d) Voidaanko velaksiantolupaus siirtää? Kirjallisuudessa esitetään melko yleisesti, että velaksiantolupauksen saaja voi siirtää oikeuden saada itselleen velaksiannon kohde, esim. rahat, mutta ei velvollisuutta olla velallisenä. ⁷⁰ Tällainen käsitys selittyy mm. siitä, että tällöin ei ole kysymys varsinaisesta siirrosta, jossa siirronsaajasta tulisi myös velallinen. Velallisenä tulee jatkuvasti olemaan lupauksen saaja, ellei velkoja suostu velallisen vaihdokseen. Lupauksen saaja taas, antamalla siirronsaajalle oikeuden varoihin, perustaa itselleen erillisen ja uuden saamisoikeuden siirronsaajaa kohtaan. ⁷¹

On luonnollista, että edellä kerrottu on aina mahdollista. Tällaista ei kuitenkaan voitane katsoa velaksiantolupauksen siirtämiseksi. Vasta

⁶⁶ Hakulinen, Velkakirjalaki s. 250.

⁶⁷ Ks. tämän §:n 3-A-b-kohdassa lausuttua.

⁶⁸ Ks. tämän §:n 3-A-b-kohdassa lausuttua.

⁶⁹ Kirjallisuudessa esitetään joskus, että jälleenanttaus ei ole mahdollinen ilman saatavan siirtoa. Näin esim. *Wrede-Caselius*, II s. 516. Toisin esim. *Palmgren-Olsson*, s. 231; *Taxell*, s. 98 ss. viitteineen; *Undén*, I s. 311. Kielteinen käsitys perustuu panttioikeuden ehdottoman liitännäisyyden (aksessorisuuden) luonteeseen. Tällainen käsitys on nykyisin yleisesti hylätty.

⁷⁰ Ks. esim. *Chydenius*, KR I s. 207; *Kress*, s. 502; *Palandt*, s. 425; *von Tuhr-Sieewart*, II s. 792 av. 19.

⁷¹ *von Tuhr-Sieewart*, II s. 792 av. 19 esittää Sveitsin oikeuden osalta: Dagegen ist der Anspruch aus dem sog. pactum mutuo dando abtretbar. Denn dieser Anspruch geht nicht auf Abschluss eines Darlehensvertrags, sondern auf Auszahlung der Darlehensvaluta. Durch diese Auszahlung erwirbt der Auszahlende einen Rückforderungsanspruch nicht gegen den Zessionar, sondern gegen den Zedenten, mit dem er den Darlehensvertrag im Sinn des Art. 312 geschlossen hat.

sitten on syytä puhua siirtämisestä, jos sekä oikeus saada rahat että niiden takaisinmaksuvelvollisuus voidaan siirtää.

Velaksiantolupauksen varsinainen siirto ei ole mahdollista, ellei lupauksen antajan voida katsoa suostuneen tähän. Edellä on esitetty, että velaksiantolupaus on yleensä lupauksen saajalle henkilökohtaisesti tarkoitettu.⁷² Jo tällä perusteella siirtämismahdollisuus estyy. Velkojan kannalta ei myöskään ole yhdentekevää, kuka on velallisenä. Tosin velkojan oikeutettu intressi voidaan melko hyvin varmistaa antamalla vakuus. Siihen ei kuitenkaan tarvitse mennä, koska lupauksen henkilökohtaisuudesta johtuu siirtokielto.⁷³

e) Yhteenveto. Esisopimuksen siirtomahdollisuutta koskevaan kysymykseen ei edellä ilmenneistä syistä voitane antaa yleisluontoista vastausta. Yksityistapaukset vaihtelevat niin paljon, että kysymys voidaan ratkaista vain kussakin yksityisessä tapauksessa erikseen.

C. Ulosmittaus- ja konkurssitapaukset. Oikeutemme mukaan »ulosottokelpoisia ovat periaatteessa kaikki omaisuus oikeudet, jotka voidaan luovuttaa».⁷⁴ Sama koskee KonkS 45 §:n mukaan myös yleistätöntöönpanoa, konkurssia. Tästä periaatteesta on kuitenkin olemassa poikkeuksia. Tietyissä, tosin erittäin harvinaisissa tapauksissa, ulosmittaus on kielletty, vaikka »oikeus» voidaan luovuttaa, ja joskus, vaikka luovuttaminen on kielletty, voi ulosmittaus olla sallittu.⁷⁵ Luovutettavuuden ja ulosmittauskelpoisuuden välillä ei siis vallitse loogista riippuvaisuussuhdetta, joskin se muodostaa vahvan pääsäännön.

Noudatetaanko esisopimuksen suhteen esitettyä pääsääntöä vai muodostaako esisopimus poikkeustapauksen? Esisopimukseen lienee sovellettava pääsääntöä.⁷⁶ Ei näet liene olemassa syitä, jotka vaatisivat poikkeamaan mainitusta erittäin vahvasta pääperiaatteesta. Tämä on tietysti myös sangen käytännöllistä. — *Kiinteistönkaupan* esisopimuksen luoma kelpoisuus voidaan siis yleensä ulosmitata, ja konkurssipesä

⁷² Ks. tämän §:n av. 50 kohdalla mainittua.

⁷³ Huomaa tässä yhteydessä Saksan BGB 610 § ja Sveitsin OR 312 art. Niissä on säädetty, että velkoja voi kieltäytyä luovuttamasta varoja lupauksen saajallekin, mikäli tämän varallisuusasema on oleellisesti huonontunut, niin että varojen takaisinsaaminen vaarantuu.

⁷⁴ *Honkasalo*, DL 1931 s. 173. — UL 4:9:ssä säädetään mm.: »Niin myös omaisuutta tahi oikeutta, jota ei voida luovuttaa, älköön ulosmitattako.»

⁷⁵ Ks. *Heikonen*, LM 1928 s. 344; *Honkasalo*, DL 1931 s. 173 av. 6—8. Ks. myös *von Eyben*, s. 11 ss.; *Ross*, s. 257 ss.

⁷⁶ Vrt. *Adler*, IhJ 1892 s. 267. Huomaa myös *Tobias*, s. 83 ss.

voi vaatia pääsopimuksen tekemistä.⁷⁷ Sama koskee *panttauslupantaa*.⁷⁸ Sitä vastoin *lahjanlupausta*⁷⁹ ja *velaksiantolupausta*⁸⁰ ei voida ulosmitata eikä käyttää yleistäytäntöönpanoon. Nehän eivät yleensä ole siirrettävissä, niinkuin juuri edellä on esitetty.

Esisopimuksessa saattaa olla mainittu, että sopimusta ei voida siirtää. Tällainen siirtokielto estää yleensä ulosmittauksen ja konkurssipesään kuulumisen, ellei kiellon tarkoituksena ole loukata lähinnä velkojaintressiä. Tämän vuoksi pelkkä ulosmittauskielto onkin tehoton.⁸¹ Sitä vastoin siirron kieltämisestä, mutta ulosmittauksen sallimisesta voitaneen tehokkaasti sopia.⁸²

4. KENEN PITÄÄ TÄYTTÄÄ ESISOPIMUS

A. Periytyminen. Kirjallisuudessa on esisopimuksen »passiivipuolen» henkilönvaihdoskysymyksiä käsitelty vielä vähemmän kuin »aktiivipuolen» henkilönvaihdoksia, joita niitäkin on tarkasteltu niukanlaaisesti, kuten edellä olevasta on käynyt ilmi.

Sikäli kuin kirjallisuudessa on pyritty antamaan yleisluontoinen vastaus po. kysymykseen, ollaan usein sitä mieltä, että on samantekevää, onko perittävä ollut oikeutettu vai velvoitettu. Esisopimuksesta johtuvien »oikeuksien ja sidonnaisuuksien periytymiseen nähden» on siis

⁷⁷ Näin KKO 1922 sel. 6, missä vastattiin myönteisesti oikeuskysymykseen, onko oikeus saada määrääjassa ostaa maa ynnä sillä olevat laitokset, ostajan jouduttua konkurssiin, voimassa myös konkurssipesän hyväksi. KO, jonka omaksuman käsityksen KKO hyväksyi, lausui päätöksensä perusteluina mm.: »minkä vuoksi ja koska A:n jouduttua konkurssitilaan, hänen konkurssipesänsä, jolle sanotun osto-oikeuden oli katsottava kuuluvan.» Toisin *Hakulinen*, Luovutus s. 114: »Sopimuksenteko-oikeutta ei myöskään voida ottaa pakkotäytäntöön (ulosmitata) sopimuskumppanin velasta.»

⁷⁸ Ks. panttioikeuden ulosmittaamisesta yleensä *Taxell*, s. 220 ss.

⁷⁹ Toisin *Hakulinen*, Velkakirjalaki s. 250.

⁸⁰ Näin *Adler*, IhJ 1892 s. 267. Huomaa myös *Ussing*, Enkelte Kontrakter, s. 54.

⁸¹ Ks. edellisen johdosta esim. *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 298 ss.; *Olivecrona*, s. 98; *Ussing*, Obligationsret s. 259 ss., missä lausutaan mm.: Undertiden har man anset det for en Selvfølge, at en saadan Vedtagelse maatte respekteres, idet Bestemmelsen opfattes som en Begraensning i Skyldenerens Forpligtelse. Dette kan dog ialfald ikke vaere afgørende for Spøgsmaalet om Udelukkelse af Kreditorforfølgning.

⁸² Huomaa Aravan lomake N:o 25, jossa asunto-osakkeiden esisopimuksista sanotaan: »4) Ostaja ei ole oikeutettu siirtämään tätä sopimusta. Ostajalla on kuitenkin oikeus antaa tähän sopimukseen perustuva oikeus osakkeiden saantiin pantiksi julkisen tarkastuksen alaiselle rahalaitokselle.»

tämän mukaan sovellettava samoja periaatteita.⁸³ Jotkut taas eivät ilman muuta edellytä kerrotunlaista »oikeuksien» ja »velvollisuuksien» riippuvaisuusperiaatetta, vaan esittävät itsenäisiä sääntöjä velvollisuuksien periytymisestä.⁸⁴

Ryhtymättä tarkastelemaan po. käsityksiä lähemmin siirrytään seuraavassa yksityistapausten käsittelyyn. Jälleen edellytetään, että esisopimuksessa ei asiasta mainita mitään ja että olosuhteet eivät anna vihintä siitä, mikä on ollut asianosaisten tarkoitus. Jos näin on asian laita, lienee sopijapuolten tarkoitus yleensä ratkaiseva.⁸⁵

a) Onko perillinen velvollinen täyttämään kiinteistönkaupan esisopimuksen? Kysymykseen lienee vastattava myöntävästi, tosin sellaisin varauksin, jotka edellä on esitetty vastattaessa kysymykseen, voiko perillinen vaatia kiinteistönkaupan esisopimuksen täyttämistä. Esitetyn mielipiteen perustelutkin voidaan löytää *mutatis mutandis* niistä näkökohdista, jotka edellä jo on selvitetty.⁸⁶ Niitä on turha toistaa.

b) Onko perillinen velvollinen täyttämään lahjanlupauksen? Kysymykseen on vastattava »periaatteessa» myöntävästi.⁸⁷ Tämä näet ilmenee useista PK 17 luvun säännöksistä, joissa edellytetään lahjanlupauksen sitovan myös kuolinpesää.⁸⁸ Sitovuus on kuitenkin sikäli »periaatteellista», että PK 17: 7:n mukaan: »Jollei lahjanlupauksena annettua sitoumusta ollut täytetty perittävän kuollessa, älköön sitä saatettako voimaan, sikäli, kuin se loukkaisi perillisen lakiosaa.» PK 17: 18:ssa taas määrätään, että lahjanlupausta ei voida saattaa voimaan »sikäli, kuin se loukkaisi lapsen oikeutta tämän luvun säännösten mukaan suoritettavaan avustukseen». — Siis sikäli kuin lahjanlupauksen täyttäminen ei loukkaa perillisen lakiosaa tai perittävän lapsen oikeutta PK 17 luvun mukaiseen avustukseen, on perillinen velvollinen täyttämään lahjanlupauksen.

⁸³ Hakulinen, Velvoiteoikeus I s. 112. Ks. myös Roth, s. 306; Tobias, s. 80.

⁸⁴ Ks. Adler, IhJ 1892 s. 262 ss., missä lausutaan mm.: Was die behauptete Unvererblichkeit anlangt, so ist dieselbe für die passive Seite des einseitig bindenden Vorvertrag, so viel ich sehe, nie behauptet worden.

⁸⁵ Ks. edellä tämän §:n 3-A-kohdan alussa lausuttua.

⁸⁶ Ks. edellä tämän §:n 3-A-a-kohdassa esitetty. Ks. myös Hakulinen, Luovutus, s. 114; sama, Velvoiteoikeus I s. 111 verrattuna s. 112. Huomaa myös Tobias, s. 80 ss.

⁸⁷ Näin mm. Hakulinen, Velvoiteoikeus I s. 171; Rautiala, Lakiosa s. 58. Ks. myös Marks von Würtemberg—Sterzel, s. 159.

⁸⁸ Ks. PK 17: 3₂, 7, 9 ja 18.

c) Onko perillinen velvollinen täyttämään panttausluvannan? Tähänkin kysymykseen on vastattava myöntävästi.⁸⁹ Sitä eivät tue ainoastaan näkökohdat, jotka edellä on esitetty vastattaessa kysymykseen, voiko panttauslupauksen saajan (velkojan) perillinen vaatia panttausluvannan täyttämistä,⁹⁰ vaan myös PerLuovA 4 §. Sen mukaan näet kuolinpesän osakkaat ovat velvolliset antamaan velkojalle vakuuden, vaikkei velallinen olisi sellaista edes luvannut. Jos velallinen on jo luvannut antaa pantin, tokihan perillisten on pysyttävä tuossa vakuus-oikeuden luvannassa.

d) Onko perillinen velvollinen täyttämään velaksiantolupauksen? Tähänkin kysymykseen lieene vastattava myöntävästi.⁹¹ Jos näet velan lupaaaja on kuollut, mutta lupauksen saaja pysyy samana, eivät velkasuhteen takaisinmaksamisen edellytykset (vakuusnäkökohdat) millään tavoin muutu. Miksi siis lupauksen tehneen perilliset eivät olisi yhtä vahvasti sidottuja kuin lupauksen tehnyt itsekin? — Po. vaatimusta tuskin esitetäneen käytännössä. Lupauksen antajan perillistaholla on näet varsin laaja irtisanomisoikeus. Paitsi niin sanoakseni »normaalia» irtisanomisoikeutta (arg. VelkakirjaL 5 §) kuuluu perillistaholle myös PerLuovA 5 §:n mukainen erikoinen irtisanomisoikeus.⁹²

e) Yhteenveto. Yksityistapausten tarkastelun perusteella voidaan todeta, että niissä perillinen on ollut velvollinen täyttämään esisopimuksen. Lahjanlupauksessa perillisen täyttämisvelvollisuus on kuitenkin kerrotulla tavalla »varauksellista». Jo tämä oikeuttaa esittämään, että perillisen velvollisuus täyttää esisopimus, t.s. tehdä pääsopimus, ei ole poikkeukseton. Merkittävimmän poikkeusten ryhmän muodostavat tapaukset, joissa suoritukset liittyvät niin läheisesti velallisen henkilöön, ettei perillisen voida edes ajatella astuvan perittävän sijaan.⁹³

⁸⁹ Näin esim. *Hasselrot*, *Skrifter* II s. 9: den, som erhållit pantsörskrivning, har nämligen anspråk på utbekommande av saken i fråga jämväl gent emot senare förvärvare, som icke är i god tro; *sama*, *Handelsbalken* III s. 1561.

⁹⁰ Ks. edellä tämän §:n 3-A-c-kohdassa lausuttua.

⁹¹ Näin *Chydenius*, *KR* I s. 207; *Tobias*, s. 80. Ks. myös *Adler*, *IhJ* 1892 s. 262; *Hakulinen*, *Velvoiteoikeus* I s. 111 verrattuna s. 112.

⁹² PerLuovA 5 §:n mukaan, jos omaisuus on jaettava useiden kuolinpesän osakkaiden kesken ja kuolinpesään kuuluu velka, joka ei käy maksettavaksi yhdessä vuodessa kuolemantapauksen jälkeen, kuolinpesän osakkailla on kelpoisuus sanoa velka irti maksettavaksi vuoden kuluttua irtisanomisesta.

⁹³ Vrt. *Hakulinen*, *Velvoiteoikeus* I s. 50: »Eräät suoritukset ovat kuitenkin niin läheisesti velallisen henkilöön sidottuja, ettei kolmas voi täyttää velvoitetta hänen puolestaan. Niihin kuuluvat..., esisopimuksessa tarkoitetun sopimuksen päättäminen, ...»

B. Siirto- ja ulosmittaustapaukset. Ainoastaan esityksen täydellisyysden vuoksi on todettava, että yksinomaan esisopimuksen *velallisuuden* siirto ei tietysti voi tulla kysymykseen. Sellainen on mahdollista vain velkojapuolen suostumuksella ja tällöinkin vain sikäli, kuin voidaan ajatella toisen kykenevän täyttämään pääsopimuksen velvoitteet.

Aivan yhtä luonnollista on, että esisopimuksen luomaa pääsopimuksen tekemisvelvollisuutta ei voida ulosmitata. Ainoastaan »oikeudet» voivat olla ulosmittauksen kohteina.⁹⁴

C. Konkurssitapaukset.

a) Onko konkurssipesä velvollinen täyttämään kiinteistönkaupan esisopimuksen? Voiko O (ostaja) vaatia, että M:n (myyjän) konkurssipesän on tehtävä kiinteistönkauppa hänen kanssaan? Käsitykseni mukaan kysymykseen on vastattava kielteisesti. Vaikka näet kysymyksessä olisi lopullinenkin kauppa, ei kauppakirja sisänsä vielä takaa »omistusoikeuden» siirtymistä O:lle. UL 4: 26:n mukaan ulosmittausvelkojalla, johon KonkS 45 §:n mukaan konkurssivelkojat rinnastetaan, on melko laaja mahdollisuus saada kiinteistö ulosmitatuksi M:n veloista. Ellei O ole hakenut saannolleen lainhuutoa tai hae sitä UL 4: 26:n säätämässä määräajassa, voidaan kiinteistö ulosmitata M:n veloista. Ko. normin tarkoituksena on »ehkäistä sellaisia ulosmittauksen uhatessa tehtyjä luovutuksia, jotka on tarkoitettu peruutettaviksi sen jälkeen, kun uhka on lakannut».⁹⁵ — Kun kiinteistö voidaan ulosmitata M:n veloista, ellei lainhuutoa ole haettu tai haeta määräajassa, ja kun se KonkS 45 §:n mukaan kuuluu konkurssimassaan aina silloin, kun ulosmittaus on mahdollinen, voidaan tästä päätellä, että M:n kiinteistö »kuuluu» konkurssipesälle eikä se siis ole velvollinen täyttämään esisopimusta, t.s. tekemään O:n kanssa kauppaa. Esisopimuksen perusteella ei näet voida hakea lainhuutoa, ja ainoastaan lainhuudon hakeminen kykenee muodostamaan esteen kiinteistön kuulumiselle

⁹⁴ Ks. esim. *Olivecrona*, s. 94 ss.; *Wrede*, Ulosottotoimi s. 293 ss. — Tässä yhteydessä lienee syytä korostaa, että tämän §:n 1-kohdassa tehdyn rajoituksen vuoksi tarkastelun kohteeksi ei joudu sellainen kollisiotilanne, johon esisopimuksen perusteella oikeutettu ja ulosmittausvelkoja joutuvat, jos suunnitellun pääsopimuksen kohde ulosmitataan esisopimuksen velvoittamalta henkilöltä. — Ks. silti seuraavaa B-kohtaa, missä lausuttu yleensä mutatis mutandis soveltuu po. kollision ratkaisunormiksi.

⁹⁵ *Zitting*, Omistajanvaihduksesta s. 362. Ks. erit. *Ellilä*, s. 201 ss. viitteineen.

konkurssipesään. Jos esisopimuksen teolla kyettäisiin »siirtämään» kiinteistö pois velkojien ulottuvilta, olisi siinä tarjolla »liian halpahintainen» keino velkojien edun loukkaamiseen.⁹⁶

Konkurssipesä ei myöskään ole velvollinen esisopimuksen perusteella ostamaan kiinteistöä. Tätä tukee eräänlainen luontainen johdonmukaisuus. Kun konkurssipesä ei ole velvollinen myymään kiinteistöä, tulee sen olla vapaa myös ostovelvollisuudesta. Lausuttua tukee sekin, että ei ole reaalista tarvetta pakottaa konkurssipesää ostoon. Myyjän intressinähän on lähinnä saada kauppahinta. Mikäli konkurssipesä ei suorita ostoa, voi myyjälle aiheutua vahinkoa. Tämän vahingonkorvauksen myyjä voi kuitenkin valvoa konkurssisaatavana. Tosin myyjä tällöin yleensä »menettää» jotain, mutta se on huomattavasti pienempi »paha», kuin jos konkurssipesä velvoitetaan ostoon. Sehän merkitsisi O:n »velkojanoikeuden» kohtuutonta suosimista.

Voidaan väittää, että esitetty lopputulos, konkurssipesän vapautuminen esisopimuksen sidonnaisuudesta, merkitsee sille kohtuutonta etuutta. Edellä⁹⁷ näet esitettiin, että konkurssipesällä on yleensä oikeus vaatia kiinteistön ostoa tai myyntiä. Näin ollen konkurssipesällä on mahdollisuus »spekuloida». Jos esisopimus on sille edullinen, se vaatii pääsopimuksen tekoa. Jos taas esisopimus on epäedullinen, se kieltäytyy kaupasta. — Sanottu ei kuitenkaan pidä täysin paikkaansa. Jos näet po. kelpoisuus on tarkoitettu sopijapuolelle henkilökohtaisesti, ei sitä voida siirtää eikä se siis kuulu konkurssipesäänsäkään. Ja esisopimuksen »edullisuus» tai »epäedullisuus» osoittaa usein henkilökohtaisuutta.⁹⁸ Konkurssipesän spekulointimahdollisuudet lienevät siis käytännössä harvinaisia.

b) Onko konkurssipesä velvollinen täyttämään lahjanlupauksen?

LahjaL 1₂ §:ssä säädetään: »Jollei lahjoitusta ole täytetty, olkoon lahjanlupaus pätemätön antajan velkojia kohtaan silloinkin, kun se on tehty 1 momentissa mainituin tavoin.» Tästä lainkohdasta käy ilmi, että lahjanlupauksen saaja saa oikeussuojan muita velkojia kohtaan vasta lahjoituksen tapahduttua.⁹⁹ Lahjanlupauksen saaja voinee vaatia

⁹⁶ Sitä vastoin en perustelisi käsitystä sillä, että esisopimus luo velvoiteoikeudellisen suhteen. Joka tekee näin, nojautuu »kehäargumenttiin». Kysymys on todellakin kehäpäätelmästä, koska ainoastaan, jos esisopimus ei sido konkurssipesää, on oikeus puhua »velvoiteoikeudellisesta» oikeussuhteesta.

⁹⁷ Ks. edellä tämän §:n av. 77 kohdalla lausuttua.

⁹⁸ Ks. edellä tämän §:n av. 37 jälkeen lausuttua.

⁹⁹ Marks von Würtemberg-Sterzel, s. 162.

lupauksen täyttämistä konkurssipesältäkin valvomalla ko. lupauksen. Lahjoitusta ei kuitenkaan tarvitse täyttää muiden velkojen vahingoksi. Lahjanlupauksella on siis huonoin »etuoikeus», koska kaikki etuoikeudettomatkin saamiset käyvät sen edellä.¹⁰⁰

c) Onko konkurssipesä velvollinen täyttämään panttauslupannan?

Kirjallisuudessamme esitetään, sikäli kuin panttauslupannan sitovuus asianosaisrelaatiossa hyväksytään,¹⁰¹ että panttauslupanta ei sido konkurssipesää.¹⁰² Konkurssipesä ei siis ole velvollinen luovuttamaan panttia eli täyttämään esisopimusta. Myös Korkein oikeutemme on eräässä ratkaisussaan noudattanut sanottua käsitystä.¹⁰³

Po. käsitys perustuu niin sanoakseni käteispannin rakenteelliseen ajattelutapaan. Lähtökohtana on, että käteispannin »panttioikeudelliset vaikutukset» syntyvät vasta hallinnan luovutuksella, traditiolla.¹⁰⁴ »Esineoikeudellisen» suojan saamiseksi traditio on välttämätön. Edellyttäähän lakikin kuuluvan jollain tavoin käteispannin rakenteeseen.¹⁰⁵ — Tuollainen ajattelutapa on riittävä peruste esitetylle käsitykselle, kunhan se vain vapautetaan siihen herkästi »pujahtavasta» kehääjattelusta. Tämä tapahtuu siten, että lähtökohtana pidetään tradition välttämättömyyttä *jossakin suhteessa*. Missä suhteessa se on välttämätön, siihen ei siis oteta »kantaa». Tarkoituksenahan on vastata kysymykseen, sitooko panttauslupanta konkurssipesää. Jos näet jo etukäteen lyödään lukkoon periaate, että traditio on välttämätön tuollaisen oikeussuojan saamiseksi, silloin mainittu lopputulos voidaan johtaa

¹⁰⁰ Ks. *VKLEhd*, s. 90. Siinä puhutaan saamisten mahdollisesta »kilpailusta» konkurssissa ja sen eliminoimisesta. Tämä viittaa siihen, että »lainsäätäjän tarkoituksen» mukaan lahjanlupaus voidaan valvoa konkurssissa. Vrt. *Hakulinen*, *Velkakirjalaki* s. 252: »Lahjanlupaukseen perustuvalla saamisella on siis huonoin etuoikeussija muiden huonompioikeuksistenkin saamisten joukossa. Sitä ei voida konkurssissa valvoa, vaan sen täyttämisaatimus on kohdistettava antajaan henkilökohtaisesti.»

¹⁰¹ Ks. edellä 5 §:n C-e-kohdassa lausuttua.

¹⁰² Näin mm. meillä *Gestrin*, JFT 1940 s. 77 ss., erit. s. 87. *Hernberg*, *Rätts-handbok* s. 106; *Palmgren—Olsson*, s. 233: »Lupaus antaa määrätty pantti, tai sopimus, jonka mukaan määrätty esine katsotaan olevan panttina jostakin saatavasta, on tehoton velallisen muita saamamiehiä vastaan ulosmittauksessa ja konkurssissa.» *Taxell*, s. 211. Ks. myös erit. *Hasselrot*, *Skrifter* II s. 6 av. 1.

¹⁰³ Näin KKO 1933 I 26: Konkurssipesä ei ole velvollinen täyttämään velallisen ennen konkurssin alkamista tekemää panttaussitoumusta.

¹⁰⁴ Ks. edellä 3 §:n B-d-kohdassa lausuttua viitteineen.

¹⁰⁵ Ks. KK 10:1, KonkS 32 §, EtuoiK 3 § ja UL 4:12. Kaikissa niissä käytetään sanontoja, jotka viittaavat traditioon.

siitä. Ajatus on kiertänyt kehässä. — Meillä on siis tiedossa (lähtökohtana) tosiasia, että traditio on jossain suhteessa välttämätön. Aikaisemmin taas on todettu, että traditio ei ole välttämätön sopijapuolten välillä.¹⁰⁶ Kun tämän jälkeen kysytään, missä suhteessa traditiolle helposti havaittavana ja siten julkisuutta luovana oikeustosasiana on annettava lainsäädännöstämme ilmenevä *tärkeä* merkitys, on ainoana ajateltavissa olevana mahdollisuutena: traditio konstituoii UL 4:12:sta ja 13:sta ilmenevän »panttioikeudellisen» suojan.¹⁰⁷ Siis näin, kulke-matta loogisessa kehässä, päädytään reaalisiin argumentein kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössämme lausuttuun lopputulokseen.

d) Onko konkurssipesä velvollinen täyttämään velaksiantolupauksen? Tähänkin kysymykseen on vastattava kielteisesti.¹⁰⁸ Perusteluina voidaan lausua *mutatis mutandis* se, mitä juuri edellä mainittiin panttauslupannasta. Onhan velaksiantosopimus oikeutemme mukaan reaalisopimus,¹⁰⁹ ja suoja velkojia vastaan saadaan vasta tradition tapahduttua. Lisäksi voidaan sanoa, että lupauksen antajan konkurssi tekee ko. suoritusvelvollisuuden ohimenevästi mahdottomaksi. Velaksiantosopimus näet synnyttää lajiesineiden antamista koskevan velkasuhteen. Velaksiannossa tapahtuu ensin suoritus velkojan puolelta, kun velka annetaan, ja sitten aikanaan velallisen taholta velkaa takaisin maksetaessa. Konkurssi tekee ohimenevästi mahdottomaksi velallisen takaisinmaksamisvelvollisuuden.¹¹⁰ Samoin on tietysti asian laita lupauksen antajan joutuessa konkurssiin.

e) Yhteenveto. Yksityistapausten tarkastelu osoittaa, että mainituissa tapauksissa velallisen konkurssipesä ei ole velvollinen täyttämään esisopimusta. Näin lienee yleensäkin. Esisopimuksen synnyttämä oikeus ei siis nauti »klassillista» esineoikeudellista suojaa. Kun suojaa ei anneta konkurssivelkoihin (ja ulosmittausvelkoihin) nähden, merkitsee tämä, että esisopimuksen luomalla oikeussuhteella on velvoiteoikeudellisia piirteitä, mutta vain piirteitä. Vielä ei voida sanoa, että ko. oikeussuhde on velvoiteoikeudellinen. Jos näin tehtäisiin, syylistyttäisiin virheelliseen yleistykseen. Ja se olisi »kohtalokasta», niin kuin seuraavassa pykälässä käsiteltävästä ilmenee.

¹⁰⁶ Ks. edellä 5 §:n C-e-kohdassa lausuttua.

¹⁰⁷ Ks. sanotun suojan luonteesta *Ellilä*, s. 191 ss. viitteineen.

¹⁰⁸ Näin esim. *Chydenius*, JFT 1892—93 s. 58.

¹⁰⁹ Ks. edellä 3 §:n B-f-kohdassa lausuttua.

¹¹⁰ Ks. *Vihma*, Mahdottomuus s. 170 ss. viitteineen, erit. s. 180 ss.

8 §. SITOVOUDEN LAKKAAMINEN

Tässä tutkimuksessa ei ole syytä tarkastella sitovuuden lakkaamista yleensä. Asian luonne vaatii keskittymään vain sellaisiin kysymyksiin, jotka ovat tärkeitä ja keskeisiä esisopimusopissa. Tällaisia ovat kysymykset esisopimuksen voimassaoloajasta, esisopimuksen purkamisesta ja olosuhteiden muutoksen merkityksestä.

A. Esisopimuksen voimassaoloaika. Esisopimuksessa voidaan määrätä, kuinka kauan se on voimassa.¹ Näin olisi syytä aina menetellä.² Tuollaisella sopimusperusteisella preklusioajalla saataisiin selvyys kysymykseen, joka muuten on jäljempänä mainituin tavoin epämääräinen.

Esisopimuksen voimassaoloaika voidaan periaatteessa määrätä kuinka lyhyeksi tai pitkäksi tahansa. Jos aika on määrätty kovin pitkäksi, voitaneen sitä sovitella kohtuuden mukaan.³ Tätä vaatii käytännöllinen tarkoituksenmukaisuus. Esisopimuksen voimassaoloaikaan ei näet voitane soveltaa vanhentumista koskevia normeja.⁴

¹ Näin esim. *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 114; *Hernberg*, s. 232; *Roth*, s. 301. Ks. myös KKO 1924 t. 273. Huomaa myös Itävallan ABGB 936 §.

² Ks. edellä 6 §:n 76 av. kohdalla mainittua.

³ *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 114: »Kohtuuttomuuteen johtavaa aikamääräystä voidaan sovitella (arg. VKL 8 §).»

⁴ Ks. *Hernberg*, s. 232, *sama*, DL 1925 s. 370. Toisin esim. *Rekola*, Vanhentuminen s. 87 ja s. 127. *Rekola* lausuu mm.: »Ennakkosopimus vanhenee siinä määrin kuin se oikeussuhdetyyppikin, jonka aikaansaaminen on sen tarkoituksena. Mutta jos sopimuksella ei ole muuta sanktiota kuin vahingonkorvausvelvollisuus, niin tämä korvausvelvollisuus vanhenee sopimuksen tekemisestä lukien» (s. 87 av. 177).

Vanhentumisajatus perustuu lähinnä esisopimuksen velvoiteoikeudelliseen »luonteeseen». Kirjallisuudessa sanotaan usein, että esisopimuksen luoma oikeussuhde on velvoiteoikeudellinen (esim. *Larenz*, II s. 87, ks. myös edellä 7 §:n av. 6 olevaa kirjallisuutta). Tästä on vain kukonaskel kuljettavana lopputulokseen: esisopimus on vanhentumista koskevien normien alainen. — Niin vakuuttavalta kuin sanottu tuntuukin, on »velvoiteoikeudellisessa teoriassa» sellaisia heikkouksia, jotka oikeuttavat hylkäämään sen. Velvoiteoikeudellisen ajattelutavan vastapainoksi voidaan näet esittää samanarvoisia (teoreettisia) argumentteja. Ensiksi voidaan todeta, että esisopimuksen synnyttämä oikeus on »luonteeltaan» varsin lähellä tar-

Voimassaoloajasta on syytä sopia myös siten, että mainitaan aika, jota ennen esisopimukseen perustuvia vaatimuksia ei voida esittää. Tuollainen erääntymishetkeä koskeva määräys⁵ on tarpeen sen vuoksi, että ellei erääntymisajasta ole sovittu, voidaan pääsopimuksen tekemistä vaatia milloin vain.⁶

Ellei esisopimuksen voimassaoloaikaa ole nimenomaan määrätty tai ellei sitä voida esisopimuksen tulkinnalla selvittää, herää kysymys voimassaoloajan pituudesta (preklusiosta).⁷ Meillä ei kysymyksestä säädetä mitään, niin kuin on asian laita Itävallassa.⁸ Myöskään Korkeimman oikeuden lainkäytöstä ei saada johtoa kysymyksen ratkaisuun. Lainkäytössä on näet esiintynyt vain yksi esisopimuksen voimassaoloaikaa koskeva tapaus. Tällöin oli esisopimuksessa määrätty sen voi-

jouksen ja lunastussopimuksen synnyttämiä muotoamisoikeuksia (Ks. po. oikeuksista yleensä esim. *Caselius*, Irroittamisoikeudet s. 5 ss.; *El. Kaila*, LM 1937 s. 444 ss.). Ja muotoamisoikeudethan eivät vallitsevan käsityksen mukaan vanhene, vaan niillä on yleensä omat lyhyet voimaansaattamisaajat (ks. po. kysymyksestä yleensä *Rekola*, Vanhentuminen s. 72 ss. viitteineen). *Hernbergin* mukaan taas »ennakkosopimukseen perustuva vaade kohdistuu jälkisopimuksen tekoon eikä mihinkään varallisuus oikeudelliseen suoritukseen. Nämä ovat kaksi aivan eri asiaa ... *Contrahere* on praestere'n aiheena, mutta ei milloinkaan päinvastoin. Tästä voi päätellä, ettei kontrahoimisvaade kuulu niihin, jotka Suomen lain mukaan ovat vanhentumisen varassa» (s. 232). Lisäksi voidaan sanoa, että vanhentumisoikeudelliset normit eivät ole po. tapauksessa ehdottoman välttämättömiä, koska voimassaolon rajoitukseen päästään myös preklusiivisilla normeilla. Vanhentumisella ei myöskään ole kovin »vahvaa» merkitystä, sillä voidaanhan vanhentuminen katkaista asianmukaisella muistutuksella. Vielä voidaan todeta, että vanhentumisoikeudellisten normien soveltaminen herättää varsin vaikean kysymyksen: olisiko esisopimukseen sovellettava yleistä kymmenen vuoden vanhentumisaikaa vai eri pääsopimusten omia ja toisistaan suuresti poikkeavia vanhentumisaikoja.

⁵ Ks. tässä yhteydessä *Ylöstalo*, Takauksesta, Porvoo 1957, s. 253.

⁶ Arg. VKL 5 §.

⁷ Ks. preklusiosta yleensä ja sen suhteesta vanhentumiseen esim. *Ekström*, s. 943 ss.; *Holmboe*, Foreldelse av fordringer, Oslo 1946, s. 13 ss.; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 341 ss.; *Rekola*, Vanhentuminen s. 50 ss.; *Zitting*, s. 272 ss.

⁸ Ks. Itävallan ABGB 936 §. Sen ajanmääritys on aiheuttanut useita eri tulkintoja. Esim. *Ehrenzweig*, II: 1 s. 140 lausuu: Mit dem vereinbarten Zeitpunkt beginnt die einjährige Ausschlussfrist, in der Berechtigte auf die Vollziehung dringen muss ... Die vom Gesetze geforderte Zeitbestimmung ist gerade ein Anfangstermin (für die einjährige Frist). Ks. muista mielipiteistä *Ehrenzweig*, II: 1 s. 140 av. 72 mainittua; *Klang—Gschntzer*, s. 575 ss. — Huomaa myös Ruotsin lvk:n ehdotukset, joissa kiinteistön myyntisitoumusten voimassaoloajaksi suunniteltiin kahden vuoden pituista aikaa. Ks. *Lagberedningens förslag till jordabalk II*, Stockholm 1908, s. 167; *ibid III*, Stockholm 1909, s. 190.

massaoloaika. Korkein oikeus katsoi, että kelpuutetun piti vaatia pääsopimuksen tekemistä sovitun ajan kuluessa.⁹

Hakulinen¹⁰ esittää, että »ellei esisopimuksen voimassaoloaikaa ole nimenomaan määrätty tai se ilmene sopimuksen tarkoituksesta, sopimuksen on katsottava olevan voimassa toistaiseksi, kunnes se on jom-maltakummalta puolen irtisanottu.» Tällaista on pidettävä epäkäytännöllisenä ja epätarkoituksenmukaisena, mikäli olen ymmärtänyt oikein irtisanomis-sanan.¹¹ Jos näet esim. A on sitoutunut myymään B:lle omistamansa asunto-osakkeet tai kiinteistönsä, olisi varsin outoa, jos hän voisi milloin vain vapautua tuosta velvollisuudestaan irtisanomalla esisopimuksen. Sitooahan sentään jo tarjouskin, eikä sitä voida peruuttaa kuin OikTL 7 §:n edellytyksin. — Jos taas irtisanomisella tarkoitetaan erääntymishetken määrittystä, on Hakulisen mielipide voimassaoloajan pituudesta silti kestävä. Jatkuisihan esisopimuksen voimassaolo, ellei irtisanomista toimiteta, »toistaiseksi», ts. rajattoman kauaksi tulevaisuuteen.¹²

Hernbergin¹³ mielestä »ennakkosopimukseen perustuva vaade kohdistuu jälkisopimuksen tekoon eikä mihinkään varallisuusoikeudelliseen suoritukseen. Nämä ovat kaksi aivan eri asiaa ... Contrahere on praestere'n aiheena, mutta ei milloinkaan päinvastoin. Tästä voi päätellä, ettei kontrahoimisvaade kuulu niihin, jotka Suomen lain mukaan ovat vanhentumisen varassa.» Hernberg esittää lisäksi, että »milloin ajasta ei ole tarkemmin sovittu, täytynee kontrahoimiseen ryhtymiseksi voida vaatia kohtuullisen ajan noudattamista».¹⁴ Tätä käsitystä on pidettävä tarkoituksenmukaisena. Sitä tukee ensiksikin esisopimuksen tarkoitus. Sehän on esisopimus, pääsopimusta edeltävä sopimus. Edeltävää oikeussuhdetta ei, jollei muuta ilmene, voida pitää kovin pitkäaikaisena. Tuntuu myös oudolta ajatella, että sopimuskumppanit olisivat halunneet jättää pääsopimuksen teon epämääräiseen kaukaisuuteen, johon joudu-

⁹ KKO 1924 t. 273.

¹⁰ Hakulinen, Velvoiteoikeus I s. 114.

¹¹ Yllä olevassa edellytetään irtisanomisella tarkoitettavan sitä, että esisopimus päättyy, mutta ei sitä, että suoritus lankeaa heti, ts. että pääsopimus on heti tehtävä. — On korostettava, että irtisanomisen käsite on varsin monimerkityksinen. Ks. Laakso, LM 1939 s. 534 ss.

¹² Hakulinen ei mainitse mitään siitä, vanheneeko esisopimus vai ei.

¹³ Hernberg, s. 232. Ks. myös sama, DL 1925 s. 369.

¹⁴ Hernberg, s. 232. — Po. lopputulokseen Hernberg päättyy siksi, että hänen mielestään esisopimuksen luonteeseen kuuluu väliaikaisuus. Ks. tästä Hernberg, s. 231 ss.; sama, DL 1925 s. 368 ss.

taan irtisanomisajatuksen perusteella. Voidaan niin ikään sanoa, että olisi jopa kohtuutonta pitää sopijapuolia pitkän aikaa sidottuina. Olosuhteissa, joiden vallitessa esisopimus on tehty, voi tapahtua odottamattomiakin muutoksia. Tällöin pääsopimuksen tekemisvelvollisuus muodostuisi kohtuuttoman raskaaksi.¹⁷ Esitettyä lopputulosta tukee vielä eräänlainen luontainen analogia. Esisopimuksen synnyttämä velvollisuus on jossain määrin analoginen tarjouksen synnyttämän sitovuuden¹⁸ ja myös lunastussopimuksen luoman lunastamismahdollisuuden kanssa. Ja niiden kummankin sitovuusaika määräytyy kohtuuden mukaan, ellei muuta ilmene.¹⁹

Ellei siis esisopimuksessa ole mainittu sitovuusaikaa tai ellei voida selvittää, mitä sopijapuolten on katsottava tarkoittaneen, esisopimus sitoo kohtuullisen, in casu määriteltävissä olevan ajan. Yleensä ko. aika ei voine olla kovin pitkä.²⁰ Pääsopimuksen laatu (tyyppi) vaikuttaa sekin sitovuusajan pituuteen.²¹

B. Esisopimuksen purkaminen. Esisopimus voidaan purkaa sopimusteitse.²² Tällöin herää mm. kysymys purkamisen muodosta. Siinä on käsitykseni mukaan noudatettava sopimuksen purkamisen muotoa koskevia yleisiä periaatteita. Purkamisessa ei siis yleensä tarvitse noudattaa sopimuksen tekemisestä annettuja muotomääräyksiä. Tämä johtuu siitä, että koska ainoastaan oikeustoimen tekeminen on määrätty tapahtuvaksi tietyllä tavalla, ei muotomääräystä tarvitse soveltaa purkamiseen, joka on kausaltaan muuta kuin oikeussuhteen perustamista koskeva oikeustoimi. Lisäksi voidaan sanoa; että perustamalla oikeussuhde astutaan tuntemattomuuteen. Purkaminen taas tietää palaamista vanhaan tuttuun oikeussuhteeseen. Purkaminen ei siis vaadi sellaista kypsää harkintaa kuin sopimuksen teko. — Jos kuitenkin esisopimuksen solmimiseen kuuluu viranomaisen myötävaikutus, on muotomääräystä toisinaan sovellettava purkusopimukseen.²³ Niinpä *kiinteistönkaupan*

17 Ks. jäljempänä C-kohdassa olevaa esitystä olosuhteiden muutoksen merkityksestä.

18 Ks. *Hakulinen*, *Velvoiteoikeus* I s. 112 ss. ja edellä av. 4.

19 Ks. tarjouksesta OikTL 3 § ja lunastusvaatimuksen esittämisajasta *Olsson*, *Aktieförvärvares rätt* s. 232; *Wrede—Caselius*, II s. 564.

20 Ks. esim. *Ehrenzweig*, II: 1 s. 140; *Roth*, s. 301.

21 Esim. vekselinluvannan ja kiinteistönkaupan esisopimuksen sitovuuden kohtuullinen aika tuskin yleensä voinee olla sama.

22 Ks. esim. *Caselius*, *DL* 1955 II s. 50.

23 Ks. edellisen johdosta *Muukkonen*, s. 226 ss. viitteineen. Ks. myös *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 234.

esisopimus on purettava MK 1: 2:n muotomääräystä noudattaen.²⁴ Voidaan sanoa myös Korkeimman oikeutemme olevan tällä kannalla.²⁵ Po. käsitys perustuu siihen, että koska kiinteistönkauppa on meillä nykyisin vallitsevan käsityksen mukaan purettava MK 1: 2:n säättämässä muodossa,²⁶ vaatii luontainen johdonmukaisuus samaa periaatetta noudattettavaksi myös kiinteistönkaupan esisopimuksen purkamisessa. Onhan näet esisopimus tehtäväkin MK 1: 2:n säättämässä muodossa. Myös kaupanvahvistajan päiväkirja sekä hänen antamansa otteet ja jäljennökset menettäisivät luotettavuuttaan, ellei purkamista niihin »kirjattaisi».²⁷

C. Olosuhteiden muutoksen vaikutus sitovuuteen. Sotien jälkeinen inflaatiokausi on kenties aiheuttanut sen, että meilläkin on kiinnitetty melkoista huomiota kysymykseen, mikä vaikutus olosuhteiden muuttumisella on varallisuus oikeudellisiin sopimussuhteisiin.²⁸ Tämän kysymyksen yhteydessä joudutaan koskettelemaan myös *clausula rebus sic stantibus* -oppia, jolla on oma erikoismerkityksensä esisopimusopissa.

²⁴ Toisin Hakulinen, Luovutus s. 117. Ks. myös sama, Velvoiteoikeus I s. 118: »Muotoa on noudatettava myös sopimuksen päättämiseen velvoittavaa esisopimusta tehtäessä,» vrt. s. 120.

²⁵ KKO tuomio N:o 2557/20. 11. 59: Määräalan kaupan purkamista tarkoittava sitoumus on, ollakseen asianosaisia sitova, laadittava ja oikeaksi todistettava kiinteistönkaupan päättämiseksi MK 1: 2:ssa määrättyjä muotoja noudattaen. (Äänestys 4:1) KO ja HO katsoivat vapaamuotoisen purkamisen mahdolliseksi. HO lausui tuomionsa perusteluina mm.: »... ja koska määräalan kauppa voitiin purkaa vapaamuotoisesti niin kauan kuin ostajan oikeutta sen johdosta, ettei lohkamista ollut toimitettu, oli lähinnä käsiteltävä saamis-oikeutena.» — Huomaa HO:n perustelujen vuoksi Hakulinen, Luovutus s. 117.

²⁶ Ks. Muukkonen, s. 228 viitteineen. Ks. myös Kivimäki—Ylöstalo, s. 234; KKO 1938 I 50: Kiinteistön kauppa, jonka julkinen kaupanvahvistaja on todistanut oikeaksi, on purettava siinä järjestyksessä kuin MK 1: 2:ssa säädetään; KKO 1955 II 43.

²⁷ Käsitykseni mukaan kaupanvahvistajan on merkittävä esisopimus päiväkirjaan ja lähetettävä KaupanvahvistajaA 6 §:n mukainen päiväkirjanote maistraatille tai henkikirjoittajalle. KaupanvahvistajaA:ssa ei tosin puhuta mitään esisopimuksista, mutta silti ei voida väittää, että esisopimus muodostaisi poikkeustapauksen. Eihän näet muuallakaan lainsäädännössämme puhuta esisopimuksista ja siitä huolimatta niihin on sovellettava tiettyjä normeja. On myös muistettava, että KaupanvahvistajaA 6 §:n tarkoituksena on esisopimuksenkin julkisuuden tehostaminen ja samalla tarpeellisen tarkkailun aikaansaaminen. Mm. veroviranomaisille on tärkeätä saada esisopimukset selville, jotta voidaan ratkaista, onko niillä pyritty kiertämään satunnaisen myyntivoiton verotusta. — Ks. KaupanvahvistajaA 6 §:n ratiosta Hakulinen, Luovutus s. 148.

²⁸ Ks. Godenhjelm, Om säljarens bundenhet; Vihma, Mahdottomuus s. 52 ss. — Huomaa myös Telaranta, s. V.

Vihman mukaan²⁹ »jö glossaattorien sanotaan 1100-luvulla selittäneen, että velvoiteoikeudellinen sopimus on sitova vain niin kauan kuin sen solmimisen aikana vallinneet olosuhteet pysyvät perusteiltaan muuttumattomina. Tälle *clausula rebus sic stantibus* -opille omistettiin huomiota vielä luontaisoikeudessa 1700-luvulla ja pandektioikeuden alkuaikoina. Preussin Allgemeines Landrecht (1794) tunnusti periaatteen useissa säännöksissään, mutta sitten ruvettiin vähitellen luopumaan opista, joka ajan mittaan hylättiin niin kokonaan, ettei sitä edes mainita monessa myöhemmään pandektioikeuteen kuuluvassa teoksessa. Mutta ensimmäisen maailmansodan aikana se sukelsi Saksassa uudelleen esille ja Italiassakin sillä on ollut kannatusta. Oppi sisältää siis sen ajatuksen, että sopimus on pätevä vain olosuhteiden pysyessä muuttumattomina, muttei enää silloin, jos ne sopimuksenteon jälkeen oleellisesti muuttuvat.»

Edellä mainittua voidaan pitää *clausula rebus sic stantibus* -opin tavanomaisena yleiskatsauksellisenä luonnehdintana.³⁰ Ja esisopimuksen »luonteeseen» on väitetty kuuluvan sanotun opin. Esisopimus rakentuisi siis po. periaatteelle.

Erityisesti esisopimuksia käsittelevässä vanhemmassa kirjallisuudessa on mainitulla käsityksellä vahva jalansija.³¹ Näin on siitä huolimatta, että jo Thöl³² lausui: Die Clausel rebus sic stantibus ist auch nicht dem Vorvertrag selbstverständlich. — Ja vielä nykyisinkin po. opin sanotaan kuuluvan esisopimuksen luonteeseen. Niinpä oikeutemme osalta Hernberg³³ esittää: »Muuttuvaisuuden lain ja taloudellisen elämän vaihtelevaisuuden tähden ei ennakolta aina voi määrätä aiheen ja vaikutusten välistä suhdetta. Tavaravaihdannassa, kuten yleensäkin oikeustoimissa esiintyy usein tarve saada luoduksi oikeudellinen tausta, jonka turvin hankintaan arvaisi ryhtyä. Mutta kun edeltäpäin ei voida tietää, onnistuuko hanke vai eikö, pitäisi tuon taustan sallia ennakkosopimuksesta irtautumista tavallista helpommin ehdoin. Toisin sanoen, ennakkosopimus rakentuu rebus sic stantibus -periaatteelle». — Po. mielipide ei ole suinkaan »käsittämätön». Onhan näet eräissä

²⁹ Vihma, Mahdottomuus s. 52 ss.

³⁰ Ks. esim. Ekström, JFT 1920 s. 23; Enneccerus—Lehmann, s. 166 ss.; Godenhelm, Om säljarens bundenhet s. 76 ss.; Stang, s. 487 ss.; Ussing, s. 458.

³¹ Ks. mm. Adler, IhJ 1892 s. 269; Degenkolb, AcP 1887 s. 47; Tobias, s. 70 ss.

³² Thöl, s. 782.

³³ Hernberg, s. 227. Ks. myös sama, DL 1925 s. 362. Huomaa myös Johanson, JFT 1958 s. 320 ja jäljempänä av. 36 mainittu.

voimassa olevissa oikeusjärjestyksissä säädettykin, että esisopimus rakentuu po. periaatteelle.³⁴

Käsitykseen, että esisopimus rakentuisi po. periaatteelle, ei kuitenkaan voida yhtyä. Lahjanlupaus voidaan kyllä LahjaL 5 §:n mukaan peruuttaa ennen lupauksen täyttämistä tai sitä voidaan vähentää, jos »antajan varallisuusolot huonontuvat niin suuresti, että lahjan saajan-kin olot huomioon ottaen lahjan vaatiminen olisi ilmeisesti kohtuutonta». Mutta LahjaL 5 § ei kuitenkaan ilmaise »yleistä periaatetta». Sellaista ei voida esisopimusten osalta suosittaakaan. Niiden voimassaoloaikahan on yleensä melko lyhyt, niin kuin edellä A-kohdassa esitettiin. Tämän vuoksi ei myöskään ole reaalista tarvetta kuljettaa tuollaista vaarallista vapautuslauseketta esisopimuksiin. — Jos joskus on välttämätöntä tasapainottaa suoritus ja vastasuoritus, kun ne olosuhteiden kohtalokkaiden muutosten johdosta ovat joutuneet sietämättömään epäsuhteeseen, voidaan turvautua tuollaisesta tilanteesta esitettyihin yleisiin, kaikkia sopimuksia koskeviin periaatteisiin.³⁵

Esisopimus ei siis oikeutemme mukaan rakennu *clausula rebus sic stantibus* -periaatteelle.³⁶

³⁴ Näin Itävallan ABGB 936 §. Ks. myös Saksan BGB 610 §:ssä olevaa määrystä velaksiantolupauksesta.

³⁵ *Regelsberger*, s. 133: So wenig wie in sonstigen Vertragsverhältnissen bildet die *clausula rebus sic stantibus* hier einen selbstverständlichen Bestandtheil der Verabredung. — Ks. po. kysymyksestä av. 30 mainitun kirjallisuuden lisäksi vielä esim. *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 326; *Larenz*, I s. 191 ss.; *von Tuhr*, II: 1 s. 202 ss.; *Vahlén*, s. 177 ss.

³⁶ Usein sanotaan velaksiantolupaus annetun edellytyksellä, että velallisen takaisinmaksukyky ei olennaisesti muutu ennen lupauksen täyttämistä. Näin *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 325; toisin *Chydenius*, JFT 1892—93 s. 55 ss. — Huomaa BGB 610 §.

9 §. MUITA OIKEUSVAIKUTUKSIA

1. NEGATIIVISEN SOPIMUSEDUN KORVAAMINEN

Jos esisopimus on pätemätön, se ei velvoita luontoissuoritukseen. Myöskään positiivisen sopimusedun (täyttämisentressin) korvaaminen ei voi tulla kysymykseen, niin kuin edellä on jo mainittu.¹ Pätemättömyys ei kuitenkaan merkitse muiden oikeusvaikutusten puuttumista. Pätemättömyys ei siis *periaatteessa* sulje pois ratkaisua, jolla asianomaiselle annetaan negatiivisen sopimusedun (luottamusintressin) määräinen korvaus. Pätemättömyyshän ei ole olemattomuutta. Pätemättömyys ei oikeuta ajattelemaan: *ex nihilo nihil fit*. Mitään »tyhjyyttä» ei näet ole olemassa. Probleemina onkin juuri se, voiko pätemätön esisopimus *joskus* oikeuttaa negatiivisen sopimusedun korvaukseen.

Esisopimuksen pätemättömyys voi johtua erilaisista pätemättömyysperusteista. Jokaisen pätemättömyysperusteen yhteydessä ei tietystikään voi tulla kysymykseen negatiivisen sopimusedun korvaaminen. Kussakin yksityistapauksessa on harkittava, milloin tällainen on mahdollista.²

Tässä tutkimuksessa ei ole syytä tarkastella kaikkia erilaisia pätemättömyysperusteita ja vastata kysymykseen, voidaanko negatiivinen sopimusetu korvata. Po. probleemi ei näet ole »esisopimusopillinen», ts. tyypillinen esisopimuksia koskeva kysymys. Se kuuluu pätemättömyysoppiin. Esisopimus on kuitenkin sellainen oikeustositiasia, jonka

¹ Ks. edellä 5 §:n A-kohdassa lausuttua. Ks. myös *KKO 1956 II 38*: Koskei kiinteistökauppaa koskevaa esisopimusta ollut tehty MK 1 luv. 2 §:ssä säädetyn muodon, ei kiinteistön myymään lupautuneella ollut oikeutta saada ostamaan sitoutuneelta korvausta siitä, että hän oli luovuttanut kiinteistön kolmannelle sovittua hintaa alemmasta kauppahinnasta. — Menetettyä kauppavoittoa ei siis voida tuomita korvattavaksi, koska se merkitsisi positiivisen sopimusedun korvaamista.

² Ks. esim. *Arnholm*, s. 86; *Karlgren*, *Spörmål* s. 9 ss.; *Keller*, s. 110 ss.

yhteydessä muotovirhe usein »aktualisoi» po. kysymyksen.³ Niinpä oikeuskäytännössämme joudutaan usein vastaamaan kysymykseen, oikeuttaako *muotovirheen* vuoksi pätemätön *kiinteistönkaupan* esisopimus negatiivisen sopimusedun määräiseen korvaukseen. Kun oikeuskäytännössämme ei tiettävästi ole jouduttu ratkaisemaan po. kysymystä muiden esisopimusten yhteydessä, rajoitutaan seuraavassa tarkastelemaan vain kiinteistönkaupan esisopimusta.

Kirjallisuudessa esitetään usein *yleiskysymys*: Oikeuttaako muotovirheen vuoksi pätemätön sopimus negatiivisen sopimusedun korvaukseen? Vastaukset ovat erilaisia ja sisältävät monenlaisia varauksia ja »sääntöjä». Myönteinen suuntaus lienee yleisempi kuin kielteinen.⁴ — Omalta osaltani uskon, että kysymykseen ei voida antaa yhtenäistä vastausta.⁵ Yksityistapaukset aiheuttanevat erilaisia kannanottoja.

Oikeuttaako sitten muotovirheen vuoksi pätemätön kiinteistönkaupan esisopimus po. korvaukseen? Kirjallisuudessamme on kysymykseen vastattu myöntävästi. Merkittävää on, että myös uusimmissa esityksissä on omaksuttu myönteinen käsitys.⁶ Oikeuskäytäntömme kannasta on vaikea sanoa mitään varmaa. Kun »tuoreimmat» ratkaisut ovat kielteisiä, voidaan tätä pitää Korkeimman oikeuden nykyisenä mielipiteenä.⁷ Viimeksi julkaistu ratkaisu on vuodelta 1956 (II 38). Se

³ Muotovirhe johtuu joskus tietämättömyydestä, joskus taas sopijapuolten mukavuuden halusta, esim. pitkän matkan vuoksi ei mennä kaupanvahvistajan luokse, mutta useimmiten kaiketi siitä, että sopijapuolet tahtovat luottaa toistensa sanaan.

⁴ Ks. po. kysymyksestä esim. *Becker*, s. 58; *Guhl*, s. 97; *af Hällström*, JFT 1932 s. 398; *Karlgren*, Spörmål s. 66 ss.; *Keller*, s. 142 ss.; *Leonhard*, s. 274; *Nordling*, s. 172; *Roth*, s. 323 ss.; *von Tuhr*, II: 1 s. 502 av. 40; *Vahlén*, s. 56.

⁵ Ks. *Muukkonen*, s. 131 av. 113 mainittua viitteineen.

⁶ Näin *Godenhjelm*, JFT 1958 s. 230 ss.; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 200: »Vapaa-muotoinen sitoumus ei tuota saajalle oikeutta vaatia sitoumuksen täyttämistä, mutta voi perustaa oikeuden vaatia negatiivisen sopimusedun korvaamista.» — Ks. myös *Hernberg*, s. 227 ss.; *sama* DL 1925 s. 361 ss. *Hernberg* katsoo, kuten aikai-semmin lausutusta muistettaneen, esisopimuksen oikeuttavan aina, siis vapaamuotoisenakin, vain negatiivisen sopimusedun korvaukseen; *Voipio*, LM 1917 s. 114 ss. Huomaa myös *Chydenius*, KR I s. 30; *af Hällström*, JFT 1932 s. 398.

⁷ Ks. KKO 1925 t. 479: A ym. olivat sopimuskirjalla 3. 5. 1917 sitoutuneet myymään saman kuun 5 päivänä B:lle erinäiset kiinteistöt 370 000 ruplan käteisellä maksettavasta hinnasta välipuhein, että heidän oli, jos he po. päivänä kieltäytyisivät tekemästä kauppaa, suoritettava B:lle korvausta 5 000 ruplaa. B matkusti ko. päivänä Pietariin. A ym. eivät tehneet kauppaa, vaan uskottelivat B:lle, että kauppa päätetään toukokuun 10 päivänä. B matkusti jälleen sanotuksi päiväksi Pietariin. Tällöin A ym. kieltäytyivät tekemästä lopullista kauppaa. HO katsoi,

on monessa suhteessa mielenkiintoinen. Erittäin merkittävää on, että Korkein oikeus on selvästi erottanut positiivisen ja negatiivisen sopimusedun toisistaan. Negatiivista sopimusetua ei kuitenkaan tuomittu, vaikka kuluja katsottiin aiheutuneen, koska »ei ollut esitetty sellaista perustetta», jonka vuoksi »kanteessa tarkoitettuja kuluja ja menetyksiä» olisi korvattava. — Tässä oikeustapauksessa esiintyy selvänä ajattelutapa: Kun esisopimus on pätemätön, on se olematon, eikä siis luottamusintressiäkään voida korvata. Tällainen ajattelutapa ei ole paikallaan, oltakoonpa sitten lopputuloksesta mitä mieltä tahansa. Pätemättömyys ei ole olemattomuutta.

Ratkaistaessa kysymystä, oikeuttaako po. esisopimus negatiivisen sopimusedun määräiseen korvaukseen, puhuvat tietyt reaaliset näkökohdat myönteisen ratkaisun puolesta. Toiset taas ovat sitä vastaan. Kielteisen käsityksen tueksi voidaan viitata ensiksi siihen, että negatiivisen sopimusedun myöntäminen »nakertaa» tärkeän MK 1: 2:n mer-

että A ym. eivät olleet velvolliset korvaamaan ainoastaan em. 5 000 ruplaa, vaan kaiken korkoina ym. aiheutuneen vahingon. KKO: ei muutosta (äänestys 3: 2). — Vaikka tapauksesta ei ilmene, oliko po. esisopimuksessa muotovirhe, edustaa se käsitystä, että pätemätön esisopimus oikeuttaa negatiivisen sopimusedun määräiseen korvaukseen, sillä ratkaisu on siltä ajalta, jolloin KKO:n käsityksen mukaan esisopimus sinänsä oli sitomaton (ks. edellä 5 §:n 66 av. mainittua sekä *Godenhielm*, JFT 1958 s. 232); 1950 I 17: Kiinteistön kaupasta neuvoteltaessa suoritettu käsiraha oli kaupan jäädessä päättämättä palautettava kokonaisuudessaan, kun myyjä ei ollut näyttänyt, että hänelle olisi neuvotteluista aiheutunut sellaisia erityisiä kuluja, joista ostajan olisi ollut vastattava. — Po. tapauksessa oli »suullisesti ja kirjeellisesti» sovittu kiinteistön myymisestä; 1951 II 92: Kysymykseen käsirahan takaisin maksamisesta, kun kiinteistön kauppa, josta oli suullisesti sovittu, oli jäänyt lopullisesti päättämättä, vastattu myönteisesti, koska A:lle ei ollut väitettykään koituneen kauppaneuvottelujen johdosta erityisiä kustannuksia, joista B olisi vastuussa; 1955 II 21: Koska A:n ja B:n välillä tehtyä vastaista kiinteistönkauppaa tarkoittavaa sopimusta ei ollut tehty kiinteistönkaupan päättämiselle määrättyjä muotoja noudattaen eikä sopimus niin ollen ollut asianosaisia velvoittava, sen vuoksi ja kun oli jäänyt näyttämättä, että A olisi sen varalta, että kauppa jäisi päättämättä, sitoutunut siihen, että B saisi pitää A:n jo suorittaman osan kauppahintaa tai että A olisi muutoinkaan ottanut vastatakseen kaupan raukeamisen johdosta B:lle aiheutuvasta vahingosta, KKO hylkäsi mm. B:n kuluja koskevan kanteen (äänestys 3: 2). Vähemmistö katsoi, että A:n olisi pitänyt korvata B:lle jutussa toteennäytetyt kulut; 1956 II 38: Koskei kiinteistönkauppaa koskevaa esisopimusta ollut tehty MK 1: 2:ssa säädetyn muodon ja kun ei myöskään ollut esitetty laillista perustetta korvauksen saamiseen kuluista ja menetyksistä, jotka olivat johtuneet kaupan päättämättä jättämisestä, hylättiin sitäkin tarkoittava vaatimus (äänestys 3: 2). Vähemmistö katsoi, että matka- ja muut tarpeelliset kulut, arviolta 10 000 markkaa, olisi pitänyt korvata.

kitystä. Se on siis eräänlaista »tinkimistä» ankaran muotomääräyksen vaatimuksista.⁸ Lisäksi voidaan sanoa, että jo negatiivisen sopimusedun myöntäminen painostaa pysymään luvatussa ja merkitsee siis ainakin välillistä pakotetta luovutuksen päättämiseen. Tällaisella loukattaisiin MK 1: 2:n tarkoitusta, jona on mm. kypsän ja vakaan harkinnan edistäminen.⁹ Kun vielä lausutaan, että eihän pätemättömällä esisopimuksella voi olla oikeusvaikutusta, tyhjistä ei saada mitään, silloin tuntuu argumentointi riittävältä. Viimeksi mainittu ei kuitenkaan pidä paikkaansa, kuten edellä on usein esitetty.

Myönteisen ratkaisun tueksi taas voidaan esittää, että luottamusta toisen sanaan on suojattava luottamusintressin (negatiivisen sopimusedun) myöntämisellä. Yleinen moraali näet tuomitsee »sanansa syöjän».¹⁰ Eikä vain moraalisiin näkökohtiin tarvitse rajoittua. Muotomääräysten eräänä haitallisena puolena on, että niiden aiheuttama pätemättömyys tuntuu usein kohtuuttomalta.¹¹ Tätä kohtuuttomuutta on pyrittävä lieventämään oikealla tavalla.¹² Oikeana tapana on pidettävä negatiivisen sopimusedun myöntämistä, mutta ei sitä, että muotomää-

⁸ Ks. tässä yhteydessä esim. *Karlgren*, Spörsnål s. 18; *Muukkonen*, s. 131; *Vahlén*, s. 73 ss.

⁹ Ks. MK 1: 2:n tarkoituksesta esim. *af Hällström*, JFT 1932 s. 299; *Hakulinen*, Luovutus s. 21; *Zitting*, s. 183. — Ks. muotomääräysten tarkoituksesta yleensä *Muukkonen*, s. 201 ss. viitteineen.

¹⁰ Ks. edellä 5 §:n av. 39 kohdalla lausuttua. — Lienee syytä mainita, että olen suorittanut erään kokeen noin 300:lla Kauppakorkeakoulun ja Yhteiskunnallisen Korkeakoulun oppilaalla. Kerroin heille seuraavan tapauksen: Maanviljelijä A oli kuullut, että toisessa läänissä asuva maanviljelijä B oli pitkän aikaa kaupitellut tilaansa. Keväällä 1949 A saapui B:n luokse. He sopivat varta vasten kutsuttujen todistajien läsnäollessa, että lopullinen kauppa tehdään syksyllä 1949, johon saakka kumpikin tahtoi viljellä omaa tilaansa ja korjata sadon. Kelirikon vuoksi A ja B eivät menneet kaupanvahvistajan luokse, vaan luottaen toisiinsa tekivät esisopimuksen kerrotuin tavoin. A löysi kesällä 1949 tilalleen sopivan ostajan ja möi tilansa hänelle, tallettaen rahat pankkiin. Kun A syksyllä 1949 tuli B:n luokse tekemään kauppaa, ilmoitti B, ettei hän myy tilaansa, koska ns. Korean suhdanne oli kohottanut hänen tilansa arvoa melkoisesti. A matkusti takaisin omalle kotiseudulleen ja osti itselleen sieltä tilan. Po. tila oli pienempi ja silti kalliimpi kuin hänen myymänsä tila. — Tämän jälkeen kysyin: Onko teidän oikeustajunne mukaan A:lla oikeus jonkinlaiseen korvaukseen? Vastauksista oli noin 90 % myönteisiä. Kyselyni osoittanee, että yleisen oikeustajun mukaan »jonkinlaista korvausta» on annettava. Po. oppilaat edustavat näet varsin erilaisissa yhteiskunnallisissa oloissa kasvaneita henkilöitä.

¹¹ Ks. muotovirheen vetoamisen kohtuuttomuudesta *Muukkonen*, s. 214 ss. viitteineen.

¹² Ks. esim. *Karlgren*, Spörsnål s. 18, s. 66 ss.; *Vahlén*, s. 54 ss. viitteineen.

räysten tulkinnan avulla »lievennetään» itse muutosäännöksiä.¹³ Voidaan myös viitata erääseen analogiseen tilanteeseen. Tarjous ei aikoinaan sitonut. Ns. sopimusteoria vallitsi. Sitovuus syntyi vasta tarjouksen ja hyväksymisen sulautuessa sopimukseksi. Meillä OikTL legalisoi lupaus- eli sitoumusteorian,¹⁴ jonka mukaan jo tarjous sitoo. Sitomattoman tarjouksen ja sen herättämän luottamuksen välistä ristiriitaa pyrittiin kuitenkin aikoinaan »sovittelemaan» negatiivisen sopimusedun myöntämisellä.¹⁵ Kehityksen näkökulmasta tarkasteltuna tuntuu siis po. korvauksen myöntäminen melko luonnolliselta. Sitomaton esisopimus synnyttää vähintään yhtä suuren luottamuksen suojaamisen tarpeen kuin sitomaton tarjous.¹⁶ Lausuttua tukee tiettyyn johdonmukaisuuteen pyrkiminenkin. Jäljempänä 2-kohdassa näet esitetään, että muotovirheen vuoksi pätemättömään kiinteistönkaupan esisopimukseen liittyvä sopimussakko sitoo siinä määrin kuin se kattaa negatiivisen sopimusedun. Käsirahasta puhuttaessa taas lausutaan 3-kohdassa, että saajan ei tarvitse palauttaa sitä kokonaan. Käsirahasta saadaan vähentää kulujen ym. korvauksena negatiivista sopimusetua vastaava määrä. Omaksumalla mainitut periaatteet saavutetaan johdonmukaisuus nyt tarkasteltavaan kysymykseen nähden. Ne tukevat myös nyt lausuttua. Kaikkien kolmen probleemin välillä vallitsee siis looginen »tasapaino». Se on välttämätöntä, koska ne ovat niin sanoakseni samanarvoisia. Onhan niissä kaikissa kysymys muotovirheen haitallisten vaikutusten eliminomisesta samanlaisella keinolla, tietyn »hyvityksen» myöntämisellä. Vielä voidaan sanoa, että kuka haluaa muotovirheeseen vedoten vapautua antamastaan lupauksesta, hän maksakoon siitä pienen »kipurahan», negatiivisen sopimusedun korvauksen.

Käsitykseni mukaan esitetyt myönteiset näkökohdat »painavat»

¹³ Ks. Muukkonen, s. 220 ss.; Ylöstalo, LM 1958 s. 378.

¹⁴ Ks. esim. Almén—Eklund, s. 4 ss.; Bugge, s. 2 ss.; Raninen, Vahvistuskirje s. 22 ss.; Wrede, Oikeustoimilaki s. 13 ss.

¹⁵ Ks. esim. Almén—Eklund, s. 7 ss.; Arnholm, s. 84 ss.; Kivimäki—Ylöstalo, s. 187 ss.; Windscheid, Pandekten II s. 176 av. 5. Vrt. Ekström, s. 534. Hän oli sopimusteorian kannattaja ja hylkäsi po. korvauksen myöntämisen lausuen mm.: Då adressaten vet, att anbudet först genom accepten blir bindande, måste han räkna med möjligheten av dess återkallande.

¹⁶ On totta, että »kontrahenterna böra principiellt veta, att föravtalet icke är bindande» (Godenhielm, JFT 1958 s. 234. Ks. myös esim. Karlgren, Spörmål s. 66). Heidän tulee siis ottaa huomioon sitomattomuus, so. luontoissuoritusvelvollisuuden ja positiivisen sopimusedun puuttuminen, koska lain tuntemattomuuteen ei voida vedota. Sitä vastoin sitomattomuus ei estä luottamasta toisen sanaan. Ks. myös edellisessä viitteessä lausuttua.

enemmän kuin kielteiset. Muotovirheen vuoksi pätemätön kiinteistön-kaupan esisopimus oikeuttaa siis negatiivisen sopimusedun määräiseen korvaukseen.^{16a}

Huomautettakoon vielä, että po. ratkaisu ei perustu »teoreettisille argumenteille». Ratkaisua ei ole johdettu, kuten usein tehdään, negatiivisen sopimusedun korvaamisen »yleisistä periaatteista»,¹⁷ ei väittämästä, että po. tapauksessa vallitsee sopijapuolten välillä tietynlainen luottamussuhde,¹⁸ tms.¹⁹ Ratkaisu on ainoastaan reaalinen sovitte-luratkaisu,²⁰ johon on päädytty »mittaamalla» keskenään puolestaan ja vastaan puhuvia näkökohtia.

2. SOPIMUSSAKKO

Esisopimukseen voidaan liittää sopimussakkovälipuhe (*poena conventionalis*).²¹ Tällainen esisopimuksen »vahvistaminen» on varsin tavallista.²² Jotta sanottu tarkoitus saavutettaisiin, on po. välipuhe laadittava oikein. Niinpä jos esisopimus on tehtävä määrämuodossa, jotta se olisi pätevä, täytyy myös sopimussakko tehdä samassa muodossa.²³ Sopimussakko on näet yksi esisopimuksen osa, sen välipuhe. Sen vuoksi on noudatettava periaatetta, että laissa määrätty muoto koskee kaikkia sopimuksen välipuheita, ellei muuta ilmene.²⁴ Kun »suullisten

16a Jos negatiivisen sopimusedun korvaus nousisi korkeammaksi kuin positiivisen sopimusedun korvaus, ei ensiksimmäistä voitane vaatia. Ks. edellä 5 §:n av. 4 kohdalla lausuttua.

17 Ks. esim. *Karlgren*, Spörsnål s. 9 ss., erit. s. 66 ss.; *Keller*, s. 94 ss., erit. s. 142 ss.

18 Ks. *Godenhjelm*, JFT 1958 s. 234.

19 Eräät käyttävät luontoisveloitteen (*naturalis obligatio*) ajattelutapaa, kuten esim. *Ask*, II s. 5; *Björling—Malmström*, s. 40. Varsinkin ajattelukaava *culpa in contrahendo* on saanut tässäkin palvella oikeusvaikutuskuvaajana. Ks. esim. *Arnholm*, s. 83 ss.; *Rodhe*, s. 494 ss. Huomaa vielä *Chydenius*, KR I s. 30; *Voipio*, LM 1917 s. 145: »Että myyjä vastaa ostajalle kaupanteon yhteydessä syntyneistä suoraisista kuluista ei sekään ole mikään kaupasta johtuva kontraktiseuraamus, vaan kuten aivan oikein on huomautettu, seuraus vahingonteosta, johon myyjä on tehnyt itsensä syyppäksi.»

20 Huomaa *Arnholm*, s. 83; *Karlgren*, Spörsnål s. 22.

21 Näin esim. *Hakulinen*, Luovutus s. 116; *sama*, Velvoiteoikeus I s. 193; *Vihma*, Sopimussakko s. 94.

22 Näin mm. *Oser—Schönenberger*, s. 159; *Roth*, s. 322.

23 Näin mm. *Serlachius—Cederberg*, s. 20; *Vihma*, Sopimussakko s. 123.

24 Ks. »suullisten sivuvälipuheiden» sitomattomuudesta edellä 6 §:n av. 70 kohdalla lausuttua viitteineen.

sivuvälipuheiden» sitomattomuutta pidetään lähtökohtana, ei voida päätyä muuhun kuin sanottuun. Onhan sopimussakko varsin oleellinen sopimuksen osa.

Edellä tämän pykälän 1-kohdassa todettiin, että käytännössä esisopimus jää usein tekemättä oikeassa muodossa. Esimerkiksi kiinteistönkaupan esisopimus tehdään vain kirjallisesti, mutta ei MK 1: 2:n määrämällä tavalla. Tällaiseen esisopimukseen liitetään sitten sopimussakkovälipuhe. Nyt herää kysymys, mikä oikeusvaikutus on sanotunlaisella menettelyllä. Sitooko siis muotovirheen vuoksi pätemättömään kiinteistönkaupan esisopimukseen liittyvä sopimussakkovälipuhe?²⁵

Useissa ulkomaisissa oikeusjärjestyksissä on otettu huomioon pääsopimuksen pätemättömyyden vaikutus yleensä sopimussakkoon. Näin on asian laita Ranskassa,²⁶ Saksassa²⁷ ja Sveitsissä.²⁸ Sitä vastoin Pohjoismaissa ei kysymyksestä säädetä mitään.²⁹ Tämän vuoksi viimeksi mainitun kirjallisuus on erittäin vertailukelpoista.

Vallitsevana käsityksenä Pohjoismaiden kirjallisuudessa on, että sopimussakkovälipuhe on pätemätön po. tapauksessa.³⁰ Jotkut taas katsovat sopimussakon päteväksi.³¹ Esiintyypä vielä niin sanoakseni välit-

²⁵ Seuraavassa tarkastellaan vain po. kysymystä. Tähän rajoitukseen on päädytty samoista syistä, jotka on mainittu edellä tämän §:n av. 3 jälkeen.

²⁶ Cc 1227 art.: La nullité de l'obligation principale entraîne celle de la clause pénale.

²⁷ BGB 344 §: Erklärt das Gesetz das Versprechen einer Leistung für unwirksam, so ist auch die für den Fall der Nichterfüllung des Versprechens getroffene Vereinbarung einer Strafe unwirksam, selbst wenn die Parteien die Unwirksamkeit des Versprechens gekannt haben.

²⁸ OR 163, art:ssa säädetään sopimussakosta: Sie kann nicht gefordert werden, wenn sie ein widerrechtliches oder unsittliches Versprechen bekräftigen soll und mangels anderer Abrede, wenn die Erfüllung durch einen vom Schuldner nicht zu vertretenden Umstand unmöglich geworden ist.

²⁹ Ks. *Vihma*, Sopimussakko s. 165 ss.

³⁰ Ks. esim. *Almén*, Om auktion II s. 322 ss.; *sama*, Avtalslagen s. 213 av. 4; *Hakulinen*, Luovutus I s. 26; *sama*, Velvoiteoikeus I s. 193; *Serlachius—Cederberg*, s. 20, s. 22; *Vihma*, Sopimussakko s. 164 ss. viitteineen, *sama*, DL 1951 s. 209 ss.

³¹ Näin *Nybergh*, JFT s. 320. Ks. myös *Carlson*, JFT 1932 s. 130 ss., *sama*, DL 1951 s. 1 ss. Carlson mainitsee, että jos sopimussakko painostaa liian paljon, voidaan se alentaa kohtuulliseksi. Hän ei kuitenkaan pidä kohtuullisen painostuksen mittapuuna negatiivisen sopimusedun määrää, lausuen silti: En viktig synpunkt vid prövning är ..., huruvida vitet kan anses såsom ett ekonomiskt tvång att ingå det formbundna avtalet.

tävä mielipide.³² Sen mukaan, mikäli olen oikein ymmärtänyt, sellainen sopimussakko on pätevä, joka kattaa negatiivisen sopimusedun. Jos sopimussakko on sitä korkeampi, voidaan se »kohtuuttomana», OikTL 36 §:n perusteella, alentaa luottamusintressin määräiseksi.

Oikeuskäytäntömme on ollut horjuva. Pari kertaa Korkein oikeutemme hyväksyi muotovirheen vuoksi pätemättömmään kiinteistönkaupan esisopimukseen liitetyn sopimussakon.³³ Vuonna 1951 muuttui kanta kielteiseksi. Tällaisia ratkaisuja on julkaistu tiettävästi kaksi.³⁴

Pidettäköönpä minkälaista kantaa tahansa »oikeana», perustuu se tietysti arvostukseen. Tiedyt näkökohdat puhuvat tehdyn ratkaisun puolesta, toiset ovat sitä vastaan. Omalta osaltani katson, että täysin myönteinen kanta ei voi pitää paikkaansa. Sopimussakolla on näet mm. sellainen *objektiivinen* funktio (tarkoitus),³⁵ että se painostaa pääsopimuksen tekoon.³⁶ Jos siis sopimussakko sitoisi täysimääräisenä, voitaisiin sen avulla kiertää MK 1:2:n tarkoituksia. Mm. kypsän harkinnan vaatimus menettäisi merkityksensä.³⁷

³² Näin ilmeisesti *Godenhielm*, JFT 1958 s. 231, s. 233, vaikka hän lausuukin: *Det bör emellertid stå kontrahenterna fritt att avtala om vite för brytande av tilliten* (s. 234).

³³ KKO 1925 I 14 (plenum, äänestys 16:1); 1944 II 262 (äänestys 3:2). Ks. niistä *Carlson*, JFT 1932 s. 134 ss.; *Vihma*, Sopimussakko s. 171 ss. — Huomaa KKO 1955 II 20.

³⁴ KKO 1951 I 5: Kiinteistön kauppaa tarkoittava esisopimus siihen liittyvine sopimussakkoehdoineen katsottuna velvoittamattomaksi, kun esisopimusta ei oltu tehty MK 1:2:ssa säädetyin muodoin. Samoin HO, toisin KO; 1955 II 20: Kun kiinteistönkaupan päättämistä tarkoittavaa esisopimusta, joka sisälsi ehdon sopimussakosta, ei ollut tehty kiinteistönkaupan voimassa olevia muotomääräyksiä noudattaen, ei ostajaa, joka oli vetäytynyt kaupasta, katsottu velvolliseksi suorittamaan sopimussakkoa. Samoin HO ja KO.

³⁵ Sopimussakon tarkoituksia selvitettäessä ei kirjallisuudessa liene erotettu objektiivisia ja subjektiivisia funktioita toisistaan. Objektiivisilla funktioilla tarkoitetaan vaikutuksia, jotka sopimussakolla *aina* on. Ne toteutuvat täysin riippumatta sopijapuolten tarkoituksista eli subjektiivisista funktioista. Jokaisella välineellä on näet oma tarkoituksensa, objektiivinen funktio. Ks. *Aubert*, s. 8 ss. Huomaa myös *Muukkonen*, s. 203 viitteineen.

³⁶ Ks. sopimussakon tarkoituksista yleensä esim. *Caselius*, DL 1929 s. 356 ss.; *Ekelöf*, s. 198 ss.; *Hernberg*, DL 1929 s. 415 ss.; *Vihma*, Sopimussakko s. 46 ss. laajoina viitteineen.

³⁷ Po. näkökohdan perusteella useat päätyvät kielteiseen ratkaisuun. Ks. esim. *Hakulinen*, Luovutus s. 26; *Vihma*, Sopimussakko s. 173 ss. Huomaa myös *Roth*, s. 322 laajoina viitteineen.

Carlsonin myönteisen ratkaisun pääperusteena lienee, että hänen mielestään po. kysymys ei koskisi ollenkaan probleemia, mikä merkitys sopimuksen pätemättö-

En myöskään saata hyväksyä täysin kielteistä kantaa. Se johtaa ilmeiseen kohtuuttomuuteen, varsinkin jos kanne koskee ainoastaan sopimussakon maksamista, mutta ei negatiivisen sopimusedun korvaamista. Jos näet kanne koskee viimeksi mainittua, voidaan se hyväksyä.³⁸ Miksi ei siis sellaista sopimussakkoa voitaisi hyväksyä, jonka tarkoituksena on negatiivisen sopimusedun korvaaminen? Tällainen sopimussakko täytyy hyväksyä jo johdonmukaisuuden vuoksi.³⁹ Jos taas sopimussakko on liian korkea, on se alennettava kattamaan vain luottamusintressi. Muussa tapauksessa se painostaisi pysymään sitomattomassa esisopimuksessa, eikä sitä voida hyväksyä. Alentamismahdollisuus perustuu suoraan OikTL 36 §:n sanamuotoon.⁴⁰ Säädetään hän siinä, että sopimussakon kohtuullisuutta harkittaessa on otettava huomioon »myös muut asiassa esiintulleet seikat».

Voidaan väittää, että muotovirheelliseen esisopimukseen ei »kannata» liittää sopimussakkoa. Saadaanhan negatiivisen sopimusedun korvaus ilman sopimussakkoakin. Tuollainen ajattelutapa ei ole paikallaan. Sopimussakolla on näet se tärkeä käytännöllinen merkitys, että se »kääntää» todistustaakan. Ellei sopimussakkoa ole, on korvausta vaativan näytettävä toteen vahingon syntyminen ja sen suuruus. »Sopimussakkovälipuhe kuitenkin siirtää todistustaakan häneltä velalliselle, jonka tulee saadaksesen OikTL 36 §:n perusteella sopimussakon määrän alennetuksi näyttää toteen sen ilmeinen kohtuuttomuus», kuten Halila sanoo.⁴¹

3. KÄSIRAHA

Käsirahan (*arrha pacto imperfecto data*) antaminen esisopimusta tehtäessä on vieläkin yleisempää kuin sopimussakkovälipuheen teke-

myydellä on sopimussakkoon. Carlson katsoo, että po. tapauksessa sopimussakko ei liity minkäänlaiseen sopimukseen, vaan »killuu» täysin ilmassa. Sanoohan hän, että »sådan vitesutfästelse är en typisk utfästelse av vite för löfte, som ej ha juridisk relevans» (DL 1951 s. 2). Tällainen ajatus on erittäin epäreaalista, ellei sen »taustana» ole virheellinen *ex nihilo nihil fit* -ajattelu.

³⁸ Ks. edellä tämän §:n 1-kohta.

³⁹ Godenhjelm, JFT 1958 s. 231: Vitesklausulen kan m.a.o. betraktas såsom täckande i princip det negativa intresset och då så är förhållandet, borde vitesklausulen tillerkännas full giltighet.

⁴⁰ Ks. Carlson, JFT 1951 s. 4.

⁴¹ Halila, Todistustaakka s. 322. Ks. myös Vihma, Sopimussakko s. 139 ss. viitteineen.

minen. Mikäli esisopimus on pätevä, noudatetaan käsirahaa koskevia yleisiä periaatteita.⁴²

Tavallista on, että muotovirheen vuoksi pätemätöntä esisopimusta »vahvistetaan» antamalla käsiraha. Kiinteistönkaupan esisopimuksen yhteydessä se on aivan jokapäiväistä. Kiinteistönvälitystoiminnassa näet joudutaan hyvin usein tekemään suullinen esisopimus siksi aikaa, kunnes lopullinen sopimus ehditään tehdä. Mikä oikeusvaikutus käsirahan antamisella on po. tapauksessa?

Kirjallisuudessa kysymykseen on vastattu eri tavoin. Joku katsoo, että käsiraha saadaan pitää siinä tapauksessa, että kaupasta ei tulekaan mitään.⁴³ Toinen taas esittää, että käsiraha on palautettava, koska se mm. painostaa pääsopimuksen tekoon.⁴⁴ Varsinkin viime aikoina meillä on saanut kannatusta kolmas mielipide, jonka mukaan käsiraha on palautettava sikäli, kuin sitä ei tarvita kattamaan negatiivista sopimus-etua.⁴⁵ Myös Korkeimman oikeuden uusimmassa lainkäytössä on tällainen käsitys vallalla.⁴⁶

Käsitys, että käsiraha saataisiin kokonaan pitää, ei voi olla »oikea». Käsiraha luovutetaan saajalle ehdolla, että hän saa pitää rahat, jos an-

⁴² Ks. käsirahasta yleensä esim. *Chydenius*, KR I s. 31; *Dernburg*, II: 1 s. 232 ss.; *Hakulinen*, Perusteeton etu s. 198 ss.; *Karlgren*, Festskrift Ekeberg s. 302 ss.; *Stjernstedt*, s. 236 ss.

⁴³ Ks. *Chydenius*, KR I s. 31. Ks. myös *Hakulinen*, Perusteeton etu s. 199, missä evätään velvollisuus palauttaa käsiraha, jonka tarkoituksena on vain olla todisteena siitä, että sopimus on tehty (ns. *arrha confirmatio*).

⁴⁴ Näin *Roth*, s. 323. Ks. myös esim. *Dernburg*, II: 1 s. 264: Ist der Vertrag nichtig — Z. B. wegen Formmangels ... —, so ist das Draufgeld, wenn es übereignet ist, in der Regel wegen ungerechtfertigter Bereicherung zurückzugewähren; *Hakulinen*, Perusteeton etu s. 199 (vrt. seuraavassa av:ssa olevaa); *von Tuhr-Siegmart*, II s. 733 ss.

⁴⁵ Ks. *Godenhjelm*, JFT 1958 s. 233; *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 194: »Määrämuotoisen sopimuksen tekemistä turvaava käsiraha voidaan vaatia takaisin, jos sopimus jää päättämättä. Asiaan ei vaikuta, kumpi neuvottelukumppaneista on aiheuttanut sopimuksen raukeamisen. Kuitenkin on käsirahan saajalla tällöin oikeus vähentää määrästä ne erityiset kulut, mitkä antaja on kaupanhieronnalla tarpeettomasti aiheuttanut.»; *Karlgren*, Festskrift Ekeberg s. 302 ss.

⁴⁶ Näin KKO 1950 I 17 ja 1951 II 92. Ks. tapauksista lähemmin edellä tämän §:n av. 7, jossa ne on mainittu. Vrt. KKO 1924 t. 273: Koska sopimus vastedes tehtävästä kiinteistönkaupasta ei ollut sopimuskumppaneita sitova eivätkä A:n avio-puolisot olleet näyttäneet syytä, jonka nojalla he asian niin ollen olisivat olleet oikeutetut pitämään saamansa käsirahan omanaan, niin RO velvoitti heidät maksamaan käsirahan takaisin. HO ja KKO: Ei muutosta. — Ks. Ruotsin oikeuskäytännöstä *Karlgren*, Festskrift Ekeberg s. 308 ss.

taja kieltäytyy tekemästä pääsopimusta.⁴⁷ Käsirahan objektiivisena tarkoituksena (funktiona) on mm. painostamalla varmistaa pääsopimuksen tekeminen.⁴⁸ Jos siis käsiraha sitoisi täysimääräisenä, loukattaisiin MK 1: 2:n tarkoituksia. Mm. kypsän harkinnan vaatimus menettäisi merkityksensä.⁴⁹ Po. mielipiteen tueksi voidaan kyllä ajatella viitattavan siihen, että kun käsiraha *jo on annettu*, ei sitä enää voida vaatia palautettavaksi. Käsirahan antaminen on näet eräässä mielessä analoginen ns. mustan kauppahinnan probleemin kanssa.⁵⁰ Viimeksi mainitun osalta voidaan väittää, että täyttämistoimi — mustan kauppahinnan maksu — voi poistaa (paikkaa) siinä muuten olleen virheen ja aiheuttaa siis sen, että jo maksettua mustaa kauppahintaa ei voida palauttaa. Vastaavasti maksettua käsirahaa ei voitaisi vaatia palautettavaksi, koska se olisi vähintään jonkinlaisen *naturalis obligation* täyttämistä. — Lausuttu ei voi pitää paikkaansa. Mustaa kauppahintaa koskeva välipuhe on sitomaton, eikä täyttämistoimi paikkaa sitä. Kun maksettu musta kauppahinta on palautettava takaisin,⁵¹ ei po. analogiaanakaan siis voida vedota.

Täysin vastakkaista kantaa, ts. sitä, että käsiraha olisi kokonaan palautettava, ei myöskään voida hyväksyä. Sellainen veisi ilmeiseen kohtuuttomuuteen ja aiheuttaisi loogisen tasapainottomuuden niiden käsitysten kanssa, jotka edellä on esitetty negatiivisesta sopimusedusta ja sopimussakosta. Tämän vuoksi on päädyttävä käsitykseen, että käsi-

⁴⁷ Ks. esim. *Almén*, Köp I s. 349; *Dernburg*, II: 1 s. 262 ss.; *Karlgren*, Festskrift Ekeberg s. 303; *Lassen*, s. 939; *Vihma*, Sopimussakko s. 112 ss.

⁴⁸ Ks. esim. *Godenhjelm*, JFT 1958 s. 233; *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 194; *Vihma*, Sopimussakko s. 112. Roomalaisessa oikeudessa käsirahaa käytettiin ennen kaikkea merkinä oikeustoimen tekemisestä (ks. *Dernburg*, II: 1 s. 262. Huomaa *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 194). Sitä vastoin vanhassa Saksan ja Ruotsi-Suomen oikeudessa se oli alkujaan »muotomääräyksenä» (ks. *Ask*, II s. 9 ss.; *Dernburg*, II: 1 s. 263).

⁴⁹ Ks. edellä tämän §:n av. 37:n kohdalla mainittua. Se soveltuu nyt po. tapaukseen, sillä käsirahaa ja sopimussakkoa koskevilla välipuheilla on samantapainen tehtävä pääsopimuksen varmistajana. Ks. *Godenhjelm*, JFT 1958 s. 233; *Hakulinen*, Velvoiteoikeus I s. 194; *Karlgren*, Festskrift Ekeberg s. 307: Överhuvud skulle, rent objektivt sett, förverkandeklausulen om den utan vidare godtages komma att utgöra sanktion för ett handlande av långt mera vittgående beskaffenhet än det som i betraktande av formregeln bör vara rättsligt garanterat. Till denna svårighet måste nämligen tagas hänsyn. Underlättas detta och erhölle följaktligen förverkandeklausulen oinskränkt giltighet i enlighet med sitt innehåll, bleve formregeln lätt illusorisk.

⁵⁰ Huomaa myös OikTL 36 §.

⁵¹ Ks. *Muukkonen*, LM 1959 s. 814 ss. viitteineen.

rahasta on palautettava vain se osa, jota ei tarvita negatiivisen sopimusedun korvaamiseen. Negatiivisen sopimusedun määräiset kulu-
jen yms. korvaukset saadaan siis vähentää käsirahasta ja vain jäljelle
jäävä osa on palautettava. Tällä kannalla on, kuten edellä jo mainittiin,
viimeaikainen kirjallisuutemme ja Korkeimman oikeuden lainkäyttö.
Käsityksen tueksi voidaan esittää *mutatis mutandis* näkökohdat, jotka
on mainittu tarkasteltaessa negatiivisen sopimusedun korvaamisen mah-
dollisuutta.⁵²

Vahingonkorvausvelvollisuuteen, sopimussakkoon ja käsirahaan on
silloin sovellettava samanlaisia periaatteita. Millään ei näet voida perus-
tella sitä, että johdonmukaisuudesta olisi luovuttava.⁵³ Tällaiseen loo-
giseen tasapainoon olisi oikeuskäytännössämme päästävä. Ja kul-
jettavana on vain kaksi tietä: joko suhtaudutaan kaikkiin kysymyksiin
kielteisesti tai kaikkiin kysymyksiin suhtaudutaan muotomääräysten
ankaruutta ja muita haitallisia vaikutuksia tarkoituksenmukaisesti lie-
vittävällä tavalla. Omalta osaltani arvostan viimeksi mainitun tien »pa-
remmaksi». Muotomääräyksen modifikaatiot ovat näet po. tapauksissa
loppujen lopuksi jokseenkin vähäiset.⁵⁴

⁵² Ks. tämän §:n av. 10—16 kohdalla mainittua.

⁵³ *Godenhielm*, JFT 1958 s. 233: Då handpenningsavtal och avtalsvite i sin juridiska funktion ligga nära varandra, borde vardera behandlas på samma sätt. Sanottu koskee myös negatiivisen sopimusedun korvaamista. Ks. myös *Karlgren*, *Festskrift Ekeberg* s. 304 ss. ja tämän §:n av. 16 jälkeen lausuttua.

⁵⁴ Ks. *Karlgren*, *Festskrift Ekeberg* s. 308.

III LUKU. ESISOPIMUKSEN OIKEUDELLINEN LUONNE

10 §. ESISOPIMUS AJATTELUTAPANA

Edellä on tarkasteltu esisopimuksen oikeusvaikutuksia. Esisopimuksen käsite, johon nuo vaikutukset liittyvät, on perustunut työhypoteesiin, olettamukseen. Saavutettujen tulosten perusteella yritetään nyt kuvata esisopimuksen »luonnetta».

Luonne-sanan käyttäminen ei tietystikään merkitse, että suoritettu tutkimus nojautuisi luonne- eli substanssijatteluun. Sellainen johtaa helposti kamariviisaaseen »syntyjen syvien» mietiskelyyn. Tällöin probleemina on, mitä tai mikä esisopimus on. Siitä ei ole juuri hyötyä.¹ Esisopimuksen oikeusvaikutukset eivät näet ratkea sellaisen menettelyn avulla, niin kuin edellä lausutusta lienee riittävän selvästi ilmennyt.² Juridiikkahan ei ole »käsitteillä laskemista» eikä metafyyssillisillä argumenteilla työskentelyä.³ — Mikään ei tietystikään estä käyttämästä luonne-sanaa. Seuraavassa siihen sisällytetään eräitä esisopimuksen yleispiirteitä.

*Esisopimuksen työhypoteettinen käsite*⁴ ei kaivanne muutoksia. Se on »väljyydestään» huolimatta osoittautunut yksityistapausten tarkastelussa tarkoituksenmukaiseksi. Käsitteen väljyydessä onkin sen käytökelpoisuus. Esisopimus on siis varsin erilaisten oikeustosiasiain yhteinen nimi.⁵ Se on ajattelumuotti, eikä siitä sinänsä saa johtaa oikeusvaikutuksia.

Eri *esisopimusten oikeusvaikutukset* poikkeavat toisistaan melkoisesti. Ehdottoman varmoja yleissääntöjä ei yleensä ole voitu esittää.

¹ Ks. suhde- ja olemuskäsitteistä esim. Carlson, LM 1957 s. 22 ss.; Vuorio, LM 1956 s. 444 ss.

² Vrt. Adler, 1892 s. 277.

³ Ks. esim. Vuorio, LM 1956 s. 449 viitteineen.

⁴ Ks. edellä 3 §:n A-kohdassa esitettyä.

⁵ Ks. edellä 4 §:n G-kohdassa lausuttua.

Tiettyjä invariansseja on tosin eräissä tapauksissa havaittu. Niihin ei kuitenkaan saa suhtautua varauksettomasti. Tutkimus on näet pohjautunut melko harvoin yksityistapauksiin, koska se olisi muuten paisunut esisopimuksen käytännöllistä merkittävyyttä ajatellen suhteettoman laajaksi. Joidenkin käsittelemättä jätettyjen yksityistapausten mukaan ottaminen saattaa siis muuttaa nyt näkyvissä olevan yhteisen piirteen.⁶ Vielä voidaan havaita, että tämän tutkimuksen tulokset eivät osoita, onko esisopimuksen sitovuus »velvoiteoikeudellinen» vai voiko se olla myös »esineoikeudellinen». Kuitenkin voidaan lausua, että esisopimuksen synnyttämällä oikeussuhteella on velvoiteoikeudellisia piirteitä, jotka ilmenevät mm. henkilönvaihdoskysymyksissä.⁷

Tutkimusten tulokset osoittavat, että esisopimus ei ole täysin itsenäinen oikeustoimi, niin kuin kirjallisuudessa joskus esitetään.⁸ Onhan edellä todettu, että esisopimuksen toissijaisena päämääränä on pääsopimuksen tarkoituksen toteuttaminen. Tämä vaikuttaa merkittävällä tavalla useihin kysymyksiin.⁹ Esisopimus ei myöskään rakennu »klassilliselle» riippuvaisuusperiaatteelle.¹⁰ Sen sitovuuden edellytykset eivät näet aina ole samat kuin pääsopimuksen.¹¹ Myöskään esisopimuksen synnyttämän kelpoisuuden periytymis- ja siirtomahdollisuus ei määrydy pääsopimuksen siirtoa koskevien periaatteiden mukaan.¹² Niin ikään esisopimuksella on oma kausansa eli oikeusperusteensa. Sitä ei siis »lainata» pääsopimukselta.^{12a} Tästä huolimatta ei voida kieltää, että esisopimuksen ja pääsopimuksen välillä vallitsee eräänlainen sisäinen suhde.

Esisopimuksen ns. *systemaattisesta asemasta* ei kirjallisuudessa ole saavutettu yksimielisyyttä. Vallitseva mielipide pitää esisopimusta pääsopimuksen kehitysvaiheena.¹³ Toiset taas korostavat esisopimuksen itsenäisyyttä, ja katsovat esisopimusopin kuuluvan sopimusten kohdetta koskeviin »yleisiin oppeihin».¹⁴ Joku lähtee esisopimusneuvottelujen

⁶ Ks. tässä yhteydessä *Vihma*, Mahdottomuus s. 287.

⁷ Ks. edellä 7 §:n 4-C-e-kohdassa lausuttua.

⁸ Näin mm. *Degenkolb*, AcP 1887 s. 50 ss.: *Hernberg*, DL 1925 s. 359; *sama*, Yleissiviilioikeus s. 225; *Reuterskiöld*, s. 51.

⁹ Ks. edellä 6 §:ssä esitettyä.

¹⁰ Ks. esim. *Adler*, IhJ 1892 s. 224.

¹¹ Ks. edellä 6 §:ssä esitettyä.

¹² Ks. edellä 7 §:n 3-kohdassa lausuttua.

^{12a} Ks. esim. *Becker*, s. 118; *Roth*, s. 276 ss.; *Stinzing*, s. 46 ss.

¹³ Ks. *Roth*, s. 297 ss. laajoine viitteineen, *Windscheid*, Pandekten II s. 193 av. 1.

¹⁴ *Degenkolb*, AcP 1887 s. 51: Die Lehre von Vorverträgen gehört m.E. im allgemeinen Theil in die Lehre von den Objecten der Verträge oder auch die Hervorhebung des Contrahere in die Lehre von den Arten der obligatorischen Leistungen.

ja sopimuksen synnyn eri vaiheiden »analyttisestä tarkastelusta» ja päätyy siihen, että esisopimus on luonteeltaan erikoislaatuista neuvottelutulosten toimeenpanoa.¹⁵ On myös esitetty, että esisopimusta pitää käsitellä kontrahoimispakon ilmenemismuotona.¹⁶

Omalta osaltani pidän po. »systeemikysymystä» jokseenkin tarkoituksettomana. Kaikkien järjestelmien (luokitusten) tavoitteena voi näet olla vain tarkoituksenmukaisuus asetetun tehtävän kannalta.¹⁷ Tehtävän päämäärä vaikuttaa siis luokitusperusteiden valintaan. Jos päämääränä on esim. »siviilioikeuden yleisten oppien» tavanomainen esittäminen, ei esisopimusta voitane käsitellä muualla kuin siellä, missä tarkastellaan mm. sopimusneuvotteluja ja sopimuksen tekemistä (tar-

¹⁵ Näin Roth, s. 233 ss., erit. s. 268.

¹⁶ Ks. esim. Kivimäki, Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu, Helsinki 1924, s. 119, jossa puhutaan »pactum de contrahendon luomasta yksityisoikeudellisesta kontrahoimispakosta»; Roth, s. 71 ss. viitteineen; jossa lausutaan mm.: Doch wird in der neueren Lehre vom Kontrahierungszwang, in deren Zusammenhang auch der Vorvertrag erwähnt wird, der Vertragszwang, der 'erzwungene Vertrag', als rechtliche Denkform verwendet.

Tavallisesti esisopimuksen luomaa velvollisuutta tehdä pääsopimus ei pidetä kontrahoimispakon ilmentymänä. Vain silloin, kun sopimuksentekovelvollisuus on määrätty laissa tai muussa sen veroisessa normissa, puhutaan kontrahoimispakosta, mutta ei siis silloin, kun ko. velvollisuus perustuu yksityisautonomiseen normiin (sopimukseen). Ks. esim. Ekström, s. 558 ss.; Fischer, Der Begriff der Vertragsfreiheit, Zürich 1952, s. 34 ss.: s. 62; Hakulinen, Velvoiteoikeus I s. 93; Kivimäki—Ylöstalo, s. 200: »Sama velvoitus sopimuksen päättämiseen vastaisuudessa kuin minkä esisopimus saa aikaan, voi myös syntyä julkisoikeudellista tietä»; Staudingers Kommentar I, s. 858 ss.; von Tuhr, II: 1 s. 495; Ussing, s. 98 ss.

Po. kysymys on yksinomaan systemaattinen tarkoituksenmukaisuuskysymys. Sen ratkaisu riippuu mm. siitä, mitä sopimusvapaudella tarkoitetaan. Onhan näet kontrahoimispakossa kysymys yhdestä sopimusvapauden alakäsitteestä (elementistä), nimittäin päättäväapaudesta (ks. Muukkonen, LM 1956 s. 601 ss., erit. s. 607). Ratkaisu riippuu myös siitä, mikä oikeusteoreettinen näkemys tutkijalla on yksityisautonomisista normeista. Joka rinnastaa yksityisnormit muihin oikeusnormeihin, päätynee siihen, että esisopimus luo kontrahoimispakon. Kontrahoimispakko jaetaan kenties vielä yksityisoikeudelliseen ja julkisoikeudelliseen kontrahoimispakkoon, jolloin esisopimuksen synnyttämä sopimuksentekovelvollisuus kuuluisi edelliseen. — Omalta osaltani olen aikaisemmin esittänyt (Muukkonen, s. 76), ettei voida antaa kysymykseen, onko tuollainen yksityisautonominen normiajattelu tarkoituksenmukaista, yleistä vastausta. Tämän vuoksi olen taipuvainen erottamaan esisopimukseen perustuvan sopimuksentekovelvollisuuden julkisoikeudellisesta sopimuksentekovelvollisuudesta (kontrahoimispakosta).

¹⁷ Ks. Muukkonen, s. 72 viitteineen.

jousta ja hyväksymistä).¹⁸ Kukaan tuskin rohkenee kieltää sitä, että esisopimus liittyy toisaalta sopimusneuvotteluihin ja toisaalta pääsopimuksen tekoon. Voidaan myös sanoa, että esisopimus on enemmän kuin sopimusneuvottelut ja tarjous, mutta vähemmän kuin pääsopimus, jonka syntymiseen sillä tähdätään.

¹⁸ Ks. esim. *Ekström*, s. 559 ss.; *Hernberg*, s. 225 ss.; *Kivimäki—Ylöstalo*, s. 199 ss.; *von Tuhr*, II: 1 s. 493 ss.; *Ussing*, s. 97 ss.

DER VORVERTRAG

Eine zivilrechtliche Studie

Zusammenfassung

EINLEITUNG

§ 1. LEHRMETHODISCHER ÜBERBLICK

Der Vorvertrag ist in Finnland bislang noch nicht Gegenstand ausführlicher Untersuchungen gewesen. Abgesehen von den kurzgefassten Darstellungen in Lehrbüchern sind zu diesem Thema bei uns nur einige kurzgefasste Artikel erschienen¹. In den übrigen nordischen Ländern liegen die Dinge nicht viel anders. Zwar ist — 1899 — von C. A. Reuterskiöld eine Schrift »Pacta de contrahendo« erschienen, doch bezieht diese sich auf das Römische Recht. Ausserhalb der nordischen Länder ist der Vorvertrag Objekt zahlreicher Untersuchungen gewesen und zumal die Jahre um 1900 brachten, vor allem in der deutschen Literatur, eine förmliche »Vorvertragskonjunktur«.

Im Vordergrund des reichen Schrifttums der Jahrhundertwende stehen die Fragen zum Begriff und zu der rechtlichen Natur des Vorvertrages, eine Erscheinung, die unter dem Gesichtspunkt der Entwicklung der Rechtswissenschaft leicht verständlich ist. In diesen Jahren, besonders gegen Ende des XIX Jahrhunderts, erlebte ja die pandektologische Begriffsjurisprudenz eine Hochblüte.

Das finnische Schrifttum wie das nordische überhaupt zeigt sich im grossen ganzen positiv; die prinzipielle Zweckmässigkeit des Begriffes »Vorvertrag« wird im allgemeinen anerkannt. Eine Eingrenzung des Begriffes nach deutschem Muster ist nicht üblich, d.h. es erfolgt keine Beschränkung nur auf obligatorische Hauptverträge.

Das Hauptaugenmerk der vorliegenden Untersuchung richtet sich

¹ S. Berndt Godenhjelm, Om rättsverkan av föravtal, JFT 1958 s. S. 226 ff; Hernberg, Föravtalet, DL 1925, S. 359 ff.

auf die Rechtswirkungen des Vorvertrages. Ausflüssen pandektologischen Denkens wie z.B. dem folgenden Satz können wir keinesfalls zustimmen: »Wenn wir wissen, was der Vorvertrag ist, so ergeben sich die Rechtssätze von selbst. Was der Vorvertrag aber ist, kann uns nur das eigene Denken und kein Gesetz sagen«.² Der Ausgangspunkt eines Forschers dürfte diesen Worten diametral entgegengesetzt sein.

§ 2. GESETZGEBUNG UND PRAXIS

1. Gesetzgebung

Allgemeine Bestimmungen zum Vorvertrag, wie sie z.B. das schweizerische OR Artikel 22 oder das österreichische ABGB § 936 enthält, finden sich weder in der finnischen noch in der skandinavischen Gesetzgebung. Zwar gibt es auch in unserer Gesetzgebung Stellen, die in Fragen des Vorvertrags von Bedeutung sind, jedoch ist in ihnen das Wort »Vorvertrag« namentlich nicht erwähnt.

Die wichtigste der erwähnten Gesetzstellen befindet sich im Finn. Zwangsvollstreckungsgesetz³ (3: 42). Hier heisst es: »Besteht die Verpflichtung zur Ausfertigung eines Kaufvertrages oder eines anderen Schriftstückes oder einer dementsprechenden Äusserung, so soll dieser nach Erlangung der Rechtskraft dieselbe Rechtswirkung zukommen, als ob die Verpflichtung erfüllt wäre.« Diese auf die Zwangsvollstreckung bezügliche Gesetzesstelle lässt sich auch auf Vorverträge anwenden.

2. Praxis

Die Anzahl der Beschlussfassungen des finnischen Höchsten Gerichtshofes zu Vorvertragsfragen hält sich in engen Grenzen. Das bedeutet nun nicht, dass nur selten Vorverträge eingegangen würden. Die Abschliessung von Vorverträgen kommt häufig vor, wenn bei Gründung von Wohnungsaktiengesellschaften diese mit Grundstücken ausgestattet werden sollen.⁴ Nach Ansicht der meisten Gemeinden gehört es zu einer gesunden Grundstückspolitik, die Grundstücke zunächst zu verpachten, wobei der Pachtvertrag dann allerdings ein bedingtes Ver-

² so Adler, IuJ 1892, S. 277.

³ Dieses Gesetz stammt insgesamt aus dem Jahre 1895 (3. XII); der angeführte Paragraph wurde am 29. VII. 1948 geändert.

⁴ Wegen seiner Aussergewöhnlichkeit sei der Umstand erwähnt, dass Finnland ein Wohnungsaktiengesellschaftsgesetz hat (5. II. 1926).

kaufsversprechen enthält (*pactum de vendendo*). Gelegentlich werden Vorverträge zu Steuerhinterziehungen benutzt. Ferner spielt der Vorvertrag eine Rolle im Rahmen von Makleraufträgen. Auch beim Kauf von Wohnungsaktien sind in Finnland Vorverträge häufig, nachdem die Gründer von Wohnungsaktiengesellschaften meist nicht geneigt sind, den Aktionären schon bei der Gründung die Stellung von Wohnungsinhabern (Aktieninhabern) einzuräumen. Aus diesem Grunde zeichnen sie selbst sämtliche Aktien und händigen diese erst später den Wohnungsinhabern ein, die den betr. Bau finanzieren.

Mit dem Obengesagten soll weder die Häufigkeit noch die praktische Bedeutung des Vorvertrages überschätzt sein. Es ist eines unserer Hauptanliegen, die Behauptung zu entkräften, dass Vorverträge überhaupt nicht gemacht würden. Auch was Finnland angeht, dürfen wir mit dem Nestor der Vorvertragslehre, *Degenkolb*,⁵ sagen: »Der Vorvertrag ist kein toter Lehrgegenstand, sondern lebende Wirklichkeit».

Kapitel I

DER VORVERTRAG ALS RECHTSERHEBLICHE TATSACHE

§ 3. DER BEGRIFF DES VORVERTRAGES

A. Arbeitshypothese. Der Begriff des Vorvertrages ist in dieser Untersuchung gebildet ausschliesslich auf Basis rechtserheblicher Tatsachen. Wenn dem Begriff des Vorvertrages nämlich Rechtsfolgeinhalte einverleibt werden, so werden der auf Rechtsfolgefragen gerichteten Forschung die Hände gebunden.

Nachdem der Begriff im Schrifttum in schwankender Bedeutung gebraucht wird, und weil er in Finnland nicht als legalisiert gelten kann, wurde eine Arbeitshypothese als Ausgangspunkt gewählt: Mit »Vorvertrag« wird unten ein Vertrag oder ein Versprechen verstanden, wodurch die Abschliessung eines Hauptvertrages versprochen wird.

B. Beispielfälle. Tendenz vorliegender Untersuchung ist die Analyse. Ausgehend von bestimmten Einzelfällen wird nach Verallgemeinerungen gestrebt. Hierzu wurden einzelne sog. Musterfälle für die Untersuchung ausgewählt, die etwas genauer untersucht wurden, und es wurde versucht darzulegen, warum gerade diese Fälle als Musterfälle

⁵ *Degenkolb*, AcP 1887 S. 73 ff.

anzusprechen sind. In diesem Sinne sind herangezogen die folgenden Fälle: a) Das Verlöbniß (*pactum de contrahendo matrimonio*); b) der Vorvertrag zum Kauf (auch *pactum de vendendo* und *pactum de emendo*); c) das Schenkungsversprechen; d) das Verpfändungsversprechen; e) das Bürgschaftsversprechen; f) der Vorvertrag über die Ausstellung eines Wechsels (*pactum de cambiando*); g) das Darlehensversprechen (*pactum de mutuo dando*) sowie h) der Vorvertrag zum Mietsvertrag.

§ 4. DIFFERENZIERUNG DER NÄHEREN BEGRIFFE

Nachdem der Begriff des Vorvertrages nur eine Arbeitshypothese ist, und nachdem die Anzahl derjenigen rechtserheblichen Tatsachen, die an Vorverträge erinnern, nicht unerheblich ist, werden in diesem Kapitel einige Nachbarbegriffe gesondert. Vom Vorvertrag unterschieden werden die sog. Punktationen vorbereitender Geschäftsunterhandlungen, Angebote, bedingte Hauptverträge, fehlerhafte Hauptverträge und die sog. Tarifverträge. Die Ausscheidung dieser Grenzfälle war eines der Hauptziele dieser Untersuchung — wegen der offenkundigen begrifflichen Unklarheit des Vorvertrags-Begriffs ist die Annahme berechtigt, dass eine scharfe Eingrenzung des Begriffes auch garnicht angezeigt wäre. Es handelt sich bei dem Begriff des Vorvertrages um die gemeinsame Bezeichnung (Symbolfunktion) ziemlich verschiedenartiger einzelner rechtserheblicher Tatsachen.

Kapitel II

RECHTSFOLGE DES VORVERTRAGES

§ 5. GÜLTIGKEIT BEI PARTEIRELATIONEN

A. Was ist unter der »Gültigkeit« (Verbindlichkeit) zu verstehen? Nach dem skandinavischen Schrifttum bedeutet der Ausdruck »gültiger Vertrag«, dass dieser zu einer Leistung in Natur oder zu einer durch positives Vertragsinteresse bestimmten Entschädigung verpflichtet. Verträge, die nur zur Entschädigung negativer Vertragsinteressen berechtigen, werden nicht für rechtsgültig angesehen.

Nun ist ein solcher Begriff der Verbindlichkeit mit einigen Schwächen behaftet, und es wird deshalb für nötig gehalten zu betonen, dass ein logisches Abhängigkeitsverhältnis zwischen den beiden Arten der

Rechtsfolge nicht besteht. In dieser Untersuchung wird ferner vorgeschlagen, die Gültigkeit eines Vorvertrages als gegeben zu erachten, wenn dieser zu Leistung in Natur verpflichtet. Als rechtsgültig anzusehen sind des weiteren Fälle, in denen zwar für die Leistung in Natur keine Möglichkeit besteht, weil der Vollstreckungszwang undurchführbar ist oder aus anderen Gründen keine Bedeutung hat, bei denen aber die Leistung einer durch positives Vertragsinteresse bestimmten Entschädigung erfolgen kann. Die Entschädigung ist hierbei als unvermeidliches Surrogat der Leistung in Natur anzusehen.

Wird keine der vorerwähnten Rechtsfolgen durch den Vorvertrag hervorgerufen, so muss dieser als ungültig angesehen werden. Das Fehlen anderer Rechtsfolgen ist hieraus jedoch nicht abzuleiten. Der Satz *ex nihilo nihil fit* ist hier also nicht anwendbar, nachdem es sich nicht um ein *nihil* handelt. Was fehlt, ist die »Gültigkeit« zu nennende Rechtsfolge, während sich die Existenz anderer Rechtsfolgen je nach Bemessung der für und wider sprechenden Gesichtspunkte handhaben lässt.

B. *Die Gültigkeitsfrage im finnischen Schrifttum und im finn. Rechtsgebrauch.* Vorherrschend ist die Auffassung, dass Vorverträge im allgemeinen verbindlich sind.

Vor der Frage, ob Vorverträge im allgemeinen verbindlich sind, hat das finnische Höchste Gericht noch nie gestanden; dagegen war in Einzelfällen die Frage der Gültigkeit eines bestimmten Vorvertrags zu beantworten. Diese Fälle sind im Rahmen der betrachteten Einzelfälle erwähnt.

C. *Betrachtung von Einzelfällen.* Es werden zunächst solche Gesichtspunkte betrachtet, die sich gegen oder für die Gültigkeit sämtlicher Einzelfälle anführen lassen. Es ergibt sich zusammenfassend die Feststellung, dass die bedeutenderen Gesichtspunkte für eine Gültigkeit des Vorvertrages sprechen. Die Auffindung allgemeiner Gesichtspunkte, die gegen die Gültigkeit sprechen, ist dagegen schwieriger. Es ist jedoch festzuhalten, dass hiervon abgesehen in einzelnen Fällen Motivierungen auftreten können, die zur Ungültigkeit des Vorvertrages führen.

Bei Darstellung der Einzelfälle ist in Bezug auf das finnische Recht die Anschauung vertreten, dass das *Verlöbnis* in Parteirelation nicht Verbindlichkeit hat; weder verpflichtet es zu Leistung in Natur noch zur Entschädigung positiver Vertragsinteressen.

Die Untersuchung der *Vorverträge von Käufen* richtete sich vor allem auf Vorverträge für Wohnungsaktien- und Grundstückskäufe.

Es ergab sich in beiden Fällen die Auffassung, dass diese Vorverträge zu Leistung in Natur und zu einer positiven Entschädigung in Höhe des Vertragsinteresses berechtigen; d.h. sie sind verbindlich. Die Gültigkeit von Vorverträgen im Grundstücksgeschäft ist früher, und dies sei hervorgehoben, ziemlich strittig gewesen. In jüngster Zeit aber hat die zur Gültigkeit neigende Meinung sich jedoch immer mehr ausgebreitet. Auch das Höchste Gericht hat sich schon lange Zeit hindurch auf den Standpunkt gestellt, dass der betr. Vorvertrag Gültigkeit besitzt, wenn er den Formvorschriften des Grundstückshandels folgt.

Nach dem Gesetz über Schenkungsversprechen vom 31. VII. 1947 verpflichtet in Finnland ein *Schenkungsversprechen* über die Schenkung beweglichen Eigentums zu Leistung in Natur. Hier allerdings dürfte eine Entschädigung in Höhe des positiven Vertragsinteresses nicht in Frage kommen.

Das *Verpfändungsversprechen* verpflichtet in Parteirelation zu Leistung in Natur; hier kann auch Anspruch auf Entschädigung positiven Vertragsinteresses erhoben werden. Durch das dem Gläubiger gegebene *Bürgschaftsversprechen* entsteht die Verpflichtung zu Leistung in Natur und berechtigt zur Entschädigung positiver Vertragsinteressen. Dasselbe dürfte auch dann zutreffen, wenn das Versprechen dem Schuldner gemacht worden ist.

Das *Versprechen auf Ausstellung eines Wechsels* dürfte zu Leistung in Natur wohl nicht verpflichten, nachdem der Vollstreckungszwang real gesehen bedeutungslos ist. Hier kann nur Anspruch auf Entschädigung positiven Vertragsinteresses erhoben werden.

Das *Darlehensversprechen* verpflichtet den Darleiher zu Leistung in Natur. Den Darlehensempfänger dagegen verpflichtet es nicht zu Leistung in Natur, d.h. zur Annahme von Geldern. Zur Entschädigung positiver Vertragsinteressen sind wohl beide Vertragspartner verpflichtet.

Als Beispiele für Vorverträge von Mietverträgen wurden herangezogen Fälle, die unter das Landverpachtungsgesetz vom 19. VI. 1902 und das Gesetz über die Vermietung von Wohnräumen vom 12. V. 1925 fallen. Die Vorverträge dieser Mietverträge verpflichten zu Leistung in Natur und auch zur Entschädigung positiver Vertragsinteressen.

Eine Prüfung der Einzelfälle ergibt, dass die Verbindlichkeit des Vorvertrags im finnischen Recht bei Parteirelation allgemein ist. Wegen der Ausnahmen kann die Frage der Gültigkeit eines Vorvertrages jedoch nur in casu beantwortet werden.

§ 6. VORAUSSETZUNGEN FÜR DIE GÜLTIGKEIT

Wie bereits prädefiniert ist der Inhalt des Vorvertrages der Abschluss eines Hauptvertrages (contrahere). Dies ist indessen nur der Hauptzweck. Denn, wenn jemand einen Hauptvertrag abschliesst oder abzuschliessen verpflichtet wird, so bedeutet dies gleichzeitig den Vollzug des Zweckes des Hauptvertrages. Rein logisch lässt sich also feststellen, dass der Zweitweck des Vorvertrages im Vollzug des Hauptvertrages besteht. Ja, es kann der Fall eintreten, dass der Vorvertrag unter bestimmten Voraussetzungen zur Leistung des Hauptvertrages berechtigt. Dieser Umstand ist auf die Voraussetzung der Gültigkeit von Wirkung.

Die Untersuchung konzentriert sich in erster Linie auf diejenigen Fragen, die für den Vorvertrag zentral sind; solche sind die Fragen zu Form und Inhalt des Vorvertrages.

Was die *Form* des Vorvertrages betrifft, so sind zunächst die in der Literatur aufgetretenen Auffassungen untersucht worden. Hierdurch werden die Argumente erklärt, die bei Durchsicht der Einzelfälle von entscheidender Bedeutung sind. Eine derartige erörternde Erfassung ist angezeigt schon deshalb, weil sich durch sie zeigen lässt, dass einzelne in der Literatur geäußerte Auffassungen auf das finnische Recht nicht Verwendung finden können. — Bei der Durchsicht der Einzelfälle wird dargelegt, dass das Verlöbnis in Finnland nicht formgebunden ist; auch für den Vorvertrag für Wohnungsaktienkäufe ist ein formales Schema nicht festgelegt. Im Vorvertrag für Grundstückskäufe dagegen sind die formalen Vorschriften für den Hauptvertrag zu befolgen. Schenkungsversprechen sind gemäss der in § 1 des Gesetzes für Schenkungsversprechen vorgesehenen Form abzufassen. Nicht formgebunden sind ferner die Versprechen auf Verpfändung, Bürgschaft, Ausstellung eines Wechsels sowie auf Darlehen. Solche Vorverträge von Mietverträgen, die unter das Landverpachtungsgesetz fallen, müssen die formalen Vorschriften des Hauptvertrages befolgen. Vorverträge von Wohnraumvermietung müssen, falls Gültigkeit über den Zeitraum eines Jahres hinaus beabsichtigt ist, schriftlich abgefasst werden. — Auf Grund der Untersuchung der Einzelfälle kann es als unbestreitbar angesehen werden, dass die Formfrage eines Vorvertrages in jedem Fall einzeln lösbar ist.⁶ Diese Auffassung herrscht auch in der skandinavischen Literatur.

⁶ Zweckmässigerweise können die finnischen Formvorschriften ihrer Entstehung nach gegliedert werden in a) Gesetzesvorschriften (oder legale), b) in

Der *Inhalt* des Vorvertrages muss in jedem einzelnen Fall wenigstens so beschaffen sein, dass ein Gericht in der Lage ist, auf Grund seines Wortlautes, dessen Interpretation und der ergänzenden Rechtsnormen den Inhalt des Hauptvertrages festzulegen. Im allgemeinen gehören zu den sog. inhaltlichen Mindestforderungen des Vorvertrages die wesentlichen Bestandteile (*essentialia negotii*), jedoch ist diese Regel nicht ausnahmslos (z.B. beim Versprechen auf Ausstellung eines Wechsels).

§ 7. GÜLTIGKEIT BEI PERSONENWECHSELN

1. Abgrenzung des Untersuchungsgebietes

Unter § 7 sind unten Fragen behandelt, die in das Feld des sog. dynamischen Rechts fallen. Berechtigt der Vorvertrag bei Parteirelation zu Leistung in Natur, so ist der Kontrahent zum Erhalt der Leistung berechtigt, Vollzug besagter Verpflichtung zu fordern, und diese Verpflichtung obliegt der anderen Partei. Schlüsse in der Richtung, ob ein anderer als der Vertragspartner Vollzug fordern kann, oder, ob Dritte Vollzug leisten müssen, sind hieraus nicht zu ziehen; die Klärung dieser Fragen ist Sache der »Dynamik«.

Nachdem das Ziel dieser Untersuchung ausschliesslich eine Art Kartographie der allgemeinen Gestalt von Vorverträgen ist, wurde das Untersuchungsfeld ziemlich stark begrenzt. Dies betrifft auch die Anzahl der Musterfälle. Ein weiterer Grund für die Beschränkung liegt darin, dass die praktische Bedeutung des Vorvertrages nicht sehr gross ist und dass die Untersuchung aus verschiedenen Gründen nicht zu theoretisch gemacht werden sollte.

2. Der Realinhalt der Forderung auf Leistung in Natur

Die Verpflichtung zu Leistung in Natur bedeutet nun nach finnischen Recht durchaus nicht nur eine Verpflichtung zum Abschluss des

solche des Gewohnheitsrechts und c) in solche, die auf Abmachung fussen (oder privatautonome). Eine weitere Einteilung ist möglich nach den Rechtsfolgen, die ihre Nichtbeachtung mit sich bringt — es ergeben sich so eigentliche, uneigentliche und hinweisende. Mit »eigentlichen« Formvorschriften sind solche Normen gemeint, deren Nichtbefolgung die Ungültigkeit nach sich zieht. Nichtbeachtung »uneigentlicher« Formvorschriften zeitigt andere unmittelbare Folgen für die Vertragspartner als die Ungültigkeit. Die Nichtbeachtung »hinweisender« Formvorschriften bleibt ohne direkte rechtliche Folgen.

Hauptvertrages. Klagen betreffend Leistungsgegenstände des Hauptvertrages können unter bestimmten Voraussetzungen mit der Befähigung zum Abschluss eines Hauptvertrages kumuliert werden.

Die Frage, wie man dieses Recht nennen will, ist letzten Endes sprachlicher Natur, doch darf dem Begriff nicht mehr als das oben Gesagte einverleibt werden. Von Wichtigkeit ist es zu betonen, dass man vorläufig nicht berechtigt ist zu sagen, ob das betr. Rechtsverhältnis obligatorisch ist oder nicht.

3. Wer ist berechtigt, die Erfüllung des Vorvertrages zu fordern

A. *Vererblichkeit.* Gestützt auf die Einzelfälle dürfen wir feststellen, dass die durch den Vorvertrag erstehende Fähigkeit vererblich ist. Dieser Umstand kann jedoch durch irgendeinen besonderen Grund hinfällig werden. Der wesentlichste und am häufigsten auftretende Umstand ist hier der, dass diese Fähigkeit als eine persönliche aufgefasst wird. Ein weiterer Hinderungsgrund für die Vererblichkeit ist die Pflicht zur Gegenleistung, soweit nicht für die Erfüllung der Gegenleistungspflicht eine hinreichende Versicherung abgegeben wird.

B. *Übertragbarkeit.* Für die Übertragbarkeit des Vorvertrages konnten Schlüsse allgemeiner Natur aus der Betrachtung der Einzelfälle und der zutage tretenden Gründe nicht gezogen werden. Die Einzelfälle zeigen eine so grosse Verschiedenartigkeit, dass diese Frage immer nur fallweise entschieden werden kann.

C. *Zwangsvollstreckungs- und Konkursfälle.* Nach finnischem Recht ist prinzipiell jedes Eigentumsrecht zwangsvollstreckbar, das übertragbar ist. Dasselbe betrifft auch den Konkurs, d.i. die allgemeine Zwangsvollstreckung. Von dieser Grundregel werden einige wenige Ausnahmen gemacht. Zwischen der Zwangsvollstreckbarkeit und der Übertragbarkeit herrscht also kein »logisches« Abhängigkeitsverhältnis, obwohl hier von einer wesentlichen Grundregel gesprochen werden muss.

Diese Grundregel muss auf den Vorvertrag angewandt werden, und die durch den Vorvertrag hervorgerufene Fähigkeit ist demnach zwangsvollstreckbar, sofern die übertragbar ist. Ist eine Übertragung des Vorvertrages wegen eines in ihn aufgenommenen Abtretungsverbotes nicht möglich, so verhindert dieses im allgemeinen auch die

Vollstreckung und unterbindet die Zugehörigkeit zur Konkursmasse, soweit es nicht Zweck des Verbotes ist, in erster Linie die Interessen der Gläubiger zu verletzen.

4. Wer ist zur Erfüllung des Vorvertrages verpflichtet

A. *Verblichkeit.* Die Durchsicht der Einzelfälle ergab, dass der Erbe meist zur Erfüllung des Vorvertrages verpflichtet ist. Diese Verpflichtung zur Erfüllung des Vorvertrages, d.h. der Abschluss des Hauptvertrages, ist jedoch für den Erben nicht ausnahmslos. Die bedeutendste Ausnahmegruppe bilden diejenigen Fälle, in denen die Leistung mit der Person des Schuldners so eng verknüpft ist, dass ein Eintreten des Erben in die Verpflichtungen des Erblassers undenkbar wäre.

B. *Übertragbarkeit und Zwangsvollstreckung.* Ohne Zustimmung der Gläubiger kann eine Übertragbarkeit auf seiten des Schuldners selbstredend nicht in Frage kommen. Ebenso ist es einleuchtend, dass die Verpflichtung zum Abschluss des Hauptvertrages nicht zwangsvollstreckbar ist. Gegenstand einer Zwangsvollstreckung können lediglich die Rechte sein.

C. *Konkursfälle.* Wie die Durchsicht der Einzelfälle ergibt, besteht hinsichtlich der Konkursmasse keine Verpflichtung zur Erfüllung des Vorvertrages. Dies dürfte allgemein der Fall sein. Die durch den Vorvertrag hergestellte Fähigkeit scheint demnach nicht unter dem Schutz des »klassischen« Sachenrechtes zu stehen; in dieser Hinsicht trägt das durch den Vorvertrag herbeigeführte Rechtsverhältnis schuldrechtliche Züge.

§ 8. AUFHÖREN DER VERBINDLICHKEIT

A. *Verbindlichkeitsdauer des Vorvertrages.* Ist im Vorvertrag über dessen Verbindlichkeitsdauer nichts gesagt oder lässt diese sich nicht durch Interpretation klarstellen, so ist als Verbindlichkeitsdauer ein angemessener, *in casu* zu bestimmender Zeitraum als gegeben zu erachten.

B. *Aufhebung des Vorvertrages.* Die Aufhebung des Vorvertrages durch Vertrag ist möglich. Es erhebt sich hierbei die Frage nach der Form der Rückgängigmachung. Im allgemeinen kann diese in freier Form geschehen. Falls für den Abschluss des Vorvertrages eine behördliche Mitwirkung erforderlich ist, ist diese Formvorschrift auch für den Vertrag über die Aufhebung anzuwenden.

C. *Einfluss veränderter Umstände auf die Gültigkeit des Vorvertrages.* Nach finnischem Recht fusst der Vorvertrag nicht auf der *clausula rebus sic stantibus*. Es bleibt eine Sache für sich, dass in Einzelfällen einer Veränderung der Umstände Bedeutung beigemessen werden konnte. Eine entsprechende Bestimmung findet sich beispielsweise in § 5 des Gesetzes über Schenkungsversprechen. Ein allgemeines Prinzip ist hieraus jedoch nicht abzuleiten.

§ 9. ANDERE RECHTSFOLGEN

Ziemlich häufig hat sich der finnische Höchste Gerichtshof vor der Entscheidung gesehen, ob ein wegen Formfehlern ungültiger Vorvertrag im Grundstückshandel zur Entschädigung negativer Vertragsinteressen berechtigt, und wie man sich zu der einem derartigen Vertrag angeschlossenen Busse (*poena conventionalis*) und dem Handgeld verhalten soll. In Bezug auf die in diesem Kapitel betrachteten Fragen zeigt sich ein Schwanken der Rechtspraxis.

Das finnische Recht kennt für diese Fragen keine Legalnormen. Es wurde bei der Untersuchung deshalb auch in diesem Punkte danach gestrebt, zunächst diejenigen Faktoren zu eruieren, durch die die Entscheidungen beeinflusst wurden. Auf ihrer Basis wird dann eine bestimmte Art von Entscheidungen als Standpunkt des finnischen Rechts angesehen. Betont wurde hierbei dass die jeweiligen Entscheidungen auf Grund von Bewertungen getroffen wurden und dass sich ihre »Richtigkeit« somit also nicht verifizieren lässt. Meinerseits halte ich die Einräumung negativer Vertragsinteressen für empfehlenswert und kann ziemlich schwerwiegende Gründe dafür vorbringen. Eine Billigung dieses Standpunktes muss konsequenterweise dazu führen, dass Konventionalstrafenabreden und Handgeld bindend sind, soweit sie das negative Vertragsinteresse decken. Es ist unbedingt nötig, dass zwischen diesen drei Fragen ein logisches Gleichgewicht herrscht. Und zwar ist das erforderlich wegen ihrer Gleichgestelltheit; es handelt sich ja bei allen drei darum, mit demselben Mittel, nämlich durch die Zahlung einer bestimmten Vergütung, den hinderlichen Einfluss eines Formfehlers auszuschalten.

Wenn die Konventionalstrafe also höher ist als die Entschädigung des negativen Vertragsinteresses, so kann sie um den betr. Betrag herabgesetzt werden. Ist wiederum das Handgeld höher, so muss der Empfänger den das negative Vertragsinteresse überschreitenden Teil zurückerstatten.

Kapitel III

DIE »NATUR« DES VORVERTRAGES

§ 10. DER VORVERTRAG ALS DENKFORM

Oben sind betrachtet die Rechtsfolgen des Vorvertrages. Der Begriff des Vorvertrages selbst, mit dem diese Wirkungen verknüpft sind, fusst auf einer Hypothese. Auf Grund der Ergebnisse bringt dieses Kapitel einen Blick auf den Charakter des Vorvertrages.

Wenn hier der Begriff »Natur« gebraucht wird, soll das nun keineswegs besagen, dass die in der Untersuchung angewandte Denkform die des Substanzdenkens wäre. Das würde zu pseudotiefen Stubengelehrtenideen führen. Das Problem läge dann nämlich darin, was der Vorvertrag eigentlich ist, und von der Beantwortung dieser Frage hat man nicht viel. Wie sich oben schon ergab, lassen sich die Rechtsfolgen des Vorvertrages mit derartigen Methoden nicht klarlegen. Die Jurisprudenz stellt weder ein Rechnen mit Begriffen noch ein Arbeiten mit metaphysischen Argumenten dar.

Wenn in diesem Kapitel eine Untersuchung der Natur des Vorvertrages erfolgt, so sind mit dem Charakterbegriff hauptsächlich die allgemeinen Züge der Rechtsfolge von Vorverträgen gemeint, sowie begriffliches Zweckmässigkeitsdenken und die Frage nach der sog. systematischen Stellung des Vorvertrages. Der Untertitel dieses Kapitels strebt seinerseits danach zu betonen, dass der Vorvertrag nichts anderes darstellt als eine Denkform, mit deren Hilfe ein bestimmter Komplex in all seiner Verschiedenartigkeit überblickt werden kann.

ASIAHAKEMISTO

Numerot tarkoittavat teoksen sivuja

- Aineosat*: 69
Arrha: ks. käsiraha
Asianosaisrelaatio: 31—
Asunto-osakkeiden kauppa
— esisopimus: 9, 37—, 63
Avioliiton esisopimus: ks. kihlaus
Aviopuolison suostumus: 57
Avoim kauppa: 23—
- Clausula rebus sic stantibus*: 6, 32, 35—, 61, 102—
Contrahere: 1, 11, 16 av. 29, 24, 31, 57, 73
Culpa in contrahendo: 110 av. 19
- Dare*: 16 av. 29, 73
Donatio remuneratoria: ks. palkintolahja
Dynaaminen oikeus: 72
- Ehto*: ks. ehdollinen pääsopimus, takaisinostoehto
Esineoikeudellinen oikeussuhde: 42—, 80, 97, 118
Esisopimus
— erääntyminen: 99
— konkurssissa: 90, 94—
— käsite: 1—, 11—, 27, 117
— käytännössä 8—
— lainsäädännössä: 6—
— loogillinen mahdollisuus: 3 av. 18
— »luonne»: 57 av. 1, 117—
— muoto: 6, 8 av. 12, 25, 52, 58—, 74—, 101—
— periytyminen: 80—, 91—
— purkaminen: 76, 101—
- siirrettävyys: 16, 86—, 94
— sisältö: 6, 57, 67—, 76
— sitovuus: 28—
— systemaattinen asema: 118
— ulosmitattavuus: 16, 90, 94
— vanhentuminen: 98
— voimassaoloaika: 6, 71, 98—
Essentialia negotii: 69
- Facere*: 73
Falsa demonstratio: 79 av. 25
- Holhousviranomaisen suostumus*: 57
Huoneenvuokra: ks. vuokrasopimus
- Irtaimen kauppa*
— esisopimus: 9, 14—, ks. asunto-osakkeiden kauppa
Irtisanominen: 93, 100
- Kihlaus*: 7, 13—, 36—, 63
Künteistönkauppa
— esisopimus: 7, 8—, 14—, 25, 31, 39—, 57—, 63, 74—, 78, 81—, 87—, 90, 92, 94—, 102, 106—
Konkurssi: ks. esisopimus konkurssissa
Konsensuaalisopimus: 17
Kontrahoimispakko: ks. sopimusvapaus
Kontrahoimisvelvoite: ks. contrahere
Konversio: 25, 65 av. 44
Kuolemanvaraislahja: 83—
Käsiraha: 31, 109, 113—
- Lahjanlupaus*: 8, 15—, 46—, 64, 79, 83—, 88, 91, 92, 95—
Lunastusoikeus: 99 av. 4, 101

Luontoissuoritus: 12, 28—, 36—, 38, 39—, 46, 47—, 49—, 52—, 54—, 61, 73—

Luottamusintressi: ks. positiivinen sopimusetu

Leimavero: ks. verotus

Maanvuokra: ks. vuokrasopimus

Maksamaton kauppahinta: 83

Molemmipuolisuusperiaate: 45 av. 93

Muoto: ks. esisopimuksen muoto

Muotoamisoikeus: 99 av. 4

Muutosäännös

— asiallinen soveltamisala: 58—

— epävarsinainen: 58 av. 9, 66, 67

— niiden funktiot: 62, 65 av. 46, 108

— legaalinen: 67

— muodollinen soveltamisala: 58 av. 9, 69

— ohjesisältöinen: 48, 64, 67

— tavanomaisoikeudellinen: 67

— totaalinen: 70

— tulkinta: 61

— varsinainen: 58 av. 9, 66, 67

— yksityisautonominen: 59, 67

Musta kauppahinta: 115

Muuntumisoppi: ks. konversio

Myyntilupa(-sitoumus): 9, 14, 37—, 40, 64

Määräalan kauppa: 43 av. 81

Naturalis obligatio: 110 av. 19, 115

Negatiivinen sopimusetu: ks. sopimusetu

Neuvottelu: ks. punktaatiot

Normisopimus: 25—

Obligatorinen oikeussuhde: ks. velvoiteoikeudellinen oikeussuhde

Ohjesopimus: ks. normisopimus

Olosuhteiden muuttuminen: ks. clausula rebus sic stantibus

Ostolupa(-sitoumus): 14, 40, 64

Pacta sunt servanda: 34

Pactum de cambiando: 10 av. 24, 18

Pactum de contrahendo: 1

— cum tertio: 4 av. 24, 9, 26

— matrimonio: 13

Pactum de emendo: 14, 40

Pactum de mutuo dando: 18 av. 41, 19

Pactum de non cedendo: 87 av. 59

Pactum de non contrahendo: 26

Pactum de retro emendo: 41

Pactum de vendendo: 9, 14, 40

Pactum praeparatorium: 21—

Palkintolahja: 84

Panttausluvanta: 16—, 47—, 64, 84, 89, 91, 93, 96

Periytyminen: ks. esisopimuksen periytyminen

Poena conventionalis: 110

Positiivinen sopimusetu: ks. sopimusetu

Praestere: 73

Preklusio: ks. esisopimuksen voimassaoloaika

Punktaatio: 21—

Purkaminen: ks. esisopimuksen purkaminen

Pätemättömyys

— asiallinen merkitys: 28—, 105

Pääsopimus

— ehdollinen: 4, 10, 15, 23—, 32 av. 20, 44

— käsite: 1

— virheellinen: 24—

Reaalisopimus: 17, 19, 48, 53—, 64, 79

Riippuvaisuusperiaate: 57 av. 1, 61, 64, 118

Saamisoikeus: ks. velvoiteoikeudellinen oikeussuhde

Satunnainen myyntivoitto: 9, 38, 44

Siirto, ks. esisopimuksen siirrettävyys

Sisältö: ks. esisopimuksen sisältö

Sopimusetu

— negatiivinen: 28—, 32, 36, 46 av. 95, 47 av. 98—99, 61, 105—

— positiivinen: 28—, 37, 39, 46, 47, 49, 52, 53, 55, 61, 105

Sopimussakko: 31, 109, 110—

Sopimusvapaus: 34, 54, 119 av. 16

Substanssiajattelu: 117

Suullinen, sivuvälipuhe: 69—

- Takaisinostoehto:* 41
Takauslupanta: 18, 49—, 64
Tarjous: 22—, 35, 41, 74, 99 av. 4, 109
Traditio: 16—
Traktaatio: 21 av. 2
Tyyppivapaus: 34
Työehtosopimus: 26
Täyttämisentressi: ks. negatiivinen sopimusetu

Ulosmittaus: ks. esisopimuksen ulosmittattavuus

Vahingonkorvaus: ks. negatiivinen, positiivinen sopimusetu
Vakuusoikeus: 84
Valtuutus: 50
Vanhentuminen: ks. esisopimuksen vanhentuminen

Vekselinlupanta: 10 av. 24, 18—, 25, 52—, 65
Velaksiantolupaus: 19—, 25, 53—, 65, 84—, 89—, 91, 93, 97
Velvoiteoikeudellinen oikeussuhde: 31 av. 16, 39 av. 63, 42—, 73—, 80, 95 av. 96, 97, 99 av. 4, 118
Verotus: 9, 88 av. 64, ks. satunnainen myyntivoitto
Voimassaoloaika: ks. esisopimuksen voimassaoloaika
Vuokrasopimus
— esisopimus: 20, 55, 65—, 78
— yleensä: 9

Yhtiökokouksen suostumus: 57
Yksityisautonomia: 119 av. 16, ks. yksityisautonominen muutosäännös

