

Eva Tammi-Salminen

SOPIMUS, KOMPETENSSI JA KOLMAS

Varallisuusosoikeudellinen tutkimus
negative pledge -lausekkeiden sivullissitovuudesta

SOPIMUS, KOMPETENSSI JA KOLMAS



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 227

E v a T a m m i - S a l m i n e n

Sopimus, kompetenssi ja kolmas

Varallisuusosoikeudellinen tutkimus
negative pledge -lausekkeiden sivullissitovuudesta

Yliopistollinen väitöskirja, joka Turun yliopiston
oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään
julkisesti tarkastettavaksi Calonian luentosalissa 1
lauantaina 21.4.2001 kello 12.

MIT DEUTSCHER ZUSAMMENFASSUNG

Julkaisuvaliokunta

Raimo Lahti, puheenjohtaja

Markku Helin

Mika Hemmo

Risto Nuolimaa

Lea Purhonen, sihteeri

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 603 567, f. (09) 604 668

s-posti: sly@lakimies.org

www.lakimies.org

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-560-8

© 2001 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Eva Tammi-Salminen

ISSN 0356-7206

ISBN 951-855-183-9

Gummerus Kirjapaino Oy

Jyväskylä 2001

Alkusanat

Sanotaan, että tärkeintä ei ole asema, jolle saavutaan, vaan tapa matkustaa. Vaikka lopputulos ei tutkimustyössä merkityksetön olekaan, sanonta pätee nähdäkseni hyvin myös siihen. Matkani nyt väitöskirjan osalta päättyessä haluan kiittää sekä lopputuloksen muotoutumiseen että matkanteon edellytyksiin vaikuttaneita.

Kansleri *Leena Kartio* on ollut erinomaisen kannustava työnohjaaja. Hänen suhtautumisensa on aina ollut myönteistä ja innostavaa. Hän on lukenut tarkasti paitsi käsikirjoituksen eri versioita myös muita kirjoituksiani ja antanut niistä rakentavaa palautetta. Kirjoitusten pohjalta käydyt keskustelut ovat selkeyttäneet ajatuksiani.

Professori *Jarmo Tuomisto* ja professori *Jarno Tepora* ovat käsikirjoituksen esitarkastajina esittäneet tärkeitä näkökohtia. Jarmo Tuomisto on vaikuttanut ratkaisevasti jo tutkimusaiheen valintaan. Työn viimeistelyvaiheessa hän on pitänyt huolen siitä, että virkavelvollisuudet eivät ole rasittaneet assistenttia liiaksi. Jarno Tepora on ystävällisesti lupautunut vastaväittäjäksi.

Eräät muutkin henkilöt ovat lukeneet käsikirjoituksen tai osia siitä ja esittäneet huomioita. Kiitos myös heille.

Väitöskirjatutkimuksen aloitin professori *Olli Mäenpään* johtamassa Helsingin yliopiston Kansainvälisen talousoikeuden instituutin Integraatio- ja kansainvälisen oikeuden tutkijakoulussa, jonka piirissä järjestettyihin tilaisuuksiin oli mielenkiintoista osallistua. Tutkijakoulun päättymisen jälkeenkin jatkunut yhteistyö tietopalvelupäällikkö *Gunilla Häklin* ja KATTI-kirjaston muun henkilökunnan kanssa on ollut miellyttävää.

Tutkimustyö on suoritettu Turun yliopiston oikeustieteellisessä tiedekunnassa. Dekaan *Ari Saarnilehto* on huolehtinut, että mahdollisuus tutkimustyön tekemiseen siellä on ollut katkeamaton sekä tutkijakoulun aikana että sen päätyttyä. Tiedekunta on tarjonnut hyvän työympäristön.

Vaikka tutkimustyö on pitkälti matkantekoa yksin, olen kuitenkin onnekseni voinut jakaa työhön liittyviä iloja ja huolia myös kotona. Puolisoani *Janne Salmista* kiitän kannustuksesta ja kritiikistä. Kannustuksesta kiitos myös vanhemmilleni.

Tutkimustyötäni varten olen saanut apurahoja *Turun yliopistolta*, *Jenny ja Antti Wihurin rahastolta*, *Suomalaiselta Lakimiesyhdistykseltä*, *Maaliskuun 25 päivän rahastolta* sekä *Oikeustieteen tutkimussäätiöltä*.

Suomalainen Lakimiesyhdistys on ottanut tutkimuksen julkaistavaksi A-sarjasaan. *Gummerus Kirjapaino Oy* on huolehtinut painotyöstä. Saksankielisen yhteenvedon on kääntänyt lehtori *Katrin Sandholm*.

Caloniassa maaliskuun alussa 2001

Eva Tammi-Salminen

Sisällys pääkohdittain

ALKUSANAT	V
SISÄLLYS PÄÄKOHDITTAIN	VII
SISÄLLYS	IX
LÄHTEET	XV
LYHENTEET	XXXIX
I TUTKIMUKSEN KEHYKSET	1
1. Johdanto	3
2. Kompetenssinrajoitusten käyttöympäristö, käyttötarkoitus ja sisältö	34
3. Kompetenssinrajoitusehdot varallisuus oikeuksien järjestelmässä	68
II ESINEOIKEUDELLISET KOLLISIONRATKAISUPERUSTEET	77
1. Tarkasteltavan kollisiotilanteen rakenne	79
2. Oikeuden yksilöinnistä sivullissuojan perusedellytyksenä	83
3. Yksilöityjä kohteita koskevien takautuvan sivullissuhteen kollisioiden ratkaisuperusteet	93
4. Mahdollisuuksista poiketa lähtökohtaisesta kollisionratkaisusta	101
5. Ratkaisuperusteen valintaan vaikuttavista näkökohdista kompetenssinrajoitusehtojen osalta	112
6. Tieto oikeuden sitovuuteen vaikuttavana perusteena	152
7. Yksityiskohtainen tarkastelu	183
III ESINEOIKEUDELLISTA SUOJAA TÄYDENTÄVÄT OIKEUSSUOJAKEINOT	237
1. Hyvä tapa ja oikeusvaikutukset kolmanteen	239
2. Hyvän tavan vastaisen menettelyn ja oikeuden väärinkäytön kielto	247
3. Muodollisesti erillisen oikeussubjektin väärinkäytön kielto	288
4. Oikeus vahingonkorvaukseen kolmannelta	309
5. Oikeudellisen määräämistoimen peräyttäminen takaisinsaannilla	320

IV NÄKÖKOHTIA SÄÄDETTÄVÄN LAIN KANNALTA	329
1. Julkistaminen laajemman sivullissitovuuden lähtökohtana	331
2. Ehdon julkistaminen kirjaamalla	333
3. Ehdon julkistamisesta muulla tavoin	336
4. Lopuksi	338
 ZUSAMMENFASSUNG	 341
 OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO	 349
 ASIASANAHAKEMISTO	 351

Sisällys

ALKUSANAT	V
SISÄLLYS PÄÄKOHDITTAIN	VII
SISÄLLYS	IX
LÄHTEET	XV
LYHENTEET	XXXIX
I TUTKIMUKSEN KEHYKSET	1
1. Johdanto	3
1.1. Tutkimuskohde ja tutkimustehtävä	3
1.2. Tutkimustapa	12
1.3. Tutkimuksessa käytettävistä käsitteistä	25
1.4. Rakenne	32
2. Kompetenssinrajoitusten käyttöympäristö, käyttötarkoitus ja sisältö	34
2.1. Käyttöympäristö ja käyttötarkoitus	34
2.1.1. Vakuudeton luotonanto	34
2.1.2. Vakuusluotonanto	45
2.1.2.1. Käyttötarkoitus	45
2.1.2.2. Kompetenssinrajoitusehto yrityskiinnityksen turvana	46
2.1.2.3. Kompetenssinrajoitusehto osakekantapanttin turvana	51
2.2. Ehtojen sisällöstä	60
2.2.1. Yleistä	60
2.2.2. Rajoituksen luonteesta	61
2.2.3. Rajoituksen kohteesta	65
2.3. Yhteenveto ja tutkimustehtävän täsmentäminen	66
3. Kompetenssinrajoitusehdot varallisuus oikeuksien järjestelmässä	68
3.1. Kompetenssinrajoitusehdon sopimusosapuolille tuottamat oikeudet ja velvollisuudet	68

3.2. Kompetenssinrajoitukset rajoitettujen oikeuksien ryhmänä	69
3.2.1. Rajoitetut esineoikeudet	69
3.2.2. Erityisen oikeuden käsitteestä	74
 II ESINEOIKEUDELLISET KOLLISIONRATKAISUPERUSTEET	77
1. Tarkasteltavan kollisiotilanteen rakenne	79
2. Oikeuden yksilöinnistä sivullissuojan perusedellytyksenä	83
2.1. Yksilöintivaatimus ja ongelma tutkimuskohteen osalta.....	83
2.2. Yksilöintivaatimuksen perusteet	84
2.3. Yksilöintivaatimuksen poikkeuksista	87
2.4. Näkökohtia yksilöintivaatimuksen perusteltuisuudesta kompetenssinrajoitusten sivullissitovuuden edellytyksenä	91
3. Yksilöityjä kohteita koskevien takautuvan sivullissuhteen kollisioiden ratkaisuperusteet	93
3.1. Vaihtoehdot	93
3.2. Vaihtoehdon valinnan perusteista	94
3.3. Oikeuspoliittisia näkökohtia	96
4. Mahdollisuuksista poiketa lähtökohtaisesta kollisionratkaisusta	101
4.1. Yleistä	101
4.2. Julkisuuden vaikutuksesta sitovuuteen	102
4.2.1. Julkisuusperiaatteesta ja sen ilmentymistä	102
4.2.2. Julkistamisperiaate	107
4.2.3. Alustavia näkökohtia tietoisuuden merkityksestä	110
5. Ratkaisuperusteen valintaan vaikuttavista näkökohdista kompetenssinrajoitusehtojen osalta	112
5.1. Lähtökohdat	112
5.2. Oikeuskirjallisuudessa esitettyjä argumentteja luovutustoimiin liitettyjen kompetenssinrajoitusten osalta	113
5.3. Argumenttien paikkansapitävyydestä tutkimuskohteen osalta	119
5.4. Erityisesti kompetenssinrajoitusehdon suhteesta panttioikeuden tarkoituksenmukaisuuteen	124
5.4.1. Yleistä	124
5.4.2. Luotonannon edistäminen ja oikeusjärjestelmän peruslähtökohdat	126
5.4.3. Pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa esitettyjä näkökohtia	129

5.4.4. Oikeustaloustieteellinen keskustelu panttioikeuden tehokkuudesta	133
5.4.4.1. Lähtökohdat	133
5.4.4.2. Panttioikeuden tehokkuudesta epätäydellisillä markkinoilla	135
a. Täydellisen informaation puuttumisesta aiheutuvat ongelmat	135
b. Panttioikeuden tehokkuus inter partes	138
c. Panttioikeuden tehokkuus kolmanteen nähden	140
d. Panttioikeuden tehokkuus, kun velkojat eivät riskineutraaleja	144
e. Tiivistelmä	145
5.4.4.3. Panttauskompetenssinrajoituksen tehokkuudesta	147
5.4.4.4. Johtopäätöksiä	149
6. Tieto oikeuden sitovuuteen vaikuttavana perusteena	152
6.1. Lähtökohdat	152
6.2. Tiedon ja sen puuttumisen mahdollisista vaikutuksista oikeuden sitovuuteen	153
6.2.1. Tiedon merkityksen ulottuvuudet	153
6.2.2. Velkojakollisioissa tieto ei vaikuta sitovuuteen	156
6.2.3. Seuraantokollisioissa tieto voi vaikuttaa sitovuuteen	158
6.3. Oikeuspoliittisia näkökohtia	159
6.3.1. Tarkastelutavasta	159
6.3.2. Vilpittömän mielen suojan taustalla olevista perusteista	160
6.3.3. Argumentteja tietoisuuden yleisen sitovuusvaikutuksen puolesta	162
6.3.4. Yleisiä argumentteja tietoisuudelle annettavaa merkitystä vastaan	164
6.3.5. Näkökohtia, joiden mukaan tietoisuus voi olla sitovuusperuste tiettyjen oikeuksien osalta	165
6.3.5.1. Oikeuden tarkoituksenmukaisuuden merkitys	165
6.3.5.2. Oikeuden suojaa vahvistavan objektiivisen momentin tarkoituksen merkitys	170
6.3.6. Primuksen käyttäytymisen merkitys	177
6.4. Tietoisuuden sitovuusvaikutuksen rajat; yhteenvetoa ja arviointia	180
7. Yksityiskohtainen tarkastelu	183
7.1. Yhteydestä edellä esitettyyn	183
7.2. Kohde on kiinteää omaisuutta	183
7.2.1. Lähtökohdat	183
7.2.2. Sitovuus inter partes	184

7.2.3. Sitovuus ultra partes	188
7.2.3.1. Lähtökohdat	188
7.2.3.2. Voidaanko kollisioon soveltaa aikaprioriteettisääntöä?	189
a. Kollisionsratkaisusta, jos oikeus kirjaamiskelpoinen	189
b. Kollisionsratkaisusta, kun oikeus kirjaamiskelvoton	194
7.2.3.3. Sitomattomuussääntö kollisionsratkaisun perustana	201
a. Sitomattomuusperiaatteelle rakentuvat kollisionsratkaisusäännöt	201
b. Soveltuuko MK 3:8?	203
c. Ilmentääkö MK periaatetta, jonka mukaan tietoisuus on yleinen sitovuusperuste?	208
d. Ulottuuko periaate tarkasteltavana olevaan kollisiotilanteeseen?	210
e. Lopputulos	213
7.2.4. Kompetenssinrajoitusten vaikutuksista kiinteistön kiinnittämiseen	214
7.3. Kohde on irtainta omaisuutta	217
7.3.1. Irtaimet esineet	217
7.3.2. Osakkeet ja saatavat	223
7.3.3. Arvo-osuudet	226
7.3.4. Immateriaalioikeudet	233
7.3.5. Yhteenveto	234

III ESINEOIKEUDELLISTA SUOJAA TÄYDENTÄVÄT

OIKEUSSUOJAKEINOT	237
1. Hyvä tapa ja oikeusvaikutukset kolmanteen	239
1.1. Yhteydestä edellä esitettyyn	239
1.2. Hyvän tavan noudattamiselle annetun merkityksen ratio	242
2. Hyvän tavan vastaisen menettelyn ja oikeuden väärinkäytön kieltä	247
2.1. Kiellon sisältö ja voimassaolon perusta	247
2.2. Vahingoittamistarkoituksessa tehtyjen määräämistointen kieltä	251
2.2.1. Shikaanikieltä	251
2.2.2. Kollusiivisen menettelyn kieltä	252
2.2.3. Muiden vahingoittamistarkoituksessa tehtyjen oikeustointien kieltä	257
2.3. Tietoisuuden merkitys	259
2.4. Huolenpitovelvollisuuden laiminlyönti	261
2.4.1. Yleistä	261
2.4.2. Oikeuden väärinkäytön kiellosta ja huolenpito- velvollisuudesta sopimussuhteessa	263

2.4.3. Muusta kuin sopimussuhteeseen perustuvasta huolenpitovelvollisuudesta	267
2.4.3.1. Yleistä	267
2.4.3.2. Ensi- ja jälkipanttivelkojen välisten kollisioiden ratkaisunormit	268
2.4.3.3. Asunto-osakkeen ostajan ja perustajarakentajan luotonantajan välisten kollisioiden ratkaisua koskevat normit	272
2.4.3.4. Velkojen välistä suhdetta koskevat normit TakSL:n mukaisena kriittisenä aikana	280
2.5. Kieltojen merkityksestä panttauskompetenssinrajoitusten sitovuudelle	282
3. Muodollisesti erillisen oikeussubjektiuden väärinkäytön kieltö	288
3.1. Yhteydestä edellä esitettyyn	288
3.2. Samastuksesta esimerkkinä	289
3.3. Oikeudellisesta ja taloudellisesta omistuksesta	294
3.4. Oikeuden ja muodollisesti erillisen oikeussubjektiuden väärinkäytön kiellosta ratkaisun KKO 1997:146 valossa	303
3.5. Kieltojen merkitys erityisesti arvon kaksoispanntauksen estämiseksi sovitun kompetenssinrajoituksen osalta	305
4. Oikeus vahingonkorvaukseen kolmannelta	309
4.1. Lähtökohdat	309
4.2. VahL 5:1:n erittäin painavien syiden kriteeri	310
4.2.1. Yleistä	310
4.2.2. Hyvän tavan vastaisuus	311
4.2.3. Sopimussuhteen häiritseminen	313
4.3. Lopputulos	318
5. Oikeudellisen määräämistoimen peräyttäminen takaisinsaannilla	320
5.1. Yleistä	320
5.2. Sovellettavista säännöksistä	321
5.3. Vahinkokriteeri	323
5.4. TakSL 5 §:n sopimattomuuskriteeri	324
5.5. TakSL 5 §:n subjektiivinen kriteeri	327
5.6. Lopputulos	327
IV NÄKÖKOHTIA SÄÄDETTÄVÄN LAIN KANNALTA	329
1. Julkistaminen laajemman sivullissitovuuden lähtökohtana	331

2. Ehdon julkistaminen kirjaamalla	333
3. Ehdon julkistamisesta muulla tavoin	336
4. Lopuksi	338
ZUSAMMENFASSUNG	341
OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO	349
ASIASANAHAKEMISTO	351

Lähteet

- Aarnio* 1982 Aarnio, Aulis: Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Helsinki 1982.
- Aarnio* 1989 Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Juva 1989.
- Aarnio Oikeus* 1989 Aarnio, Aulis: Ottakaamme oikeussäännöt vakavasti. Oikeus 1989 s. 112–122.
- Aarnio – Helin* 1992 Aarnio, Aulis – Helin, Markku: Suomen avioliitto-oikeus. 3. uudistettu painos. Jyväskylä 1992.
- Aarnio – Kangas* 2000 Aarnio, Aulis – Kangas, Urpo: Suomen jäämistöoikeus I. Lakimääräinen perintöoikeus. 4. uudistettu laitos. Juva 2000.
- Adams* 1980 Adams, Michael: Ökonomische Analyse der Sicherungsrechte. Ein Beitrag zur Reform der Mobiliarsicherheiten. Regensburg 1980.
- Adler J. Leg. Stud.* 1993 Adler, Barry E.: An Equity-Agency Solution to the Bankruptcy-Priority Puzzle, J. Leg. Stud. 1993 s. 73–98.
- Alexy* 1989 Alexy, Robert: A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification. Translated by Ruth Adler and Neil MacCormick. Oxford 1989.
- Andersson JT* 1999–2000 Andersson, Jan: Vederlagsfri pantsättning och ABL:s kapitalskyddsregler – fråga om förklaringsmissstag av HD:s majoritet? JT 1999–2000 s. 402–409.
- Andreassen Juristkontakt* 1994:1 Andreassen, Jens Edvin: Pantelovgivningen i støpeskjeen. Juristkontakt 1994:1 s. 15–20.
- Anttila* 1996 Anttila, Tapio: Pankki, riskit ja sääntely. Oikeustieteellinen tutkimus mahdollisuuksista sääntelyllä hallita pankin riskejä. Jyväskylä 1996.
- Arkins JIBL* 2000 Arkins, Jonathan R. C.: "OK – so you've promised, right?". The Negative Pledge Clause and the "Security" it Provides. JIBL 2000 s. 198–204.
- Arnholm* 1962 Arnholm, Carl Jacob: Panteretten. Tredje utgave. Oslo 1962.
- Arnholm* 1964 Arnholm, Carl Jacob: Privatrett II. Avtaler. Oslo 1964.
- Arnholm* 1974 Arnholm, Carl Jacob: Privatrett III. Almindelig obligasjonsrett. 2. utgave revidert. Oslo 1974.
- Atiyah* 1979 Atiyah, Patrick Selim: The Rise and Fall of Freedom of Contract. London and Beccles 1979.
- Aubert* 1968 Aubert, Vilhelm: Rettssosiologi. Oslo 1968.
- Augdahl* 1978 Augdahl, Per: Den norske obligasjonsretts almindelige del. Femte utgave. Oslo 1978.
- Aurejärvi* 1979 Aurejärvi, Erkki: Velkakirja, vekseli ja shekki. Vammala 1979.
- Aurejärvi LM* 1980 Aurejärvi, Erkki: Valeoikeustoimen tunnusmerkistöistä. LM 1980 s. 205–229.
- Aurejärvi – Hemmo* 1998 Aurejärvi, Erkki – Hemmo, Mika: Velvoiteoikeuden oppikirja. 2. painos. Jyväskylä 1998.

- Axelrod* 1984 Axelrod, Robert M.: The evolution of cooperation. New York 1984.
- Baird Cornell LR* 1997 Baird, Douglas G.: The Importance of Priority. Cornell LR 1997 s. 1420–1435.
- Barnea – Haugen – Senbet* 1985 Barnea, Amir – Haugen, Robert A. – Senbet, Lemma W.: Agency Problems and Financial Contracting. New Jersey 1985.
- Barnes Kansas LR* 1993 Barnes, Richard L.: The Efficiency Justification for Secured Transactions: Foxes with Soxes and Other Fanciful Stuff. Kansas LR 1993 s. 13–73.
- Baur – Stürner* 1999 Baur, Jürgen F. – Stürner, Rolf: Sachenrecht. Begründet von Fritz Baur. 17., neubearbeitete Auflage. Nördlingen 1999.
- BCBS* 1999 A New Capital Adequacy Framework. Consultative paper issued by the Basel Committee on Banking Supervision. June 1999.
- Bebchuk – Fried Yale LJ* 1996 Bebchuk, Lucian Arye – Fried, Jesse M.: The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy. Yale LJ 1996 s. 857–934.
- Bebchuk – Fried Cornell LR* 1997 Bebchuk, Lucian Arye – Fried, Jesse M.: The Uneasy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy: Further Thoughts and a Reply to Critics. Cornell LR 1997 s. 1279–1348.
- Bengtsson* 1971 Bengtsson, Bertil: Särskilda avtalstyper I. Gåva, hyra av lös sak, lån, förvaring, entreprenadavtal, avtal om arbete på lös sak, sysslomansavtal och andra uppdrag. Stockholm 1971.
- Bergström – Samuelsson* 1997 Bergström, Clas – Samuelsson, Per: Aktiebolagets grundproblem. En rättsekonomisk analys. Angered 1997.
- Bergström – Sundgren* 1998 Bergström, Clas – Sundgren, Stefan: Förmånsrättens teori och empiri. Maj 1998. SOU 1991:1. Nya förmånsrättsregler. Del II. Bilagor. Bilaga 6.
- Berning TfR* 1975 Berning, Jesper: Omstødelse i konkurs og den sikrede kreditor. TfR 1975 s. 21–86.
- Bernitz JJ* 1988 Bernitz, Ulf: Otillbörligt ingripande i avtalsförhållande. Ett konkurrensrättsligt problem i komparativ perspektiv. Festskrift till Lars Welamson s. 43–71. Malmö 1988.
- Bjerre Cornell LR* 1999 Bjerre, Carl S.: Secured Transactions Inside Out: Negative Pledge Covenants, Property and Perfection. Cornell LR 1999 s. 305–393.
- Black* 1999 Black's Law Dictionary. Seventh Edition. United States of America 1999.
- Boardman – Crosthwait JIBL* 1986 Boardman, Nigel – Crosthwait, John: Wither the Negative Pledge. JIBL 1986 s. 162–164.
- Brown JJ* 1994 Brown, L. Neville: Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law? Institutional Dynamics of European Integration. Essays in Honour of Henry G. Schermers. Volume II s. 511–525. London 1994.
- Brusiin* 1938 Brusiin, Otto: Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Vammala 1938.
- Brækhus* 1994 Brækhus, Sjur: Omsetning og kreditt 2. Pant og annen realsikkerhet. 2. utgave. Gjøvik 1994.
- Buckley Virginia LR* 1986 Buckley, F. H.: The Bankruptcy Priority Puzzle. Virginia LR 1986 s. 1393–1470.
- Buure-Häggglund* 1978 Buure-Häggglund, Kaarina: Irtaimiin esineisiin kohdistuvat reaalivakuudet kansainvälisen yksityisoikeuden kannalta. Vammala 1978.

- Bylund* JJ 1976
Bylund, Bertil G.: Något om s.k. negativa klausuler i låneavtal. Festschrift till Knut Rodhe s. 113–138. Stockholm 1976.
- Carlson* Virginia LR 1994
Carlson, David Gray: On the Efficiency of Secured Lending. Virginia LR 1994 s. 2179–2213.
- Carlson* Cardozo LR 1998
Carlson, David Gray: Secured Lending as a Zero-Sum Game. Cardozo LR 1998 s. 1635–1741.
- Caselius* 1934
Caselius, Ilmari: Sopimukseen perustuvat irroittamisoikeudet. Varallisuus oikeudellinen tutkimus Suomen voimassaolevan oikeuden mukaan. Helsinki 1934.
- Caselius – Heikonen – Huttunen* 1974
Caselius, Ilmari – *Heikonen*, A. R. – *Huttunen*, Allan: Osakeyhtiö. Edellinen osa. Porvoo 1974.
- Charny* Harvard LR 1990
Charny, David: Nonlegal Sanctions in Commercial Relationships. Harvard LR 1990 s. 373–467.
- Cheshire – Fifoot – Furmston* 1996
Cheshire, Fifoot and Furmston's Law of Contract. Furmston, M. P. Thirteenth Edition. Frome and London 1996.
- Coffee* 1991
Coffee, John C. Jr: Unstable Coalitions: Corporate Governance as a Multiplayer Game. The Battle for Corporate Control. Shareholder Rights, Stakeholder Interests, and Managerial Responsibilities s. 3–33. Illinois 1991.
- Cooter – Ulen* 2000
Cooter, Robert – *Ulen*, Thomas: Law and Economics. Third edition. United States of America 2000.
- Dageförde* ZEuP 1998
Dageförde, Carsten: Das besitzlose Mobiliarpfandrecht nach dem Modellgesetz für Sicherungsgeschäfte der Europäischen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (EBRD Model Law on Secured Transactions). ZEuP 1998 s. 686–700.
- Dahlgren – Rune* 1986
Dahlgren, Rolf – *Rune*, Christer: Företagshypotek m.m. En lagkommentar. Lund 1986.
- Dalhuisen* 1998
Dalhuisen, Jan: Condition Sales and Modern Financial Products. Towards a European Civil Code s. 525–549. Second Revised and Expanded Edition. Nijmegen – The Hague – London – Boston 1998.
- Day – Taylor* JIBL 1995
Day, Judy F. S. – *Taylor*, Peter J.: Evidence on the Practices of UK Bankers in Contracting for Medium-term Debt. JIBL 1995 s. 394–401.
- Day – Taylor* JIBL 1996
Day, Judy F. S. – *Taylor*, Peter J.: Bankers' Perspectives on the Role of Covenants in Debt Contracts. JIBL 1996 s. 201–205.
- Delaume* 1967
Delaume, Georges R.: Legal Aspects of International Lending and Economic Development Financing. United States of America 1967.
- Donaldson* 1994
Donaldson, T. H.: Credit Control in Boom and Recession. Wiltshire 1994.
- Drobnig* 1998
Drobnig, Ulrich: Transfer of Property; Security Rights in Movables. Towards a European Civil Code s. 495–524. Second Revised and Expanded Edition. Nijmegen – The Hague – London – Boston 1998.
- Dubischar* JuS 1970
Dubischar, Roland: Doppelverkauf und "ius ad rem". Zur dogmatischen Bewältigung eines zeit- und systemgebundenen Werturteils. JuS 1970 s. 6–12.
- Dupont* IFLR 1986
Dupont, Philippe: The negative pledge clause under Luxembourg law. IFLR 1986 s. 17–18.

- Dworkin* J. Leg. Stud. 1980
- Dworkin*, Ronald: Is Wealth a Value? J. Leg. Stud. 1980 s. 191–226.
- ECB* 2000
- European Central Bank. Asset Prices and Banking Stability. April 2000.
- Eisenberg* 1998
- Eisenberg, Theodore: A Review of the Law and Economics Literature on Creditor Priority in Bankruptcy. Prepared for Förmånskommittén (Ju 1996:02). January 1998. SOU 1991:1. Nya förmånsrättsregler. Del II. Bilagor. Bilaga 7.
- Ekelöf* SvJT 1940
- Ekelöf, Per Olof. SvJT 1940 s. 683.
- Ellilä* 1970
- Ellilä, Tauno: Ulosotto-oikeuden yleiset opit. Toinen, uusittu painos. Porvoo 1970.
- Engelberg* 2000
- Engelberg, Matti: Markkinaehtoiset luotot ja sopimuskovenantit. Moniste Merita Pankki Oyj:n koulutustilaisuuteen 26.10.2000.
- Erma – Koski* 1985
- Erma, Reino – Koski, Pauli: Pankkilait 1969–1985. Liike-, säästö- ja osuuspankkilait selityksineen. Tampere 1985.
- European Financing Laws* 1994
- European Financing Laws. Edited by Drake, Robert and Rider, James. Bath 1994.
- von Eyben* TfR 1951
- von Eyben, W. E.: Formuerettens grundbegreber. TfR 1951 s. 232–250.
- von Eyben* 1980
- von Eyben, W. E.: Panterettigheder. Sjette udgave. Odense 1980.
- von Eyben* 1983
- von Eyben, W. E.: Formuerettigheder. Indhold. Beskyttelse. Overdragelse. Syvende udgave. København 1983.
- A.T. Falkanger* 1999
- Falkanger, Aage Thor: God tro. En studie av kravet til god tro som vilkår for å erverve eller opprettholde privatrettslige rettigheter. Gjøvik 1999.
- Falkanger* LoR 1995
- Falkanger, Thor: Opplåning og lojalitetsplikt. Kommentarer til Rt. 1994 s. 775 om pant i adkomstdokumenter til leierett til bolig. LoR 1995 s. 100–112.
- Falkanger* 1998
- Falkanger, Thor: Fast eiendoms rettsforhold. 2. utgave. 2. opplag. Bergen 1998.
- Falkanger* 2000
- Falkanger, Thor: Tingsrett. 5. utgave. 2. opplag. Bergen 2000.
- Fama* J. Pol. Econ. 1980
- Fama, Eugene F.: Agency Problems and the Theory of the Firm. J. Pol. Econ. 1980 s. 288–307.
- Fleischer* LoR 1964
- Fleischer, Carl August: Obligatoriske kravs rettsvern. LoR 1964 s. 449–463.
- Forssell* 1976
- Forssell, Hans: Tredjemansskyddets gränser. En studie av principen ”köp bryter lega” och indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter. Lund 1976.
- Gabriel* 1986
- Gabriel, Peter: Legal Aspects of Syndicated Loans. London 1986.
- Giertsen* LoR 1993
- Giertsen, Ole Johan: Begrensninger i adgangen til pantsettelse – noen rettspolitiske synspunkter. LoR 1993 s. 256–260.
- Gilmore* 1965
- Gilmore, Grant: Security Interests in Personal Property. United States of America 1965.
- Godenhielm* JFT 1958
- Godenhielm, Berndt: Om realisation av pantskuldebrev. JFT 1958 s. 89–98.
- Gomard* 1998
- Gomard, Bernhard: Obligationsret. 1. del. 3. omarbejdede udgave. Denmark 1998.
- Goode* 1989
- Goode, R. M.: Legal Problems of Credit and Security. Second Edition. Suffolk 1989.

- Gottberg* 1997
Gottberg, Eva: Perhesuhteet ja lainsäädäntö. 2. uudistettu painos. Turku 1997.
- Gower* 1997
Gower's Principles of Modern Company Law. Sixth Edition. By Paul L. Davies. With a contribution from D. D. Prentice. St Ives 1997.
- Graaf* 1991
Graaf, Frank: Euromarket Finance: Issues of Euromarket securities and syndicated Eurocurrency loans. The Netherlands 1991.
- Gram – Mebus* 1984
Gram, Gert Bo – Mebus, Bent: Værdipapircentralen. Papirløse obligationer på edb. En handbog. København 1984.
- Gregusson* 1983
Gregusson, Nils: Skipsfinansiering i en krisetid. Oslo 1983.
- Grönfors* 1961
Grönfors, Kurt: Ställningsfullmakt och bulvanskap. Stockholm 1961.
- Grönfors* 1969
Grönfors, Kurt: Ägande och brukande som kreditunderlag. Nordisk Gjenklang. Festskrift til Carl Jacob Arnholm s. 417–442. Oslo 1969.
- Grönfors JT* 1993–94
Grönfors, Kurt: Missbruk av privaträttens regler. JT 1993–94 s. 170–171.
- Gundersen JJ* 1959
Gundersen, Fridtjof Frank: Kan tredjemann påberobe seg avtale-lovens § 33? Festskrift til Carl Jacob Arnholm s. 115–125. Oslo 1959.
- Göranson* 1985
Göranson, Ulf: Traditionsprincipen. De svenska reglerna om köparens skydd mot säljarens borgenärer i komparativ och historisk belysning. Uppsala 1985.
- Hagström TfR* 1993
Hagström, Viggo: Ansvarsgjennombrudd etter norsk rett. TfR 1993 s. 250–282.
- Hakulinen JFT* 1959
Hakulinen, Y. J.: Konventionellt förbyrtringsförbud. JFT 1959 s. 288–298.
- Hakulinen* 1965a
Hakulinen, Y. J.: Velvoiteoikeus I. Yleiset opit. Toinen laajennettu painos. Helsinki 1965.
- Hakulinen* 1965b
Hakulinen, Y. J.: Velkakirjalaki siihen liittyvine lakeineen. Toinen täydennetty painos. Porvoo 1965.
- Halila* 1955
Halila, Jouko: Todistustaakan jaosta silmällä pitäen erityisesti varallisuus oikeudellisiä oikeussuhteita. Porvoo 1955.
- Halila – Havansi* 1986
Halila, Jouko – Havansi, Erkki: Ulosotto-oikeuden oppikirja. Vammala 1986.
- Hallberg* 1999
Hallberg, Pekka: Perusoikeusjärjestelmä. Perusoikeudet s. 31–58. Juva 1999.
- Halme* 1999
Halme, Liisa: Pankkisääntely ja valvonta. Oikeuspoliittinen tutkimus säästöpankkien riskinotosta. Helsinki 1999.
- Han SJLS* 1996
Han, Tan Cheng: The Negative Pledge as a "Security" Device. SJLS 1996 s. 415–441.
- Harbek – Solem* 1990
Harbek, Ole F. – Solem, Erik: Tinglysingsloven med kommentarer. 9. utgave ved Torgeir Austenå. Oslo 1990.
- Harries WM* 1978
Harries, Heinrich: Die Negativklausel. Kreditsicherung durch rechtsgeschäftliche Verfügungsbeschränkungen oder aufschiebende bedingte Belastungsverpflichtungen. WM 1978 s. 1146–1150.
- Harris – Mooney*
Harris, Steven L. – Mooney, Charles H. Jr.: A Property-Based Theory of Security Interests. Taking Debtors' Choices Seriously. Virginia LR 1994 s. 2021–2072.

- Harris – Mooney*
Cornell LR 1997
- Havansi* 1975
- Havansi* 1978
- Havansi* 1979a
- Havansi* 1979b
- Havansi* 1981
- Havansi* 1984a
- Havansi* 1984b
- Havansi* 1992a
- Havansi* 1992b
- Havansi* 1994
- Havansi* 1996
- Havansi* 2000
- HE* 1981:11
- HE* 1983:190
- HE* 1986:62
- HE* 1989:242
- HE* 1990:102
- HE* 1990:104
- HE* 1992:182
- HE* 1992:295
- HE* 1994:14
- HE* 1994:120
- HE* 1996:16
- Harris, Steven L. – Mooney, Charles W. Jr.: Measuring the Social Costs and Benefits and Identifying the Victims of Subordinating Security Interests in Bankruptcy. Cornell LR 1997 s. 1349–1372.
- Havansi, Erkki: Takavarikko ja hukkaamiskielto ulosottolain 7 luvun mukaan. Ensimmäinen osa. Vammala 1975.
- Havansi, Erkki: Vakuusoikeudellisia kirjoituksia. Helsinki 1978.
- Havansi, Erkki: Panttioikeus osakkeeseen. Ensimmäinen osa. Vammala 1979.
- Havansi, Erkki: Pantin takaisinsaannista konkurssissa. Defensor Legis -lehdessä vv. 1979–1980 julkaistu tutkimus. Hämeenlinna 1979.
- Havansi, Erkki: Panttioikeus osakkeeseen. Toinen osa. Vammala 1981.
- Havansi, Erkki: Esinevakuusoikeudet. Panttioikeus. Pidätys-oikeus. Omistuksenpidätys. Vakuusluovutus. Vammala 1984.
- Havansi, Erkki: Luotto-oikeus. Yleiset perusteet. 2. uudistettu painos. Helsinki 1984.
- Havansi, Erkki: Esinevakuusoikeudet. Panttioikeus. Pidätys-oikeus. Omistuksenpidätys. Vakuusluovutus. Toinen, uudistettu painos. Jyväskylä 1992.
- Havansi, Erkki: Suomen konkurssioikeus. Kolmas, uudistettu painos. Tampere 1992.
- Havansi, Erkki: Uusi turvaamistoimilainsäädäntö selityksineen. Oikeudenkäymiskaaren uusi 7 luku sekä ulosottolain 7 luvun uusitut säännökset kommentoituina. Toinen, uudistettu painos. Jyväskylä 1994.
- Havansi, Erkki: Kiinteistöpanttioikeus uuden maakaaren mukaan. Jyväskylä 1996.
- Havansi, Erkki: Ulosotto-oikeuden pääpiirteet. 2. painos. Helsinki 2000.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi osakeyhtiölain 12 luvun 7 §:n muuttamiseksi.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle yrityskiinnityslainsäädännöksi.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi avioliittolain sekä siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle talletuspankkeja koskevaksi lainsäädännöksi.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle takaisinsaantia konkurssipesään koskevaksi lainsäädännöksi.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi arvo-osuusjärjestelmästä sekä siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle yrityksen saneerausta koskevaksi lainsäädännöksi.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle luotto- ja rahoituslaitoksia ja niiden toimintaa koskevaksi lainsäädännöksi.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle asuntokauppaa koskevaksi lainsäädännöksi.
- Hallituksen esitys maakaareksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi panttilainauslaitoksista annetun lain muuttamisesta.

- HE 1996:89* Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi osakeyhtiölain ja eräiden siihen liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 1998:275* Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi ulosottolain muuttamisesta.
- HE 1999:141* Hallituksen esitys Eduskunnalle kiinnitysluottopankkilainsäädännön muuttamisesta.
- HE 2000:28* Hallituksen esitys Eduskunnalle arvo-osuusrekisterien keskitämisestä arvopaperikeskukseen koskevaksi lainsäädännöksi.
- Helander 1984* Helander, Bo: Kreditsäkerhet i lös egendom. Sakrättsliga spörsmål. Lund 1984.
- Hellner 1993a* Hellner, Jan: Speciell avtalsrätt II. Kontraktsrätt. 1 häftet. Särskilda avtal. Andra upplagan. Stockholm 1993.
- Hellner 1993b* Hellner, Jan: Kommersiell avtalsrätt. Fjärde upplagan. Stockholm 1993.
- Hellner 1995* Hellner, Jan: Skadeståndsrätt. Femte upplagan. Stockholm 1995.
- Hemmo DL 1996* Hemmo, Mika: Irtisanomisvapaus ja pitkäkestoiset liikesopimukset. DL 1996 s. 328–346.
- Hemmo 1997a* Hemmo, Mika: Sopimusoikeus I. Jyväskylä 1997.
- Hemmo 1997b* Hemmo, Mika: Sopimusoikeus II. Jyväskylä 1997.
- Hemmo 1998* Hemmo, Mika: Sopimus ja delikti. Tutkimus vahingonkorvausoikeuden vastuumuodoista. Jyväskylä 1998.
- Herbst 1966* Herbst, Robert: Dictionary of Commercial, Financial and Legal Terms. Volume I: English-German-French. Second edition complete with a supplement. Lucerne 1966.
- Hessler 1973* Hessler, Henrik: Allmän sakrätt. Om det förmögenhetsrättsliga tredjemansskyddets principer. Stockholm 1973.
- Hessler SvJT 1983* Hessler, Henrik: Svensk rättspraxis. Sakrätt 1964–1981. SvJT 1983 s. 161–215.
- Hobbs JIBL 1993* Hobbs, Tracy: The Negative Pledge: A Brief Guide. JIBL 1993 s. 269–274.
- Hohfeld 1964* Hohfeld, Wesley Newcomb: Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. Edited by Walter Wheeler Cook. With a new foreword by Arthur L. Corbin. Reprint of the year 1964 printing. Connecticut 1978.
- Hondius 1998* Hondius, Ewoud: Towards a European Civil Code. General Introduction. Towards a European Civil Code s. 1–19. Second Revised and Expanded Edition. Nijmegen – The Hague – London – Boston 1998.
- Huhtamäki 1993* Huhtamäki, Ari: Luotonantajavastuu. Lender Liability Suomessa – velvoiteoikeudellinen tutkimus luotonantajan vastuusta luotonottajaa kohtaan erityisesti USA:n oikeuteen verrattuna. Jyväskylä 1993.
- Huhtamäki 1994* Huhtamäki, Ari: Pankkirikokset. Kotimaiseen oikeuskäytäntöön ja oikeusvertailuun perustuva tutkimus rikoksista pankkikriisin osatekijänä. Jyväskylä 1994.
- Huhtamäki DL 1999* Huhtamäki, Ari: Offshore-yhteisön samastuksesta määräysvalan käyttäjään. DL 1999 s. 142–152.
- Hurlock Harvard ILJ 1994* Hurlock, Matthew H.: New Approaches to Economic Development: The World Bank, the EBRD, and the Negative Pledge Clause. Harvard ILJ 1994 s. 345–386.

- Hurme – Pesonen – Syväoja* 1996 Hurme, Raija – Pesonen, Maritta – Syväoja, Olli: Englanti-suomi -suursanakirja. Kahdeksas painos. Juva 1996.
- Huser* 1992 Huser, Kristian: Gjelsforhandling og konkurs. Bind 3. Omstøtelse. Bergen 1992.
- Huttunen* 1963 Huttunen, Allan: Yhdenmiehen osakeyhtiöstä. Porvoo 1963.
- Huttunen* 1996 Huttunen, Allan: Vastuun samaistuksesta konsernissa, osakeyhtiössä ja erityisesti vakuutusosakeyhtiöiden konsernissa. Vastuun samaistuksesta ja muita kirjoituksia s. 5–76. Turku 1996.
- Hyvönen* 1970 Hyvönen, Veikko O.: Määräalan luovutuksensaajan oikeusasemasta. Vammala 1970.
- Hyvönen LM* 1972 Hyvönen, Veikko O.: Rinnakkainen sivullissuhde. LM 1972 s. 911–916.
- Håstad SvJT* 1976 Håstad, Torgny: Kirjallisuusarvostelu teoksesta Forssell, Hans: Tredjemansskyddets gränser. En studie av principen ”köp bryter lega” och indelningen i sakrätter och obligatoriska rättigheter. Lund 1976. SvJT 1976 s. 715–718.
- Håstad JJ* 1985 Håstad, Torgny: Några problem rörande panträtt i en värdepappersdepå. Festskrift till Henrik Hessler. Rättsvetenskapliga studier i civilrätt och processrätt s. 309–342. Falköping 1985.
- Håstad* 1990 Håstad, Torgny: Sakrätt avseende lös egendom. Fjärde, omarbetade upplagan. Lund 1990.
- Håstad* 1996 Håstad, Torgny: Sakrätt avseende lös egendom. Sjätte, omarbetade upplagan. Stockholm 1996.
- Häyhä* 1996 Häyhä, Juha: Sopimus, laki ja vakuustoiminta. Jyväskylä 1996.
- Häyhä DL* 1996 Häyhä, Juha: Lojaliteettiperiaate ja sopimusoppi. DL 1996 s. 313–327.
- Hørlyck SSL* 1980 Hørlyck, Erik: Disregard of the Legal Entity in Scandinavian Company Law. SSL 1980 s. 205–217.
- Immonen* 1994 Immonen, Raimo: Velkojainsuoja yritysrakenteiden muutoksissa. Jyväskylä 1994.
- Inzitari ZEuP* 1998 Inzitari, Bruno: Neue Widersprüche der Par Condicio Creditorum. Die Novellierung des italienischen Zivigesetzbuches über die Eintragung des Vorvertrages für den Erwerb von Immobilien: Neue Vorzugsrechte und ihr Konflikt mit den anderen Vorzugsgläubigern. ZEuP 1998 s. 677–685.
- Jackson – Kronman Yale LJ* 1979 Jackson, Thomas H. – Kronman, Anthony T.: Secured Financing and Priorities Among Creditors. Yale LJ 1979 s. 1143–1182.
- Jacob Harvard LR* 1938 Jacob, Francis W.: The Effect of Provision for Ratable Protection of Debenture Holders in Case of Subsequent Mortgage. Harvard LR 1938 s. 77–127.
- Jensen* 1995 Jensen, Ulf: Panträtt i fast egendom. 4:e upplagan. Andra tryckningen. Malmö 1995.
- Jensen – Meckling J. Fin. Econ.* 1976 Jensen, Michael C. – Meckling, William H.: Theory of the Firm: Managerial Behaviour, Agency Costs and Ownership Structure. J. Fin. Econ. 1976 s. 305–360.
- Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 Jokela, Marjut – Kartio, Leena – Ojanen, Ilmari: Maakaari. Jyväskylä 1997.
- Joutsen* 1985 Joutsen, Matti: Lakikielen sanakirja suomi-englanti. Porvoo 1985.
- Jyränki* 2000 Jyränki, Antero: Uusi perustuslakimme. Jyväskylä 2000.

- Kaisanlahti* 1996
Kaisanlahti, Timo: Osakkeenomistajan rajoitettu vastuu. Näkökulmia oikeustaloustieteeseen s. 192–252. Tampere 1996.
- Kaisto* 1993
Kaisto, Janne: Valtuutus ja arvo-osuuden luovutus. Helsinki 1993.
- Kaisto* LM 1993
Kaisto, Janne: Kirjallisuusarvostelu teoksesta Tuomisto, Jarmo: Tyypipakosta aikaprioriteettiin. Näkökohtia esineoikeudellisen sivullissuojan perusteista. Vammala 1993. LM 1993 s. 1275–1281.
- Kaisto* LM 1996a
Kaisto, Janne: Sääntely- ja sovittelukohtuudesta sivullissuoja-oikeudessa. LM 1996 s. 447–467.
- Kaisto* LM 1996b
Kaisto, Janne: Oikeustapauskommentti. KKO 1996:113. LM 1996 s. 1246–1260.
- Kaisto* 1997
Kaisto, Janne: ”Tiesi tai olisi pitänyt tietää”. Varallisuusoi-
keudellinen tutkimus perustellun vilpittömän mielen vaatimuksesta
KK 11:4 ja 12:4:n sekä VKL 14 §:n mukaan. Vammala 1997.
- Kaisto* LM 1997
Kaisto, Janne: Vilpittömän mielen suojan edellytysten sivullis-
keskeisyys. LM 1997 s. 607–616.
- Kaivola – Nybergh –
Ståhlberg* DL 1993
Kaivola, Juhani – Nybergh, Frey – Ståhlberg, Pauli: Kaksi täys-
istuntoratkaisua sopimuskumppanin työntekijän vahingonkor-
vausvastuusta. DL 1993 s. 383–421.
- Kanda – Levmore*
Virginia LR 1994
Kanda, Hideki – Levmore, Saul: Explaining Creditor Priorities.
Virginia LR 1994 s. 2103–2154.
- Kangas* 1993
Kangas, Urpo: Lahja. Jyväskylä 1993.
- Kanniainen* 1996
Kanniainen, Vesa: Yritysjohdon kannustinpalkkaus ja päämies-
agenttiteoria. Näkökulmia oikeustaloustieteeseen s. 97–113.
Tampere 1996.
- Kanniainen – Määttä –
Timonen* 1996
Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle – Timonen, Pekka: Oikeusta-
loustiede. Näkökulmia oikeustaloustieteeseen s. 11–45. Tampe-
re 1996.
- Kansmark – Roos* 1994
Kansmark, Jan – Roos, Carl Martin: Aktieägaravtal. En kort-
fattad handbok. Andra upplagan. Stockholm 1994.
- Karapuu* 1999
Karapuu, Heikki: Perusoikeuksien tausta ja yleinen sisältö. Pe-
rusoikeudet s. 61–86. Juva 1999.
- Karlgrén* SvJT 1943
Karlgrén, Hjalmar: Kirjallisuusarvostelu teoksesta Ussing, Hen-
ry: Dansk Obligationsret. Almindelig Del. 2. Udg. Kbhvn 1942.
SvJT 1943 s. 372–377.
- Karlgrén* 1972
Karlgrén, Hjalmar: Skadeståndsrätt. Femte upplagan. Stock-
holm 1972.
- Kartio* LM 1969
Kartio, Leena: Kiinteistön luovutuksensaajan kolmannen oikeut-
ta koskevan tietoisuuden merkityksestä. LM 1969 s. 558–574.
- Kartio* 1974
Kartio, Leena: Rakennuksen omistajan oikeusasemasta erityi-
sesti silmällä pitäen maapohjan omistussuhteiden merkitystä.
Vammala 1974.
- Kartio* JJ 1981
Kartio, Leena: Varallisuus oikeudet ja uuden OTK-tutkinnon
oppiainejärjestelmä. Juhlajulkaisu Lex ry 1961–1981 s. 53–67.
Vammala 1981.
- Kartio* JJ 1985
Kartio, Leena: Uudistuvan esineoikeuden haasteet. Juhlajulkai-
su Simo Zitting 1915 – 14/2 – 1985 s. 145–159. Vammala 1985.
- Kartio* LM 1985
Kartio, Leena: Kirjallisuusarvostelu teoksesta Havansi, Erkki:
Esinevakuusoikeudet. Panttioikeus. Pidätysoikeus. Omistuksen-
pidätys. Vakuusluovutus. Helsinki 1984. LM 1985 s. 578–585.

- Kartio* LM 1986 Kartio, Leena: Oikeustapauskommentti KKO 1985 II 131. LM 1986 s. 119–128.
- Kartio* JJ 1987 Kartio, Leena: OikTL 36 §:n soveltamiskäytännöstä kiinteistö-oikeudessa. Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo 1917 – 4/2 – 1987 s. 203–215. Vammala 1987.
- Kartio* JJ 1988 Kartio, Leena: Paperittomat asiakirjat yksityisoikeuden ongelmiana. Juhlajulkaisu Allan Huttunen 1928 – 5/11 – 1988 s. 47–60. Turku 1988.
- Kartio* JJ 1990 Kartio, Leena: Omistusoikeudesta osakeyhtiöoikeudessa. Juhlajulkaisu Juhani Kyläkallio 1930 – 14/3 – 1990 s. 53–62. Turku 1990.
- Kartio* 1991 Kartio, Leena: Esineoikeuden perusteet. Tampere 1991.
- Kartio* JJ 1991 Kartio, Leena: Esineoikeuden perusteita koskevan oppikirjan ongelmista. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta s. 189–200. Turku 1991.
- Kartio* LM 1995 Kartio, Leena: Uusi maakaari ja rakennusta koskevat oikeussuhteet. LM 1995 s. 1248–1261.
- Kartio* 1997 Kartio, Leena: Esineoikeuden esine tutkimuspöydällä. Minun metodini s. 110–130. Porvoo 1997.
- Kartio* JJ 1997 Kartio, Leena: Sopimus ja kolmas. Juhlajulkaisu Aulis Aarnio 1937 – 14/5 – 1997 s. 152–163. Vammala 1997.
- Kartio* LM 1998 Kartio, Leena: Esineoikeus valinkauhassa. LM 1998 s. 1057–1064.
- Kartio* 2000 Kartio, Leena: Varallisuus-oikeus. Varallisuus-oikeuden kantavat periaatteet s. 34–52. Vantaa 2000.
- Kedner – Roos – Skog* 1996 Kedner, Gösta – Roos, Carl Martin – Skog, Rolf: Aktiebolagslagen. Del II, (10–19 kap.) med kommentar. Femte omarbetade upplagan. Göteborg 1996.
- Kieninger* 1996 Kieninger, Eva-Maria: Mobiliarsicherheiten im Europäischen Binnenmarkt. Zum Einfluß der Warenverkehrsfreiheit auf das nationale und internationale Sachenrecht der Mitgliedstaaten. Baden-Baden 1996.
- Kivimäki – Ylöstalo* 1981 Kivimäki, T. M. – Ylöstalo, Matti: Suomen siviilioikeuden oppikirja. Yleinen osa. Neljäs, lyhennetty painos. Juva 1981.
- Kjellgren* EBLR 2000 Kjellgren, Anders: On the Border of Abuse – The Jurisprudence of the European Court of Justice on Circumvention, Fraud and Other Misuses of Community Law. EBLR 2000 s. 179–194.
- Kjelstrup* JJ 1988 Kjelstrup, Carl Bernhard: Kanskje litt generalpant? Lov, dom og bok. Festskrift til Sjur Brækhus 19. juni 1988 s. 277–290. Otta 1988.
- Klami* 1979 Klami, Hannu Tapani: Finalistinen oikeusteoria. Tutkimus oikeudellisen päätöksenteon ja oikeusnormipropositoiden tavoitteellisesta justifioinnista ja kontrollista. Turku 1979.
- Klami* 1983 Klami, Hannu Tapani: Ihmisen säännöt. Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turku 1983.
- Klami* LM 1995 Klami, Hannu Tapani: Juridisten argumenttien punnintamalli. LM 1995 s. 1066–1081.
- Klami* LM 1996 Klami, Hannu Tapani: ”Reaaliset” argumentit. LM 1996 s. 468–476.
- Klami* 1997 Klami, Hannu Tapani: Päätösteoria juridisen argumentaation punninnassa. Minun metodini s. 151–172. Porvoo 1997.

- Klauer* 1998
Klauer, Irene: Die Europäisierung des Privatrechts. Der EuGH als Zivilrichter. Baden-Baden 1998.
- Kleineman* 1987
Kleineman, Jan: Ren förmögenhetsskada. Särskilt vid vilseledande av annan än kontraktspart. Stockholm 1987.
- Kleineman* JT 1994–95
Kleineman, Jan: Aktiebolagsrättsliga skyddsintressen och allmänna rättsgrundsatser om vindikation. JT 1994–95 s. 430–463.
- KM* 1978:37
Konkurssioikeuden kehittämiskomitean mietintö. Helsinki 1978.
- KM* 1981:56
Yrityskiinnitystoimikunnan mietintö. Helsinki 1981.
- KM* 1986:32
Arvopaperikäsitteilyn kehittämistoimikunnan mietintö. Helsinki 1986.
- KM* 1989:53
Maakaaritoimikunnan mietintö. Kiinteistön kauppa, lainhuudatus ja panttaus ym. Helsinki 1989.
- KM* 1992:32
Osakeyhtiölakitoimikunta 1990:n mietintö. Helsinki 1992.
- Kohler* AcP 1901
Kohler, J.: Substanzrecht und Wertrecht. AcP 1901 s. 155–208.
- KOM* 1999:1123
Euroopan unionin luottolaitoksia ja sijoituspalveluyrityksiä koskevien lakisäätöiden pääomavaatimusten tarkistaminen. Neuvotteluasiakirja. 1999:1123, 22.11.1999. Euroopan komissio. Sisämarkkinoiden pääosasto.
- Koski – af Schultén* 1984
Koski, Pauli – af Schultén, Gerhard: Osakeyhtiölaki selityksin I. Luvut 1–9. Toinen, uusittu painos. Vammala 1984.
- Koski – af Schultén* 1991
Koski, Pauli – af Schultén, Gerhard: Osakeyhtiölaki selityksin II. Luvut 10–16. Kolmas, uudistettu painos. Jyväskylä 1991.
- Koski – af Schultén* 1998
Koski, Pauli – af Schultén, Gerhard, Rauno Vanhasen avustuksella: Osakeyhtiölaki selityksin I. Luvut 1–8 sekä voimaantamossäännökset. Neljäs, uudistettu painos. Jyväskylä 1998.
- Koski – af Schultén* 2000
Koski, Pauli – af Schultén, Gerhard, Seppo Villan avustuksella: Osakeyhtiölaki selityksin II. Luvut 9–17. Neljäs, uudistettu painos. Jyväskylä 2000.
- Koulu* 1982
Koulu, Risto: Nykyaikaiset kirjaamisjärjestelmät. Katsaus Tanskan, Norjan, Saksan ja Englannin kirjaamislainsäädäntöön. Hämeenlinna 1982.
- Koulu* OTJP 1987
Koulu, Risto: Irtaimen esineen omistuksen kirjaamisesta. OTJP 1987 s. 182–232.
- Koulu* 1989
Koulu, Risto: Esineoikeuden kehitysnäkymiä. Esineoikeuden rajat s. 54–66. Turku 1989.
- Koulu* 1992
Koulu, Risto: Esineoikeudellisesta tutkimuksesta 1990-luvulla. Uudistuva esineoikeus s. 1–10. Helsinki 1992.
- Koulu* LM 1992
Koulu, Risto: Kirjaamisesta arvo-osuusjärjestelmässä. LM 1992 s. 477–505.
- Koulu* OTJP 1994
Koulu, Risto: Sähköisen rahan yksilöinnin perusteista – esimerkkinä luotonvälitys. OTJP 1994 s. 163–228.
- Koulu – Tepora* 1989
Koulu, Risto – Tepora, Jarno: Lainhuuto- ja kiinnitysmenettely. Jyväskylä 1989.
- Kreuzer* EBLR 1998
Kreuzer, Karl: The Model Law on Secured Transactions of the EBRD from a German Point of View. EBLR 1998 s. 352–361.
- Kripke* Univ. Pennsylvania LR 1985
Kripke, Homer: Law and Economics: Measuring the Economic Efficiency of Commercial Law in a Vacuum of Fact. Univ. Pennsylvania LR 1985 s. 929–985.
- Krüger* 1991
Krüger, Kai: Norsk kontraktsrett. 2. opplag. Bergen 1991.
- KTM* 1996:20
Kovenantit osana pk-yritysten rahoitusta. Kauppa- ja teollisuusministeriön työryhmä- ja toimikuntaraportteja 20/1996.

- Kyläkallio* LM 1989
Kyläkallio, Juhani: Kirjallisuusarvostelu (virallisen vastaväittäjän lausunto pienin korjauksin) teoksesta Tuomisto, Jarmo: Omistuksenpidätys ja leasing. Varallisuus oikeudellinen tutkimus omistuksenpidätyssehdosta ja leasingsopimuksesta tavarantoimittajan ja rahoittajan vakuuskeinona. Vammala 1988. LM 1989 s. 399–420.
- Kyläkallio* 1991
Kyläkallio, Juhani: Asunto-osaakeyhtiö. 2. uudistettu painos. Vammala 1991.
- Kyläkallio* DL 1991
Kyläkallio, Juhani: Osakassopimus osakeyhtiössä. DL 1991 s. 137–149.
- Kyläkallio – Iirola – Kyläkallio* 2000
Kyläkallio, Juhani – Iirola, Olli – Kyläkallio, Kalle: Osakeyhtiö. Toinen painos. Helsinki 2000.
- Kärävä* DL 1984
Kärävä, Simo: Kirjallisuusarvostelu teoksesta: Havansi, Erkki: Luotto-oikeus. Yleiset perusteet. Rovaniemi 1981. DL 1984 s. 195–203.
- Kärävä* JJ 1987
Kärävä, Simo: Pankkiluottojen vakuuksien kehityspiirteitä. Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo 1917 – 4/2 – 1987 s. 249–258. Vammala 1987.
- Kärävä – Riihimäki – Kärävä* 1998
Kärävä, Simo – Riihimäki, Antti – Kärävä, Hannu: Pankkitoiimen ja taloudenpidon lakiasiat. 14., uudistettu painos. Jyväskylä 1998.
- Lavapuro* LM 2000
Lavapuro, Juha: Yleinen järjestys ja turvallisuus: kollektiivinen hyvä. LM 2000 s. 412–422.
- Lawson – Rudden* 1987
Lawson, F.H. – Rudden, Bernard: The Law of Property. Second Edition. Oxford 1987.
- Lejman* SvJT 1957
Lejman, Fritjof: En handbok i obligationsrätt. Kirjallisuusarvostelu teoksesta Rodhe, Knut: Obligationsrätt. Stockholm 1956. SvJT 1957 s. 383–398.
- Lennander* 1977
Lennander, Gertrud: Panthavares skyldigheter vid pantavtal om lös egendom. Uppsala 1977.
- Lennander* 1994
Lennander, Gertrud: Återvinning i konkurs. Andra, omarbetade upplagan. Stockholm 1994.
- Lent – Schwab* 1964
Lent, Friedrich – Schwab, Karl Heinz: Sachenrecht. Ein Studienbuch. 10, verbesserte Auflage. Nördlingen 1964.
- Leppänen* OTJP 1991
Leppänen, Tatu: Vastuun samastus osakeyhtiön konkurssissa. OTJP 1991 s. 271–332.
- Leppänen* 1992
Leppänen, Tatu: Vahinkoedellytys konkurssitakaisinsaannissa. Jyväskylä 1992.
- Letto-Vanamo* LM 1995
Letto-Vanamo, Pia: Oikeuden Eurooppa – Euroopan oikeus. Oikeushistoria ja integraatio. LM 1995 s. 699–709.
- Letto-Vanamo* 1998
Letto-Vanamo, Pia: Eurooppa oikeusyhteisönä. Yhteistyön haasteet ja mahdollisuudet. Saarijärvi 1998.
- Levmore* Yale LJ 1982
Levmore, Saul: Monitors and Freeriders in Commercial and Corporate Settings. Yale LJ 1982 s. 49–83.
- Levo* 1985
Levo, Urpo: Ulkomainen luotonotto. Jyväskylä 1985.
- Liebs* AcP 1975
Liebs, Rüdiger: Die unbeschränkte Verfügungsbefugnis. AcP 1975 s. 1–43.
- Lilleholt* 1999
Lilleholt, Kåre: Godtruerverv og kreditorvern. 3. utg. Oslo 1999.
- Lindskog* 1995
Lindskog, Stefan: Aktiebolagslagen 12:e och 13:e kapitlet. Kapitalskydd och likvidation. Andra upplagan. Göteborg 1995.

- Linna* 1987
Linna, Tuula: Ulosottorealisoinnista de lege ferenda. Vammala 1987.
- Linna* DL 1996
Linna, Tuula: Oikeustapauskommentti. KKO 1995:215. DL 1996 s. 292–301.
- Linna* LM 1999
Linna, Tuula: Täytäntöönpanoriita ja omistusoikeuskollisio. Kirjoituksia ulosoton oikeussuojajärjestelmästä, osa 3/3. LM 1999 s. 335–354.
- Lohi* LM 1993
Lohi, Tapani: Oikeustapauskommentti. KKO 1992:168. LM 1993 s. 617–625.
- Lounatvuori* DL 1994
Lounatvuori, Markku: Kirjallisuusarvostelu teoksesta Huhtamäki, Ari: Pankkirikokset. DL 1994 s. 954–959.
- LTk* 1989:3
Laintarkastuskunnan lausunto: Takaisinsaanti konkurssipesään. Helsinki 1989.
- Lundstedt* JJ 1950
Lundstedt, Vilhelm: Några rättssystematiska reflexioner. Festskrift tillägnad Birger Ekeberg s. 331–535. Stockholm 1950.
- Lynge Andersen – Werlauff* 1993
Lynge Andersen, Lennart – Werlauff, Erik: Finans & Kredit. Erhvervsfinansieringsret med dokumenteksempler. 2. oplag. Århus 1993.
- Länsineva* 1998
Länsineva, Pekka: Perusoikeudet – nyt. Perusoikeuspuheenvuoroja s. 103–119. Turku 1998.
- Macaulay* Am. Soc. R 1963
Macaulay, Stewart: Non-Contractual Relations in Business: A Preliminary Study. Am. Soc. R 1963 s. 55–67.
- MacCormick* 1978
MacCormick, Neil: Legal Reasoning and Legal Theory. Bungay 1978.
- Madell* 1998
Madell, Tom-Erik: Det allmänna som avtalspart – särskilt avseende kommuns kompetens att ingå avtal samt avtalens rättsverknningar. Stockholm 1998.
- Majamaa* JFT 1973
Majamaa, Vesa: Om villkor rörande realisation av lös pant. JFT 1973 s. 553–569.
- Majamaa* 1978
Majamaa, Vesa: Toisen maalla oleva rakennus kiinnitysluoton kohteena. Vammala 1978.
- Majamaa* DL 1986
Majamaa, Vesa: Kiinteistön omistussuhteista avio- ja avoliitoissa erityisesti sivullisen kannalta. DL 1986 s. 249–268.
- Mann* Georgetown LJ 1997
Mann, Ronald J.: The Role of Secured Credit in Small-Business Lending. Georgetown LJ 1997 s. 1–44.
- Mann* Harvard LR 1997
Mann, Ronald J.: Explaining the Pattern of Secured Credit. Harvard LR 1997 s. 625–683.
- Markesinis – Deakin* 1996
Markesinis, B. S. – Deakin, S. F.: Tort Law. Third edition. Guildford and King's Lynn 1996.
- Masulis* 1988
Masulis, Ronald W.: The Debt/Equity Choice. United States of America 1988.
- McDaniel* BL 1983
McDaniel, Morey W.: Are Negative Pledge Clauses in Public Debt Issues Obsolete? BL 1983 s. 867–881.
- McDaniel* BL 1986
McDaniel, Morey W.: Bondholders and Corporate Governance. BL 1986 s. 413–460.
- Merkel* 1985
Merkel, Helmut: Die Negativklausel. Recht und Praxis einer schuldrechtlichen Sicherungsvereinbarung. Berlin 1985.
- Merkel* IBLJ 1987
Merkel, Helmut: Implications of the Negative Pledge Clause in international Finance. IBLJ 1987 s. 669–695.
- Mikkola* 1981
Mikkola, Matti: Työttömyysturvan ehdoista. Oikeustieteellinen tutkimus työttömyyskorvauksen hakijan asemasta ja oikeussuo-

- Mitchell* Am. Bankr. LJ 1986
- Modeen* JFT 1958
- Modigliani – Miller*
Am. Econ. R 1958
- Muukkonen* LM 1974
- Muukkonen* LM 1993
- Muukkonen* DL 1998
- Müller-Graff* 1998
- Mylly* JJ 2000
- Mäenpää* 2000
- Mähönen* 2000
- Mähönen* JJ 2000
- Määttä* 1999
- Määttä* LM 2000
- Möller* 1988
- Nerep* 1994
- Nial* SvJT 1940
- Nial – Johansson* 1995
- Niemi* 1995
- Niemi* 1996
- jasta. Toinen näköispainos. Helsinki 1981.
- Mitchell, Thomas C.: The Negative Pledge Clause and The Classification of Financing Devices. A Question of Perspective. First Installment. Am. Bankr. LJ 1996 s. 153–183. Second Installment. Am. Bankr. LJ 1996 s. 263–292.
- Modeen, Tore: Till frågan om vilken rätt i fast egendom intecknat ackkommodationsskuldebrev medför. JFT 1958 s. 72–88; Ännu till frågan om vilken rätt i fast egendom intecknat ackkommodationsskuldebrev medför. JFT 1958 s. 192–197.
- Modigliani, F. – Miller, M. H.: The costs of capital, corporation finance, and the theory of investment. Am. Econ. R 1958 s. 261–297.
- Muukkonen, P. J.: Kirjallisuusarvostelu (virallisen vastaväittäjän lausunto) teoksesta Kartio, Leena: Rakennuksen omistajan oikeusasemasta erityisesti silmällä pitäen maapohjan omistussuhteiden merkitystä. Vammala 1974. LM 1974 s. 524–529.
- Muukkonen, P. J.: Sopimusoikeuden yleinen lojaliteettiperiaate. LM 1993 s. 1030–1048.
- Muukkonen, P. J.: Kiinteistökaupan esisopimus kohdekiinteistön kaupassa. DL 1998 s. 822–829.
- Müller-Graff, Peter-Christian: EC Directives as a Means of Private Law Unification. Towards a European Civil Code s. 71–89. Second Revised and Expanded Edition. Nijmegen – The Hague – London – Boston 1998.
- Mylly, Tuomas: Voiko direktiivistä aiheutua yksityisille negatiivisia oikeudellisia seurauksia? Kansainvälisestä kaupasta. Juhlajulkaisu Tuula Ämmälä 2.11.2000 s. 169–201. Turku 2000.
- Mäenpää, Olli: Hallinto-oikeus. 3. laitos. Porvoo 2000.
- Mähönen, Jukka: Lojaliteettivelvollisuus ja tiedonantovelvollisuus. Varallisuus oikeuden kantavat periaatteet s. 129–143. Vantaa 2000.
- Mähönen, Jukka: "Good Faith and Fair Dealing" ja lojaliteettivelvollisuus. Kansainvälisestä kaupasta. Juhlajulkaisu Tuula Ämmälä 2.11.2000 s. 203–231. Turku 2000.
- Määttä, Tapio: Maanomistusoikeus. Tutkimus omistusoikeusparadigmoista maaomaisuuden käytön ympäristöoikeudellisen sääntelyn näkökulmasta. Jyväskylä 1999.
- Määttä, Tapio: Zittingin omistusoikeusanalyysin hyödynnettävyydestä maanomistusoikeuden tutkimuksessa. LM 2000 s. 3–27.
- Möller, Mikael: Konkurs och kontrakt. Om konkursboets inträde i gäldenärens avtal. Göteborg 1988.
- Nerep, Erik: Aktiebolagsrättsliga studier – särskilt om kapitalskyddet. Stockholm 1994.
- Nial, Håkan: Nya sakrätter? SvJT 1940 s. 673–683.
- Nial, Håkan – Johansson, Svante: Svensk associationsrätt i huvuddrag. Sjätte, omarbetade upplagan. Stockholm 1995.
- Niemi, Matti Ilmari: Esineoikeuden keskeiset periaatteet ja uusi maakaari. Oikeuskirja s. 281–308. Kitee 1995.
- Niemi, Matti Ilmari: Päämäärien valtakunta. Konventionalistinen analyysi lainopillisen tiedon edellytyksistä ja oikeusjärjestelmän perusteista. Vammala 1996.

- Niemi* 1997
Niemi, Matti Ilmari: Maakaaren järjestelmä I. Kiinteistön kauppa ja muut luovutukset. Jyväskylä 1997.
- Niemi LM* 1998
Niemi, Matti Ilmari: Lainopillisen argumentoinnin kaksi tasoa. Kolme tutkielmaa laista ja oikeudesta, osa 3/3. LM 1998 s. 757–773.
- Niemi Oikeus* 2000
Niemi, Matti Ilmari: Maan omistaminen ja sen käytön sääntely. Oikeus 2000 s. 278–284.
- Niskanen – Niskanen* 1999
Niskanen, Jyrki – Niskanen, Mervi: Covenants in Finnish Small and Medium Sized Firms' Loans: Firm level examination of their commonness, types and determinants. Tampere 1999.
- NOU* 1982:17
Norges offentlige utredninger. Justisdepartementet. Ny tinglysningslov. Oslo 1982.
- NOU* 1993:16
Norges offentlige utredninger. Justisdepartementet. Etterkontroll av konkurslovgivningen m.v. Oslo 1993.
- NU* 1963:6
Nordisk udredningsserie. Betenkning angående nordisk patentlovgivning. Avgitt av samarbeidende danske, finske, norske og svenske komitéer. Oslo 1964.
- Nuolimaa* 1984
Nuolimaa, Risto: Lunastuslauseke ja suostumuslauseke. Osakeyhtiöoikeudellinen tutkimus. Mikkeli 1984.
- Nuolimaa* 1989
Nuolimaa, Risto: Osakassopimuksista. Koulutusmoniste. Yritysvaltaus ja sen torjunta. Lakimiesliiton koulutuskeskus. Helsinki 1989.
- Nuutila* 1997
Nuutila, Ari-Matti: Rikoslain yleinen osa. Jyväskylä 1997.
- Nystén-Haarala* 1998
Nystén-Haarala, Soili: The Long-Term Contract. Contract Law and Contracting. Jyväskylä 1998.
- Ojanen – Sutinen* 1991
Ojanen, Ilmari – Sutinen, Juhani: Yrityskiinnitys. 2. uudistettu painos. Tampere 1991.
- Oker-Blom JFT* 1980
Oker-Blom, Max: Jurionomi eller rätten i ekonomiskt perspektiv. JFT 1980 s. 245–265.
- OLJ* 1982:7
Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu. Lausunnot yrityskiinnitystoimikunnan mietinnöistä. Tiivistelmä. (Anna-Riitta Wallin).
- OLJ* 1988:7
Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu. Ehdotus takaisinsaantia konkurssipesään koskevaksi lainsäädännöksi. (Mikko Könkkölä – Gustaf Möller – Pauliine Koskelo – Kari Raulos – Taina Riihinen)
- Olsson* 1954
Olsson, Curt: Om köpares borgenärsskydd vid köp av lös egenhet. Helsingfors 1954.
- Olsson JFT* 1969
Olsson, Curt: Kritiska betraktelser kring några grunderproblem och en doktorsavhandling. JFT 1969 s. 261–275.
- Opperud* 1994
Opperud, Haakon: Negative pantsettelsesklaustrer. Oslo 1994.
- Paasto OTJP* 1985
Paasto, Päivi: Resolutiivisesta ehdosta kiinteistön kaupassa. OTJP 1985 s. 261–359.
- Paasto* 1994
Paasto, Päivi: Omistuskäsitteistön rakenteesta. Tutkimus jaetun omistuksen mahdollisuudesta ja merkityksestä omistuskäsitteistöissä 1700-luvun lopulle tultaessa. Turku 1994.
- Palin LM* 1997
Palin, Samuli: Aidon kaupan turvaaminen arvopaperistamistransaktioon liittyvässä saatavakannan luovutuksessa. LM 1997 s. 617–645.
- Palosuo Kanava* 1994
Palosuo, Heikki W.: Mistä johtuvat suomalaisten pankkien suuret tappiot? Kanava 1994 s. 163–166.

- Peczenik* 1980 Peczenik, Aleksander: Juridikens metodproblem. Rättskällelära och lagtolkning. Andra upplagan. Stockholm 1980.
- Peczenik* 1988 Peczenik, Aleksander: Rätten och förnuftet. En lärobok i allmän rättslära. 2:a upplagan. Lund 1988.
- Peczenik* 1995 Peczenik, Aleksander: Vad är rätt? Om demokrati, rättssäkerhet, etik och juridisk argumentation. Göteborg 1995.
- Pettersson* 1990 Pettersson, Per: Aktier utan aktiebrev. Kommentar till aktiekon-tolagen. Helsingborg 1990.
- Prop. 1970:20* Kungliga Maj:ts proposition med förslag till jordabalk. Stock-holm 1970.
- Prop. 1997/98:160* Regeringens proposition. Kontoföring av finansiella instrument och kostnadsinformation till fondandelsägare. Stockholm 1998.
- Pöyhönen* 1988 Pöyhönen, Juha: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Vammala 1988.
- Pöyhönen LM* 1997 Pöyhönen, Juha: Kohti uutta varallisuus oikeutta. LM 1997 s. 527–560.
- Pöyhönen JJ* 1998 Pöyhönen, Juha: Perusoikeuksien merkitys varallisuus oikeudes-sa. Juhlakirja Kaarlo Tuori 50 vuotta s. 43–56. Helsinki 1998.
- Pöyhönen* 2000 Pöyhönen, Juha: Uusi varallisuus oikeus. Jyväskylä 2000.
- Rajan – Winton J. Fin.* 1995 Rajan, Raghuram – Winton, Andrew: Covenants and Collateral as Incentives to Monitor. J. Fin. 1995 s. 1113–1146.
- Reinikainen LM* 1998 Reinikainen, Veikko: Vastaväittäjän lausunto teoksesta Timonen, Pekka: Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti notee-ratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen säänte-ly. Jyväskylä 1997. LM 1998 s. 149–159.
- Rhodes* 1996 Rhodes, Tony: Syndicated Lending. Practice and Documenta-tion. Second Edition. Great Britain 1996.
- Ringdal JJ* 1988 Ringdal, Frode: Beskyttelse av debitor i skipsfinansieringsfor-hold. Lov, dom og bok. Festskrift til Sjur Brækhus 19. juni 1988 s. 429–436. Otta 1988.
- Rodhe* 1984 Rodhe, Knut: Obligationsrätt. Lund 1984.
- Rodhe JJ* 1984 Rodhe, Knut: Moderbolagets ansvar för dotterbolags skulder. Festskrift till Jan Hellner. Malmö 1984.
- Rodhe* 1985 Rodhe, Knut: Handbok i sakrätt. Lund 1985.
- Rodhe* 2000 Rodhe, Knut: Aktiebolagsrätt. Nittonde upplagan. Bearbetad av Rolf Skog. Stockholm 2000.
- Roos* 1969 Roos, Carl Martin: Avtal och rösträtt. En aktiebolagsrättslig studie. Uppsala 1969.
- Rosovsky JIBFL* 1989 Rosovsky, Eyal: Negative Pledge Clauses and Articles 85 and 86 of the Treaty of Rome. JIBFL 1989 s. 416–418.
- Ross* 1934 Ross, Alf: Virkelighed og gyldighed i retslæren. En kritik af den teoretiske retsvidenskabs grundbegreber. København 1934.
- Ross* 1935 Ross, Alf: Ejendomsret og ejendomsøvergang med særlig hen-blik paa dansk retspraksis. København 1935.
- Ross* 1953 Ross, Alf: Om ret og retfærdighed. En indførelse til den analytis-ke retsfilosofi. København 1953.
- Ross Am. Econ. R* 1973 Ross, Stephen A.: The Economic Theory of Agency: The Principal's Problem. Am. Econ. R 1973 s. 134–139.
- Ross – Westerfield* 1996 Ross, Stephen A. – Westerfield, Randolph W. – Jaffe, Jeffrey: Corporate Finance. 4th ed. Chicago 1996.

- Routamo* 1969
Routamo, Eero: Kaupanvastuu ja oikeudellinen virhe irtaimen kaupassa. Porvoo 1969.
- Routamo – Ståhlberg* 2000
Routamo, Eero – Ståhlberg, Pauli: Suomen vahingonkorvaus-oikeus. Neljäs, uudistettu painos. Jyväskylä 2000.
- Rudanko* 1982
Rudanko, Matti: Vastuusta grynderirakentamisessa. Hämeenlinna 1982.
- Rudanko* 1995
Rudanko, Matti: Pankkiasiakkaan ja pankin oikeussuoja. Siviili-oikeuden mahdollisuudet pankkiasiakkaan suojelussa ja pankki-kriisin hoidossa. Helsinki 1995.
- Rådsegn* 8
Rådsegn 8. Om pant. Innstillinger og betenkninger fra kongelige og parlamentariske kommisjoner, departementale komitéer m. m. Bergen 1970.
- Saarnilehto* DL 1989
Saarnilehto, Ari: Huoneenvuokrasuhteen pysyvyydestä käteis-pantin myynnissä. DL 1989 s. 591–611.
- Saarnilehto Oikeustieto* 2000:2
Saarnilehto, Ari: Sitooko sopimus luovutuksensaajaa? Oikeus-tieto 2000:2 s. 3–4.
- Saarnilehto – Tuomisto* 1995
Saarnilehto, Ari – Tuomisto, Jarmo: Luottosopimuksesta. Turku 1995.
- Saarnilehto – Villa*
Saarnilehto, Ari – Villa, Seppo: Kovenanti – sopimusvakuus? Oikeustieto 1996:4 s. 27–28.
- Oikeustieto* 1996:4
Sainio, Veli: Förkastande av ett aktiebolags separata rättssubjek-tivitet eller sk ansvarsgenombrott. JFT 1996 s. 323–331.
- Sainio JFT* 1996
Sandström, Jan: Hembud och lösningsrätt vid övergång av aktie. Lund 1976.
- Sandström* 1976
Sandvik, Tore – Krüger, Kai – Giertsen, Ole Johan: Norsk pante-rett. 2. utgave. Bergen 1982.
- Sandvik – Krüger – Giertsen* 1982
Savela, Ari: Vahingonkorvaus osakeyhtiössä. Jyväskylä 1999.
- Savela* 1999
Saxén, Hans: Skadeståndsrätt. Åbo 1975.
- Saxén* 1975
Schäfer, Hans-Bernd – Ott, Claus: Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts. Heidelberg 1986.
- Schäfer – Ott* 1986
af Schultén, Gerhard: Moderbolagets ansvar för dotterbolags förpliktelser (ansvarsgenombrott). Det 30. Nordiska juristmötet, Oslo 15–17.8.1984, s. 77–122. Oslo 1984.
- af Schultén* 1984
Schwarcz, Steven L.: The Easy Case for the Priority of Secured Claims in Bankruptcy. Duke LJ 1997 s. 425–489.
- Schwarcz* Duke LJ 1997
Schwartz, Alan: Security Interests and Bankruptcy Priorities: A Review of Current Theories. J. Leg. Stud. 1981 s. 1–37.
- Schwartz J. Leg. Stud.* 1981
Schwartz, Alan: The Continuing Puzzle of Secured Debt. Van-derbilt LR 1984 s. 1051–1069.
- Schwartz Vanderbilt LR* 1984
Schwartz, Alan: A Theory of Loan Priorities. J. Leg. Stud. 1989 s. 209–261.
- Schwartz J. Leg. Stud.* 1989
Schwartz, Alan: Taking the Analysis of Security Seriously. Vir-ginia LR 1994 s. 2073–2087.
- Schwartz Virginia LR* 1994
Schwartz, Alan: Priority Contracts and Priority in Bankruptcy. Cornell LR 1997 s. 1396–1419.
- Schwartz Cornell LR* 1997
Scott, James H., Jr.: Bankruptcy, Secured Debt and Optimal Capital Structure. J. Fin. 1977 s. 1–19.
- Scott J. Fin.* 1977
Scott, James H., Jr.: Bankruptcy, Secured Debt and Optimal Capital Structure: Reply. J. Fin. 1979 s. 253–260.
- Scott J. Fin.* 1979
Scott, Robert E.: A Relational Theory of Secured Financing. Columbia LR 1986 s. 910–977.
- Scott Columbia LR* 1986

- Scott* Cornell LR 1997 Scott, Robert E.: The Truth about Secured Financing. Cornell LR 1997 s. 1436–1465.
- Serlachius* 1881 Serlachius, Julian: Om återvinning till konkursbo. Helsingfors 1881.
- Shupack* Rutgers LR 1989 Shupack, Paul M.: Solving the Puzzle of Secured Transactions. Rutgers LR 1989 s. 1067–1129.
- Skoghøy* LoR 1996 Skoghøy, Jens Edvin A.: Kirjallisuusarvostelu teoksesta Brækhus, Sjur: Omsetning og kreditt 2. Pant og annen realsikkerhet. 2. utg. Oslo 1994. LoR 1996 s. 329–331.
- Skoghøy* 1997 Skoghøy, Jens Edvin A.: Panteloven. Oslo 1997.
- Smith – Warner* J. Fin. 1979 Smith, Clifford W., Jr. – Warner, Jerold B.: Bankruptcy, Secured Debt and Optimal Capital Structure: Comment. J. Fin. 1979 s. 247–251.
- Smith – Warner* J. Fin. Econ. 1979 Smith, Clifford W., Jr. – Warner, Jerold B.: On Financial Contracting. An Analysis of Bond Covenants. J. Fin. Econ. 1979 s. 117–161.
- Soergel – Hefermehl* 1990 Hefermehl, Wolfgang: Rechtsgeschäfte. §§ 104–144. Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 1. Allgemeiner Teil. Begr. von Hs. Th. Soergel. s. 631–1065. Stuttgart 1990.
- Soergel – Konzen* 1990 Konzen, Horst: Hypothek – Grundschuld – Rentenschuld. §§ 1113–1203. Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 6. Sachenrecht. Begr. von Hs. Th. Soergel. s. 1295–1541. Stuttgart 1990.
- Soergel – Stürner* 1990 Stürner, Rolf: Allgemeine Vorschriften über Rechte an Grundstücken. §§ 873–902. Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 6. Sachenrecht. Begr. von Hs. Th. Soergel. s. 91–234. Stuttgart 1990.
- Soergel – Teichmann* 1990 Teichmann, Arndt: Inhalt der Schuldverhältnisse §§ 241–248. Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 2. Schuldrecht I. Begr. von Hs. Th. Soergel. s. 6–194. Stuttgart 1990.
- SOU* 1960:25 Statens offentliga utredningar. Lagberedningens förslag till jordabalk m.m. II. Motiv till balken. Justitiedepartementet. Stockholm 1960.
- SOU* 1969:13 Statens offentliga utredningar. Förenklad obligationshantering. Betänkande avgivet av obligationsteknikkommittén. Finansdepartementet. Stockholm 1969.
- SOU* 1981:76 Statens offentliga utredningar. Företagshypotek. Slutbetänkande av utredningen angående företagsinteckning. Justitiedepartementet. Stockholm 1981.
- SOU* 1991:1 Statens offentliga utredningar. Nya förmånsrättsregler. Del I. Överväganden och förslag. Huvudbetänkande av Förmånsrättskommittén. Justitiedepartementet. Stockholm 1999.
- SOU* 1991:81 Statens offentliga utredningar. Fastighetsleasing. Sale and lease back. Delbetänkande av leasingutredningen. Justitiedepartementet. Stockholm 1991.
- Stang* JFT 1933 Stang, Fredrik: En utvecklingslinje i de formuerettsliga ugylighetsregler. JFT 1933 s. 365–395.
- Stang* 1935 Stang, Fredrik: Innledning til formueretten. Tredje utgave. Oslo 1935.

- Stark* 1979 Stark, Hans: Jordabalken. Den nya lagstiftningen med kommentar. 5:e omarbetade upplagan. Uddevalla 1979.
- Staudinger* 1957 I. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. I Band. Allgemeiner Teil. 11. neuarbeitete Auflage. Berlin 1957.
- Stone JIBL* 1991a Stone, Jonathan B.: Negative Pledges and the Tort of Interference with Contractual Relations. JIBL 1991 s. 310–319.
- Stone JIBL* 1991b Stone, Jonathan B.: The 'Affirmative' Negative Pledge. JIBL 1991 s. 364–370.
- Stulz – Johnson* J. Fin. Econ. 1985 Stulz, René M. – Johnson, Herb: An Analysis of Secured Debt. J. Fin. Econ. 1985 s. 501–521.
- Stöcker* 1992 Stöcker, Otmar M.: Die "Eurohypothek" – Zur Bedeutung eines einheitlichen nicht-akzessorischen Grundpfandrechts für den Aufbau eines "Europäischen Binnenmarktes für den Hypothekenkredit" mit einer Darstellung der Verwendung der Grundschuld durch die deutsche Hypothekarpraxis sowie des französischen, spanischen und schweizerischen Hypothekenrechts. Berlin 1992.
- Sørensen TfR* 1996 Sørensen, Claus: Udviklingen af en fælles østeuropæisk pantelovgivning. TfR 1996 s. 384–404.
- Tammi LM* 1996 Tammi, Eva-Maija: Oikeustapauskomentti. KKO 1995:133. LM 1996 s. 105–112.
- Tammi-Salminen JJ* 1998 Tammi-Salminen, Eva: Sekunduksen tiedolle maakaassa annettu merkitys ja vaihdannan etu. Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938 – 30/8 – 1998 s. 299–310. Turku 1998.
- Tammi-Salminen LM* 1998 Tammi-Salminen, Eva: Arvon kaksoispanntaus – esineoikeudellinen ongelma osakeyhtiön vakuusjärjestelyissä. LM 1998 s. 434–455.
- Tammi-Salminen LM* 2000a Tammi-Salminen, Eva: Näkökohtia kiinteistöleasingistä uuden maakaaren järjestelmässä. LM 2000 s. 360–380.
- Tammi-Salminen LM* 2000b Tammi-Salminen, Eva: Kiinteistön myyjän kauppahintasaatavan turvaamisesta. LM 2000 s. 734–757.
- Taxell* 1949 Taxell, Lars Erik: Panträtt i skuldebrev. Åbo 1949.
- Taxell* 1972 Taxell, Lars Erik: Avtal och rättsskydd. Åbo 1972.
- Taxell* 1976 Taxell, Lars Erik: Rätt och demokrati. Åbo 1976.
- Taxell DL* 1977 Taxell, Lars Erik: Om lojalitet i avtalsförhållanden. DL 1977 s. 148–155.
- Taxell JJ* 1988 Taxell, Lars Erik: Sociala drag i avtalsrätten. Lov, dom og bok. Festskrift til Sjur Brækhus 19. juni 1988 s. 525–534. Otta 1988.
- Tegin* 1997 Tegin, Åke: Kredithandboken. Finansieringsformer, säkerheter och risker. Andra upplagan. Falköping 1997.
- Telaranta* 1990 Telaranta, K. A.: Sopimusoikeus. Vammala 1990.
- Tennekoon* 1991 Tennekoon, Ravi C.: The Law and Regulation of International Finance. Wiltshire 1991.
- Tepora* 1981 Tepora, Jarno: Etuoikeusjärjestyksestä pakkotäytäntöönpanossa, erityisesti silmällä pitäen kiinteistön pakkohuutokauppaa. Jyväskylä 1981.
- Tepora* 1984 Tepora, Jarno: Omistuksenpidätyksestä. Varallisuus oikeudellinen tutkimus omistusoikeuden käytöstä vakuus- ja hallinnoimistarkoituksessa omistuksenpidätysehdon muodossa erityisesti rakennustoiminnassa. Vammala 1984.

- Tepora* JJ 1985
Tepora, Jarno: Esine- ja velvoiteoikeuden jaottelulle asetetuista tehtävistä. Juhlajulkaisu Simo Zitting 1915 – 14/2 – 1985 s. 290–307. Vammala 1985.
- Tepora* JJ 1987
Tepora, Jarno: Factoring sivullissuojan näkökulmasta. Juhlajulkaisu Matti Ylöstalo 1917 – 4/2 – 1987 s. 421–436. Vammala 1987.
- Tepora* OTJP 1988
Tepora, Jarno: Leasing-rahoitus ja vastuun toteuttaminen eräissä sivullissuhteissa. OTJP 1998 s. 249–315.
- Tepora* LM 1990
Tepora, Jarno: Yrityskiinnityslain käteispanntauskielto ja erityisrahoitus sopimusten vakuusjärjestelyt. LM 1990 s. 866–900.
- Tepora* EIF 1994
Tepora, Jarno: Luotto- ja vakuusjärjestelyt. EIF 1994 s. 461–466.
- Tepora* LM 1995
Tepora, Jarno: Katsaus viimeaikaiseen kehitykseen esineoikeudessa. LM 1995 s. 1219–1239.
- Tepora* LM 1998
Tepora, Jarno: Oikeuden materiaalistuminen ja esineoikeuden perusteet. LM 1998 s. 774–788.
- Tepora* JJ 1999
Tepora, Jarno: Irtaimen esineen vuokralleottajan sivullissuojasta. Juhlajulkaisu Jukka Peltonen 60 vuotta s. 275–293. Vammala 1999.
- Tepora* 2000
Tepora, Jarno: Erityiset oikeudet maakaaren kirjaamisjärjestelmässä. Tutkimus erityisistä oikeuksista, niiden kirjaamismahdollisuudesta ja sivullisittovuudesta. Kirjoituksia varallisuus-oikeudesta muuttuvassa toimintaympäristössä s. 217–277. Helsinki 2000.
- Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander* 1993
Tepora, Jarno – Kartio, Leena – Koulu, Risto – Wirilander, Juhani: Kiinteistön käyttö ja luovutus. Toinen, uudistettu painos. Jyväskylä 1993.
- Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander* 1998
Tepora, Jarno – Kartio, Leena – Koulu, Risto – Wirilander, Juhani: Kiinteistön käyttö ja luovutus. Kolmas, uudistettu painos. Jyväskylä 1998.
- Tepora – Takki* 1994
Tepora, Jarno – Takki, Tapio: Factoring. Tampere 1994.
- Thießen* ZBB 1996
Thießen, Friedrich: Covenants in Kreditverträgen: Alternative oder Ergänzung zum Insolvenzrecht? ZBB 1996 s. 19–37.
- Tiberg* SvJT 1964
Tiberg, Hugo: Nyttjanderättshavarens sakrättsliga skydd. SvJT 1964 s. 497–516.
- Timonen* 1987
Timonen, Pekka: Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä. Mänttä 1987.
- Timonen* LM 1989
Timonen, Pekka: Tutkijan ja tuomarin oikeuslähteoppi. Oikeuslähteopin eräiden lähtökohtien tarkastelua. LM 1989 s. 666–688.
- Timonen* 1996
Timonen, Pekka: Taloustieteen ja sen tulosten käyttö oikeustutkimuksessa. Näkökulmia oikeustaloustieteeseen s. 129–159. Tampere 1996.
- Timonen* 1997
Timonen, Pekka: Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely. Jyväskylä 1997.
- Toiviainen* LM 1995
Toivianen, Heikki: Osakeyhtiön johtajan ja tilintarkastajan vastuusta III. LM 1995 s. 261–291.
- H. Tolonen* JJ 1988
Tolonen, Hannu: Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä. Juhlajulkaisu Allan Huttunen 1928 – 5/11 – 1988 s. 177–194. Turku 1998.
- H. Tolonen* 1992
Tolonen, Hannu: Korko, raha ja sopimus. Korkokielto ja sen häviäminen rahan sekä pääoman syntymisen ongelmana. Jyväskylä 1992.

- H. Tolonen* 2000 Tolonen, Hannu: Siviilioikeuden yleiset periaatteet. Varallisuus-oikeuden kantavat periaatteet s. 53–89 ja s. 156–186. Vantaa 2000.
- J. Tolonen Oikeus* 1973 Tolonen, Juha: Siviilioikeuden yleisten oppien kriisi. Oikeus 1973 s. 11–19.
- Torvund* 1987 Torvund, Olav: Lov om Verdipapirsentral med kommentarer. Otta 1987.
- Triantis J. Leg. Stud.* 1992 Triantis, George G.: Secured Debt under Conditions of Imperfect Information. J. Leg. Stud. 1992 s. 225–258.
- TT* 1996 Sopimusvakuudet lieventämään pk-yritysten vakuusongelmia. TT:n kovenanttityöryhmä. Teollisuuden ja työnantajain keskusliitto. Helsinki 1996.
- Tuomisto* 1988 Tuomisto, Jarmo: Omistuksenpidätys ja leasing. Varallisuus-oikeudellinen tutkimus omistuksenpidätys ehdosta ja leasing sopimuksesta tavarantoimittajan ja rahoittajan vakuuskeinona. Vammala 1988.
- Tuomisto* 1990 Tuomisto, Jarmo: Näkökohtia esineoikeuden tutkimuksesta ja opetuksesta. Esineoikeudellisesta tutkimuksesta s. 1–18. Turku 1990.
- Tuomisto JJ* 1991 Tuomisto, Jarmo: Julkivarmistuksen puutteiden merkityksestä. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 vuotta s. 421–438. Turku 1991.
- Tuomisto LM* 1991 Tuomisto, Jarmo: Oikeustapauskommentti. KKO 1990:104. LM 1991 s. 203–209.
- Tuomisto* 1993 Tuomisto, Jarmo: Tyypipakosta aikaprioriteettiin. Näkökohtia esineoikeudellisen sivullissuojan perusteista. Vammala 1993.
- Tuomisto* 1995 Tuomisto, Jarmo: Takaisinsaannista. Erityisesti maksun ja vakuuden peräyttämistä konkurssissa. Jyväskylä 1995.
- Tuomisto JJ* 1998 Tuomisto, Jarmo: Kiinteistöpannioikeuden kohteesta uuden maakaaren mukaan. Juhlajulkaisu Leena Kartio 1938 – 30/8 – 1998 s. 333–346. Turku 1998.
- Tuomisto Oikeustieto* 1998:6 Tuomisto, Jarmo: Vallintarajoituksista ja niiden kirjaamisesta uuden maakaaren mukaan. Oikeustieto 1998:6 s. 17–21.
- Tuomisto* 2000 Tuomisto, Jarmo: Julkisuusperiaate ja vilpittömän mielen suoja. Varallisuus-oikeuden kantavat periaatteet s. 90–97. Vantaa 2000.
- Tuomisto Oikeustieto* 2000:6 Tuomisto, Jarmo: Kiinteistöpannioikeuden piiriin kuuluva omaisuus. Oikeustieto 2000:6 s. 13–17.
- T. Tuomisto* 1999 Tuomisto, Tero: Kovenanttien käyttö yritysrahoituksessa – tarkasteltavana erityisesti pk-yritykset. Turku 1999.
- Tuori* 2000 Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi. Vantaa 2000.
- Tveiten LoR* 1995 Tveiten, Margit F.: Generalpant for Øst-Europa. En Modell-lov for nasjonale pantelover. LoR 1995 s. 188–202.
- Undén JFT* 1938 Undén, Östen: Om rättsmissbruk eller s.k. chikan. JFT 1938 s. 10–30.
- Undén* 1969 Undén, Östen: Svensk sakrätt II. Fast egendom. Förra avdelning. Sjätte genomsedda upplagan. Lund 1969.
- Undén* 1976 Undén, Östen: Svensk sakrätt I. Lös egendom. Tionde upplagan. Lund 1976.
- Ussing* 1946 Ussing, Henry: Dansk obligationsret. Almidelig del. Tredie Udgave. København 1946.
- Ussing* 1950 Ussing, Henry: Aftaler paa formuerettens omraade. Tredie udgave. København 1950.

- Vainio OTJP* 2000
Vainio, Silja: Rakennukseen tai laitteeseen kohdistuvan kirjaamiskelpoisen oikeuden sitovuuden arviointia uuden maakaaren säännösten nojalla. *OTJP* 2000 s. 283–360.
- Vento DL* 1995
Vento, Harri: Pantatun osakeyhtiön substanssin vähentäminen – Vakuusoikeuden loukkaus vai ei? *DL* 1995 s. 836–841.
- Vihervuori* 1989
Vihervuori, Pekka: Ympäristöoikeuden ja esineoikeuden suhteesta. Esineoikeuden rajat s. 26–51. Turku 1989.
- Viljanen LM* 1995
Viljanen, Pekka: Kirjallisuusarvostelu teoksesta Huhtamäki, Ari: Pankkirikokset. Kotimaiseen oikeuskäytäntöön ja oikeusvertailuun perustuva tutkimus rikoksista pankkikriisin osatekijänä. Helsinki 1994. *LM* 1995 s. 135–141.
- Viljanen* 1999
Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien soveltamisala. Perusoikeudet s. 111–156. Juva 1999.
- Villa* 1997
Villa, Seppo: Pääomalaina. Velvoite- ja yhtiöoikeudellinen tutkimus osakeyhtiön oman pääoman ehtoisista lainoista Suomessa. Jyväskylä 1997.
- Vinding Kruse Tfr* 1941
Vinding Kruse, Fr.: Interesseafvejning. *Tfr* 1941 s. 447–473.
- Vinding Kruse* 1951
Vinding Kruse, Fr: Ejendomsretten I–III. 3. udgave. København 1951.
- VM* 1996
Rahoitusjärjestelmän tervehdyttäminen. Valtiovarainministeriön tausta-aineisto valtioneuvoston tiedonantoon eduskunnalle suunnitelmasta rahoitusjärjestelmän tervehdyttämiseksi, tervehdyttämiseen käytettävistä keinoista ja julkisen tuen palauttamisesta valtiolle. Helsinki 1996.
- Wainio* 1997
Wainio, Marko: Kiinteistökirjaamisjärjestelmistä ja niiden kehityksestä Pohjoismaissa – kaksi näkökulmaa. Sipoo 1997.
- Walén* 1975
Walén, Gösta: Separationsrätt. Lund 1975.
- Walén* 1987
Walén, Gösta: Materiell konkursrätt. 2. uppl. Lund 1987.
- Walén* 1995
Walén, Gösta: Om företagshypotek. Stockholm 1995.
- Walén* 1998
Walén, Gösta: Panträtt. Andra upplagan. Stockholm 1998.
- Warren Cornell LR* 1997
Warren, Elizabeth: Making Policy with Imperfect Information: The Article 9 Full Priority Debates. *Cornell LR* 1997 s. 1373–1395.
- Wehrens* 1998
Wehrens, Hans: Real Security Regarding Immovable Objects – Reflections on a Euro-Mortgage. Towards a European Civil Code s. 551–564. Second Revised and Expanded Edition. Nijmegen – The Hague – London – Boston 1998.
- Werlauff* 1991
Werlauff, Erik: Selskabsmasken – loyalitetspligt og generalklausul i selskabsretten. Vojens 1991.
- Westerlind* 1984
Westerlind, Peter: Kommentar till Jordabalken. 7. kap. Lund 1984.
- Westermann* 1998
Westermann, Harry: Sachenrecht. Ein Lehrbuch. Begründet von Harry Westermann. Fortgeführt von Harm Peter Westermann, Karl-Heinz Gursky, Dieter Eickmann. 7., neubearbeitete Auflage. Tübingen 1998.
- White Vanderbilt LR* 1984
White, James J.: Efficiency Justifications for Personal Property Security. *Vanderbilt LR* 1984 s. 473–508.
- Wiegand Am. J. Comp. L* 1991
Wiegand, Wolfgang: The Reception of American Law in Europe. *Am. J. Comp. L* 1991 s. 229–248.
- Wilhelmsson OTJP* 1978
Wilhelmsson, Thomas: Om tro och heder i finsk avtalsrätt. *OTJP* 1978 s. 34–88.

- Wilhelmsson* 1987
Wilhelmsson JCP 1993
Wilhelmsson 1997
Willumsen 1997
Wirilander LM 1975
Wirilander 1980
Wirilander 1986
Wo JIBL 1999
Wood 1982
Wood 1985
Wood 1995a
Wood 1995b
Wood 1995c
Wrede 1925
Wrede 1926
Wrede – Caselius 1946
Wrede – Caselius 1947
Ylöstalo 1956
Zitting 1951
Zitting JFT 1952
Zitting LM 1952a
Zitting LM 1952b
Zitting LM 1954
Zitting 1956
- Wilhelmsson*, Thomas: Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror. Vammala 1987.
Wilhelmsson, Thomas: Control of Unfair Contract Terms and Social Values: EC and Nordic Approaches. JCP 1993 s. 435–453.
Wilhelmsson, Thomas: Sosiaalisen siviilioikeuden metodiset lähtökohdat. Minun metodini s. 339–358. Porvoo 1997.
Willumsen, Hans: Tinglysningsloven med kommentarer. Gentofte 1997.
Wirilander, Juhani: Lailla säätelemättömistä käyttöoikeuksista oikeuskäytännön valossa. LM 1997 s. 200–219.
Wirilander, Juhani: Käyttöoikeudesta kiinteistöön silmällä pitäen lailla säätelemättömiä käyttöoikeuksia. Vammala 1980.
Wirilander, Juhani: Kiinteistönkauppa sopimuksena. Kiinteistönkauppa ja sen verotus s. 9–37. Vammala 1986.
Wo, Lam Wing: Negative Pledges and Their Effect on a Third Party. JIBL 1999 s. 360–363.
Wood, Philip R.: Law and Practice of International Finance. 4th Impression. Norwich 1982.
Wood, Philip R.: Sharing Clauses in Syndicated Loan Agreements. Current Issues Of International Financial Law s. 278–290. Singapore 1985.
Wood, Philip R.: International Loans, Bonds and Securities Regulation. London 1995.
Wood, Philip R.: Comparative Law of Security and Guarantees. London 1995.
Wood, Philip R.: Project Finance, Subordinated Debt and State Loans. London 1995.
Wrede, R. A.: Grunddragen av sakrätten enligt Finlands lag. Förra delen. Helsingfors 1925.
Wrede, R. A.: Grunddragen av sakrätten enligt Finlands lag. Helsingfors 1926.
Wrede, R. A.: Esineoikeuden pääpiirteet Suomen oikeuden mukaan I. Toinen painos. Toimittanut Caselius, Ilmari. Helsinki 1946.
Wrede, R. A.: Esineoikeuden pääpiirteet Suomen oikeuden mukaan II. Toinen painos. Toimittanut Caselius, Ilmari. Helsinki 1947.
Ylöstalo, Matti: Tutkimuksia vekselioikeuden alalta. Vammala 1956.
Zitting, Simo: Omistajanvaihdoksesta silmällä pitäen erityisesti lainhuudatuksen vaikutuksia. Vammala 1951.
Zitting, Simo: Tyypipakko esineoikeudessa. JFT 1952 s. 347–353.
Zitting, Simo: Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista I. LM 1952 s. 387–401.
Zitting, Simo: Omistajan oikeuksista ja velvollisuuksista II. LM 1952 s. 501–531.
Zitting, Simo: Esine- ja velvoiteoikeuden erosta varallisuus-oikeuden järjestelmän perustana. LM 1954 s. 607–622.
Zitting, Simo: Saantosuoja irtaimisto-oikeudessa. Vammala 1956.

- Zitting LM 1956* Zitting, Simo: Kiinteistön osto omassa nimessä toisen lukuun. LM 1956 s. 549–585.
- Zitting 1957* Zitting, Simo: Arvopaperin luovutuksensaajan oikeussuojasta. Porvoo 1957.
- Zitting LM 1961* Zitting, Simo: Panttivelkakirjojen käytöstä Gründer-urakkasuhteissa. LM 1961 s. 408–421.
- Zitting DL 1968* Zitting, Simo: Asunto-osakeyhtiön kiinnitettyjen velkakirjojen väärinkäytöstä. DL 1968 s. 431–444.
- Zitting LM 1970* Zitting, Simo: Tiedon ja puuttuvan tiedon merkityksestä sivullisuhteissa. LM 1970 s. 830–839.
- Zitting DL 1977* Zitting, Simo: ”Tiesi tai piti tietää”. DL 1977 s. 184–191.
- Zitting 1989* Zitting, Simo: Sivullissuojasta varallisuus oikeudessa. Toinen, uudistettu painos. Jyväskylä 1989.
- Zitting JJ 1989* Zitting, Simo: Ongelmanerittelystä ja sen merkityksestä uudemmassa siviilioikeudessa. Juhlajulkaisu – Festschrift Curt Olsson 1919 – 28/9 – 1989 s. 425–431. Ekenäs 1989.
- Zitting – Rautiala 1982* Zitting, Simo – Rautiala, Martti: Esineoikeuden oppikirja. 5. tarkistettu ja täydennetty painos. Vammala 1982.
- Zweigert – Kötz 1996* Zweigert, Konrad – Kötz, Hein: Einführung in die Rechtsvergleichung: auf dem Gebiete des Privatrechts. 3., neubearb. Aufl. Tübingen 1996.
- Åhman 1997* Åhman, Ola: Behörighet och befogenhet i aktiebolagsrätten. Om aktiebolagets ställföreträdare och gränserna för deras representationsrätt. Göteborg 1997.
- Ämmälä 1993a* Ämmälä, Tuula: Sopimuksen pätemättömyyden korjaantumisesta. Oikeustoimilain pätemättömyysperusteita koskeva tutkimus. Jyväskylä 1993.
- Ämmälä 1993b* Ämmälä, Tuula: Oikeustoimen hyvän tavan vastaisuudesta. Hyvän tavan vastaisuudesta s. 5–47. Turku 1993.
- Ämmälä 1994* Ämmälä, Tuula: Lojaliteettiperiaatteesta eräiden sopimustyyppien yhteydessä. Lojaliteettiperiaatteesta s. 3–50. Turku 1994.
- Ämmälä 1997* Ämmälä, Tuula: Vilpittömyys ja vilpittömyys. Vilpittömyydestä mielestä s. 9–52. Turku 1997.

Lyhenteet

ABL	aktiebolagslag (15.12.1975/1385) (Ruotsi)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AJ	asetus jakolaitoksesta (26.10.1916/82)
AL	avioliittolaki (13.6.1929/234)
Am. Bankr. LJ	American Bankruptcy Law Journal
Am. Econ. R	American Economic Review
Am. J. Comp. L	American Journal of Comparative Law
Am. Soc. R	American Sociological Review
AML	arvopaperimarkkinalaki (26.5.1989/495)
AsHVL	laki asuinhuoneiston vuokrauksesta (31.3.1995/481)
AsKL	asuntokauppalaki (23.9.1994/843)
AsOYL	asunto-osakeyhtiölaki (17.5.1991/809)
ATL	laki arvo-osuustileistä (17.5.1991/827)
BCBS	Basel Committee on Banking Supervision
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (18.8.1896) (Saksa)
BL	Business Lawyer
DL	Defensor Legis
EBLR	European Business Law Review
EBRD	European Bank for Reconstruction and Development
ECB	European Central Bank
EIF	Encyclopedia Iuridica Fennica
ElinkSopL	laki elinkeinonharjoittajien välisen sopimusehtojen sääntelystä (3.12.1993/1062)
ETY	Euroopan talousyhteisö
EU	Euroopan unioni
EY	Euroopan yhteisö
EYVL	Euroopan yhteisöjen virallinen lehti
FHL	lag om företagshypotek (14.6.1984/649) (Ruotsi)
HB	handelsbalk (23.1.1736/0123:2) (Ruotsi)
HD	högsta domstolen (Ruotsi)
HE	hallituksen esitys Eduskunnalle
HHO	Helsingin hovioikeus
HO	hovioikeus
HolhL	holhouslaki (19.8.1898)
HolhTL	laki holhoustoimesta (1.4.1999/442)
HVL	huoneenvuokralaki (10.7.1987/653)
HyödML	laki hyödyllisyysmallioikeudesta (10.5.1991/800)
IBLJ	International Business Law Journal
IFLR	International Financial Law Review
IHO	Itä-Suomen hovioikeus
ILJ	International Law Journal
J. Fin.	Journal of Finance
J. Fin. Econ.	Journal of Financial Economics
J. Leg. Stud.	Journal of Legal Studies

J. Pol. Econ.	Journal of Political Economy
JB	jordabalk (17.12.1970/994) (Ruotsi)
JCP	Journal of Consumer Policy
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JIBFL	Butterworths Journal of International Banking and Financial Law
JIBL	Journal of International Banking Law
JJ	juhlajulkaisu
JL	jakolaki (14.12.1951/604)
JT	Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
JuS	Juristische Schulung
KiinA	asetus kiinnityksestä kiinteään omaisuuteen (9.11.1868/32)
KiinnitysluottopankkiL	kiinnitysluottopankkilaki (23.12.1999/1240)
KilpRajL	laki kilpailunrajoituksista (27.5.1992/480)
KirjRekA	asetus lainhuuto- ja kiinnitysrekisteristä (5.12.1996/960)
KK	vuoden 1734 lain kauppakaari
KKO	korkein oikeus
KM	komiteanmietintö
KOM	Euroopan komissio
KPA	kirjanpitoasetus (30.12.1997/1339)
KPL	kirjanpitolaki (30.12.1997/1336)
KRL	kaupparekisterilaki (2.2.1979/129)
KS	konkurssisääntö (9.11.1868)
KTM	kauppa- ja teollisuusministeriö
KäO	käräjäoikeus
L	laki
LiikHVL	laki liikehuoneiston vuokrauksesta (31.3.1995/482)
LJ	Law Journal
LKF	lag om kontoföring av finansiella instrument (3.12.1998/1479) (Ruotsi)
LM	Lakimies
LoR	Lov og Rett
LR	Law Review
LTk	laintarkastuskunta
LunL	laki kiinteän omaisuuden ja erityisten oikeuksien lunastuksesta (29.7.1977/603)
LuottolaitosL	laki luottolaitostoiminnasta (30.12.1993/1607)
MalliOL	mallioikeuslaki (12.3.1971/221)
MK	maakaari (12.4.1995/540)
MKVPL	laki maakaaren voimaannpanosta (12.4.1995/541)
MVL	maanvuokralaki (29.4.1966/258)
MyyntiL	laki elinkeinonharjoittajan oikeudesta myydä noutamatta jätetty esine (15.7.1988/688)
NaapL	laki eräistä naapurussuhteista (13.2.1920/26)
NJA	Nytt Juridiskt Arkiv. Avd. I. Lagskipning (Ruotsi)
NJA II	Nytt Juridiskt Arkiv. Avd. II. Lagstiftning (Ruotsi)
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NOU	Norges offentlige utredninger
NRt	Norsk Retstidende
NU	Nordisk udredningsserie
OikTL	laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista (13.6.1929/228)
OK	oikeudenkäymiskaari
OKL	osuuskuntalaki (28.5.1954/247)

OLJ	oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu
OM	oikeusministeriö
OTJP	Oikeustiede – Jurisprudentia
OYL	osakeyhtiölaki (29.9.1978/734)
Pantel.	lov om pant (8.2.1980/2) (Norja)
PanttilainaL	laki panttilainauslaitoksista (18.12.1992/1353)
PatL	patenttilaki (15.12.1967/550)
PiiriML	laki yksinoikeudesta integroidun piirin piirimalliin (11.1.1991/32)
PK	perintökaari (5.2.1965/40)
PL	Suomen perustuslaki (11.6.1999/731)
Prop.	propositioner (Ruotsi)
Reg. bek.	Industriministeriets bekendtgørelse om registrering m.v. af fondsaktiver (obligationer) i Værdipapircentralen (4.10.1982/530) (Tanska)
RL	rikoslaki (19.12.1889)
RO	raastuvanoikeus
RS	rahalaitosten suosittelema asunnonostajien suojajärjestelmä
ShekL	shekkilaki (14.7.1932/244)
SJLS	Singapore Journal of Legal Studies
Sjöl	sjölag (9.6.1994/1009) (Ruotsi)
SKL	skadeståndslag (2.6.1972/207) (Ruotsi)
SopMenL	laki sopimattomasta menettelystä elinkeinotoiminnassa (22.12.1978/1061)
SOU	statens offentliga utredningar (Ruotsi)
SSL	Scandinavian Studies in Law
SvJT	Svensk Juristtidning
TakSL	laki takaisinsaannista konkurssipesään (26.4.1991/758)
TavaraML	tavaramerkkilaki (10.1.1964/7)
TiR	Tidsskrift for Rettsvitenskap
THO	Turun hovioikeus
TL, Norjan	lov om tinglysing (7.6.1935/2)
TL, Tanskan	lov om tinglysning (15.9.1986/622)
TT	Teollisuuden ja työnantajain keskusliitto
UfR	Ugeskrift for Rettsvæsen
UL	ulosottolaki (3.12.1895)
VahL	vahingonkorvauslaki (31.5.1974/412)
VakSopL	vakuutusopimuslaki (28.6.1994/543)
VeksL	vekselilaki (14.7.1932/242)
VHO	Vaasan hovioikeus
VJL	laki yksityishenkilön velkajärjestelystä (25.1.1993/57)
VKL	velkakirjalaki (31.7.1947/622)
VM	valtiovarainministeriö
VMJL	laki velkojien maksunsaantijärjestyksestä (30.12.1992/1578)
VOPL	osuuspankkilaki (29.8.1969/542)
VPL	lov om værdipapirhandel mv (6.11.1998/797) (Tanska)
VPsL	lov om Verdipapircentral (14.6.1985/62) (Norja)
VSPL	säästöpankkilaki (29.8.1969/541)
WM	Wertpapiermitteilungen
YrKiinL	yrittäjäkiinnityslaki (24.8.1984/634)
YrSanL	laki yrityksen saneerausesta (25.1.1993/47)
ZBB	Zeitschrift für Bankrecht und Bankwirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ØL	Østre Landsrets domme (Tanska)

I TUTKIMUKSEN KEHYKSET

1. Johdanto

1.1. TUTKIMUSKOHDE JA TUTKIMUSTEHTÄVÄ

Tutkimuskohde. Yritykset saavat usein ainakin osan toiminnassaan tarvittavasta pääomasta vieraan pääoman ehtoisesti luottona. Sen takaisinmaksun turvaamiseksi luotonantaja vaatii yleensä luotonsaajalta vakuuden. Keskeinen luotonannossa käytetty vakuus on panttioikeus. Kuten tunnettua, tehokkaasti perustettu panttioikeus tuottaa velkojalle vahvan oikeudellisen aseman. Se suojaa oikeudenhaltijaa panttikohteen omistajanvaihdoksilta ja perustaa etuoikeuden saada suoritus panttikohteesta pakkotäytäntöönpanossa. Lisäksi se tuottaa joidenkin panttikohteiden osalta menettelyllisiä erivapauksia velkojan oikeuden toteuttamisessa. Mikäli panttioikeuden kohde on taloudelliselta arvoltaan riittävä, velkoja on lähtökohtaisesti varsin hyvin suojattu velallisansa maksukyvyttömyyttä tai maksuhaluttomuutta vastaan.

Yritysrahoituksessa luotonantajan asemaa turvataan perinteisen panttioikeuden sijasta tai sen ohella myös sopimusehdolla, jolla rajoitetaan luotonsaajan (tai tähän läheisessä taloudellisessa intressiyhteydessä olevan tahon) panttauskompetenssia, luovutuskompetenssia tai molempia. Hyväksymällä ehdon luotonsaaja sitoutuu olemaan perustamatta omaisuuteensa panttioikeutta tai luovuttamatta omaisuuttaan ilman luotonantajan suostumusta. Vaikka järjestely on pankkikäytännössä yleisesti tunnettu, oikeuskirjallisuudessa sitä ei juuri ole käsitelty lyhyitä luonnehdintoja pidemmälle. Tämän vuoksi ja kun vielä järjestelyn ja muiden luottosopimusten erityisehtojen käyttöä kotimaisessa luotonannossa on esitetty lisättäväksi,¹ sen lähempään tarkasteluun on aihetta.² Tutkimuksen kohteeksi onkin valittu luottosopimusten yhteydessä sovitut kompetenssinrajoituslausekkeet.

Erityisesti panttauskompetenssia rajoittava ehto tunnetaan meillä sen englanninkielisellä nimellä *negative pledge*.³ Muita siitä käytettyjä nimityksiä ovat aina-

¹ Ks. *TT 1996* ja *KTM 1996:20*. Ks. myös *VM 1996* erit. s. 62–63.

² Ks. myös jo *Kärävä DL 1984* s. 201.

³ Sanalla *pledge* on englannin kielessä useita merkityksiä. Tässä yhteydessä substantiivina sillä voidaan tarkoittaa joko panttia (vakuutta) tai lupautusta (vakuutusta, sitoumusta), ks. esim. *Hurme – Pesonen – Syväoja 1996* s. 905. Englanninkielisestä oikeudellisesta kirjallisuudesta ilmenee, että kyseinen sana tarkoittaa tässä asiayhteydessä panttia. Ks. myös *Black 1999* s. 1175 ja s. 1055.

Hanin (SJLS 1996 s. 415 alav. 2) mukaan termi *negative pledge* on ilmeisesti amerikanismi. Joissakin osissa Brittiläistä kansainyhteisöä käytetään termiä *restrictive clauses*.

kin negatiivinen klausuuli⁴, negatiivinen sitoumus⁵, negatiivinen panttaussitoumus⁶, negatiivinen panttaussopimus⁷, panttaamattomuussitoumus⁸, negatiivinen panttaus⁹, negatiivinen vakuus¹⁰, kieltävä panttauslauseke¹¹, panttauskieltolauseke, vakuudenasettamiskielto¹² ja samanarvoisuusvakuutus¹³. Mikään suomenkielistä termeistä ei vaikuta vakiintuneen.¹⁴ Tässä tutkimuksessa ei käytetä mitään näistä termeistä vaan puhutaan tilanteen mukaan luotonannon yhteydessä sovittavista (panttaus)kompetenssinrajoituksista, kompetenssinrajoitusehdoista ja -lausekkeista. Tällä terminologisella valinnalla halutaan tuoda esiin sitoumuksen vaikutukset luotonsaajan asemaan omistajana.

Tutkimustehtävä. Kompetenssinrajoitusehdot eivät tuota luotonantajalle samanlaista etuoikeutettua asemaa muihin velkoihin nähden kuin perinteiset esinevakuusoikeudet, kuten panttioikeus. Niiden keskeinen tehtävä on kuitenkin sama: turvata luotonantajan asemaa velallisen mahdollisen vararikkotilanteen varalta. (a) Vakuudettomassa luotonannossa kompetenssinrajoitusehdon tarkoituksena on turvata, että velallisella on vararikkotilanteessa omaisuutta, johon kenelläkään ei ole sopimusperusteiseen vakuusoikeuteen perustuvaa etuoikeutta saada suoritus. Sen tarkoituksena on toisin sanoen turvata velkojien välistä yhdenvertaista kohtelua. (b) Vakuusluotonannossa ehdon tarkoituksena puolestaan on turvata luotonantajan vakuuteen perustuvaa etuoikeutettua asemaa silloin, kun vakuuden arvon on mahdollista heikentyä luotonsaajan määräämistoimien johdosta. Kompetenssinrajoitusehdoilla on tässä mielessä samanlainen *vakuusfunktio* kuin esinevakuusoikeuksilla.¹⁵

Esinevakuusoikeuksien arvo oikeudenhaltijalle perustuu viime kädessä niiden oikeusvaikutuksiin suhteessa sivullisiin. Esimerkiksi panttioikeuden keskeiseksi tunnusmerkiksi on luonnehdittu suojaa kolmansia kohtaan.¹⁶ Tähän vakuusfunk-

⁴ Ks. esim. *Havansi* 1992a s. 94, vrt. *sama* 1979 s. 69. Termi on omaksuttu suoraan kyseisestä kompetenssinrajoituksesta germaanisessa kieliperheessä käytetyistä nimityksistä, ks. esim. *Hessler* 1973 s. 418, *Merkel* 1985 ja *Thießen ZBB* 1996 s. 21. Sillä voidaan tarkoittaa paitsi kyseessä olevaa luotonsaajan kompetenssinrajoitusta myös muita luotonsaajan toimintaa rajoittavia luottosopimuksen erityisehtoja, ks. *Bylund JJ* 1976 s. 113 erit. alav. 1 ja s. 115 erit. alav. 2. Ks. myös *Rudanko* 1995 s. 164–165, joka käyttää tällöin nimitystä negatiiviset ehdot. Luottosopimuksen muita erityisehtoja tarkastellaan lyhyesti jäljempänä jaksossa I 2.1.

⁵ *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 584. Myös tällä nimityksellä voidaan tarkoittaa kaikenlaisia luottosopimuksen erityisehtoja, joilla pyritään rajoittamaan luotonsaajan toimintaa.

⁶ *Vento DL* 1995 s. 839, *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 397.

⁷ *Palin LM* 1997 s. 621.

⁸ *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 297.

⁹ *Huhtamäki* 1994 s. 118.

¹⁰ *Niemi* 1997 s. 131.

¹¹ *Levo* 1985 s. 70.

¹² *KTM* 1996:20 s. 21 ja *T. Tuomisto* 1999 s. 80.

¹³ *Huhtamäki* 1993 s. 189 av. 181.

¹⁴ Vrt. *T. Tuomisto* 1999 s. 73.

¹⁵ Ks. myös esim. *Han SJLS* 1996 s. 417.

¹⁶ Ks. esim. *Hessler* 1973 s. 50, s. 278 ja s. 349 sekä *Havansi* 1979a s. 93. Ks. myös *Tuomisto* 1988 s. 137–138, *sama* 1990 s. 113–115 ja *sama* 1993 s. 114, joka on erityisesti korostanut täydellisen sivullissuojan välttämättömyyttä vakuusoikeuden tarkoituksen saavuttamisessa.

tioon nähden on ongelmallista, että kompetenssinrajoitusten sitovuus sivullisiin nähden ja siten luotonantajan asema tilanteessa, jossa kompetenssinrajoitusehtoa on rikottu, on epäselvä. Tässä tutkimuksessa selvitetäänkin *luotonosaajan panttaus- tai luovutuskompetenssia tai molempia rajoittavien ehtojen sitovuutta kolmanteen eli henkilöön, jolle omistaja on perustanut oikeuden kompetenssinrajoituksen vastaisesti*.

Tarkasteltavaksi tulevat erityisesti panttauskompetenssinrajoituksen sitovuus suhteessa myöhempään pantinsaajaan ja luovutuskompetenssinrajoituksen sitovuus suhteessa myöhempään luovutuksensaajaan. Ensisijaisena tarkastelun kohteena ovat ehdot, joilla rajoitetaan panttauskompetenssia. Luovutuskompetenssia rajoittavia ehtoja pidetään silmällä ennen kaikkea siltä osin kuin niitä käytetään estämään panttauskompetenssia rajoittavan kiellon kiertäminen.¹⁷ Tutkimuksessa ei tarkastella kysymystä luotonantajan suojasta yleistä velkojatarhaa kohtaan, koska ehdot eivät voi eikä niiden tarkoituksenaakaan ole tuottaa suojaa tällaisessa kollisiotilanteessa.¹⁸ Samasta syystä ei myöskään tarkastella esimerkiksi panttauskompetenssinrajoituksen sitovuutta suhteessa omaisuuden myöhempään luovutuksensaajaan silloin, kun luovutus on tehokas. Kompetenssinrajoituksen funktiona ei ole rajoittaa määräämistöimiä omaisuuteen, joka ei enää ole velallisen omistuksessa. Suhteessa luovutuksensaajaan on mielekästä tarkastella vain sitä, voiko velallisen kompetenssia rajoittava ehto sitoa luovutuksensaajaa niin, että luovutus on tehoton. Panttioikeuden arvoa turvaavan kompetenssinrajoitusehdon osalta tarkastellaan erityiskysymyksenä panttivelkojan mahdollisuuksia saada suojaa pantin arvoa heikentäviä määräämistöimiä vastaan (jo) ilman kompetenssinrajoitusta.

Ehtoa voidaan käyttää rajoittamaan paitsi luotonosaajan myös esimerkiksi takaaajan panttaus- tai luovutuskompetenssia. Tällöin sillä pyritään estämään takauksen ja henkilövakuuksiin yleisesti liittyvien, vakuuden rakenteesta johtuvien vakuuden arvoa vähentävien riskien toteutumista. Nämä riskit perustuvat siihen, että luotonantajalla ei ole etuoikeusasemaa suhteessa takaaajan muihin velkojiin, ja siihen, että takaaajan omaisuus saattaa vähentyä määrällisesti tai suhteellisesti.¹⁹ Panttauskompetenssinrajoituksella pyritään tällöin estämään vakuusomaisuuden vähentyminen suhteellisesti niin, että takaaaja perustaisi omaisuuteensa luotonantajan asemaa heikentävän etuoikeutetun panttioikeuden. Välillisesti rajoituksella voidaan estää myös takaaajan tosiasiallisia luotonottomahdollisuuksia. Luovutuskompetenssinrajoituksella pyritään puolestaan estämään se, että vakuusomaisuus vähentyisi määrällisesti. Tässä pidetään

¹⁷ Pelkän panttauskompetenssia rajoittavan ehdon saatetaan kyllä tulkita sisältävän myös kiellon luovuttaa omaisuutta tarkoituksessa kiertää panttauskompetenssinrajoitus.

¹⁸ Erilaisia velkojakollisioita koskevia kysymyksiä käsitellään kuitenkin yleisellä tasolla kokonaiskuvan saamiseksi. Suojan puuttumisella on lisäksi merkitystä oikeuspoliittisena argumenttina arvioitaessa kompetenssinrajoitusehdon käyttökelpoisuutta luotonantajan suojana. Kysymykseen palataan myöhemmin asianomaisissa yhteyksissä.

¹⁹ Henkilövakuuksiin liittyvistä riskeistä yleisesti ks. *Havansi* 1992a s. 5–9.

kuitenkin erityisesti silmällä juuri luotonsaajatahon kompetenssia koskevia rajoituksia. Esitettävä soveltuu kuitenkin *mutatis mutandis* myös takaajan kompetenssinrajoituksiin.

Kansainvälisessä yritysrahoituksessa käytettävissä ehdoissa rajoitetaan yleensä luotonsaajan oikeutta myös muunlaisten vakuusoikeuksien kuin panttioikeuksien perustamiseen.²⁰ Tässä pidetään erityisesti silmällä vain panttauskompetenssin rajoituksia. Myös tältä osin tässä esitettävä soveltuu *mutatis mutandis* muunlaistenkin vakuusoikeuksien perustamiskompetenssin rajoituksiin. Ehtojen tulkintaongelmat, jotka liittyvät siihen, millaisia vakuuksia sovittu rajoitus koskee, jäävät jäljempänä lähemmin tehtävän rajauksen johdosta tutkimuksen ulkopuolelle.

Panttauskompetenssin rajoittamisen lisäksi ehdoissa voidaan rajoittaa kompetenssia perustaa omaisuuteen muita rajoitettuja (esine)oikeuksia (erityisiä oikeuksia).²¹ Yleisellä tasolla tässä esitettävä pätee *mutatis mutandis* tällaistenkin oikeuksien perustamiskompetenssin rajoituksiin.²²

Tutkimustehtävä toteutetaan varallisuus oikeuden yleisten oppien näkökulmasta. Painopiste on toisin sanoen pikemmin periaatteellisten vaihtoehtojen esittelyssä ja punninnassa tarkasteltavan kollision osalta kuin yksityiskohtaisten tulkintasuositusten esittämisessä. Tutkimuksen osuudessa, jossa kompetenssinrajoitusehtojen oikeusvaikutuksia tarkastellaan yksityiskohtaisesti, painotetaan erityisesti kiinteistöön kohdistuvien sitoumusten oikeusvaikutuksia. Tämä on käytännönkin näkökulmasta perusteltua: kiinteistöt ovat edelleen keskeisin vakuuskohde,²³ minkä vuoksi myös kiinteistön panttausta rajoittavilla ehdoilla on suurin merkitys.

Tutkimustehtävän perustelu. Luottosopimusten yhteydessä sovittavien kompetenssinrajoitusten sivullissitovuuden tarkasteluun painottuva tutkimusteema tuo esiin useita varallisuus oikeuden yleisten oppien kannalta tärkeitä kysymyksiä. Sivullissitovuuden analysointi edellyttää varallisuus oikeuden yleisiin oppeihin kuuluvan sopimusperusteisten kompetenssinrajoitusten sitovuutta koskevan kysymyksen tarkastelua tutkimusteeman tuomasta uudesta näkökulmasta. Sopimusperusteisten kompetenssinrajoitusten sivullissitovuuteen on yleensä suhtauduttu kielteisesti ja lähtökohtaisena kollisionratkaisuperiaatteena on pidetty sitomattomuusperiaatetta. Sitomattomuusperiaatteesta ei aina ole edes katsottu voitavan

²⁰ Ks. esim. Wood 1995a s. 34–35.

²¹ Terminologiasta ks. lähemmin jaksoa I 3.2.

²² Myös luottosopimukseen mahdollisesti liittyvään kieltoon hakea esimerkiksi MK 14:4:n mukaista rakennusta tai laitetta koskevaa kirjausta tai antaa suostumus tällaiseen kirjaukseen voidaan soveltaa periaatteita, joita tässä käsitellään kiinnityskiellon osalta.

²³ Ks. Euroopan keskuspankin pankkivalvontakomitean laatimaa selvitystä ECB 2000, jossa on tarkasteltu EU:n jäsenmaissa toimivien pankkien vakautteen vaikuttavia tekijöitä. Selvityksestä käy ilmi, että kiinteistöt ovat keskeisiä pankkien hyväksymiä vakuuksia. Pankkien suurimmaksi riskiksi selvityksessä nähdään vakuuksien arvon aleneminen. Tämän johdosta kiinteistöjen hintojen lasku onkin selvityksen mukaan suurempi riski EU:n jäsenmaissa toimivien pankkien vakaudelle kuin osakekurssien romahdus.

poiketa esimerkiksi sivullisen tietoisuuden perusteella. Kielteistä suhtautumista kompetenssinrajoitusten sitovuuteen on perusteltu vaihdannan intresseillä. Tutkimusteema nostaa esiin kysymyksen siitä, onko perinteinen suhtautuminen perusteltu tutkimuskohteen osalta. Kun kysymykseen etsitään vastausta, osallistutaan keskusteluun esineoikeudellisen sivullissuojan perusteista.²⁴

Samaan keskusteluun kuuluu kysymys yksilöinnin merkityksestä sivullissuojan saannille. Myös tämä kysymys on tutkimusteeman osalta relevantti. Vallitsevan käsityksen mukaan mahdollisuus saada sivullissuojaa tietyissä suhteissa edellyttää, että kysymyksessä olevan oikeuden kohde on yksilöity. Sivullissitovuus edellyttää pääsääntöisesti vähintään oikeuden kohteen yksilöintiä, mikäli seuraajan tai velkojan oikeus kohdistuu yksilöityyn kohteeseen. On kuitenkin havaittavissa merkkejä siitä, että yksilöintivaatimus ei ole aina sivullisiin ulottuvan suojan poikkeukseton edellytys. Kysymyksellä on merkitystä tutkimuksessa sikäli, että luottosopimusten yhteydessä sovitut kompetenssinrajoitukset eivät aina kohdistu yksilöityihin kohteisiin. Yksilöintivaatimuksen merkitystä tutkimusteeman osalta käsitelläänkin tutkimuksen alussa lyhyesti, mutta kuitenkin asian edellyttämässä laajuudessa. Yleisemmin yksilöintiin liittyvään problematiikkaan ei tutkimuksessa puututa.

Kompetenssinrajoitusehtojen käyttö erityisesti panttivelkojan suojana estämässä pantin arvoa heikentäviä määräämistöimiä nostaa esiin myös varallisuus oikeudellisten normien toimivuuteen liittyvän kysymyksen siitä, ovatko ne riittäviä turvaamaan panttivelkojan asemaa ja elleivät ole, mitä keinoja oikeustieteellä on tarjota tilanteen korjaamiseen. Paitsi tämän kysymyksen myös muiden sivullissuhteisiin liittyvien kysymysten tarkastelu edellyttää ajankohtaisen, viimeaikaisessa oikeuskirjallisuudessa varallisuus oikeuden uudenlaisesta systematisoinnista ja vastuujärjestelmästä käydyn ja yhä käytävän keskustelun tuomien ratkaisumahdollisuuksien huomioon ottamista ja arviointia.

Käytännössä luottosopimuksen yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusehtojen oikeusvaikutusten painopisteen ei niiden vakuusfunktioista huolimatta ole aina välttämättä mielletty olevan sivullissuhteissa. Velkojan ensisijaisena oikeus suojakeinona rajoituksen rikkomista vastaan on saatettu pitää oikeutta irtisanoa luottosopimus ja vaatia velalliselta luoton takaisinmaksua. Velkojan on saatettu katsoa voivan suojautua riittävästi vaatimalla luottosopimukseen sopimusrikkomuksen varalta sopimussakkolausekkeen. Lisäksi velalliselle sopimusrikkomuksesta sopimussuhteessa aiheutuvien oikeudellisten ja tosiasiallisten seurausten on saatettu katsoa toimivan pidäkkeenä sille, että velallinen ylipäättään ryhtyisi sopi-

²⁴ Ks. myös *Havansi* 1979a s. 379, jonka mukaan vastoin osakassopimusten panttausrajoituksia tehtyjen panttausten oikeusvaikutusten perusteellinen analysointi joudutaan aloittamaan sopimusperusteisen luovutuskieillon esineoikeudellisista vaikutuksista, joka on laaja siviilioikeuden yleisiin oppeihin luettava periaatekysymys.

muksen vastaisiin panttaus- tai luovutusoikeustoimiin.²⁵

Kompetenssinrajoitusehtojen sivullissitovuuden tarkastelu on kuitenkin myös käytännön kannalta tärkeää, koska luotonantajan asema mahdollisen (epätodennäköisenkin) riskin ajankohtaistuksessa on otettava huomioon luotonantajan riskin kokonaisarviointissa. Kokonaisarviointi on perusteltua tehdä ”pahimman mahdollisen” vaihtoehdon varalta.²⁶ Velkojan on perusteltua ottaa huomioon riskinsä kokonaisarviointissa myös se, mikä hänen asemansa on sivullisiin nähden, jos ehtoa syystä tai toisesta rikotaan. Voidaan olettaa, että jos ehtoa rikotaan, sitä rikotaan juuri silloin, kun velallisen taloudellinen tilanne on huono. Tällöin on myös mahdollista, että velkojan oikeussuojakeinot pelkästään velallista kohtaan eivät enää riitä turvaamaan hänen asemaansa. Mahdollisuudella vaatia luoton takaisinmaksua ja sopimussakkoa ei juuri ole velkojalle merkitystä, jos velallinen on varaton. Tällöin velkojan asemaan saattaakin olennaisesti vaikuttaa kompetenssinrajoitusehdon sitovuus sitä rikkoneeseen kolmanteen nähden. Juuri tällöin on tärkeä tietää, mikä on normien riittävyys velkojan suojaamiseksi epätyypillisissä, mutta mahdollisissa ja toteutuessaan suuria taloudellisia intressejä koskettavissa tilanteissa. Kysymyksellä kompetenssinrajoitusehdon sivullissitovuudesta on tai ainakin tulisi tätä kautta olla merkitystä käytännön luotonantotoiminnassa myös silloin, kun kompetenssinrajoituksia ei rikota.

Suhde sopimusoikeuteen. Sivullissitovuuden tarkastelu on niin teoreettisesti kuin käytännönkin kannalta perusteltu näkökulma tutkimuskohteeseen. Se ei kuitenkaan sulje pois sopimusoikeudellisten kysymysten merkitystä. Koska sivullissuhdetta koskeva problematiikka muodostaa jo yksinään verraten laajan kokonaisuuden, puhtaasti sopimusoikeudelliset kysymykset esimerkiksi luotonantajan

²⁵ Erityisesti kansainvälisessä yritysluotonannossa, jossa luotonantajina on useita pankkeja, käytetään niin sanottua ristiineräännättämisehtoa (*cross default* -ehtoa). Sen perusteella velkoja saa irtisanoa luottosopimuksen, jos velallinen on rikkonut minkä tahansa luottosopimuksensa ehtoa ja tämä luottosopimus on irtisanottu tai se voitaisiin irtisanoa. Tällöin yhden luottosopimuksen ehdon rikkominen voi johtaa velallisen koko ulkoisen rahoituksen irtisanomiseen. Ristiineräännättämisehdon toteutuessa velalliselle voi aiheutua sopimusrikkomuksesta niin vakavia seurauksia, että sopimusrikkomukseen ei ryhdytä.

Ks. myös *Bjerre Cornell LR* 1999 s. 338, jonka mukaan panttauskompetenssinrajoitusehdot suojaavat velkojaa, koska niitä tosiasiallisesti noudatetaan. Noudattamisen syitä ovat hänen mukaansa joko puhtaasti velallisen halu säilyttää hyvä liikemaineensa tai se, että velallinen kokee pitkäaikaisen liikesuhteen velkojan kanssa arvokkaammaksi kuin ehdon rikkomisesta koituvan lyhytaikaisen hyödyn, taikka se, että potentiaaliset myöhemmät luotonantajat haluavat karttaa mahdollista riskiä, joka liittyy vakuuden ottamiseen ehdon vastaisesti. Toisaalta *Bjerre* kuitenkin toteaa, että ehdon rikkominen houkuttaa luotonsaajia, jos välttämätöntä rahoitusta on saatavilla vain vakuutta vastaan. Tosiasiallisista (”non-legal”) sanktioista liike-elämässä ja niiden merkityksestä (muidenkin kuin oikeudellisten) sitoumusten noudattamiselle ks. yleisesti myös klassikoksi muodostunut artikkeli *Macaulay Am. Soc. R* 1963 erit. s. 63–64 ja uudemmassa kirjallisuudesta *Chamy Harvard LR* 1990 erit. s. 392–397 sekä pohjoismaisesta kirjallisuudesta esim. *Hellner* 1993b s. 13.

²⁶ Esimerkkinä tällaisesta ajattelusta ks. Rahoitustarkastuksen yleisohje luottoriskien hallinnasta nro 105.13 (annettu 30.1.1996, voimassa 1.4.1996 lukien), jonka mukaan ainakin suurimman riskin sisältävissä riskiluokissa on erikseen arvioitava kustakin asiakaskokonaisuudesta luottolaitokselle mahdollisesti aiheutuva tappio konkurssitilanteessa (pahimman vaihtoehdon vaikutusten arviointi).

oikeussuojakeinoista sopimuskumppaniaan kohtaan ja niiden käytön edellytyksistä on rajattu tutkimuksen ulkopuolelle. Lisäksi tutkimuksessa on otettu lähtökohdaksi ja jo ratkaistuksi esikysymykseksi, että tarkasteltavat kompetenssinrajoitusehdot ovat päteviä inter partes ja että tällaista inter partes pätevää ehtoa on rikottu.

Lähtökohta, jonka mukaan kompetenssinrajoitusehdot ovat päteviä inter partes, on nähdäkseni perusteltu. Ehtoja ei voida pitää esimerkiksi tyyppiltään kohtuuttomina niin, että ne olisivat aina kiellettyjä OikTL 36 §:n, ElinkSopL 1 §:n tai LuottolaitosL 83.1 §:n mukaan²⁷ tai luotonantajien toimintavapautta rajoittavana kiellettyjä KilpRajL 7 §:n mukaan. Eri asia on, että niiden käytön sallittavuutta voidaan kuitenkin joutua yksittäistapauksissa pohtimaan.²⁸ Koska luotonannon yhteydessä sovitettavat kompetenssinrajoitukset ovat luottokäytännössä varsin yleisiä, niitä ei voida nähdäkseni pitää vallitsevan liiketavan vastaisina. Koska niille on osoitettavissa myös rationaalinen ja hyväksyttävä tehtävä, niitä ei myöskään nähdäkseni voida pitää hyvän tavan vastaisina niin, että ne eivät sen vuoksi olisivat inter partes.²⁹

Erikseen on mainittava, että luovutus- ja panttauskompetenssin rajoitukset ovat MK 2:11.1:n 2 kohdan mukaan kiinteistönkaupassa kiellettyjä ehtoja, eivätkä ne siten sido edes kiinteistönkaupan osapuolia. Muussa yhteydessä myös kiinteistöön kohdistuvat kompetenssinrajoitusehdot ovat kuitenkin lähtökohtaisesti päteviä inter partes. Vaikka kompetenssinrajoitusten sitovuus inter partes otetaan tutkimuksen yleiseksi lähtökohdaksi, tähän kiinteistöjä koskevaan erityiskysymykseen palataan lähemmin jäljempänä tässä tutkimuksessa.³⁰

²⁷ OikTL 36 §:stä tyyppikohtuuttomien sopimusten kieltona ks. *Pöyhönen* 1988 s. 359–364.

²⁸ Pohjoismaisessa kirjallisuudessa on yhtäältä esitetty, että kompetenssinrajoitusehtoja sisältävät luottosopimukset voivat helposti ylittää kohtuullisuuden kriteerit, ks. *Ringdal* JJ 1988 s. 429–430 ja s. 434–435. Toisaalta on myös arveltu, että ainakaan kansainvälisessä rahoitustoiminnassa erilaisten ankarienkaan sopimusehtojen sovitteleva tuskin tulee kysymykseen, vaikka sovittelevuudesta lainvalintasääntöjen puolesta olisi mahdollista soveltaa, ks. *Lyng Andersen – Werlauff* 1993 s. 39. Ks. myös *Gregusson* 1983 s. 14. Kansainvälisessä yritysrahoituksessa ehtojen käyttö saattaa usein perustua tosiasiaan siihen, että luotonantajan ei ole mahdollista saada vakuuksia velallisen vahvan neuvotteluaseman vuoksi. Ehtojen käyttö ei tällöin ole seurausta luotonantajien heikosta asemasta. Sopimusosapuolet voidaan päinvastoin usein nähdä tasavahvoina ammattimaisina toimijoina. Tällöin sovitteleva tuskin tulee harkintaan. Silloin kun ehtoja esiintyy pienyritysten luottosopimuksissa, sovitteleva saattaa olla helpommin mahdollista.

Pohjoismaisessa oikeuskäytännössä kysymys panttauskompetenssinrajoituksen kohtuullisuudesta on noussut esiin hieman yllättävässä yhteydessä, ks. viittausta ratkaisun UfR 1987 s. 713 V kohdalla. Viittaus koskee kahta ratkaisua, joissa ylempi oikeusaste totesi, että alioikeustuomari, joka oli kieltäytynyt kirjaamasta kiinteistöä koskevaa panttauskompetenssinrajoitusta vedoten muun muassa OikTL 36 §:ää vastaavaan tanskalaiseen säännökseen, ei ollut esittänyt perusteita, joiden johdosta kirjaaminen ei olisi ollut mahdollista.

Kilpailuvirasto on lausunnossaan (9.1.1997 951/72/96) raportin *KTM 1996:20* johdosta kiinnittänyt yleisesti huomiota luottosopimusten erityisehtojen kilpailua mahdollisesti rajoittavaan vaikutukseen. Kysymystä siitä, voivatko panttauskompetenssia rajoittavat ehdot loukata EY:n perustamissopimuksen 81 artiklan kieltoa kilpailunrajoituksista, on pohdittu kansainvälistä yritysrahoitusta käsittelevissä artikkeleissa. Ks. *Rosovsky* BJIBFL 1989 s. 416–418, jonka mukaan loukkaamismahdollisuus on olemassa, ja vrt. *Hobbs* JIBL 1993 s. 273. Ks. myös Saksan oikeuden osalta *Harries* WM 1978 s. 1147.

²⁹ Vrt. KKO 1969 II 3, jossa traktorin edelleenmyynnin kieltävä ehto ei sitonut ostajaa, koska hänen ei ollut katsottava pitäneen käsittää myyjän asettaneen tällaista yleisiin kauppatapoihin nähden poikkeuksellista kieltoa kaupan ehdoksi.

³⁰ Ks. jakso II 7.2.2.

Edellä tehty rajausta ei merkitse sopimusoikeudellisen tai sopimukseen liittyvän näkökulman merkityksen vähättelyä. Varallisuus oikeudellisessa tutkimuksessa on yhä enenevässä määrin korostettu esineoikeuden ja sopimusoikeuden yhteyttä toisiinsa.³¹ Sopimusoikeudellisella näkökulmalla on nähty olevan merkitystä esineoikeudessa erityisesti tarkasteltaessa oikeussuhdetta inter partes. Sopimusoikeuden merkitys perustuu tällöin siihen, että oikeudet perustetaan useimmiten juuri sopimuksella.³² Tällaiset sopimusoikeudellisinä pidetyt kysymykset tulevat tässä tutkimuksessa esiin erityisesti tarkasteltaessa tyyppitapausta, jossa velkoja on pyrkinyt turvaamaan panttioikeuttaan kompetenssinrajoitusehdolla. Tässä yhteydessä arvioidaan lähemmin, onko kompetenssinrajoitusten käyttäminen kyseisissä tilanteissa velkojan suojan parantamiseksi tarpeen. Tarpeellisuutta arvioidaan sitä taustaa vasten, millaisia velvollisuuksia luotonsaajalla on turvata luotonantajan asemaa jo sopimussuhteen perusteella.

Sopimukseen liittyvä näkökulma tulee esiin myös sivullissuhteissa. Sivullissuhteissa on usein kysymys sopimuksen vaikutuksista kolmannen asemaan.³³ Tällöin on kysymys ongelmakokonaisuudesta, josta on käytetty nimitystä *sopimus ja kolmas*.³⁴ Vaikka sopimusoikeuden keskeinen lähtökohta on, että sopimus ei voi velvoittaa kolmatta,³⁵ sopimuksella on kuitenkin vaikutuksia kolmanteen.³⁶ Sopimus vaikuttaa ensinnäkin aina kolmannen asemaan, kun on kysymys sopimuksella perustettujen oikeuksien kollisiosta, jossa molempia oikeuksia ei voida toteuttaa. Tutkimuksessa tarkasteltavat kollisiot ovat juuri tällaisia.

Sopimus vaikuttaa kolmannen asemaan kaksoisdisponointitilanteissa sekä silloin, kun primuksen oikeus väistyy sekunduksen oikeuden edestä, että silloin, kun sekunduksen oikeus joutuu väistymään primuksen oikeuden tieltä. Kun primuksen oikeus joutuu väistymään, sekunduksen ja omistajan välinen sopi-

³¹ Ks. esim. *Kartio* LM 1998 s. 1062–1064.

³² Sopimusoikeudellisen näkökulman esiin tuominen on auttanut esimerkiksi havaitsemaan OikTL 36 §:n mukaisen sovittelumahdollisuuden olemassaolon myös yksilöityjä kohteita koskevien sopimusten osalta. Vaikka oikeutta sinänsä ei voidakaan sovittaa, sovittelu on mahdollista oikeuden perustavan sopimuksen osalta. Ks. *Tuomisto* 1988 s. 89–92, jossa mahdollisuudesta puuttua sovittelulla leasingvuokranantajan oikeuksiin, ja s. 266–268, jossa mahdollisuudesta puuttua sovittelulla omistuksenpidätysmyyjän ja leasingvuokranantajan takaisinotto-oikeuteen (vrt. *Kyläkallio* LM 1989 s. 404) sekä *sama* 1990 s. 15. Ks. myös *Kartio* JJ 1987 erit. s. 215, joka toteaa, että vaikka sovittelulla ei voida puuttua vuokraoikeuden sitovuuteen omistajanvaihdoksessa oikeuden mahdollisen kohtuuttomuuden vuoksi, niin omistajaa sitovan vuokrasopimuksen ehtoja voidaan kuitenkin sovittaa. Sovittelua esineoikeudessa koskevasta keskustelusta ks. myös esim. *Kartio* JJ 1985 s. 151–152, *Pöyhönen* 1988 s. 338, *Kaisto* LM 1996a, *sama* LM 1997 s. 613–616 sekä *Tepora* LM 1998.

³³ Kolmannella tarkoitetaan tässä oikeussubjektia, joka ei ole sopimuksen muodollinen osapuoli.

³⁴ Ks. *Kartio* JJ 1997 s. 152.

³⁵ Ks. esim. *Kivimäki – Ylöstalo* 1981 s. 258 ja *Hemmo* 1997b s. 376. Esineoikeudellisesta näkökulmasta tämä lähtökohta ilmenee erityisesti siinä, että (sopimuksella tai muulla oikeustoimella perustettujen) oikeuksien sivullissitovuudesta ei voida määrätä sopimuksella, ks. esim. *Kartio* 1991 s. 41.

³⁶ Edellä mainittu lähtökohta, jonka mukaan oikeuksien sivullissitovuudesta ei voida sopia, ei estä sitä, etteikö sopimuksella perustettu oikeus voisi sitoa kolmatta.

mus vaikuttaa primuksen asemaan. Silloin kun sekunduksen oikeus väistyy, primuksen ja omistajan välinen sopimus taas vaikuttaa sekunduksen asemaan. Tässä tutkimuksessa on kysymys siitä, miten ratkaistaan kollisiot, joissa toisena osapuolena on taho, joka on turvannut intressejään perustamalla omistajan kanssa tehdyllä sopimuksella rajoituksen omistajan kompetenssiin, ja toisena osapuolena taho, jolle on perustettu oikeus tuon kompetenssin rajoituksen vastaisesti. Tällöin on siis kysymys yhtäältä siitä, (a) miten kompetenssinrajoituksella suojatun tahon ja omistajan välinen sopimus vaikuttaa myöhempään oikeudenhaltijaan, jonka oikeus on perustettu kompetenssinrajoituksen vastaisesti, ja toisaalta siitä, (b) miten myöhemmän oikeudenhaltijan ja omistajan välinen sopimus vaikuttaa aiempaan omistajan sopimuskumppaniin, jonka intressejä suojaavan sopimuksen vastaisesti on toimitettu.

Konkurssitilanteessa puolestaan velallisen toisten (velkojen) kanssa tekemät sopimukset voivat vaikuttaa velkojan oikeusasemaan ja heikentää sitä. Velkojan oikeusasemaan konkurssissa vaikuttaa esimerkiksi velallisen toisen velkojan kanssa tekemä sopimus panttioikeuden perustamisesta. Panttaussopimuksella velallisen ja velkojan välillä voidaan sopia, että velkoja tulee olemaan muun muassa konkurssitilanteessa paremmassa asemassa kuin muut velkojat. Panttaussopimusta voidaan tässä mielessä pitää sopimuksena kolmannen vahingoksi.³⁷ Täsmällisyyden vuoksi on tosin todettava, että panttaussopimus ei vielä sellaisenaan yleensä vaikuta muiden velkojen asemaan. Jotta sovitulla panttioikeudella olisi oikeusvaikutuksia sivullisiin nähden, panttaussopimuksen lisäksi edellytetään pääsääntöisesti myös panttioikeuden julkivarmistusta eli sen tekemistä sivullisten havaittavaksi kulloinkin edellytetyllä tavalla. Julkivarmistus voidaan kuitenkin suorittaa ja siten sopimuksella perustetun panttioikeuden sitovuus sivullisiin saavuttaa ilman sellaisten velkojen suostumusta, joiden oikeusasemaan oikeus vaikuttaa.³⁸

Sopimus vaikuttaa kolmannen asemaan myös muissa kuin varsinaisissa kollisio-tilanteissa. Sopimus voi ensinnäkin lähtökohdasta poiketen velvoittaa kolmatta, kun kolmas on sopimusosapuolesta vain muodollisesti erillinen, samaan intressitahoon kuuluva.³⁹ Toiseksi sivullinen voi joissakin tilanteissa torjua asemaansa haittaavan sopimuksen vaikutuksia.

Nämä kaikki sopimuksen ja kolmannen aspektit tulevat esiin tässä tutkimuksessa. Tutkimuksessa onkin kauttaaltaan kyse siitä, miten sopimus vaikuttaa kolmannen asemaan. Näkökulman merkitys on siinä, että se auttaa havaitsemaan yleisten varallisuus oikeudellisten, yleensä sopimusoikeudellisissa kontekstissa käytettyjen periaatteiden merkityksen myös sivullissuhteiden tarkastelussa. Ennen kaikkea näkökulma tuo esiin ajatuksen siitä, että vaikka sopimus ei voi velvoittaa

³⁷ Ks. myös *Arnholm* 1962 s. 12.

³⁸ Kysymyksen palataan lähemmin jaksossa II 5., jossa käsitellään kompetenssinrajoitusten tarkoituksenmukaisuutta koskevia oikeuspoliittisia näkökohtia.

³⁹ Sopimusoikeudellisessa kirjallisuudessa on poikkeuksena lähtökohdasta, jonka mukaan sopimus voi velvoittaa vain sen osapuolia, mainittu ennen kaikkea sopimukset kolmannen hyväksi. Ks. niistä esim. *Hakulinen* 1965a s. 192–207, *Telaranta* 1990 s. 444–450 ja *Hemmo* 1997b s. 378–382 sekä siellä mainittu kirjallisuus.

kolmatta, se vaikuttaa kolmannen asemaan ainakin niin, että tämä saattaa olla velvollinen kunnioittamaan sitä, olipa sen kohteena esineoikeudeksi luokiteltava oikeus tai ei.⁴⁰

Suhde ulkomaiseen oikeuteen. Kompetenssinrajoitusehtojen sivullissitovuuden lähempi tarkastelu rajataan tässä koskemaan Suomen oikeutta. Rajaus on perusteltu siitä lähtökohdasta, että kompetenssinrajoitusehtojen ja muiden luottosopimusten erityisehtojen käyttöä perinteisten vakuuksien sijasta on pyritty edistämään erityisesti kotimaisessa pienten ja keskisuurten yritysten luotonannossa. Ehtojen oikeusvaikutusten kattava selvittäminen on oikeudellinen perusedellytys niiden käytön lisäämiselle. Kansainvälisessä, usean oikeusjärjestyksen piirissä tapahtuvassa yritysluotonannossa Suomen oikeus tulee sovellettavaksi pääasiallisesti silloin, kun sitoumuksen kohteena on omaisuutta, joka sijaitsee Suomessa (*lex rei sitae*). Tarkastelun keskittäminen Suomen oikeuteen ei merkitse, että ulkomainen oikeus sivuutettaisiin. Erityisesti ulkomaisessa oikeuskirjallisuudessa esiin tuotuja oikeuspoliittisia näkökohtia hyödynnetään argumentoinnissa.

1.2. TUTKIMUSTAPA

Tutkimustapa on lainopillinen. Voimassa olevan oikeuden sisällön selvittämisen lähtökohtana on *laki* ja sen tulkinta. Pelkkien säädöstekstien – eikä edes lainsäätäjän tarkoitusta selventävien *esitöiden*⁴¹ – pohjalta tutkimusongelmaan ei kuitenkaan saada suoraan vastausta. Vastausten löytäminen lainsäädännön pohjalta edellyttää harkintaa analogiasovellusten mahdollisuudesta tai siitä, ilmentääkö jokin lain säännös oikeudessamme yleisesti voimassa olevaa normia (yleistä oikeusperiaatetta) ja mihin saakka sen vaikutus ulottuu. Molempien mahdollisuuksien pohtiminen edellyttää yksittäisten säännösten tulkitsemista koko (varallisuus)oikeudellisen systeemin kautta.⁴²

⁴⁰ Ks. myös *Kartio* LM 1998 s. 1063–1064. Hänen mukaansa ”puhtaasti sopimusoikeuden piiriin luetut kysymykset sopimuksen vaikutusten ulottumisesta kolmanteen voidaan nähdä yhteydessä vaihdannallisiin kollisio-ongelmiin ja etsiä niistä yhdensuuntaisia ratkaisuohteja.” *Kartio* pitää kiintoisana kysymyksenä sitä, voitaisiinko kolmannen sidottisuuden taikka suojan perustaksi kehittää yhtenäisiä periaatteita, jotka ulottuisivat yhtä hyvin vaihdantatilanteisiin kuin niiden ulkopuolellekin. Toisessa yhteydessä (*Kartio* JJ 1997 s. 158–163) hän on pitänyt näiden yhtenäisten periaatteiden kehittämisen osalta keskeisenä vaatimusta rehellisestä ja kunniallisesta vaihdannasta.

⁴¹ Esitöiden asemasta oikeuslähteenä ks. *Aarnio* 1989 s. 225–230.

⁴² Ratkaisun perustaminen säännöksen analogiseen soveltamiseen tai säännöksen ilmentämän oikeusperiaatteen soveltamiseen eivät suuresti eroa toisistaan. Ks. *Brusiin* 1938 s. 142–166, jonka mukaan oikeusanalogian ja lainanalogian välillä tehty ero sen perusteella, että lainanalogiassa on kysymys yhden oikeusnormin soveltamisesta samankaltaiseen tilanteeseen, kun taas oikeusanalogiassa on kysymys positiivisen oikeuden pohjana olevan yleisen periaatteen soveltamisesta, ei ole perusteltu. Brusiinin mukaan myös lainanalogiassa soveltamistilanteiden samankaltaisuuden arviointi perustuu siihen, mitä koko oikeusjärjestyksen valossa voidaan pitää samanlaisena. Myös tällöin ratkaisuun vaikuttavat yleiset oikeusperiaatteet. Ks. myös *MacCormick* 1978 s. 152–194. MacCormickin mukaan analogiapäätelyn ja periaatteista tehtävän päätelyn ero on vain siinä, miten selvästi periaate on ilmaistu. Analogiapäätelynkin taustalla on hänen mukaansa aina periaate.

Tutkimuskohteena olevia kollisioita koskevaa *oikeuskäytäntöä* ei ole.⁴³ Sopimukseen perustuvien kompetenssinrajoitusten sivullisittavuuteen liittyvät kysymykset eivät yleisestikään ottaen juuri ole tulleet esiin oikeuskäytännössä.⁴⁴ Tämän vuoksi vastausta voimassa olevan oikeuden sisältöön luotonannon yhteydessä sovittavien kompetenssinrajoitusten sivullisittavuuden osalta ei tältä osin voida tukea oikeuskäytännön analyysiin. Oikeuskäytännön analyysillä on kuitenkin merkitystä muiden tutkimuksessa esiin tulevien kysymysten osalta. Tutkimuksessa käytetään osin verrattain vanhaakin oikeuskäytäntöä. Siihen tukeutuminen on perusteltua silloin, kun sen merkityksen ei nähdä kumoutuneen olosuhteiden ja oikeudellisen ajattelun muutoksissa.

Kuten jo edellä on todettu, luotonannon yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusehtojen sivullisittavuuteen ei *oikeuskirjallisuudessa* suoranaisesti ole juurikaan puututtu. Vain muutama tutkija on tuonut ongelman esiin, ja heistäkin vain osa on esittänyt tulkintasuosituksen. Yleensä tulkintasuosituksia ei ole mainittavasti perusteltu. Niinpä niihin voitaisiin suoraan nojautua ainoastaan auktoriteettiargumenttina eikä lainkaan asia-argumenttina, jonka osalta ratkaisevaa olisi perustelujen painavuus.⁴⁵ Erityisesti tutkijalle oikeustieteessä esitettyjen aiempien

Ks. lisäksi *Peczenik* 1988 s. 290. Hän on esittänyt mallin siitä, miten yleisten ja kirjoittamattomien oikeusnormien – yleisten periaatteiden – soveltaminen (oikeusanalogia) vastaa argumentaatiotekniikkaan (lain)analogiaa. Hänen mukaansa analogiaketju on näissä tilanteissa seuraava: (1) On olemassa lainsäädännöksiä (rl – rn), jotka ilmentävät yleisen normin G olemassaoloa. Lainsäädännökset ovat siten G:n erityistapauksia. (2) Tapaus F ei mahdu säännösten rl – rn kielellisesti katsoen luonnolliseen soveltamisalaan. (3) Tapaus F ulottuu kuitenkin sen yleisen normin (G) alle, jonka erityistapauksia säännökset rl – rn ovat, sillä siinä on olennaisia samankaltaisuuksia nimenomaisilla lainsäädännöksillä säädelytjen tapausten kanssa. (4) Tapaus F ratkaistaan yleisen normin G perusteella. *Peczenikin* mallia sovelletaan tässä tutkimuksessa tarkasteltaessa, onko kiinteistöoikeudessamme olemassa yleinen periaate, jonka mukaan sekunduksen tietoisuus on sitovuusperuste, ja jos on, mihin tämä periaate perustuu. Ks. analogiapäätelyn ja yleisestä periaatteesta ratkaisun johtamisen välisestä yhteydestä vielä *Klami* 1983 s. 187–188.

⁴³ Ratkaisussa KKO 1997:146 oli tosin kysymys keskeisestä kollisoriskitilanteesta, jonka estämiseen kompetenssinrajoitusehtoja vakuusluotonannossa käytetään. Ratkaisussa ei kuitenkaan ollut kyse tällaisen ehdon sitovuudesta, sillä siinä käsillä olleessa tilanteessa ehtoa ei ilmeisesti ollut käytetty. Ratkaisuun palataan jäljempänä useaan otteeseen.

⁴⁴ Ks. kuitenkin edellä jo mainittu ratkaisu KKO 1969 II 3, jossa traktorin myyjä vaati kaupan julistamista pätemättömäksi OikTL 33 §:n nojalla, kun ostaja oli luovuttanut kolmannelle oikeutensa vielä toimittamatta olleeseen traktoriin. Myyjä oli tarkoittanut, että ostajalla ei olisi ollut oikeutta lähiaikoina myydä edelleen ostajan omaa käyttöä varten myyttyä traktoria. Oikeuskirjallisuudessa ratkaisun on otsikkonsa mukaisesti tulkittu koskevan lähinnä luovutuskompetenssinrajoituksen sitovuutta inter partes, ks. *Havansi* 1979a s. 382 ja *Kartio* 1991 s. 202. Ratkaisun perustelut sisältävät kuitenkin myös kannanoton, jonka mukaan rajoitus ei sido luovutuksensaajaa (”– – kun osuuskunnan sovituksi väittämä traktorin luovutuskielto ei olisi estänyt Iso-Kungasta luovuttamasta traktoria edelleen, – –”), ks. myös *Tuomisto* 1993 s. 102 ja s. 112. Tapauksella ei kuitenkaan ainakaan yksinään voine olla ratkaisevaa merkitystä luottosopimusten yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten sivullisittavuuden osalta.

⁴⁵ Oikeustieteen kannanottojen painoarvon perustumisesta perustelujen vakuuttavuuteen ks. *Aarnio* 1989 s. 239 (tästä huolimatta oikeustiede on hänen mukaansa auktoritatiivinen oikeuslähde, *Aarnio* 1982 s. 97). Varallisuus oikeudellisessa tutkimuksessa tätä näkökantaa on korostanut esim. *Kartio* 1991 s. 23–24. Ks. myös *Timonen* 1987 s. 144–145 ja *sama* LM 1989 s. 686. Timonen on korostanut

kannanottojen merkitys perustuu nähdäkseni niiden perustelujen painavuuteen. Aiempien, keskenään varsin yhdenmukaista suhtautumista ilmentävien esitysten voidaan kyllä sanoa ilmaisevan niin sanotun vallitsevan kannan, mutta tämän kannan perusteita on etsittävä muualta.⁴⁶ Myöskään muunlaisten sopimukseen perustuvien kompetenssinrajoitusten sivullissitovuuteen liittyvän problematiikan tutkiminen ei juuri ole innostanut tutkijoita.⁴⁷ Kirjallisuudessa esitetyillä oikeustieteen aiemmilla tutkimustuloksilla on tässä tutkimuksessa kuitenkin keskeinen merkitys, koska varallisuus oikeudellinen traditio, jonka perustalle tämäkin tutkimus väistämättä on rakennettava, ilmenee juuri oikeustieteen eli oikeuskirjallisuuden kautta.⁴⁸

Lainsäädännön aukollisuuden ja tulkinnanvaraisuuden ja oikeuskäytännön puutteellisuuden vuoksi useisiin tutkimuksessa esiin tuleviin kysymyksiin on välttämätöntä etsiä vastausta *oikeusperiaatteista* ja *oikeuspoliittisista (reaalisista) argumenteista*. Argumentointi pyritään tällöin perustamaan periaatteiden ja reaalisten argumenttien yhteensovittamiseen tavalla, jota esimerkiksi *Havansi* on luonnehtinut seuraavasti: ” – – lain aukossa on normin löytämiseen pyrittävä siten, että tasapainoisesti kombinoidaan toisaalta ns. *reaalisten* näkökohtien harkinta – – ja toisaalta yleiset – – esineoikeudelliset periaatteet. – – Ne intressipunninnat ja muut reaaliset asiatekijät, jotka ratkaisuksien kohteena olevassa ongelmakentässä vaikuttavat, on ikäänkuin siivilöitävä yleisten – – esineoikeudellisten periaatteiden läpi, niin että ratkaisu on mahdollisimman suuressa määrin ymmärrettävissä myös systeemin kautta.”⁴⁹

Oikeusperiaatteita ja oikeuspoliittisia argumentteja on meillä yleensä pidetty *Peczenikin* ja *Aarnion* nimeen yhdistetyn oikeuslähdeopin mukaisesti sallittuina oikeuslähteinä. Ne eivät ole oikeudellisesti velvoittavia, mutta niihin saa vedota.⁵⁰ Voidaan kuitenkin *Tuorin* tapaan myös katsoa, että kyse ei ole (itsenäi-

ajatusta, että ainoastaan kirjoitettu laki velvoittaa sen auktoriteetin perusteella, mutta muihin oikeuslähteisiin tukeutuva argumentaatio perustuu lähteiden sisällölliseen hyväksyttävyyteen. Vrt. *Niemi LM* 1998 s. 757–758, jonka mukaan myös viittaus lain sanamuotoon implikoi argumentin aineellisen hyväksynnän. Niemen näkemys perustuu ajatukseen, jonka mukaan myös lain säännöksestä voidaan poiketa (painavien) aineellisten argumenttien, kuten periaate- ja tavoiteargumenttien, perusteella. Ks. tästä presumptiivisesta positivismista lähemmin *Niemi* 1996 s. 326–350.

⁴⁶ Oikeustieteestä vallitsevan kannan ilmaisuna ja sen merkityksestä tulkintakannanoton perusteena ks. *Aarnio* 1989 s. 237–239.

⁴⁷ Ks. kuitenkin *Havansi* 1979a s. 378–385.

⁴⁸ Oikeustieteen merkityksestä ks. myös *Tuori* 2000 s. 160–162 ja s. 302–303. *Tuorin* mukaan oikeustiede on yksi modernin yhteiskunnan erikoistuneista oikeudellisista käytännöistä, jolla on oma erityinen tulkinta- ja systematisointitehtävä. Hänen mukaansa oikeustiede, erityisesti tulkintalainoppi, osallistuu jatkuvaan keskusteluun, jonka tuloksena oikeuden pintatasolla määräytyy oikeusjärjestyksen kulloinkin sisältö. Vaikka oikeustieteen tulokset sijoittuvat oikeuden pinnalle, oikeustiede (myös tulkintalainoppi) kuitenkin hyödyntää koko oikeusjärjestystä, myös pinnanalaisia kerrostumia, ja kaikki oikeustieteen tulokset vaikuttavat oikeuden syvemmillekin tasoille uusintaen ja muuttaen niitä.

⁴⁹ *Havansi* 1981 s. 39. Ks. myös *MacCormick* 1978 s. 194, jonka mukaan aukkotilanteissa ratkaisu oikeutetaan oikeusperiaatteiden ja (oikeuspoliittisten) seuraamusargumenttien vuorovaikutuksella.

⁵⁰ Ks. esim. *Aarnio* 1982 s. 94–97.

sistä) oikeuslähteistä. Oikeusperiaatteet ovat oikeusnormeja, joille on voitava löytää tukea oikeuslähdeopin osoittamista oikeuslähteistä (laki, esityöt, oikeuskäytäntö, oikeuskirjallisuus).⁵¹ Oikeuspoliittiset argumentit ovat puolestaan näkökohtia, joita käytetään oikeuslähteiden, kuten lainsäädännön, tulkinnassa oikeuslähteiden antaman informaation täsmäntämisessä.⁵²

Oikeusperiaatteella ymmärretään tässä yleistä, aineellista argumenttia, jonka perusta on positiivisessa oikeudessa. Oikeusperiaatteet ovat oikeusyhteisön hyväksymiä, positiivisen oikeuden sisällä vaikuttavia oikeusohjeita, jotka muodostavat oikeusjärjestelmän perusrungon.⁵³ Periaatteita ei yleensä ole sellaisenaan kirjattu lakiin, mutta ne saattavat ilmetä lain säännöksistä.⁵⁴ Institutionaalinen tuki, jota periaatteiden voimassaolo edellyttää, voi perustua myös oikeuskäytäntöön tai oikeustieteen kannanottoihin.⁵⁵

Tutkimuksessa nousevat esiin yleiset varallisuus oikeudelliset ja erityiset esineoikeudelliset oikeusperiaatteet. Systeeminrakennuksen roolissa tutkimuksessa pyritään nostamaan esiin eräitä yleisiä varallisuus oikeudellisia, mutta erityisesti sopimusoikeudessa merkitystä saaneita periaatteita, joiden perusteella voidaan jäsentää sopimuksen vaikutuksia kolmannen asemaan sekä vaihdantatilanteissa että niiden ulkopuolella.

Terminologisena huomautuksena on todettava, että periaatteen käsitettä ei esineoikeudellisessa kirjallisuudessa käytetä aina samassa merkityksessä kuin oikeusteoreettisessa kirjallisuudessa, jossa oikeussäännöt ja oikeusperiaatteet on eroteltu toisistaan. Säännön ja periaatteen käsitteiden käyttö ei esineoikeudessa myöskään ole ollut yhdenmukaista. Tämä tulee esiin etenkin kollisioiden ratkaisuperusteista käytettyjen käsitteiden osalta. Esimerkiksi *Kartio* on kutsunut yleisten oppien taseisia kollisioiden ratkaisuperusteita säännöiksi,⁵⁶ kun taas *Tuomisto* ja *Tepora* ovat kutsuneet niitä periaateiksi.⁵⁷ Tässä tutkimuksessa on omaksuttu *Teporan* käyttämä terminologia, jonka mukaan lain taseiset kollisionratkaisutilanteita varten annetut normit ovat kollisionratkaisusääntöjä ja esineoikeuden yleisiin oppeihin kuuluvat kollisionratkaisusääntöjen taustalla olevat kollisioiden ratkaisumallit, kuten aikaprioriteetti, ovat kollisionratkaisu-

⁵¹ *Tuori* 2000 s. 195.

⁵² *Tuori* 2000 s. 175.

⁵³ Ks. *H. Tolonen* JJ 1988 s. 178.

⁵⁴ Esimerkiksi MK:n säännösten voidaan pitkälti nähdä olevan erilaisten esineoikeudellisten periaatteiden täsmennyksiä, ks. *Tammi-Salminen* JJ 1998 s. 299. Ks. myös *Niemi* 1995 s. 281–282.

⁵⁵ Ks. *H. Tolonen* JJ 1988 s. 188 ja *sama* 2000 s. 61.

⁵⁶ *Kartio* 1991. Ks. myös perinteisestä esineoikeudellisesta käsitteiden käytöstä ennen sääntö – periaate-keskusteluja *Zitting* 1951 s. 121: ”Individuaalisesti määrättyyn esineeseen kohdistuvien oikeuksien kollisioiden ratkaisussa noudatetaan *pääperiaatteena aikaprioriteettisääntöä*.” (kurs. ETS)

⁵⁷ *Tuomisto* 1993 ja *Tepora* LM 1998 s. 786. Sääntöjä ja periaatteita koskevasta kielenkäytöstä ks. lisäksi esim. *Havansi* 1992a s. 334–335, joka käyttää yhtäältä yläkäsitettä normi ja toisaalta termiä periaatesääntö lakiin kirjaamattomasta yleisestä siviilioikeudellisesta kiellostä disponoida pantti-kohteesta tavalla, joka vahingoittaa panttioikeutta.

periaatteita. Vaikka kollisioiden ratkaisuperusteita on nimitetty *periaatteiksi*, niitä on kuitenkin pidetty *sääntöinä* oikeusteoreettisessa sääntö – periaate-erittelyssä.⁵⁸

*Oikeuspoliittiset (reaaliset) argumentit*⁵⁹ ymmärretään tässä yleisinä, aineellisina argumentteina, joiden avulla pyritään kokonaisvaltaisesti tarkastelemaan eri ratkaisuvaihtoehtojen seuraamuksia eri intressitahojen kannalta.⁶⁰ Ne on tutkijan käytössä erotettava puhtaasta yksittäistapauksellisesta seuraamusharkinnasta. Oikeudellisessa tutkimuksessa on kysymys ratkaisun perustamisesta kollision osapuolten riskinjakoon yleisellä tasolla.⁶¹

Eniten merkitystä oikeuspoliittisilla argumenteilla voi olla yleensä tutkimuksessa *de lege ferenda*.⁶² Oikeudellisessa tutkimuksessa, jossa voimassa olevaa oikeutta pyritään tarkastelemaan kriittisesti, niillä on kuitenkin aina merkitystä, vaikka niiden pohjalta ei voitaisikaan antaa tulkintasuosituksia *de lege lata*.⁶³ Oikeuspoliittisilla argumenteilla on tässä tutkimuksessa merkitystä paitsi tulkintasuositusten esittämisessä voimassa olevan oikeuden osalta myös vallitsevan kannan ja sen taustalla olevien ajatusten kriittisen tarkastelun osalta – kuten oikeuspoliittisilla argumenteilla yleensä on.⁶⁴

⁵⁸ Ks. *Koulu* OTJP 1994 s. 171 alav. 22 (vrt. *sama* 1989 s. 58 ja *sama* 1992 s. 8, jonka mukaan kollisioiden ratkaisuperusteilla on sekä sääntöjen että periaatteiden piirteitä) ja *Tepora* LM 1998 s. 786. Normien erottelu sääntöihin ja periaatteisiin ei esineoikeudessa ole herättänyt laajaa innostusta. Yhtenä syynä tähän on ollut se, että on arveltu, että oikeusperiaatteiden ongelmanratkaisukyky ei sivullissuhteissa toimi kuten sopimussuhteissa, ks. *Kaisto* 1997 s. 30 alav. 93 ja *sama* LM 1996a. Ks. myös *Koulu* 1992 s. 8. (Vastaavasti esineoikeudessa keskeinen analyyttinen metodi ei ole saanut vakaata jalansijaa sopimusoikeudessa, koska periaatteiden ongelmanratkaisukykyä on pidetty riittävänä, ks. *Pöyhönen* 1988 s. 210.) Eri asia on, että periaatteilla on myös sivullissuojaoikeudessa systematisoiva tehtävä, ks. esim. *Niemi* 1995, joka kirjoituksessaan tarkastelee MK:n keskeisiä säännöksiä oikeusperiaatteiden avulla. Sääntöjen ja periaatteiden erotteluperusteista ks. lähemmin esim. *Pöyhönen* 1988 s. 20–29 erityisesti viittauksin *Dworkinin* ja *Alexyn* tuotantoon.

⁵⁹ Nimitystä oikeuspoliittiset argumentit käytetään termin reaaliset argumentit sijaan sen vuoksi, että argumentit eivät perustu empiriaan.

⁶⁰ Ks. *Kartio* 1991 s. 25.

⁶¹ *Niemi* 1996 s. 122–123, vrt. *Aarnio* 1982 s. 92.

⁶² Tällöinkään lähtökohtana ei ole täysin avoin tilanne, jossa merkitystä olisi pelkästään oikeuspoliittisilla argumenteilla, sillä uusi lainsäädäntö ei synny tyhjiöön. Argumentoinnin sidottuisuuden asteista *de lege ferenda* -tutkimuksessa ks. *Linna* 1987 s. 23–29.

⁶³ Ks. esim. *Tuomiston* (1988 s. 4–5) oikeuspoliittisia argumentteja korostavan tutkimusotteen perustelua pyrkimyksellä arvioida kriittisesti vakiintuneita oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön kannanottoja. Tuomiston mukaan vaikka ennakkopäätöksistä poikkeavaa kantaa ei kriittistä huolimatta olekaan yleensä perusteltua omaksua, niitä koskevalla kritiikillä voi olla merkitystä uusien ongelmien selvittämisessä. Lisäksi lainsäädännön muuttumisen heijastusvaikutukset saattavat mahdollistaa KKO:n kannan muutokset. Ks. myös *Klami* 1979 s. 128: ”– oikeudellisen päätöksenteon dynaamiseen luonteeseen liittyy yleinen tarve ja mahdollisuus suorittaa tavoitteellista justifikaatiota ja kontrollia: silloinkin, kun asia on normien valossa täysin selvä, saattaa olla tarvetta kysyä, onko normien noudattaminen tavoitertonaalialista. Milloin asia ei ole sääntöjen valossa riidaton, justifikaatio ja kontrolli arvo- ja tavoitejärjestelmän avulla tulevat vielä selvemmin kysymykseen.” Ks. lisäksi oikeuspoliittisista argumenteista KKO:n vakiintuneen kannan muutoksen perusteena ratkaisussa KKO 1995:15 ja ratkaisun johdosta *Linna* DL 1996 s. 298–299 sekä *Timonen* 1997 s. 109.

⁶⁴ Kriittinen lähestymistapa voimassa olevaan oikeuteen on yksi tutkijan roolin keskeisistä elementeistä. Tutkijan kriittikon roolista ks. *Timonen* LM 1989 s. 675–677.

Oikeuspoliittiset argumentit tulevat tutkimuksessa erityisesti esiin tarkasteltaessa sopimusperusteisen kompetenssinrajoituksen tarkoituksenmukaisuutta luotonantoa edistävänä instituutiona suhteessa panttioikeuteen. Vallitsevaa kantaa, joka suhtautuu panttioikeuteen myönteisesti ja panttauskompetenssinrajoitukseen kielteisesti, pyritään tarkastelemaan kriittisesti vertaamalla panttioikeudesta ja panttauskompetenssinrajoituksesta sivullisille aiheutuvia haittoja ja koituvia hyötyjä. Tarkoituksena on irtaantua lainopillisesta traditiosta, johon on sisäänrakennettuna panttioikeuden etusija suhteessa panttauskompetenssinrajoitukseen.⁶⁵

Panttioikeuden ja panttauskompetenssinrajoituksen tarkoituksenmukaisuuden vertailun pohjaksi otetaan esiin jo vanhastaan pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa esitettyjä näkökohtia panttioikeuden haitallisista vaikutuksista. Vastaavia näkökohtia on noussut esiin oikeustaloustieteellistä tutkimussuuntausta edustavien tutkijoiden piirissä käydyssä keskustelussa, jossa on kyseenalaistettu panttioikeuden käytön lähtökohtana pidettyä hyötyä. Myös näitä näkökohtia käytetään argumentaation tukena. Taloustieteen tutkimustulokset voivat tämentää oikeuspoliittista argumentointia ja vahvistaa sen painoarvoa, vaikka ne eivät asiallisesti toisikaan keskusteluun uutta.⁶⁶ Tarkoituksena on saada taloustieteellisen analyysin tuloksista oikeuspoliittisena argumenttina tukea sille, että sopimukseen perustuvia panttioikeuden perustamisen rajoituksia ei voida kategorisesti pitää epätarkoituksenmukaisina ainakaan sen vuoksi, että ne estävät panttioikeuden käyttöä. Tutkimuksessa ei kuitenkaan pyritä normatiivisesti argumentoimaan panttioikeuden käytön rajoittamisen puolesta.

Vakuusoikeuksien tarkoituksenmukaisuutta koskevaa oikeustaloustieteellistä keskustelua on käyty aktiivisesti lähinnä Yhdysvalloissa. Keskustelu alkoi 1970-luvun lopulla taloustieteellisessä kirjallisuudessa ja jatkui oikeustieteellisessä kirjallisuudessa.⁶⁷ Keskustelun lähtökohtana on ollut vakuusoikeuksien, etenkin panttioikeuden käytön syiden etsiminen. Ensimmäinen on pyritty selvittämään, onko panttioikeuden käyttäminen taloudellisesti tehokasta. Tästä on siirrytty normatiivisiin suosituksiin sen mukaan, onko panttioikeutta pidetty tehokkaana vai ei. Mikäli panttioikeutta on pidetty tehokkaana, vakuusluotonantoa on edellytetty edistettävän. Mikäli taas panttioikeus on havaittu tehottomaksi, sen käyttöä on edellytetty rajoitettavan. Keskustelussa on nostettu esiin pitkälti samat asiat kuin mitä jo vanhemmassa pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa

⁶⁵ Lähtökohta vastaa pitkälti *Timosen* (1997 s. 125) esittämää ”parhaan” tulkinnan käsitettä tilanteesta, jossa tulkintaa ei ole sidottu lain esitöissä, systeemiargumenteilla tai oikeuskäytännössä.

⁶⁶ *Timonen* 1997 s. 119–130, erit. s. 128–129.

⁶⁷ Keskustelun avaajina pidetään seuraavia taloustieteellisiä artikkeleita *The Journal of Finance* – aikakausjulkaisussa: *Scott* 1977, *Smith – Warner* 1979 ja *Scott* 1979. Oikeustieteellisessä kirjallisuudessa keskustelun avaajana on ollut artikkeli *Jackson – Kronman* Yale LJ 1979 ja sen kritiikki *Schwartz* J. Leg. Stud. 1981. *Scott* Cornell LR 1997 s. 1437 alav. 1 on jakanut käydyin keskustelun kolmeen sukupolveen, joista ensimmäiseen sukupolveen kuuluvat artikkelit vuoteen 1990 saakka, toiseen artikkelit vuoteen 1995 saakka ja kolmanteen tätä myöhemmät artikkelit. Tässä lähteenä käytetään tämän yhdysvaltalaisen keskustelun lisäksi saksalaista monografiaa *Adams* 1980, joka käsittelee samoja kysymyksiä itsenäisenä amerikkalaisesta keskustelusta.

on pohdittu. Ongelmat on vain puettu taloustieteen kielelle ja niiden ratkaisuisa on tukeuduttu taloustieteen tutkimustuloksiin – jotka sinänsä eivät perinteisellä argumentoinnilla saavutetuista tuloksista kovinkaan paljon eroa. Yhdysvaltalaisista keskustelua on hyödynnetty myös pohjoismaisessa lainvalmistelussa. Ainakin Ruotsissa on pyritty selvittämään etuoikeusjärjestyksen taloudellista tehokkuutta ja erityisesti yritysikiinnityksen tuottaman etuoikeuden optimaalista asemaa käyttäen pohjana oikeustaloustieteellistä analyysia.⁶⁸

Taloustieteen tutkimustulosten käyttöön liittyy ongelma, joka koskee taloudellisen tehokkuuden merkitystä ratkaisun oikeuttajana. Ongelma johtuu siitä, että taloudelliseen tehokkuuteen ja oikeudenmukaisuuteen perustuvat argumentit saattavat olla ristiriidassa keskenään. Ristiriita koskee nimenomaan taloudellisen tehokkuuden ja *sisällöllisen* oikeudenmukaisuuden suhdetta. *Menettelyllinen* oikeudenmukaisuus ja tehokkuus eivät sen sijaan ole keskenään ristiriidassa. Myös tehokkaat markkinat edellyttävät reilun pelin (*“fair play”*) sääntöjen noudattamista.⁶⁹ Ratkaisun lopputulosta ei voida perustaa yksin taloudelliseen argumentaatioon, vaan siinä on otettava huomioon myös muita perusteita.⁷⁰ Tässä tutkimuksessa taloustieteen argumentteja käytetään osana kokonaisargumentaatiota, täydentämään perinteisiä vaihdannan intressin edistämiseen liittyviä argumentteja.⁷¹

Taloudellinen tehokkuus määritellään yleensä joko *Pareto*-kriteerin tai *Kaldor* – *Hicks*-kriteerin avulla. Käytettäessä kriteerinä *Pareto*-tehokkuutta, optimaalinen tehokkuus saavutetaan, kun kenenkään asemaa ei voi parantaa huonontamatta jonkun toisen asemaa. Kun taas kriteerinä on *Kaldor* – *Hicks*-tehokkuus, optimaalinen tehokkuus saavutetaan, kun jostakin toimenpiteestä saadut hyödyt ylittävät sen kustannukset. Tilanne on *Kaldor* – *Hicks*-tehokas silloinkin, kun yhden aseman parantaminen heikentää toisen asemaa, kunhan vain yhden asema parantuu enemmän kuin toisen heikkenee. *Kaldor* – *Hicks*-tehokkuutta onkin nimitetty myös kompensatiotehokkuudeksi: toisten aseman heikentymisen voidaan kompensoida toisten parantuneella asemalla. Tätä kompensatiota ei kuitenkaan edellytetä tapahtuvaksi käytännössä.⁷² Oikeudenmukaisuusnäkö-

⁶⁸ Ks. *SOU* 1999:1.

⁶⁹ Ks. *Reinikainen* LM 1998 s. 152 ja s. 156 ja *Oker-Blom* JFT 1980 s. 263–264.

⁷⁰ Ks. *Warren* Cornell LR 1997, *Timonen* 1997 s. 80–90. Yleisellä tasolla oikeustaloustieteellistä tehokkuusargumentointia on kritisoinut *Dworkin* J. Leg. Stud. 1980 s. 191–226. Hänen kritiikkinsä perustuu ajatukseen, jonka mukaan yksilön oikeuksilla on aina etusija ennen kollektiivisia tavoitteita. Taloudellissävyytteen intressipunninnan käytön kritiikistä oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa ks. myös jo *Vinding* *Kruse* Tfr 1941 s. 447–473, jonka mukaan taloudellisiin argumentteihin perustuva intressipunninta voi olla vasta toissijainen kriteeri ensimmäisellä sijalla olevaan toisten oikeuksien kunnioittamiseen nähden.

⁷¹ Talousperustaisen argumentin ja oikeudenmukaisuuteen nojautuvan perusteen suhteesta ks. myös *H. Tolonen* 2000 s. 161, jonka mukaan perusteet pikemminkin kietoutuvat toisiinsa kuin ovat toisilleen vastakkaisia. Hänen mukaansa talousperustainen rationalisuus ja arvoja esiin tuova rationalisuus saattavat sen sijaan edustaa kahta eri oikeudenmukaisuuskäsitystä, yhtäältä markkinahenkisyyttä ja toisaalta (sopimuksen) yhteisöllisiä tai sosiaalisia painotuksia. Tolosen mukaan puhtaasti taloudelliset mallit vailla yhteyttä reaalityodellisuuteen ja sen instituutiomuotoihin ovat oikeuden kannalta vailla merkitystä.

⁷² *Pareto*- ja *Kaldor* – *Hicks*-tehokkuuden määritelmät löytyvät lähes jokaisesta oikeustaloustieteen oppikirjasta. Ks. esim. *Schäfer* – *Ott* 1986 s. 23 ja s. 30.

kohdista katsoen etenkin Kaldor – Hicks-tehokkuus on ongelmallinen, mutta Pareto-tehokkuuttakin on pidetty ongelmallisena.⁷³ Oikeudenmukaisuusnäkökohdan kanssa onkin todettu olevan täysin sopusoinnussa ainoastaan (käytännössä lähtökohtaisesti mahdottoman) systeemisen tehokkuuden, jolla tarkoitetaan, että toimenpiteen johdosta kaikkien asema paranee.⁷⁴

Oikeuspoliittisten argumenttien käytön ongelmana on yleisesti pidetty myös sitä, että on epäselvää, edistävätkö valitut tulkintavaihtoehdot todellakin parhaiten esimerkiksi vaihdannan intressiä, jota esineoikeudellisessa tutkimuksessa on pidetty keskeisenä oikeuspoliittisena argumenttina.⁷⁵ Erityisesti *Klami* on esittänyt, että oikeuspoliittisilla argumenteilla voi olla argumenttiarvoa ainoastaan silloin, kun on empiirisesti selvitetty, millainen ratkaisu parhaiten toteuttaisi vaihdannan etua.⁷⁶ Käytännössä empiiristä tutkimusta ei kuitenkaan usein ole mahdollista suorittaa. Useimmiten on tyydyttävä järkeviin oletuksiin – *Alexyn* termein rationaalisiin presumptioihin⁷⁷ – siitä, mitä seurauksia erilaisista ratkaisumahdollisuuksista aiheutuu.⁷⁸ Järkeville oletuksille on myös perusteltua antaa lähtökohtaista argumenttiarvoa.⁷⁹ Lopullisen argumenttiarvon ratkaisee perustelujen vakuuttavuus.

Vaihdannan intressi oikeudellisena argumenttina. Esineoikeudellisessa tutkimuksessa vaihdannan intressi ja siihen liittyvät eritellymmät näkökohdat ovat tulleet esiin *tavoitteena*, johon normeilla pyritään. Vaihdannan intressin edistämiin liittyvät näkökohdat on ymmärretty oikeuspoliittisiksi teleologisiksi argumenteiksi.⁸⁰ Tällä tavalla vaihdannan intressi ymmärretään myös tässä tutkimuksessa.⁸¹

⁷³ Ks. *Timonen* 1997 s. 81–82.

⁷⁴ *Barnes* Kansas LR 1993.

⁷⁵ Ks. esim. *Klami* 1983 s. 214 ja *sama* LM 1996 s. 468–476. Ks. myös esim. *Routamo* 1969 s. 148–149 sekä *Mikkola* 1981 s. 16–30. Ks. lisäksi *Koulu* 1989 s. 56.

⁷⁶ *Klami* LM 1996 s. 468 ja *sama* 1979 s. 105–106. Ks. myös s. 133. Vrt. *Timonen* 1997 s. 129, jonka mukaan empiirisen tutkimuksen puuttuminen ainoastaan heikentää argumentin perusteluvoimaa. Empiiristen selvitysten merkityksestä heikompa suojaaaviin kollisionsratkaisuihin pyrittäessä ks. *Kartio* JJ 1985 s. 152 alav. 21.

⁷⁷ *Alexy* 1989 s. 233.

⁷⁸ Ks. myös *Tuomisto* 1993 s. 66.

⁷⁹ Ks. myös *Reinikainen* LM 1998 s. 153. Reinikaisen mukaan oikeusjärjestyksen periaatteet perustuvat taloustieteellisiin käsityksiin, joita voidaan pitää tosina ilman, että niitä aina erikseen testattaisiin empiirisesti. Ks. lisäksi *Aarnio* LM 1998 s. 984–985 ja s. 990. Aarnion mukaan empiirisyyden sijasta tärkeää on oikeuden yhteiskunnallisuus. Lainoppi on kannanottoja yhteiskunnallisesti värittyneisiin ongelmiin ja lainopin kannanottojen tulee sitoutua yhteiskunnalliseen todellisuuteen.

⁸⁰ Ks. esim. *Tuomisto* 1993 erit. s. 60–84, jossa argumentoidaan kollisionsratkaisuperiaatteiden valintaa laajasti erilaisilla vaihdantaan liittyvillä oikeuspoliittisilla argumenteilla (sopimussidonnaisuuden tehostaminen, epätarkoituksenmukaisten sidonnaisuuksien ehkäiseminen, vaihdannan ja luotonannon varmuus, tasa-arvo täytäntöönpanossa).

⁸¹ *Pöyhösen* (2000 s. 132–133) mukaan vaihdannan intressi on varallisuusoikeudellinen *periaate*, joka ilmentää toimivien markkinoiden perusoikeutta. (Toimivista markkinoista perusoikeusjärjestelmämme kuuluvana kirjoittamattoman kollektiivisen hyvän luonteisena perusoikeutena ks. *sama* JJ 1998 erit. s. 52–53 ja 2000 s. 82–84.) Vaihdannan intressin periaatteesta hän on jo aiemmin puhunut

Vaihdannan intressillä käsitteenä voidaan tarkoittaa useita eri asioita.⁸² Tässä tutkimuksessa vaihdannan etua tarkastellaan vaatimuksena edistää *tehokasta ja rehellistä* vaihdantaa. Tehokkaaseen vaihdantaan sisällytetään tässä yhtäältä *tarkoituksenmukaisen* vaihdannan ja toisaalta *aktiivisen* ja *huolellisen* vaihdannan edistämisen vaatimus. Tutkimuksessa lähdetään siitä, että kollisiotilanteessa (vain) tarkoituksenmukaiset sidonnaisuudet pysyvät eli vain tarkoituksenmukaiset oikeudet sitovat. Lisäksi tutkimuksessa lähdetään siitä, että kollisiotilanteessa suojataan aktiivisesti, huolellisesti ja rehellisesti toimivaa.

Paitsi oikeuspoliittinen näkökohta, jota voidaan epäselvissä tilanteissa käyttää ratkaisun perusteena ja perusteluna, tehokkaan ja rehellisen vaihdannan edistäminen ja suojaaminen on myös tavoite ja arvo, jota varallisuus oikeuden keskeisillä periaatteilla pyritään toteuttamaan. Tarkastelussa on lähtökohtana, että rehellisen vaihdannan edistäminen on osin *ristiriitainen* tavoite tehokkaan vaihdannan edistämiseen nähden. Ristiriita oikeuksien sivullissitovuuden osalta tulee esiin esimerkiksi suhtautumisessa oikeuden sitovuuteen siitä tietoista seuraajaa kohtaan. Rehellisen vaihdannan voidaan nähdä lähtökohtaisesti edellyttävän millaisen tahansa inter partes pätevän oikeuden sitovan sivullista, joka tiesi tällaisen oikeuden olemassaolosta. Tehokkaan vaihdannan voidaan puolestaan nähdä vaativan rajallista sivullissitovuutta. Tarkastelussa päädytään kuitenkin siihen, että tehokas

sopimusoikeudellisesti suuntautuneessa tutkimuksessaan (ks. *sama* 1988 s. 259–261 ja s. 270–273, jossa hän toisaalta toteaa vaihdannan sujuvuuden edistämisen olevan tavoite ja erottelukykyinen näkökohta oikeuspoliittisena vaatimuksena). Ks. myös *sama* LM 1997 s. 531, jossa hän kiinnittää huomiota siihen, että analyttinen siviilioikeustutkimus ei ole koonnut vaihdannan intressiin pohjautuvia näkökohtia oikeusperiaatteeksi, josta olisi voitu tehdä oikeusvaikutuksia koskevia johtopäätöksiä.

Vaihdannan intressi voitaisiinkin nähdä tavoiteperiaatteena (tavoiteperiaatteen käsitteestä ks. *Pöyhönen* 1988 s. 54–57). Sille on saatavissa institutionaalista tukea lainsäädännöstä, oikeuskäytännöstä ja oikeustieteen kannanotoista. Tämän tutkimuksen kysymyksenasettelun osalta sillä, nähdäänkö vaihdannan intressi oikeuspoliittisena argumenttina vai oikeusperiaatteena, ei ole keskeistä merkitystä. On selvää, että vaihdannan intressien edistämisen tavoite heijastuu lukuisissa esineoikeudellisissa periaatteissa, kuten esimerkiksi julkisuusperiaatteessa tai vilpittömän mielen suojan periaatteessa. Ymmärrettiinpä vaihdannan intressi oikeusperiaatteena tai oikeuspoliittisena näkökohtana, ongelmana on käsillä olevan tutkimuksen teeman osalta aina se, millaiset oikeussääntöjen tulkinnot sitä parhaiten edistävät.

Toimivat markkinat, jota vaihdannan intressi ilmentää, voitaneen puolestaan nähdä Pöyhösen tavoin perusoikeutena vain edellytyksin, että luovutaan määritelmästä, jonka mukaan perusoikeudet ovat perustuslaissa ihmisille turvattuja yleisiä oikeuksia (perusoikeuksien määritelmistä ks. esim. *Hallberg* 1999 s. 31–32, *Karapuu* 1999 s. 62–53 ja *Viljanen* 1999 s. 111) ja ymmärretään ne väljemmin ”sivistyneen ja kestävä yhteisön alkeisnormistona”, joita ei ole missään ennalta määriteltä (ks. *Lämsineva* 1998 s. 115–118), ja hyväksytään niiden joukkoon myös kollektiiviset hyvät (ks. kysymyksestä esim. *Lavapuro* LM 2000 erit. s. 418, joka tästä näkökulmasta esittää, että on perustellumpaa puhua kollektiivisesta tavoitteesta, jota perusoikeuskäytännölliset periaatteet määrittävät, kuin varsinaisesta perusoikeudesta).

⁸² Sillä voidaan tarkoittaa esimerkiksi vaihdannan sujuvuutta, vaihdannan varmuutta tai vaihdannan vapautta. Esimerkiksi vilpittömän mielen suoja on yhtäältä perusteltu vaihdannan sujuvuudella (*Zitting* 1951 s. 130 alav. 27), toisaalta vaihdannan varmuudella (*Hessler* 1973 s. 102).

vaihdanta edellyttää toteutuakseen myös rehellistä vaihdantaa.⁸³ Kysymys onkin näiden tavoitteiden optimaalisesta suhteuttamisesta toisiinsa nähden. Tässä tutkimuksessa tulkintakannanotot pyritään perustamaan näiden tavoitteiden yhteensovittamiseen. Tarkastelun lopputulos pyritään tuomaan esiin, vaikka se onkin subjektiivinen perustessaan aineellisten argumenttien punnintaan. Aina ei kuitenkaan voida esittää yksityiskohtaisia lopputuloksia vaan pikemminkin näyttää suuntaa ratkaisulle. Tältä osin tutkimuksessa on kyse argumentteja kehittelevästä lainopista.⁸⁴

Arvosidonnaisuus. Sekä oikeusperiaatteiden että oikeuspoliittisten argumenttien käyttöä ratkaisun perusteena varjostaa niiden syntyä ja sisältöä rasittava epämääräisyys ja niihin tämän vuoksi väistämättä liittyvä arvosidonnaisuus. Tilanteessa, jossa tulkintakannanotot perustuvat aineellisiin argumentteihin, kuten oikeusperiaatteisiin ja oikeuspoliittisiin argumentteihin, tutkijan omat arvot eivät voi olla vaikuttamatta tutkimustulokseen. Myös tässä tutkimuksessa esitetyt kannanotot perustuvat tutkijan tekemiin valintoihin oikeusperiaatteiden painoarvosta ja erilaisten oikeuspoliittisten argumenttien tärkeydestä. Erilaisilla valinnoilla tutkimustulokset voivat olla erilaisia. Tämä ei kuitenkaan merkitse, että tutkimustuloksilla ei olisi merkitystä. Se merkitsee kuitenkin sitä, että tutkijan on pyrittävä mahdollisimman avoimeen argumentaatioon ja sekä tiedostettava että tuotava myös julki omat lähtökohtansa.⁸⁵

Analyysi ja synteesi. Tutkimuksen kysymyksenasettelu, jonka mukaan kompetenssinrajoitusten oikeusvaikutuksia tullaan tarkastelemaan tietyissä henkilösuhteissa, on esineoikeudessa vallinneen analyttisen tutkimusperinteen mukainen. Itse asiassa jo se, että tutkimuksen kohteena ovat omistusoikeuden elementeistä nimenomaan ja ainoastaan omistajan kompetenssia rajoittavan sopimuksen oikeusvaikutukset, edellyttää analyttisen tutkimustavan mukanaan tuoman omis-

⁸³ Ks. samansuuntaisesti erityisesti sopimusoikeuden yleisten periaatteiden ja niiden taustalla olevien ristiriitaisiksi nähtyjen arvojen, taloudellisen tehokkuuden (vaihdannan varmuus) ja oikeudenmukaisuuden (reilu vaihdanta), osalta *H. Tolonen* 2000 s. 161–162. Hänen mukaansa sekä individuaalinen ja tahtoperusteinen sopimusoppi, joka liitetään taloudelliseen tehokkuuteen, että sitä yhteisöllisemmät periaatteet, jotka liitetään oikeudenmukaisuuteen, luovat ennakoitavuutta ja oikeasuhtaisuutta taloudelliseen joustavuuteen tähtäävään sopimustoimintaan.

⁸⁴ Argumentteja kehittelevästä lainopista ks. *Hemmo* 1998 s. 10–11. Hemmon mukaan silloin, kun tulkintakannanotot joudutaan lainsäädännön ja prejudikaattien puuttuessa perustamaan oikeusperiaatteisiin ja reaaliin argumentteihin, jolloin ne ovat vahvasti sidoksissa tulkitsijan arvostuksiin ja ajattelutottumuksiin, tutkijan ei ole tarkoituksenmukaista esittää yksityiskohtaisia lopputuloksia, vaan sen sijaan eritellä kysymykseen tulevia argumentaatiotapoja ja niiden suhteita. Tällaista lainopillista tutkimusta Hemmo kutsuu argumentteja kehitteleväksi dogmatiikaksi. Siinä tutkija ei tulkintani mukaan ota lopullisesti kantaa oikeusperiaatteiden ja argumenttien keskinäisiin painoarvoihin. Nähdäkseni yksityiskohtaisten lopputulosten esittäminen, kun sillä tarkoitetaan oikeusperiaatteiden ja argumenttien painoarvojen määrittämistä, ei kuitenkaan ole epätarkoituksenmukaista, kun samalla tuodaan esiin tutkijan omat arvostukset ja ajattelutapa ja eritellään kysymykseen tulevia argumentaatiotapoja.

⁸⁵ Ks. myös *Kartio* LM 1998 s. 1059.

tusoikeuden hajottelun tuntemista ja hyväksymistä.⁸⁶ Analyyttisen lähestymistavan ansiot kohdistuvat erityisesti tutkimusprosessin ensimmäisiin vaiheisiin, joissa on kysymys ongelmien esiin saamisesta ja kysymyksenasettelun täsmentämisestä.⁸⁷ Analyyttinen lähestymistapa onkin hyvä lähtökohta sivullissitovuutta koskevien ongelmien ratkaisemisessa.⁸⁸

Oikeusasema-analyysi on merkinnyt sekä kollisioiden tarkastelua että niiden ratkaisemista oikeussuhteittain. Tämä on puolestaan aiheuttanut tiettyä pirstaloitumista. Tavoiterationaalisuus ja sen toteuttamiseen tähtäävät oikeuspoliittiset argumentit edellyttävät tietynlaista kokonaisvaltaista tarkastelua analyysin ohella. Argumentoinnissa on syytä antaa merkitystä synteisille eli ottaa huomioon oikeusvaikutukset myös muissa kuin tarkasteltavana olevissa oikeussuhteissa, vaikka ongelman erittelyssä ja kysymyksenasettelussa oikeussuhteita tarkasteltaisiinkin eriytyneinä. Muissa oikeussuhteissa saavutetun ratkaisun huomioon ottaminen oikeuspoliittisena argumenttina kollisiota ratkaistaessa ei ole ristiriidassa sen kanssa, että ongelma eritellään ja kysymys asetetaan analyyttisen tutkimustavan tradition mukaisesti. Sen voidaan päin vastoin nähdä täydentävän argumentaatiota, jonka kehittäminen ei ole ollut analyyttisen tutkimustavan painopisteessä.

Kokonaisvaltaista arviointia on pidetty perusteltuna eräiden oikeuksien sivullissitovuutta harkittaessa. Esimerkiksi ruotsalaisessa kirjallisuudessa on usein tuotu esiin, että eritelty kollisionratkaisut, joissa oikeuden sitovuuteen suhtaudutaan eri tavoin eri henkilösuhteissa, saattavat johtaa epätarkoituksenmukaisiin lopputuloksiin. Tarkoituksenmukaiseen lopputulokseen pääsemiseksi on oikeuspoliittisin argumentein puollettu kollisionratkaisujen kytkemistä yhteen.⁸⁹ Se tarkoittaa, että ellei oikeussuojaa myönnetä yhdessä suhteessa, sitä ei ole perusteltua myöntää myöskään toisessa oikeussuhteessa. Oikeuspoliittisena argumenttina kollisionratkaisujen yhteen kytkemiselle on ollut se, että vain osittain sivullissitovan oikeuden ei ole nähty tuottavan sen haltijalle riittävää suojaa, jotta se voisi täyttää sille asetetun tehtävän ja olisi tarkoituksenmukainen. Niinpä on nähty olevan syytä evätä tämän suoja kokonaan, koska sitovuus-

⁸⁶ Kuten tunnettua, meillä omistusoikeuden käsitteen hajottelu eri elementteihin perustuu *Zittingin* tutkimuksiin, ks. *Zitting* 1951 erit. s. 25–46. Omistusoikeuden nähdään koostuvan omistajan hallintaoikeudesta, omistajan kompetenssista ja omistajan nauttimasta dynaamisesta suojasta.

⁸⁷ Ks. *Zitting* JJ 1989 erit. s. 426, jossa hän jakaa tutkimusprosessin kolmeen vaiheeseen: (1) ongelmien esiin saamiseen sekä käsitteisiin ja ajatteluun sisältyvien epäselvyyksien havaitsemiseen (problemointiin), (2) käsitteiden ja kysymyksenasettelujen täsmentämiseen tapahtuneen erittelyn pohjalta (explicatio) ja (3) vastausten kriittiseen arvosteluun ja perustelemiseen (argumentaatioon). *Zittingin* mukaan analyttinen lainoppi on kiinnittänyt erityistä huomiota juuri tutkimusprosessin kahteen ensimmäiseen vaiheeseen.

⁸⁸ Ks. myös *Kartio* 1997 s. 113–115 ja erit. s. 122: ”— tämä jäsennosty (analyttisen siviilioikeuden sivullissuhde-erittely ja sivullissuhteiden erottelu etenevän ja takautuvan sivullissuhteen käsitteiden avulla, *ETS:n* lisäys) selkiyttää sivullissuhteiden tarkastelua. Se auttaa kollisioiden hahmottamista ja tarpeellista erottamista toisistaan. Kun tutkimuskohteena on *sivullisen* asema, tarkastelua ei myöskään voida aloittaa ’jokseenkin vapaasti tuloksiaan argumentoivaa’ tutkimustapaa käyttämällä. On lähdeittävä liikkeelle ongelmien johdonmukaisesta jäsentämisestä.”

⁸⁹ Tosin yhteen kytkemistä on saatettu perustella myös vanhaan käsitelainopilliseen traditioon ja esine- ja velvoiteoikeuden jakoon nojautuen.

desta johtuu aina epävarmuustekijöitä vaihdannan muihin osapuoliin nähden.⁹⁰ Meillä vastaavaan problematiikkaan on kiinnittänyt huomiota *Tuomisto*. Hän on etenkin vakuusoikeuksien osalta korostanut, että oikeusasema-analyysin ohella lopputuloksen osalta on merkitystä myös synteessillä eli sillä, syntykö analyysin pohjalta tehtyjen erillisratkaisujen pohjalta toimiva kokonaisratkaisu. Jotta tällainen toimiva kokonaisratkaisu syntyisi, kollisionratkaisujen kytkemisen yhteen saattaa hänen mukaansa olla perusteltua.⁹¹

Myös tässä tutkimuksessa tulee tarkasteltavaksi, onko kompetenssinrajoitusehtojen sivullisittovuutta suhteessa myöhempään pantinsaajaan harkittaessa perusteltua ottaa huomioon oikeudenhaltijan suojan puuttuminen suhteessa yleiseen velkojatarhaan.

Pyrkimys kokonaisvaltaiseen arviointiin kollisionratkaisujen lopputuloksen osalta on metodiin ja argumentointiin kohdistuvana vaatimuksena samansuuntainen kuin *Pöyhösen* esittämän uuden varallisuus oikeuden pyrkimys juridisen vastuun aiempaa kokonaisvaltaisempaan arviointiin.⁹² Tähän liittyen hän on nostanut uusina varallisuus oikeudellisina käsitteinä esiin *intressitahon*, *toimintaympäristön*, *kokonaisjärjestelyn* ja *riskiposition*. Näillä käsitteillä on merkitystä esimerkiksi pyrittäessä määrittämään oikeudellisten järjestelyjen osapuolten vastuuasemaa.

⁹⁰ Samoin perustein on kritisoitu myös tietoisuuden merkitystä sitovuusperusteena. On todettu, että vain tällaisessa tapauksessa aktualisoituvalla suojalla on oikeuden haltijalle niin vähän merkitystä, että sitä ei ole perusteltua myöntää, koska suojan myöntämisestä vaihdannalle aiheutuvat haitat ovat suurempia kuin siitä koitua hyöty.

⁹¹ *Tuomisto* 1988 s. 137–138, *sama* 1990 s. 10–13 (jossa hän kiinnittää huomiota myös siihen, että eri oikeussuhteiden täysin eriytynyt tarkastelu pitää sisällään oletaman, että normin asettaja ei antaisi esimerkiksi yhtä omistajanvaihdokseen liittyvää oikeusvaikutusta säännellessään mitään merkitystä muille oikeusvaikutuksille), *sama* LM 1991 s. 207–209 ja *sama* 1993 s. 113–115.

Wainio (1997 s. 166–167) on hyödyntänyt Tuomiston ajatuksia tarkastellessaan kysymystä siitä, mitkä oikeustyyppit voivat saada MK 13:4.2:n nojalla suojaa kiinteistön oikeaa omistajaa kohtaan. Hän päätyy ratkaisuun, jonka mukaan suojaa voivat saada panttioikeuden lisäksi vain MK 14:1:n mukaan kirjaamiskelpoiset erityiset oikeudet. Ratkaisua hän perustelee johdonmukaisuusperiaatteella eli sillä, että kysymystä ratkaistaessa tulee kiinnittää huomiota myös siihen, miten eri oikeuksien haltijoita kohdellaan muissa henkilösuhteissa. Hänen mukaansa olisi epätarkoituksenmukaista, että oikeus, joka ei nauti kaksoisluovutustilanteissa suojaa primuksena olevaa luovutuksensaajaa kohtaan, saisi suojaa oikeaa omistajaa kohtaan. Ks. myös *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 271.

Kokonaisvaltaiseen tarkasteluun liittyvillä näkökohdilla voidaan perustella myös KKO:n argumentaatiota ratkaisussa 1992:168, jossa kiinteistön salaisen omistajan oikeuden sitomattomuutta julkioimistajan ulosmittausvelkoja kohtaan perusteltiin muun muassa sillä, että salaisen omistajan suojaaminen olisi vaikeasti yhdistettävissä siihen, että lainhuudon saaneella kiinteistön omistajalla on kiinteistön luovutus- ja panttauskelpoisuus. *Lohi* on oikeustapauskomentissaan LM 1993 s. 622 kritisoinut argumentaatiota siitä, että kollisionratkaisua perusteltiin antamalla merkitystä sille, mikä on salaisen omistajan suoja toisessa henkilösuhteessa. Voitaisiin kuitenkin ajatella, että argumentaation taustalla on edellä esitettyihin näkökohtiin pohjautuva ajatus, jonka mukaan salaisen omistajan oikeudelta on perusteltua evätä suoja kokonaan, koska oikeus julkioimistajan saantomiestä tai kiinnityspantti velkojaa kohtaan sitomattomana ei tuota haltijalleen riittävää suojaa siihen nähden, että oikeuden osittaisestakin sitovuudesta johtuu epävarmuustekijöitä vaihdannalle ja luotonannolle. Sinänsä paikkansa pitää Lohen toteamus, että salaisen omistajan suojan puuttumisesta julkioimistajan saantomiestä tai kiinnitysvetkojaa kohtaan ei voida tehdä *suoria* johtopäätöksiä julkioimistajan ulosmittausvelkojalle annettavaan suojaan.

⁹² *Pöyhönen* LM 1997 ja *sama* 2000.

Intressitahon käsitteen tunnusmerkit voidaan Pöyhösen mukaan kehittää näkökohdista, joihin perustuvat takaisinsaantilainsäädännön läheisen käsite ja yhtiöoikeudellinen vastuun samastus. Intressitahon käsitteen oikeudellinen relevanssi perustuu siihen, että oikeudessaamme on alettu yhä enemmän suhteellistaa oikeussubjektien erillisyyttä ja annettu merkitystä sille, onko järjestelyssä mukana olleella taholla ja siihen muodollisesti kuulumattomalla taholla olennainen etujen yhteys. Tällöin tietty juridisesti relevanttina pidetty intressiyhteys ikään kuin samastaa muodollisesti erilliset tahot, jolloin muodollisesti yhtä tahoa koskeva oikeussuhde ulotetaan koskemaan myös sen kanssa samaan intressipiiriin kuuluvaa tahoa.⁹³

Toimintaympäristön käsite edellyttää Pöyhösen mukaan, että kulloinkin käytettävää oikeudellista instituutiota tarkastellaan aina tietyn luonteenomaisen toimintatavan muotona. Tällöin oikeusinstituution käytön synnyttämiä vastuurakenteita lähdetään jäsentämään oikeudellisesti pitäen silmällä nimenomaan instituution tyypillisiä ja tavanomaisia käyttötapoja kulloisessakin toimintaympäristössä. Yksittäistä tapausta ei tällöin voi ratkaista kiinnittämättä sitä johonkin toimintaympäristöön, jonka valossa tapauksesta pelkistyvät sen oikeudellisesti merkitykselliset piirteet. Toimintaympäristö liittyy toisiinsa muut varallisuusoikeudelliset käsitteet.⁹⁴ Merkityksen antaminen toimintaympäristön käsitteelle merkitsee, että oikeusvaikutusten arviointi voi eriytyä samankin oikeustyyppin osalta eri toimintaympäristöissä.

Kokonaisjärjestelyn käsitteellä voidaan rajata ne seikat, joilla on tilanteen arvioinnissa oikeudellista merkitystä. Kokonaisjärjestelyn käsite kuvaa muutosta aiempaan siinä, että osapuolten vastuuasemaa harkittaessa yksittäisen oikeussuhteen sijasta merkitystä annetaan kokonaisharkinnalle.⁹⁵

Kokonaisjärjestely muodostuu Pöyhösen mukaan eri intressitahoja käsittävän keskinäisen järjestelyn mukaisista riskipositioista. Riskiposition käsite on yhteydessä siihen, millainen käsitys toiminnan normaalista luonteesta on muodostettu. Riskiposition kautta jäsennetty vastuu tai sidonnaisuus perustuu tiettyyn positioon ja tämän position mukaiseen vastuuasemaan. Vastuun arvioinnissa keskeistä on riskiposition säilyttämisen ajatus. Mikäli intressitaho on toiminut niin, että kokonaisjärjestelyssä eri tahojen riskipositiot ovat muuttuneet yksinomaan toimijan riskiposition kannalta edullisella tavalla, riskinjaon muuttuminen saattaa aiheuttaa muuttavan oikeustoimen pitämisen tehottomana siitä kärsineitä kohtaan. Riskiposition yksipuolinen muuttaminen merkitsee, että vaihdannan osapuolten välinen vastavuoroisuus puuttuu.⁹⁶

Tässä tutkimuksessa hyödynnetään ja pyritään myös tarvittavin osin edelleen kehittämään ajatuksia, joiden mukaan varallisuusoikeudellista vastuuta arvioitaessa merkitystä on annettava intressitahon käsitteelle, riskipositioiden säilyttämisen näkökulmalle sekä kokonaisjärjestelyn ja toimintaympäristön huomioon ottamiselle. Näillä taloudellis-juridisen kokonaisjärjestelyn huomioon ottamista korostavilla elementeillä voidaan jäsentää myös oikeuden sivullissitovuuden ulottuvuutta. Kokonaisjärjestelyn huomioon ottaminen sivullissitovuuden osalta ei

⁹³ Pöyhönen LM 1997 s. 538–539, s. 542 ja s. 550–552 sekä sama 2000 s. 173–176.

⁹⁴ Pöyhönen LM 1997 s. 541–547 ja sama 2000 s. 162–169.

⁹⁵ Pöyhönen LM 1997 s. 540–542 ja s. 547–550 sekä sama 2000 s. 169–173.

⁹⁶ Pöyhönen LM 1997 s. 542 ja s. 553–559 sekä sama 2000 s. 180–181.

sinänsä ole uusi ajattelutapa. Kokonaisjärjestelyn huomioon ottamista on aiem-
minkin korostettu ennen kaikkea erilaisten vakuusjärjestelyjen oikeudellisessa
arvioinnissa.⁹⁷

1.3. TUTKIMUKSESSA KÄYTETTÄVISTÄ KÄSITTEISTÄ

Mikäli tutkimuksessa käytetään käsitteitä, jotka poikkeavat vallitsevasta juridises-
ta kielenkäytöstä, tai mikäli muutoin on tarpeen, käsitteet selvitetään yleensä
asianomaisissa yhteyksissään. Seuraavassa esitetään kuitenkin eräitä tutkimukses-
sa käytettäviä keskeisiä käsitteitä.

Staattisen ja dynaamisen varallisuus oikeuden mallit. Staattisen varallisuusoi-
keuden mallilla tarkoitetaan tilaa, jossa vaihdanta ei ole laajamittaista ja jossa
omaisuuden arvo perustuu mahdollisuuteen käyttää sitä faktisesti tuotantovälinee-
nä. Tällöin omaisuudella on keskeisesti *käyttöfunktio*. Omistusoikeuden keskeisin
oikeutus on omistajan hallintaoikeus, joka mahdollistaa omaisuuden tosiasiallisen
käytön. Käyttöoikeuksilla on keskeinen merkitys. Koska omaisuudesta hyödytään
ennen kaikkea käyttämällä, ei vaihtamalla sitä, staattinen suoja on keskeinen
omistajan suojamuoto. Koska vaihdanta ei ole laajamittaista, erilaisten sidonnai-
suuksien pysyvyyden rajoittamisella vaihdannassa ei ole erityisen korostettua
asemaa.

Omistajan hallintaoikeutta eli omistajan tosiasiallista (faktista) määräämisval-
taa omaisuuteensa on pidetty ensisijaisena ja tärkeimpänä omistajan oikeutuk-
sena. Omistajan kompetenssia eli omistajan oikeudellista määräämisvaltaa
omaisuuteensa on pidetty vasta toissijaisena omistajan asemaan liittyvänä
oikeutuksena. Kompetenssissa on nähty olevan kyse omistajan hallintaoikeutta
koskevasta määräämisvallasta ja sen on katsottu pääsääntöisesti kuuluvan hal-
lintaoikeuden subjektille.⁹⁸ Näkemys on staattisen varallisuus oikeuden mallin
mukainen.

⁹⁷ Esimerkkeinä voidaan mainita muun muassa edellä viitatu *Tuomiston* esittämät näkemykset
kollisionsratkaisujen kytkemisestä yhteen tai vaikkapa kiinteistöleasingjärjestelyyn liittyvien eri
sopimusten oikeusvaikutusten tarkastelu yhtenä kokonaisuutena (ks. *Tammi-Salminen* LM 2000a
s. 362 viitteineen). Kokonaisjärjestelyn huomioon ottaminen oikeudellisessa argumentoinnissa on
noussut esiin tarkoituksenmukaisiin lopputuloksiin pääsemiseksi nimenomaan erilaisten uudentyy-
pisten vakuusjärjestelyjen osalta (kiinteistöleasingin lisäksi voidaan mainita esimerkiksi factoring ja
arvopaperistaminen). Tämä johtuu ennen kaikkea siitä, että normit, jotka määrittävät ja ohjaavat
toimintaa näiden vakuusjärjestelyjen kohdalla, ovat syntyneet alunperin erilaiseen toimintaympäris-
töön. Myös esimerkiksi ratkaisu KKO 1997:146 ilmentää, että oikeuskäytännössä on hyväksytty
uudessa varallisuus oikeudellisessa ajattelussa korostettujen näkökohtien, kuten kokonaisjärjestelyn
ja toimintaympäristön merkitys oikeustoimen sivullisittavuuden arvioinnissa. Ks. myös *Tepora* LM
1998 s. 779.

⁹⁸ Ks. *Zitting* 1951 s. 25–46.

Dynaamisen varallisuusosoikeuden mallilla tarkoitetaan tilaa, jossa vaihdanta ja luotonanto on laajamittaista ja jossa omaisuuden arvo ei enää perustu sen tosiasialliseen käyttämiseen vaan sen taloudelliseen hyödyntämiseen. Käyttöfunktion sijasta omistusoikeuden keskeinen funktio on *vaihdantafunktio*. Omistajan hallintaoikeuden sijasta omistusoikeuden keskeisin oikeutus on omistajan kompetenssi, joka mahdollistaa omistajalle sekä mahdollisuuden hyötyä omaisuutensa arvonnoususta että saada lisää pääomaa käyttämällä omaisuuttaan luoton perustana. Dynaamisen varallisuusosoikeuden mallissa myös arvo-oikeuksien ja erityisesti esinevakuusosoikeuksien merkitys kasvaa. Vaihdamman vilkastuessa merkitystä saa se, että ainoastaan yhteiskunnallisesti tarkoituksenmukaiset sidonnaisuudet pysyvät omaisuuden vaihdannassa.⁹⁹ Samalla dynaamisesta suojasta tulee aiempaa tärkeämpi omaisuuden arvolle.¹⁰⁰ Nykyistä varallisuusosoikeuden mallia voidaan luonnehtia dynaamisen varallisuusosoikeuden malliksi.¹⁰¹

Siirtymä staattisen varallisuusosoikeuden mallista dynaamisen varallisuusosoikeuden malliin ei välttämättä merkitse, että käsitteellisellä tasolla luovuttaisiin edellä esitetystä *Zittingin* ajatuksesta, jonka mukaan hallintaoikeus on primäärioikeus ja kompetenssi sekundäärioikeus. Vaikka varallisuusosoikeuden mallin voidaankin yleisellä tasolla nähdä muuttuneen staattisesta dynaamiseksi, omaisuudella saattaa kuitenkin olla eri tilanteissa ja eri henkilötahoille erilainen funktio. Sekä mahdollisuudella käyttää omaisuutta tosiasiallisesti että mahdollisuudella oikeudellisesti määrätä siitä ja hyötyä omaisuuden arvosta saattaa olla keskeinen merkitys.¹⁰² Vaihdamman osapuolet voidaankin jakaa kahteen ryhmään sillä perusteella, kumpi omaisuuden funktioista on heille ensisijainen.¹⁰³ Riippumatta siitä, mikä funktio on ensisijainen, omaisuuden arvo vaihdannassa perustuu viime kädessä usein kuitenkin siihen, että joku haluaa käyttää omaisuutta tosiasiallisesti.

⁹⁹ Esimerkiksi jaetun omistuksen katoaminen voidaan liittää omistusoikeuden keskeisen funktion muuttumiseen staattisesta käytöstä dynaamiseen vaihdantaan, ks. lähemmin *Paasto* 1994. Vrt. *Zitting* JFT 1952 s. 314–325.

¹⁰⁰ Ks. *Zitting* LM 1954 s. 615 ja s. 621–622. Täydellisen sivullissuojan tärkeyttä on korostettu etenkin vakuusosoikeuksien osalta, ks. *Tuomisto* esim. 1993 s. 114. *Håstad* 1996 s. 429 on korostanut täydellisen sivullissuojan tärkeyttä myös muiden oikeuksien osalta.

¹⁰¹ Ks. *Kartio* JJ 1981 s. 61, *sama* JJ 1985 s. 146–147 sekä *sama* 1991 s. 52–53 ja s. 161. Ks. myös *J. Tolonen* Oikeus 1973 s. 17–19 ja lisäksi *Tepora* 1984 s. 273 ja *sama* LM 1995 s. 1233.

Taloudellisen arvon merkityksen lisääntyminen on luonut myös paineita esineoikeuden esineen käsitteen muuttamiseen koskemaan aineellisten kohteiden lisäksi myös aineettomia varallisuusarvoisia oikeuksia. *Havansi* on korostanut esineen käsitteen laajentamista edellä kuvatulla tavalla. Hän käyttääkin esineen sijasta termiä *varallisuusobjekti*. Ks. keskustelusta lähemmin *Havansi* 1975 s. 420–430 ja s. 547–552 ja *sama* 1992a s. 77 sekä *Kartio* JJ 1990 s. 53–54, *sama* JJ 1991 s. 193–194 ja *sama* 1991 s. 50–53 ja s. 158–159. Ks. lisäksi *Tepora* OTJP 1988 s. 306.

¹⁰² Ks. myös *Tepora* 1984 s. 273.

¹⁰³ Esimerkiksi *Tepora* (LM 1995 s. 1233 ja LM 1998 s. 774–788) on erotellut vaihdannassa henkilötahon, jolle kohteen käyttö on tärkeää, ja tahon, jolle sen arvosta hyötyminen on tärkeää. Edellisiä hän on nimittänyt perusoikeudenhaltijoiksi. Jälkimmäiseen ryhmään kuuluvat sijoittajat ja näiden luotonantajat. Teporan mukaan kollisioiden ratkaisuihin tulisi antaa merkitystä näille erilaisille rooleille, kun kollisioissa on vastakkain tällaisia erilaisia etutahoja edustavia osapuolia. Ks. myös *Vinding Kruse* 1951 erit. s. 105–106 sekä *Kartio* JJ 1985 s. 150–151 ja *sama* LM 1998 s. 1061, jossa hän hyväksyy Teporan ajatuksen.

Forssell on tuonut esiin myös ajatuksen, että vaihdantafunktio olisi menettänyt merkitystään *rahoitusfunktio*lle. Tällä hän on katsonut olevan merkitystä siinä suhteessa, että aikaisemmin käyttöoikeudet olivat usein lyhytaikaisia ja niiden kohteena oli vähäarvoinen omaisuus, minkä vuoksi käyttöoikeuksien sivullissitovuuden puuttumisesta ei aiheutunut suuria vahinkoja. Nykyisin taas käyttöoikeudet ovat pitkäaikaisia ja niiden kohteena saattaa olla arvokasta omaisuutta, minkä vuoksi niiden sivullissitomuudesta voisi aiheutua merkittävää vahinkoa.¹⁰⁴

Forssell on nähdäkseen katsonut vaihdantafunktion muuttumisella rahoitusfunktioiksi olevan merkitystä siinä, että oikeuksien sivullissitovuus joudutaan arvioimaan uudelleen. Kun käyttöfunktion muuttuminen vaihdantafunktioksi merkitsi sivullissitovuuden rajoittamista, niin vaihdantafunktion muuttuminen rahoitusfunktioiksi merkitsee, että sivullissitovuutta on jälleen vahvistettava joidenkin oikeuksien osalta.

Tarkoituksenmukainen oikeus. Tutkimuksessa on omaksuttu dynaamisen varallisuus-oikeuden mallin mukainen käsitys, jonka mukaan oikeuden tarkoituksenmukaisuudella on merkitystä arvioitaessa oikeuden sitovuutta sivullissuhteissa. Vain silloin, kun oikeus ja siitä aiheutuvat sivullisten sidonnaisuudet ovat tarkoituksenmukaisia, oikeudelle on perusteltua myöntää sivullissitovuus. Siten sillä, perustaako luotonsaajan panttauskompetenssinrajoitus luotonantajalle tarkoituksenmukaisen oikeuden vai ei, on tutkimuksessa keskeinen merkitys etenkin (1) argumentoitaessa lähtökohtaisen kollisionratkaisuperiaatteen valintaa aukkotilanteessa ja (2) harkittaessa sekunduksen tietoisuuteen perustuvaa poikkeamismahdollisuutta silloin, kun kollisioon sovelletaan lakiin perustuvaa sitomattomuussääntöä.

Kuten jäljempänä lähemmin esitetään, jos primuksen oikeus on tarkoituksenmukainen, aukkotilanteessa on perusteltua, että kollisio ratkaistaan aikaprioriteettiperiaatteen perusteella. Jos primuksen oikeus on epätarkoituksenmukainen, kollisio on perusteltua ratkaista sitomattomuusperiaatteen perusteella. Silloin, kun kollisioon sovelletaan lakiin perustuvaa sitomattomuussääntöä, on perusteltua, että tästä lähtökohdasta voidaan poiketa seuraajan tietoisuuden perusteella, jos oikeus on tarkoituksenmukainen. Jos oikeus ei ole tarkoituksenmukainen, on perusteltua, että lähtökohdasta ei voi poiketa.

Tarkoituksenmukainen oikeus on kokoava *apukäsité* sellaiselle oikeudelle, jonka on oikeuspoliittisin perustein syytä saada suojaa sivullissuhteissa. Oikeus(tyyppi) on tarkoituksenmukainen, kun se on hyödyllinen tuotannon, vaihdannan ja luo-

Vrt. tätä rooliajattelua vaihdantasuhteiden osapuolten mahdollisen erilaisen aseman huomioon ottamista korostavan sosiaalisen siviilioikeuden rooliajatteluun. Ks. siitä erit. *Wilhelmsson* 1987, joka on eritellyt erilaisia heikomman suojarooleja muodollisiin, funktionaalisiin ja henkilöllisiin rooleihin. Muodolliset suojaroolit perustuvat oikeussuhteen lajiin, funktionaaliset osapuolen toiminnan tarkoitukseen markkinoilla ja henkilölliset roolit osapuolten henkilökohtaisiin ominaisuuksiin. Sosiaalinen siviilioikeus korostaa erityisesti henkilöllisiä, tarveorientoituneita rooleja. Teporan roolijako perustuu puolestaan pikemminkin kollision osapuolten funktionaalisiin rooleihin.

¹⁰⁴ *Forssell* 1976 s. 164 ja s. 219. Ks. myös *Håstad* 1996 s. 434–435.

tonannon edistämisen kannalta. Oikeuden pysyvyys on tällöin perusteltu ja siitä johtuva sivullisten sidonnaisuus ei ole epätarkoituksenmukainen.¹⁰⁵ Sitovuudesta koituvat hyödyt ovat tällöin siitä aiheutuvia haittoja suuremmat. Oikeuden tarkoituksenmukaisuuden ja samalla sen sitovuuden arviointi tapahtuu punnitsemalla keskenään paitsi yleisiä yhteiskunnallisia, taloudellisia ja sosiaalisia näkökohtia myös oikeuden sitovuuden vaikutuksia sopimuksen osapuolten ja sivullisten asemaan.¹⁰⁶

Sivullissitovuuteen vaikuttava oikeuksien jako tarkoituksenmukaisiin ja epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin vastaa eräissä suhteissa meillä *Teporan* tekemää jakoa vahvoihin ja heikkoihin oikeuksiin silloin, kun jako on tehty oikeuden reaalis-taloudellisen käyttöarvon perusteella. Tepora on käyttänyt vahvojen ja heikkojen oikeuksien jakoa yleisesti kuvaamaan oikeudet esine- ja velvoite-oikeuksiksi jakaneen ajattelutavan vaikutuksia oikeuksien sivullissitovuudelle. Jakoa oikeuden reaalis-taloudellisen käyttöarvon perusteella hän on käyttänyt selitystapana lähtökohtaisen kollisionsratkaisuperusteen määräytymiselle tietyn tyyppisissä omistajanvaihdosta koskevilla kollisioissa. Vahvoilla oikeuksilla Tepora tarkoittaa oikeuksia, joiden osalta kollisiossa sovelletaan lähtökohtaista sitovuusperiaatetta, ja heikoilla oikeuksilla oikeuksia, joiden osalta sovelletaan lähtökohtaista sitomattomuusperiaatetta.¹⁰⁷ Jakoperusteen osalta *Teporan* jako on samankaltainen kuin tässä tutkimuksessa käytettävä jako. Molemmassa jako perustuu oikeuspoliittisin (käytännöllis-rationaalisin) perustein tehtävään intressien vertailuun siitä, onko oikeuden perusteltua saada suojaa kollisioissa. Jaoille on yhteistä myös se, että ne voivat muuttua aina sen mukaan, millainen taloudellinen merkitys kullakin oikeustyyppillä yhteiskunnassa on.

Oikeuksien jako tarkoituksenmukaisiin ja epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin eroaa *Teporan* jaosta vahvoihin ja heikkoihin oikeuksiin siinä, kuka tekee intressipunninnan oikeuksien suojan tarpeesta. *Teporan* jaottelussa oikeuden vahvuus tai heikkous perustuu *lainsäätäjän* tekemään valintaan oikeuden sitovuudesta ja siten *lainsäätäjän* suorittamaan intressipunnintaan oikeuksien reaalis-taloudellisesta käyttöarvosta. Tämän tutkimuksen terminologiaan sovellettuna se tarkoittaisi, että oikeus on tarkoituksenmukainen, jos *lainsäätäjä* on pitänyt sitä tarkoituksenmukaisena, ja epätarkoituksenmukainen, jos *lainsäätäjä* on pitänyt sitä epätarkoituksenmukaisena.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Ks. *Tuomisto* 1993 erit. s. 63–66. *Tuomisto* puhuu tässä yhteydessä oikeuksien ja sidonnaisuuksien yhteiskunnallisesta tarkoituksenmukaisuudesta ja epätarkoituksenmukaisuudesta.

¹⁰⁶ Esimerkkinä tällaisesta punninnasta ks. esim. omistuksenpidätyssehdon osalta *Tuomisto* 1988 s. 93–138.

¹⁰⁷ *Tepora* 1984 s. 123–124 ja s. 128–134 ja s. 138. Tepora on saanut jaotteluunsa virikkeitä *Hessleriltä* (1973 erit. s. 277), joka on jakanut erityiset oikeudet (rajoitetut esineoikeudet) vahvoihin ja heikkoihin erityisiin oikeuksiin. *Hesslerillä* vahvat erityiset oikeudet ovat oikeuksia, jotka voivat saada joko täydellistä tai osittaista sivullissuojaa, ja heikot erityiset oikeudet oikeuksia, jotka eivät lainkaan voi saada suojaa sivullissuhteissa.

¹⁰⁸ Jos *lainsäätäjä* on pitänyt oikeutta tarkoituksenmukaisena, oikeus voi lain mukaan sitoa sivullisia. Jos *lainsäätäjä* ei ole pitänyt oikeutta tarkoituksenmukaisena, oikeus ei lain mukaan sido sivullisia.

Tässä tutkimuksessa oikeuksien jako tarkoituksenmukaisiin ja epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin ei perustu yksinomaan lainsäätäjän tekemään intressipunnintaan. Tarkoituksenmukaisuusharkinnan voi suorittaa myös *tutkija* oikeuspoliittisten näkökohtien perusteella. Oikeuden tarkoituksenmukaisuutta arvioidaan tällöin irrallaan lainsäätäjän oletuksista. Tällöin ensisijaisena tarkoituksena ei ole käyttää jakoa selitystapana lähtökohtaisen kollisionratkaisuperusteen määräytymiselle, kuten Tepora on tarkastelussaan tehnyt. Oikeuksien jaolla tarkoituksenmukaisiin ja epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin on sen sijaan merkitystä yhtäältä arvioitaessa kriittisesti lainsäädännön sisältämiä ratkaisuja ja toisaalta argumentoitaessa oikeuden sivullissitovuudesta tilanteessa, jossa ratkaisua ei voida perustaa suoraan lain kollisionratkaisusääntöön ja lainsäätäjän suorittamaan valintaan oikeuden tarkoituksenmukaisuudesta.¹⁰⁹ Tästä tarkastelutavasta seuraa, että tilanteissa, joissa lainsäätäjä on tehnyt nimenomaisen valinnan, tutkijan käsitys oikeuden tarkoituksenmukaisuudesta tai epätarkoituksenmukaisuudesta ei välttämättä vastaa lainsäätäjän valintaa. Oikeutta voidaan siten pitää tarkoituksenmukaisena, vaikka lainsäätäjä olisikin arvostanut oikeuden ja sen sitovuuden toisella tavalla. Tämä ei kuitenkaan voi johtaa lainsäätäjän kannan vastaisesti oikeuden sivullissitovuuteen *de lege lata* vaan suosituksiin *de lege ferenda*.

Oikeuden tarkoituksenmukaisuus esiintyykin tutkimuksessa kahdessa eri merkityksessä. Yhtäältä tarkoituksenmukaisuutta voidaan arvioida ilman lainsäätäjän asettamia rajoja. Näin on, kun oikeuden tarkoituksenmukaisuutta arvioidaan oikeuspoliittisesti tai kun lainsäätäjä ei ole esittänyt kannanottoa oikeuden tarkoituksenmukaisuudesta. Toisaalta oikeuden tarkoituksenmukaisuutta on arvioitava lainsäätäjän asettamissa rajoissa: on tarkasteltava, onko lainsäätäjä pitänyt oikeutta tarkoituksenmukaisena. Näin on silloin, kun esitetään tulkintasuosituksia tilanteessa, jossa lainsäätäjä on ottanut oikeuden tarkoituksenmukaisuuteen kantaa.

Tutkijan suorittamaan oikeuden tarkoituksenmukaisuuden ja samalla sivullissitovuuden ulottuvuuden arviointiin voi kuitenkin vaikuttaa lainsäätäjän suhtautuminen oikeuden sitovuuteen jossakin muussa yhteydessä. Jos oikeus ei lain mukaan voi saada suojaa yhdessä suhteessa, saattaa olla, että oikeuden ei ole myöskään perusteltua saada suojaa jossakin toisessa suhteessa, koska oikeuden tarkoitus ei voi toteutua puutteellisen suojan vuoksi. Tällöin puutteellisesta suojasta yhdessä henkilösuhteessa aiheutuisi enemmän haittaa kuin hyötyä ja sidonnaisuus olisi epätarkoituksenmukainen.

Oikeuden tarkoituksenmukaisuuteen perustuvan sitovuuden taustalla on oletettava, että oikeuden sivullissitovuus on oikeuden tarkoituksen toteutumisen edellytys. On kuitenkin mahdollista, että (1) oikeuden tarkoituksen toteuttaminen ei edellytä, että se sitoisi sivullisia tai että (2) vain osittainenkin sitovuus riittäisi oikeuden tarkoituksen toteuttamiseen. Tällöin (1) oikeus voi olla tarkoituksenmu-

¹⁰⁹ Aukkotilanne ei suoraan kerro lainsäätäjän asennoitumisesta oikeuden tarkoituksenmukaisuuteen.

kainen, mutta sille ei silti ole perusteltua myöntää sivullissitovuutta. Samoin voi olla mahdollista, että (2) osittainen sitovuus ei ole epätarkoituksenmukainen sitovuus.

Käytännössä oikeuksien tarkoituksenmukaisuutta tai epätarkoituksenmukaisuutta on vaikea määrittää. Tällöin keskeisen merkityksen saa se, oletetaanko oikeudet lähtökohtaisesti tarkoituksenmukaisiksi vai epätarkoituksenmukaisiksi. Myös tämän lähtökohdan valinta perustuu viime kädessä tutkijan omiin arvoituksiin.

Tehokas vaihdanta, rehellinen vaihdanta ja reilu vaihdanta. Kuten jo edellä on todettu, tässä tutkimuksessa vaihdannan intressin käsite on purettu niin, että sen katsotaan pitävän sisällään vaatimuksen *tehokkaan ja rehellisen* vaihdannan edistämistä ja suojaamisesta. Kuten myös jo todettiin, tehokkaan ja rehellisen vaihdannan edistäminen ja suojaaminen on oikeuspoliittinen näkökohta, jota voidaan käyttää ratkaisun yhtenä perusteena ja perusteluna. Tehokkaan ja rehellisen vaihdannan edistäminen ja suojaaminen on myös tavoite ja arvo, jota varallisuus oikeuden keskeisillä periaatteilla pyritään toteuttamaan.¹¹⁰

Tehokkaalla vaihdannalla tarkoitetaan yhtäältä *tarkoituksenmukaista* vaihdantaa ja toisaalta *aktiivista* ja *huolellista* vaihdantaa. Tarkoituksenmukaisen vaihdannan edistämällä ja suojaamisella tarkoitetaan sitä edellä esitettyä näkemystä, että kollisiotilanteessa (vain) tarkoituksenmukaiset sidonnaisuudet pysyvät eli vain tarkoituksenmukaiset oikeudet sitovat. Aktiivisen vaihdannan edistämällä tarkoitetaan lähtökohtaa, jonka mukaan oikeutensa toteuttamiseen ensiksi ryhtyvää suojataan. Aktiivisen vaihdannan edistämisen ajatukseen liittyy kuitenkin myös se, että ensiksi oikeutensa toteuttamiseen ryhtyvän on turvattava oikeuttaan riittävän aktiivisesti, jotta häntä suojattaisiin suhteessa myöhempään oikeudenhaltijaan. Huolellisen vaihdannan edistämällä tarkoitetaan ensinnäkin, että vaihdantatilanteessa ainoastaan riittävän huolellisesti toiminutta henkilöä suojataan. Vaihdantaan osallistuvilla on siten velvollisuus ottaa selvää muiden vaihdantaan osallistuvien henkilöiden oikeuksista, jotka kohdistuvat vaihdannan kohteeseen. Toiseksi huolellisen vaihdannan edistämällä tarkoitetaan, että vaihdantaan osallistu-

¹¹⁰ Tehokkaan ja rehellisen vaihdannan edistäminen vaihdannan intressin sisältönä näyttää olevan yhdensuuntainen myös valtiosäännön tavoitteita ilmentävän PL 1.2 §:n kanssa, joka lisäksi toimii perusoikeussäännösten tapaan ja niiden kanssa vuorovaikutuksessa säännösten tulkintaperusteena. Sen mukaan valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet sekä edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa. *Jyrängin* (2000 s. 60–61, ks. myös s. 52–54) mukaan säännöksessä on yleisesti ja rinnakkain ilmaistuna liberaalinen ja sosiaalinen periaate, sekä liberaalisen että hyvinvointivaltion idea. Hänen mukaansa perustuslainsäätäjällä on PL 1.2 §:ssä osoittanut hyväksyvänsä näiden molempien mallien rinnakkaisen kehittämisen.

Suhtautuminen vaihdantaan on liberaalisen valtion mallissa vaihdannan vapauden turvaamista. Vaihdantaan osallistuvilla jätetään suuri toimintavapaus oikeusjärjestyksen puitteissa. Hyvinvointivaltion mallissa luodaan sosiaalista turvallisuutta. Valtio voi puuttua talouselämän kulkuun pyrkien pehmentämään markkinataloudesta yksityisille johtuvia haittoja ja parantamaan yksityisen talous- ja liike-elämän toimintaedellytyksiä.

villa on velvollisuus huolehtia riittävästi myös oman oikeusasemansa turvaamisesta. Tältä osin huolellisen ja aktiivisen vaihdannan edistämisen vaatimukset tulevat hyvin lähelle toisiaan.

Aktiivisen ja huolellisen vaihdannan edistäminen merkitsee tässä esitetyssä muodossaan transaktiokustannusten syntymistä vaihdantaan osallistuville. Kustannuksia syntyy oikeuden turvaamisesta ja oikeutta koskevasta selvennystä. Toisaalta kun vaihdannan osapuolilta edellytetään vain riittävää aktiivisuutta ja huolellisuutta, esimerkiksi aktiivisuutta oikeuden turvaamisessa voidaan ajatella edellytettävän ainoastaan siihen rajaan asti kuin siitä koitua kokonaisuhyöty ylittää siitä oikeudenhaltijalle aiheutuvat kustannukset. Aktiivisuuden edellyttäminen oikeuden turvaamisessa voikin vähentää kokonaiskustannuksia, koska se selkeyttää oikeuden havaitsemista ja siten vähentää vaihdantaan osallistuvien selvennyskustannuksia.¹¹¹ Tehokas vaihdanta ei tässä tarkoitettu merkityksessä ole kuitenkaan tarkoitettu synonyymiksi taloudelliselle tehokkuudelle oikeustaloustieteessä ymmärretyssä merkityksessä, jolloin varallisuus-oikeuden keskeiseksi tehtäväksi tai tavoitteeksi nähtäisiin transaktiokustannusten minimointi.

Rehellen vaihdannan edistämällä tarkoitetaan, että toisen oikeutta loukkaavaa tai siihen välinpitämättömästi suhtautuvaa ei vaihdannassa suojata. Toisin sanoen rehellen vaihdannan edistämällä tarkoitetaan, että vaihdannassa suojataan ainoastaan toisen oikeutta kunnioittavaa ja huomioon ottavaa.

Kuten jo edellä on esitetty, tehokkaan vaihdannan edistäminen ja rehellen vaihdannan edistäminen ovat osin ristiriitaisia tavoitteita. Tehokkaan vaihdannan edistämisen taustalla on ajatus vaihdannan subjektien toimintavapaudesta, rehellen vaihdannan edistämisen taustalla puolestaan vaatimus subjektien toimintavapautta rajoittavasta olemassa olevien oikeuksien ja sopimusten kunnioittamisesta. Kollisionratkaisun lopputulos saattaa siten riippua siitä, kumpaa näkökohtaa painotetaan enemmän. Toisaalta samaa lopputulosta voidaan perustella sekä tehokkaan vaihdannan että rehellen vaihdannan painottamista näkökohdista, tosin hieman eri perustein.¹¹²

Viime kädessä nämä tavoitteet on suhteutettava optimaalisesti toisiinsa nähdessä. Yhteensovittamisen tulosta kutsutaan tässä reiluksi vaihdannaksi.¹¹³ Sen taustalla on ajatus, että tehokas vaihdanta edellyttää toteutuakseen myös rehellistä vaihdantaa: muiden vaihdantaan osallistuvien subjektien intressien huomioon ottaminen on välttämätöntä myös tehokkaan vaihdannan edistämiseksi. Reilun vaihdannan

¹¹¹ Ks. myös Tuomisto 2000 s. 93.

¹¹² Ks. samansuuntaisesti sopimusoikeuden periaatteiden ristiriitaisten arvonäkökohtien osalta H. Tolonen 2000 s. 162.

¹¹³ Reilun vaihdannan käsitteestä ks. myös H. Tolonen 2000 s. 161, jonka mukaan reilu vaihdanta sisältää argumenttina sekä oikeudenmukaiseen vaihdantaan ja riskien jakoon että rationaaliseen, kustannuksia vähentävään ja taloudelliseen tehokkuuteen viittaavan näkökohdan. Tolonen vaikuttaa kuitenkin liittävän tämän argumentin vaihdannan varmuuden (näennäisenä) vastakohtana lähtökohdaisesti oikeudenmukaisuuteen. Tältä osin Tolosen reilun vaihdannan käsite vastannee tässä tutkimuksessa käytettävää rehellen vaihdannan käsitettä.

käsitteelle annetaan erityistä merkitystä tutkimuksen jaksossa III.

Reilun vaihdannan käsite on taustaltaan samansuuntainen kuin *Kartion* hahmottelema ajatus rehellisen ja kunniallisen vaihdannan ideaalimallista.¹¹⁴ Arvioitaessa sopimuksen vaikutuksia kolmanteen keskeisessä asemassa on hyvän tavan mukaisten vaihdannan pelisääntöjen noudattaminen. Tällöin esimerkiksi takautuvan sivullissuhteen seuraantokollisiossa primuksen oikeuden sitovuutta arvioitaessa on annettava oikeuden tarkoituksenmukaisuuden lisäksi merkitystä myös sille, ovatko osapuolet toimineet hyvän tavan vaatimien edellytysten mukaisesti. Lähtökohtaolettamana voidaan pitää, että primuksen (sopimukseen perustuva) tarkoituksenmukainen oikeus sitoo sekundusta, jos sopimus täyttää hyvän tavan vaatimat edellytykset. Toisaalta myös primuksen epätarkoituksenmukainen oikeus sitoo sekundusta, jos sopimus, johon sekunduksen oikeus perustuu, ei täytä hyvän tavan vaatimia edellytyksiä.

Hyvän tavan vaatimusten täyttymistä on arvioitava muun muassa ottaen huomioon toimintaympäristö, johon sopimukset ja oikeudet liittyvät, sopimusten ja oikeuksien mahdollisesti muodostama kokonaisjärjestely sekä kollisio osapuolten suhde toisiinsa. Hyvän tavan vaatimus pitää sisällään myös ajatuksen vaihdannan osapuolilta edellytettävästä vastavuoroisuudesta.¹¹⁵

1.4. RAKENNE

Jakso I muodostaa tutkimukselle kehykset. Tutkimuksen rakenteen esittelyyn päättävän johdannon jälkeen tarkastellaan luotonannon yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten käyttöympäristöä, käyttötarkoitusta ja rajoitusehtojen tarkempaa sisältöä. Tarkastelu muodostaa taustan myöhemmälle kompetenssinrajoitusten oikeusvaikutusten tarkastelulle. Sen aluksi selvitetään kompetenssinrajoitusten käyttöä luotonantajan suojana vakuudettomassa luotonannossa. Tämän jälkeen tuodaan esiin vakuusluotonannon riskitilanteita, joissa luotonantaja saattaa käyttää kompetenssinrajoitusehtoa vakuuden lisäturvana. Tarkoituksena on määrittää tyyppitilanteet, joissa kompetenssinrajoitusehtoa voidaan käyttää, ja niissä esiin tulevat tutkimusteeman osalta keskeiset oikeudelliset ongelmat, joita myöhemmissä jaksoissa käsitellään. Tarkoituksena ei kuitenkaan ole kattavasti kartoittaa kaikkia niitä erilaisia tilanteita, joissa kompetenssinrajoitusehtoja mahdollisesti käytetään. Jakson lopuksi tarkastellaan vielä kompetenssinrajoitusehtojen asemaa varallisuus oikeuksien systeemeissä.

¹¹⁴ Ks. *Kartio* JJ 1997.

¹¹⁵ Vastavuoroisuudesta yhtenä varallisuus oikeudellisiin periaatteisiin liittyvänä, kasvavaa merkitystä saaneena *arvona* ks. *H. Tolonen* 2000 s. 167. Vastavuoroisuuden ilmentymisestä varallisuus oikeudellisissa instituutioissa ks. myös *Pöyhönen* 2000 erit. s. 136–137. Pöyhönen näkee vastavuoroisuuden yhtenä perusoikeusjärjestelmän *sidosperiaatteista* (ks. s. 72), joiden varaan hän on hahmotellut uuden varallisuus oikeuden järjestelmää.

Jaksossa II tarkastellaan ensin yleisellä tasolla kollisionratkaisun perusteita yleisten oppien (kollisionratkaisuperiaatteiden) ja oikeuspoliittisten näkökohtien valossa. Tarkastelun kohteena on (osin hypoteettinen) aukkotilanne. Tarkastelulla on merkitystä yhtäältä myöhemmässä lainsäädännön tulkinnassa ja toisaalta sen kriittisessä arvioinnissa. Kollisionratkaisuperiaatteiden tason tarkastelun jälkeen siirrytään kollisoiden yksityiskohtaiseen tarkasteluun ratkaisusääntöjen tasolla.

Jaksossa III täydennetään jaksoa II lähestymällä kollisionratkaisun perusteita erityisesti hyvän tavan vastaisten oikeustointen ja oikeuden väärinkäytön kieltoihin liittyvien periaatteiden valossa. Jakson lopuksi tarkastellaan esineoikeudellisessa tarkastelussa yleensä sivuutettua mahdollisuutta oikeuteen saada vahingonkorvaus kolmannelta oikeuden sitovuuden sijasta. Mahdollisuutta vahingonkorvaukseen ei yleensä ole käsitelty ilmeisesti siksi, että kollision osapuolten on katsottu haluavan nimenomaan oikeuden tiettyyn kohteeseen. Tässä yhteydessä luotonantaja kuitenkin haluaa suorituksen saatavalleen ja tältä osin hänelle on lähtökohtaisesti samanarvoista, tuleeko oikeus saada suoritus turvatuksi sillä, että vastoin kompetenssinrajoitusta perustettu oikeus ei sido häntä, vai sillä, että kompetenssinrajoitusta rikkoen perustettu oikeus sitoo, mutta oikeudenhaltija on velvollinen korvaamaan vahingon, joka oikeuden sitovuudesta luotonantajalle aiheutuu.

Jaksossa IV tuodaan esiin näkökohtia *de lege ferenda*.

2. Kompetenssinrajoitusten käyttöympäristö, käyttötarkoitus ja sisältö

2.1. KÄYTTÖYMPÄRISTÖ JA KÄYTTÖTARKOITUS

2.1.1. Vakuudeton luotonanto

Vakuuksista kassavirtaan. Luotonsaajan kompetenssinrajoitusehtojen tyypillinen käyttöympäristö on vakuudeton luotonanto. Siinä luottoharkinnan pohjana on ajatus yrityksen kassavirrasta luoton takaisinmaksun takeena. Tämä käyttöympäristö eroaa perinteisestä luotonannosta, joka perustuu pitkälti ajatukseen vakuudesta luoton takaisinmaksun ensisijaisena turvana.¹

Perinteinen vakuuslähtöinen ajattelutapa on oikeudelliselta kannalta perusteltu, sillä mikäli vakuus on tehokkaasti perustettu,² panttivelkojan oikeudellinen asema velallisen maksukyvyttömyyden varalta on vahva. Panttivelkojan luo-

¹ Esimerkkinä ajattelusta, jonka mukaan vakuus on luoton takaisinmaksun keskeinen turva, voidaan mainita aiemman pankkilainsäädäntömme säästö- ja osuuspankeilta edellyttämät turvaavan vakuuden vaatimukset. Kumottujen VSPL 48 §:n ja VOPL 40 §:n mukaan säästöpankit ja osuuspankit saivat pääsääntöisesti antaa luottoa vain turvaavia vakuuksia vastaan.

Nykyään KiinnitysluottopankkiL 1 §:ssä tarkoitettua kiinnitysluottopankin edellytetään lain nojalla ottavan vakuuden. Kiinnitysluottopankki poikkeaa muista luottolaitoksista juuri siinä, että koko sen toiminta rakentuu kiinteistövakuuksien (tai julkisyhteisövakuuksien) käyttöön. Ks. lähemmin *HE 1999:141*. Eräänlainen lakiin perustuva, myös jo toiminnan luonteesta johtuva tosiasiallinen vakuusvaatimus koskee panttilainauslaitoksia, sillä PanttilainaL 2 §:n mukaan lainanottaja ei ole henkilökohtaisesti vastuussa lainasta. Tällöin lainanantaja voi saada suorituksen vain pantista. Myös luottolaitoksille luottoja myöntävällä Suomen Pankilla on Suomen Pankista annetun lain (27.3.1998/214) 7 §:n mukaan oltava luotonannossaan riittävät vakuudet.

Vakuuksien ottamisella on edelleen merkitystä kaikkien luottolaitosten osalta LuottolaitosL 9 luvun luottolaitosten vakavaraisuutta koskevan sääntelyn kautta. Lain 76 §:n mukaan luottolaitosten sijoitukset ja saamiset luokitellaan neljään riskiryhmään. Jakoon vaikuttaa muun muassa saamisista annettu vakuus. Lain 78 §:n mukaan luottolaitokselta vaaditaan sitä enemmän omaa pääomaa, mitä suurempi luottoriski saamisella on. Esimerkiksi LuottolaitosL 76 §:n mukaan IV ryhmään kuuluvien vakuudettomien saamisten osalta LuottolaitosL 78 §:ssä edellytetään luottolaitoksen oman pääoman kattavan 100 prosenttia saamisten kirjanpitoarvosta. Suora vakuusvaatimus on siten korvattu vakavaraisuusvaatimuksella. Vakavaraisuussäännösten tarkistaminen hienojakoisemmaksi on vireillä EU:ssa. Uudistuksessa on tarkoitus ottaa huomioon myös Baselin pankkivalvontakomitean piirissä tehtävä vastaava työ. Ks. neuvotteluasiakirjat *KOM 1999:1123* ja *BCBS 1999*.

Se, että liikepankkien, toisin kuin säästö- ja osuuspankkien, ei aiemminkaan suoraan edellytetty ottavan turvaavaa vakuutta, johtui paitsi niiden toiminnan erilaisesta luonteesta myös juuri niille asetetusta säästö- ja osuuspankkeja tiukemmista vakavaraisuusvaatimuksista. Ks. aiemmasta lainsäädännöstä esim. *Havansi* 1984b s. 293 ja *Erma – Koski* 1985 s. 327–331 ja lainsäädännön muutosprosessista *HE 1989:242* ja *HE 1992:295*. Luottoriskien sääntelyä koskevista kysymyksistä ks. myös *Anttila* 1996 erit. s. 235–249 sekä *Halme* 1999.

² Näistä tehokkuuden edellytyksistä kootusti *Havansi* 1992a s. 56–63.

tonantoon liittyvät riskit kohdistuvat tällöin lähinnä siihen, että pantin taloudellinen riittävyys on osattu arvioida oikein.³ Vakuuslähtöinen ajattelutapa kärjistettynä ei ole kuitenkaan taloudelliselta kannalta perusteltu, sillä se voi johtaa siihen, että luottopäätös perustetaan ainoastaan vakuuskohteen realisointiarvon riittävyyden arviointiin. Tämän vuoksi esimerkiksi luotonsaajan tosiasiallinen kyky suoriutua luoton takaisinmaksusta saattaa jäädä sivuun luoton myöntämisen tai sen epäämisen perusteena.

Kun huomiota kiinnitetään nimenomaan vakuuksien arvon riittävyyteen eikä rahoitettavan hankkeen menestymisen mahdollisuuksiin, useilla luotonsaajilla on riski joutua maksuvaikkeuksiin taloudellisen laskusuhdanteen aikana. Tällöin myös useiden velkojien tarve realisoida luottojen vakuudet saattaa ajankohtaistua samanaikaisesti. Tästä puolestaan voi seurata vakuuksien arvon lasku, jolloin aiemmin turvaavina pidetyt vakuudet eivät enää turvaakaan luotonantajien saatavia.⁴ Tämän vuoksi tehokkaan panttioikeuden tuottama pantinantajaan ja sivullisiin nähden vahva oikeudellinen asema ei aina riitä velkojan aseman turvaamiseen. Nytemmin onkin yhä enenevässä määrin korostettu luottoharkinnan perustamista taaksepäin katsovan vakuuslähtöisen ajattelun sijasta tulevaisuuteen kohdistuvaan kassavirtapohjaiseen ajatteluun.

Kassavirtapohjaisessa ajattelussa harkinnan painopiste ei luottopäätöstä tehtäessä enää ole luotonhakijan olemassa olevan varallisuuden vakuuskelpoisuuden arvioinnissa. Sen sijaan keskeistä on selvittää velallisen tosiasialliset mahdollisuudet maksaa luotto takaisin. Tämä tarkoittaa ensinnäkin sen selvittämistä, millä varoilla – kassavirralla – luoton takaisinmaksu tapahtuu. Toiseksi se tarkoittaa kyseisen kassavirran riskialttiuden arvioimista. Kolmanneksi se tarkoittaa sen selvittämistä, miten tuota kassavirtaa voidaan suojata siihen kohdistuvilta riskeiltä. Kassavirtapohjaisessa luottoharkinnassa keskeiseen asemaan nousee siis velallisen tosiasiallinen kyky luoton takaisin maksamiseen ja tämän kyvyn turvaaminen. Vakuuksien antama turva koetaan tällöin toissijaiseksi.

Tällaista ajattelutapaa kuvaa esimerkiksi Rahoitustarkastuksen yleisohje 105.13 luottoriskien hallinnasta (annettu 30.1.1996, voimassa 1.4.1996 lukien). Sen mukaan luottoriskien hallinnan yleisiin periaatteisiin kuuluu luotonannon peruslähtökohtana, että luotto myönnetään ensisijaisesti rahoitettavan hankkeen kannattavuuden ja asiakkaan velanhoidokyvyn perusteella. Yleisohje edellyttää luottolaitoksen tekevän asiakkaiden riskiluokittelua ja seuranta. Se edellyttää myös luottoanalyysia luottopäätöksen perusteena. Yleisohjeen mukaan

³ Riskin voi jakaa aikariskiin ja realisointiriskiin, *Havansi* 1992a s. 253. Kansainvälisten vakuusjärjestelyjen osalta voidaan puhua myös poliittisesta riskistä tai maariskistä.

⁴ Tuttuna esimerkkinä voidaan mainita pankkien 1990-luvun alun luottotappiot. Niiden on sanottu olleen osittain seurausta vakuuksien riittävyyden arviointiin perustuneesta luotonantopolitiikasta, ks. esim. *Palosuo* Kanava 1994 s. 163–166. Vrt. *Huhtamäki* 1994 s. 84, joka esittää vakuusvaatimuksen poistamisen olleen merkittävin yksittäinen pankkikriisin syntyyn vaikuttanut pankkilainsäädännön muutos. Ks. puolestaan tämän kritiikkiä *Lounatvuori* DL 1994 s. 956–957, joka huomauttaa myös vakuusarvojen heikentymisen vaikutuksista pankkikriisin yhtenä syynä.

luottoa ei pidä pääsääntöisesti myöntää, jos asiakkaalla ei tehdyn luottoanalyysin perusteella ole edellytyksiä maksaa luotto takaisin muutoin kuin vakuuden realisoinnista saatavilla tuotoilla.⁵

Puhtaimmassa muodossaan kassavirtapohjainen näkökulma johtaa täysin vakuudettomaan luotonantoon. Tällöin luotonantopäätös perustuu ainoastaan harkintaan velallisen mahdollisuudesta maksaa luotto takaisin kassavirrallaan. Tällainen kassavirtapohjainen näkökulma ja vakuudeton luotonanto on vallitseva kansainvälisessä yritysrahoituksessa.⁶ Luottopäätös perustuu tällöin siis ainoastaan ennakkoliseen harkintaan luototettavan kohteen taloudellisista kehitysnäköymistä.⁷

Kansainvälisessä yritysrahoituksessa, jossa kassavirtapohjainen rahoitus- ja vakuusajattelu on vallitseva, velkojan riskin kattaminen perinteisin vakuuksin ei käytännössä edes ole mahdollista. Ensinnäkin esinevakuusoikeuksien perustaminen, hallinnointi ja mahdollinen realisointi on tällaisissa olosuhteissa ellei täysin mahdotonta, niin ainakin aikaavievää ja kallista. Luotonsaajat saattavat olla kilpailla luottomarkkinoilla myös niin vahvassa asemassa luotonantajatahoon nähden, että ne voivat kieltäytyä esinevakuusoikeuksien perustamisesta.⁸ Luotonantajan riskin pienentämiseksi on myös näistä käytännön syistä jouduttu kiinnittämään erityistä huomiota luotonsaajan todellisiin kykyihin maksaa luotto takaisin.

Mahdollisena heijastusvaikutuksena erilaisista luotonantostrategioista voidaan nähdä *luottomarkkinoiden jakaantuminen vakuudettomaan ja vakuusluotonantoon*. Jakaantuminen perustuu ensinnäkin *velallisen taloudelliseen tilaan*. Ainoastaan hyvässä taloudellisessa tilassa olevat luotonhakijat voivat saada vakuudetonta luottoa. Kassavirtapohjaista rahoitusta voidaan tällöin käyttää ensinnäkin suurten vakavaraisten yritysten luototukseen (liiketaloudellisesti vahvat asiakkaat). Toisaalta sitä voidaan käyttää myös sellaisten yritysten hank-

⁵ Ks. myös jo *KM 1981:56* s. 4. Ks. lisäksi esim. *Kärävä JJ 1987* s. 249–251 ja s. 256–258 ja *Palosuo Kanava 1994* s. 165. Ks. myös *VM 1996* erit. s. 6 ja s. 16–19 ja *KTM 1996:20*, joissa kassavirtapohjaisen ajattelun korostaminen nähdään keinona helpottaa yritysten luotonsaantia tilanteessa, jossa reaalivakuudeksi kelpaavaa omaisuutta ei ole.

⁶ Ks. esim. *Tennekoon 1991* s. 82: ”The syndicate – – lends on the basis of an expectation to be repaid from the cash flow generated by the borrowing entity from its business operations and those of its subsidiaries rather than from the liquidation of assets.”

⁷ Kassavirtapohjainen ajattelu näkyy myös uudemmissa rahoituksen vakuusmuodoissa, kuten esimerkiksi factoring-rahoituksessa. Siinä vakuuskohde muodostuu juuri yrityksen kassavirrasta, kun rahoitusyhtiö myöntää luottoa yritykselle panttivakuutena olevia yrityksen laskusaatavia vastaan.

Factoring-rahoituksessa vakuudeksi hyväksytyt saatavat ovat kuitenkin yleensä jo olemassa olevia eli ansaittuja. Varsinaisen tulevaisuuden odotuksiin perustuva vakuusluotonanto on kysymyksessä, kun vakuudeksi hyväksytään vasta tulevaisuudessa ansaittava saatava. Tulevaisuudessa ansaittavien saatavien panttaukseen liittyvistä riskeistä factoring-rahoituksen yhteydessä ks. *Tepora JJ 1987* s. 430–431 ja *Tepora – Takki 1994* s. 47–60. Ks. myös *Havansi 1992a* s. 158–160. Ansaitsemattoman saatavan panttaukseen liittyvistä ongelmista ks. myös *Tuomisto 1995* s. 261–267 sekä oikeuskäytännöstä *KKO 1995:133* ja *KKO 1996:113* sekä niiden kommentit *Tammi LM 1996* s. 105–112 ja *Kaisto LM 1996* s. 1246–1260.

⁸ Esinevakuusoikeuksien käytön esteistä kansainvälisessä yritysrahoituksessa ks. *Merkel IBLJ 1987* s. 670–672.

keiden rahoittamiseen, joilla ei ole reaalivakuudeksi kelpaavaa omaisuutta, mutta joiden tulevaisuudennäkymiin rahoittaja luottaa (kasvuyritykset).⁹

Vakuudeton luotonanto vaatii ehkä paljonkin aikaa vieviä neuvotteluja ja taustatietojen selvittämistä. Ne lisäävät rahoittajan kustannuksia. Tästäkään syystä vakuudeton luotonanto ei aina ole tarkoituksenmukainen rahoituskeino. Melko pienet luotot voidaan riskin pienuuden ja todennäköisesti helpohkosti järjestettyjen vakuuksien johdosta myöntää rutiinimaisesti ja nopeasti. Toisena kriteerinä luotonantopolitiikan jakautumiselle velallisen taloudellisen aseman ohella voidaan mainita *luotonannon mittakaava*. Asteikon toisessa päässä korostuvat tulevaisuuden taloudelliset näkymät ja toisessa puolestaan ajatus vakuudesta riskin eliminoijana. Tulevaisuuden taloudellisilla näkymillä on erityisesti merkitystä kansainvälisessä yritysluotonannossa. Vakuudella velkojan riskin eliminoijana on puolestaan erityinen merkitys esimerkiksi panttilainaa-motoiminnassa.¹⁰

Eriytymistä voi tapahtua paitsi luotonsaajataholla myös *luotonantajataholla*. Luotonantajan vakuusvaatimukset ja -strategiat vaihtelevat riippuen niiden luonteesta.¹¹

Eriytisehdot luotonantajan turvana. Vakuudettoman velkojan oikeudellinen turva velallisen maksukyvyttömyysstilanteessa on puutteellinen. Tätä kassavirtapohjaiseen rahoitukseen liittyvää luotonantajan riskiä on pyritty vähentämään sopimalla luottosopimuksessa erityisistä velallisen toimintaa ja sen kontrollointia koskevista ehdoista.¹² Tulevaisuuteen suuntautuva luottoharkinta vaatiikin käytännössä tuekseen velkojan käytössä olevia instrumentteja, joilla tämä voi pyrkiä varmistamaan yhtiön kehitysnäkymien toteutumisen. Tällaisia instrumentteja ovat luotonannon

⁹ Ks. myös *Engelberg* 2000.

¹⁰ Panttilainaaomotoiminnassa velkojan *ainoa* mahdollisuus saada suoritus saamisestaan on periä se pantin arvosta. Velallisella ei koskaan ole henkilökohtaista velvoiteoikeudellista suoritusvelvollisuutta saamastaan rahalainasta. Nykyään tämä ilmenee nimenomaisesti PanttilainaL 1.2 §:stä. Periaatetta noudatettiin panttilainaaomotoiminnassa jo aiemminkin, ks. *HE 1996:16* s. 3, s. 5, s. 14 ja s. 20. Ks. myös *Wrede – Caselius* 1947 s. 446. Vrt. *Havansi* 1979a s. 76 alav. 1 ja KKO 1936 I 23.

Selvytyden vuoksi todettakoon, että normaalistikaan panttioikeus ei tuota panttivelkojalle henkilökohtaista saamisoikeutta pantinantajaan nähden, vaan ainoastaan oikeuden saada suoritus panttikoh-teesta. Yleensä panttioikeus perustetaan kuitenkin nimenomaan saamisoikeuden vakuudeksi, jolloin velkojan saamisesta vastaavat sekä velallinen henkilökohtaisella velkavastuulla että pantinantaja esinevastuulla. Pantinantaja voi olla velallinen tai joku kolmas taho. Ks. *Havansi* 1992a s. 32–33.

¹¹ Eri luotonantotoiminnan harjoittajista ks. kootusti *Tepora* EIF 1994 s. 463–466.

¹² Yksittäisen luotonantajapankin riskiä pyritään kansainvälisessä yritysluotonannossa pienentämään tämän lisäksi myös jakamalla yrityksen luotot useiden, mahdollisesti vielä eri maissa sijaitsevien pankkien kesken. Tällä tavoin järjestettyjä luottoja kutsutaan *syndikoiduiksi luotoiksi*. Syndikoiduissa luotoissa luotonantajina toimivat useat eri tahot, joita edustaa velalliseen nähden joku näistä tai luotonantajien ulkopuolinen taho. Syndikoiduista luotoista ks. lähemmin esim. *Levo* 1985 s. 99–105, *Gabriel* 1986, *Tennekoon* 1991 s. 43–142 ja *Rhodes* 1996.

Tällaista riskin jakamista saattaa edellyttää myös luottolaitoksia koskeva lainsäädäntö, joka voi suoraan rajoittaa riskien kasautumista yhdelle velalliselle myönnettävän luoton osalta. Meillä riskien hallinnasta säädetään LuottolaitosL 68–71 §:ssä. Ks. myös *HE 1992:295* s. 45–46. Laki perustuu EY:n luottolaitoksia koskevien direktiivien vaatimuksiin, ks. erit. neuvoston direktiivi 92/121/ETY luottolaitosten suurten riskikeskittymien valvonnasta ja tarkastamisesta.

yhteydessä joko luottosopimuksessa tai erillisessä asiakirjassa sovitut *erityisehdot*, joilla rajoitetaan luotonsaajan toimintavapautta ja asetetaan tälle velvollisuuksia toimia tietyllä tavalla.

Tällaisten erityisehtojen käyttö on peräisin amerikkalaisesta rahoitustoiminnasta. Erityisehtojen käyttö perustuu paitsi amerikkalaiselle rahoituskäytännölle ominaiseen kassavirtapohjaiseen taloudelliseen ajatteluun myös common law -järjestelmään liittyvään pyrkimykseen sopia mahdollisimman kattavasti kaikesta osapuolten välillä jo ennakoon.¹³ Luottosopimussuhdetta varsin yksityiskohtaisesti säätelevien erityisehtojen leviäminen lähes kaikkialle rahoitustoimintaan perustuu osaksi angloamerikkalaisten käytäntöjen hallitsevaan asemaan rahoitusmarkkinoilla. Osaksi niiden käyttäminen perustuu myös siihen, että rahoitustoiminta saattaa tapahtua puuttuvan yhtenäisen luotto-oikeuden vuoksi usean toisistaan poikkeavan oikeusjärjestyksen alaisuudessa. Tällöin pyrkimys ennakoitavuuteen on edellyttänyt luottosuhteen säätelemistä sopimusmääräyksillä.¹⁴

Erityisehdoista on meillä käytetty nimityksiä kovenantit tai sopimusvakuudet. Kovenantti-nimitys tulee suoraan ehtojen englanninkielisestä eli alkuperäiskielisestä nimityksestä *covenant*.¹⁵ Covenant-termi on käytössä erityisehtojen nimityksenä myös muualla kuin englanninkielisissä maissa.¹⁶

Kovenantti-sanalle on tarjottu suomenkielistä vastinetta sopimusvakuus.¹⁷ Suomenkielisen termin käyttöä puoltaa ennen kaikkea se, että tällöin jo termi itsessään kertoo, mistä on kysymys, toisin kuin vierasperäinen sana kovenantti. Sopimusvakuus-termiä on kuitenkin pidetty harhaanjohtavana, koska kysymys ei ole vakuuksista siinä mielessä kuin niiden sisältö vakiintuneesti tunnetaan. Vakuuksilla ymmärretään oikeudellisenä käsitteenä erityistakeita sen riskin varalta, että velan takaisinmaksussa ilmenisi ongelmia velallisen maksuhaluttomuuden tai maksukyvyttömyyden vuoksi. Kuten erityisesti jäljempänä käy

¹³ Ks. *European Financing Laws 1994* s. 3–4. Tällä common law -järjestelmän tausta-ajatuksella on yhdensuuntaisuutta myös samassa oikeudellisessa ympäristössä kehittyneessä oikeustaloustieteessä keskeisen täydellisen sopimuksen ajatuksen kanssa. Täydellisen sopimuksen ajatuksesta ks. esim. Cooter – Ulen 2000 s. 206.

¹⁴ *Levo* 1985 s. 36–37. Rahoitustoimintaa koskevan materiaallisen lainsäädännön osalta ei ole muodostunut kaupankäynnissä syntyneeseen jonkinasteiseen *lex mercatoriaan* verrattavaa yhtenäisyyttä. Ks. myös *Buure-Häggelund* 1978 s. 3. Eri asia on, että käytännöt ovat yhtenäistyneet. Ks. myös *Graaf* 1991 s. VII–VIII.

¹⁵ Vanhastaan termillä covenant on tarkoitettu common law -järjestelmässä tärkeää määrämuotoista sopimusta, ”agreement under seal”. Covenant-termillä on tarkoitettu myös luontoissuorituksen sisältävää sopimusta vastakohtana rahavelvoitteelle. Ks. lähemmin *Cheshire – Fifoot – Furmston* 1996 s. 2. Lisäksi sillä tarkoitetaan kiinteistöoikeudessa tietynlaisia rasitteita, ks. *Lawson – Rudden* 1987 s. 127–135 erit. s. 130–132 ja vrt. s. 152–154. Nykyisessä common law -järjestelmässä luottoelämän ja pankkitoiminnan ympäristössä covenant-termi on yleisesti käytössä ja sillä tarkoitetaan mitä tahansa (luotonsaajan) lupausta tai sopimusmääräystä, *Gabriel* 1986 s. 72.

¹⁶ Ks. esim. *Thießen ZBB* 1996 erit. s. 21.

¹⁷ Ks. esim. *TT 1996*, joka on otsikoitu ”Sopimusvakuudet lieventämään pk-yritysten vakuusongelmia”.

ilmi, erityisehdot eivät tuo velkojalle tällaisia vakuuksille ominaisia takeita.¹⁸

Covenant-sanaa on jo aiemmin yritetty suomentaa sanalla välipuhe.¹⁹ Termi viittaa vanhahtavaan sopimuksesta tai sopimusmääräyksestä käytettyyn synonyymiin.²⁰ Vaikka covenant-sana sinänsä vastannee käännöksenä melko hyvin välipuhe-sanaa, termi ei kuitenkaan mielestäni ole onnistunut. Tätä ilmentänee myös se, että nimitys ei ole vakiintunut.

Erityisehdoista voidaan käyttää myös nimitystä sivuvelvoite(määräys).²¹ Nimitys on ongelmallinen, jos sivuvelvoitteet määritellään sopimuksen varsinaisen suorituksen täyttämistä edistäviksi toissijaisiksi suorituksiksi, jotka ovat rajoitetusti täytäntöönpantavissa. Tällöin sivuvelvoitteiden täyttämistä ei voida vaatia erikseen kanteella.²² Ainakaan kaikki erityisehdot eivät kuulu tällä tavalla määritellyn sivuvelvoitteen käsitteen piiriin.²³ Sivuelvoitteiden käsite voidaan kuitenkin ymmärtää laajemmin niin, että sen piiriin kuuluu myös keskeisempiä velvoitteita, joiden itsenäinen täytäntöönpano on mahdollinen.²⁴

Kovenantti-termi vaikuttaa vakiintuvan erityisehtojen nimitykseksi. Tässä yhteydessä käytän kuitenkin erityisehto-sanaa, sillä mielestäni puhtaasti suomenkielisten termien käyttämiseen tulisi pyrkiä myös oikeudellisissa kielen-

¹⁸ Termin kritiikistä ks. esim. *Saarnilehto – Villa* Oikeustieto 1996:4 s. 27. Ks. myös *KTM* 1996:20 s. 20 alav. 6, jossa on päädytty suosittamaan kovenantti-termiä aikaisemman sopimusvakuus-termin sijasta. Ks. lisäksi *Kärävä – Riihimäki – Kärävä* 1998 s. 375–377.

Samasta syystä on vastaavasti jo aiemmin esitetty kritiikkiä velallisen normaalia luottosopimukseen sisältyvästä sitoumuksesta maksaa velka takaisin käytettyä nimivakuus-termiä vastaan, ks. *Havansi* 1984b s. 300. Kritiikistä huolimatta nimivakuus on terminä käytössä esim. Rahoitustarkastuksen määräyksessä 103.2 joukkovelkakirjalainojen turvaavista vakuuksista (annettu 14.1.1994, voimassa 14.2.1994 lukien).

Entenkin saksalaisessa kirjallisuudessa luottosopimuksen erityisehtoja on luonnehdittu vakuuskäsitteen avulla, ks. esim. *Merkel* 1985 s. 2, joka luonnehtii niitä epätyypilliseksi vakuuksiksi (”atypische Kreditsicherheiten”) ja *Thießen* ZBB 1996 s. 20, joka pitää niitä vakuuksina laajassa merkityksessä sillä perusteella, että vakuuksia ovat mitkä tahansa luotonantajan toimenpiteet, jotka vähentävät luottotappioriskiä. Vrt. kuitenkin s. 21, jossa hän toteaa, että erityisehdot eivät tiukasti määritellen kuulu esine- tai henkilövakuuksiin. Englanninkielisessä kirjallisuudessa *Arkins* JIBL 2000 s. 198 on käyttänyt termiä ”practical security” nimityksenä erilaisista luotonantajan asemaa turvaavista muista keinoista kuin perinteisistä vakuuksista, kuten esimerkiksi luotonsaajan kompetenssia rajoittavista luottosopimuksen ehdoista. Perinteisistä vakuuksista hän käyttää puolestaan termiä ”formal security”. Meillä luottosopimuksen erityisehtoja on joissakin yhteyksissä kutsuttu näennäisvakuuksiksi (ks. esim. *Kärävä* JJ 1987 s. 256) ja korvikevakuuksiksi (*Havansi* 1984b s. 314–315). Vakuuskäsitteestä ja vakuuksien suhteesta muihin velkojan asemaa turvaaviin järjestelyihin ks. vielä *Havansi* 1984b s. 292–315.

¹⁹ *Levo* 1985 s. 66.

²⁰ Ks. *Kivimäki – Ylöstalo* 1981 s. 257 alav. 1, joiden mukaan välipuheella tulee vallitsevasta kielenkäytöstä poiketen ymmärtää yksittäistä sopimusmääräystä eikä koko sopimusta.

²¹ Saksan osalta ks. *Thießen* ZBB 1996, joka käyttää covenant-termin saksankielisenä synonyymina sanoja ”Nebenklauseln” (s. 19) ja ”Vertragsnebenabreden” (s. 21).

²² Tällaisesta sivuvelvoitteen määritelmästä ks. *Aurejärvi – Hemmo* 1998 s. 5 ja s. 81.

²³ Saksan oikeuden osalta ks. *Merkel* 1985 s. 33, jonka mukaan luottosopimukseen liittyvä panttauskompetenssinrajoitus perustaa itsenäisesti täytäntöönpantavissa olevan sivusuoritusvelvollisuuden (”Nebenleistungspflicht”). Tällaiset sivusuoritusvelvollisuudet on hänen mukaansa erotettava sekä pääsuoritusvelvollisuuksista (”Hauptleistungspflichten”) että epäitsenäisistä sivuvelvollisuuksista (”Nebenpflichten”).

²⁴ Ks. *Hemmo* 1997b s. 231 alav. 15.

käytössä aina silloin, kun se on mahdollista.²⁵ Erityisehto-terminkin käytössä ongelmia aiheuttaa se, että sitä käytetään laajasti esimerkiksi pankkien tilisopimuksissa nimityksenä tilin käyttöehdoista.

Kun vakuusoikeuden tarkoituksena on turvata luotonantajan saaminen velallisen maksukyvyttömyyden sattuessa, erityisehtojen tarkoituksena taas on ennen kaikkea estää ennalta sellaisen tilanteen syntyminen, jossa vakuuksiin tarvitsisi turvautua. Erityisehtojen tarkoituksena on siten *turvata luotonsaajan velanmaksukyky*. Niillä pyritään ennen kaikkea (1) varmistamaan, että luotonsaajan liiketoiminta pysyy terveenä niin, että velkojan riski luoton takaisinmaksun laiminlyönnistä ei koskaan edes tule ajankohtaiseksi. Jos riski takaisinmaksun laiminlyönnistä on kaikesta huolimatta toteutumassa, erityisehdoilla pyritään siihen, että (2) luotonantaja saa riskistä tiedon niin aikaisessa vaiheessa, että tilanteeseen on vielä mahdollista menestyksellisesti puuttua. Mikäli riski luoton takaisinmaksun laiminlyönnistä kaikesta huolimatta toteutuu, erityisehdoilla pyritään viime kädessä myös (3) turvaamaan velkojan suorituksen saaminen.

Luotonsaajan kompetenssinrajoituksilla pyritään täyttämään kaikkia yllä mainittuja tehtäviä. Varsinaisesti kompetenssinrajoitukset *turvaavat velkojien yhdenvertaista kohtelua ja velallisen omaisuuden säilymistä mahdollisen pakkotäytännönnäpanon varalle* (3). Erityisesti tämän tehtävän täyttymistä tarkastellaan tässä tutkimuksessa. Ne *turvaavat myös ennakolta velallisen maksukyvyn säilymistä* (1). Koska panttauskompetenssia rajoittava ehto estää omaisuuden panttauksen, se estää välillisesti myös sellaista velallisen lisäluotonottoa, jota myönnettäisiin vain vakuutta vastaan. Tällöin ehdot siis toimivat myös velallisen liiallisen velkaantumisen rajoittajina. Lisäksi kompetenssinrajoitukset *turvaavat luotonantajan tiedonsaantia velallisen taloudellisesta tilanteesta* (2). Velallisen on mahdollista antaa vakuus kompetenssinrajoitusehtoa rikkomatta vain pyytämällä siihen lupa luotonantajalta. Kompetenssinrajoitusehdon informaatiotehtävä täyttyy silloin, kun velallinen ottaa yhteyttä luotonantajaan ja pyytää tältä suostumusta poiketa kompetenssinrajoituksesta. Koska vakuudenantoon on yleensä syytä silloin, kun velallisen taloudellinen asema on heikentynyt, kompetenssinrajoituksen edellyttämä yhteydenotto luotonantajaan voi saattaa tämän tietoiseksi velallisen mahdollisista taloudellisista vaikeuksista.²⁶

(1) Varsinaisilla velallisen maksukyvyttömyyttä ennalta ehkäisevillä erityisehdoilla pyritään varmistamaan, että yritys on luottosopimuksen voimassaolon ajan se aineellinen ja toiminnallinen kokonaisuus, jota luotonantaja alunperin

²⁵ Aina vierasperäisen termin käyttöä ei kuitenkaan voida välttää. Joskus vierasperäinen ilmaus voi myös olla kielellisesti selkeämpi kuin sen omankielinen vastine. Tässäkin tutkimuksessa esiintyy tämän vuoksi vierasperäisiä sanoja.

²⁶ Kompetenssinrajoitusehdon funktioista ks. myös *Delaume* 1967 s. 256 ja *Wood* 1982 s. 146, jotka tuovat esiin lähinnä vain kaksi ensiksi mainittua funktiota, sekä *Bjerre Cornell LR* 1999 s. 338, joka puolestaan korostaa kompetenssinrajoitusehdon merkitystä velallisen taloudellista tilannetta koskevan informaation välittäjänä.

on päättänyt luotottaa. Tähän pyritään ensinnäkin ehdoilla, jotka edellyttävät yrityksen taloudellisten tunnuslukujen pysyvän tietyissä niille asetetuissa rajoissa.²⁷ Muita keskeisiä yrityksen toimintaa sääteleviä erityisehtoja ovat esimerkiksi yrityksen identiteetin säilymistä koskevat ehdot. Ehdoilla pyritään rajoittamaan esimerkiksi yrityskauppojen tekemistä ilman luotonantajan suostumusta.²⁸ Erityisehdolla voidaan rajoittaa myös esimerkiksi yrityksen lisäluotonottoa. Tällaisella ehdolla pyritään ylläpitämään luotonsaajan luotonantohetkellä vallinnut luoton takaisinmaksukyky.²⁹

(2) Jotta luotonantaja voisi reagoida yrityksen taloudellisiin vaikeuksiin, hänellä tulee olla oikea kuva luotonsaajan liiketoiminnan tilasta ja sen ennakoitavasta kehityksestä. Vaikka kompetenssinrajoitusehtokin voi palvella tätä tarkoitusta, oikean kuvan saaminen pyritään turvaamaan ennen kaikkea nimenomaisella luotonsaajan tiedonantovelvoitetta koskevalla erityisehdolla. Sen mukaan luotonsaajalla on tavanomaista laajempi tiedonantovelvollisuus liiketoimintansa tilasta ja ennakoitavasta kehityksestä.³⁰

Luotonantajan mahdollisuuksia reagoida nopeasti yrityksen toimintaan pyritään edistämään myös erityisillä luoton eräännyttämistä koskevilla ehdoilla.³¹ Erityisehtojen käyttöön liittyvätkin luotonsaajalle tavanomaista ankarammat luoton erääntymisehdot. Paitsi että luotonantaja voi lähtökohtaisesti irtisanoa luottosopimuksen luotonsaajan sopimusrikkomuksen vuoksi, erityisehtojen käytön yhteydessä sovitaan usein myös niin sanotusta luoton ristiineräännyttämisehdosta (*cross default* -ehdosta).³² Sen mukaan luotonantaja saa irtisanoa luottosopimuksen paitsi silloin, kun luotonsaaja on rikkonut hänen ja luotonantajan välistä ehtoa, myös silloin, kun luotonsaaja on rikkonut mitä tahansa rahoitus sopimuksensa ehtoa ja tämä sopimus on irtisanottu tai se voitaisiin rikkomisen perusteella irtisanoa.³³ Ehdolla ja lähinnä sen toteutumisesta velalli-

²⁷ Keskeisiä käytössä olevia tunnuslukuja ovat esimerkiksi velkaantumisaste, omavaraisuusaste, käyttökatte ja rahoitustulos, kokonaispääoman tuotto prosentti sekä vieraan pääoman takaisinmaksuaika. Ks. niistä lähemmin *KTM 1996:20* s. 38–46.

²⁸ Ks. lähemmin *KTM 1996:20* s. 47–49.

²⁹ Ks. *KTM 1996:20* s. 50.

³⁰ Ks. *KTM 1996:20* s. 58–59. Tällaisen ehdon vaihtoehtona luotonantaja saattaa esimerkiksi vaatia edustajansa sijoittamista velallisyhtiön johtoelimeen. Ks. tällaisesta järjestelystä eräänlaisena ”kontrollointivakuutena” tai ”organisatorisena vakuutena” *Havansi* 1984b s. 315 ja *Arkins* JIBL 2000 s. 198 (”practical security”). Järjestely ei kuitenkaan ole aina käytännössä mahdollinen kansainvälisessä luotonannossa, ks. *Levo* 1985 s. 68.

³¹ Velallisen maksun laiminlyöntiin perustuvaa koko luoton välitöntä eräännyttämistä kutsutaan yleensä velan irtisanomiseksi, vaikka kysymyksessä on pikemminkin sopimuksen purkaminen, joka perustuu velallisen sopimusrikkomukseen. Myös tässä noudatetaan vakiintunutta, mutta hieman sekaannusta aiheuttavaa terminologiaa. Luoton eräännyttämistä velallisen erityisehtojen rikkomisen johdosta kutsutaan siten velan irtisanomiseksi ja vastaavasti tähän oikeuttavia nimenomaisia ehtoja irtisanomisehdoiksi. On kuitenkin huomattava, että sopimuksen purkaminen sopimusrikkomuksen vuoksi on mahdollista myös ilman nimenomaisia ehtoja, mikäli vain normaalit sopimuksen purkamisen edellytykset täyttyvät. Eri asia on, että nimenomaisilla ehdoilla velkojan oikeutta sopimuksen eräännyttämiseen on mahdollista laajentaa. Ks. *Hemmo* 1997b s. 355–356.

³² Ks. myös *Gomard* 1998 s. 103 erit. alav. 37. Ehto on suomennehtu luoton ristiineräännyttämisen tai ristiineräännyttämisehdoksi *KTM 1996:20* s. 21 ja s. 52. *Tegin* 1997 s. 302 käyttää ruotsinkielistä nimitystä ”korsvis uppsägningsrätt”.

³³ Ks. esim. *KTM 1996:20* s. 52–53. Ks. myös *Lynge Andersen – Werlauff* 1993 s. 39–40 ja *Opperud* 1994 s. 63–64.

selle aiheutuvilla haitoilla pyritään myös ennalta estämään luottosopimuksen ehtojen rikkominen. Niinpä sillä on myös sama funktio kuin edellä (1)-ryhmään kuuluviksi luetuilla ehdoilla.

(3) Kun velallinen on maksukyvytön, luotonantajalle on tärkeää, että velallisella on omaisuutta, jota voidaan käyttää saatavan suoritukseen. Juuri tähän tavoitteeseen pyritään luotonsaajan luovutus- ja panttauskompetenssinrajoituksilla. Niillä pyritään varmistamaan, että luotonsaajalla on realisoitavaa omaisuutta, jota ei rasita kenenkään velkojan sopimusperusteiseen panttioikeuteen perustuva etuoikeus saada suoritus. Luovutus- ja panttauskompetenssinrajoituksilla pyritään turvaamaan keskeisesti myös sitä, että yrityksen velkojilla olisi mahdollisimman samanarvoinen asema. Rahoittajien tasapuolinen kohtelu on yksi vakuudettoman luotonannon keskeisiä edellytyksiä: kun velkoja luopuu vaatimasta vakuutta, hän tekee sen edellytyksin, että myös muut velkojat luopuvat vakuuden tuottamasta etuoikeusasemasta. Rahoittajien tasapuolinen kohtelu edellyttää myös, että jos yhdelle velkojalle annetaan vakuus, on vastaavanlainen vakuus annettava muillekin velkojille.

Rahoittajien tasapuolista kohtelua pyritään turvaamaan luovutus- ja panttauskompetenssinrajoitusten lisäksi myös ehdolla, joka edellyttää, että samassa etuoikeusasemassa olevia velkojia kohdellaan tasapuolisesti. Tätä ehtoa kutsutaan kansainvälisessä yritysrahoituksessa nimellä *pari passu*³⁴. Ehdon sisältönä on yleensä, että luotonottaja ei voi sopia tulevaisuudessa muiden vakuudettomien luottojen osalta tai vähin vakuuksin rahoittavien uusien rahoittajien kanssa edullisempia erityisehtoja kuin aikaisemman rahoittajan kanssa on sovittu.³⁵

Erityisehtojen käytöllä velkojan asemaa pyritään turvaamaan eri keinoin kuin perinteisten vakuuksien käytöllä. Velkojan asemaa pyritään turvaamaan nimenomaisen tietyn vakuutena olevan velallisen omaisuuden sijasta mahdollisuudella vaikuttaa velallisen toimintaan. Velkojan sopimuksin luoduilla kontrollimahdollisuuksilla pyritään myös korvaamaan luotonantajan eli vieraan pääoman ehtoisen rahoittajan puuttuvaa vaikutusvaltaa luototettavan yrityksen toimintaan. Sitä hänellä olisi, jos hän rahoittaisi osakeyhtiömuotoista yritystä oman pääoman ehtoisesti merkitsemällä yhtiön osakkeita.³⁶ Sekä erityisehtojen että perinteisten va-

³⁴ Lat. samoin askelin, samaan tahtiin.

³⁵ *KTM 1996:20* s. 49. Kompetenssinrajoitusehtojen ja *pari passu* -ehtojen tarkoitukset eroavat toisistaan tietyssä suhteessa. Kompetenssinrajoitusehdoilla pyritään turvaamaan vakuudettoman luotonantajan asemaa vakuusvelkoihin nähden estämällä tämän kategorian syntyminen ylipäättään. Velkojien tasa-arvoa koskevalla ehdolla pyritään sen sijaan turvaamaan vakuudettoman luotonantajan asemaa muihin vakuudettomiin velkoihin nähden, ks. *Wood 1982* s. 155.

³⁶ Osake tuottaa omistajalleen varallisuus- ja hallinnoimisoikeuksia. Tärkeimpiä hallinnoimisoikeuksia ovat osakkeenomistajan läsnäolo-, puhe- ja äänioikeus yhtiökokouksessa (OYL 9:1 ja 9:3), oikeus moittia yhtiökokouksen päätöksiä (OYL 9:17) ja oikeus saada haluamansa asia yhtiökokouksen käsiteltäväksi (OYL 9:7), ks. esim. *Koski – af Schultén 1998* s. 14.

OYL:n uudistuksessa, jossa lisättiin niin sanotun välipääoman käytön mahdollisuuksia osakeyhtiöiden rahoituksessa, on mahdollistettu kuitenkin myös äänioikeudeltaan rajoitetut osakkeet, joiden puuttuva äänioikeus kompensoidaan taloudellisilla eduilla. Tällaisia välipääomaan kuuluvia osakkeita kutsutaan etuosakkeiksi. Niistä säädetään OYL 3:1 a–c §:ssä. Niille on tunnusomaista normaaliin osakkeeseen liittyvän yleisen äänioikeuden puuttuminen. Etuosakkeilla on äänioikeus vain tietyissä laissa tai yhtiöjärjestyksessä määritetyissä tilanteissa. Yleisen äänioikeuden puuttumi-

kuuksien tarkoitus on kuitenkin sama: helpottaa mahdollisuuksia saada luottoa, kun velkojan riski luottotappiosta pienenee. Luotonsaantimahdollisuuksien helpottuminen voi tarkoittaa alhaisempaa korkoa, pidempää takaisinmaksuaikaa tai ylipäänsä sitä, että luottoa myönnetään.³⁷

Luotonsaajan kompetenssinrajoitusten on todettu olevan yleisimmin käytettyjä erityisehtoja.³⁸ Paradoksaalista on, että niitä on kuitenkin samalla pidetty tosiasialliselta merkitykseltään vähäisimpinä.³⁹ Niiden hyödyllisyydestä taloudelliselta kannalta luotonannon ehtona on esitetty myös keskenään ristiriitaisia väittämiä. Yhtäältä on korostettu niiden etuja luotonsaajan toiminnan rajoittajana luotonantajan intressien valvomiseksi, mutta toisaalta on esitetty, että yrityksen toimiessa normaalisti rajoituksilla ei ole merkitystä luotonantajan asemaan ja että yrityksen taloudellisissa vaikeuksissa ne vain huonontavat tilannetta.⁴⁰ Kompetenssinrajoitusehtojen analyysiin taloudellisesta näkökulmasta palataan jäljempänä tässä tutkimuksessa.⁴¹

Käyttötilanteista. Luottosopimukseen liittyviä panttauskompetenssinrajoituksia on käytetty Yhdysvalloissa jo 1800-luvun lopulta.⁴² Ensimmäiset niiden oikeusvaikutuksia koskevat tuomioistuineratkaisut ovat 1900-luvun alkukymmeniltä.⁴³ Vakuuksien arvojen heikkeneminen 1930-luvun laman aikana lisäsi niiden käyttöä vakuuksien sijasta.⁴⁴

Ensimmäisenä kompetenssinrajoitusehtoja alettiin käyttää *syndikoiduissa luotoissa* vakuuksien sijasta turvaamaan luotonantajan asemaa. Syndikoidut luotot myönnettiin yleensä ilman velalliselta vaadittavaa vakuutta. Velkojien asemaa pyrittiin parantamaan kuitenkin rajoittamalla luotonsaajan oikeutta perustaa vakuusoikeuksia omaisuuteensa.⁴⁵ Luotonannon vakuudettomuuden on syndikoitu-

sen korvaaminen taloudellisilla eduilla tarkoittaa, että etuosakkeisiin liittyy yhtiöjärjestyksessä määrätty erityinen taloudellinen etuus jaettaessa yhtiön varoja verrattuna tavallisiin osakkeisiin. Ks. *KM* 1992:32 s. 241–242 ja *HE* 1996:89 s. 59–65.

Erityisehtoja voidaan käyttää paitsi tavallisessa vieraan pääoman ehtoisessa luotonannossa myös esimerkiksi välipääomarahoituksessa pääomalainan yhteydessä. Niillä on tällöin erityinen merkitys velkojan aseman turvaamisessa vakuuksien sijasta, sillä OYL 5:1:n mukaan velallisyhtiö itse tai sen kanssa samaan konserniin kuuluva yhteisö ei saa antaa vakuutta pääomalainan, sen koron taikka muun hyvityksen maksamisesta. Tämä vakuusrajoitus ei kuitenkaan koske sitä, että joku ulkopuolinen antaa vierasvelkavakuuden pääomalainan maksamisesta. Yleensä tällaisia ulkopuolisia ovat yhtiön osakkaat, jotka luovuttavat yhtiön osakkeet vierasvelkapantiksi. Tässä ei kuitenkaan pidetä erityisesti silmällä välipääomarahoitusta. Ks. siitä esim. *Villa* 1997.

³⁷ Kotimaisen erityisehtojen käyttöä koskevan tutkimuksen mukaan erityisehdoilla ei ole ollut itsestä luotonsaajan asemaa parantavaa vaikutusta luoton korkoon tai muihinkaan luoton ehtoihin, ks. *Niskanen – Niskanen* 1999 s. 10–11 ja taulukko s. 26. Erityisehdot ovat kuitenkin saattaneet olla luoton myöntämisen edellytys.

³⁸ Ks. esim. *Wood* 1995a s. 34.

³⁹ Ks. esim. *Wood* 1982 s. 146 ja *Tennekoon* 1991 s. 89.

⁴⁰ *McDaniel* BL 1983 s. 867–881 ja *sama* BL 1986 s. 427–428.

⁴¹ Ks. jakso II 5.4.4.

⁴² *Jacob* Harvard LR 1938 s. 78–79.

⁴³ Ks. niistä *Gilmore* 1965 s. 1001–1013.

⁴⁴ *Gilmore* 1965 s. 999.

⁴⁵ *Wood* 1995a s. 5.

jen luottojen osalta esitetty yhtäältä perustuneen luotonsaajan vahvaan asemaan: luotonsaaja oli niin hyvämaineinen, että hänen ei tarvinnut antaa vakuutta saadakseen luottoa. Toisaalta luotonannon vakuudettomuuden on sanottu perustuneen ajatukseen velkojien tasa-arvon ideaalista: ketään velkojaa ei saanut suosia erityisellä velallisen omaisuuteen kohdistuvalla vakuusoikeudella.⁴⁶

Kompetenssinrajoituksia on käytetty perinteisesti myös *joukkovelkakirjalainojen* ehdoissa. Tällöin niillä on pyritty turvaamaan kyseisen velkakirjaluoton markkina-arvon pysyvyys niin, että luotonsaaja ei voi heikentää sen arvoa laskemalla liikkeelle toista joukkovelkakirjalainaa, josta se antaisi vakuuden.⁴⁷

Kompetenssinrajoitusehtojen käyttö on levinnyt Yhdysvalloista kansainvälisen luotonannon kautta lähes yleismaailmalliseksi luotonantoon liittyväksi instrumentiksi. On arveltu, että kansainvälisessä luotonannossa kompetenssinrajoitusehtoja on ensimmäisen kerran käytetty vuonna 1928.⁴⁸ Kansainvälisen yritysrahoituksen piirissä kompetenssinrajoitusehtoja käytetään nykyään esimerkiksi kassavirtapohjaiselle ajattelulle perustuvassa projektirahoituksessa turvaamaan projektin rahoittajien asemaa. Projektirahoitus ei kuitenkaan välttämättä ole vakuudetonta luotonantoa.⁴⁹

Pohjoismaissa kompetenssinrajoitusehtojen käyttö on tunnettu ainakin vuodesta 1959, jolloin niitä ensimmäisen kerran käytettiin ruotsalaisten yritysten ulkomaisissa luotoissa. Vuonna 1963 niitä käytettiin puolestaan ensimmäisen kerran ruotsalaisten suuryritysten ulkomaille suunnatuissa joukkovelkakirjalainoissa.⁵⁰

Meillä kompetenssinrajoitusehtoja ja muita erityisehtoja on käytetty lähinnä suuryritysten (kansainvälisessä) luototuksessa. Kuten jo edellä todettiin, niiden käyttöalaa on etujärjestö- ja ministeriötasolla esitetty laajennettavaksi myös puhtaasti kotimaiseen pienten ja keskisuurten yritysten luotonantoon. Pankkikilpailun lisääntyessä erityisehtojen käyttö tulleeikin lisääntymään. Tämä johtuu yhtäältä

⁴⁶ Jo aiemmin tässä tutkimuksessa mainittiin, että panttauskompetenssinrajoitukset ja velkojien yhdenvertaista kohtelua koskevat erityisehdot ilmentävät ajatusta velkojien tasa-arvon ideaalista. Myös luoton ristiineräännyttämistä koskevan erityisehdon sekä ehdon, jonka mukaan yhden velkojan luottotappio tasataan kaikkien velkojien kesken, on katsottu ilmentävän samaa ajatusta, Wood 1985 s. 278 ja sama 1995a s. 5–6. Wood (1985 s. 278–290) on kuitenkin suhtautunut epäilevästi viimeksi mainitun ehdon toteutumiseen käytännössä.

⁴⁷ Boardman – Crosthwait JIBL 1986 s. 162. On myös esitetty, että tarkoituksena on ollut antaa luotonantajille turvallisuuden tunnetta ilman, että heillä tosiasiassa on turvaa: "The real purpose undoubtedly was, of course, to obtain as much money as possible and yet leave specific assets as free as possible. – – If I read the corporate mind aright, the purpose was – – to get as much money as possible, on as little security as possible, but with as great appearance of security as possible?", Jacob Harvard LR 1938 s. 86–87, "Much thought was given to the problem of how to make debentures, which a banker would recognize as unsecured, look, to the investing public, like secured obligations", Gilmore 1965 s. 1000.

⁴⁸ Merkel 1985 s. 3.

⁴⁹ Projektirahoituksesta ja siihen liittyvistä sopimuksista ja vakuusjärjestelyistä ks. yleisesti esim. Wood 1995c s. 3–34.

⁵⁰ Bylund JJ 1976 s. 124 ja s. 129. Käytön yleisyydestä joukkovelkakirjalainoissa ks. SOU 1969:13 s. 15 ja s. 77–96.

siitä, että pankit ovat tällöin halukkaampia kontrolloimaan asiakkaitaan ja rajoittamaan näiden mahdollisuuksia hankkia rahoitusta kilpailevista lähteistä. Toisaalta tämä johtuu siitä, että kilpailuilla markkinoilla pankit joutuvat korvaamaan vakuuksia erityisehdoilla.⁵¹

Ehtojen käytön yleisyydestä ja käyttöalasta tällä hetkellä ei ole saatavilla kattavaa tilastotietoa.⁵² Luoton erityisehtojen käytöstä pienten ja keskisuurten Hämeessä sijaitsevien yritysten luotoissa vuosina 1994–1997 on valmistunut tuore tutkimus. Tutkimuksen tarkoituksena on ollut selvittää paitsi erityisehtojen käytön yleisyyttä myös sitä, mitkä tekijät vaikuttavat erityisehtojen käyttöön yritysten luotoissa. Tutkimuksen tulosten mukaan tutkituista 642 luotosta 72 eli 11.2 % sisälsi vähintään yhden erityisehdon. Yleisin yksittäinen käytetty erityisehto oli luotonantajaa sitoumus olla panttaamatta omaisuuttaan. 72 erityisehdon sisältäväs-
tä luotosta kompetenssinrajoitus sisältyi 36 luottoon.⁵³

Käytännössä keskeiseksi vakuudettomaan, erityisehtojen käyttöön perustuvaan rahoitukseen siirtymisen rakenteelliseksi ongelmaksi on muodostunut se, että luottoa hakevilla yrityksillä on aiempaa vakuusvelkaa. Tällöin ei voida toteuttaa vakuudettoman luotonannon taustalla olevaa ajatusta siitä, että yrityksen velkojat olisivat keskenään yhdenvertaisessa asemassa.⁵⁴

2.1.2. Vakuusluotonanto

2.1.2.1. Käyttötarkoitus

Panttauskompetenssia rajoittavaa sitoumusta saatetaan käyttää vakuusluotonannossa *turvaamaan luotonantajan vakuuteen perustuvaa etuoikeutettua asemaa* velallisen mahdollisen maksukyvyttömyys- ja ylivelkaisuustilanteen varalta. Kompetenssinrajoitusehdon käyttötarkoitus vakuuden turvana on siten päinvastainen kuin vakuudettomassa luotonannossa.

Velkoja saattaa käyttää kompetenssinrajoitusehtoa vakuuden turvana tässä tarkoituksessa silloin, kun saamista turvaavan vakuuden arvon pysyvyyteen odotusvaiheen aikana sisältyy erityisiä oikeudellisia riskejä.⁵⁵ Erityinen oikeudellinen

⁵¹ Niskanen – Niskanen 1999 s. 17 ja s. 19.

⁵² Esimerkiksi Suomen Pankkiyhdistys ei sieltä saadun tiedon mukaan tilastoi erityisehtojen käyttöä jäsenpankeissaan. Myöskään yhdistyksen jäsenpankit eivät ole kokeneet tilastointia tarpeelliseksi. Ks. lisäksi Niskanen – Niskanen 1999 s. 8, joiden mukaan yksityiskohtaista tietoa yritysluotoista ei ole julkisesti saatavilla.

⁵³ Ks. lähemmin Niskanen – Niskanen 1999. Myös TT:n kovenanttityöryhmä teetti tammikuussa 1996 suppean selvityksen erityisehtojen käytöstä. 40 yrityspankinjohtajalle tehdyn kyselyn mukaan luotonantajaa panttauskompetenssia rajoittava ehto oli yleisimmin käytetty luoton erityisehto. 40 haastatellusta 33 kertoi käyttäneensä sitä. Ks. lähemmin TT 1996 s. 19–24.

⁵⁴ Engelberg 2000.

⁵⁵ Odotusvaiheella tarkoitetaan (panti) oikeuden perustamisen ja sen joko oikeaan suoritukseen tai realisaatioon päättymisen välistä tilannetta, ks. Havansi 1992a s. 307.

riski on olemassa, kun vakuuden arvoa on mahdollista heikentää perustamalla panttioikeus omaisuuteen, jonka arvoon vakuus perustuu tai vastaavasti luovuttamalla tällaista omaisuutta. Luotonantaja pyrkii estämään riskin syntymistä rajoittamalla kompetenssinrajoitusehdolla luotonantajan tai tähän läheisessä taloudellisessa intressiyhteydessä olevan tahon oikeudellisia määräämistöimiä, jotka voisivat heikentää vakuuden arvoa. Seuraavassa tarkastellaan lähemmin erityisesti näitä riskitilanteita.

Velkoja saattaa käyttää vakuusluotonannossa myös esimerkiksi vakuuskohteen jälkipanttauksen kieltävää kompetenssinrajoitusehtoa. Tällöin ehdon tarkoituksena on turvata esimerkiksi mahdollisuus myöntää lisää luottoa samaa vakuutta vastaan.⁵⁶ Lähtökohtaisesti vakuuskohteeseen perustettu jälkipanttioikeus rajoittaa ensipantinsaaajan oikeutta lisätä saatavia, joista vakuuskohteeseen vastaa ensipanttioikeuden perusteella. Kompetenssinrajoitusehdon käyttöä tämän eräänlaisen velkojan määräysvallan kaventumiseen liittyvän riskin poistamiseksi ei tässä erityisesti käsitellä. Ensipantinsaaajan ja jälkipantinsaaajan väliseen suhteeseen palataan kyllä hieman eri yhteydessä myöhemmin tutkimuksessa.⁵⁷

2.1.2.2. Kompetenssinrajoitusehto yrityskiinnityksen turvana

Kansainvälisesti tarkastellen panttauskompetenssinrajoitusta on käytetty suojaamaan luotonantajaa erityisesti *yrityskiinnitystyyppiseen vakuuteen* (Ruotsin *företagshypotek* ja Englannin *floating charge*⁵⁸) liittyviltä riskeiltä. Yrityskiinnityksen erityinen oikeudellinen riski perustuu siihen, että sen vakuusarvo voi vähentyä, kun vakuuskohteena olevaan muuttuvaan omaisuusmassaan kuuluviin kohteisiin perustetaan panttioikeus tai niitä luovutetaan ilman, että asianmukainen vastike tulisi yrityskiinnityksen alaiseksi omaisuudeksi.

Meillä yrityskiinnitysvelkoja on varsin hyvin suojattu jo suoraan lain nojalla yrityskiinnityksen luonteesta johtuvia riskejä kohtaan. Panttioikeuden perustamisesta johtuvalta vakuusarvon vähentymiseltä yrityskiinnitysvelkojaa suojaa lähtökohtaisesti YrKiinL 4.3 §:n käteispanttauskielto. Omaisuuden luovuttamisesta johtuvalta vakuusarvon vähentymiseltä yrityskiinnitysvelkojaa suojaa puolestaan YrKiinL 9 §, jonka mukaan yrityskiinnityksen alaisen omaisuuden luovutus ja

⁵⁶ Ks. Wood 1995a s. 38.

⁵⁷ Ks. jakso III 2.4.3.2.

⁵⁸ Myös näiden vakuustyyppien osalta käytetään jatkossa nimitystä yrityskiinnitys, vaikka etenkin englantilainen vakuusmuoto ei ole yrityskiinnityksen kanssa täysin analoginen. Englantilaistyyppinen *floating charge* on käytössä useimmissa Brittiläisen kansainyhteisön valtioissa, ja kompetenssinrajoitusehtojen käytöstä englantilaisen yrityskiinnityksen turvana esitettävä pätee pääpiirteissään kaikkien näiden valtioiden osalta. Ks. yleiskatsauksellisesti eri oikeusjärjestysten tuntemista yritysomaisuuteen kohdistuvan vakuuden tyypeistä Wood 1995b s. 10–26.

käyttö on sallittua vain normaalin liiketoiminnan rajoissa.⁵⁹ Yrityskiinnitysvelkojalla ei meillä olekaan sellaista tarvetta turvata asemaansa luotonsaajan kompetenssinrajoituksilla kuin esimerkiksi Ruotsissa tai Englannissa.

Panttauskompetenssinrajoitusehtojen käytön tarve Ruotsissa ja Englannissa perustuu siihen, että niissä ei tunneta YrKiinL 4.3 §:n kaltaista käteispanttauskieltoa. Ruotsin FHL ei rajoita yrityskiinnityksen alaisen omaisuuden panttausta.⁶⁰ Myöskään Englannissa yrityskiinnityksen alaisen omaisuuden panttaus ei ole kielletty ainakaan silloin, kun panttioikeuden perustaminen kuuluu normaalin liiketoiminnan piiriin.⁶¹ Lähtökohtana primuksena olevan yrityskiinnitysvelkojan ja sekunduksena olevan yrityskiinnityksen alaisen omaisuuden panttiksisajaajan välisessä kollisiona on tällöin se, että yrityskiinnitysvelkojan oikeus joutuu väistymään. Velallinen voi antaa yrityskiinnitysvelkojaa sitovasti pantiksi yritysomaisuutensa keskeisen arvon muodostavaa omaisuutta ja heikentää siten vakuuden arvoa. Etenkin Englannissa tätä riskiä pidetään yrityskiinnitysvelkojan vakavimpana riskinä. Riski on myös hyvin tiedostettu. Luotonantajat ovat pyrkineet ehkäisemään sitä vaatimalla lähes säännönmukaisesti velallisyhtiön sitoutumista panttauskompetenssinrajoitukseen.⁶² Myös Ruotsissa luotonsaajan panttauskompetenssia rajoittavaa ehtoa on pidetty yhtenä vaihtoehtona yrityskiinnitysvelkojan suojaamiseksi keskeisen yritysomaisuuden panttaukselta.

Kompetenssinrajoitusehtojen tarkoituksen toteutumisen ongelmana sekä Ruotsissa että Englannissa on, että niillä ei ole katsottu olevan oikeusvaikutuksia ainakaan sitoumuksen vastaisesti pantin vilpittömässä mielessä saaneeseen velkojaan nähden. Ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa *Walín* on esittänyt, että sitoumuksella olla antamatta panttia, ainakin silloin, kun se kohdistuu yksilöityyn omaisuuteen, olisi samanlaiset oikeusvaikutukset kuin sitoumuksella antaa pantti. Tämä tarkoittaisi, että se sitoisi vilpillisessä mielessä toiminutta myöhempää pantinsajaaja.⁶³ Englannissa luotonsaajan kompetenssinrajoitus, joka koskee normaalin liiketoiminnan piiriin kuuluvia määräämistöitä, sitoo seuraajaa, jos tämä tiesi rajoituksesta. Jos pantinsajaaja ei tiennyt rajoituksesta, hänen oikeutensa sitoo aiempaa yrityskiinnityksen haltijaa, sillä kolmannen edellytetään olevan oikeutettu oletamaan, että yhtiön on aina sallittua toimia omaisuutensa suhteen normaaliin liiketoimintaan kuuluvissa puitteissa.⁶⁴

⁵⁹ Paitsi omaisuuden luovutusta, YrKiinL 9.1 § koskee myös omaisuuden käyttämistä. YrKiinL:n esitoista ei käy ilmi, mitä omaisuuden käyttämisellä tässä tarkoitetaan. *Ojasen* ja *Sutisen* (1991 s. 108–109) mukaan omaisuuden käyttämisellä tarkoitetaan sekä esineiden tosiasiallista käyttämistä että niihin kohdistuvia oikeudellisia toimia, kuten vuokraamista tai muuta käyttöoikeuden luovuttamista niin, että esineen omistusoikeus säilyy elinkeinonharjoittajalla. Voitaisiin kuitenkin ajatella myös niin, että omaisuuden luovutus tarkoittaisi paitsi omistusoikeuden myös käyttöoikeuden luovutusta. Keskeistä säännöksen kannalta on kuitenkin se, että käyttöoikeuden perustamista on joka tapauksessa YrKiinL 9.1 §:n nojalla rajoitettu.

⁶⁰ Ks. *Walín* 1995 s. 76.

⁶¹ Ks. *Goode* 1989 s. 84–85.

⁶² *Goode* 1989 s. 18 ja *Gower* 1997 s. 365 sekä Australian osalta *Arkins* JIBL 2000 s. 198–199 ja Singaporen osalta *Han* SJLS 1996 s. 415–420.

⁶³ *Walín* 1995 s. 93 ja s. 126. Ks. myös *Lennander* 1977 s. 24.

⁶⁴ *Goode* 1989 s. 85–86, *Gower* 1997 s. 366.

Ruotsissa yrityskiinnitysvelkoja voi kuitenkin mahdollisesti saada suojaa panttauksen aiheuttamalta riskiltä perimällä saamisensa välittömästi FHL 2:7:n perusteella. Esimerkiksi factoring-rahoituksen aloittaminen ilman yrityskiinnitysvelkojan suostumusta on lain esitöissä mainittu sellaisena muuna syynä, jonka perusteella yrityskiinnitysvelkoja voi periä saatavansa vakuuden arvosta, jos se aiheuttaa vakuuden arvon olennaisen heikentymisen.⁶⁵ Yrityskiinnitysvelkojalla voinee olla oikeus saatavan perimiseen myös, jos vakuuden arvo on heikentynyt muunlaisen panttausoikeustoimen johdosta. Oikeuskirjallisuudessa *Walin* on lisäksi pohtinut mahdollisuutta, että myöhempi panttaus olisi tehoton yrityskiinnitysvelkojaa kohtaan, jos pantinsaaaja on ollut vilpillisessä mielessä. Vaikka on löydettävissä oikeuspoliittisia argumentteja, joilla panttauksen tehotomuutta suhteessa yrityskiinnitysvelkojaan voidaan tällaisissa tilanteissa puoltaa, *Walin* on suhtautunut tällaiseen kollisionratkaisuun epäillen, koska vastakkain ovat yksilöimättömään omaisuusmassaan ja yksilöityyn kohteeseen kohdistuvat oikeudet.⁶⁶

Yrityskiinnitysvelkojan suoja panttioikeuden perustamisesta johtuvaa vakuuden arvon heikentymistä vastaan ei meilläkään ole täydellinen. YrKiinL 4.3 §:n käteis-panttauskiellon tuottamaa suojaa heikentävät samassa säännöksessä kieltoon tehdyt poikkeukset. YrKiinL 4.3 §:n mukaan arvopapereihin, arvo-osuuksiin ja saataviin voidaan perustaa panttioikeus yrityskiinnitysvelkojaa sitovasti yrityskiinnityksestä huolimatta.⁶⁷ Käteis-panttauskiellon merkitystä käytännössä vähentää myös se, että sen noudattamista voi olla vaikea valvoa. Yrityskiinnitysvelkojan on vaikea valvoa etujaan etenkin silloin, kun käteis-panttauskiellon vastaisesti panttioikeuden saanut velkoja ryhtyy realisoimaan vakuuttaan itsenäisesti.⁶⁸

Käteis-panttauskiellon merkitystä heikentäisi myös panttivelkojan mahdollisuus saada vilpittömän mielen suojaa. Tätä mahdollisuutta panttivelkojalla ei kuitenkaan ilmeisesti ole.⁶⁹ Sen sijaan YrKiinL 9 §:n luotonantajalle tuomaa suojaa

⁶⁵ Ks. *SOU 1981:76* s. 157.

⁶⁶ *Walin* 1995 s. 92–93.

⁶⁷ Käteis-panttauskiellon poikkeuksia on perusteltu sillä, että poikkeuksen piiriin kuuluvat irtaimen omaisuuden tyypit ovat sellaisia, joita voidaan helposti antaa pantiksi. Niiden on siten ajateltu tulevan tarkoituksenmukaisimmin käyttöön elinkeinonharjoittajan rahoituksen vakuutena, koska niihin voidaan erikseen perustaa panttioikeus. Erityistä huomiota on kiinnitetty siihen, että saatavien jättäminen käteis-panttauskiellon ulkopuolelle mahdollistaa elinkeinonharjoittajan laskusaatavien järjestelmällisen panttauksen factoring-rahoituksen muodossa, ks. *KM 1981:56* s. 74 ja s. 76 sekä *HE 1983:190* s. 7–8.

Ruotsissa kyseisentyypistä omaisuutta on jätetty samasta syystä kokonaan yrityskiinnityksen ulkopuolelle. FHL 2:1.2:n 1 kohdan mukaan yrityskiinnityksen ulkopuolelle jäävät nimittäin kassavarat, pankkisaatavat, osakkeet, yhtiöosuudet, obligaatiot, debentuurit ja vastaavat yleiseen vaihdantaan tarkoitetut velkakirjat sekä osuudet sijoitusrahastoissa. Sen sijaan asiakassaavat, joita voidaan käyttää järjestelmällisesti vakuutena factoring-rahoituksessa, kuuluvat yrityskiinnityksen piiriin. Yleisesti yrityskiinnityksen alaisesta omaisuudesta ks. FHL 2:1 ja esim. *Dahlgren – Rune* 1986 s. 27–41 ja erityisesti asiakassaatavien osalta *NJA II 1984* s. 336–337, *Dahlgren – Rune* 1986 s. 34–36 ja *Walin* 1995 s. 77–78.

⁶⁸ Problematiikasta ks. lähemmin *Tepora* LM 1990 s. 876–878.

⁶⁹ YrKiinL 4.3 §:ssä ei säädetä, että panttivelkojalla olisi mahdollisuus saada tällaista suojaa. YrKiinL:n valmisteluvaiheessa KM 1981:56:n johdosta annetuissa lausunnoissa Suomen Asian-

heikentää juuri luovutuksensaajan mahdollisuus saada vilpittömän mielen suojaa. Jos luovutuksensaaja on vilpittömässä mielessä, normaalin liiketoiminnan piiriin kuulumatonkin luovutus voi jäädä yritysikiinnitysvelkojaan nähden päteväksi ja heikentää tämän vakuutta. Luotonantajan riskin todennäköisyys riippuukin osaksi siitä, mitä luovutuksensaajan vilpittömän mielen suoja edellyttää.

Vilpittömän mielen käsite esiintyy YrKiinL 9 §:ssä sen normaalimerkityksessä. Luovutuksensaaja on vilpittömässä mielessä vasta, kun hän ei tiennyt eikä hänen pitänytkaan tietää elinkeinonharjoittajan poikkeavan normaaleista liiketavoista ja toimivan yritysikiinnityksenhaltijan vahingoksi.⁷⁰ Luovutuksensaajan vilpittömän mielen suoja edellyttää siten selonottovelvollisuuden täyttämistä. Selonottovelvollisuus koskee ensi sijassa (1) luovutustoimen laatua eli sitä, onko se normaalin liiketoiminnan mukainen vai ei.⁷¹ Mikäli vaikuttaa siltä, että luovutus ei täytä normaalin liiketoiminnan kriteerejä, (2) luovutuksensaajan on otettava selvää

ajajaliitto ja Rahalaitosten neuvottelukunta kiinnittivät huomiota siihen, että YrKiinL 4.3 § ei sisällä mahdollisuutta myöntää pantinsaajalle vilpittömän mielen suojaa ja esittivät tällaisen suojan myöntämisen mahdollisuutta, ks. *OLJ 1982:7* s. 11–12.

Myös oikeuskirjallisuudessa on todettu, että pantinsaajalla ei ole mahdollisuutta saada vilpittömän mielen suojaa, ks. *Ojanen – Sutinen 1991* s. 52–53. *Havansi (1992a* s. 291) on kuitenkin esittänyt, että pantinsaajan vilpittömän mielen suoja olisi periaatteessa mahdollinen, mutta että käytännössä vilpittömän mielen suojan edellytykset täytynevät vain harvoin. Suojan saaminen edellyttäisi Havansin mukaan, että pantinsaaja olisi vilpittömässä mielessä joko siitä, että pantinantaja on elinkeinonharjoittaja, jonka omaisuuteen ylipäätään voisi kohdistua yritysikiinnitys ja käteis-panttauskielto, tai siitä, että panttikohde kuuluu elinkeinotoimintaan. Oikeuskirjallisuudessa esitetyt erilaiset mielipiteet siitä, voidaanko vilpittömän mielen suojaa myöntää lain vaietessa, saattavat osaltaan perustua erilaiseen suhtautumiseen siihen, vallitseeko oikeudessamme ekstinktioperiaate ja millainen painoarvo sille voidaan antaa.

⁷⁰ Ks. *KM 1981:56* s. 79 ja *HE 1983:190* s. 9. Esitöiden valossa jää epäselväksi, ovatko poikkeaminen normaaleista liiketavoista ja toimiminen yritysikiinnityksenhaltijan vahingoksi itsenäisiä, toisistaan erillisiä kriteerejä vai voidaanko niiden suhde ymmärtää niin, että tässä poikkeaminen normaaleista liiketavoista tarkoittaa samalla toimimista yritysikiinnityksenhaltijan vahingoksi. YrKiinL:n lähtökohtana voidaan pitää sitä, että normaalin liiketoiminnan ulkopuolelle jäävät oikeudelliset määräämistoimet olisivat yritysikiinnitysvelkojaa vahingoittavia ja normaalia poikkeaminen tarkoittaisi samalla vahingoittamisedellytyksen täyttymistä. Tämä tarkoittaisi myös, että vilpillisen mielen puuttuminen toisen seikan osalta tarkoittaisi vilpillisen mielen puuttumista molempien edellytysten osalta.

Eri asia on, että jotkin normaalin liiketoiminnan ulkopuolelle jäävät oikeudelliset määräämistoimet voisivat periaatteessa toisaalta olla myös sellaisia, että ne hyödyttävät yritysikiinnitysvelkojaa. Tällaisia tilanteita voisi syntyä esimerkiksi, jos velallinen hankkisi elinkeinotoimintaansa omaisuutta alihintaan. Tällaiset normaaliin liiketoimintaan kuulumattomat, velkojaa hyödyttävät toimenpiteet eivät kuitenkaan koskaan tule ajankohtaisiksi YrKiinL 9 §:n osalta, sillä siihen ei voi suojakseen vedota kuin yritysikiinnitysvelkoja (ks. *KKO 1995:28*) eikä yritysikiinnitysvelkojalla ole intressiä riitauttaa häntä hyödyttävän oikeustoimen sallittuisuutta.

Toisaalta voidaan ajatella myös niin, että koska normaalin liiketoiminnan ulkopuolelle voi jäädä myös oikeudellisia määräämistoimia, jotka eivät vahingoita velkojaa, vahingoittamiskriteeri olisi normaalin liiketoiminnan kriteeristä erillinen. Nähdäkseni tämä ei kuitenkaan ole tarpeen. Se saat-taisi asettaa yritysikiinnitysvelkojan näyttövelvollisuudelle luovutuksensaajan vilpittömän mielen puuttumisesta ylivoimaisia esteitä.

⁷¹ Edellä esitetyn tulkinnan mukaan tämä sisältäisi siis myös tiedon siitä, vahingoittaako luovutus-toimi yritysikiinnitysvelkojaa.

yrityskiinnitysrekisteristä, onko luovuttajan elinkeinotoiminnassa käytettävään irtaimen omaisuuteen vahvistettu yrityskiinnitys.⁷² Koska yrityskiinnityksen kohdistumisesta elinkeinonharjoittajan elinkeinotoimintaan kuuluvaan omaisuuteen on saatavissa tieto rekisteristä, luovutuksensaaja ei voi olla vilpittömässä mielessä yrityskiinnityksestä sinänsä. Sen sijaan hän voi olla vilpittömässä mielessä siitä, oliko määräämistoimi normaaliin liiketoimintaan kuuluva vai ei.⁷³

Luotonantajalla on riski myös siitä, että vilpillisessä mielessä ollut ensimmäinen luovutuksensaaja luovuttaa omaisuuden edelleen. Tällöin nimittäin myöhempi luovutuksensaaja voi usein saada YrKiinL 9.2 §:n mukaista vilpittömän mielen suojaa yrityskiinnityksenhaltijaan nähden. YrKiinL 9.2 §:n vilpittömän mielen vaatimus yrityskiinnityksestä vapautumisen edellytyksenä koskenee sinällään myös tällaista myöhempiä luovutuksensaajaa, kun ensimmäinen luovutuksensaaja on ollut vilpillisessä mielessä.⁷⁴ Luotonantajan asemaa tässä tilanteessa voi turvata ensimmäisen luovutuksensaajan mahdollinen vahingonkorvausvelvollisuus.⁷⁵

Luotonantajan suojan ulottuvuuden osalta keskeinen kysymys on myös, millaiset oikeudelliset määräämistoimet kuuluvat normaaliin liiketoimintaan ja ovat siten sallittuja. Yksittäistapauksissa saattaa olla vaikea määrittellä, onko kyse normaalista liiketoiminnasta vai ei.⁷⁶ Voidaan myös kysyä, onko normaali liiketoiminta ylipäätään onnistunein kriteeri yrityskiinnitysvelallisen sallitun ja kielletyn toi-

⁷² Ojanen – Sutinen 1991 s. 112. Myöskään he eivät tuo esille sitä, että selonottoa edellytettäisiin erikseen määräämistoimen vahingoittavuudesta.

⁷³ YrKiinL 9.2 § näyttää lähtevän siitä, että luovutuksensaaja tietää luovuttajan olevan elinkeinonharjoittaja, jonka omaisuuden voi kohdistua yrityskiinnitys, ja luovutetun omaisuuden olevan elinkeinotoimintaan kuuluvaa, sillä ainakaan säännöksen sanamuodon mukaan vilpittömällä mielellä näiden seikkojen osalta ei ole merkitystä. Toisaalta luovutuksensaaja voisi käytännössä olla verraten harvoin vilpittömässä mielessä näistä seikoista. Ks. myös Havansi 1992a s. 291, jossa hän tarkastelee YrKiinL 4.3 §:n käteispanntauskiellon vastaisesti pantin saaneen mahdollisuuksia vilpittömän mielen suojaan. Lähempään analyysiin vilpittömän mielen vaatimuksen sisällöllisestä ulottuvuudesta ei tässä ole mahdollisuuksia. Ajallisesta ulottuvuudesta ks. HE 1983:190 s. 9 ja Kaisto 1997 s. 192.

⁷⁴ Ks. Ojanen – Sutinen 1991 s. 112. Silloin puolestaan, kun ensimmäinen luovutuksensaaja on ollut vilpittömässä mielessä, lähtökohtana voidaan pitää, että myöhempi vilpillisessä mielessä ollut luovutuksensaaja voi vedota suojakseen ensimmäisen luovutuksensaajan ekstinktiiviseen saantoon. Poikkeus tästä voitaneen kuitenkin tehdä tilanteissa, joissa vilpillisessä mielessä oleva myöhempi luovutuksensaaja on *tarkoituksessa loukata yrityskiinnitysvelkojan intressejä* kierrättänyt omaisuutta vilpittömässä mielessä olleen ensimmäisen luovutuksensaajan kautta (kollusiivinen menettely), tai tilanteissa, joissa vilpillisessä mielessä ollut myöhempi luovutuksensaaja on *toiminut tietoisesti yrityskiinnitysvelkojan vahingoksi*, eli ainakin tilanteissa, joissa luovutuksensaajan toiminta suhteessa yrityskiinnitysvelkojan oikeuden loukkaukseen on ollut muodollisen oikeusaseman väärinkäyttöä. Ks. yleisellä tasolla lähemmin Kaisto 1997 s. 216–220 viitteineen sekä erityisesti arvopapereitten osalta Zitting 1957 s. 87–90 viitteineen. Kysymystä oikeuden väärinkäytöstä oikeuden sitovuuteen vaikuttavana seikkana käsitellään tutkimuksessa lähemmin jäljempänä jaksossa III.

⁷⁵ Ks. Ojanen – Sutinen 1991 s. 112–113.

⁷⁶ Normaalin liiketoiminnan kriteerien määrittelystä oikeuskirjallisuudessa ks. Ojanen – Sutinen 1991 s. 113–114 ja oikeuskäytännössä esim. KKO 1995:28 ja VHO 15.11.1990 S 90/150 (Finlex: VaaHO 1991:15).

minnan rajojen määrittäjänä.⁷⁷ Normaalin liiketoiminnan piiriin kuuluva, YrKiinL:n täysin sallima luovutuskin voi heikentää vakuutta. Tällaisen vakuuden heikentymisen katsotaan kuuluvan luotonantajan normaalin riskin piiriin. Sen seuraukset hänen täytyy itse kantaa. Luotonantajan on osattava ottaa huomioon, että velallinen tekee luotto- ja vakuussuhteen aikana erilaisia oikeudellisia transaktioita, joilla on vaikutusta hänen elinkeinotoimintaansa kuuluvan irtaimen omaisuuden arvoon vakuutena.

Luotonantaja voi pyrkiä eliminoimaan lain tuoman suojan jälkeen vielä jäävää riskiä sopimalla yritysikiinnitysvelallisen kanssa tämän kompetenssin rajoituksista. Kompetenssinrajoitusten voidaan tällöin ajatella koskevan käteispanttauskiellon rajoittamatta panttavissa olevien omaisuustyyppien panttausta tai tietyn arvokkaan yritysomaisuuden luovuttamista. Käytännössä rajoitetaan ainakin yritysikiinnitysvelallisen mahdollisuutta käyttää myyntisaataviaan vakuutena.

2.1.2.3. Kompetenssinrajoitusehto osakekantapanttiin turvana

Meillä panttauskompetenssia rajoittavaa sitoumusta on käytetty turvaamaan luotonantajan asemaa erityisesti *osakekantapanttiin* liittyviltä riskeiltä. Osakekantapanttiin liittyy samantyyppisiä riskejä kuin yritysikiinnitystyyppiseen vakuuteen. Velkojan erityinen riski liittyy usein siihen, että vakuuskohteen hallinta on jäänyt velalliselle. Riski liittyykin ennen kaikkea vakuuskohteisiin, joihin panttioikeus perustetaan hypotekaarisesti. Vakuuskohteen hallinta antaa velalliselle mahdollisuuden heikentää vakuuden arvoa sekä oikeudellisin määräämistöimin että tosiasiallisin toimenpitein. Tällaisten vakuuskohteiden osalta velkojaa kuitenkin turvataan riskiltä lain säännöksiin. Esimerkiksi kiinteistöpanntivelkoja on suojattu verraten hyvin jo MK:n säännöksiin⁷⁸ ja yritysikiinnityksen haltija edellä kuvatuin

⁷⁷ Tämä nousi esiin jo YrKiinL:n valmistelussa. Ks. *OLJ* 1982:7 s. 15–16, jossa useat KM 1981:56:n johdosta lausunnon antaneet intressitahot kritisoivat normaalin liiketoiminnan kriteeriä. Paitsi että kriteeriä pidettiin vaikeana määrittää, vaadittiin myös yhtäältä, että muunlaistenkin kuin yrityksen normaalin liiketoiminnan piiriin kuuluvien luovutustointen tulisi olla sallittuja erityisesti yritystä saneerattaessa. Myös YrSanL:ssa käytetään kuitenkin normaalin liiketoiminnan kriteeriä vastaavaa yrityksen tavanomaisen toiminnan kriteeriä. Velallisen määräysvalta ilman selvittäjän suostumusta on yrityssaneerausmenettelyn aikana rajoitettu YrSanL 29 §:ssä yrityksen tavanomaiseen toimintaan liittyvien oikeustoimien tekemiseen. Ks. myös *HE* 1992:182 s. 40.

Toisaalta puolestaan todettiin, että normaaliinkin liiketoimintaan kuuluvien menettelyjen pitäisi joissakin tilanteissa olla kiellettyjä yritysikiinnitysvelkojaa vahingoittavina. Esimerkkinä tällaisesta mainittiin yrityksen omistaman koneen luovuttaminen siten, että sen tilalle hankitaan leasingvuokrattu kone. Esimerkiksi saneeraustilanteessa velallisen määräämistöimia voidaan YrSanL 30 §:n perusteella velkojan tai selvittäjän vaatimuksesta rajoittaa myös yrityksen tavanomaisen toiminnan osalta, jos on olemassa vaara, että velallinen menettelee velkojan etua vahingoittavalla tai vaarantavalla tavalla. Ks. myös *HE* 1992:182 s. 40.

⁷⁸ Ks. lähemmin esim. *Havansi* 1996 s. 228–242. Kääntäen voidaan todeta, että käteispanttaus-tilanteissa *velallisella* on riski siitä, että velkojalla pantin haltijana on mahdollisuus toimenpiteillään heikentää pantin arvoa. Tässä tilanteessa velallista suojaavat KK 10 luvun säännökset. Ks. lähemmin *Havansi* 1992a s. 348–361 kirjallisuusviitteineen.

tavoin YrKiinL:n säännöksiin. Vaikka osakepantti on käteispannti ja osakekirja on siten panttivelkojan hallinnassa,⁷⁹ erityinen riski on myös sen osalta olemassa. Tämä johtuu siitä, että osakepanttiin arvo määräytyy yhtiövarallisuuden perusteella, ja se ei ole panttivelkojan vaan velallisen hallinnassa kuten hypoteekaarisen panttioikeuden kohde. Niinpä velallinen voi osakeomistukseen perustuvan yhtiöoikeudellisen määräämisvaltansa perusteella tehdä toimenpiteitä, jotka heikentävät osakepanttiin arvoa. Tämä voi tapahtua esimerkiksi luovuttamalla keskeistä yrittäjäomaisuutta alihintaan tai muulla tavalla tyhjentämällä yhtiö varallisuudesta.

Osakekantapantti saattaa osoittautua arvottomaksi esimerkiksi seuraavanlaisessa tilanteessa: X Oy saa 7 milj. markkaa luottoa pankilta A kiinteistönkaupan tekemiseksi perustettavan asunto-osakeyhtiön lukuun. X Oy panttaa luoton vakuudeksi samana päivänä perustetun Y Oy:n osakekannan. X Oy on edelleen samana päivänä ostanut 7 milj. markan arvoisen kiinteistön Y Oy:n lukuun. X Oy on maksanut kauppahinnan ja laskuttanut sen Y Oy:ltä.

X Oy joutuu konkurssiin. Y Oy:n omaisuutta ollut kiinteistö myydään 3 milj. markalla. Koska Y Oy on ollut kiinteistön kauppahinnan velkaa X Oy:lle, kauppahinta käytetään X Oy:n velkojen saatavien suorituksiksi. Kun Y Oy:n omistama kiinteistö on realisoitu ennen A:lla vakuutena olleita Y Oy:n osakkeita, A:n vakuuden arvo on olematon. Tällaisessa tilanteessa A voi luonnollisesti saada kiinteistön kauppahinnasta suorituksen yhdenvertaisesti X Oy:n muiden velkojen kanssa, mutta tämä suoritus ei missään määrin perustu osakepanttiin.

Osakepanttivelkojaa loukkaavat toimenpiteet ovat sitä todennäköisemmin ja helpommin toteutettavissa, mitä harvemmalle taholle määräysvalta yhtiössä on keskittynyt. Riski on olemassa erityisesti silloin, kun yhtiö on yhden henkilötahon määräysvallassa.⁸⁰ Näin on yleensä silloin, kun yhtiön koko osakekanta on annettu pantiksi. Tällöin henkilö ei oikeudellisesti omista yhtiöomaisuutta – omaisuushan on nimenomaan *yhtiön* omaisuutta. Tästä huolimatta omaisuus on osakeomistuksen ja siihen perustuvan yhtiöomaisuuteen kohdistuvan määräysvallan johdosta hänen määrättävissään. Voidaankin sanoa, että henkilöllä on tällöin *taloudellinen omistusoikeus* yhtiöomaisuuteen.⁸¹

Keskeinen käytännössä toteutunut riski, joka liittyy osakekantapanttiin vakuusarvon heikentymiseen, on ollut se, että keskeiseen yhtiön omistamaan varallisuuteen on perustettu panttioikeus sen jälkeen, kun yhtiön osakekanta on annettu pantiksi. Käytännössä kompetenssinrajoitusehtoja onkin käytetty osakekantapanttauksen yhteydessä estämään ennalta osakekantapanttiin vakuusarvon heikkeneminen tällaisen *arvon kaksoispanttauksen* johdosta. Arvon kaksoispanttauksessa on kysymys tilanteesta, jossa samaan varallisuusarvoon kohdistuu kaksi panttioikeut-

⁷⁹ Arvo-osuusjärjestelmän piirissä olevien yhtiöosuuksien osalta velkojalla ei luonnollisesti ole osakekirjan hallintaa, koska osakekirjat on korvattu arvo-osuusrekisterin merkinnöillä.

⁸⁰ Ks. myös *Havansi* 1992a s. 331.

⁸¹ Taloudellisen omistusoikeuden käsitteestä ks. *Kartio* JJ 1990 s. 58–60 sekä jäljempänä jakso III 3.3.

ta. Tilanne syntyy, kun panttioikeus on perustettu sekä yhtiön osakekantaan että yhtiön omistamaan varallisuuteen. Tällöin pantteina ovat muodollisesti eri kohteet, mutta kun osakekannan arvo perustuu yhtiövarallisuuden arvoon, molempien panttikohteiden arvo perustuu samaan omaisuuteen.

Arvon kaksoispanttauksessa ei ole kysymys tavanomaisesta kaksoispanttauksesta siinä merkityksessä kuin termiä vakiintuneesti käytetään. Kaksoispanttaukselta puhutaan yleensä silloin, kun kahdelle perustetaan panttioikeus samaan kohteeseen kilpailevilla etuoikeuksilla. Tavallinen kaksoispanttausriski tarkoittaisikin osakepanttilvelkojan osalta sitä, että samat osakkeet olisi luvattu ensisijaiseksi vakuudeksi myös toiselle velkojalle.⁸²

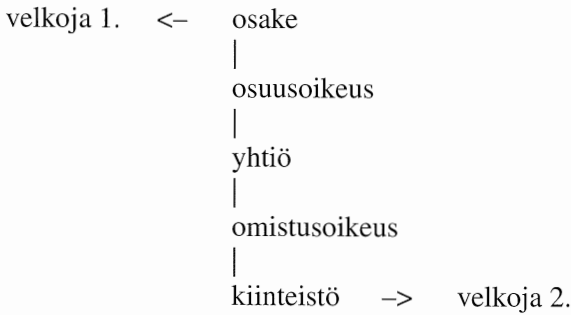
Arvon kaksoispanttaus on riski osakepanttilvelkojalle etenkin silloin, kun vakuus annetaan vieraasta (yleensä osakkeenomistajan) velasta tai kun se annetaan vanhasta velasta. Myös yhtiön omasta uudesta velasta annettu vakuus voi perustaa osakekannan pantiksi saaneelle velkojalle riskin, jos velaksi saadulla summalla on esimerkiksi hankittu omaisuutta ylihintaan. Näissä tilanteissa myöhemmästä panttaukselta johtuva osakepanttilvelkojan vakuusarvon menetys ei kompensoitu uudella yhtiövarallisuudella. Velkojan riski toteutuu, kun yhtiö tulee maksukyvyttömäksi ja panttilvelkoja hakee saatavansa suoritusta panttikohteen arvosta. Tällöin osakepanttilvelkojan vakuuden arvo heikkenee yhtiöomaisuuteen kuuluneen panttikohteen arvon verran.⁸³

Arvon kaksoispanttaus on osakepanttilvelkojalle sitä vaarallisempi, mitä laajemmin ja mitä tärkeämpää yritysomaisuutta yhtiö on pantannut. Käytännössä keskeinen arvon kaksoispanttauksen riski on liittynyt asunto- ja kiinteistöosakeyhtiöiden osakekannan panttaukseseen. Tällaisissa yhtiöissä keskeinen yhtiövarallisuus muodostuu joko omistus- tai vuokraoikeudesta kiinteistöön ja sillä oleviin rakennuksiin. Yhtiövarallisuuden arvo perustuu siis kiinteistön arvoon. Disponointi yhtiövarallisuuteen kuuluvasta kiinteistöstä voi siten vaikuttaa suoraan osakekannan pantiksi saaneen velkojan vakuuden arvoon. Kun sekä yhtiön osakekantaan että yhtiön omistamaan kiinteistöön voidaan perustaa panttioikeus, samaa omaisuutta voidaan käyttää kahden eri velan vakuutena. Asunto- ja kiinteistöosakeyhtiöiden osalta arvon kaksoispanttaus syntyykin yleensä niin, että panttioikeus on perustettu sekä yhtiön osakekantaan että yhtiön omistamaan kiinteistöön. Asunto- tai kiinteistöosakeyhtiön osakekannan pantiksi saaneen velkojan erityinen riski onkin siinä, että yhtiö käyttää yhtiövarallisuuden muodostavaa kiinteistöä velan vakuutena.

⁸² Kaksoispanttaus-termin käytöstä ks. esim. *Havansi* 1992a s. 114, s. 124 ja s. 251. Erityinen osakepanttaukseseen liittyvä päällekkäispanttaustilanne liittyy puolestaan siihen, että osakekirjoja on olemassa kahdet kappaleet. Näistä osakeduplikaattitilanteista ja muista päällekkäispanttaustilanteista osakepantin yhteydessä sekä kollisionsratkaisuihin niissä ks. lähemmin *Havansi* 1981.

⁸³ Ks. lähemmin esimerkkiä *Tammi-Salminen* LM 1998 s. 435.

Arvon kaksoispanntauksen tyyppitilanteena voidaan pitää järjestelyä, jossa osakkeiden omistaja ensin panttaa osakkeet yhdelle velkojatalolle tältä saadun luoton vakuudeksi ja sen jälkeen yhtiö perustaa panttioikeuden omistamaansa kiinteistöön yhtiön tai osakkeenomistajan toiselta velkojatalolta saaman luoton vakuudeksi. On myös mahdollista, että kiinteistöpanttioikeus perustetaan yhtiön kanssa saman intressitahon piiriin kuuluvalla henkilöllä.⁸⁴



Arvon kaksoispanntaus.

Arvon kaksoispanntauksen ohella toinen käytännössä keskeinen asunto- ja kiinteistöosakeyhtiöiden osakekannan vakuusarvoa heikentävä riski on ollut yhtiön vuokrasopimuksen ehtojen muuttaminen vuokraoikeuden arvoa heikentävästi. Tämä riski on olemassa aina silloin, kun yhtiön omistama rakennus sijaitsee kiinteistöllä, jota yhtiö hallitsee vuokraoikeuden perusteella.

Esimerkkejä siitä, millaiset muutokset voivat heikentää osakekannan vakuusarvoa, tarjoaa esimerkiksi ratkaisussa HHO 12.10.1995 R 94/518 käsillä ollut tilanne. Siinä vuokrasopimukseen oli tehty seuraavia muutoksia: (1) vuokra-aika oli muutettu 100 vuodesta 10 vuodeksi, (2) vuokra oli muutettu 1.000 markasta vuodessa 1.000 markaksi kuukaudessa, (3) vuokraoikeuden siirtokelpoisuutta oli rajoitettu, (4) vuokramiehen vuokra-aluetta koskeva lunastusoikeus oli poistettu ja (5) kiinteistönomistajan vuokramiehen rakennuksia koskeva lunastusvelvollisuus oli poistettu.

Osakepanttivelkojan aseman turvaamista erityisillä yhtiön tai sen omistajan kompetenssia rajoittavilla ehdoilla erityisesti arvon kaksoispanntauksen estämiseksi on rahoituskäytännössä pidetty tarpeellisenä, koska on epäselvää, millainen osakepanttivelkojan turva osakekantapantnin arvon heikkenemiseen liittyviä riskejä vastaan on sen jälkeen, kun riskit ovat toteutuneet.

⁸⁴ Näin esimerkiksi ratkaisussa KKO 1997:146 käsillä olleessa tilanteessa, jossa kiinteistöpanttioikeus perustettiin yhtiön toimitusjohtajalle ja sekä osakkeenomistajayhtiön että kiinteistönomistajayhtiön hallituksen ainoalle jäsenelle ja tämän puolisolalle, joka oli osakkeenomistajayhtiön hallituksen varajäsen.

Osakepanttivelkojaa eivät suojaa esimerkiksi MK:n kiinteistöpanntivelkojaa vakuusarvon heikkenemiseltä turvaavat säännökset, vaikka pantatun yhtiön keskeinen omaisuus olisi kiinteistö ja sen arvo olisi heikentynyt MK:ssa mainituin tavoin. Vastaavasti osakepanttivelkoja ei voi vedota YrKiinL:n yritysikiinnitysvelkojaa vakuusarvon heikkenemiseltä turvaaviin säännöksiin, vaikka yritysomaisuuden arvo olisi heikentynyt YrKiinL:ssa mainituin tavoin. Tämä johtuu siitä, että panttioikeuden kohteena ovat osakkeet, mutta eivät yhtiön omaisuu-teen kuuluvat, osakkeen arvoon vaikuttavat varallisuuskohteet.

Mahdollista tulevaa osakepantin arvon heikentämistä vastaan osakepanttivelkoja saattaa voida menestyksellisesti vedota suojakseen OK 7:3:n yleistä turvaamistointia koskevaan säännökseen ja saada tuomioistuimen määräämään yhtiöomaisuuden toimitsijan haltuun. Tällöin osakekannan omistaja ei voi käyttää yhtiöoikeudellista määräämisvaltaansa esimerkiksi perustamalla osakekantapantin arvoa heikentävää panttioikeutta yhtiön omaisuuteen.⁸⁵

Silloin kun arvon kaksoispanntauksesta johtuva riski perustuu siihen, että yhtiö on antanut esimerkiksi omistamansa kiinteistön vakuudeksi vieraasta (osakkeenomistajan) velasta, osakepanttivelkojalla saattaa olla mahdollisuus saada suojaa yhtiöoikeudellisin perustein.

Osakepanttivelkoja saattaa voida menestyksellisesti vedota panttioikeuden pätemättömyyteen sillä perusteella, että kyseinen vakuudenanto on vastoin yhtiön tarkoitusta ja sen toimialaan kuulumaton. Lisäksi edellytetään, että panttivelkoja tiesi tai että hänen olisi pitänyt asiantilasta tietää. Hovioikeuskäytännössä osakepanttivelkojaa on suojattu tällä perusteella ratkaisussa HHO 5.10.1995 S 93/2204 (Finlex: HelHO 1995:6). Siinä panttioikeus kiinteistöön julistettiin tehottomaksi asunto-osakeyhtiön osakkeet pantiksi saanutta velkojaa kohtaan. Ratkaisua perusteltiin sillä, että yhtiön tekemä kiinteistöpanntaus oli yhtiön tarkoituksen vastainen ja sen toimialaan kuulumaton ja kiinteistöpanntinsaajan katsottiin pitäneen tästä seikasta tietää.

Ratkaisussa poikettiin yleisestä yhtiöoikeudellisesta periaatteesta, jonka mukaan kaikkien osakkeenomistajien suostumus pätevöittää yhtiön tarkoituksen vastaisen ja toimialaan kuulumattoman oikeustoimen.⁸⁶ Ratkaisun perustelutapa vaikuttaa samanlaiselta kuin esimerkiksi grynder-tapauksessa KKO 1963 II 27, jossa asunto-osakeyhtiön isännöitsijä ja hallituksen jäsen oli yhtiön muiden perustajaosakkaiden suostumuksella luovuttanut yhtiön hallitseman tontin vuokraoikeuteen ja tontilla oleviin rakennuksiin kiinnitettyjä haltijavelkakirjoja urakoitsijayhtiön velan pantiksi kolmannelle yhtiölle. Panttaus ei sitonut asunto-osakeyhtiötä, koska tarkoitus, johon velkakirjoja oli käytetty, oli vieras asunto-osakeyhtiön toimialalle ja pantinsaajan olisi pitänyt olla tästä tietoinen. Osakkeenomistajan suostumuksen ei tällöin ole katsottu voivan pätevöittää oikeustointa, josta hän itse olisi hyötynyt sellaisten tahojen kustannuksella,

⁸⁵ OK 7:3:stä ja sen soveltamisedellytyksistä ks. lähemmin *Havansi* 1994 s. 54–81.

⁸⁶ Tämä periaate on ilmaistu esim. ratkaisussa KKO 1992:190.

joiden etua hänen olisi tullut valvoa.⁸⁷ Samoin HO:n ratkaisun taustalla voidaan nähdä ajatus, jonka mukaan osakkeenomistajan suostumuksella ei ollut oikeustoimen pätevöittävää vaikutusta, koska suostumus olisi hyödyttänyt häntä itseään ja se olisi tapahtunut hänen velkojansa kustannuksella eli sellaisen tahon kustannuksella, jonka etua hänen olisi tullut valvoa.⁸⁸

Yhtiön velkojien intressejä suojaavat myös OYL 12:7 ja AsOYL 76 §:n lainan ja vakuudenantokiellot. OYL 12:7:n mukaan vakuuden antaminen yhtiön lähipiiriin kuuluvan, kuten OYL 1:4:ssä mainitun osakkeenomistajan, velasta on sallittu vain tietyissä OYL 12:2:ssä tarkoitettujen voitonjakokelpoisten varojen rajoissa ja edellyttäen, että velalliselta saadaan turvaava vakuus. AsOYL 76 §:n mukaan yhtiö ei saa antaa vakuutta OYL 1:4:ssä tarkoitettuun yhtiön lähipiiriin kuuluvalla.

Osakepanttivelkojankin intressejä mahdollisesti loukkaava yhtiön omaisuuden panttaus yhtiön osakkaan velasta on siis edellä mainittujen säännösten vastaisena yhtiöoikeudellisesti kielletty. Säännösten rikkomisesta voi seurata rikos- ja vahingonkorvausvastuu. Jo tämän vastuun syntyminen on omiaan pidättämään kielletystä vakuudenannosta.

Ennen vuoden 1997 OYL-uudistusta katsottiin yleisesti, että edellä mainittujen säännösten vastaisesti annettu vakuus ei kuitenkaan ollut siviilioikeudellisesti pätemätön yhtiön ja vakuudensaajan välillä, jos kyseinen vakuudenanto yleisesti ottaen kuului yhtiön tarkoituksen ja toimialan piiriin.⁸⁹ Lain esityöt näyttäisivät tukevan kantaa, jonka mukaan oikeustila ei ole OYL-uudistuksessa

⁸⁷ Oikeuskirjallisuudessa on toisinaan katsottu, että ratkaisussa KKO 1963 II 27 on ollut kysymys samastuksesta eli tytäryhtiön erillisyyden syrjäyttämisestä, ks. *af Schultén* 1984 s. 92–93 ja *Leppänen* OTJP 1991 s. 286. Ks. myös *KM* 1992:32 s. 371–372, jossa ratkaisua on käytetty esimerkkinä oikeuskäytännön suhtautumisesta osakeyhtiön ja osakkeenomistajien vastuun samastukseen. *Huttunen* (1996 s. 26–27) mukaan tapauksen perusteluista käy kuitenkin ilmi, että kyse ei ollut samastuksesta. Huttunen tuo esiin myös sen, että kanteessakin vaadittiin vain, että varat tuli palauttaa, koska sopimus ei sitonut asunto-osakeyhtiötä. Ratkaisua ei siten Huttusen mukaan voida pitää esimerkkinä siitä, että osakkaan ja yhtiön samastus olisi hyväksytty. Nähdäkseni ratkaisun lopputulos perustuu siihen, että osakas on suostumuksen antaessaan laiminlyönyt velvollisuutensa valvoa tiettyjen tahojen intressejä eikä tämä velvollisuus välttämättä perustu osakkaan ja yhtiön samastukseen. Kysymykseen osakkeenomistajan huolenpitovelvollisuudesta palataan tutkimuksessa jaksossa III.

⁸⁸ Ratkaisun perusteluissa todetaan muun muassa seuraavaa: ”F:llä (lyh. *ETS*) luovutettuaan asunto-osakeyhtiön osakekannan pantiksi ei ole ollut oikeutta loukata pankin vakuusoikeutta käyttämällä osakkeenomistajan päättämisoikeutensa pantin arvoon vaikuttaviin asunto-osakeyhtiön toimialan ja tarkoituksen vastaisiin toimiin.”

Sama periaate luonnollisten henkilöiden osalta ilmenee esim. itsekontrahoinnin kieltävästä HolhTL 32 §:stä. Sen mukaan edunvalvoja ei saa edustaa päämiestään tilanteissa, jossa hänen ja hänen päämiehensä edut saattavat joutua ristiriitaan. Pykälän 2 momentissa on nimenomaisesti mainittu tällaisina tilanteet, jossa vastapuolena on edunvalvoja itse tai tälle läheinen henkilö tai henkilö, jota edunvalvoja edustaa. Pykälän 3 momentti sisältää täydentävän yleissäännön, joka kieltää edustamisen myös muissa kuin 2 momentissa mainituissa tilanteissa, jos edunvalvojan ja hänen päämiehensä edut saattavat joutua asiassa ristiriitaan keskenään. Ks. myös (HolhL:n aikainen) ratkaisu KKO 1999:24. Siinä isä oli alaikäisten lasten holhoojana pantannut lasten omistamat osakkeet pankille omien vastuidensa vakuudeksi. Isän edustusvallan puuttumisesta johtunut panttausten pätemättömyys ei korjautunut holhouslautakunnan myöhemmin antaman panttausluvan johdosta, koska tällaisessa eturistiriitatilanteessa lapsia olisi pitänyt edustaa heille määrätty uskottu mies.

⁸⁹ Keskeinen ratkaisu on KKO 1986 II 136. Ks. myös *Havansi* 1979a s. 319 ja *Koski – af Schultén* 1991 s. 217 sekä *HE* 1981:11 s. 5.

tältä osin muuttunut.⁹⁰ Kirjallisuudessa on kuitenkin esitetty myös, että edellä mainittujen säännösten vastaisesti annettu vakuus olisi aina siviilioikeudellises-
tikin pätemätön.⁹¹ Kysymykseen ei voida tässä yhteydessä puuttua lähemmin.⁹²

Aina panttioikeuden perustaminen vieraasta velasta ei kuitenkaan ole edes yhtiöoikeudellisesti kielletty. Näin on esimerkiksi silloin, kun vakuus on annettu emoyhtiön velasta. OYL 12:7.2:n 2 kohdan mukaan niin sanottu konserniva-
kuus on sallittu. Vakuuden antaminen on sallittua, jos velallinen on osakeyhtiö, joka kuuluu samaan konserniin kuin vakuuden antava yhtiö. Niinpä mikäli osakekannan omistaja on osakeyhtiö, sen tytäryhtiön on mahdollista antaa pantti sen velan vakuudeksi. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 1997:146, johon palataan lähemmin jäljempänä, kiinteistöpanntioikeuden perustaminen oli si-

⁹⁰ Ks. *HE 1996:89* s. 133, jossa todetaan, että OYL 12:8.2, joka koskee vakuudenantokiellon vastaisesti vakuuden saaneen palautusvelvollisuutta, ei vaikuta vakuuden haltijan asemaan. Tällä on oikeuskirjallisuudessa tulkittu tarkoitetun, että vakuus jää OYL 12:7:n vastaisuudesta huolimatta päteväksi yhtiön ja vakuudensaajan välisessä suhteessa. Ks. *Kyläkallio – Iiro – Kyläkallio 2000* s. 897–898, jotka suhtautuvat esitöiden kantaan kriittisesti.

⁹¹ Ks. *Kyläkallio – Iiro – Kyläkallio 2000* s. 898. Kanta on perustettu siihen, että OYL 8:15.1:n 1 kohdan mukaan yhtiön edustajan yhtiön puolesta tekemä oikeustoimi ei sido yhtiötä, jos edustaja on toiminut vastoin OYL:ssä säädettyä kelpoisuuden rajoitusta. Lain esitöiden mukaan OYL:ssä sääde-
tyllä kelpoisuuden rajoituksella tarkoitetaan säännöksiä eri toimielinten välisestä tehtävien jaosta sekä säännöksiä, joissa tietyt oikeustoimet on kokonaan kielletty. Yhtiön varojen lainaaminen osakkeenomistajalle OYL 12:7:n vastaisesti mainitaan lain esitöissä esimerkkinä säännöksestä, joissa tietyt oikeustoimet on kielletty, ks. *HE 1996:89* s. 109.

⁹² Osakeyhtiöoikeudellisessa kirjallisuudessa kysymystä ei juuri edellä viitattua esitöitä kritisoivaa kantaa lukuun ottamatta ole käsitelty. Vrt. esim. keskenään teoksen *Koski – af Schultén* painoksia 1991 s. 217 ja 2000 s. 350 (uudempi painos ei enää sisällä kysymystä koskevaa kappaletta).

Myös Ruotsissa kysymys OYL 12:7:ää vastaavan ABL 12:7:n lainan ja vakuudenantokiellon siviilioikeudellisesta pätemättömyydestä ja OYL 8:15.1:a pitkälti vastaavan ABL 8:14:n soveltuvuu-
desta on epäselvä. Ks. lähemmin esim. *Lindskog 1995* s. 155–157, jonka mukaan ABL 12:7:n säännöstä on luonnollista tulkita niin, että se rajoittaa yhtiöorganien mahdollisuutta tehdä kiellon-
vastaisia määräämistoimia – edes osakkeenomistajien suostumuksella – pätevästi. Tällöin määrää-
mistoimen pätevyyttä on arvioitava ABL 8:14:n valossa. Hänen mukaansa esityöt, oikeustiede ja
oikeuskäytäntö kuitenkin osoittavat pikemminkin suuntaan, jonka mukaan ABL 12:7:n kiellon
vastainen menettely merkitsee vain rikosoikeudellisen rekvisiitan täyttymistä, mutta ei menettelyn
siviilioikeudellista pätemättömyyttä. Edellisellä kannalla ovat *Nial – Johansson 1995* s. 245–246,
joiden mukaan pätevyuden arviointiin sovelletaan ABL 8:14:ää. Jälkimmäisellä kannalla ovat *Rodhe*
2000 s. 121–122, jonka mukaan sillä, että laissa on kiellon rikkomisen seuraukseksi säädetty vain
rikosvastuu, on tarkoitettu, että kiellonvastainen toimi on siviilioikeudellisesti pätevä, sekä lievem-
min, lain esitöihin tukeutuen, *Kedner – Roos – Skog 1996* s. 141, joiden mukaan lainvastainen
sopimus voi olla, mutta ei aina ole, pätemätön yleisten oikeusperiaatteiden perusteella. Pätemättö-
myysseuraus riippuu esimerkiksi kiellon tarkoituksesta. Ks. myös *Nerep 1994* s. 403–412. *Åhmanin*
(1997 s. 238–240 ja s. 253–256) mukaan ABL 8:14 ei sovellu suoraan käsillä olevaan tilanteeseen.
Kysymykseen tulisi korkeintaan säännöksen analoginen soveltaminen, mutta siihenkään ei hänen
mukaansa tarkoituksenmukaisuussyistä ole perusteita. Ks. myös *Kleineman JT 1994–95* s. 452–453.
Oikeuskäytännöstä s. NJA 1976 s. 618 ja NJA 1980 s. 311, joissa kiellonvastaisen oikeustoimen ei
katsottu olleen siviilioikeudellisesti pätemätön, ja NJA 1992 s. 717, jossa oikeustoimi katsottiin
pätemättömäksi suhteessa osakkaaseen, jolla oli mahdollisuus vaikuttaa kiellonvastaiseen menette-
lyyn ryhtymiseen ja joka teki oikeustoimen omaksi hyödykseen. Sen sijaan yhtiön ulkopuolisen
tahon tietoisuudella ei katsottu olevan merkitystä pätemättömyyteen. Ks. lisäksi ratkaisun NJA 1999
s. 426 kommenttia *Andersson JT 1999–2000* s. 402–404, joka toteaa, että ratkaisu NJA 1992 s. 717
on poikkeus aiempien ratkaisujen mukaisesta pääsäännöstä ja kysymys on siitä, mikä on tämän
poikkeuksen laajuus.

nänsä OYL 12:7:n mukaan yhtiöoikeudellisesti sallittu, koska kiinteistöpanntioikeuden perustamista pidettiin osana pantin antaneen kiinteistöyhtiön emoyhtiön rahoitus- ja vakuusjärjestelyä.⁹³ AsOYL 76 § edellyttää kiellosta poikkeamiselta lisäksi, että toimenpide palvelee yhtiön ja sen osakkeenomistajien etua.

AsOYL 76 §:n osalta oikeuskäytännössä ratkaisussa KKO 1998:47 on katsottu, että sen rikkomista on seuraamuksiensa osalta perusteltua arvioida ankaremmin kuin OYL 12:7:ssä säädetyn kiellon rikkomista on arvioitu. Suhtautumista on perusteltu sillä, että AsOYL:n tulkinnassa on otettava huomioon asunto-osakeyhtiön osakkaiden erityinen suojan tarve. Tämä suojan tarve perustuu siihen, että osakkeita hankitaan asumistarkoitusta varten. Tämän vuoksi AsOYL 76 §:n kiellon on katsottu rajoittavan yhtiön toimielinten AsOYL 62 §:ssä säädettyä toimivaltaa. Tällä perusteella kiellon vastainen panttaus on katsottu yhtiötä kohtaan sitomattomaksi ja siten suojattu osakkaita panttauksen vahingollisilta vaikutuksilta.

Ratkaisussa KKO 1998:47 asunto-osakeyhtiö oli antanut omistamaansa kiinteistöön kiinnitetyt velkakirjat pantiksi sen koko osakekannan omistaneen emoyhtiön veloista. KKO:n mukaan panttaus ei palvellut yhtiön etua ja panttaus oli siten tapahtunut vastoin AsOYL 76 §:n kieltoa eikä osakkeenomistajien suostumus voinut pätevoittää panttausta, koska kyse oli muidenkin kuin asunto-osakeyhtiön panttauksenhetkisten osakkaiden suojaamisesta. Koska kyseisessä tapauksessa oli kysymys *asunnonostajien* suojaamisesta ja erityistä merkitystä oli annettu juuri asumistarpeelle, on epäselvää, voisiko *osakekannan pantiksi saanut velkoja* vedota kiinteistöpanntioikeuden pätemättömyyteen suoraan AsOYL 76 §:n perusteella.⁹⁴

Yleisestikin ottaen osakepanntivelkoja voi saada epäsuoraa turvaa arvon kaksoispanntauksesta johtuvaa riskiä ja muita osakekannan vakuusarvoa heikentäviä riskejä vastaan esimerkiksi OYL:n yhtiön velkoja suojaavista säännöksistä. Koska säännöksillä pyritään turvaamaan yhtiöomaisuuden säilymistä yhtiön velkojen intressissä, ne turvaavat välillisesti myös osakepanntivelkojan intressejä, jotka tältä osin ovat samat kuin yhtiön velkojen intressit.

⁹³ Ratkaisun perusteluissa todetaan seuraavaa: ”Kokonaisarvioinnissa haltijavelkakirjojen panttaus T:ille on liittynyt niihin vakuusjärjestelyihin, joiden tarkoituksena on ollut turvata pankin saamiset Kiinteistö Oy:n emoyhtiöltä Rakennus Oy:ltä. T:t ovat suostuneet antamaan henkilökohtaiset vakuudet Rakennus Oy:n veloista edellyttäen, että he saavat niille vastavakuudet. T:ille perustettu panntioikeus Kiinteistö Oy:n omaisuuteen realisoituu vain, jos he joutuvat suorittamaan pankille Rakennus Oy:n velkoja. Kyseessä on siten *konsernivakuuteen rinnastuva vastavakuus* eikä panttaus sen vuoksi ole osakeyhtiölain 12 luvun 7 §:n nojalla pätemätön.” (lyh. ja kurs. ETS)

⁹⁴ Tällaista mahdollisuutta tukisi KKO:n ratkaisun perustelujen osalta eri mieltä olleen oikeusneuvoksen lausunto, jonka mukaan yksi peruste tulkita AsOYL 76 §:n säännöstä niin, että kiellon vastainen toimenpide on pätemätön eikä yhtiö voi antaa kiellettyä lainaa tai vakuutta osakkeenomistajien suostumuksellakaan, on se, että rakennushankkeen valmistumisen jälkeen ei ole enää tarvetta antaa kiinteistöä vakuudeksi, kun vakuutena voidaan käyttää asunto-osakeyhtiön osakkeita.

Oikeusneuvoksen mukaan ratkaiseva peruste panntioikeuden pätemättömyydelle ei ole tulevien asunnonostajien suojan tarve vaan nykyisen osakkeenomistajan vakuustarpeen puuttuminen. Lausunnossa kiinnitettiin huomiota myös osakkeenomistajan velkojen intresseihin yleisesti, sillä siinä todetaan lisäksi muun muassa, että ”[s]ellainen tilanne, jossa asunto-osakeyhtiön osakekannan omistaja käyttää rahoituksensa vakuutena sekä asunto-osakeyhtiön osakkeita että panntioikeutta yhtiön omaisuuteen, merkitsee saman omaisuuden arvon käyttämistä vakuutena kahteen kertaan.”

Tästä näkökulmasta osakepantivelkojaa turvaa myös esimerkiksi OYL 8:6.3, jonka mukaan sellaiset yhtiön ja sen ainoan osakkeenomistajan väliset sopimukset ja sitoumukset, jotka eivät kuulu yhtiön tavanomaiseen liiketoimintaan, on merkittävä tai liitettävä hallituksen kokouksen pöytäkirjaan.⁹⁵ Tavanomaiseen liiketoimintaan kuulumattomina toimina on kirjallisuudessa pidetty ainakin sellaisia toimia, joihin toimitusjohtaja ei saisi ryhtyä ilman hallituksen antamaa valtuutusta. Tällaisia toimia ovat esimerkiksi sellaisten tavaroiden hankinnat, joita yhtiö ei toimialansa puitteissa tarvitse, tai tavaroiden myynti normaalista poikkeavin sopimusehdoin, kuten myynti osakkeenomistajalle poikkeuksellisen pitkällä maksuajalla. Lisäksi tavanomaiseen liiketoimintaan kuulumattomina voidaan pitää vakuusjärjestelyjä osakkeenomistajan hyväksi.⁹⁶ Hallituksen pöytäkirjaan kirjaaminen johtaa siihen, että kyseisenlaiset sitoumukset joutuvat yhtiön tilintarkastajan tietoon ja arvioitavaksi. Kirjaamisvelvoitetta tehostaa OYL 16:9, jossa säädetään rangaistuksesta osakeyhtiörikkomuksesta. Kirjaaminen ei kuitenkaan ole oikeustointen pätevyysedellytys.⁹⁷ Myös OYL 15:3:n säännös osakkeenomistajan korvausvastuusta yhtiölle ja yhtiön ulkopuoliselle kolmannelle voi antaa osakepantivelkojalle epäsuoraa suojaa.⁹⁸

Osakepantivelkojaa voitaisiin ajatella suojattavan arvon kaksoispanntaustilanteiden aiheuttamaa vahinkoa vastaan myös takaisinsaantilainsäädännöllä, mikäli yhtiön osakas on joutunut konkurssiin ja kiinteistöpanntaus on tapahtunut takaisinsaantiaikana. Perusongelma panntauksen peräyttämässä takaisinsaantiperusteina on kuitenkin siinä, että peräyttäminen on mahdollista ainoastaan, kun oikeustoimi koskee *konkurssivelallisen* omaisuutta. TakSL 14 § tai muutenkaan takaisinsaantiperusteet eivät sovellu tapauksiin, joissa *sivullinen* on antanut vakuuden konkurssivelallisen velasta. Arvon kaksoispanntaustilanteessa osakepantivelkojaa loukkaava vakuus on annettu yhtiön, ei osakkaan omaisuudesta. Tilanteessa nousee kuitenkin esiin kysymys siitä, voidaanko merkitystä antaa sille, että osakas omistaessaan koko osakekannan itse asiassa omistaa taloudellisesti yhtiön, jolloin kysymys viime kädessä olisi osakkaan omaisuudesta annetusta vakuudesta. Tällöin tullaan kysymykseen osakkaan ja yhtiön omistuksen samastamisesta, joka oikeudessamme on epäselvä.⁹⁹

Myös osakepantivelkojan rikosoikeudellinen suoja erilaisia osakekannan arvoa heikentäviä toimenpiteitä vastaan on epäselvä. Esimerkiksi RL 28:12:n va-

⁹⁵ OYL 8:6.3:n sääntely perustuu EY:n 12. yhtiöoikeudelliseen direktiiviin (neuvoston direktiivi yhdenmiehen rajavastuuyhtiöistä, 89/667/ETY).

⁹⁶ Koski – af Schultén 1998 s. 496.

⁹⁷ Ks. Koski – af Schultén 1998 s. 13 ja s. 496.

⁹⁸ OYL 15:3:stä ks. lähemmin esim. Kyläkallio – Iirola – Kyläkallio 2000 s. 207–212.

⁹⁹ Omistussuhteisiin liittyvät samastuskysymykset ovat vastaavatyypisessä tilanteessa olleet KKO:n käytännössä esillä tapauksissa KKO 1982 II 184 ja KKO 1983 II 185. Kummassakaan ratkaisussa samastusta konkurssivelkojen suojaksi ei tapahtunut eikä takaisinsaannin siten katsottu olleen mahdollista. Samastusproblematiikkaan ja edellä mainittuihin tapauksiin palataan lähemmin jäljempänä tutkimuksessa jaksossa III 3.3.

kuusoikeuden loukkauksen tunnusmerkistön ulottumista arvon kaksoispanntaukseen ei ole pidetty selvänä.¹⁰⁰

Lainsäädännön arvon kaksoispanntausriskiä vastaan tuoman epävarman ja ulottuvuudeltaan epäselvän suojan vuoksi osakepanttiavelkoja saattaa siis pyrkiä turvaamaan asemaansa esimerkiksi vaatimalla yhtiöltä sitoumuksen olla panttaamatta tai luovuttamatta keskeistä yhtiöomaisuutta tai velalliselta sitoumuksen olla vaikuttamatta tällaiseen oikeudelliseen määräämistoimeen.

Panttauskompetenssinrajoituksen sijasta velkoja voi suojautua arvon kaksoispanntauksen riskiltä vaatimalla panttioikeuden keskeiseen yhtiöomaisuuteen, esimerkiksi yhtiön omistamaan kiinteistöön. Panttioikeuden perustaminen ei kuitenkaan aina ole mahdollista. Sen voi estää esimerkiksi edellä mainittu OYL 12:7:ssä säädetty vakuudenantorajoitus, joka koskee yhtiön mahdollisuuksia antaa vakuuksia tiettyyn läheispiiriin kuuluvan henkilön velvoitteista. Mikäli luottoa hakee osakkeenomistaja, yhtiö ei siten välttämättä voi perustaa panttioikeutta omistamaansa kiinteistöön tämän luoton vakuudeksi, ellei vakuutta pidetä OYL 12:7.2:n mukaisena konsernivakuutena.¹⁰¹

2.2. EHTOJEN SISÄLLÖSTÄ

2.2.1. Yleistä

Luotonsaajan kompetenssia rajoittavat ehdot ovat luottosopimusten vakiolausekkeita vakuudettomassa luotonannossa. Vaikka nimenomaan panttauskompetenssia rajoittava ehto sisältyy usein luottosopimukseen, sen tarkka sisältö ei kuitenkaan välttämättä ole vakiintunut. Päin vastoin sen sisällöstä saatetaan etenkin vakuudettomassa luotonannossa sopia samalla tavoin yksilöllisesti kuin muistakin luottosopimuksen erityisehdoista.¹⁰²

¹⁰⁰ Ks. *Viljanen* LM 1995 s. 138, jonka mukaan RL 28:12:n soveltuminen arvon kaksoispanntaukseen on epävarmaa, koska lain esitöistä on pääteltävissä, että vakuusoikeuden loukkausta koskevan säännöksen soveltamisen edellytyksenä on, että teko kohdistuu vakuusoikeuden kohteena olevaan omaisuuteen. RL 28:12:n soveltumista arvon kaksoispanntaukseen on puoltanut esimerkiksi *Huhtamäki* 1994 s. 119.

Hovioikeuskäytännöstä ks. THO 20.1.1995 R 94/321 (ja siihen liittyen THO 29.6.1994 S 93/456), jossa panttioikeuden perustamista kiinteistöön ei pidetty osakekannan pantiksi saaneen velkojan vakuusoikeuden loukkauksena, vaikka osakepanttiavelkojalle olikin aiheutunut vahinkoa. Tässä tapauksessa RL 28:12:n tunnusmerkistön täyttymättä jättämistä perusteltiin sillä, että haltijavelkakirjojen panttaus oli siviiliprosessissa todettu yhtiöoikeudellisesti päteväksi. Ks. tapauksen johdosta *Vento* DL 1995 s. 836–840. Vrt. HHO 12.10.1995 R 94/518, jossa osakekannan vakuusarvon heikentämistä muuttamalla maanvuokrasopimuksen ehtoja pidettiin vakuusoikeuden loukkauksena.

¹⁰¹ Ks. keskustelusta myös *Huhtamäki* 1994 s. 118, joka suosittaa, että kiinteistöyhtiöiden osakekannan omistajaa rahoitettaessa yhtiöltä pyydetäisiin aina kiinteistö vierasvelkapantiksi, ja vrt. *Lounatvuori* DL 1994 s. 958, jonka mukaan tällainen vierasvelkapanttaus on OYL 12:7:n mukaan (aina) kielletty.

¹⁰² Panttauskompetenssinrajoituksista käytetään erilaisia variaatioita sekä kiellon laajuuden ja ehdottomuuden osalta että velkojan suojan osalta silloin, kun kielto on ehdollinen. Ks. lähemmin esim.

Luotonsaajan kompetenssia rajoittavat ehdot ovat alunperin koskeneet ainoastaan luotonsaajan panttauskompetenssia.¹⁰³ Nykyäänkin nimenomaan panttauskompetenssin rajoittaminen on näiden ehtojen keskeinen sisältö. Vaikka luotonsaajalle tärkeän omaisuuden luovuttaminen olisikin epätodennäköisempää kuin tällaisen omaisuuden panttaaminen, luotonsaajan on mahdollista kiertää pelkkää panttauskompetenssia koskevaa rajoitusta luovuttamalla omaisuutta sen panttaamisen sijasta. Tällaisten väärinkäytösten estämiseksi saattaa olla perusteltua rajoittaa myös luotonsaajan luovutuskompetenssia.¹⁰⁴

2.2.2. Rajoituksen luonteesta

Erilaisia käytössä olevia panttauskompetenssia rajoittavia ehtoja ei voida tässä esitellä tyhjentävästi. Se ei ole kokonaiskuvan muodostamiseksi tarpeenkaan. Seuraavassa esitellään pääasialliset ehtotyypit, joita kirjallisuudessa on eritelty. Panttauskompetenssia rajoittavien ehtojen osalta on yleensä erotettu kaksi perusmuotoa. Toista voidaan kutsua (1) absoluuttiseksi kompetenssinrajoitukseksi ja toista (2) ehdolliseksi kompetenssinrajoitukseksi.¹⁰⁵ *Absoluuttisella kompetenssinrajoituksella* tarkoitetaan pelkkää velallisen sitoumusta olla käyttämättä (tiettyä) omaisuuttaan vakuutena. *Ehdollisella kompetenssinrajoituksella* tarkoitetaan puolestaan sitoumusta, jossa kompetenssin käyttämisen ehdoksi tai seuraukseksi on sovittu, että vastaavanlainen vakuus annetaan myös sitoumuksella suojatulle velkojalle. Kompetenssinrajoitus sisältää tällöin paitsi omaisuuden käyttöä koske-

Merkel 1985 s. 39–53. Ks. myös *Wood* 1982 s. 146, joka on käyttänyt ilmausta ”– varieties as infinite and subtle as the shades of the chameleon.” Vrt. *Bjerre* Cornell LR 1999 s. 338, jonka mukaan rajoitukset ovat pitkälti standardoituja, minkä vuoksi niiden laatimisesta ei juuri koidu kustannuksia.

Vakuudettoman luotonannon yhteydessä on luonnollista, että luottoehdot sovitaan yksilöllisesti. Vakuudettoman luotonannon sopimukset tehdään – toisin kuin kuluttajasopimukset – yleensä pitkällistenkin neuvottelujen jälkeen. Ne eivät myöskään ole kuluttajasopimusten tapaisia joukkosopimuksia. Kun kysymyksessä ovat absoluuttisesti suuret taloudelliset intressit, myös luotonantajan kannalta on edullista käyttää aikaa sopimuksen tekemiseen. Kuluttajasuhteissa taloudellinen intressi voi olla suuri yksittäiselle kuluttajalle eli suhteellisesti, mutta absoluuttisesti intressi ei ole suuri. Luotonsaajataho ei myöskään ole kuluttajan tavoin lähtökohtaisesti luotonantajaan nähden heikommassa asemassa. Luotonantajan intressissä on tältäkin osin ottaa huomioon myös luotonsaajan edut.

¹⁰³ Ks. esim. *Delaume* 1967 s. 256.

¹⁰⁴ Esim. *Merkel* IBLJ 1987 s. 658 suosittaa ainakin vakuustarkoituksessa tehtävän omaisuuden luovutuksen kieltämistä. Tässä yhteydessä on huomattava, että mikäli luovutuksen vakuustarkoitus pystytään näyttämään, se on voimassa olevan oikeutemme mukaan (ks. *Havansi* 1992a s. 511–513 ja kiinteistöjen osalta myös *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 38–39 ja s. 69–70) toisin kuin esimerkiksi Saksassa (ks. esim. *Baur – Stürmer* 1999 s. 706–729) ulkopuolisia kohtaan lähtökohtaisesti tehoton, ellei kohteen osalta ole suoritettu tehokkaan panttioikeuden aikaansaavaa julkivarmistusta. Mikäli taas julkivarmistus on suoritettu, kyseessä on kiellon vastainen panttioikeuden perustaminen. Luovuttajan velkoja onkin jo näillä perusteilla suojattu oikeuttaan loukkaavaa toimenpidettä vastaan.

¹⁰⁵ Ks. esim. *Opperud* 1994 s. 1.

van kiellon myös velvoitteen tietyin edellytyksin antaa vakuus velkojalle.¹⁰⁶

Ulkomaaisessa kirjallisuudessa ehdolliset panttauskompetenssinrajoitukset on jaettu kahteen ryhmään. Ensimmäiseen ryhmään kuuluvat (a) sitoumukset, joiden mukaan velallinen on alunperin velvollinen ainoastaan pidättäytymään vakuuden antamisesta.¹⁰⁷ Kompetenssinrajoituksen ehdollisuus on tällöin toteutettu niin, että velallinen voi vapautua pidättymisvelvollisuudestaan toisella suorituksella eli antamalla velkojalleen vakuuden. Toiseen ryhmään kuuluvat puolestaan (b) sitoumukset, joiden mukaan velallisella on jo alunperin vaihtoehtona joko pidättäytyä vakuudenannosta tai antaa vakuus luotonantajalle.¹⁰⁸ Sitoumuksen on tällöin katsottu sisältävän velalliselle pikemminkin samanarvoisuusvelvoitteen velkojien kohtelussa kuin velvoitteen olla antamatta omaisuutta pantiksi. Velallinen saa tällöin antaa vakuuden toiselle velkojalle, kunhan hän antaa vakuuden myös alkuperäiselle velkojalle.

Jakoa sitoumustyyppien välillä voidaan perustella sillä, että osapuolten tavoitteet ovat niissä erilaisia. Ensimmäisessä pääpainon voidaan ajatella olevan nimenomaan sen turvaamisessa, että velallinen ottaa vain vakuudetonta luottoa. Toisessa pääpainon voidaan pikemminkin nähdä olevan velkojien samanarvoisuuden toteuttamisessa olipa keinona vakuuden annosta pidättäytyminen tai vakuuden antaminen kaikille velkojille. Jaon korostuminen selittyy kuitenkin ennen kaikkea sillä, että velkojalla on katsottu olevan käytössään velalliseen nähden erilaiset oikeusturvakeinot. Ensimmäisessä sitoumuksen rikkomisesta on katsottu seuraavan vahingonkorvausvelvollisuus vakuudenannosta pidättymistä koskevan velvoitteen rikkomisesta. Toisessa velkojan ensisijaisena oikeussuojakeinona suhteessa velalliseen on puolestaan pidetty velallisen luontoissuoritusvelvollisuutta eli velvollisuutta antaa vakuus. Toissijaisena suojakeinona tässäkin on vahingonkorvaus, mikäli luontoissuoritus ei ole mahdollinen.¹⁰⁹

Oikeussuojakeinojen erolla on käytännössä merkitystä tilanteessa, jossa ehdon rikkominen ei ole ollut niin vakava, että velkojalla olisi oikeus irtisanoa luotto-

¹⁰⁶ Ehdollisen panttauskompetenssinrajoituksen voidaan näin ajatella olevan myös ehdollinen panttaussitoumus. Panttaussitoumuksella on kuitenkin pohjimmiltaan erilainen tarkoitus kuin panttauskompetenssinrajoituksella vakuudettoman velkojan turvana. Kompetenssinrajoitus turvaa lähtökohdaisesti velkojien samanarvoisuutta, kun taas panttaussopimuksen tarkoituksena on saattaa velkoja etuoikeutettuun asemaan suhteessa muihin velkojiin.

¹⁰⁷ Angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa ehtoa kutsutaan nimellä ”purely negative covenant”, ks. esim. *Gilmore* 1965 s. 1001 ja *Goode* 1989 s. 18–22. Saksassa sitä kutustaan puolestaan ehdon rikkomisen oikeusseuraamuksiin viitaten ”Die Negativerklärung mit Ersetzungsbefugnis”, ks. esim. *Merkel* 1985 s. 39–53. Ks. myös *sama* IBLJ 1987 s. 676–679.

¹⁰⁸ Sitoumusta kutsutaan angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa nimellä ”affirmative covenant” ja saksalaisessa nimellä ”Die Negativ-Positiv-Erklärungen”. Ks. edellä mainittujen lähteiden lisäksi myös *Stone* JIBL 1991b s. 364.

¹⁰⁹ Ks. *Merkel* IBLJ 1987 s. 679 ja *Bjerre* Cornell LR 1999 s. 321–322. Erottelulla on merkitystä erityisesti angloamerikkalaisessa oikeudessa, jossa vahingonkorvaus on pääsääntöinen ja luontoissuoritus (*specific performance*) poikkeuksellinen velkojan asemaa sopimusrikkomustilanteessa turvaava suojakeino, ks. esim. *Cheshire – Fifoot – Furmston* 1996 s. 644–651. Saksan oikeuden osalta ks. *Merkel* 1985 s. 140–146.

sopimus ja vaatii luoton takaisinmaksua, tai että velkoja kokisi irtisanomisen tarkoituksenmukaiseksi. Tällöin velkoja, joka voi menestyksellisesti vaatia vakuutta, on paremmassa asemassa kuin velkoja, joka voi vain vaatia vahingonkorvausta. Oikeus vahingonkorvaukseen velalliselta ei nimittäin sellaisenaan tuo mitään uutta velkojan asemaan. Velkojalla on aina oikeus periä saatavansa, ja vahingonkorvaus koskee velkojan vahinkoa saamisensa (turvaavan vakuuden) saamatta jäämisestä.¹¹⁰

Erottelu ehdollisen panttauskompetenssinrajoituksen eri muotojen välillä ei kuitenkaan ole tämän tutkimuksen teeman osalta tarpeellinen. Sillä ei muutoinkaan vaikuta voimassa olevan oikeutemme kannalta olevan sellaista merkitystä kuin sille etenkin angloamerikkalaisessa kirjallisuudessa on annettu. Ensinnäkään ehtotyyppien välillä ei ole havaittavissa niin selkeää rajaa kuin on esitetty, vaan kysymys on ehtojen tulkinnasta yksittäistapauksissa.¹¹¹ Tämän vuoksi ja koska meillä luontoissuoritusvelvollisuus on voimassa olevan oikeuden mukaan pääsääntöinen velvoitteen täyttämistapa,¹¹² sen voidaan nähdä olevan lähtökohtaisesti mahdollinen millaisen tahansa ehdollisen kompetenssinrajoituksen rikkomisen yhteydessä.¹¹³ Lähtökohtainen luontoissuoritusvastuu voi kuitenkin sulkeutua pois esimerkiksi sen täytäntöönpanoon liittyvien vaikeuksien vuoksi.¹¹⁴

Esimerkkinä luontoissuorituksen estävistä täytäntöönpanoon liittyvistä vaikeuksista voidaan mainita tilanne, jossa luontoissuoritusvelvollisuus täyttyisi sillä, että velallinen perustaa kiinteistöpananttioikeuden velkojan hyväksi. Tilanne voi olla tällainen, jos kyseessä on edellä kuvattu ehdollinen kompetenssinrajoitus. Täytäntöönpanoon liittyviä ongelmia syntyy etenkin silloin, kun panttikirjaa, jonka hallinnan siirto on kiinteistöpananttioikeuden synnyn edellytys, ei ole vielä olemassa.

Ennen MK:n voimaantuloa KiinA:n voimassa ollessa kiinteistön omistaja voitiin velvoittaa kiinnityksen hakemiseen velkojan saaman suoritustuomion perusteella, jos panttikohde oli riittävästi yksilöity. Tuomio korvasi kiinnityshakemuksen: ellei panttaussitoumuksen antaja suostunut kiinnityshakemuksen allekirjoittamiseen, tuomiolla oli sama vaikutus kuin kiinnityshakemuksella (UL 3:4.4, ennen 1.12.1996 UL 3:4.2).¹¹⁵

Uuden MK:n voimaantulon jälkeen tällaisen pakkokiinnitysmahdollisuuden olemassaolo on epäselvä. Oikeuskirjallisuudessa siitä on esitetty eriäviä kantoja. Pakkokiinnitysmahdollisuuden puuttuminen tai ainakin sen tulkinnanvaraisuus on perustettu siihen, että se olisi vastoin MK:n – aiemmasta poikkeavaa –

¹¹⁰ Ks. *Merkel* IBLJ 1987 s. 679 alav. 42, *Opperud* 1994 s. 72, *Wood* 1995a s. 33, *Bjerre* Cornell LR 1999 s. 312 ja *Arkins* JIBL 2000 s. 202.

¹¹¹ Näin myös *Opperud* 1994 s. 58. Myöskään yhdysvaltalaisessa oikeuskäytännössä ero ei ole ollut selkeä, vaikka kirjallisuudessa erottelua on korostettu. Ks. *Bjerre* Cornell LR 1999 s. 322.

¹¹² Ks. *Aurejärvi* – *Hemmo* 1989 s. 78–86 ja *Hemmo* 1997b s. 227–234. Vrt. *Taxell* 1972 s. 200, joka on tuonut esiin ajatuksen luontoissuoritusvelvollisuuden rajoittamisesta vain tilanteisiin, joissa se on osapuolten oikeussuojan kannalta perusteltua.

¹¹³ Norjan oikeuden osalta ks. *Opperud* 1994 s. 58.

¹¹⁴ Ks. *Hemmo* 1997b s. 237–238.

¹¹⁵ Ks. *Havansi* 1992a s. 205.

lähtökohtaa, jonka mukaan vain kiinteistön omistaja voi hakea kiinnitystä (MK 16:3).¹¹⁶ Tämän näkökannan mukaan, kun vain kiinteistön omistaja voi hakea kiinnitystä, velkoja ei voi saada tuomiota, jolla panttaussitoumuksen antaja velvoitettaisiin kiinnityksen hakemiseen. Tällöin velkojalla ei olisi enää mahdollisuutta saada kiinnitystä UL 3:4.4:n mukaan tuomion perusteella.

Voitaisiin kuitenkin ajatella, että MK:n yleinen lähtökohta ei estäisi velkojan mahdollisuutta saada pakkokiinnitystä tuomion perusteella, kun otetaan huomioon MK 16:3:n tarkoitus, joka lain esitöiden mukaan on se, että oikeus päättää kiinteistön käyttämisestä vakuutena kuuluu kiinteistön omistajalle.¹¹⁷ Kun omistaja on jo antanut kiinteistöä koskevan panttaussitoumuksen, hän on ottanut ratkaisevan askeleen ja päättänyt käyttää kiinteistöä vakuutena. Mahdollisuus edelleen saada tuomio ja sen nojalla kiinnitys voitaisiin perustaa myös siihen, että MK 17:3.2:n mukainen velkojan oikeus vaatia kiinteistön omistajaa luovuttamaan panttikirja velvoittaisi omistajan myös hakemaan kiinteistöön kiinnityksen, jos panttikirjaa ei vielä ole olemassa.¹¹⁸ Pakkokiinnitysmahdollisuuden pysymistä uuden MK:nkin aikana voidaan vielä puoltaa velkojan suojaa ja laajemmin oikeusvarmuutta koskevin näkökohdin: mikäli pakkokiinnitysmahdollisuutta ei ole, velallisella on mahdollisuus yksipuolisesti irrottautua osapuolia velvoittavan sopimuksen täytäntöönpanosta.¹¹⁹

Pakkokiinnitysmahdollisuuden olemassaolo on perustettava edellä esitettyjen näkökohtien painoarvojen punnintaan. Jos päädytään kantaan, jonka mukaan pakkokiinnitysmahdollisuutta ei enää ole, nousee esiin myös kysymys siitä, onko luontoissuoritusvelvollisuus poistunut tämän täytäntöönpanomahdollisuuden puutteellisuuden vuoksi.

Ehdollinen kompetenssinrajoitus on saatettu muotoilla myös niin, että sen mukaan muulle velkojalle annettu pantti tulee automaattisesti (*ipso facto*) pantiksi myös panttauskompetenssinrajoituksen vaatineen velkojan hyväksi.¹²⁰ Ulkomaisessa kirjallisuudessa on kuitenkin vallinnut yksimielisyys siitä, että tällaisella ehdolla ei ole sille tarkoitettuja oikeusvaikutuksia sivullisia kohtaan.¹²¹ Samaan lopputulokseen päädytään Suomenkin oikeuden kannalta. Kaikkia sivullisia kohtaan tehokkaan panttioikeuden syntyminen edellyttää, että julkivarmistus on suoritettu. Julkivarmistus puolestaan edellyttää kompetenssinrajoitusehdon osapuolen aktiivisia toimia. Pelkkä ehto ei saa aikaan velkojalle vakuusoikeutta.

Ehdollisen panttauskompetenssinrajoituksen sisältävässä luottosopimuksessa edellytetään yleensä, että velkojalle luovutetaan *vastaavanlainen vakuus* kuin

¹¹⁶ Jokela – Kartio – Ojanen 1997 s. 411. Ks. myös Saarnilehto – Tuomisto 1995 s. 165.

¹¹⁷ Ks. HE 1994:120 s. 105.

¹¹⁸ Ks. Havansi 1996 s. 90.

¹¹⁹ Havansi 1996 s. 91.

¹²⁰ Tällaista sitoumusta ovat käyttäneet luottoehdoissaan etenkin valtiot ja esimerkiksi Maailmanpankki, ks. esim. Wood 1982 s. 154, Merkel 1985 s. 28 ja Hurlock Harvard ILJ 1994 s. 345–386.

¹²¹ Ks. esim. angloamerikkalaisen oikeuden osalta Wood 1982 s. 150–151, sama 1995a s. 39–40 ja Goode 1989 s. 20–21, saksalaisen Merkel 1985 s. 118–119, sama IBLJ 1987 s. 679 ja pohjoismaisen Oppenrud 1994 s. 58–59.

uudelle velkojalle.¹²² Vakuuden vastaavuuden tarkempi määrittely on aina yksittäistapauksellista eikä siihen tässä yhteydessä puututa. Yleisesti ottaen vakuus on vastaavanlainen, kun molempien velkojien saaminen on yhdenvertaisesti turvattu. Tämä yhdenvertaisuus saattaa olla käytännössä vaikea toteuttaa. Se toteutuu kokonaisuudessaan vasta silloin, kun velkojien riski vakuuden menettämisestä esimerkiksi takaisinsaannilla on yhtä suuri.¹²³

2.2.3. Rajoituksen kohteesta

Tämän tutkimuksen teeman kannalta huomattavasti tärkeämpi merkitys kuin edellä tehdyllä erittelyllä on kompetenssinrajoitusehtojen jakamisella sen perusteella, mitä omaisuutta ne koskevat. Luotonsaajan omaisuutta koskeva kompetenssinrajoitus voidaan ensinnäkin sopia koskemaan (1) tiettyä *yksilöityä* luotonsaajan omistuksessa olevaa kohdetta, kuten esimerkiksi tämän omistamaa kiinteistöä. Toisaalta kompetenssinrajoitus voidaan sopia koskemaan yksilöimättä (2) *yleisesti* kaikkea luotonottajan omaisuutta. Kompetenssia voidaan (3) *rajoittaa* myös *muulla perusteella kuin yksilöimällä sen kohteena oleva omaisuus*. Luotonottajan kompetenssia luovuttaa tai pantata omaisuuttaan voidaan sopimuksessa rajoittaa esimerkiksi niin, että kompetenssi ulottuu vain normaalin liiketoiminnan piiriin kuuluvaan tavaravaihtoon ja luotonottoon sekä siihen liittyvään vakuudenantoon.¹²⁴ Tyypillisenä poikkeuksena kansainvälisessä yritysluotonannossa käytetään myös esimerkiksi panttauskompetenssin rajoittamista tiettyyn sovittuun liikumarajaan yhtiön taseesta.¹²⁵

Erityisesti vakuudettomassa luotonannossa velkojan kannalta on usein etenkin *inter partes* -suhdetta silmällä pitäen käytännössä tarkoituksenmukaista ulottaa kiello koskemaan kaikkea velallisen omaisuutta. Tällöin kiello voidaan ulottaa koskemaan myös velallisen myöhemmin saamaa varallisuutta. Velkojan intressisähän on lähtökohtaisesti kieltää kaikkeen velallisen omaisuuteen kohdistuvat vakuusjärjestelyt, sillä mihin tahansa omaisuuteen kohdistuva vakuusoikeus heikentää velkojan asemaa. Tällä tavoin luotonsaajan kompetenssinrajoitukset onkin alun alkaen muotoiltu. Jos velkoja haluaa sallia velalliselle rajallisen oikeuden vakuudenantoon ilman hänen suostumustaan, rajoittavaksi tekijäksi on usein tarkoituksenmukaista sopia esimerkiksi luoton käyttötarkoitus tai luottosumman suuruus. Vakuudenantokiellon rajoitus tapahtuu tällöin omaisuuden tarkemman yksilöinnin sijasta yksilöimällä uuden luoton ominaisuuksia.

¹²² Englanninkielisessä kirjallisuudessa käytetään termiä "equal security". Kirjallisuudessa on todettu, että käytännössä sopimuksessa voidaan vaatia paitsi vastaavaa vakuutta ("equivalent security") myös samaa vakuutta ("same security"). Etenkin jälkimmäinen muotoilu aiheuttaa tulkintaongelmia, ks. lähemmin Wood 1982 s. 149–150.

¹²³ Ks. *Opperud* 1994 s. 50–55.

¹²⁴ Ks. esim. *Merkel* IBLJ 1987 s. 684–687 ja *KTM* 1996:20 s. 51–52.

¹²⁵ *Engelberg* 2000.

Tiettyä yksilöityä omaisuutta koskeva kielto saattaa olla *inter partes* -suhdetta silmällä pitäen alunperin vakuudettomassa luotonannossa tarkoituksenmukainen silloin, kun velkojan tarkoitus on myöhemmin saada kyseinen omaisuus vakuudeksi itselleen. Tällöin velkojan intressissä on ainoastaan varata itselleen mahdollisuus saada tietty omaisuus vakuudeksi, ei estää muun omaisuuden vakuuskäyttöä. Yksilöityä omaisuutta koskeva kielto saattaa olla vakuudettomassa luotonannossa tarkoituksenmukainen myös silloin, kun velallisen pääasiallinen omaisuus muodostuu tietyistä suhteellisen pysyvästä kohteesta. Tällöin kiellon rajoittaminen yhteen kohteeseen voi turvata velkojan tosiasiallista asemaa lähtökohtaisesti yhtä hyvin kuin koko velallisen omaisuuden kattava yleinen kielto. Esimerkkinä tällaisesta tilanteesta voidaan mainita kiinteistöyhtiö, jonka omaisuus muodostuu kiinteistöistä, tai (projekti)yhtiö, joka on perustettu omistamaan alusta tai ilma-alusta.

Vakuusluotonannossa rajoituksen kohde riippuu siitä, millaisen omaisuuden panttaus tai luovutus voi heikentää vakuusoikeuden arvoa. Keskeisimmän rajoituskohteen vakuusluotonannossa muodostaa yhtiöomaisuus, josta määrääminen heikentäisi yhtiön osakekannan arvoa vakuutena. Kun osakekantaa on käytetty panttivakuutena etenkin silloin, kun yritysomaisuus muodostuu kiinteistöistä, yleisin yhtiöomaisuus, jota rajoitus koskee, on yhtiön omistama kiinteistö.

2.3. YHTEENVETO JA TUTKIMUSTEHTÄVÄN TÄSMENTÄMINEN

Luotonsaajan kompetenssia rajoittavia ehtoja käytetään sekä vakuudettomassa että vakuusluotonannossa. Vakuudettomassa luotonannossa ne turvaavat velkojen yhdenvertaista kohtelua. Vakuusluotonannossa ne turvaavat velkojan vakuuteen perustuvan etuoikeuden arvon pysyvyyttä. Kompetenssinrajoitusehtojen erilaisten vakuusfunktioiden toteutuminen edellyttää viime kädessä, että rajoitukset sitovat seuraajia. Jäljempänä tutkimuksessa selvitetään, (a) voivatko kompetenssinrajoitukset edellä mainituissa tilanteissa poistaa velkojan riskejä *de lege lata* ja (b) onko niiden sivullissitovuus perusteltu *de lege ferenda*.

Velkojan vakuuden arvon pysyvyyden turvana kompetenssinrajoituksia käytetään erityisesti osakekantapanttiin yhteydessä estämään arvon kaksoispanttausta. Tämä johtuu siitä, että osakepanttilvelkojan lakiin perustuva suoja pantin arvon heikentymistä vastaan on epäselvä. Vaikka luotonantaja ei olisikaan suojattu vakuuteen liittyviltä riskeiltä lainsäädännöllä, hän voi saada suojaa näitä riskejä vastaan *yleisten varallisuus oikeudellisten periaatteiden* perusteella. Myös osakepanttilvelkojaa voidaan suojata näillä periaatteilla. Periaatteilla on merkitystä esimerkiksi osakekantapanttiin liittyvän vakuusjärjestelyn osapuolten vastuusuhteiden määrittämisessä. Myöhemmänä tässä tutkimuksessa tarkastellaankin kysymystä siitä, (1) missä määrin luotonantaja on suojattu *yleisten oikeudellisten periaatteiden* perusteella ilman nimenomaisia joko lakiin tai sopimukseen perustuvia luotonsaajan kompetenssinrajoituksia ja miten pitkälle tämä suoja ulottuu

suhteessa sivullistahoihin, sekä siitä, (2) mikä merkitys näillä periaatteilla on nimenomaisten sopimusperusteisten kompetenssinrajoitusten sivullissitovuudelle.

Kompetenssinrajoitusehdot voivat koskea joko yksilöityä omaisuutta tai yksilöimätöntä omaisuutta. Yksilöimättömien kompetenssinrajoitusehtojen käyttö on ongelmallinen ehtojen sivullissuojan kannalta. Vallitsevan käsityksen mukaan mahdollisuus saada sivullissuojaa edellyttää pääsääntöisesti vähintään oikeuden kohteen yksilöintiä, mikäli seuraajan tai velkojan oikeus kohdistuu yksilöityyn kohteeseen. Luottosopimusten yhteydessä sovittavissa vakuudenantokiellossa yksilöintiä ei välttämättä ole suoritettu vaadittavalla tavalla, koska sopimusosapuolet ovat ottaneet huomioon ainoastaan sopimuksen tarkoituksenmukaisuuden inter partes. Esimerkiksi kirjallisuudessa usein omaksuttu kielteinen kanta kompetenssinrajoitusehtojen sivullissitovuuteen perustuu nähdäkseni pitkälti siihen, että ehdot on aina mielletty yksilöimättömiksi ehtoon sitoutuneen koko omaisuusmassaa koskeviksi eivätkä yksilöityyn omaisuuteen kohdistuviksi.¹²⁶ Myös yksilöintivaatimusta sivullissuojan edellytyksenä ja tämän vaatimuksen merkitystä tarkastellaan lähemmin jäljempänä.

¹²⁶ Ks. esim. *Rodhe* 1985 s. 617–619. Ks. myös *Havansi* 1979a s. 69 ja *sama* 1992a s. 93–94.

3. Kompetenssinrajoitusehdot varallisuus oikeuksien järjestelmässä

3.1. KOMPETENSSINRAJOITUSEHDON SOPIMUS- OSAPUOLILLE TUOTTAMAT OIKEUDET JA VELVOLLISUUDET

Omistusoikeuden ymmärretään meillä koostuvan kolmesta keskeisestä elementistä: omistajan hallintaoikeudesta, omistajan kompetenssista ja omistajan nauttimasta dynaamisesta suojasta. Omistajan hallintaoikeus tarkoittaa yksinomaista suojattua käyttövapautta esineeseen. Omistajalla on vapaus itse käyttää esinettä ja oikeus vaatia, etteivät sivulliset estä tai häiritse häntä esineen käytössä. Omistajan hallintaoikeus pitää sisällään sekä käyttövapauden että tämän vapauden staattisen suojan. Omistajan kompetenssi tarkoittaa kelpoisuutta oikeudellisesti määrätä omistusoikeudesta eli perustaa omaisuuteen oikeuksia. Omistajan dynaaminen suoja tarkoittaa suojattua asemaa suhteessa eri sivullistahoihin. Omistusoikeuden sisältö muodostuu siten yhtäältä käyttövapaudesta ja toisaalta kompetenssista. Lisäksi omistusoikeuden käsitteeseen liittyy staattinen ja dynaaminen suoja. Staattinen suoja turvaa omistajan käyttövapautta. Dynaaminen suoja tulee esiin vaihdantatilanteissa.¹

Omistajan hallintaoikeuden sisältönä olevaa oikeutta esineen tosiasialliseen käyttöön on perinteisesti pidetty omistusoikeuden keskeisenä elementtinä, koska siihen perustuu omaisuuden arvo tuotantovälineenä. Sittenmin omaisuuden tuotantoarvon rinnalle tai sitä tärkeämmäksi on noussut omaisuuden arvo vaihdannassa eli omistajan oikeus käyttää hyväkseen omaisuuden arvonnousu. Omistajan keskeisiä kompetenssimuotoja ovat luovutuskompetenssi ja luottokompetenssi.² Omistajan luovutuskompetenssi tarkoittaa, että omistajalla on kelpoisuus myydä, lahjoittaa tai muulla tavalla luovuttaa omistusoikeutensa esineeseen toiselle. Omistajan luottokompetenssi voidaan jakaa edelleen henkilöluottokompetenssiin ja reaaliuottokompetenssiin. Henkilöluottokompetenssi merkitsee, että esine vastaa omistajan henkilökohtaisesta luotosta. Se voidaan ulosmitata hänen veloitetaan, ja se kuuluu hänen konkurssipesäänsä.³ Reaaliuottokompetenssi tarkoittaa,

¹ Ks. Zitting 1951 s. 1–102, Kartio 1991 s. 160–165.

² Muita kompetenssimuotoja ovat rajoitettujen esineoikeuksien (tai erityisten oikeuksien, ks. terminologiasta lähemmin myöhempanä tässä jaksossa esitettävää) perustamiskompetenssi sekä periytymiskompetenssi, ks. Kartio 1991 s. 161–162.

³ Kirjallisuudessa esim. Zitting (ks. esim. Zitting – Rautiala 1982 s. 209) ja Tepora (1984 s. 276–277) ovat puhuneet henkilöluottokompetenssin sijasta henkilöluottokelpoisuudesta. Terminologiaa he ovat perustelleet sillä, että kompetenssin subjektilla (omistajalla) ei ole tältä osin aktiivista valtaa määrätä primaarioikeudesta (omistajan hallintaoikeudesta), vaan sen sijaan sivullisella eli velkojalla

että omistajalla on kelpoisuus käyttää omaisuuttaan luoton vakuutena esimerkiksi perustamalla siihen panttioikeus. Henkilöluottokompetenssi on eräänlainen luotonannon perusedellytys. Reaaliluottokompetenssi on puolestaan luotonantoa helpottava lisäedellytys.⁴

Sitoutumalla luottosopimuksessa olemaan panttaamatta tai luovuttamatta omaisuuttaan omistaja luopuu nimenomaisesti joko reaaliluottokompetenssistaan tai luovutuskompetenssistaan tai molemmista niin, että hän voi käyttää niitä ainoastaan velkojan suostumuksella. Hänellä ei siten ole oikeutta käyttää keskeistä omistusoikeutensa elementtiä. *Luotonsaajalla* on toisin sanoen *velvollisuus* olla panttaamatta tai luovuttamatta omaisuuttaan. Omaisuuden käyttövapaus hänellä sen sijaan lähtökohtaisesti on.⁵ *Luotonantajalle* kompetenssinrajoitusehto perustaa subjektiivisen oikeuden siihen luotonsaajan omaisuuteen, jota rajoitus koskee. Subjektiivisen oikeuden sisältönä on luotonsaajan velvollisuuden korrelaattina *oikeus* vaatia tätä olemaan perustamatta omaisuuteensa panttioikeutta tai olemaan luovuttamatta omaisuuttaan.⁶

3.2. KOMPETENSSINRAJOITUKSET RAJOITETTUIJEN OIKEUKSIEN RYHMÄNÄ

3.2.1. Rajoitetut esineoikeudet

Varallisuus-oikeudessamme esineoikeudet on yleensä jaettu (1) *omistusoikeuteen* kiinteään tai irtaimeen esineeseen ja (2) oikeustoimiperusteisiin *rajoitettuihin esineoikeuksiin* toisen omistamaan kiinteään tai irtaimeen esineeseen.⁷ Keskeisenä jaon perusteena on se, että omistusoikeus sisältää periaatteessa kaikki ne esinettä koskevat oikeutukset, joita ei ole suljettu pois jollakin perusteella, kuten lailla, viranomaisen määräyksellä tai oikeustoimella. Rajoitettu esineoikeus puolestaan sisältää vain oikeutukset, jotka sen haltijalle on nimenomaan osoitettu. On katsottu, että omistusoikeus voidaan määritellä vain negatiivisesti, sulkemalla pois oikeutuksia, jotka eivät siihen sisälly, kun taas rajoitetut esineoikeudet voi-

on määrättyjen edellytysten vallitessa aktiivinen realisoimisvalta. Termiä on pidetty selventävänä erityisesti tilanteessa, jossa pyritään kuvaamaan *varallisuuskohteen ominaisuutta* sen osalta, kuuluuko se henkilön varallisuuteen. Vastaavasti he ovat puhuneet perittävyyskelpoisuudesta periytymis- eli perittävyyskompetenssin sijaan, koska myöskään tältä osin omistajalla ei ole aktiivista valtaa määrätä omistajan hallintaoikeuden siirtymisestä toisin kuin testamenttauskompetenssin osalta.

⁴ Reaaliluottokompetenssista on käytetty myös nimitystä esinevakuuskompetenssi, jonka alakäsite on panttauskompetenssi, ks. *Havansi* 1992a s. 70.

⁵ Omaisuuden käyttövapauden osalta voidaan kuitenkin kysyä, onko omistaja luotonantajaa kohtaan samalla tavalla velvollinen pitämään huolta kompetenssinrajoituksen kohteena olevasta omaisuudesta kuin hän olisi panttivelkojaa kohtaan.

⁶ Ajatus oikeudesta ja velvollisuudesta toistensa korrelaatteina on tunnettu etenkin osana *Hohfeldin* (1964) oikeudenhaltijan oikeusaseman analyysia. Ks. myös esim. *Zitting* LM 1952a ja *sama* LM 1952b.

⁷ Ks. esim. *Kartio* 1991 s. 8 ja *Zitting – Rautiala* 1982 s. 10.

daan määritellä positiivisesti, kuvaamalla oikeutukset, jotka sisältyvät siihen.⁸

Rajoitetut esineoikeudet on meillä yleensä jaettu kahteen ryhmään, joista ensimmäiseen kuuluvat käyttöoikeudet, irrottamisoikeudet ja lunastusoikeudet. Toisen ryhmän muodostavat arvo-oikeudet. Jaon perustana on se, että ensimmäisessä ryhmässä keskeistä on oikeuden haltijan *valta käyttää* esinettä, kun taas jälkimmäisessä ryhmässä oikeuden keskeisen sisällön muodostaa oikeuden haltijan *valta saada suoritus* esineen arvosta.⁹

Rajoitettujen esineoikeuksien ryhmien sisällä on tapahtunut ajan kuluessa muutoksia.¹⁰ Kirjallisuudessa on arvioitu, että muutoskehitystä tapahtuu mahdollisesti myös niin, että rajoitettujen esineoikeuksien pääjako muuttuu. Toisen omistamaan kiinteistöön kohdistuvien sopimukseen perustuvien kiinteistösuoritteiden eli eläkeoikeuksien (syytingin) merkitys tulee käytännössä vähenemään. Tämän johdosta arvo-oikeuksien ryhmään kuuluisivat enää esinevakuusoikeudet. Rajoitettujen esineoikeuksien pääjaoksi voisikin muodostua näin jako yhtäältä käyttöoikeuksiin, irrottamisoikeuksiin ja lunastusoikeuksiin ja toisaalta vakuusoikeuksiin.¹¹

Rajoitettujen esineoikeuksien ryhmittelyssä saattaa tapahtua muutoksia myös toisesta syystä. Erilaiset sopimukseen perustuvat toisen esineeseen kohdistuvat rajoitukset luokiteltaneen nykyään lähinnä käyttöoikeuskategoriaan. Toisen omaisuuden kohdistuva oikeus käyttää sitä – tai vastaavasti saada sen arvosta suoritus – eroaa kuitenkin tyypiltään oikeudesta, joka perustuu pelkästään toisen omaisuuden kohdistuvaan rajoitukseen. Esimerkiksi kollisiotilanne, jossa kollision aiheuttava oikeuden perustajan kompetenssivirhe johtuu siitä, että hän on jo luovuttanut kysymyksessä olevan oikeuden eikä enää ole oikeutettu siitä määräämään, eroaa tilanteesta, jossa omistajan kompetenssi puuttuu hänen oikeudellista määräämisvaltaa rajoittavan sopimuksensa vuoksi. Olisikin syytä harkita, tulisiko omistajan oikeuden rajoituksiin perustuvia oikeuksia pitää omana ryhmänään käyttöoikeuksien ja vakuusoikeuksien ohella.

Molemmat edellä kuvatut kehityskulut ovat jo toteutuneet Ruotsin esineoikeu-

⁸ Omistusoikeuden käsitteestä varallisuus-oikeudessa ks. lähemmin *Kartio* 1991 s. 155–165 kirjallisuusviitteineen. Ks. lisäksi *Määttä* 1999 (tiivistetysti *sama* LM 2000), joka on tarkastellut esineoikeudellista omistusoikeuskäsitettä kriittisesti ja pyrkinyt kehittämään käsitettä niin, että sillä pystyttäisiin kuvaamaan ja ymmärtämään kiinteistönomistajan oikeusasemaa omaisuuden käytön osalta. Ks. myös *Niemi* Oikeus 2000, jossa arvioidaan Määttän kritiikin osuvuutta.

⁹ Irrottamisoikeudet ja lunastusoikeudet voidaan lukea samaan ryhmään käyttöoikeuksien kanssa, koska myös niiden sisältönä laajassa mielessä on oikeus käyttää toisen esinettä. Ne eroavat käyttöoikeuksista kuitenkin siinä, että niitä toteutettaessa tapahtuu omistajanvaihdos. Ks. jaosta lähemmin esim. *Kartio* 1991 s. 8–13. Ks. myös *Wrede* 1925 s. 4 ja *sama* 1926 s. 260 sekä *Wrede – Caselius* 1946 s. 13, jossa jakoa käyttöoikeuksiin ja arvo-oikeuksiin pidetään erillisenä jaosta omistusoikeuteen ja rajoitettuihin esineoikeuksiin niin, että käyttöoikeuksiin luetaan omistusoikeus ja useat rajoitetut esineoikeudet. Jako käyttöoikeuksiin ja arvo-oikeuksiin on meille omaksuttu saksalaisesta oikeustieteestä, ks. *Kohler* AcP 1901 s. 155–208 sekä myös *Caselius* 1934 s. 9.

¹⁰ Esimerkiksi kiinteistön määrääalan luovutuksensaajan oikeutta on aiemmin pidetty irrottamis-oikeutena. Nykyään MK:n terminologiassa se on omistusoikeus, ks. *Kartio* LM 1995 s. 1252, *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 25 ja s. 205–206 ja *Niemi* 1997 s. 5, s. 27 ja s. 32–33. Aiemmasta oikeustilasta ks. esim. *Hyvönen* 1970.

¹¹ *Kartio* 1991 s. 14.

nessa. Siellä rajoitetut esineoikeudet – ruotsalaisen terminologian mukaan erityiset oikeudet¹² – jaetaan kolmeen ryhmään: käyttöoikeuksiin, vakuusoikeuksiin ja toisen omistamaan esineeseen kohdistuviin rajoituksiin (*betingelser*).¹³ Luottosopimuksessa sovittavat luotonsaajan oikeudellista määräämisvaltaa koskevat rajoitukset kuuluvat tässä jaossa viimeiseen ryhmään.

Ruotsissa omaksuttu omaa varallisuusoikeuttamme ”kehittyneempi” suhtautuminen erilaisten rajoitusehtojen systematisoinnissa voi johtua osaltaan siitä, että siellä niihin suhtaudutaan jo suhteessa inter partes ylipäättään sallivammin kuin meillä. Esimerkiksi kiinteistönkaupassa useimmat tällaiset ehdot ovat JB:n mukaan sallittuja, kunhan ne vain on otettu kauppakirjaan. MK:n mukaan ne sen sijaan ovat pätemättömiä.

Hessler on jakanut erityiset oikeudet eli rajoitetut esineoikeudet käyttöoikeuksiin, vakuusoikeuksiin ja muihin tiettyyn omaisuuteen sopimuksen tai muun asianhaaran johdosta kohdistuviin oikeuksiin. Viimeiseen ryhmään kuuluvia oikeuksia hän kutsuu nimellä *betingelser*. Hesslerin mukaan nämä oikeudet voisivat osittain kuulua käyttöoikeuksiin, mutta hänen mukaansa niitä on rajatapauksissakin perustellumpaa käsitellä omana ryhmänään.¹⁴ Tähän ryhmään kuuluvat oikeudet tulevat Hesslerin mukaan esiin tilanteissa, joissa kollisioissa muutoin selkeä kolmikantasuhde ei tule aina selkeästi esiin. Kolmikantasuhdetta Hessler on kuvannut kirjaimilla A-B-C.¹⁵ Näissä tilanteissa on yhteisenä elementtinä se, että henkilön (B) tiettyä omaisuutta rasittaa toisen oikeus tai muunlainen rasitus. Tämä rasitus voi olla perustettu A:n intressien turvaamiseksi. Toisaalta A voi esiintyä kuviossa vain siten, että hän on asettanut B:lle rajoituksen, mahdollisesti B:n omassa intressissä. B on esimerkiksi saanut omaisuutta testamentilla kielloin luovuttaa sitä.¹⁶

¹² Terminologiasta lähemmin jäljempänä jaksossa I 3.2.2.

¹³ Termi on Hesslerin, ks. 1973 s. 446. Myös Rodhe on hyväksynyt termin, vaikka ei pidäkään siitä ideaalisena. Hesslerin itsensä mukaan termi ei ole täysin onnistunut. Rodhe on pitänyt termiä ongelmallisena sen vuoksi, että sana *betingelse* tarkoittaa Norjan ja Tanskan oikeudessa ehtoa, ks. Rodhe 1985 s. 599 alav. 2. Håstad on sen sijaan yleensä käyttänyt nimitystä (*andra*) *belastningar*, ks. esim. Håstad 1996 s. 440. Saman teoksen vuoden 1990 painoksessa Håstad on kuitenkin käyttänyt otsikossa termiä *betingelse*, ks. Håstad 1990 s. 345. Sandström (1976 s. 287) on puolestaan käyttänyt nimitystä *rådighetsinskränkning* tarkoittaen sillä omaisuuden kohdistuvaa rasitusta, joka rajoittaa omistajan mahdollisuuksia käyttää (förfoga) sitä vapaasti.

¹⁴ Hessler 1973 s. 446. *Tepora* on käyttänyt Hesslerin käsitteestä yhtäällä suomenkielistä nimitystä luovutusehdot (1984 s. 277) ja toisaalla nimitystä ehtoon perustuvat oikeutukset ja rajoitukset (1984 s. 170). Luovutusehtojen käsitettä voidaan pitää koko ryhmä huomioon ottaen suppeana, sillä kysymyksessä olevia ehtoja voidaan asettaa muissakin kuin luovutustilanteissa. Toisaalta luovutustilanteiden voidaan nähdä olevan eräänlainen ehtojen asettamisen ydinalue.

¹⁵ Hessler 1973 s. 274.

¹⁶ Tällöin lähestytään Hesslerin mukaan jo tilannetta, jossa mitään erityistä A:ta ei ylipäänsä ole olemassa vaan henkilön oikeutta määrätä omaisuudestaan on rajoitettu lain säännöksiin. Tällöin samassa henkilössä yhdistyvät A:n ja B:n ominaisuudet; henkilö on oikea omistaja niin kuin A, mutta samalla estynyt määräämästä omaisuudesta niin kuin B. Tällainen henkilö on esimerkiksi alaikäinen, jolta puuttuu oikeustoimikyky. Nämä eivät kuitenkaan enää kuulu tässä käsiteltäviin tilanteisiin, Hessler 1973 s. 446.

Hessler on jakanut betingelse-oikeudet kolmeen ryhmään. Ensimmäiseen ryhmään kuuluvat (1) rajoitukset, joiden mukaan A:lla on oikeus tulevaisuudessa saada tietty oikeus, kuten omistusoikeus, käyttöoikeus tai oikeus muulla tavalla määrätä B:n omaisuudesta. Tällaisia oikeuksia ovat esimerkiksi etuosto-oikeudet ja lunastusoikeudet. Tähän ryhmään kuuluvia tilanteita Hessler on nimittänyt vallintatapauksiksi (*rådighetsfall*).¹⁷ Toiseen ryhmään kuuluvat (2) rajoitukset, joiden mukaan B:llä on velvollisuus käyttää tai olla käyttämättä omaisuutta tietyllä tavalla. Kysymyksessä ovat tällöin erilaiset esineen käyttöä koskevat määräykset, joista sovitaan yleensä saannon yhteydessä. Tähän ryhmään kuuluvia tilanteita Hessler kutsuu käyttötapauksiksi (*användningsfall*).¹⁸ Kolmanteen ryhmään kuuluvat (3) rajoitukset, joiden mukaan B ei saa oikeudellisesti disponoida omaisuudestaan luovuttamalla, panttaamalla tai antamalla sen vastata hänen velvoitteistaan. Tällaisia rajoituksia ovat luovutuskiellot ja panttauskiellot. Viimeisellä rajoituksella Hessler tarkoittaa ulosmittauskieltoa, joka tarkoittaa samalla sitä, että kiellon alainen omaisuus ei myöskään kuulu omistajan konkurssipesään. Nämä rajoitukset asetetaan yleensä saannon yhteydessä. Hessler kutsuu kaikkia tähän ryhmään kuuluvia rajoituksia luovutuskielloiksi (*överbåtelseförbud*).¹⁹

Hesslerin jaotteluja on käytetty pohjana myös myöhemmässä ruotsalaisessa kirjallisuudessa. Myös *Rodhen* mukaan betingelse-ryhmään kuuluvat tiettyä omaisuutta koskevat rasitukset, jotka on perustettu sopimuksella tai muulla oikeustoimella ja jotka rajoittavat omistajan tosiasiallista tai oikeudellista valvontaa.²⁰

Verrattuna Hessleriin Rodhe on korostanut erityisesti käsitteen rajoittamista sekä (a) suhteessa käyttöoikeuksiin että (b) suhteessa lain säännöksiin perustuviin vallintarajoituksiin. Rodhen mukaan käyttöoikeuksiin kuuluvat ainoastaan tietyt standardisoidut oikeudet, kun taas kaikki muut oikeudet kuuluvat betingelse-kategoriaan. Rodhe vaikuttaakin menevän jaottelussaan pidemmälle kuin Hessler, jonka mukaan raja käyttöoikeuksien ja betingelse-ryhmään kuuluvien oikeuksien välillä ei ole kaikilta osin selkeä.²¹ Lisäksi Rodhe on korostanut, että kyseessä ovat nimenomaan sopimukseen tai muuhun oikeustoimeen perustuvat rajoitukset, eivät enää suoraan lakiin perustuvat rajoitukset.

Rodhe on myös jaotellut nämä rajoitukset hieman Hessleristä poikkeavalla tavalla. Hän jakaa ensiksi rajoitukset kahteen ryhmään niin, että ensimmäiseen kuuluvat (1) rajoitukset, jotka liittyvät omaisuuden luovutukseen uudelle omistajalle ja joiden sisältönä on, että luovuttajalla on oikeus saada omaisuus takaisin, jos luovutuksessa ilmenee jonkinlainen puute. Oikeus takaisinottoon voi perustua tällöin esimerkiksi oikeustoimen pätemättömyyteen, vääriin edellytyksiin tai so-

¹⁷ Hessler 1973 s. 447–456.

¹⁸ Hessler 1973 s. 457–463.

¹⁹ Hessler 1973 s. 463–468.

²⁰ Rodhe 1985 s. 559–600.

²¹ Ks. Rodhe 1985 s. 600.

pimusrikkomukseen. Tällaisia ehtoja Rodhe nimittää palautumisehdoiksi (*återgångsbetingelser*). Toiseen ryhmään kuuluvat (2) kaikki muut sopimukseen tai muuhun oikeustoimeen perustuvat rajoitukset (*betingelser upplåttna genom enskild disposition*).²²

Jälkimmäisen ryhmän Rodhe jakaa kolmeen alaryhmään. Ensimmäiseen alaryhmään kuuluu rajoituksia, joita Rodhe kutsuu nimellä (2.1) *rättighetsbetingelser*. Niillä hän tarkoittaa yhdelle tai useammalle henkilölle perustettua tiettyä oikeutta, esimerkiksi oikeutta saada omistusoikeus etuosto-oikeudella, takaisinosto-oikeudella tai lunastusoikeudella sekä oikeus saada käyttöoikeus. Ryhmä vastaa Hesslerin *rådighetsfall*-kategoriaa. Toiseen alaryhmään kuuluvia rajoituksia Rodhe kutsuu nimellä (2.2) *ändamålsbetingelser*. Näillä hän tarkoittaa tilanteita, joissa ei ole olemassa tiettyä oikeudenhaltijaa vaan joissa kyseessä olevalle omaisuudelle on abstraktisti muotoiltu tietty tarkoitus, johon sitä on käytettävä. Tällainen rajoitus on esimerkiksi testamenttiin tai lahjakirjaan liitetty tarkoitemääräys. Tällaiset rajoitukset ovat Hesslerin jaottelussa yksi *användningsfall*-muoto. Kolmanteen ryhmään kuuluvia rajoituksia Rodhe kutsuu nimellä (2.3) *negativa betingelser*. Niillä hän tarkoittaa pelkästään kieltäviä rajoituksia, joita ovat esimerkiksi kielto luovuttaa omaisuutta, kielto luovuttaa oikeutta omaisuuteen sekä kielto käyttää omaisuutta tietyllä tavalla. Ryhmä sisältää rajoituksia, jotka kuuluvat Hesslerin jaottelussa joko toiseen (*användningsfall*) tai kolmanteen (*överlåtelseförbud*) ryhmään.²³

Myös *Håstad* jaottelee käsillä olevat rajoitukset, joita hän kutsuu nimellä *beställningar*, kolmeen ryhmään. *Håstadin* jaottelu vastaa pitkälti Rodhen edellä esiteltyä jakoa. Ensimmäiseen ryhmään kuuluvat *Håstadilla* (1) optio-oikeudet (*optionsrätt*) eli ehdot, joiden mukaan A:lla on oikeus saada omistusoikeus tai muu oikeus B:n (irtaimeen) omaisuuteen.²⁴ Toiseen ryhmään hän lukee (2) määräykset, joiden mukaan omistajan on käytettävä omaisuutta tietyllä tavalla tai pidättäydyttävä käyttämästä sitä tietyllä tavalla (*ändamålsbestämmelser*).²⁵ Kolmanteen ryhmään kuuluvat (3) luovutuskiellot, panttauskiellot ja ulosmittauskiellot (*överlåtelseförbud*).²⁶

Tämän tutkimuksen kohteena olevat kompetenssinrajoitukset, mikäli ne kohdistuvat yksilöityyn omaisuuteen, kuuluvat edellä esitellyissä jaotteluissa ryhmään, jota Hessler ja *Håstad* ovat kutsuneet nimellä *överlåtelseförbud* ja Rodhe nimellä *negativa betingelser*.

²² Rodhe 1985 s. 601.

²³ Rodhe 1985 s. 602.

²⁴ *Håstad* 1996 s. 442–446.

²⁵ *Håstad* 1996 s. 446–448.

²⁶ *Håstad* 1996 s. 449–451.

3.2.2. Erityisen oikeuden käsitteestä

Termi rajoitettu esineoikeus saattaa tuoda mielikuvan omistusoikeudesta rajoittamattomana oikeutena vastakohtana rajoitetulle esineoikeudelle. Omistusoikeus ei kuitenkaan ole rajoittamaton, vaan omistajan oikeusasemaa eli tämän valtaa käyttää omaisuuttaan ja määrätä siitä rajoitetaan oikeusjärjestyksessä sekä julkisten että yksityisten intressien vuoksi. Puhutaan omistusoikeuden sosiaalisesta sidonnaisuudesta. Eniten rajoituksia kohdistuu kiinteistön omistusoikeuteen. Tämä johtuu paitsi maapohjan tärkeästä merkityksestä yhteiskunnassa tapahtuvan toiminnan konkreettisena perustana myös esimerkiksi luonnonsuojelun korostuvasta merkityksestä.

Jotta väärä mielikuva rajoittamattomasta omistusoikeudesta rajoitettujen esineoikeuksien vastakohtana vältettäisiin, voitaisiin rajoitettujen esineoikeuksien sijasta puhua *erityisistä oikeuksista*. Tällöin erityisten oikeuksien vastinparina olisi omistusoikeus yleisenä – ei kuitenkaan rajoittamattomana – oikeutena. Terminologiassa tulisi esiin omistusoikeuden luonne yleisoikeutena kaikkine omistajalle kuuluvine oikeutuksineen, ellei niitä ole nimenomaisesti suljettu pois. Vastaavasti tulisi esiin erityisen oikeuden luonne erityisoikeutena, joka sisältää ainoastaan oikeuden haltijalle nimenomaisesti osoitetut oikeutukset.

Esimerkiksi Ruotsissa ollaan siirtymässä tällaiseen terminologiaan.²⁷ Meillä on kuitenkin haluttu pitäytyä rajoitettujen esineoikeuksien käsitteessä sen vuoksi, että erityisen oikeuden käsitettä käytetään jo kiinteistöoikeudessa suppeammassa merkityksessä kuin mitä sillä rajoitettujen esineoikeuksien synonyyminä tulisi olemaan. On pelätty, että erityisen oikeuden käsitteen käyttäminen kahdessa eri merkityksessä aiheuttaisi sekaannusta.²⁸

Kiinteistöoikeudessa erityisellä oikeudella on yleensä tarkoitettu muita rajoitettuja esineoikeuksia kuin panttioikeutta. Erityisen oikeuden käsite on rajoitettujen esineoikeuksien käsitettä suppeampi ainakin tältä osin.²⁹ LunL 2.2 §:ssä erityisellä oikeudella tarkoitetaan käyttö-, rasite-, irrottamis- ja näihin verrattavaa oikeutta toisen omistamaan kiinteistöön taikka muuhun maa- ja vesialueeseen sekä rakennukseen ja rakennelmaan. MK:ssa erityisen oikeuden käsitteellä tarkoitetaan kiinteistöön kohdistuvien oikeuksien kolmatta ryhmää omistusoikeuden ja pantti-

²⁷ Ks. esim. *Hessler* 1973 s. 13 ja s. 273, joka käyttää käsitteitä *begränsad rätt* ja *särskild rätt* rinnakkain, mutta nostaa otsikkoon jälkimmäisen termin. Ks. myös *Håstad* 1996 s. 26, erityisesti alav. 11: ”Termen särskild rätt brukar föredras numera, därför att ej heller äganderätt är obegränsad.”

Ks. myös *Tepora* 1984 s. 276, joka puhuu ilmeisesti ruotsalaisen oikeuskirjallisuuden terminologiaa seuraten erityisen oikeuden perustamiskompetenssista. Vrt. *Kartio* 1991 s. 161–162, joka käyttää samassa merkityksessä termiä rajoitettujen esineoikeuksien perustamiskompetenssi.

²⁸ *Kartio* 1991 s. 9. Ruotsissa vastaavanlaista sekaantumisen vaaraa ei ole, sillä erityisen oikeuden käsitteellä ei ole siellä muuta, suppeampaa merkityssisältöä. Rajoitettujen (esine)oikeuksien käsitettä käytetään myös Norjassa (*begrensede rettigheter*) ja Tanskassa (*begränsede rettigheder*), ks. esim. *Falkanger* 2000 s. 64–70 ja *von Eyben* 1983 s. 17.

²⁹ Vrt. *Koulu – Tepora* 1989 s. 10: ”Panttioikeutta voidaan toisaalta pitää yhtenä ryhmänä rajoitettuja esineoikeuksia eli erityisiä oikeuksia.”

oikeuden ohella.³⁰ Sen alaan kuuluu erilaisia sopimukseen perustuvia oikeuksia hyödyntää toisen omistamaa kiinteistöä tavalla tai toisella.³¹ Erityisen oikeuden käsitettä on käytetty myös irtaimisto-oikeudessa YrKiinL 3.1 §:n 2 kohdassa, jossa sillä tarkoitetaan vuokraoikeutta, käyttöoikeutta, irrottamisoikeutta ja muuta näihin verrattavaa rajoitettua esineoikeutta.³²

Ilmeisesti lienee edelleen syytä käyttää rajoitettujen (esine)oikeuksien käsitettä. Erityisen oikeuden käsitettä käytetään toisaalta jo MK:ssakin eri merkityksissä. Nämä eri merkitykset tulevat esiin ennen kaikkea tarkasteltaessa MK:n sisältämiä kollisionratkaisusääntöjä. MK:n erityisen oikeuden käsitteen ulottuvuuteen palataan lähemmin jäljempänä.³³

³⁰ Jokela – Kartio – Ojanen 1997 s. 169 ja s. 292.

³¹ Toisaalta myös esimerkiksi toisen omistamalla kiinteistöllä olevia rakennuksia tai laitteita koskevat oikeudet ovat MK:n järjestelmässä kiinteistöön kohdistuvia erityisiä oikeuksia. Tällaiset oikeudet ovat tyypiltään täysin erilaisia kuin edellä mainitut perinteiset erityiset oikeudet. MK:n järjestelmän erityisen oikeuden käsitteen piiriin kuuluukin keskenään hyvin erilaisia oikeuksia. Rakennuksia tai laitteita koskevien oikeuksien määrittäminen erityiseksi oikeudeksi liittyy MK:ssa luotuun mahdollisuuteen kirjata kyseisiä oikeuksia. Niiden kirjaamismahdollisuuden tarkoituksena on saada aikaan toimivia vakuusjärjestelyitä vahvistamalla vakuuskohdetta.

³² *Tepora OTJP* 1988 s. 306.

³³ Ks. jakso II 7.2.3.

II ESINEOIKEUDELLISET KOLLISIONRATKAISUPERUSTEET

1. Tarkasteltavan kollisiotilanteen rakenne

Erilaiset vaihdannassa esiintyvät kollisiotilanteet voidaan jakaa ensinnäkin seuraantokollisioihin ja velkojakollisioihin. Seuraantokollisioissa on nimensä mukaisesti kysymys vaihdannassa ajankohtaistuneesta seuraantotilanteesta, jossa ovat vastakkain kahden yksilöidyn kohteen oikeudenhaltijan intressit. Velkojakollisioissa on puolestaan kysymys pakkotäytäntöönpanotilanteesta, jossa (yleensä) useamman velkojan intressit ovat vastakkain.¹ Tässä tarkastellaan kompetenssinrajoitusehdon sitovuutta seuraantokollisiossa. Velkojakollisioista on kysymys, kun joudutaan arvioimaan, sitooko omistajan kompetenssin rajoitus tämän konkurssi- ja ulosmittausvelkojia² niin, että se estää esineeseen kohdistuvan ulosmittauksen sekä sen kuulumisen omistajan konkurssipesään. Näitä kollisioita ei tutkimuksessa tarkastella. On selvää, että luottosopimuksen yhteydessä sovitut kompetenssinrajoitukset eivät sido eikä niiden tarkoituksenakaan ole sitoa velkojakollisioissa.

Kollisiot voidaan vielä jakaa etenevän ja takautuvan sivullissuhteen kollisiotilanteisiin. Erottelun perustana on se, että etenevän sivullissuhteen kollisiossa kollision osapuolet johtavat oikeutensa eri henkilöiltä, kun taas takautuvan sivullissuhteen kollisiossa kollision osapuolet johtavat oikeutensa samalta henkilöltä. Seuraantokollisiot voivat olla joko etenevän tai takautuvan sivullissuhteen kollisioita. Velkojakollisiot ovat takautuvan sivullissuhteen kollisioita.

¹ Kollisiotilanteiden jaosta niihin lähtökohtaisesti sovellettavien kollisionratkaisuperusteiden osalta ks. Tuomisto 1993 s. 79–84. Ks. myös Hessler 1973 s. 90, jonka mukaan kollisiot eroavat toisistaan siinä, mikä on niin sanotun objektiivisen esineoikeudellisen momentin tarkoitus ja millainen merkitys tuon momentin täytymiselle annetaan oikeuden sivullissitovuuden osalta.

² Konkurssi- ja ulosmittausvelkojilla tarkoitetaan tässä velkojia, joilla ei ole panttioikeutta tai muuta vakuusoikeutta. Panttivelkojat rinnastetaan tässä omistajan seuraajiin, ja heidän kanssaan sattunut kollisio on seuraantokollisio. Vastaavanlaista käsitteistöä on käyttänyt esim. Tuomisto 1993, ks. erit. s. 5 ja s. 9. Ks. myös esim. Olsson 1954 s. 34–35: ”Bokens rubrik innehåller redan benämningen på den problemgrupp som behandlas i boken: *köparens borgenärsskydd*. Härmed avses ett av problemen i relationen bakåt, nämligen köparens förhållande till säljarens exekutionsborgenärer. Utanför frågan – – faller – – köparens förhållande till andra säljarens borgenärer – – t.ex. handpantborgenärer, inteckningshavare och retinenter. Denna begränsning av innehållet i uttrycket ’köparens borgenärsskydd’ synes ändamålsenligt med tanke på de reella synpunkter, som måste läggas till grund för problemlösningarna. Köparens förhållande till exempelvis en panthavare torde sålunda, vad de reella synpunkterna beträffar, ligga närmare tvesalufallet än de fall som här behandlas.” ja Zitting 1957 s. 10: ”Luovutuksensaajan suojasta luovuttajan velkoja vastaan voidaan – – puhua silmällä pitäen toisaalta ulosmittaus- ja konkurssivelkoja ja toisaalta pantti- ja kiinnitysvelkoja. Viimeksi mainittuihin kohdistuva suoja määräytyy eri perustein kuin suoja luovuttajan ulosmittaus- ja konkurssi-velkoja vastaan ja muodostaa läheisen rinnastuskohdan – – luovuttajan seuraajaan kohdistuvalle suojalle.”

Etenevässä sivullissuhteessa kollisio syntyy aikaisemman, oikeutensa menettämässä olevan oikeudenhaltijan ja uuden, myöhemmän oikeudenhaltijan välille. Kollisio johtuu siitä, että kolmas on määrännyt oikeudettomasti aikaisemman oikeudenhaltijan oikeudesta myöhemmän oikeudenhaltijan hyväksi. Takautuvassa sivullissuhteessa kollisio puolestaan syntyy kahden sellaisen oikeuden välillä, jotka molemmat ovat vasta tulossa haltijoilleen. Takautuvan sivullissuhteen kollisioissa on siis kysymys siitä, että samaan kohteeseen kohdistuvista oikeuksista määrätään useamman henkilön hyväksi ja nämä kilpailevat tahot johtavat siten oikeutensa samalta henkilöltä.³ Takautuvan sivullissuhteen kollisiot syntyvät tyypillisesti kaksoisdisponoinnin johdosta. Kaksoisdisponoinnista on kysymys esimerkiksi silloin, kun esineen omistaja myy esineen kahteen kertaan tai kun hän ensin myy esineen ja sen jälkeen perustaa siihen panttioikeuden tai kun hän sopii kahteen kertaan ensisijaisen panttioikeuden perustamisesta siihen. Kollisio syntyy, koska omistajalla ei ole enää kompetenssia määrätä kohteesta. Omistajan kompetenssin puuttuminen johtuu tällöin siitä, että hän on jo käyttänyt kompetenssiaan ja samalla menettänyt sen.

Tässä tutkimuksessa tarkastelun kohteena on tilanne, jossa omistaja on ensin sopimuksella sitoutunut rajoittamaan kompetenssiaan ja sen jälkeen tämän sitoumuksen vastaisesti käyttänyt kompetenssiaan ja perustanut toiselle henkilölle oikeuden omaisuuteensa. Kollisio syntyy tällöin kompetenssivirheestä, joka johtuu siitä, että omistaja on sitoutunut luopumaan kompetenssistaan luotonantajan intressien suojaamiseksi. Kollisiotilannetta tarkastellaan takautuvan sivullissuhteen kollisiona. Sekä luotonantaja, jonka intressien suojaksi kompetenssinrajoitus on perustettu, että myöhempi panttivelkoja johtavat oikeutensa samalta henkilöltä. Omistajan sopimuskumppani, jonka hyväksi rajoitus on tapahtunut, on *primus* ja myöhempi pantinsaaja *sekundus*.

Vaikka tilanne nähdään rakenteellisesti takautuvan sivullissuhteen kollisiona, yksityiskohtaisessa tarkastelussa punnitaan myös mahdollisuutta etenevän sivullissuhteen kollisioiden ratkaisusääntöjen soveltamiseen. Sääntöjen analogiinan soveltaminen voidaan nähdä perusteltuna, koska takautuvaa(kaan) sivullissuhdetta koskevaa ratkaisusääntöä ei ole säädetty kompetenssinrajoitusehdosta aiheutuvan kollision ratkaisemiseksi. Analogia-avaimena on tällöin pantinantajajan kompetenssin puute.

Tilanteita, joissa kollisio johtuu kompetenssivirheestä, joka perustuu siihen, että omistajan kompetenssia on rajoitettu *laissa* jonkun muun tahon intressissä jo ennen velkojalle panttaamista, on oikeuskirjallisuudessa selitetty rakenteellisesti eri tavoin. Tyypillisenä esimerkkinä tällaisesta tilanteesta on esitetty kollisio, joka aiheutuu siitä, että avioliitossa olevan omistajan kompetenssia määrätä

³ Kollisiotilanteiden jaottelusta etenevään ja takautuvaan sivullissuhteeseen ks. lähemmin esim. Zitting 1951 s. 58–62, Hessler 1973 s. 64–75, Zitting – Rautiala 1982 s. 5–10, Zitting 1989 s. 10–15, Kartio 1991 s. 214–218, Havansi 1992a s. 63–67 ja Tuomisto 1993 s. 44–47.

omaisuudestaan rajoittavat AL 38–39 §:n vallinnanrajoitussäännökset.⁴

Zitting on nähnyt kollisio (1) etenevän sivullissuhteen kollisioina. *Zittingin* mukaan etenevän sivullissuhteen kollisiotilanteet voidaan jakaa kahteen ryhmään. Toisen ryhmän muodostavat (a) tilanteet, joissa luovuttajalta puuttuu tehokas saanto, ja toisen (b) tilanteet, joissa luovuttajan saanto on tehokas, mutta hänen kompetenssinsa on rajoitettu. Edelliseen ryhmään kuuluvat tilanteet ovat tyypillisiä etenevän sivullissuhteen kollisioita. Niissä kohteen oikea omistaja, kohteesta disponoinut ja seuraaja ovat saantoketjussa peräkkäin. Jälkimmäiseen ryhmään kuuluvassa tilanteessa omistaja, jonka kompetenssia on rajoitettu, ja taho, jonka hyväksi tämä rajoitus on tehty, eivät ole saantoketjussa peräkkäin vaan rinnakkain. Taho, jonka hyväksi omistajan kompetenssia on rajoitettu, ei ole oikea omistaja etenevän sivullissuhteen peruskuvion mukaisesti vaan hänellä on muunlainen intressi omaisuuteen.⁵ *Hyvönen* on kehittänyt *Zittingin* ajatuksia ja esittänyt, että jälkimmäisessä tilanteessa on kysymys asianosaissuhteen ja etenevän sivullissuhteen välillä olevasta (2) rinnakkaisesta sivullissuhteesta.⁶ *Havansi* on puolestaan nähnyt tilanteen (3) takautuvan sivullissuhteen kollisioina. Tätä rakenteellista ratkaisua hän on perustellut sillä, että panttivelkoja tai muu seuraaja on sekundus suhteessa tahoon, jonka intressissä omistajan kompetenssia on rajoitettu.⁷

Kollisioiden sattuessaa siihen joutuvien henkilöiden oikeuksia ei voida molempia toteuttaa täysimääräisesti. Tällöin keskeisenä kysymyksenä on, kenen oikeus jää pysyväksi ja kenen joutuu väistymään. Joidenkin kollisiotilanteiden osalta on mahdollista, että hävinneenkin oikeus voi toteutua, tosin alkuperäistä sopimukseen perustuvaa oikeutta rajoitetumpana.⁸ Aina tällainen hävinneen osapuolen oikeuden alkuperäistä rajoitetumpi toteutuminen ei ole mahdollista. Panttaus- tai

⁴ Ennen vuoden 1987 lainmuutosta aviopuolisoilla ei ollut oikeutta luovuttaa tai pantata avio-oikeuden alaista omaisuutta ilman toisen puolison suostumusta. Vuoden 1987 lainmuutoksen jälkeen AL 38–39 § rajoittavat ainoastaan puolison luovutuskompetenssia ja käyttöoikeudenperustamiskompetenssia perheen kotina pääasiallisesti käytettävän asunnon osalta olipa tämä avio-oikeuden alaista omaisuutta tai ei, mutta eivät enää omistajan panttauskompetenssia.

⁵ *Zitting* 1989 s. 33–34. Myös *Kartio* LM 1985 s. 584 vaikuttaa näkevän tilanteen etenevän sivullissuhteen kollisioina.

⁶ *Hyvönen* LM 1972 s. 913–914. Ks. myös *Hessler* 1973 s. 446–447, joka on kuvannut tilannetta, jossa omistajan kompetenssi on rajoitettu lain säännöksellä, niin, että verrattuna normaaliin etenevän sivullissuhteen kolmikantakuvioon A-B-C tällaisessa tilanteessa ei ole olemassa A:ta. ”Man kan säga, att han (omistaja, ETS) förenar både A- och B-egenskapen: liksom A är han rätt ägare av egendomen, liksom B är han förhindrad att förfoga över den.”

⁷ *Havansi* 1975 s. 564 ja *sama* 1992a s. 67.

⁸ Esimerkiksi kun omaisuuteen on perustettu kaksi panttioikeutta samalla etuoikeudella, ainoastaan toinen, kollisio voittava osapuoli, saa ensisijaisen panttioikeuden. Kollisio hävinneellä osapuolella on mahdollisuus saada omaisuuteen toissijainen panttioikeus. Myös omaisuuden luovutuksen ja siihen perustetun käyttöoikeuden kollisiossa on mahdollista, että sekä omistusoikeus että käyttöoikeus pysyvät, mutta luovutuksensaajan omistusoikeutta rajoittaa käyttöoikeus. Samoin omaisuuden luovutuksen ja siihen perustetun panttioikeuden kollisiossa on mahdollista molempien oikeuksien pysyttäminen, mutta tällöinkin niin, että panttioikeus rasittaa luovutuksensaajan omaisuutta.

luovutuskompetenssia rajoittavien ehtojen perustamaa oikeutta ei voida sovittaa yhteen myöhemmän panttioikeuden tai omistusoikeuden kanssa.⁹ Kompetenssin-rajoituksen sitovuus kollisionssa merkitsee sekunduksen oikeuden kumoutumista kokonaan.

⁹ Myös omistusoikeuden luovutuksessa kahdelle jompikumpi oikeus joutuu väistymään. Tämä johtuu siitä, että kollisionratkaisut ovat luonteeltaan joko-tai -ratkaisuja. Niissä toinen kollision osapuoli saa ehdottoman kollisiovoiton.

Ratkaisujen sovittelu on periaatteellisesti mahdollista, ks. esim. *Havansi* 1981 s. 101–102 ja s. 125–137, joka on esitellyt mahdollisuutta jakaa kollision kohde vilpittömässä mielessä olleiden osapuolten välillä niin sanotuissa osakeduplikaattitilanteissa, joissa kollisio aiheutuu siitä, että samaa osakekirjaa on olemassa kaksi kappaletta. Näiden tilanteiden ratkaisemiseksi hän esittää kaksi perinteisestä joko-tai -kollisionratkaisusta poikkeavaa mallia, tasajakomallin ja lisäjakomallin. Tasajakomallissa kummallekin vilpittömässä mielessä toimineelle osapuolelle vahvistettaisiin suhteellisesti yhtä paljon riitakohteesta. Tämä on mahdollista silloin, kun riitakohde on jaollinen. Lisäjakomallissa kummallekin vilpittömässä mielessä toimineelle osapuolelle myönnettäisiin täysimääräisesti riidanalaisen kohteen mukainen osakemäärä.

Käytännössä jaollisten kollisionratkaisujen voidaan kuitenkin pääsääntöisesti nähdä aiheuttavan erilaisia hankaluuksia sujuvalle vaihdannalle esimerkiksi niistä toisilleen vieraiden välillä syntyvien yhteisomistussuhteiden ja niiden purkamisen johdosta.

2. Oikeuden yksilöinnistä sivullissuojan perusedellytyksenä

2.1. YKSILÖINTIVAATIMUS JA ONGELMA TUTKIMUSKOHTEN OSALTA

Kollisioihin sovellettaviin ratkaisuperusteisiin vaikuttaa muun muassa se, onko oikeuden kohde (a) yksilöity vai vain (b) lajikohtaisesti määriteltä. *Zitting* on jakanut kollisiotyyppit kolmeen sen perusteella, onko kysymyksessä olevien oikeuksien kohde yksilöity vai ei. Kahden yksilöityyn kohteeseen kohdistuvan oikeuden välisessä suhteessa noudatetaan lähtökohtaisesti *aikaprioriteettia* (a-a). Kollision voittaa tällöin se, joka ensimmäisenä on saanut oikeuden yksilöityyn kohteeseen. Yksilöityyn ja yksilöimättömään kohteeseen kohdistuvan oikeuden välisessä kollisiona (a-b) noudatetaan yleensä *preferenssiperiaatetta*. Tällöin kollisio ratkaistaan yksilöityyn kohteeseen kohdistuvan oikeuden hyväksi. Kahden yksilöimättömään kohteeseen kohdistuvan oikeuden välisessä kollisiona (b-b) sovelletaan puolestaan lähtökohtaisesti *konkurrenssiperiaatetta*. Se tarkoittaa, että oikeudenhaltijat kilpailevat keskenään ja kollisio ratkeaa sen hyväksi, joka ehtii ensin toteuttaa oikeutensa.¹

Mikäli seuraajan tai velkojan oikeus kohdistuu yksilöityyn kohteeseen, primuksen oikeuden sivullissitovuus kollisiona edellyttää yllä mainittujen periaatteiden mukaan vähintään oikeuden kohteen yksilöintiä. Luotonsaajan kompetenssinrajoitusehdon suojakseen vaatineen luotonantajan oikeus vaarantuu ennen kaikkea luotonsaajan yksilöityyn omaisuuteen kohdistuvan myöhemmän panttioikeuden johdosta. Tämän vuoksi luotonantajan mahdollisuus saada dynaamista sivullissuojaa edellyttää pääsääntöisesti, että hänen oikeutensa kohde on yksilöity.

Edellä on esitetty, että velkojan kannalta saattaa olla usein etenkin inter partes suhdetta silmällä pitäen tarkoituksenmukaista ulottaa luotonsaajan kompetenssia rajoittava kielto koskemaan kaikkea tämän omaisuutta. Silloinkin, kun velkoja haluaa sallia velalliselle jonkinasteisen vakuudenannon ilman suostumustaan, rajoittavaksi tekijäksi voi olla tarkoituksenmukaista sopia esimerkiksi luoton käyttötarkoitus tai luottosumman suuruus sen sijaan, että rajoitus ulotettaisiin koskemaan tiettyjä varallisuuskohteita. Luotonsaajan kompetenssia rajoitetaan tällöin omaisuuden yksilöinnin sijasta yksilöimällä uuden luoton ominaisuuksia.

¹ Ks. *Zitting* JFT 1962 s. 350–351, *Zitting* – *Rautiala* 1982 s. 7–8 ja *Zitting* 1989 s. 10–12 sekä lisäksi esim. *Kartio* 1991 s. 212 ja s. 219 sekä *Tuomisto* 1993 s. 45–46. *Zitting* on saanut analyysiinsa vaikutteita erityisesti Rossilta, ks. *Ross* 1934 s. 306–310, *sama* 1935 s. 72–73 ja *sama* 1953 s. 240–243.

Tällä tavoin sovittujen kompetenssinrajoitusten sivullissitovuus saattaa olla ongelmallinen jo yksilöintivaatimuksen täyttymättä jäämisen vuoksi.

Yksilöintivaatimuksen merkityksen osalta keskeinen kysymys on, mitkä ovat riittävän yksilöinnin edellytykset. Kysymys on siitä, millä tavoin muuhun kuin tiettyyn varallisuuskohteeseen, kuten esimerkiksi luotonsaajan omistamaan rekisterinumerolla yksilöityyn kiinteistöön, kohdistuvat kompetenssinrajoitusehdot olisi syytä muotoilla, jotta edes lähtökohta niiden sivullissitovuudelle olisi olemassa. Kysymykseen on oikeudessamme vaikea vastata yksityiskohtaisin säännöin.²

Yleisesti ottaen yksilöinnin on katsottu olevan silloin riittävä, kun sopimuksen *osapuolilla ei enää ole mahdollisuutta valita suorituksen kohdetta*.³ Kirjallisuudessa vakuuskohteen yksilöinnin osalta erityisesti takaisinsaantia silmällä pitäen on kuitenkin todettu, että yksilöinti voi olla riittävä, vaikka kohde olisi määritelty vain lajiltaan ja määrältään tai vaikka vakuudenantaja olisi oikeutettu valitsemaan usean vaihtoehtoisen vakuuskohteen välillä. Yksilöinnin osalta vähimmäisedellytykseksi on tässä yhteydessä asetettu se, että sopimuksesta on tarvittaessa saatavissa *riittävät perusteet sopimuksen täyttämiseen velvoittavan täytäntöönpanokelpoisen tuomioistuinratkaisun antamiselle*.⁴

Yksilöintivaatimuksen täyttymiseen on haettava vastausta lähtien niistä oikeuspoliittisista perusteista, jotka vaatimuksen tavoitteiksi on asetettu.

2.2. YKSILÖINTIVAATIMUKSEN PERUSTEET

Oikeuden kohteen yksilöinnin vaatimus on keskeinen osa varallisuusoikeudessa noudatettavaa *spesialiteetti- eli täsmällisyysperiaatetta*.⁵ Periaatteen merkitystä on korostettu erityisesti kirjaamisoikeudessa ja vakuusoikeudessa.⁶

Oikeuspoliittisesti vaatimus oikeuden kohteen yksilöinnistä sivullissuojan edellytyksenä perustuu yleisiin vaatimuksiin yhtäältä *vaihdannan varmuudesta* ja toisaalta sen *sujuvuudesta*. Mikäli yksilöimättömiin kohteisiin kohdistuvat oikeu-

² Ks. esim. *Koulu OTJP* 1994 s. 172.

³ Ks. esim. *Vinding Kruse* 1951 s. 172.

⁴ *Tuomisto* 1995 s. 232.

⁵ Ks. esim. *Håstad JJ* 1985 s. 315: ”Med specialitetsprincipen förstås först och främst att *objekt* för äganderätt, panträtt eller annan sakrätt i princip endast kan vara individuellt bestämda föremål.”

⁶ Kirjaamisoikeudessa täsmällisyysperiaate edellyttää, että rekistereihin merkittävät oikeudet kirjaetaan niin, että oikeuksia ei sekoiteta toisiinsa ja että muissakaan yhteyksissä ei synny epäselvyyttä. Täsmällisyysperiaate asettaakin vaatimuksia paitsi kirjaamisen kohteen myös kirjattavan oikeuden yksilöinnille, ks. *Koulu – Tepora* 1989 s. 57–58. Vastaavasti panttioikeuden osalta täsmällisyysperiaate edellyttää paitsi panttioikeuden kohteen myös sen saamisen yksilöintiä, jonka vakuutena kohde on. Saamisen yksilöinnille ei ole asetettu niin tiukkoja kriteerejä kuin panttikohteen yksilöinnille, ks. lähemmin esim. *Havansi* 1992a s. 105–107 ja vrt. s. 102–103. Panttikohteen yksilöintiä koskevat ongelmat voivat tulla esiin yksilöitävyydessä sekä suhteessa pantinantajan että pantinsaajan omaisuuteen, ks. *Håstad* 1996 s. 333–348.

det sitoisivat sivullisia, oikeussuhteissa vallitsisi epäselvyys ja epävarmuus eivätkä vaihdanta ja luotonanto voisi olla vakaalla ja toimivalla pohjalla. Yleisiin vaatimuksiin vaihdannan varmuudesta ja sujuvuudesta liittyvät läheisesti *sivullisten suoja* koskevat yksilöintivaatimuksen perusteet. Sivullisten suoja voidaan jakaa (1) velkojen suojaan (velkojakollisiossa) ja (2) myöhempien oikeudenhaltijoiden suojaan (seuraantokollisiossa).

(1) Pakkotäytäntöönpanossa, kuten konkurssissa, velkojen taloudellisesti suojanarvoisten etujen huomioon ottamisen on katsottu edellyttävän, että heitä sitovat velallisen omaisuuteen kohdistuvat vaateet ovat yksilöityjä. Konkurssitilanteissa on yleensä korostettu velkojen tasavertaisen kohtelun vaatimusta.⁷ Yksilöimättömien oikeuksien sitovuus olisi tuon vaatimuksen vastainen. Mikäli yksilöimättömään kohteeseen kohdistuva vaade nauttisi suojaa velkojatarhaa kohtaan, *velallinen voisi* helposti suosia yhtä *velkojaansa* esimerkiksi valitsemalla oikeuden kohteeksi arvokkaampaa omaisuutta kuin alunperin oli tarkoitettu.⁸

Edellä mainittua näkökantaa on kirjallisuudessa korostettu erityisesti panttioikeuden kohteen yksilöintivaatimuksen kohdalla. Tämä on ymmärrettävää, sillä panttioikeus tarjoaa velalliselle oikeusjärjestelmässä hyväksytyn nimenomaisen keinon suosia tiettyä velkojaa. Mahdollisuus suosia yhtä velkojaa panttioikeudella velkojen tasa-arvoisen kohtelun vastaisesti perustuu siihen, että panttioikeudella on positiivinen vaikutus luottoelämään yleensä. Panttioikeus voi laajentaa siihen liittyvien erioikeuksien vuoksi velallisen mahdollisuutta ylipäänsä saada luottoa ja vaikuttaa sen saamiseen edullisemmilla ehdoilla kuin ilman panttioikeutta. Tästä johtuen panttioikeutta voidaan pitää oikeuspoliittisesti perusteltuna silloin, mutta vain silloin, kun sen tuottamalla etuoikeuksilla on todellista vaikutusta luottosuhteeseen.⁹ Jos oikeuden kohde ei ole yksilöity, velkoja ei tiedä tarkalleen, mitä tulee saamaan vakuudeksi, eikä vakuus voi siten täyttää tehtävänsä eli vaikuttaa luottoharkintaan.¹⁰

Näkökannalla on ollut merkitystä oikeuskäytännössä, kun panttioikeuden kohteen yksilöinnin riittävyttä on käsitelty takaisinsaantiperusteiden osalta. Ratkaisussa KKO 1969 II 36 yksilöintiä pidettiin riittämättömänä, kun panttioikeuden kohteeksi oli määritelty *huoltoasemalla oleva huoltoaseman hoitajan omaisuus*. Yksilöintivaatimus ei täyttnyt, vaikka panttioikeuden kohde olikin selvä niin, että sopimuksen täyttämiseen velvoittava tuomioistuinratkaisu olisi voitu antaa. Todennäköinen syy siihen, että riittävän yksilöinnin katsottiin puuttuneen, oli se, että omaisuuden katsottiin vaihtelevan niin paljon, että velko-

⁷ Velkojen yhdenvertaisen kohtelun tavoite on 1990-luvun alun lainsäädäntöuudistusten (VMJL ja TakSL) valossa entistä tärkeämpi.

⁸ Ks. *Vinding Kruse* 1951 s. 173–174, *Arnholm* 1962 s. 69–70 ja myös s. 15 sekä *Hessler* 1973 s. 436.

⁹ Kysymykseen palataan uudelleen jäljempänä tutkimuksessa jaksossa II 5.4.

¹⁰ *Tuomisto* 1995 s. 233.

jalla ei voinut olla selkeää käsitystä siitä, mikä vakuuden sisältö ja siten sen arvo tulisi olemaan. Tällöin vakuus ei myöskään olisi voinut täyttää tarkoitustaan.¹¹

Velkojakollisioissa yksilöimättömiin kohteisiin kohdistuvien vaateiden ei ole katsottu voivan sitoa velkojatarhaa myöskään siksi, että *yleiset sopimukseen perustuvat konkurssietuoikeudet*, jollainen yksilöimättömän vaade olisi, *haittaavat vaihdannan ja luotonannon edistämisen tavoitteita*.

Tärkeimpänä panttioikeuden yksilöintivaatimuksen oikeuspoliittisena syynä velkojakollisioissa voidaankin pitää sitä, että ellei vaatimusta noudatettaisi, velalliselä olisi mahdollisuus suosia yhtä velkojaa yleisellä etuoikeudella tai ulottaa panttioikeus muutoin koskemaan omaisuutta, jota sen ei alunperin ollut tarkoitus koskea.¹² Samat perusteet koskevat lähtökohtaisesti myös muita konkurssivelallisen perustamia oikeuksia. Mikäli oikeus yksilöimättömään kohteeseen sallittaisiin, muiden velkojen asema saattaisi heikentyä tavalla, jota he eivät voisi ennakoida. Velkojen heikentynyt ja epävarma asema puolestaan voisi vaikuttaa haitallisesti luotonantoon ja sitä kautta myös tuotantoon ja vaihdantaan. Velkojen heikentynyt asema ja siitä aiheutuneet haitat eivät enää kompensoituisi oikeuden sitovuudesta oikeudenhaltijalle aiheutuvilla eduilla.

(2) Vastaavasti seuraantokollisioissa velallisen omaisuuteen kohdistuva yksilöimättömän vaade haittaisi myöhempien luovutuksensaajien tai muiden oikeudenhaltijoiden etujen huomioon ottamista. Tämän vuoksi ei ole katsottu olevan tarkoituksenmukaista, että yksilöimättömään kohteeseen kohdistuvan oikeuden haltija nauttii vaihdantasuojaa. Mikäli aikaisemman yksilöimättömään kohteeseen kohdistuvan oikeuden katsottaisiin sitovan myöhempää luovutuksensaajaa, vaihdanta vaikeutuisi, koska luovutuksensaaja ei voisi olla varma, mihin kohteeseen aiempi oikeus loppujen lopuksi kohdistuu. Seuraajien epävarmuus aiemman oikeuden kohteesta haittaisi myös yleisesti vaihdannan edistymistä.

Toinen panttioikeuden yksilöintivaatimuksen peruste seuraantokollisioissa perustuu tavoitteeseen hyödyntää mahdollisia vakuusoikeuden kohteita tai erityisesti niiden arvoa mahdollisimman tehokkaasti. Kun nykyään velallisella voi olla useita luotonantajia, esimerkiksi panttioikeuden tehokas käyttö edellyttää, että on olemassa mahdollisuus pantata yhden velkojan tarvitseman vakuuden jälkeen jäävä osuus velallisen omaisuudesta toiselle velkojalle. Tämä on mahdollista ainoastaan, mikäli panttikohteet yksilöidään niin, että myöhemmän velkojan on

¹¹ Vrt. KKO 1958 II 16, jossa vakuuskohdetta pidettiin hankintasopimuksessa riittävästi yksilöitynä, kun sopimuksen mukaan myyjä sai suorittamatta jääneiden maksujen vakuudeksi ottaa pantiksi *sopimuksen käsittämää, ostajan hallussa olevaa puutavaraa*. Tällöin myyjä sai KS 46 §:n e kohdan soveltumatta ottaa pantiksi toimittamistaan tukeista tehtyä sahatavaraa. Vrt. myös KKO 1927 I 67. Ks. lisäksi *Havansi* 1979a s. 156–158, *Tepora* 1984 s. 222 alav. 21 ja s. 229 alav. 33 sekä *Tuomisto* 1995 s. 232–234.

¹² *Arnholm* 1962 s. 70, *von Eyben* 1980 s. 65.

mahdollista saada selville, mihin aiempi panttioikeus kohdistuu.¹³ Myös tämä yksilöintivaatimuksen peruste koskee muitakin oikeuksia kuin panttioikeutta.

Täsmällisyysperiaate on yleensä nähty nimenomaan muiden velkojien ja seuraajien suojana. Se voidaan kuitenkin nähdä myös panttivelallisen suojana. Mikäli tätä suojafunktiota korostetaan, olisi perusteltua katsoa, että panttaus ei yksilöintivaatimuksen jäätyä täyttymättä sido edes inter partes. Kirjallisuudessa on kuitenkin katsottu, että panttaussopimusta voidaan osapuolten välisessä suhteessa pitää yksilöintivaatimuksen täyttymättä jäämisestä huolimatta pätevänä.¹⁴

Tilanteessa, jossa oikeus kohdistuu sopimuksen mukaan yleisesti kaikkeen henkilön omaisuuteen, on sinällään selvää, mikä omaisuus on oikeuden kohteena (henkilön kulloinenkin omaisuus). Epäselvyys oikeuden kohteessa koskee tällöin pikemminkin sitä, mitä henkilö kulloinkin omistaa, ja siten yleensä sitä, mikä on oikeuden arvo. Tällöin yksilöintivaatimuksen täyttymistä tai sen täyttymättä jäämistä on perusteltua arvioida siltä kannalta, voiko arvoltaan epämääräinen oikeus tuottaa sen haltijalle, oikeuden perustajalle ja vaihdannalle yleensä niin paljon etua, että se kompensoi tästä yleisoikeudesta sivullisille, oikeuden perustajalle ja vaihdannalle yleensä aiheutuvat haitat.

Täsmällisyysperiaatteen vastaisena myös esimerkiksi yleispantti eli panttioikeus kaikkeen velallisen kulloinkin omistamaan omaisuuteen on voimassa olevassa oikeudessamme kielletty, vaikka tällöin ei tarkalleen ottaen olekaan epäselvää, mikä omaisuus kulloinkin kuuluu oikeuden piiriin. Yleispantti kiellon syyksi on mainittu sen tuottama epävarmuus sivullisille. Epävarmuus johtuu siitä, että ei ole olemassa keinoa julkistaa koko omaisuuden kattavaa hypotekaarista panttioikeutta. Tällöin yleispantti salliminen merkitsisi salaista panttioikeutta.¹⁵

2.3. YKSILÖINTIVAATIMUKSEN POIKKEUKSISTA

Tavanomaisissa vaihdantatilanteissa kohteen yksilöinti ei ole ongelmallinen. Yksilöinti on välttämätön vaihe esimerkiksi normaalissa kaupanteossa. Jossain vaiheessa ostajan ja myyjän täytyy määrittää, mitä ostetaan ja mitä myydään. Viimeistään se tapahtuu myytävän kohteen hallinnan siirrolla myyjältä omistajalle, usein jo aikaisemmin, kun kohde erotetaan ostajan lukuun. Vastaavasti myös esimerkiksi panttioikeuden osalta hallinnan siirron ja muiden julkivarmistuskai-

¹³ Kielteisestä suhtautumisesta yleispanttiin tästä näkökulmasta ks. *Brækhus* 1994 s. 171. Ks. myös *Arnholm* 1962 s. 68–70.

¹⁴ Ks. *Tuomisto* 1995 s. 233 alav. 127. Ks. myös *Arnholm* 1962 s. 75. On huomattava, että tämä koskee vain tilannetta, jossa on kyse panttauksesta, jonka kohteen riittävä yksilöinti puuttuu, mutta jossa ei kuitenkaan ole kyseessä yleispantti.

¹⁵ *Havansi* 1992a s. 10–11 ja s. 25–26. Ks. myös esim. *Håstad* 1996 s. 333.

nojen käyttäminen, joihin täydellinen sivullissitovuus myöhempiä seuraajia kohtaan on kytketty, pääsääntöisesti jo sellaisenaan aiheuttaa sen, että oikeuden kohde yksilöityy riittävästi.¹⁶

Yksilöinnillä on varallisuus oikeuden järjestelmän selkeyden osalta luonnollista merkitystä esimerkiksi siltä osin kuin on kysymys mahdollisuudesta käyttää keinoja oikeuden sitovuuden vahvistamiseksi. Kun sivullissuojaa voidaan vahvistaa erilaisilla objektiivisilla momenteilla, kun tärkeä momentti on kirjaaminen ja kun kirjaaminen on kohdekohtaista, jo tämän järjestelmän selkeys edellyttää, että sekä kirjattava oikeus että oikeuden kohde on yksilöity. Yksilöintivaatimusta onkin pidetty yleisenä, teknisenä edellytyksenä esineoikeudellisen sivullissuojan myöntämiselle. Siitä ei kuitenkaan ole pidetty kiinni poikkeuksettomasti. Etenkin tarve käyttää uudenlaisia vakuusjärjestelyjä on nostanut esiin taloudellisia näkökohtia, joiden perusteella vanhasta periaatteesta on perusteltua joustaa.

Yksilöintivaatimuksesta joustaminen saattaa perustua suoraan lainsäädäntöön. Näin on esimerkiksi yrityskiinnityksen osalta. Yrityskiinnitys ja sen velkojalle tuottama oikeus on lain nimenomaisesti sallima poikkeus panttioikeuden yksilöintivaatimukseen. Tämä poikkeus on syntynyt juuri käytännön tarpeista parantaa yritysten rahoitusmahdollisuuksia laajentamalla yritysten mahdollisuuksia käyttää irtainta elinkeinotoiminnassa käytettävää omaisuutta luoton vakuutena.¹⁷

Yrityskiinnityksen kohteena on vaihteleva, velallisen omistama hänen elinkeinotoimintaansa kulloinkin kuuluva irtain omaisuus (YrKiinL 1, 3 ja 5 §).¹⁸ Vakuusmassa vaihtelee sen mukaan, mitä kulloinkin kuuluu velallisen yritysomaisuuteen. Yrityskiinnityksen haltijan oikeuden kohdetta ei siten yksilöidä sillä tavoin kuin yksilöintiä lähtökohtaisesti edellytetään esimerkiksi tehokkaalta panttioikeudelta.¹⁹

Yleisenä kollisionratkaisuperiaatteena yksilöityyn ja yksilöimättömään kohteeseen kohdistuvien oikeuksien kollisionssa (a-b) sovelletaan siis lähtökohtaisesti preferenssiperiaatetta, jonka mukaan yksilöityyn kohteeseen kohdistuva oikeus voittaa yksilöimättömään kohteeseen kohdistuvan oikeuden. Yrityskiinnityksen

¹⁶ Esimerkiksi factoring-rahoituksessa saatavat, jotka asiakasyritys panttaa rahoitusyhtiölle, yksilöityvät, kun panttauksen julkivarmistus tapahtuu toimittamalla denuntiaatio asiakasyrityksen velalliselle. KiinnitysluottopankkiL:ssa tarkoitettujen kiinteistövakuudellisten ja julkisyhteisövuokaudellisten joukkovelkakirjalainojen vakuutena olevat kiinteistö- ja julkisyhteisöluotot ja niiden vakuudet yksilöidään puolestaan merkitsemällä ne lain 10 §:n mukaisesti kiinnitysluottopankin pitämään joukkovelkakirjalainarekisteriin.

¹⁷ Ks. HE 1983:190 s. 1–2.

¹⁸ Yrityskiinnityksen piiriin kuuluvasta omaisuudesta ks. lähemmin *Ojanen – Sutinen* 1991 s. 43–62.

¹⁹ *Ojasen ja Sutisen* (1991 s. 65) mukaan "[p]elkistäen voidaan sanoa, että yrityskiinnityksen 'kohteena' on kaupparekisterin yksikkö, kaupparekisterinumero samalla tavoin kuin kiinteistökiinnityksen kohteena on kiinteistörekisterin yksikkö, tila tai tontti." Yrityskiinnityksen edeltäjässä irtaimistokiinnityksessä vakuuskohde määriteltiin alueperiaatteen mukaan eli se kohdistui tietyssä etukäteen alueeltaan tarkoin rajatussa paikassa sijaitseviin tavaroihin. *Havansin* (1992a s. 287) mukaan irtaimistokiinnityksessä oli tämän perusteella vielä jäänteitä yksilöintivaatimuksesta. Irtaimistokiinnityksestä ks. esim. *Ojanen – Sutinen* 1991 s. 28–32 ja erityisesti siihen liittyneistä epäkohdista, joista alueperiaate oli keskeinen, HE 1983:190 s. 2–4.

osalta tästä on säädetty poikkeuksia. Keskeinen poikkeus yleisestä lähtökohdasta on se, että yritysikiinnitys nauttii jossain määrin suojaa myöhempää yksilöityyn yritysikiinnityksen alaiseen omaisuuteen kuuluvaan kohteeseen kohdistuvaa panttioikeutta vastaan. YrKiinL 4.3 §:ssä säädetään, että yritysikiinnityksen kohteena olevan omaisuuden panttaus muulla tavoin kuin YrKiinL:n säännöksiä noudattaen ei sido kiinnityksenhaltijaa. Tästä poikkeuksena ovat kuitenkin arvopaperien, arvo-osuuksien ja saatavien panttaus. Näitä varallisuustyyppisiä lukuun ottamatta yritysikiinnityksenhaltijan oikeuden, joka kohdistuu yksilöimättömiin kohteisiin, ja panttinsaajan yksilöityyn kohteeseen kohdistuvan oikeuden välinen kollisio ratkaistaan aikaprioriteetin eikä preferenssiperiaatteen mukaisesti.²⁰

Yritysikiinnitys nauttii osittaista suojaa myös yritysikiinnityksen alaisen omaisuuden myöhempiä luovutuksensaajia kohtaan. Yritysikiinnityksen haltija saa suojaa myöhempää luovutuksensaajaa kohtaan, kun kiinnitettyä omaisuutta on luovutettu yli normaalin liiketoiminnan rajojen (YrKiinL 9.1 ja 9.2 §) tai kun yritysikiinnityksen kohteena oleva omaisuus on luovutettu kokonaan tai pääosin (YrKiinL 9.3 §). Tällöin kollisioratkaisu on aikaprioriteetin mukainen. Toisaalta YrKiinL 9 §:n sääntely mahdollistaa omistajan määräysvallan omaisuudestaan niin, että yritysikiinnitys ei ulotu enää omaisuuteen, jonka luovutus on kuulunut normaalin liiketoiminnan piiriin.

Pakkotäytäntöönpanossa yritysikiinnitys tuottaa kiinnityksenhaltijalle VMJL 5 §:n mukaisen etuoikeuden ennen tavallisia vakuudettomia velkojia. Sen tuottama oikeus on kuitenkin panttioikeutta heikompi.²¹

Vaikka yritysikiinnityksessä ei ole kyse puhtaasta yleispantista, se on poikkeus yksilöintivaatimuksesta ja siten askel kohti yleisluonteista vakuusoikeutta.²² Poikkeuksia yksilöintivaatimukseen ja täsmällisyysperiaatteeseen voidaan kuitenkin tehdä myös ilman lainsäädännön tukea. Jo vanhastaan esineoikeudessa on tunnettu täsmällisyysperiaatteen eräänlaisena lievennyksenä mahdollisuus surrogaattiin

²⁰ Ks. myös *Havansi* 1992a s. 290–291.

²¹ YrKiinL 7 §:n mukaan yritysikiinnitys tuottaa *panttioikeuden* elinkeinonharjoittajan kiinnityskelpoiseen omaisuuteen. Kirjallisuudessa *Havansi* 1992a s. 69 ja s. 292 on esittänyt, että yritysikiinnityksen tuottamaa oikeutta ei ole syytä nimittää panttioikeudeksi, koska sillä ei ole panttioikeuden normaaleja oikeusvaikutuksia. *Havansi* on luonnehtinut yritysikiinnityksen tuottamaa oikeutta pikemminkin erityiseksi etuoikeudeksi. *Havansi* lukuun ottamatta YrKiinL:n mukaista terminologiaa ei ole kyseenalaistettu. Myös KKO:n ratkaisuissa (esim. KKO 1995:28) on pitäyditty YrKiinL:n sanamudoissa. Vrt. Ruotsin oikeuteen, FHL 1 §: ”Med företagshypotek avses en *säkerhetsrätt* enligt bestämmelserna i denna lag.” ja *Dahlgren – Rune* 1986 s. 13–14, jotka korostavat, että yritysikiinnitys ei ole panttioikeus (eikä etuoikeus) vaan *vakuusoikeus sui generis*. Ks. myös *Hessler* 1973 s. 440.

²² Norjalaisessa oikeuskirjallisuudessa esim. *Kjelstrup* JJ 1988 s. 277–290 on suhtautunut kriittisesti täydellisen yleispanttiin kieltoon, joka Norjassa perustuu suoraan lakiin (pantel. 1.3 §; myös Tanskassa on lakiin perustuva yleispanttiin kielto, TL 47 a §). *Kjelstrup*in mukaan yleispanttiin etuina ovat yksinkertaisuus, joustavuus ja velkojan tieto siitä, että hän tulee saamaan kaiken (”vissheten for at man får med alt”). Yleispanttiin sallittavuuden tueksi de lege ferenda hän viittaa erityisesti englantilaisesta lähinnä yritysikiinnitystä vastaavasta vakuusmuodosta, floating chargesta, saatuihin hyviin kokemuksiin. Pantel. 1.3 §:stä ks. esim. *Skoghøy* 1997 s. 13.

eli siihen, että oikeus koskee myös alkuperäisen kohteen tilalle tullutta omaisuutta.²³ Etenkin panttioikeuden osalta on suhtauduttu varsin myönteisesti siihen, että oikeus voisi kohdistua myös alkuperäisen kohteen sijaan tulleeeseen omaisuuteen. Sen osalta surrogaattiperiaate on myös lakiin kirjattu.²⁴

Surrogaattiperiaatteen mahdollistamaa poikkeusta on käytetty hyväksi pyrittäessä muokkaamaan yksilöintiin liittyviä sääntöjä niin, että vaihtuvien varallisuuskohteiden kokonaisuuksien, kuten esimerkiksi arvopaperisalkun, tehokas vakuuskäyttö olisi mahdollista. Kun surrogaattiperiaatteen mukaan alkuperäinen oikeus ulottuu uusiin kokonaisuuteen yhdistettäviin esineisiin, se laajentaa vakuusoikeuden myös salkkuun tuleviin uusiin arvopapereihin.²⁵

Yksilöintiä koskevien sääntöjen soveltamiseen arvopaperisalkun panttaukseen liittyy myös toinen ongelma, joka koskee omistajan määräysvaltaa vakuusomaisuudesta. Normaalien yksilöintiä koskevien sääntöjen mukaan panttia ei ole riittävästi yksilöity suhteessa pantinantajan omaisuuteen eikä pätevää vakuusoikeutta siten synny, jos omistajalla on määräysvalta pantattuun omaisuuteen. Säännön voidaan nähdä olevan ristiriidassa sen arvopaperisalkun panttaukseen liittyvän lähtökohdan kanssa, että arvopaperisalkku vakuutena on tarkoitettu sisällöltään vaihtuvaksi niin, että omistaja voi luovuttaa siihen kuuluvia arvopapereita ilman, että panttioikeus rasittaa niitä. Määräämisvaltaan liittyvä ongelma on ratkaistu niin, että omistajalla sovitaan olevan oikeus määrätä omaisuudesta pantinhaltijan erikseen antamalla suostumuksella.²⁶

Oikeuskirjallisuudessa on todettu, että täsmällisyysperiaatteen asema esineoikeudessa näyttää murtuvan yhtäältä sen vuoksi, että aineettomilla varallisuusarvoilla, joiden osalta perinteiset yksilöinnin säännöt ovat menettäneet merkityksensä, on lisääntyvää merkitystä, ja toisaalta sen vuoksi, että tiukasti sovellettuna täsmällisyysperiaatteesta johdetut säännöt vaikeuttavat vakuusjärjestelmien toimintaa.²⁷ Esimerkiksi edellä viitattu arvopaperisalkun panttaus edellyttää poikkeamista täsmällisyysperiaatteesta kahdessa suhteessa.

Vaikka täsmällisyysperiaatteesta on mahdollista poiketa, siihen liittyvä yksilöinnin vaatimus on silti pääsääntö varallisuus oikeudellisessa järjestelmässä. Poikkeusmahdollisuus aiheuttaa kuitenkin sen, että oikeudellista suhtautumista ei

²³ Surrogaattiperiaatteesta ks. lähemmin esim. *Koulu OTJP* 1994 s. 206–211. Ks. myös *Walén* 1975 s. 162–179.

²⁴ Ks. esim. *Havansi* 1992a s. 326–328 ja s. 354 sekä *sama* 1996 s. 232–249 ja s. 346. Vastaava ei kuitenkaan päde kaikilta osin omistusvakuuksiin. Ks. esim. omistuksenpidätyksen osalta *Tepora* 1984 s. 223 ja *Tuomisto* 1988 s. 320–321. Ks. myös *Koulu OTJP* 1994 s. 208–209.

²⁵ *Koulu OTJP* 1994 s. 182.

²⁶ Ks. lähemmin *Koulu OTJP* 1994 s. 183. Ks. lisäksi *Håstad* 1996 s. 334–335, jonka mukaan kirjallisuudessa esiintyviä yleisiä lausumia, joiden mukaan pantinantajalla ei saa olla oikeutta vaihtaa panttia, ei pidä soveltaa arvopaperisalkun panttaukseen. Hänen mukaansa pantinantajan tulee voida pidättää oikeus määrätä pantattujen yksilöidyssä säilytyksessä olevien osakkeiden myynnistä, jolloin myynnistä saadut varat asetetaan pantinsaajalle pantatulle tilille ja käytetään myöhemmin uusien osakkeiden ostoon, ilman, että ehto poistaa pantinsaajan esineoikeudellisen suojan.

²⁷ *Koulu OTJP* 1994 s. 181–182. Ks. myös *Håstad* JJ 1985 s. 314–318.

voida perustella enää pelkästään yksilöintivaatimuksella vaan aina on tarkasteltava myös, *onko olemassa tarkoituksenmukaisuussyitä, joiden perusteella yksilöintivaatimuksesta saattaisi olla syytä joustaa.*

Yksilöintivaatimus perustuu yhtäältä kolmansien taloudellisten etujen suojaamisen tarpeeseen, toisaalta yleisemmin vaatimukseen edistää vaihdannan intressiä ja etenkin ylläpitää oikeustilan selkeyttä. Yksilöintivaatimuksesta ja sen tavoitteiden toteuttamisesta saattaa olla perusteltua tinkiä, jos niitä vastassa ovat riittävän vahvat intressit ja vastaavasti myös yksilöintivaatimuksen taustalla olevat tavoitteet voidaan silti ottaa riittävästi huomioon. Esimerkiksi yritys kiinnityksen osalta kolmansien suoja ja oikeustilan selkeys on turvattu yritys kiinnityksen julkisuudella, joka toteutuu mahdollisuudessa ja velvollisuudessa tutustua yritys kiinnitysrekisteritietoihin.

2.4. NÄKÖKOHTIA YKSILÖINTIVAATIMUKSEN PERUSTELTUISUUDESTA KOMPETENSSINRAJOITUSTEN SIVULLISSITOVUUDEN EDELLYTYKSENÄ

Yksilöimätön, luotonsaajan koko omaisuuteen kohdistuva panttauskompetenssinrajoitus on ikään kuin kielletyn yleispantin kääntöpuoli, yleinen panttauskielto. Onko sen osalta perustelua joustaa yksilöintivaatimuksesta?

Kuten jäljempänä tutkimuksessa lähemmin selvitetään, omistajan kompetenssinrajoitusta on saatettu ja saatetaan pitää vaihdannan ja luotonannon kannalta haitallisena jo yksilöityynkin kohteeseen kohdistuvan rajoituksen osalta. Tältä näkökannalta yleinen kompetenssinrajoitus haittaisi vaihdantaa ja luotonantoa vielä eksponentiaalisesti. Toisaalta, kuten myös jäljempänä lähemmin selvitetään, luottosopimuksen yhteydessä sovittuja kompetenssinrajoituksia ei välttämättä tarvitse nähdä vaihdannalle ja luotonannolle haitallisina kuten luovutustilanteiden yhteydessä sovittuja kompetenssinrajoituksia. Niihin ei esimerkiksi sisälly tarkoitusta saada rajoituksen kohdetta pois vaihdannasta lopullisesti. Lisäksi ne tuottavat rajoituksen aikana omistajalle vastaavia taloudellisia etuja kuin mahdollisuus perustaa panttioikeus.

Vaikka yksilöityyn kohteeseen kohdistuvia kompetenssinrajoituksia voitaisiinkin pitää oikeuspoliittisesti perusteltuina, yksilöimättömiä kompetenssinrajoituksia voitaisiinkin silti pitää epätarkoituksenmukaisina, koska ne estäisivät varallisuuteen kohdistuvat muut luottojärjestelyt. Toisaalta yksilöimätön kompetenssinrajoitus jo sellaisenaan turvaisi kaikkien velkojien tasavertaisen kohtelun eikä velkojilla olisi tarvetta vaatia vakuutta ainakaan sillä perusteella, että joku toinen velkoja saisi etuoikeuden. Lisäksi voidaan ajatella, että yksilöimättömän kompetenssinrajoituksen arvo oikeudenhaltijalle ei ole siinä mielessä epämääräinen kuin sen vastakohdan, yleispantin, jolloin sillä voisi olla todellista merkitystä luotonantajalle tämän harkitessa luoton myöntämistä ja sen ehtoja. Kompetenssinrajoituk-

sen arvo voi nimittäin olla sillä suojatulle velkojalle sama riippumatta siitä, millaista omaisuutta ja miten paljon velallisella kulloinkin on. Näkemys pitää paikkansa silloin, kun kompetenssinrajoituksen tarkoituksena on estää muiden velkojien etuoikeutettu asema ja turvata velkojien välistä yhdenvertaisuutta. Tällainen tarkoitus niillä on useimmiten juuri silloin, kun rajoitus on yleinen.

Kolmansien suojanäkökohtien osalta on otettava huomioon se epäselvyys, mikä yksilöimättömien kompetenssinrajoitusten sitovuudesta aiheutuisi. Sen eliminointi edellyttäisi, että ainoastaan rajoitus, joka on julkistettu, sitoisi kolmatta. Tällä hetkellä ei kuitenkaan ole olemassa mahdollisuutta julkistaa rajoitusta. Julkistamismahdollisuus voisi syntyä *de lege ferenda* esimerkiksi perustamalla mahdollisuus rajoituksen rekisteröintiin yrityskiinnityksen tavoin. *De lege lata* julkisuus voi toteutua vain ”epävirallista” tietä.

Julkisuusvaatimus ja muut edellä mainitut oikeuspoliittiset näkökohdat huomioon ottaen kompetenssinrajoitus voisi sitoa korkeintaan siitä tietoista kolmatta. Sitä, onko tällaista puutteellista suojaa perusteltua myöntää, voidaan arvioida samojen näkökohtien valossa kuin yksilöityynkin kohteeseen kohdistuvan kompetenssinrajoituksen osalta. Näitä näkökohtia tarkastellaan lähemmin jäljempänä tässä tutkimuksessa.

3. Yksilöityjä kohteita koskevien takautuvan sivullissuhteen kollisioiden ratkaisuperusteet

3.1. VAIHTOEHDOT

Yksilöityjä kohteita koskevien kollisioiden ratkaisussa voidaan lähtökohtaisesti noudattaa joko *aikaprioriteettiperiaatetta* tai *sitomattomuusperiaatetta*.¹ Ne johtavat vastakkaisiin lopputuloksiin. Aikaprioriteettiperiaatteen noudattaminen tarkoittaa, että oikeudella, jonka oikeusperuste on aikaisempi, on etusija myöhempään oikeuteen nähden. Sitomattomuusperiaatteen noudattaminen puolestaan tarkoittaa, että aikaisempi oikeus ei sido myöhempään oikeuteen nähden. Aikaprioriteettiperiaatetta voidaan kutsua sitomattomuusperiaatteen vastakohtana myös *sitovuusperiaatteeksi*, koska – päin vastoin kuin sitomattomuusperiaatetta sovellettaessa – sen noudattaminen tarkoittaa, että aiempi oikeus lähtökohtaisesti sitoo myöhempiä seuraajia.²

Aikaprioriteettia voidaan pitää oikeudessamme noudatettavana lähtökohtaperiaatteena. Asemalle on olemassa sekä historiallisia, taloudellisia että moraalisia perusteita.

Aikaprioriteetin *historiallisena* perusteena voidaan nähdä jo roomalaisessa oikeudessa vallinnut sääntö ”*prior tempore, potior jure*” (ensimmäisellä on paras oikeus).

Aikaprioriteetin *taloudellisena* perusteena on puolestaan pidetty ensinnäkin ajatusta, että yhteiskunnassa sekä tuotannossa että vaihdannassa on kannustettava aktiivisuuteen ja palkittava sitä, joka pääsee ensiksi tuloksiin.³ Toisena perusteena on mainittu, että ainoastaan sopimuksilla voidaan mahdollistaa pitkän tähtäimen suunnittelu ja sopimuksen tekoon rohkaisee vain se, että sopimuksen ensiksi tehnyt saa parhaan oikeusaseman.⁴

Moraalisena perusteena aikaprioriteetille on mainittu esimerkiksi se, että ellei aikaprioriteettia sovellettaisi, kaupanteko tapahtuisi aina sivullisen (aiem-

¹ Ks. esim. *Tepora* JJ 1985 s. 299, *Kartio* 1991 s. 219 ja *Tuomisto* 1993 s. 45.

² Ks. esim. *Zitting* 1989 s. 46 ja *Tepora* 1984 s. 121–122. Ks. myös *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 170, jossa MK 3:7:n todetaan sisältävän lähtökohtaisen sitovuussäännön. Säännöksen mukaan MK 14:1:n mukaan kirjaamiskelpoiset erityiset oikeudet sitovat kiinteistön myöhempää luovutuksensaajaa.

³ *Vinding Kruse* 1951 s. 828–829 ja *Zitting* 1951 s. 121–122.

⁴ *Vinding Kruse* 1951 s. 830. Vrt. *Tuomisto* 1993 s. 60–61, jonka mukaan sopimusten sidonnaisuuden tehostamisella ei voida perustella sen paremmin aikaprioriteetin kuin sitomattomuusperiaatteenkaan asemaa lähtökohtaisena kollisionratkaisuperusteena, jos tehostamisella tarkoitetaan sivullissuojan myöntämistä mahdollisimman laajalti. Vrt. *Kaisto* LM 1993 s. 1280, joka pitää Tuomiston kannanottoa ongelmallisena, koska sekundus käsittää usein tavoittelevansa primuksen oikeusasemaa eli aikaprioriteetin tarjoamaa suojaa. Kaisto olettaa sen, että aikaprioriteetilla ei olisikaan etusijaa, vaikuttavan moniulotteisesti koko sopimusmekanismiin ja tarpeeseen varmistua omasta oikeussuojasta. Kysymykseen palataan jäljempänä jaksossa II 3.3.

man luovutuksensaajan tai muun oikeudenhaltijan) kustannuksella.⁵ Aikaprioriteettia on pidetty perusteltuna lähtökohtana myös siksi, että sekunduksen on arveltu usein tosiasiallisesti tietävän aiemmasta sopimuksesta, vaikka sitä ei aina pystyttäisi näyttämäänkaan toteen.⁶

3.2. VAIHTOEHDON VALINNAN PERUSTEISTA

Vaikka aikaprioriteettia pidetään oikeudessamme pääsääntönä, sitä on noudatettu vain tietyntaisten yksilöityyn kohteeseen kohdistuvien oikeuksien kollisioiden ratkaisuihin. Sitomattomuusperiaate on (ollut) käytännössä useiden kollisionratkaisujen lähtökohtana siitä huolimatta, että sitä voidaan pitää aikaprioriteettiin nähden poikkeuksena.⁷

Erilaisten ratkaisuperusteiden soveltamisen taustalla vaikuttaa varallisuus-oikeudessamme aiemmin keskeinen oikeuksien jako *velvoiteoikeuksiin* ja *esineoikeuksiin*. Varallisuus-oikeudet on perinteisesti jaettu näihin kahteen ryhmään oikeuksien sisällön ja niiden nauttiman suojan osalta. Lisäksi sisällön ja suojan välillä on nähty olevan riippuvuussuhde. Esineoikeuden kohteena on tämän jaon mukaan esine, jolloin kysymyksessä oleva oikeus on esinekohtainen. Velvoiteoikeuden (välittömänä) kohteena puolestaan on tietyn henkilön teko. Tällöin kysymyksessä oleva oikeus on henkilökohtainen. Esineoikeuden on edellytetty olevan sitova kaikkiin henkilötahoihin nähden, kun taas velvoiteoikeuden on katsottu olevan suojattu vain sen kohteena olevaa henkilöä kohtaan. Ainoastaan välittömästi esineeseen kohdistuvan oikeuden on katsottu voivan saada suojaa sivullisia kohtaan.⁸ Tähän esine- ja velvoiteoikeuden jakoon on liittynyt myös ajatus esineoikeudellisesta tyyppipakosta. Sen keskeisenä sisältönä voidaan nähdä olevan, että ainoastaan tietyt lainsäädännön tai tavanomaisen oikeuden tuntemat oikeudet voivat olla esineoikeuksia eli saada sivullissuojaa.⁹

⁵ Niemi 1996 s. 202.

⁶ Vinding Kruse 1951 s. 830.

⁷ Kirjallisuudessa onkin korostettu, että aikaprioriteetin asettaminen pääsäännöksi on ainoastaan (esitys)tekninen, kollisionratkaisuperiaatteiden systematisointiin liittyvä ratkaisu. Ks. Olsson 1954 s. 22–24, s. 31–32 ja s. 35–36 ja Tuomisto 1993 s. 53 sekä siellä edelleen viitattu muu kirjallisuus.

⁸ Ks. lähemmin esim. Zitting 1951 s. 71–78, Tepora 1984 s. 122–123 ja Tuomisto 1993 s. 17–18. Varallisuus-oikeuksien jako esine- ja velvoiteoikeuksiin on tietyiltä osin peräisin jo roomalaisesta oikeudesta, mutta meille se on tullut ennen kaikkea saksalaisen oikeustieteen kautta. Ks. jaon historiasta lähemmin esim. Forssell 1976 s. 4–30 ja Tuomisto 1993 s. 11–14.

⁹ Ks. lähemmin esineoikeudelliselle tyyppipakolle annetusta sisällöstä Wirilander 1980 s. 5–47 ja Tuomisto 1993 s. 15–29. Ks. myös Forssell 1976 s. 31–42. Wirilanderin mukaan ajatus esineoikeudellisesta tyyppipakosta pitää sisällään nimenomaan sen, että sivullisia sitovat oikeudet on laissa määriteltä (ks. Wirilander 1980 s. 47: "Numerus clausus -periaatteen modifiointi sillä tavoin, että lain asemasta ruvetaan puhumaan oikeusjärjestyksestä yleensä, vesittää taas olennaisella tavalla koko numerus clausus -ajattelun alkuperäiset lähtökohdat."). Tuomiston mukaan on puolestaan mahdollista, että oikeuksien sivullissitovuus voi tyyppipakkoajattelussakin perustua myös tavanomaiseen oikeuteen tai vieläpä muihin riittävän painaviin argumentteihin kuin säädännäiseen tai tavanomaiseen oikeuteen. Näin on, jos tyyppipakkoa ajatellaan nimenomaan periaatteena (ks. Tuomisto 1993 s. 28 ja s. 52).

Oikeuskirjallisuudessamme on torjuttu ajatus siitä, että oikeuksien suoja sivulissuhteissa voisi (enää) perustua esine- ja velvoiteoikeuksien jakoon yllä kuvatussa mielessä ja ajatukseen esineoikeudellisesta tyypipakosta.¹⁰ Oikeuksien jaon esine- ja velvoiteoikeuksiin on kuitenkin katsottu vaikuttavan kollisionsratkaisuperusteiden valintaan niin, että lainsäätäjät (ja mahdollisesti lainkäyttäjät) (edelleen) luokittelee varallisuus oikeudet niille arvioitun reaalitaloudellisen käyttöarvon mukaan siltä varalta, että erilaiset oikeudet joutuvat keskenään kollisioon. Tämä jako tarkoittaa, että kaikki oikeudet eivät ole kollisiotilanteissa keskenään samanhavuisia. Joitakin oikeuksia pidetään vahvoina (esine)oikeuksina ja toisia taas heikkoina (velvoite)oikeuksina. Mikäli heikot oikeudet joutuvat kollisioon vahvojen oikeuksien kanssa, edelliset joutuvat väistymään jälkimmäisten edestä. Niinpä lähtökohtaista sitomattomuusperiaatetta noudatetaan kollisiossa, jossa vastakkain ovat lainsäätäjän heikoksi katsoma oikeus ja vahvaksi katsoma oikeus, jos heikkosi katsotun oikeuden oikeusperuste on aikaisempi kuin vahvaksi katsotun oikeuden. Ainoastaan keskenään samanarvoisten oikeuksien joutuessa keskenään kollisioon eli kahden vahvan ja kahden heikon oikeuden välisessä kollisiossa ja silloin, kun aikaisempi kollisioon joutunut oikeus on vahva oikeus ja myöhempi oikeus heikko, kollisio ratkaistaan lähtökohtaisen aikaprioriteetin mukaan.¹¹

Useiden kollisiotilanteiden osalta ilmenee suoraan lainsäädännöstä, miten kollisioon joutuneet oikeudet on arvostettu ja mitä ratkaisuperiaatetta kulloinkin sovelletaan. Aina kollisionsratkaisuperiaatteen valinta ei kuitenkaan ole selvää. On olemassa kollisiotilanteita, joiden osalta ei ole olemassa selkeää lainsäädännöstä ja joiden osalta ei myöskään ole syntynyt tavanomaisoikeudellisia normeja. Osaltaan tällainen asiointi koskee myös kollisioita, jotka syntyvät, kun oikeuden perustaneen kompetenssia on rajoitettu jollakin sopimusmääräyksellä ja sen jälkeen hän on perustanut oikeuden tämän kompetenssinrajoituksen vastaisesti. Tä-

¹⁰ Nykyinen käsitys etenkin dynaamisen suojan osalta perustuu *Zittingin* kollisiotilanteiden analyysiin, jossa hän on jo edellä jakson II alussa kuvatulla tavalla jakanut kollisiot kolmeen eri tyyppiin. *Zittingin* mukaan se, että dynaaminen suoja riippuu kollisiotyypeistä, joissa kussakin suoja määräytyy eri perustein, osoittaa, että dynaaminen suoja ei voi perustua välittömästi oikeuden sisältöön. Lisäksi *Zittingin* mukaan kollisiotilanteiden erittely osoittaa, että dynaaminen suoja ei koskaan ole täydellinen vaan se on aina relatiivista. Näillä kahdella seikalla *Zitting* on perustellut sitä, että tyypipakko ei voi soveltua dynaamisen suojan alueelle, ks. *Zitting* 1951 s. 78–79, *sama* LM 1954 s. 616–617, *sama* JFT 1962 s. 350–352, *Zitting – Rautiala* 1982 s. 3–4 ja s. 13–14 sekä *Zitting* 1989 s. 11–12.

Vrt. *Tuomisto* 1993 s. 48–56, joka on arvioinut *Zittingin* käsite-erittelyä. *Tuomiston* mukaan esineoikeudellisen tyypipakon olemassaolo olisi mahdollinen, vaikka varallisuus oikeuksia ei voidakaan jakaa tyhjentävästi esineoikeuksiin, jotka saisivat suojaa kaikkia vastaan, ja velvoiteoikeuksiin, joita suojataan vain tiettyä henkilöä kohtaan. *Tuomiston* mukaan tyypipakko ei edellytä tällaista tyhjentävää oikeuksien jakoa. Hänen mukaansa esineoikeudellista tyypipakkoa koskevia kannanottoja voidaan tulkita myös niin, että suojaa ei missään henkilösuhteessa voida myöntää ilman lain tai tavanomaisen oikeuden tukea. *Tuomiston* mukaan ajatus tyypipakkoperiaatteesta onkin edelleen mahdollinen, jos se ymmärretään heikossa merkityksessä periaatteena, jonka mukaan suojaa myöhempiä esineoikeuden haltijoita taikka velkojia vastaan ei ole myönnettävä ilman lain tai tavanomaisen oikeuden tukea, ellei sitovuudelle voida esittää riittävän painavia perusteita.

¹¹ Ks. *Tepora* 1984 s. 123–124 ja s. 180–184 sekä *sama* JJ 1985 s. 299–307.

män vuoksi onkin tarkasteltava yleisellä tasolla kysymystä siitä, mitä kollisionratkaisuperiaatetta näissä epätietoisissa tapauksissa sovelletaan. Yleinen tarkastelu on tarpeen myös oikeusjärjestyksessä ”valmiina olevan” ratkaisun perusteltuisuuden arvioimiseksi. Vaikka aikaprioriteetti on edellä hahmoteltu pääsääntöisesti noudatettavaksi lähtökohtaperiaatteeksi, sitä voidaan pitää vain systemaattisen pääsäännön asemassa olevana periaatteena eikä näin ollen sen mahdollista valintaa ratkaisuperiaatteeksi voida perustella vain tuolla pääsääntöisyydellä. *Epätietoisissa tapauksissa kollisionratkaisuperiaatteiden välillä tehtävä valinta onkin viime kädessä perustettava arvojen ja tavoitteiden punnintaan liittyviin oikeuspoliittisiin (reaalisiin) argumentteihin.*

3.3. OIKEUSPOLIITTISIA NÄKÖKOHTIA

Epätietoisissa tapauksissa kollision ratkaisuun on perinteisesti sovellettu sitomattomuusperiaatetta. Tällöin argumentoinnin perustana on ollut edellä mainittu oikeuksien jako esineoikeuksiin ja velvoiteoikeuksiin. Aukkotilanteessa perinteisenä lähtökohtana on tyyppipakkoperiaatteen mukaisesti ollut, että ainoastaan tietyt lainsäädännön tuntemat oikeudet ovat esineoikeuksia, joiden osalta on sovellettu aikaprioriteettia. Tällöin epätietoisissa tilanteissa on katsottu olevan kysymys sivullisia sitomattomasta velvoiteoikeudesta, jolloin kollisioon sovelletaan sitomattomuusperiaatetta.¹²

Uudempaan ajatteluun esine- ja velvoiteoikeuksien jaosta viitaten voitaisiin todeta, että silloin kun on kysymyksessä kollisio, jonka ratkaisuun sovellettavasta periaatteesta on epätietoisuutta, periaatteen valinta perustuu siihen, millaisten oikeuksien välillä kollisio on sattunut. Tällöin on ratkaisevaa, miten tarkoituksenmukaisena ja arvokkaana eli miten suojanarvoisena kutakin oikeutta pidetään vaihdannan ja luotonannon kannalta. Perinteisen lähtökohdan kanssa on yhdenmukainen ajatus, että ainoastaan lainsäätäjän tuntemat oikeudet ovat suojanarvoisia (vaihdannan ja luotonannon kannalta) ja siten epätietoisissa tapauksissa kollisioon sovellettaisiin sitomattomuusperiaatetta.¹³

Oikeuskirjallisuudessa *Tuomisto* on punninnut yleisiä vaihdannan ja luotonannon edistämiseen liittyviä oikeuspoliittisia näkökohtia siltä kannalta, kumman periaatteen asettamista aukkotilanteessa lähtökohdaksi ne tukevat, aikaprioriteetin vai sitomattomuuden. Hän on erotellut neljä erilaista vaihdannan edistämiseen liittyvää näkökohtaa, joiden osalta mahdollisia lähtökohtaperiaatteita tarkastellaan. Nämä näkökohdat ovat (1) *sopimussidonnaisuuden tehostaminen*, (2) *epätarkoituksenmukaisten sidonnaisuuksien ehkäiseminen*, (3) *vaihdannan ja luotonannon varmuus* sekä (4) *tasa-arvo täytöntöönpanossa*. Viimeinen näkökohta ei

¹² *Tuomisto* 1993 s. 52–53. Vaikka, kuten jo edellä on tullut esiin, aikaprioriteettiperiaate on tunnettu jo roomalaisessa oikeudessa, sen on katsottu soveltuneen vain kahden esineoikeudeksi (tai kahden velvoiteoikeudeksi) luokiteltavan oikeuden kollisioon, ks. *Tuomisto* 1993 s. 24–25.

¹³ *Tuomisto* 1993 s. 52–53 ja s. 66.

suoraan koske seuraantokollisioita vaan velkojakollisioita.

(1) *Sopimussidonnaisuuden tehostaminen*. Sopimussidonnaisuuden tehostaminen tarkoittaa inter partes sitovan sopimuksen oikeusvaikutusten ulottamista osapuolten ulkopuolelle. Tuomiston mukaan aikaprioriteettiperiaate ja sitomattomuusperiaate ovat sopimussidonnaisuuden tehostamisen kannalta samanveroisia. Periaatteiden paremmuus riippuu Tuomiston mukaan siitä, kumman kollision osapuolen näkökulmasta tilannetta tarkastellaan, primuksen vai sekunduksen. Mikäli tilannetta katsotaan primuksen kannalta, hänen sopimuksensa sidonnaisuutta tehostetaan soveltamalla aikaprioriteettia. Sekunduksen sopimuksen sidonnaisuus puolestaan tehostuu, kun kollisio ratkaistaan sitomattomuusperiaatteen mukaan.¹⁴

(2) *Epätarkoituksenmukaisten sidonnaisuuksien ehkäiseminen*. Epätarkoituksenmukaisia sidonnaisuuksia voidaan ehkäistä, jos niiden oikeusvaikutukset eivät ulotu sopimussuhteen ulkopuolelle. Silloin kun kollision ratkaisun lähtökohtana on sitomattomuus, oikeuksien sivullissitovuuteen suhtaudutaan lähtökohtaisen kielteisesti. Tällöin oletetaan lähtökohtaisesti, että oikeudet ovat epätarkoituksenmukaisia. Sitovuus myönnetään tällöin korkeintaan oikeuksille, joiden voidaan osoittaa olevan yhteiskunnallisesti tärkeitä ja sen vuoksi erityisen suojan arvoisia. Oikeuden sivullissitovuuden edellytetään tällöin riippuvan tarveharkinnasta, jossa argumentaatiotaakka on sillä, joka väittää, että suojan myöntäminen on aiheellista. Aikaprioriteetin ottaminen lähtökohdaksi merkitsee puolestaan, että kaikkia yksilöityyn esineeseen kohdistuvia oikeuksia pidetään lähtökohtaisesti sivullisia sitovina. Oikeuksien oletetaan tällöin lähtökohtaisesti olevan yhteiskunnallisesti hyväksyttäviä ja tarkoituksenmukaisia. Yksittäisiä kollisio-ongelmia ratkaistaessa on kuitenkin harkittava, missä määrin tämä lähtökohtaolettama pitää paikkansa.¹⁵

Sitomattomuusperiaatteen ensisijaisuutta aikaprioriteettiin nähden voidaan Tuomiston mukaan perustella sillä, että se turvaa mahdollisuuden välttää sidonnaisuuksia, jotka ovat esineen käytölle ja sen vaihdannalle haitallisia.¹⁶ Sitomattomuusperiaate voidaankin nähdä keinona ohjata vaihdantaa sellaisiin oikeudellisiin muotoihin, joita kulloinkin pidetään suotavina. Sitomattomuusperiaatteen ohjausvaikutuksen voidaan ajatella ilmenevän ensinnäkin siten, että sen tuottama puutteellisuus oikeuden suojassa vähentää kyseisen oikeustyyppin yleisyyttä sopimus käytännössä. Toiseksi ohjausvaikutus voi ilmetä siten, että vaikka haitallisena pidettyä oikeustyyppiä käytettäisiinkin, sen haitalliset vaikutukset vaihdantaan ja luotonantoon lieventyvät puuttuvan sivullissitovuuden vuoksi.¹⁷

Tuomisto pitää tärkeänä, että yleinen etu otetaan keskeisesti huomioon oikeuk-

¹⁴ Tuomisto 1993 s. 60–61.

¹⁵ Tuomisto 1993 s. 66.

¹⁶ Esineoikeudellinen tyyppipakko merkitsee samansuuntaista suhtautumista oikeuksien sivullissitovuuteen kuin sitomattomuusperiaatteen noudattaminen. Myös tyyppipakkoa on perusteltu usein sillä, että se turvaa omistajalle mahdollisuudet käyttää omistamaansa esinettä tarkoituksenmukaisella tavalla hyväkseen. Esineoikeudellisen tyyppipakon perusteluista ks. kootusti Forssell 1976 s. 41–42 ja Wirilander 1980 s. 9–12.

¹⁷ Tuomisto 1993 s. 63–65.

sien sivullissitovuutta harkittaessa. Yleisen edun huomioon ottaminen tarkoittaa, että vain tarkoituksenmukaiset sidonnaisuudet ulottavat vaikutuksensa kolmansiin. Sitomattomuusperiaate tarjoaa siihen yhden keinon. Hänen mukaansa yleinen etu voidaan kuitenkin ottaa huomioon myös muulla tavalla kuin ottamalla sitomattomuusperiaate lähtökohdaksi.¹⁸ Tuomiston mukaan aikaprioriteetti onkin epätarkoituksenmukaisten sidonnaisuuksien estämisen näkökulmasta perustellumpi lähtökohta kuin sitomattomuus. Hän perustelee kantaansa ennen kaikkea sillä, että yhteiskunnallisesti merkittäviä varallisuus oikeuksia ja niiden yhteiskunnallista hyväksyttävyyttä on vaikea määrittää. Tällöin lähtökohtaperiaatteen valinnalla on suuri merkitys. Tuomiston mukaan oikeuksien yhteiskunnallista tarkoituksenmukaisuutta koskevat näkökohdat voidaan ottaa riittävässä määrin huomioon, vaikka lähtökohdaksi otetaankin aikaprioriteetti ja oletus oikeuksien lähtökohtaisesta tarkoituksenmukaisuudesta. Tuomisto on korostanut myös, että tällöin ollaan sopusoinnussa sopimusoikeudellisen ajattelun kanssa, jonka mukaan sopimussidonnaisuus ei lähtökohtaisesti riipu siitä, miten tarpeelliseksi kyseinen sopimustyyppi voidaan osoittaa.¹⁹

(3) *Vaihdannan ja luotonannon varmuus.* Vaihdannan ja luotonannon varmuus tarkoittaa ensinnäkin, että vaihdantaan ja luotonantoon osallistuvat tahot voivat saada selville, mitkä sivullisten oikeudet heitä sitovat. Toiseksi se tarkoittaa, että vaihdantaan ja luotonantoon osallistuvat tahot voivat tietää, miten heidän oikeutensa sitovat sivullisia.²⁰ Tuomiston mukaan myöskään vaihdannan ja luotonannon varmuuteen liittyvät näkökohdat eivät yksiselitteisesti puolla kumpaakaan kollisionratkaisuperustetta. Samoin kuin sopimussidonnaisuuden tehostamista koskevien näkökohtien osalta myös vaihdannan ja luotonannon varmuuden osalta optimaalinen ratkaisuperuste riippuu hänen mukaansa siitä, minkä kollisio-osapuolen näkökulmasta tilannetta katsotaan. Mikäli tilannetta tarkastellaan primuksen näkökulmasta, aikaprioriteetti vaikuttaa perustelluimmalta ratkaisuperusteelta. Tällöin primus voi luottaa oikeutensa pysyvyyteen. Sen sijaan kun näkökulma vaihdetaan sekunduksen asemaan, sitomattomuusperiaate näyttäisi turvaavan vaihdannan varmuutta. Tällöin nimittäin sekundus voi luottaa siihen, että vain tietyt oikeudet sitovat häntä. Vaihdannan ja luotonannon varmuus edellyttää kuitenkin molempien kollision osapuolten intressejä turvaavia ratkaisuja. Tuomiston mukaan vaihdannan ja luotonannon varmuuteen vetoamalla kollisio-osapuolten intressien painoarvo voitaisiinkin ratkaista vain, jos katsottaisiin, että on mahdollista osoittaa vaihdannan ja luotonannon kannalta tärkeimmät oikeustyytit. Tällöin voitaisiin väittää, että vaihdannan ja luotonannon varmuus edellyttää sitomat-

¹⁸ Tuomisto 1993 s. 65–66. Tuomiston mukaan yleinen etu voitaisiin ottaa huomioon esimerkiksi rajoittamalla haitallisten sidonnaisuuksien käyttöä jo suhteessa inter partes esimerkiksi säätämällä tietyille sopimuksella perustettaville oikeuksille sallittu enimmäiskesto. Samanlaista ratkaisua on ehdottanut myös esim. Forssell 1976 s. 202.

¹⁹ Tuomisto 1993 s. 66–67.

²⁰ Myös vaihdannan ja luotonannon varmuus on ollut keskeinen esineoikeudellisen tyyppipakon perustelu, ks. esim. Forssell 1976 s. 42 ja Wirilander 1980 s. 10.

tomuusperiaatteen soveltamista, jos sekunduksena on kyseisenlaisen tärkeän oikeuden haltija, ja aikaprioriteettiperiaatteen soveltamista, jos tällainen oikeuden haltija on primuksena. Koska Tuomisto ei kuitenkaan pidä tällaista oikeuksien jaottelua tarkoituksenmukaisiin ja epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin mahdollisena, vaihdannan ja luotonannon varmuuden näkökulmasta ei hänen mukaansa voida asettaa kollisionsratkaisuperusteita paremmuusjärjestykseen.²¹

(4) *Tasa-arvo täytäntöönpanossa.* Tuomiston viimeisenä tarkastelema oikeuspoliittinen näkökohta liittyy velkojakollisioihin. Niissä Tuomiston mukaan sitomattomuusperiaate on aikaprioriteettia perustellumpi lähtökohta. Aikaprioriteettia sovellettaessa yksilöityyn esineeseen kohdistuvan oikeuden haltija on suojattu omistajan velkoja kohtaan, mikäli hänen oikeutensa on perustettu ennen täytäntöönpanon alkua. Hänellä on siten etusija suhteessa ulosmittaus- ja konkurssivelkojiin. Mitä laajemmin pakkotäytäntöönpanossa sovelletaan aikaprioriteettia, sitä vähemmän varallisuutta siis velkojien saataville jää. Sen sijaan sitomattomuusperiaatetta sovellettaessa esineeseen perustettu oikeus raukeaa. Tällöin oikeudenhaltijalla on yleensä mahdollisuus vaatia korvausta menetyksestään. Hänellä ei kuitenkaan ole etusijaa vaan hän joutuu kilpailemaan muiden velkojien kanssa. Sitomattomuusperiaate edistää siten eri osapuolten välistä tasa-arvoa täytäntöönpanossa. Tasa-arvo täytäntöönpanossa on Tuomiston mukaan edistettävä tavoite, etenkin kun sitä on pyritty edistämään myös viimeaikaisella lainsäädännöllä. Esimerkkinä voidaan mainita VMJL, jossa erilaisia etuoikeuksia konkurssissa on poistettu verrattuna aikaisempaan. Etuoikeuksien karsimisen voidaan nähdä edistävän velkojien välistä tasa-arvoa myös niin, että se jopa jossain määrin vähentää (edelleen) etuoikeutettujen vakuusoikeuksien perustamisen tarvetta.²²

Tuomiston *lopputuleman* mukaan *seuraantokollisioissa* lähtökohtana on perusteltua pitää *aikaprioriteettia*. Hänen mukaansa sitomattomuusperiaatteen omaksumista lähtökohdaksi voidaan perustella vain näkökohdilla, jotka perustuvat viime kädessä ajatukseen tiettyjen varallisuus oikeuksien erityisasemasta toisiin nähden. Koska Tuomisto on omaksunut käsityksen, jonka mukaan tällaista jaottelua ei ole realistisesti mahdollista tehdä, sitomattomuusperiaatteen omaksumista lähtökohdaksi ei hänen mukaansa voida kestävästi perustella.²³ Tuomisto lähteekin hakemaan lähtökohtaista kollisionsratkaisuperustetta omaksumastaan varallisuus oikeuksien samanarvoisuuden ajatuksesta.

Kun lähdetään oikeuksien samanarvoisuuden ajatuksesta, aikaprioriteetin omaksumista lähtökohdaksi ja siten primuksen suojaamista tilanteessa, jossa molempien kollision osapuolten oikeuksia voidaan pitää yhtä tärkeinä ja tarkoituksenmukaisina, voidaan puoltaa vertaamalla kollisiotappiosta osapuolille todennäköisesti aiheutuvia haittoja toisiinsa. Tällöin on perusteltua lähteä siitä, että primus on yleensä ensimmäisenä ryhtynyt toimenpiteisiin luottaen oikeutensa pysy-

²¹ Tuomisto 1993 s. 67–75.

²² Tuomisto 1993 s. 75–79.

²³ Tuomisto 1993 s. 79–80.

vyyteen. Tällöin primukselle voidaan olettaa koituvan kollisiotappiosta suurempia vahinkoja kuin sekundukselle. Tämän vuoksi on perusteltua, että primuksen oikeus pysyy, ja näin tapahtuu, kun noudatetaan aikaprioriteettia.²⁴

Velkojakollisioissa Tuomisto sen sijaan puoltaa *sitomattomuusperiaatteen* soveltamista lähtökohtaisena kollisionratkaisuperusteena. Hänen mukaansa velkojakollisioissa on aina kysymys joko yhden osapuolen suosimisesta tai tappion jakamisesta kaikkien osapuolten kesken. Tällaisissa tilanteissa on perusteltua korostaa osapuolten tasa-arvoa, johon päästään soveltamalla sitomattomuusperiaatetta. Aikaprioriteetti ei velkojakollisioissa ole perusteltu lähtökohta senkään vuoksi, että niissä osapuolten tappion suuruus ei perustu siihen, kenen oikeus on aikaisemmin yksilöity.²⁵

Arviointia ja yhteenveto. Tuomiston esittämiä näkökohtia ja lopputuloksia voidaan nähdäkseni pitää pitkälti perusteltuina. Näkemys oikeuksien lähtökohtaisesta samanarvoisuudesta ja tarkoituksenmukaisuudesta voidaan hyväksyä. Aikaprioriteetin valintaa lähtökohtaperiaatteeksi seuraantokollisioissa voidaan nähdäkseni kuitenkin puoltaa oikeuspoliittisilla perusteilla voimakkaamminkin kuin Tuomisto on tehnyt.

Aikaprioriteetin valintaa lähtökohtaiseksi kollisionratkaisuperiaatteeksi voidaan siis puoltaa primukselle kollisiotappiosta koituvalla suuremmalla vahingolla ja erityisesti hänelle oikeuden pysyvyydestä jo syntyneillä *perustelluilla odotuksilla*. Tämän lisäksi voidaan ajatella, että on yleensä vaikeampaa ennakoida tulevaisuudessa syntyviä sopimuksia ja niihin perustuvia oikeuksia kuin varautua jo olemassaolevaan sopimukseen perustuvaan oikeuteen. Tältä kannalta sitomattomuusperiaatteen mukainen ajatus siitä, että oikeus kumoutuu aina myöhempään oikeuteen nähden, ei tarjoa vaihdantaa osallistuville yhtä kestäväää pohjaa varallisuussuhteiden järjestämiselle kuin aikaprioriteetti ja ajatus oikeuden sitovuudesta ja pysyvyydestä tulevaisuudessa.

Velkojakollisioihin nämä näkökohdat eivät vaikuta niin voimakkaasti, sillä luotonannon edistämisen kannalta on perusteltua myös, että velkojat voivat saada suorituksen saamiselleen mahdollisimman suuressa määrin velallisen insolvenssitilanteessa. Tämän vuoksi sitomattomuusperiaatteen ensisijaisuutta voidaan velkojakollisioissa pitää perusteltuna.

Takautuvan sivullissuhteen seuraantokollisiossa on epätietoisessa tilanteessa perusteltua soveltaa aikaprioriteettiperiaatetta edellä mainituin perustein. Koska epätarkoituksenmukaiset sidonnaisuudet haittaavat vaihdantaa, aikaprioriteetti on perusteltu kollisionratkaisuperiaate kuitenkin vain, jos primuksen oikeus on tarkoituksenmukainen. Oikeus voidaan lähtökohtaisesti olettaa tarkoituksenmukaiseksi. Se on kuitenkin mahdollista osoittaa epätarkoituksenmukaiseksi. Mikäli epätarkoituksenmukaisuus pystytään osoittamaan, kollisionratkaisuun on perusteltua soveltaa sitomattomuusperiaatetta.

²⁴ Tuomisto 1993 s. 80–81.

²⁵ Tuomisto 1993 s. 81–84.

4. Mahdollisuuksista poiketa lähtökohtaisesta kollisionratkaisusta

4.1. YLEISTÄ

Lähtökohtaisen kollisionratkaisuperiaatteen valinta ei suoraan kerro, miten kollisio lopullisesti ratkaistaan. Kollisiossa voidaan myös poiketa lähtökohtaisesta ratkaisuperiaatteesta. Primuksen oikeuden sitovuuteen johtavasta *aikaprioriteetti-periaatteesta* voidaan poiketa *ekstinktiolla*, jolloin sekunduksen oikeus jääkin poikkeuksellisesti pysyväksi. Ekstinktio on mahdollinen, kun sekunduksen oikeuden osalta on olemassa jokin sitovuusperuste. Tällaisia perusteita voivat oikeutemme mukaan olla esimerkiksi sekunduksen ensin saatu oikeuden kohteen hallinta tai hänen oikeutensa kirjaaminen ennen primuksen oikeutta (oikeuden kirjaamisen hakeminen ennen kuin primus on hakenut oikeutensa kirjaamista). Ekstinktion saaminen edellyttää usein tämän lisäksi, että sekundus on ollut perustellussa vilpittömässä mielessä oikeuden perustajan kompetenssista. Lisäksi ekstinktion myöntämisessä voi olla merkitystä primuksen passiivisuudella eli ajan kulumisella.

Samoin kuin aikaprioriteettia lähtökohtaisena kollisionratkaisuperiaatteena, mahdollisuutta poiketa siitä ekstinktiolla voidaan perustella sekä taloudellisilla että moraalisisilla perusteilla. *Taloudelliset* näkökohdat edellyttävät, että vaihdanta, tuotanto ja luotonanto tapahtuvat joustavasti työtä ja aikaa säästäen. Tätä edistetään käyttämällä selviä ja yksinkertaisia muotoja ja järjestämällä todistamismahdollisuuksia ja selonottomahdollisuuksia. Vaihdanta ja luotonanto nopeutuu ja helpottuu myös selonottovelvollisuutta vähentämällä.

Taloudellisena perusteluna ekstinktiolle on pidetty *sekunduksen* kannalta erityisesti sitä, että vaihdannan edistäminen edellyttää, että suojataan sekunduksen luottamusta siihen, että hänelle oikeuden perustaneella henkilöllä on kompetenssi määrätä oikeudesta. Tämä tarkoittaa, että sekunduksen selonottovelvollisuutta rajoitetaan.¹ *Primuksen* kannalta ekstinktiota eli oikeuden menettämistä voidaan taloudellisesta näkökulmasta perustella sillä, että hän ei ole osoittanut oikeutensa osalta sellaista aktiviteettia, jota olisi syytä suojata.²

Moraaliset näkökohdat näyttäytyvät kollisioiden yhteydessä vaatimuksena, jonka mukaan sivullisia ei saa hyödyttää eikä rasittaa perusteettomasti. Vilpittömään mieleen perustuvaa ekstinktiota voidaan myös moraalinäkökohdista perustella sekunduksen luottamuksen suojaamisella: primuksen oikeuden sitomattomuus sekundukseen nähden on perusteltua, jos tämä ei tiennyt aiemmasta oikeudesta hänelle asetetun selonottovelvollisuuden täyttämisen jälkeenkään.³

¹ Ks. *Zitting* 1951 s. 123.

² *Zitting* 1951 s. 122.

³ *Niemi* 1996 s. 202–203.

Myös silloin, kun kollision sovelletaan lähtökohtana *sitomattomuusperiaatetta*, siitä voidaan poiketa niin, että primuksen oikeus sitookin sekundusta. Poikkeaminen voi tapahtua, kun aikaisemman oikeuden osalta on olemassa jokin sitovuusperuste. Tällaisia sitovuusperusteita voivat oikeudessamme olla esimerkiksi sekunduksen tietoisuus tai tämän primuksen oikeutta koskeva hyväksyminen. Lisäksi on mahdollista, että primuksen oikeus jää pysyväksi sekunduksen passiivisuuden perusteella.⁴

Jos sekundus tietää primuksen oikeudesta ja poikkeaminen kollisionratkaisuun lähtökohtaisesti sovellettavasta periaatteesta on mahdollista, lopputulos voi olla sama riippumatta siitä, mitä ratkaisuperiaatetta kollision lähtökohtaisesti sovelletaan. Kun lähtökohtana on aikaprioriteetti, sekunduksen tieto primuksen oikeudesta estää ekstinktion hänen hyväkseen ja primuksen oikeus sitoo häntä. Kun lähtökohtana taas on sitomattomuus, sekunduksen tieto primuksen oikeudesta toimii tämän oikeuden sitovuusperusteena, jolloin primuksen oikeus sitoo häntä. Tilanteiden erotteluun palataan lähemmin jäljempänä.⁵

4.2. JULKISUUDEN VAIKUTUKSESTA SITOVUUTEEN

4.2.1. Julkisuusperiaatteesta ja sen ilmentymistä

Seikat, joihin mahdollisuus poiketa lähtökohtaisesta kollisionratkaisuperiaatteesta, etenkin aikaprioriteetista, on kytkeyty, heijastavat pitkälti *julkisuusperiaatelle* esineoikeudellisissa oikeussuhteissa annettua merkitystä. Julkisuusperiaatteen tarkka sisältö on epäselvä, mutta sen ytimen muodostaa ajatus, jonka mukaan sivullisiin ulottuvien oikeusvaikutusten on perustuttava näiden havaittavissa oleviin seikkoihin.⁶ Julkisuudeksi on katsottu riittävän sen, että oikeus perustetaan toimenpitein, joista jokainen, jolla on siihen intressiä, voi todeta oikeuden olemassaolon, syntyajankohdan ja laajuuden. Tätä laajempaa kuulutusjulkisuutta on pidetty jopa haitallisena.⁷

Julkisuusperiaatelle annettu merkitys pohjautuu vaatimukseen ylläpitää sivullisuhteissa oikeusvarmuutta ja selkeyttä. Julkisuusperiaate ilmenee erityisesti

⁴ Kun sitomattomuudesta voidaan poiketa sekunduksen hyväksymisen tai passiviteetin perusteella, sitovuus perustuu täysin sekunduksen omaan käyttäytymiseen toisin kuin silloin, kun sitovuus syntyy sekunduksen tietoisuuden perusteella. Tietoisuuden ollessa sitovuusperuste sitovuus syntyy tai jää syntymättä sekunduksen tahdosta riippumatta. Tosin tietoisuudestakin on aiemmin päätelty sekunduksen hyväksyminen tai tahto pysyttää oikeus voimassa silloin, kun pelkkä tietoisuus ei ole riittänyt sitovuusperusteeksi. Ks. tästä myös jaksossa II 7.2.3.3. esitettävää.

⁵ Ks. jakso II 6.2.

⁶ Ks. esim. *Wrede – Caselius* 1946 s. 64–65, *Zitting – Rautiala* 1982 s. 54–55, *Tepora* 1984 s. 124–125 ja s. 504–505, *Kartio* 1991 s. 103–104, *Tuomisto* 1993 s. 58–59 ja *sama* 2000 s. 90 sekä *Undén* 1976 s. 43–56 ja *sama* 1969 s. 35–39.

⁷ Ks. esim. erityisesti panttioikeutta silmällä pitäen *Taxell* 1949 s. 5. Ks. myös *Arnholm* 1962 s. 15–16, joka käyttää termiä ”notoritet” korostaakseen eroa termiin ”publicitet”.

siinä, että sivullisiin kohdistuvia oikeusvaikutuksia on kytketty hallintaan ja kirjaamiseen eli niin sanottuihin objektiivisiin esineoikeudellisiin momentteihin.⁸ Objektiivisia esineoikeudellisia momenteja voitaisiin kutsua myös sivullissitovuuteen vaikuttaviksi perusteiksi.⁹ Tässä objektiivisten momenttien eli sivullissitovuuteen vaikuttavien perusteiden keskeisenä tehtävänä pidetään juuri julkisuuden tuottamista niin, että niiden avulla oikeudet saatetaan kolmansien havaittaviksi.

Julkisuusvaatimuksen erilaisia tavoitteita on oikeuskirjallisuudessa eritelty melko runsaasti. Tällaisina tavoitteina on saavutetun oikeusaseman ilmentämisen lisäksi nähty esimerkiksi luottopohjan perustan selventäminen, kaksoisdisponointien estäminen sekä valeoikeustoimien ja muiden velkojille haitallisten toimenpiteiden ehkäiseminen. Julkisuuden ohella objektiivisten momenttien tarkoituksena on pidetty myös uhrauksen tuottamista, jonka on ajateltu estävän esimerkiksi ryhtymistä velkojille haitallisiin toimiin.¹⁰

⁸ Hallinnan ja kirjaamisen ohella julkisuutta toteuttaa myös *denuntiaatio* eli siirtoilmoitus kolmannelle. Denuntiaatio toimii esimerkiksi irtaimen perustettavan panttioikeuden osalta julkivarmistukseen silloin, kun ensisijainen julkivarmistustapa hallinnan siirto eli *traditio* ei ole mahdollinen. Tradition mahdottomuus voi johtua joko siitä, että panttikohde on jo sinänsä sellainen, että sen osalta ei ole olemassa mitään hallinnan kohteeksi kelpaavaa (esimerkiksi tavalliseen velkakirjaan perustuva saamis-oikeus), tai siitä, että vaikka panttikohteen hallinta sinänsä voitaisiinkin luovuttaa, se saattaa olla kolmannen hallussa niin, että hallinnan siirtoa ei voida yksittäistapauksessa suorittaa. Jälkimmäisessä tilanteessa denuntiaatio voidaan nähdä tradition yhtenä muotona, niin sanottuna ilmoituksenvaraisena hallinnan siirtona (*traditio longa manu*), ks. esim. *Zitting* – *Rautiala* 1982 s. 78–79, *Zitting* 1989 s. 102 ja *Kartio* 1991 s. 103–104 ja s. 131. Tällöin hallinta ymmärretään tosiasiallisena valtasuhteena oikeuden kohteeseen. Tradition ja hallintaan perustuva käteispanttioikeus on kuitenkin nähty perusteltuna erottaa ilmoituksenvaraisesta denuntiaatioon perustuvasta panttioikeudesta silloin, kun julkivarmistusta ei voida toteuttaa panttikohteen tyyppin vuoksi, ks. *Havansi* 1992a s. 37.

⁹ Termin objektiivinen (esineoikeudellinen) momentti on ottanut käyttöön ruotsalainen *Hessler*. Oikeuden sivullissitovuuteen vaikuttavana tekijänä puhutaan objektiivisen momentin lisäksi subjektiivisesta (esineoikeudellisesta) momentista. Ks. *Hessler* 1973 s. 85–106. Meillä tätä terminologiaa ovat käyttäneet esim. *Majamaa* 1978, *Tepora* 1984 ja *Kaisto* 1997. Objektiivisesta momentista vakuusoikeuksien yhteydessä käytetään meillä yleensä *Havansin* (1984a s. 60–62) käyttöön ottamaa termiä *julkivarmistus*.

¹⁰ Objektiivisten momenttien tehtävistä ks. esim. *Hessler* 1973 s. 87–88 ja myös kriittisen epäilevästä suhtautumisesta näiden eri tehtävien tarkoituksen käytännön toteutumiseen ks. lisäksi esim. *Helander* 1984 s. 347–367 ja s. 456–473, *Göranzon* 1985 s. 619–647, *Håstad* 1996 s. 286–287, *Tuomisto* 1988 s. 102–122 ja *Havansi* 1992a s. 141–143 sekä näiden edelleen viittaama kirjallisuus.

Ruotsalaisessa kirjallisuudessa kritiikkiä objektiivisten momenttien tehtävien toteutumista kohtaan on esitetty etenkin silmällä pitäen irtaimen kaupassa vaatimusta traditiosta ostajan suojan edellytyksenä myyjän ulosmittaus- ja konkurssivelkojia vastaan. Ruotsin oikeudessa noudatetaan tältä osin niin sanottua traditioteoriaa, jonka mukaan suoja pääsääntöisesti edellyttää traditiota. Meillä ostaja on erityisesineen kaupassa suojattu jo sopimuksen perusteella. Meillä onkin sanottu noudatettavan traditioteorian sijasta sopimusteoriaa. Sopimus- ja traditioteorioista ks. esim. *Zitting* 1989 s. 89–90 sekä teorioiden oikeuspoliittista arviointia *Olsson* 1954 s. 38–68.

Sen sijaan myös meillä panttivelkojan suoja ulosmittaus- ja konkurssivelkojia kohtaan edellyttää traditiota. Tässä yhteydessä traditiovaatimusta on pidetty tarpeellisenä toteuttamaan sille asetettuja tehtäviä, kuten velkojia vahingoittavien toimien ehkäisemistä. Panttausta onkin pidetty velkojien suojan kannalta vaarallisempänä oikeustoimena kuin omaisuuden luovutusta. Vallitsevan kannan mukaan julkivarmistus on edellytyksenä myös vakuusluovutuksen sitovuudelle. Tällöinkään kyse ei varsinaisesti ole vakuusluovutuksen sitovuudesta, vaan siitä, että menettely täyttää tehokkaan pant-

Objektiivisilla momenteilla pyritään sekä tehokkaan että rehellisen vaihdannan edistämiseen. *Tehokkaan* vaihdannan edistäminen liittyy paitsi useisiin julkisuusvaatimuksella toteutettaviin tavoitteisiin myös selkeästi suoraan siihen, että oikeusvaikutukset pyritään kytkemään juuri julkisuutta toteutettaviin momentteihin, vaikka niiden tavoite olisi toteutunut muullakin tavoin. Tällä tavoin voidaan ylläpitää selkeyttä ja järjestystä.¹¹ *Rehellisen* vaihdannan edistäminen puolestaan liittyy objektiivisen momentin tehtäviin velkojia vahingoittavien oikeustoimien sekä kaksoisdisponointien ehkäisemisessä. Koska rehellisen ja tehokkaan vaihdannan vaatimukset ovat osin yhdensuuntaisia edellyttäessään tiettyjen vaihdannan pelisääntöjen noudattamista, tehtävä palvelee samalla myös tehokkaan vaihdannan edistämistä.

Mikä tehtävistä kulloinkin on keskeinen, riippuu kollisiotilanteesta (seuraantokollisio, velkojakollisio), kollision kohteesta sekä siitä, kenen kollision osapuolen näkökulmasta tilannetta katsotaan.¹²

Irtaimisto-oikeudessa traditioon ja hallintaan on perinteisesti liitetty oikeusvaikutuksia. Hallinnan saanti ja sen säilyminen on sitovuuteen vaikuttava peruste. Esimerkiksi mikäli primus on irtaimen kaksoisluovutustilanteissa saanut esineen hallinnan, hän on suojattu sekundusta kohtaan ja kollisionratkaisussa noudatetaan KK 1:5:n mukaan lähtökohtana ollutta aikaprioriteettia. Tällöin primuksen oikeuden osalta julkisuus on toteutunut ja sekundus on voinut havaita tuon oikeuden olemassaolon. Mikäli taas sekundus on saanut ensimmäisenä hallinnan, aikaprioriteetista voidaan poiketa ja sekunduksella on mahdollisuus saada ekstinktio KK 11:4 ja 12:4:n nojalla. Tämä johtuu siitä, että primuksen oikeuden osalta julkisuus ei ole toteutunut eikä sekundus lähtökohtaisesti ole voinut havaita tuota oikeutta. Kun esineen hallinta on edelleen ollut luovuttajalla, sekundus on voinut luottaa siihen, että tällä on edelleen oikeus määrätä esineestä. KK 1:5 suojaa siis primusta jo sopimuksen perusteella, mutta kohteen hallinnan saanti varmistaa, että säännökseen perustuvasta aikaprioriteetista ei voida poiketa sekunduksen vilpittömän mielen perusteella.¹³

tauksen edellytykset ja voi siten tällä perusteella sitoa velkojatarhaa, ks. esim. *Havansi* 1992a s. 511–513. Traditiovaatimuksesta sitovuuden edellytyksenä on kuitenkin poikettu esimerkiksi omistuksen pidätyksen osalta, koska sitä ei ole pidetty velkojien intressejä vaarantavana kuten julkivarmistamatonta panttioikeutta, ks. *Tuomisto* 1988 s. 107–120. Ks. lisäksi panttauksen tehokkuutta koskevasta rajanvedosta ulosmittaus- ja konkurssivelkojia kohtaan silloin, kun julkivarmistus on suoritettu puutteellisesti tai kun sitä ei ole suoritettu lainkaan *Tuomisto* JJ 1991 s. 421–438. Tuomiston mukaan panttausta voidaan yksittäistapauksissa pitää tehokkaana, vaikka julkivarmistus olisikin puutteellisesti suoritettu. Suhtautuminen ei kuitenkaan saa mahdollistaa julkivarmistusvaatimuksen suunnitelmallista kiertämistä. Julkivarmistustilanteen lakkaamisen merkityksestä panttauksen tehokkuudelle ks. myös *Havansi* 1992a s. 314–315.

¹¹ Ks. esim. *Hessler* 1973 s. 95.

¹² Ks. kysymyksestä myös jaksossa II 6.3.5.2. esitettävää.

¹³ Hallinnalle annettu merkitys kollisionratkaisuissa ei perustu yksin sen luomaan julkisuuteen. Julkisuuden lisäksi hallinnan saanutta suojataan myös esimerkiksi sen vuoksi, että hallinta osoittaa oikeudenhaltijan aktiivisuutta. Lisäksi hallinta osoittaa oikeuden käytön jatkuvuutta. *Zitting* (1951 s. 138) onkin puhunut hallinnan kolmoisfunktioista siinä mielessä, että se aikaansaa julkisuutta, osoittaa oikeudenkäytön jatkuvuutta ja oikeudenhaltijan aktiviteettia.

Myös kiinteistöoikeudessa on ollut jatkuvana pyrkimyksenä lisätä julkisuuden merkitystä kollisionsratkaisuisissa. Kiinteistöoikeudessa julkisuutta luodaan hallinnan sijasta oikeuden kirjaamisella, joka myös on oikeuden sitovuuteen vaikuttava peruste.¹⁴ Esimerkkinä tästä voidaan mainita MK:ssa toteutettu lainhuuto- ja kiinnitysrekisterimerkintöjen positiivinen ja negatiivinen julkinen luotettavuus. Positiivinen julkinen luotettavuus ilmenee etenevän sivullissuhteen kollisioissa. Se tarkoittaa, että sivullinen saa luottaa siihen, että lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin kirjattu oikeus on pätevä. Negatiivinen julkinen luotettavuus ilmenee puolestaan takautuvan sivullissuhteen kollisioissa. Se tarkoittaa, että luovutuksensaaja tai oikeuden haltija saa luottaa siihen, että kiinteistöön kohdistuu vain oikeuksia, jotka on kirjattu. Toisin sanoen sivullinen saa luottaa siihen, että oikeutta, jota ei ole kirjattu, ei ole olemassa.¹⁵ Niinpä mikäli primus on kiinteistön kaksoisluovutustilanteessa ensiksi ehtinyt hakea oikeutensa kirjaamista, hän on suojattu sekundusta kohtaan ja kollisionsratkaisussa noudatetaan MK 3:6:n mukaan lähtökohtana olevaa aikaprioriteettia. Tällöin julkisuus on toteutunut primuksen oikeuden osalta ja sekundus on voinut havaita tuon oikeuden olemassaolon. Mikäli taas sekundus on hakenut ensimmäisenä kirjaamista, aikaprioriteetista voidaan poiketa ja sekunduksella on mahdollisuus saada ekstinktio MK 13:3:n nojalla. Tämä johtuu siitä, että primuksen oikeuden osalta julkisuus ei ole toteutunut eikä sekundus lähtökohtaisesti ole voinut havaita tuota oikeutta. Kun lainhuuto- ja kiinnitysrekisterissä ei ole ollut merkintää primuksen oikeudesta vaan ainoastaan luovuttajan oikeudesta, sekundus on voinut luottaa siihen, että tällä on edelleen oikeus määrätä esineestä.¹⁶

¹⁴ Hallinnalla on kuitenkin myös kiinteistöoikeudessa – tosin yhä vähenevää – merkitystä kollisiotilanteiden ratkaisussa. Esimerkiksi se, joka on hallinnut kiinteistöä omistajana 10 vuoden ajan lainhuudon saamisen jälkeen, saa MK 13:10:n mukaan nautintasuojaa kiinteistön oikeaa omistajaa kohtaan, ks. lähemmin esim. *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 278–280.

¹⁵ Kiinteistökirjan julkisesta luotettavuudesta MK:ssa ks. *HE 1994:120* s. 89–92 ja s. 99 sekä *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 262–278 ja s. 324–328. Julkisen luotettavuuden käsitteestä ks. lähemmin esim. *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 202–204 ja *Wainio* 1997 s. 3 kirjallisuusviitteineen. Uuden MK:n järjestelmää edeltäneestä, lähinnä tosiasialliseen luotettavuuteen perustuneesta kiinteistökirjajärjestelmästä ks. *Kartio* 1991 s. 112–123.

Lainhuuto- ja kiinnitysrekisterin julkinen luotettavuus ei ulotu luovutuksensaajan ja oikeudenhaltijan kiinteistön oikeaa omistajaa kohtaan rekisterimerkintöjen perusteella saaman suojan osalta MK 13:5:ssä lueteltuihin tilanteisiin, joissa on kysymys niin sanotuista törkeistä saantovirheistä. Niiden osalta luovutuksensaaja tai oikeudenhaltija ei saa suojaa, vaikka luovuttajalla saannon tapahtuessa oli lainhuuto kiinteistöön eikä luovutuksensaaja tiennyt eikä hänen pitänytkään tietää, että luovuttaja ei ollut oikea omistaja. Ks. myös *HE 1994:120* s. 22 ja s. 91 sekä *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 271–273.

Julkinen luotettavuus palvelee MK:n järjestelmässä ennen kaikkea kiinteistön luovutuksensaajia, kiinteistöön kohdistuvan panttioikeuden tai MK 14:1:n mukaisen erityisen oikeuden haltijoita. Muiden erityisten oikeuksien haltijat voivat menettää oikeutensa, vaikka oikeuden perustaja olisikin rekisterimerkintöjen perusteella ollut oikeutettu kiinteistöstä määräämään: esimerkiksi MK 14:3–4:n mukaisten oikeuksien haltijat eivät ilmeisesti voi saada MK 13:4:n mukaista saantosuojaa eivätkä ekstinktiota MK 13:3:n perusteella. Ks. myös *Tepora* 2000 s. 235 ja s. 239.

¹⁶ Toisena esimerkkinä julkisuudelle annetusta kasvavasta merkityksestä voidaan mainita myös aiemmin salaisten kiinteistöön kohdistuvien rasitusten kirjaamisvelvollisuus tai niiden poistaminen kokonaan.

Myös Norjan, Tanskan ja Ruotsin kirjaamisjärjestelmät rakentuvat julkisen luotettavuuden periaatteelle.¹⁷ Norjassa ja Tanskassa kirjaamisen oikeusvaikutuksia on kuitenkin luonnehdittu hieman eri tavalla kuin meillä. Oikeuden kirjaamiseen kiinteistörekisteriin on liitetty pätevyöitymisvaikutus, prioriteettivaikutus, ekstinktiovaikutus ja legitimaatiovaikutus.¹⁸

Pätevyöitymisvaikutus perustuu Tanskan TL 27 §:ään ja Norjan TL 27 §:ään. Se ilmenee etenevän sivullissuhteen kollisioissa. Luovutuksensaaja saa luottaa siihen, että luovuttajalla, jonka saanto on kirjattu, on oikeus luovuttaa kiinteistö (positiivinen julkinen luotettavuus).¹⁹ Prioriteettivaikutus perustuu Tanskan TL 1.1 §:ään ja Norjan TL 20 §:ään. Se ilmenee puolestaan takautuvan sivullissuhteen kollisioissa. Vilpittömässä mielessä ollut luovutuksensaaja saa luottaa siihen, että mitään aiempaa oikeutta, jota ei ole kirjattu, ei ole olemassa (negatiivinen julkinen luotettavuus).²⁰

Ekstinktiovaikutus perustuu Tanskan TL 1.2 §:ään ja Norjan TL 20 ja 21 §:ään. Se liittyy prioriteettivaikutukseen ja tarkoittaa, että vilpittömässä mielessä oikeutensa kirjannut sekundus syrjäyttää aikaisemman kirjaamattoman oikeuden.²¹ Legitimaatiovaikutus on alunperin tarkoittanut, että luovuttajan oikeuden kirjaaminen luo perusteen luovutuksensaajan oikeuden kirjaamiselle. Luovutuksensaajan oikeuden kirjaaminen edellyttääkin, että luovuttajan oikeus on kirjattu. Tästä säädetään Tanskan TL 10.1 §:ssä ja Norjan TL 13.1 §:ssä. Myöhemmin legitimaatiovaikutuksella on kuitenkin Tanskassa ymmärretty TL 29 §:n mukaista maksusuoja.²²

Hallinnalla ja kirjaamisella on julkisuusvaikutus.²³ Se merkitsee, että sivulliset saavat lähtökohtaisesti luottaa siihen, että esineen haltijalla tai henkilöllä, jonka

¹⁷ Samoin kuin meillä ja toisin kuin esimerkiksi Saksassa, kiinteistökirjan julkinen luotettavuus ei kuitenkaan ole täydellistä. Esimerkiksi oikea omistaja voi vedota kirjaamismerkinnästä huolimatta omistusoikeuteensa, mikäli luovutuksensaajan saantoa rasittaa jokin vakava pätemättömyysperuste. Ks. näistä pätemättömyysperusteista, jotka eroavat hieman MK 13:5:ssä luetelluista törkeistä saantovirheistä Ruotsin JB 18:3, Tanskan TL 27 § ja Norjan TL 27 §. Rekisterimerkinnöillä ei myöskään ole konstitutiivista vaikutusta toisin kuin Saksassa. Niinpä kaikkia kiinteistöön kohdistuvia oikeuksia ei vaadita kirjattavaksi, mikä olisi edellytys silloin, kun kirjaamismerkintä perustaisi kyseisen oikeuden.

Erilaisten kiinteistökirjaamisjärjestelmien erosta pelkistetyksi ks. *Wainio* 1997 s. 18–22, jossa kirjaamisjärjestelmät on jaettu positiivisen julkisen luotettavuuden näkökulmasta germaaniseen, anglosaksiseen ja pohjoismaiseen kirjaamisjärjestelmään.

¹⁸ *Vinding Kruse* 1951 s. 917–941. Ks. myös *von Eyben* 1983 s. 323.

¹⁹ Ks. Tanskan oikeuden osalta lähemmin esim. *von Eyben* 1983 s. 322–329 ja *Willumsen* 1997 s. 38–47 viitteineen ja Norjan oikeuden osalta esim. *Harbek – Solem* 1990 s. 192–196 ja *Falkanger* 2000 s. 543–571. Ks. myös *Koulu* 1982 s. 48–51 ja s. 108–111 ja *Wainio* 1997 s. 30–34 ja s. 45–51.

²⁰ Tanskan oikeuden osalta ks. lähemmin esim. *von Eyben* 1983 s. 322–329 ja *Willumsen* 1997 s. 38–47 ja Norjan esim. *Falkanger* 2000 s. 589–592. Ks. myös *Koulu* 1982 s. 52–56 ja s. 112–116.

Pätevyöitymisvaikutuksen ja prioriteettivaikutuksen erottaminen perustuu *Vinding Krusen* tekemään jaotteluun. Tämä jaottelu on saanut osakseen kritiikkiä siinä suhteessa, että ne on myöhemmin haluttu nähdä pikemminkin saman ongelman eri ratkaisumalleina kuin eri periaatteina, ks. *von Eyben* 1983 s. 158.

²¹ Ks. Tanskan oikeuden osalta *von Eyben* 1983 s. 330–338 ja Norjan oikeudesta *Falkanger* 2000 s. 592.

²² Ks. *von Eyben* 1983 s. 344.

²³ Irtaimen osalta hallinnan julkisuusvaikutus ilmenee KK 1:5:stä sekä KK 11:4 ja 12:4:stä. Vastavasti arvopaperien osalta siitä säädetään VKL 14 ja 22 §:ssä, OYL 3:9 ja AsOYL 19 §:ssä. Arvosuukien osalta julkisuusvaikutus liittyy kirjaamismerkintään, ks. ATL 26–29 §. Kirjaamisen julkisuusvaikutuksesta kiinteistöjen osalta ks. MK 7:3 sekä 13 luku.

oikeus on kirjattu, on myös oikeus määrätä siitä. Sivullisten luottamusta näiden ulkoisten tunnusmerkkien luomaan oletettavaan siis suojataan. Kuten edellä on tuotu esiin, hallinnalle ja kirjaamiselle annettu merkitys kollisionsratkaisuisissa ei perustu kuitenkaan yksin niiden luomaan julkisuuteen. Julkisuuden lisäksi hallinnan saanutta ja oikeutensa kirjannutta suojataan myös esimerkiksi sen vuoksi, että hallinta ja kirjaaminen osoittavat oikeudenhaltijan aktiivisuutta.

Esineoikeudellinen julkisuusperiaate on aito periaate, sillä sitä voidaan noudattaa enemmän tai vähemmän. Julkisuusperiaate ”lievimmillään” ei edellytä oikeuden sitovuuden kytkemistä hallintaan tai kirjaamiseen. Toisin sanoen, vaikka oikeuden sitovuus ei perustuisikaan kyseisiin objektiivisiin momentteihin, julkisuusperiaate on silti voimassa. Lainhuuto- ja kiinnitysrekisterimerkintöjen julkinen luotettavuus on julkisuusperiaatteen pisimmälle viety ilmentymä sivullissuojaoikeudessa.

4.2.2. Julkistamisperiaate

Oikeuskirjallisuudessa *Tepora* on esittänyt, että oikeuksien jako vahvoihin (esine)oikeuksiin ja heikkoihin (velvoite)oikeuksiin ja samalla vaikuttaminen myös niiden kollisioissa sovellettaviin ratkaisuperiaatteisiin voidaan perustaa paitsi jakoon oikeuksien reaalityyppisen merkityksen mukaan myös sivullistahojen suojaamisintressiä silmällä pitäen tehtyyn jakoon oikeuksien saavuttaman julkisuuden perusteella.²⁴ Mikäli primuksen oikeus olisi julkistettu oikeusjärjestyksen edellyttämällä tavalla, se sitoisi kollisiossa sekundusta, jonka oikeutta ei ole kirjattu tai se on kirjattu myöhemmin kuin primuksen oikeus. Mikäli primuksen oikeutta ei olisi kirjattu tai se olisi kirjattu myöhemmin, siihen puolestaan sovellettaisiin sitomattomuusperiaatetta.

Tällainen ratkaisumalli on samansuuntainen kuin jos kollision ratkaisuun sovellettaisiin *Tuomiston* esittelemää *julkistamisperiaatetta*. Sillä hän tarkoittaa kollision ratkaisemista niin, että siinä noudatetaan aikaprioriteettia, joka perustuu vasta hetkeen, jolloin oikeus on tietyllä tavalla julkistettu niin, että sivullisilla on mahdollisuus saada siitä tieto. Aikaprioriteettiperiaatetta noudatettaessa aikaprioriteetti perustuu jo oikeusperusteen syntymishetkeen eli osapuolia velvoittavan sopimuksen tekemishetkeen, joka on käytännössä hetki, jolloin oikeuden kohde on riittävästi yksilöity. Noudatettaessa julkistamisperiaatetta julkistettujen oikeuksien välinen kollisio ratkaistaan lähtökohtaisesti julkistamishetken mukaan määräytyvän aikaprioriteetin perusteella. Julkistamattoman oikeuden ja julkistetun oikeuden vä-

²⁴ *Tepora* 1984 s. 124–125 ja s. 134–137.

lisessä kollisiossa julkistettu oikeus voittaa lähtökohtaisesti julkistamattoman.²⁵

Julkistamisperiaate on Tuomiston esittelemässä muodossa lähtökohtainen kollisionratkaisuperiaate samoin kuin aikaprioriteettiperiaate tai sitomattomuusperiaate. Myös siitä on siten mahdollista poiketa. Käytännössä poikkeamismahdollisuus voi perustua kollision osapuolen tiedolle annettavaan merkitykseen. Julkistamiseen perustuvasta aikaprioriteetista voidaan poiketa, jos ensin oikeutensa julkistanut tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää aiemmasta julkistamattomasta oikeudesta. Tällöin kollisionratkaisu voidaan kyllä nähdä myös sitomattomuusperiaatteen (tai aikaprioriteettiperiaatteen) mukaisena. Julkistamisperiaatteen ero muihin kollisionratkaisuperiaatteisiin tulee ilmi vasta, kun julkistamisperiaatetta pidetään lopullisena kollisionratkaisuperiaatteena, josta ei voida poiketa. Tällöin julkistamisperiaatteen mukainen kollisionratkaisumalli vastaa edellä esitettyä oikeuksien jakoa niiden saavuttaman julkisuuden perusteella. Mitä puhtaammin tällaista julkistamisperiaatteen mukaista mallia noudatetaan eli mitä enemmän oikeusvaikutuksia kytketään julkistamistoimiin, sitä selkeämpää on määritellä, sitooko oikeus sivullisia vai ei.

Noudatettaessa julkistamisperiaatteen mukaista mallia kirjaamalla julkistettavien oikeuksien sivullissitovuuden laajuus riippuu viime kädessä siitä, millainen suhtautuminen oikeuksien julkistamismahdollisuuksiin omaksutaan eli millä tavoin kirjaamiskelpoiset oikeudet määritellään. Kirjaamiskelpoisuuden osalta voidaan ensinnäkin noudattaa (1) luettelointiperiaatetta, jonka mukaan vain tietyt laissa mainitut (tarkoituksenmukaisina pidetyt) oikeudet voidaan kirjata. Tällöin oikeustyyppien määrä, joka voi saavuttaa lähtökohtaisen (tai lopullisen, ellei lähtökohdasta voida poiketa) sivullissitovuuden, riippuu siitä, miten laajalti kirjaaminen on mahdollistettu. Selvää kuitenkin on, että kirjaamiskelpoisuus ja samalla siihen liitetty sivullissitovuus voi koskea vain rajoitettua määrää oikeuksia. Ellei oikeutta voi kirjata, sen osalta noudatetaan lähtökohtaista (tai lopullista) sitomattomuusperiaatetta. Toisaalta kirjaamiskelpoisuuden osalta voidaan omaksua suhtautuminen, jonka mukaan (2) kirjattavien oikeuksien tyyppejä ei ole rajoitettu millään tavalla. Ainoina edellytyksinä ovat tällöin, että oikeus kohdistuu tiettyyn kohteeseen, joista pidetään rekisteriä, ja että oikeus on sillä tavoin yksilöity, että se on teknisesti mahdollista kirjata. Tällöin mikä tahansa nämä perusedellytykset täyttävä oikeus voi saavuttaa sivullissitovuuden. Sivullissitovuuden saaminen riippuu tällöin oikeudenhaltijan omasta aktiivisuudesta.

Luettelointiperiaatteen eli kirjaamisoikeudellisen tyyppipakkoperiaatteen omaksuminen heijastaa käsitystä, jonka mukaan tarkoituksenmukaiset oikeudet, joille on perusteltua varata mahdollisuus sitovuuteen, voidaan määritellä.

²⁵ Tuomisto 1993 s. 56–59. Tuomiston mukaan tällainen poikkeaminen lähtökohtaperiaatteista on oikeusjärjestyksessämme niin yleistä, että on syytä puhua julkistamisperiaatteesta kolmantena kollisionratkaisuperiaatteena. Vrt. *Kaisto* LM 1993 s. 1281, jonka mukaan julkistamisperiaate voitaisiin ymmärtää yhteismitattomaksi suhteessa aikaprioriteettiin ja sitomattomuusperiaatteeseen. Ks. lisäksi *Hessler* 1973 s. 93–94.

Näin on, vaikka lähdettäisiin siitä, että kaikki käytännössä (määrällisesti) tärkeät oikeudet voidaan kirjata. Kirjaamisen osalta avoin järjestelmä puolestaan heijastaa lähtökohtaisesti käsitystä, jonka mukaan oikeuksien tarkoituksenmukaisuutta ei ole syytä määritellä tai sitä ei voida määritellä. Tällöin lähtökohtana voi olla, että kaikkia oikeuksia pidetään tarkoituksenmukaisina. Toisaalta lähtökohtana voi olla, että sivullisia sitovien oikeuksien tarkoituksenmukaisuutta ei edes haluta kontrolloida. Tällöin oikeudet sitovat riippumatta siitä, ovatko ne tarkoituksenmukaisia vai eivät, kunhan ne vain on julkistettu. Meillä ainakin MK:n kiinteistökirjaamisjärjestelmä on luettelointiperiaatteen mukainen.²⁶ Keskustelua on käyty siitä, noudatetaanko arvo-osuusjärjestelmässä kirjaamis-oikeudellista tyyppipakkoa vai ei. Edustavina esimerkkeinä avoimesta järjestelmästä voidaan mainita Tanskan ja Norjan kiinteistökirjaamisjärjestelmät. Näihin esimerkkeihin palataan lähemmin jäljempänä tässä tutkimuksessa.

Sellaisten varallisuuskohteiden osalta, joiden kohdalla oikeuksien julkistaminen kytketään hallintaan, sivullisia sitovat oikeudet rajoittuvat julkistamisperiaatetta noudattavassa mallissa teknisesti niin, että oikeudet ja kohteet, joiden osalta hallinta – tai sitä korvaava toimenpide – ei jostain syystä ole mahdollinen, jäävät ainakin lähtökohtaisesti sivullissuojan ulkopuolelle.

Saksan oikeus ilmentää peruslähtökohdiltaan melko puhtaasti mallia, jossa julkistamisperiaate on lopullinen kollisionratkaisuperiaate. Tämä ilmenee hyvin kiinteistöoikeudessa, jossa kiinteistökirjan merkinnöillä on julkinen luotettavuus (BGB 891–893 §)²⁷ ja kirjaamisella oikeutta luova (konstitutiivinen) vaikutus. Esimerkiksi luovutuksensaajalle ei synny omistusoikeutta kiinteistöön ennen kuin oikeus on kirjattu (BGB 873 §).²⁸ Lisäksi Saksassa noudatetaan yleisen numerus clausus -periaatteen kanssa yhteensopivasti myös luettelointiperiaatetta. Tällaisessa järjestelmässä voidaan periaatteessa ylläpitää selkeää oikeuksien jakoa niihin, jotka sitovat sivullisia, ja niihin, joilla on oikeusvaikutuksia vain sopimusosapuolten välillä. Varallisuus-oikeuksien selkeä jako ei kuitenkaan käytännössä ole Saksassa toiminut. Sen vuoksi varallisuus-oikeudelliseen järjestelmään on jouduttu tekemään poikkeuksia, jotka lieventävät

²⁶ Luettelointiperiaatteen käytännön merkitystä tosin vähentää se, että kaikki käytännössä merkittävänä pidetyt toiselle kuuluvat oikeudet kiinteistöön ovat kirjaamiskelpoisia, ks. *HE 1994:120* s. 94. Ks. myös *Tepora – Kartio – Koulou – Wirilander* 1998 s. 270, jossa arvellaan kirjaamiskelpoisten erityisten oikeuksien piirin kattavan käytännössä yli 90 % kiinteistöön kohdistuvista toisen oikeuksista.

²⁷ Ks. lähemmin esim. *Baur – Stürner* 1999 s. 255–267 ja *Soergel – Stürner* 1990 s. 195–214 viitteineen.

²⁸ Ks. *Baur – Stürner* 1999 s. 207–213 ja *Soergel – Stürner* 1990 s. 107–125. Konstitutiivisesta vaikutuksesta yleisesti ks. *Wrede – Caselius* 1946 s. 103–106 ja *Vinding Kruse* 1951 s. 925–937.

Oikeusvaikutusten kytkemiseen ulkoisesti havaittaviin seikkoihin liittyy *Savignyn* kehittämä oppi abstraktista esineoikeudellisesta sopimuksesta (abstraktioperiaate). Sen mukaan luovutustilanteissa on erotettava toisistaan velvoiteoikeudellinen kauppasopimus ja esineoikeudellinen sopimus, joka koskee kohteen omistusta. Esineoikeudellinen sopimus tarkoittaa nykyisin Saksan oikeudessa hallinnan siirtoa (irtain) tai sopijapuolten notaarin luona tai tuomioistuimessa tekemää luovutussopimusta (kiinteistö), ks. *Lent – Schwab* 1964 s. 6–7, s. 45–47 ja s. 114–115 sekä *Baur – Stürner* 1999 s. 47–53 ja s. 247–254 viitteineen.

tätä jakoa.²⁹ Vaikka meilläkin on voimassa kiinteistöoikeudellinen luettelointiperiaate, jonka mukaan ainoastaan tietyt oikeustyypit voidaan kirjata ja siten julkistaa, meillä ei kuitenkaan noudateta kollisionratkaisussa mallia, jossa julkistamisperiaate olisi lopullinen kollisionratkaisuperiaate. Oikeussuoja ei perustu kirjaamiseen, mutta kirjaaminen voi vahvistaa tällaista suojaa. Sivullissuojaa voidaan myöntää ainakin jossain suhteessa, vaikka oikeutta ei olisikaan julkistettu. Toisaalta kirjaaminen ei myöskään aina pätevöitä kirjattua oikeutta esimerkiksi suhteessa oikeaan omistajaan.

4.2.3. Alustavia näkökohtia tietoisuuden merkityksestä

Edellä julkisuusperiaatteen on nähty ilmenevän siinä, että oikeusvaikutukset kytetään ulkoisesti havaittavaan asiantilaan. Tällöin oikeuksien oletetaan olevan sivullisten tiedossa. Julkisuusperiaatetta ilmentää myös se, että oikeusvaikutuksia liitetään kollision osapuolen tietoon eli tosiasialliseen julkisuuteen ja siihen, mitä kollision osapuolen olisi pitänyt tietää eli siihen, mitä tämän olisi pitänyt ja mitä tämä olisi voinut saada selville olemalla aktiivinen ja tekemällä riittävästi havaintoja. Oikeudessamme annetaankin sitovuuteen vaikuttavana perusteena merkitystä kollisionratkaisussa myös niin sanotulle subjektiiviselle esineoikeudelliselle momentille eli sille, mitä henkilö tiesi tai mitä hänen olisi pitänyt tietää.³⁰

Esimerkiksi poikkeaminen aikaprioriteetista ekstinktiolla on mahdollista, jos sekundus on vilpittömässä mielessä. Sekunduksen suoja perustuu lähtökohtaisesti sallittuun oletamaan hallinnan ja kirjaamisen tuottamasta kelpoisuudesta. Jos sekundus kuitenkin tietää, että asian laita on toisin kuin hallinta tai kirjaamismerkinnät osoittavat, hän ei voi vedota suojakseen hallinnan tai kirjauksen tuomaan – tässä tapauksessa virheelliseen – oletamaan ja saada vilpittömän mielen suojaa.³¹

²⁹ Keskeisiä poikkeuksia ovat (1) ennakkomerkintäsäännöstö Vormerkung (BGB 883 §), (2) tosiasiallisen hallinnan suojaaminen (BGB 986 §), (3) odotusoikeus Anwartschaftsrecht sekä (4) BGB 242 §:n (Treu und Glauben) ja BGB 826 §:n (hyvän tavan vastaisen menettelyn kielto) yleislausekkeiden tuoma suoja.

³⁰ Kun oikeusvaikutuksia kytetään siihen, mitä osapuoli tiesi tilanteessa, jossa oikeutta ei ole julkistettu oikeusjärjestyksen siihen tarkoitukseen varaamin keinoin, saattaa kuitenkin usein olla kysymys merkityksen antamisesta seikalle, joka ei ole edes voinut olla kaikkien henkilöiden havaittavissa. Tämä aiheuttaa väistämättä sen, että sitovuus voi olla sattumanvaraista ja suoja siten puutteellista.

³¹ Esimerkiksi lainhuuto- ja kiinnitysrekisterin julkinen luotettavuus on luottamuksensuojaa. Niinpä sekundus, joka tietää, että rekisterimerkinnät ovat virheellisiä tai puutteellisia, ei voi vedota suojakseen siihen, että oikeutta, jota ei ole kirjattu, ei ole olemassa. Ks. *HE 1994:120* s. 22 ja s. 89 sekä *Jokela – Kartio – Ojanen 1997* s. 197, s. 204 ja s. 419.

Myös Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa kiinteistökirjan julkinen luotettavuus on luottamuksensuojaa. Pohjoismaisissa järjestelmissä kirjaamisen tehtäväksi nähdäänkin juuri julkisuuden tuottaminen eli perustetusta oikeudesta tiedottaminen niin, että ulkopuoliset voivat ottaa sen toiminnassaan huomioon. Kirjaamisen merkityksen ymmärtäminen tällä tavalla luo perustellun lähtökohdan sille, että kirjaamisjärjestelmän julkinen luotettavuus on luottamuksensuojaa. Pohjoismaiset kirjaamisjärjestelmät eroavat (myös) tässä Saksan järjestelmästä, jossa kirjaamisen tarkoituksena on oikeuden perustaminen. Ks. myös *Tepora 1984* s. 151 alav. 44.

Julkisuudelle annettu merkitys heijastuu myös siinä, että poikkeaminen sitomattomuusperiaatteesta on ainakin joissakin kollisioissa mahdollista sekunduksen tietoisuuden perusteella. Poikkeamismahdollisuuden ulottuvuus on kuitenkin epäselvä. Kuten myöhemmin käy ilmi, tietoisuuden merkitys sitovuusperusteena on tutkimusteeman osalta keskeinen kysymys. Tämän vuoksi kysymykseen palataan yleisellä tasolla verraten laajalti myöhemmin.³²

³² Ks. jakso II 6.

5. Ratkaisuperusteen valintaan vaikuttavista näkökohdista kompetenssinrajoitusehtojen osalta

5.1. LÄHTÖKOHDAT

Sopimukseen perustuvien omistajan kompetenssia rajoittavien kieltojen sivullissitovuudesta ei ole nimenomaista lainsäädäntöä. Myöskään suuntaa antavaa oikeuskäytäntöä ei ole syntynyt. Niiden osalta onkin vallinnut aukkotilanne. Tämän vuoksi ratkaisu on perustettava kollisionratkaisuperiaatteiden väliseen punnintaan. Viime kädessä se tarkoittaa periaatteiden soveltamisen seurausten oikeuspoliittista arviointia sekä periaatteiden taustalla olevien arvojen ja tavoitteiden punnintaa.

Seuraavassa tarkastellaan näkökohtia, joita voidaan esittää perusteina suhtautumiselle omistajan kompetenssinrajoitusten sivullissitovuuteen. Näkökohdat on tarkoitettu arvioinnin perusteiksi paitsi aukkotilanteessa myös silloin, kun pohditaan lainsäädännössä tehtyjen ja tehtävien ratkaisujen perusteltuisuutta.¹ Tarkastelussa lähdetään edellä asetetuista olettamista, että (1) vain tarkoituksenmukaisten oikeuksien on perusteltua sitoa sivullisia eli että kollision on perusteltua soveltaa sitovuusperiaatetta vain primuksen oikeuden ollessa tarkoituksenmukainen ja että (2) oikeudet voidaan lähtökohtaisesti olettaa tarkoituksenmukaisiksi eli että sitovuusperiaate on ensisijainen kollisionratkaisuperiaate. Tarkastelun tehtävänä on esittää näkökohtia, joiden perusteella voidaan arvioida, pitääkö lähtökohtaoletta- ma oikeuden tarkoituksenmukaisuudesta paikkansa ja voidaanko kollision soveltaa sitovuusperiaatetta.

Oikeustila kompetenssinrajoitusehtojen sivullissitovuuden osalta on epäselvä monissa oikeusjärjestyksissä. Tämän vuoksi yllä kuvattua punnintaa on tehty paitsi meillä (tosin melko suppeasti, koska, kuten johdantojaksossa todettiin, kompetenssinrajoitusehtojen sivullissitovuus ei ole ollut varallisuus oikeudellisen tutkimuksen keskipisteessä) myös muualla, ja siinä esiin tulleita argumentteja voidaan käyttää hyväksi myös tässä.

¹ Vaikka laissa ei suoraan säädettäisikään kompetenssinrajoitusehtojen oikeusvaikutuksista, laista saattaa väistämättä seurata niiden osalta tietty lopputulos, joka lähtökohtaisesti sitoo tulkitsijaa.

5.2. OIKEUSKIRJALLISUUDESSA ESITETTYJÄ ARGUMENTTEJA LUOVUTUSTOIMIIN LIITETTYJEN KOMPETENSSINRAJOITUSTEN OSALTA

Oikeuskirjallisuudessa on pidetty silmällä erityisesti *luovutustoimiin* liitettyjen luovutuksensaajan kompetenssia rajoittavien ehtojen sivullissitovuutta. Niiden sivullissitovuuteen on yleensä suhtauduttu kielteisesti, koska niiden on nähty perustavan vaihdannan ja luotonannon edistämisen kannalta epätarkoituksenmukaisia sidonnaisuuksia. Tämän vuoksi kollisionratkaisuperiaatteeksi on usein valittu sitomattomuusperiaate.²

Kompetenssia rajoittavien ehtojen sivullissitovuuden haitallisuutta koskevat näkökohdat voidaan jakaa (1) yleisiin taloudellisiin (yhteiskunnallisiin) vaihdannan ja luotonannon edistämiseen liittyviin näkökohtiin ja eritellympiin näkökohtiin ehtojen sivullissitovuuden vaikutuksista (2) omistajan, (3) tämän velkojien ja (4) myöhempien seuraajien asemaan.³

(1) *Kompetenssinrajoitusehtojen haitallisuus yleisestä taloudellisesta näkökulmasta.* Nykyisessä vilkkaan vaihdannan ja luotonannon tilassa eli *dynaamisen varallisuus oikeuden mallissa* omaisuuden arvo perustuu sen taloudelliseen hyödyntämiseen vaihdannassa. Tällöin keskeisin omistusoikeuden elementti on omistajan kompetenssi. Kompetenssinrajoitusehtojen sivullissitovuuden haitallisuutta vaihdannalle ja luotonannolle ja sitomattomuusperiaatteen lähtökohtaista soveltamista voidaan tällöin perustella sillä, että koska omistajan kompetenssi on välttämätön vaihdannalle, sen puuttuminen tai siitä luopuminen on vaihdannalle haitallista. Omaisuus, jonka osalta kompetenssi puuttuu, jäisi vaihdannan ulkopuolelle. Tällöin syntyisi vaihdannan ulkopuolella olevaa omaisuutta (*res extra commercium*).⁴ Tämä puolestaan saattaisi aiheuttaa vaihdannassa liikkuvien kohteiden vähentymisen ja niiden hinnan liiallisen nousun.⁵ Mitä pitkäaikaisempia omistajan sidonnaisuudet ovat, sitä haitallisempia ne näillä perusteilla ovat.⁶

² Suhtautumisesta ks. esim. (ääriesimerkinä) *Hakulinen JFT* 1959 s. 288–289, s. 292 ja s. 294–296, *sama* 1965 s. 6 ja *Kivimäki – Ylöstalo* 1981 s. 391 sekä ruotsalaisessa kirjallisuudessa esim. *Hessler* 1973 s. 447 ja *Forssell* 1976 s. 178–181.

³ Vastaavanlaisia perusteita on yleisesti esitetty tyyppipakkoperiaatteen tueksi, ks. niistä *Wirilander* 1980 s. 10–12, joka jakaa saksalaisessa kirjallisuudessa tyyppipakkoperiaatteen tueksi esitetyt argumentit neljään näkökohtaan: (1) esineen ja siihen kohdistuvien oikeuksien luovutuksensaajien luottamuksen suojeluun, (2) velkojatahon intressien huomioon ottamiseen, (3) esineiden vaihdannan yleiseen edistämiseen ja (4) tarpeellisen määräämisvapauden turvaamiseen esineen omistajalle.

⁴ *Merkel IBLJ* 1987 s. 678. Vaihdannan ulkopuolella olevalla omaisuudella on tässä esitetystä poiketen yleensä ymmärretty julkisyhteisöjen omistuksessa olevaa maata, jota ei ole tarkoitettu yksityisille omistusoikeuksin luovutettavaksi, vaan jonka tehtävänä on palvella julkis(oikeudellista) tarkoitusta, ks. lähemmin *Zitting – Rautiala* 1982 s. 16–18 ja *Tepora – Kartio – Koulou – Wirilander* 1998 s. 17–19.

⁵ *Mitchell Am. Bankr. LJ* 1986 s. 174–175.

⁶ Myös tyyppipakkoperiaatteen keskeisenä tehtävänä on pidetty nimenomaan omistajan *pysyvistä* sidonnaisuuksista johtuvan omistusoikeuden vaihdantafunktion vahingoittumisen estämistä, ks. *Forssell* 1976 s. 41–42.

Kompetenssinrajoitusten on nähty myös estävän omaisuuden taloudellisesti tehokkaimman vaihdannan. Tehokkaimman vaihdannan on nimittäin nähty olevan mahdollista vain silloin, kun omaisuus voi siirtyä vapaasti sille, joka arvostaa sitä eniten.⁷ Samalla tavoin kompetenssinrajoitusehtojen voidaan nähdä haittaavan vapaata kilpailua.⁸ Lisäksi kompetenssinrajoitusten voidaan nähdä aiheuttavan varallisuuden keskittymistä.⁹

Kompetenssinrajoitusten voidaan nähdä myös mahdollistavan sen, että omaisuudesta ei määrää nykyinen omistaja vaan joku sitä aikaisemmin hallinnut henkilö. Tällaista ”kuolleiden käden” puuttumista vallitseviin omistussuhteisiin ja niiden muuttamiseen ei ole yleensä pidetty vaihdannan kannalta tarkoituksenmukaisena. Osin tästä syystä esimerkiksi fideikomissi eli sääntöperintö, jolla tarkoitetaan testamenttia, jossa maaomaisuudesta määrätään perättäin useiden sukupolvien osalta, on PK 9:2:n nojalla kielletty.¹⁰ ”Kuolleiden käden” puuttuminen on kuitenkin rajallisesti sallittu esimerkiksi testamenttiin tai lahjakirjaan liittyvien luovutusrajoitusten osalta.

Erityisesti kiinteistöjä koskevien kompetenssinrajoitusten sivullissitovuuteen on suhtauduttu torjuvasti myös sen vuoksi, että yleisten taloudellisten näkököhtien on katsottu edellyttävän erityisesti niitä koskevien omistussuhteiden selkeyttä ja pysyvyyttä.¹¹

Edellisen omistajan määräysvaltaan on etenkin kiinteistöoikeudellisten suhteiden osalta suhtauduttu entistä tiukemmin. Tämä ilmenee MK:ssa kiristyneessä suhtautumisessa kiinteistön kaupassa sovittuihin omistajan kompetenssin rajoituksiin. Aiemmin niitä pidettiin sallittuina ainakin *inter partes*. MK-uudistuksen jälkeen ostajan kompetenssia rajoittavat ehdot eivät ole tiettyjä poikkeuksia lukuun ottamatta päteviä edes *inter partes*. Suhtautumista on perusteltu sillä, että omistajalla edellytetään olevan hänelle normaalisti kuuluvat oikeudet.¹²

Suhtautuminen on erisuuntaista MK:n (muunlaisia) erityisiä oikeuksia koskevan sääntelyn kanssa, jossa on omaksuttu ajatus kirjaamiskelpoisten erityisten oikeuksien tasa-arvoisuudesta omistusoikeuteen nähden sekä kirjaamiskelvottomienkin erityisten oikeuksien sitovuudesta niistä tietoista myöhempää luovutuksensaajaa kohtaan. Erisuuntaisuus ei kuitenkaan välttämättä merkitse, että suhtautuminen oikeuksien sitovuuteen olisi ristiriitaista. Suhtautumisen eron voidaan nimittäin nähdä johtuvan omistajan (luovutuksensaajan) asemaa rajoittavien oikeuksien syntytilanteiden erilaisuudesta. Luovutuksen yhteydessä perustettavien omistajan kompetenssia rajoittavien ehtojen sitomattomuuden taustalla voidaan nähdä ajatus pyrkiä suojaamaan luovutuksensaajaa hänen omistajan oikeuksiensa rajoittamiselta sopimustilanteessa. Voidaan ajatella,

⁷ *Mitchell* Am. Bankr. LJ 1986 s. 175.

⁸ *Bernitz* JJ 1988 s. 58.

⁹ *Mitchell* Am. Bankr. LJ 1986 s. 175.

¹⁰ Ks. lähemmin *Aarnio – Kangas* 2000 s. 38–39.

¹¹ Ks. esim. *Kartio* 1991 s. 202. Ks. myös *Havansi* 1979a s. 383 alav. 99.

¹² Ks. *HE* 1994:120 s. 46 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 67 ja s. 71. Ks. myös *Kartio* 1991 s. 204.

että sopimustilanteessa luovuttajan saattaa olla helppo sanella luovutukselle ehtoja, jotka ovat haitallisia luovutuksensaajan asemalle omistajana. Luovutuksen yhteydessä sovittujen ehtojen sitomattomuus turvaa tällöin luovutuksensaajan asemaa luovuttajaan nähden.¹³

Tilanne on erilainen silloin, kun on kysymys luovuttajan aiemmin perustamien erityisten oikeuksien sitovuudesta luovutustilanteissa. Tällöin omistajan (luovutuksensaajan) oikeuden rajoituksista on sovittu jo ennen luovutustilannetta. Oikeuden sitovuudella turvataan aikaisemman erityisen oikeuden haltijan asemaa luovutuksensaajaan nähden, joka on voinut ennakoita ottaa huomioon erityisen oikeuden vaikutukset omistajan asemaan.

Kompetenssinrajoitusehtojen sitomattomuuden perustelun kytkeminen ainakin osittain luovutuksensaajan aseman suojaamiseen luovuttajaan (ei sivullisiin) nähden tukee myös jäljempänä lähemmin perusteltavaa ajatusta siitä, että luottosopimuksen yhteydessä sovittujen luovutukseen liittymättömien kompetenssinrajoitusehtojen sitovuuteen ei ole perusteltua suhtautua samalla tavoin kuin luovutuksen yhteydessä sovittuihin kompetenssinrajoituksiin.

(2) *Kompetenssinrajoitusten haitallisuus omistajan oikeusaseman kannalta.* Kun omistajan kompetenssi on dynaamisen varallisuus-oikeuden mallissa omistusoikeuden keskeisin oikeutus, kompetenssinrajoitusten sitomattomuutta ja haitallisuutta omistajan oikeusasemalle voidaan perustella sillä, että mikäli kompetenssia rajoittavat ehdot sitoisivat sivullisia, omistaja menettäisi mahdollisuuden käyttää oikeutensa taloudellisesti tärkeää ulottuvuutta. Kompetenssinrajoitusehtoja on pidetty omistajan oikeusaseman kannalta epätarkoituksenmukaisina siksi, että niiden on nähty poistavan omistajalta mahdollisuuden hyötyä omaisuuden arvon noususta vaihdannassa. Omistaja ei voisi myöskään käyttää omaisuuttaan luoton vakuutena.¹⁴ Kompetens-

¹³ Eri asia on, tarvitseeko luovutuksensaaja tällaista suojaa luovuttajaan nähden. Voitaisiin nimittäin ajatella, että luovutuksensaajan määräämisvallan rajoitukset voitaisiin useimmiten ottaa huomioon esimerkiksi luovuttajalle maksettavassa vastikkeessa. Luovutuksensaajaa ei voida automaattisesti pitää sopimuksen heikompana osapuolena, jolla ei olisi mahdollisuuksia valvoa etujaan. Luovutuksensaajalla saattaa joissain tilanteissa päinvastoin olla verraten hyvä neuvotteluasema luovuttajaan nähden.

¹⁴ Pelkän luovutusrajoituksen on katsottu joissain tapauksissa saavan aikaan myös panttausrajoituksen. Panttaushan antaa myös viime kädessä pantinsaajalle mahdollisuuden saada panttirealisoinnilla aikaan omaisuuden hallintaoikeuden subjektin muutos. Luovutusrajoituksen on perusteltua saada aikaan myös panttausrajoitus etenkin silloin, kun panttauksella voitaisiin kiertää luovutusrajoitus. Ks. esim. *Hakulinen* 1965a s. 7 ja lakisääteisen luovutuskompetenssinrajoituksen osalta *Havansi* 1992a s. 89.

Vrt. AL:n aviopuolisoiden vallinnanrajoituksia koskevaa sääntelyä AL 38 ja 39 §:ssä. Kyseisten säännösten tarkoituksena on suojata perheen yhteisen asunnon hallintaa ja tosiasiallista käyttöä. Niiden mukaan aviopuolison suostumus vaaditaan toisen aviopuolison yksin omistaman yksinomaan tai pääasiallisesti yhteisenä kotina käytettäväksi tarkoitetun omaisuuden omistusoikeuden luovutukseen tai käyttöoikeuden perustamiseen siihen. Sen sijaan omistaja ei tarvitse aviopuolison lupaa tällaisen omaisuuden panttaukseen, vaikka myös panttaus voi johtaa asunnon tosiasiallisen käytön menettämiseen, jos velan maksu laiminlyödään ja vakuus realisoidaan saatavan suorittamiseksi. Lain esitöissä sääntelyä on perusteltu esimerkiksi sillä, että puolison suostumuksen vaatiminen panttaukseen ei turvaisi omaisuuden käytön säilymistä, sillä se ei kuitenkaan estäisi toista puolisoa velkaantumasta. Asunto-omaisuus voisi siten joutua täytäntöönpanon kohteeksi, vaikka se ei olisikaan puolison velan vakuutena. Ks. *HE 1986:62* s. 23–26, erit. s. 26. Ks. myös s. 54–59. Ks. kysymyksestä myös *Gottberg* 1997 s. 19–20, joka on todennut pankkien käytännössä usein vaativan myös panttaukseen toisen aviopuolison suostumuksen.

sinrajoitusehtojen on tällä tavoin katsottu estävän omistajan mahdollisuuden tarvittaessa saada varoja omaisuutensa hoitoon antamalla omaisuuttaan vakuudeksi tai myymällä omaisuuttaan.¹⁵ Lisäksi on esitetty, että omistajalta puuttuva mahdollisuus hyötyä omaisuuden arvosta vaihdannassa saattaa johtaa siihen, että omistaja ei enää ryhdy omaisuutensa arvoa parantaviin tai edes sitä säilyttäviin toimiin, vaikka hänellä olisikin siihen taloudellisia mahdollisuuksia.¹⁶

(3) *Kompetenssinrajoitusten haitallisuus velkojen oikeusaseman kannalta.* Kompetenssinrajoitusehtoja on pidetty haitallisina dynaamisen varallisuus oikeuden mallissa myös velkojen oikeusaseman kannalta. Salliva suhtautuminen kompetenssinrajoitusehtojen sivullissitovuuteen voisi mahdollistaa sen, että velallisen omaisuutta ei voitaisi käyttää velkojen saatavien tyydyttämiseksi. Näin olisi, jos kompetenssinrajoitukset aiheuttaisivat UL 4:9.2:n mukaan ulosmittauskelvottomuuden. UL 4:9.2:n nojalla ainoastaan luovutuskelpoiset oikeudet kuuluvat ulosmittattavaan omaisuuteen. Samoin velallisen konkurssivarallisuus koostuu KS 45.1 §:n mukaan ainoastaan tällaisista oikeuksista. Voidaan ajatella, että mikäli omistajalla on varallisuutta, jota koskee esimerkiksi sopimukseen perustuva luovutusrajoitus, varallisuus ei ole luovutuskelpoinen.

Tämä aiheuttaisi vaikeuksia luotonannossa, vaihdannassa ja tuotannossa. Mikäli kompetenssinrajoitus aiheuttaisi ulosmittauskelvottomuuden ja mikäli rajoituksia käytettäisiin; potentiaalisten luotonantajien halu ryhtyä velaksiantoon vähenisi. Tästä seuraisi sekä luotonannosta pidättymistä että luoton ehtojen huonontumista luotonarviointijoiden kannalta, kun luotonantaja siirtäisi luottotappioriskiään näiden kannettavaksi. Luotonannosta pidättäminen voisi myös erilaisin heijastusvaikutuksin haitata vaihdantaa, mikäli luotolla on ollut esimerkiksi tarkoitus hankkia tuotantotoiminnassa tarvittavia koneita tai laitteita. Luoton saamatta jääminen tai sen ehtojen heikentyminen voisi johtaa siihen, että kyseisiä laitteita ei hankittaisi, mistä puolestaan voisi seurata, että tuotteita ei valmistettaisi edelleen myytäväksi.

Velkoihin kohdistuvien oikeusvaikutusten osalta oikeuskirjallisuudessa on etenkin irtaimisto-oikeudessa pidetty luovutuksen yhteydessä perustettujen kompetenssinrajoitusten suhteen keskeisenä jakoa vastikkeettomien ja vastikkeellisten luovutusten yhteydessä sovittujen rajoitusten välillä. Vastikkeettomiin luovutuksiin liittyviin kompetenssinrajoituksiin on suhtauduttu tällöin sallivammin kuin vastikkeellisiin luovutuksiin liittyviin kompetenssinrajoituksiin. Kiinteistöjä koskevien kompetenssinrajoitusten sivullissitovuuteen on suhtauduttu joka tapauksessa torjuvasti. Torjuvan suhtautumisen perusteena on ollut jo edellä mainittu MK:n lainsäädäntöratkaisujenkin taustalla näkyvä ajatus omistussuhteiden selkeyden ja pysyvyyden erityisestä merkityksestä kiinteistöjen osalta. Tässä yhtey-

¹⁵ Hakulinen 1965a s. 7.

¹⁶ Mitchell Am. Bankr. LJ 1986 s. 175.

dessä se tarkoittaa, että omistajalla edellytetään olevan tähän oikeusasemaan normaalisti kuuluvat oikeutukset määrätä kiinteistöstä, olipa hän saanut sen vastikkeettomalla tai vastikkeellisella luovutuksella.¹⁷

Irtaimen vastikkeettoman luovutuksen yhteydessä perustetun kompetenssinrajoituksen ei ole katsottu loukkaavan velkojen intressejä, vaikka se aiheuttaisikin omaisuuden ulosmittauskelvottomuuden. Ajatus perustuu siihen, että tällöin velallisen omaisuus on lisääntynyt varallisuudella, josta velallinen ei ole maksanut vastiketta eikä esimerkiksi luotonantajien ole ollut perusteltua ottaa huomioon tällaista varallisuutta arvioidessaan mahdollisuuksia saada suoritus saamiselleen velalliselta.¹⁸ Salliva suhtautuminen perustuu osin myös siihen, että lahjanantajan tahdon kunnioittamista on pidetty tärkeänä, jotta lahjoituksiin ylipäänsä ryhdyttäisiin. Vastikkeettoman luovutuksen yhteydessä sovitun (inter partes sitovan) kompetenssinrajoituksen onkin nyttemmin lähtökohtaisesti katsottu olevan tehokas ulosmittaus- ja konkurssivelkoja kohtaan.¹⁹ Tällaisiin ehtoihin on katsottu velkojakollisissa voitavan soveltaa aikaprioriteettiperiaatetta.

Irtaimen vastikkeellisen luovutuksen yhteydessä sovitun luovutuskompetenssinrajoituksen voidaan sen sijaan yleensä nähdä loukkaavan velkojen intressejä. Tällaisissa tilanteissa on useimmiten kysymys siitä, että velallisen (vastikkeeksi antamaa) ulosmittauskelpoista omaisuutta on vaihtunut ulosmittauskelvottomaksi omaisuudeksi. Tämän vuoksi kirjallisuudessa on vallinnut yksimielisyys siitä, että vastikkeelliseen luovutussopimukseen perustuvat kompetenssinrajoitukset eivät

¹⁷ Kiinteistöjä koskevien omistussuhteiden selkeydelle ja pysyvyydelle annettu merkitys tulee esiin myös esimerkiksi verrattaessa toisiinsa MK:n sääntelyä yhtäältä lykkäävien ja purkavien ehtojen osalta ja toisaalta takaisinosto- ja lunastusehtojen osalta. Ks. tästä kysymyksestä jaksossa II 7.2.2. esitettävää.

¹⁸ Vaikka luotonantajien, joilla ei vakuuksia, ei olekaan perusteltua luottaa velallisella luotonantohetkellä olevaan omaisuuteen luoton takaisinmaksun perustana, heidän on kuitenkin perusteltua luottaa siihen, että velallisen arvioituja tulevia tuloja ja niillä hankittua omaisuutta voidaan käyttää luoton takaisinmaksun perustana.

Aikaisemmin esimerkiksi julkivarmistuksen merkitystä on perusteltu sillä, että se auttaa potentiaalista luotonantajaa selvittämään luottopäätöstä tehtäessä velallisen luottolegitimaation. Koska esimerkiksi irtaimen panttaus edellyttää traditiota, velkoja voi olettaa, että velallisen hallinnassa oleva omaisuus on käytössä hänen velkojensa suorittamiseen. Kirjallisuudessa (ks. esim. *Tuomiston* 1988 s. 104 alav. 2 mainitsemää kirjallisuutta) on usein esitetty, että mikäli julkivarmistusta ei vaadittaisi, velkoja ei voisi olla varma, mitä velallisen omaisuutta voidaan käyttää luottoarvioinnin pohjana.

Tällä julkivarmistuksen perustelulla ei kuitenkaan ole käytännössä merkitystä. Ensinnäkin tällaiseen luottoarviointiin joutuisivat turvautumaan lähinnä vakuudettomat velkojat (tosin vakuuden perustamisenkin yhteydessä tehtävää harkintaa pantin riittävydestä saatavan suoritukseen voitaneen osittain pitää luottolegitimaation selvittämisenä). Tällöin luottopäätöksen tekeminen kuitenkin perustuu tai ainakin sen tulisi perustua velallisen tulevaisuudennäkymiin eikä tämän senhetkiseen omaisuuteen (ks. tästä jo *Arnholm* 1962 s. 16). Toiseksi vakuudettomat velkojat ovat usein muita kuin luotonantajia, esimerkiksi vahingonkorvausvelkojia, eivätkä he tällöin ole pystyneet valikoimaan velallistaan tämän varallisuuden perusteella. Kolmanneksi luottoajan ollessa pitkä luottoarviointi ei myöskään kerro, millainen velallisen omaisuusmassa on luotonmaksun tullessa ajankohittaiseksi.

¹⁹ Ks. esim. *Kartio* 1991 s. 203, *Havansi* 1992a s. 93 ja *Håstad* 1996 s. 449. Vrt. *Hakulinen* 1965a s. 6.

voi sitoa ulosmittaus- ja konkurssivelkoja.²⁰ Niiden osalta velkojakollisioissa sovelletaan sitomattomuusperiaatetta. Poikkeusta tähän eivät muodostane edes tilanteet, joissa luovutusrajoitus on tehty myyjän intressissä eikä sillä ole tarkoitettu loukata luovutuksensaajan velkojen etuja.²¹ Esimerkiksi Ruotsissa uudempi oikeuskäytäntö on asettunut kannalle, jonka mukaan ulosmittausvelkoja eivät sido sen paremmin ostajan kuin myyjänkään intressissä sovitut kompetenssinrajoitukset.²²

Pelkkää omistajan henkilöluottokompetenssin rajoitusta eli sopimukseen tai muuhun oikeustoimeen perustuvaa omaisuuden ulosmittausta koskevaa rajoitusta ei ole pidetty ulosmittaus- ja konkurssivelkoja sitovana, olipa se sitten perustettu vastikkeettoman tai vastikkeellisen luovutuksen yhteydessä. Siihen sovelletaan velkojakollisioissa sitomattomuusperiaatetta. Tämä johtuu siitä, että luovutus-toimen osapuolilla ei ole minkäänlaista henkilökohtaista intressiä sopia tällaisesta rajoituksesta. Sen ainoa funktio on siten saattaa omaisuutta velkojen ulottumattomiin.²³

Omistajan panttauskompetenssia rajoittavan ehdon osalta näille velkojiensuoja-näkökohdille on perusteltua antaa merkitystä ainoastaan siinä tapauksessa, että panttauskompetenssinrajoituksen tulkitaan aiheuttavan myös luovutuskompetenssinrajoituksen. Vaikka pelkkä panttauskompetenssinrajoitus estää omaisuuden käytön luoton vakuutena eli omistajan reaaliuottokompetenssin käytön, se ei kuitenkaan estä omistajan henkilöluottokompetenssin käyttöä eli omaisuuden realisointia saamisen suorittamiseksi. Tämän vuoksi ulosmittaus- ja konkurssivelkojat ovat joka tapauksessa suojattuja riippumatta siitä, miten ehtojen lähtökohtaiseen sivullissitovuuteen muutoin suhtaudutaan. Samojen periaatteiden on kuitenkin katsottu pätevän sekä luovutuskompetenssin että panttauskompetenssin rajoituksiin.²⁴ Suhtautumista panttauskompetenssinrajoituksiin on tällöin perusteltava muilla kuin velkojiensuojaan liittyvillä oikeuspoliittisilla näkökohdilla.

(4) *Kompetenssinrajoitusten haitallisuus seuraajien oikeusaseman kannalta.* Dynaamisen varallisuus oikeuden mallissa sitomattomuusperiaatetta voidaan perustella myös myöhempien luovutuksensaajien ja muiden seuraajien suojalla.

²⁰ Ks. esim. *Hakulinen* 1965a s. 7, *Kartio* 1991 s. 203, *Havansi* 1992a s. 93–94 ja *sama* 2000 s. 60. Ruotsin oikeuden osalta ks. esim. *Hessler* 1973 s. 465–467 ja *Håstad* 1996 s. 450–451.

Hakulinen on kiinnittänyt huomiota siihen, että velkojan asemassa voivat olla paitsi luotonantajat myös ei-vapaaehtoisesti velkojaksi joutuneet, kuten esimerkiksi vahingonkorvausvelkojat, joiden saaminen velalliselta on syntynyt joko tämän huolimattomuuden tai peräti rikollisen teon johdosta. Kompetenssinrajoituksen sitovuus aiheuttaisi sen, että myöskään nämä velkojat eivät saisi perittyä saataviaan velallisen omaisuudesta. Ei-vapaaehtoisesti velkojaksi joutuneiden aseman on pohjoismaisessa kirjallisuudessa tuonut esiin myös *Brækhus* esim. 1994 s. 199–200. Ei-vapaaehtoisten velkojen aseman huomioon ottamisella on keskeinen merkitys myös oikeustaloustieteellisessä argumentoinnissa. Näihin argumentteihin palataan jäljempänä jaksossa II 5.4.4.

²¹ Tällaista poikkeusmahdollisuutta ovat esittäneet *Ellilä* 1970 s. 348–349 ja *Halila – Havansi* 1986 s. 126–127.

²² Ks. *NJA* 1974 s. 376 ja *NJA* 1993 s. 468. Ks. myös *Håstad* 1996 s. 450–451.

²³ *Kartio* 1991 s. 203, *Håstad* 1996 s. 449.

²⁴ Ks. esim. *Hessler* 1973 s. 463.

Lähtökohtaisesti voitaisiin tosin ajatella, että muilla kuin velkojilla ei ole yleisesti ottaen tarvetta siihen, että omistajalla on oikeus disponoida omaisuudestaan. Velkojilla tämä tarve on siksi, että kun omistaja voi määrätä omaisuudestaan, se vastaa myös hänen veloistaan. Muilla kuin velkojilla ei ole omistajalta saatavaa, jonka periminen tulisi luotonannon edistämiseksi turvata.²⁵ Suhtautuminen kompetenssinrajoitusten sitovuuteen seuraajiin nähden on kuitenkin ollut samansuuntaista kuin velkojakollisioissa. Vastikkeettomaan luovutukseen liitettyä kompetenssia rajoittavaa ehtoa on pidetty sitovana seuraajaa kohtaan. Vastikkeellisessa luovutuksessa puolestaan kompetenssinrajoitusten ei ole katsottu lähtökohtaisesti olevan sitovia.²⁶

Sitomattomuuden ottamista lähtökohdaksi voidaan seuraajien intressien osalta perustella sillä, että vaihdannan ja luotonannon joustavuus edellyttää, että sivullinen voi lähtökohtaisesti luottaa omistajan kompetenssin olemassaoloon. Koska kelpoisuus vakuuden antamiseen on omistajalle normaalisti kuuluva oikeus, sivullisten on voitava luottaa siihen, että tämä oikeus on yksittäistapauksissakin olemassa. Seuraajien intressien huomioon ottamiseksi on perusteltua ainakin, että he voivat ennakoida tilanteen, jossa normaali kompetenssi puuttuu. Sivullisten suojan intressin huomioon ottaminen vaatisikin vähintään, että omistusoikeuteen normaalisti kuuluvan kompetenssin puuttuminen olisi mahdollista havaita.²⁷ Kompetenssinrajoitusten voidaan tällöinkin nähdä haittaavan vaihdantaa ja luotonantoa seuraajien osalta niin, että nämä joutuisivat aina varmistamaan, onko luovuttaja oikeutettu tekemään panttaus- tai luovutusoikeustoimen. Mikäli kompetenssinrajoitusehdot sallittaisiin ja niiden sivullissitovuuteen suhtauduttaisiin hyväksyvästi, yhteiskunnallisesti merkittävät transaktiokustannukset lisääntyisivät, kun sivulliset joutuivat selvittämään, millaisia toimintarajoituksia kulloinkin on olemassa.

5.3. ARGUMENTTIEN PAIKKANSAPITÄVYYDESTÄ TUTKIMUSKOHTEN OSALTA

Argumentit, joilla on perusteltu kielteistä suhtautumista luovutuksen yhteydessä sovittuihin kompetenssinrajoituksiin, eivät välttämättä päde silloin, kun kompetenssinrajoitukset on sovittu luotonannon yhteydessä. Voidaan nimittäin katsoa, että tällaiset kompetenssinrajoitukset eivät loukkaa vaihdannan intressejä edellä esitetyllä tavalla vaan pikemminkin edistävät niiden toteutumista. Tämä johtuu siitä, että toimintaympäristö, jossa kompetenssinrajoitusehtoja käytetään luotonannon yhteydessä, eroaa toimintaympäristöstä, jossa ehtoja käytetään kauppasopimuksen yhteydessä.

²⁵ *Håstad* 1996 s. 451.

²⁶ Ks. esim. *Kartio* 1991 s. 202–203 ja *Havansi* 1992a s. 93. Oikeuskäytännöstä vastikkeellisen luovutuksen yhteydessä sovitun kompetenssinrajoituksen osalta ks. KKO 1969 II 3.

²⁷ Ks. *Håstad* 1996 s. 451.

Yhdysvaltalaisessa oikeuskirjallisuudessa *Mitchell* on pohtinut luovutuksen yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten sivullisittovuutta koskevien oikeuspoliittisten argumenttien soveltuvuutta luotonannon yhteydessä sovittuihin kompetenssinrajoituksiin. Hän on päätenyt siihen, että edellisiä koskevat argumentit eivät sovi jälkimmäisiin.²⁸ *Mitchellin* esittämiä näkökohtia hyödynnetään myös tässä tutkimuksessa. Esimerkiksi saksalaisessa kirjallisuudessa ei sen sijaan ole tehty eroa luovutusten yhteydessä ja luottosopimusten yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten välillä.²⁹ BGB 137 §:n sisältämää omistajan kompetenssia rajoittavien ehtojen sivullisittovuuden kieltoa ei ole kyseenalaistettu.³⁰

Etenkään edellä esitetyt *yleiset taloudellisen vaihdannan ja luotonannon edistämiseen ja omistajan oikeusasemaan liittyvät argumentit eivät päde luotonannon yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten osalta*. Luotonannon yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten tarkoituksena ei ole saattaa omaisuutta lopullisesti vaihdannan ulkopuolelle. Omistajan sidonnaisuus olla määräämättä omaisuudestaan oikeudellisesti jatkuu ainoastaan luoton juoksuajan. Tänäkin aikana omistaja tosiasiaassa käyttää omaisuuttaan luoton vakuutena, kun sovittu kompetenssinrajoitus saattaa mahdollistaa luotonannon, jota yrityksen ei olisi mahdollista saada ilman rajoitukseen sitoutumista. Kompetenssinrajoituksesta sopiminen mahdollistaa velallisen pääoman lisäyksen, mikä yleensä lisää velallisen kilpailukykyisyyttä.³¹

²⁸ *Mitchell* Am. Bankr. LJ 1986.

²⁹ Ks. *Merkel* 1985 s. 42–43.

³⁰ BGB 137 §: ”Die Befugnis zur Verfügung über ein veräußerliches Recht kann nicht durch Rechtsgeschäft ausgeschlossen oder beschränkt werden. Die Wirksamkeit einer Verpflichtung, über ein solches Recht nicht zu verfügen, wird durch diese Vorschrift nicht berührt.” Sen sijaan BGB 1136 §:ää, jonka mukaan omistajan oikeudellisen määräämisvallan rajoitukset ovat myös inter partes pätemättömiä silloin, kun rajoitus tapahtuu kiinteän omaisuuden panttivelkojan hyväksi, vastaan on esitetty kritiikkiä, ks. esim. *Harries* WM 1978 s. 1146. BGB 1136 §:stä ks. lähemmin *Soergel – Konzen* 1990 s. 1364.

BGB 137 § ja numerus clausus -järjestelmä liittyvät olennaisesti yhteen. BGB 137 § on otettu lainsäädäntöön tarkoituksessa varmentaa esineoikeudellisen tyyppipakkoperiaatteen noudattaminen. Sekä BGB 137 §:ää että numerus clausus -järjestelmää on perusteltu samoilla oikeuspoliittisilla näkökohdilla, ks. esim. *Staudinger* 1957 s. 785–788, *Liebs* AcP 1975 s.10–12, s. 23–26 ja s. 33–40 sekä *Soergel – Hefermehl* 1988 s. 908. Ks. myös *Adams* 1980 s. 14–15, *Merkel* 1985 s. 42–43 ja *sama* IBLJ 1987 s. 676. Ks. lisäksi *Wirlander* 1980 s. 10–12.

³¹ Ks. myös *Mitchell* Am. Bankr. LJ 1986 s. 175. Tämän argumentin pätevyyttä harkittaessa on kuitenkin otettava huomioon (luotto)markkinoiden kehittyneisyyden aste: vain riittävän kehitystason (taloudellisen tasapainoisuuden) saavuttaneilla markkinoilla on mahdollista saada luottoa ilman vakuuksia ja vain tällöin vakuudenantokiellolla voi olla vastaava positiivinen merkitys luotonsaantiin kuin vakuudella. Tätä taustaa vasten on ymmärrettävä esimerkiksi Euroopan jälleenrakennus- ja kehityspankin EBRD:n entisille Itä-Euroopan sosialistisille maille laatima vakuuksia koskeva mallilaki (*Model Law on Secured Transactions*). Mallilain mukaan esimerkiksi panttioikeus on pätevä huolimatta velallisen sopimuksesta olla panttaamatta omaisuuttaan. Epävakaa taloudellisen tilanteen vuoksi vakuusvelkojan asema on mallilaissa muutoinkin verraten vahva. Mallilaista ks. myös jäljempänä jaksossa II 5.4.3. esitettävää.

Luottomarkkinoiden kehittyneisyyden ohella argumentin pätevyyttä harkittaessa on kiinnitettävä huomiota myös kysymykseen siitä, millaisia keinoja luotonantajan aseman turvaamisessa kyseisillä

Samalla tavalla esimerkiksi luovutuksen yhteydessä sovittua lykkäävää (omistuksenpidätys)ehtoa ja purkavaa (takaisinotto)ehtoa voidaan pitää vaihdannan intressien kannalta perusteltuina ja hyväksyttävänä vakuuskeinoina, sillä ne mahdollistavat omaisuuden siirtymisen ostajalle tämän kompetenssinrajoitusta vastaan aikaisemmin kuin se olisi ollut mahdollista ilman kompetenssinrajoitusta.³²

Toisin kuin panttauskompetenssinrajoitusehdon tuottamaa oikeutta omistuksenpidätysen velkojalle perustamaa oikeutta on yleisesti pidetty tarkoituksenmukaisena oikeutena. Tämän vuoksi on katsottu lähtökohtaisesti olevan perusteltua, että omistuksenpidätysehto sitoo sivullisia, vaikka se rajoittaakin omistajan kompetenssia samoin kuin panttauskompetenssinrajoitusehto.³³ Eri-laista suhtautumista on perusteltu esimerkiksi sillä, että panttausrajoitus voi olla sovittu rajoittamattomaksi ajaksi toisin kuin omistuksenpidätysehto, joka on tarkoitettu vain luottosuhteen kestäväksi välitilaksi.³⁴ Luottosopimuksen yhteydessä sovitut kompetenssinrajoitukset eivät kuitenkaan tässä yhteydessä eroa tarkoitukseltaan omistuksenpidätys ehdosta. Niitä käytetään samoin luoton saannin helpottamiseksi ja tietyn välitilan aikana.

Luovutukseen liittyvien kompetenssinrajoitusehtojen osalta esitetty ajatus, jonka mukaan niihin tulee suhtautua kielteisesti, koska ne mahdollistavat, että joku muu kuin nykyinen omistaja voisi määrätä varallisuuskohteesta, ei päde panttauskompetenssia luotonannon yhteydessä rajoittavien ehtojen osalta. Silloin kun kaupalliset yritykset sitoutuvat luoton ehtona olemaan perustamatta panttioikeutta omistamaansa kiinteistöön, ei ole lainkaan kysymys tilanteesta, jossa varallisuuskohteen aiempi omistaja (edellä mainittu ”kuolleiden käsi”) ulottaisi otteensa vaihdan-

markkinoilla on tapana käyttää. Tämä kysymys saattaa kyllä usein samastua markkinoiden kehittyneisyyden asteen kanssa. Luotonantajien aseman turvaamista koskevien traditioiden muodostumiseen on saattanut kuitenkin osaltaan vaikuttaa paitsi taloudellinen myös oikeudellinen ympäristö, jonka puitteissa markkinat toimivat. Esimerkiksi Yhdysvalloissa ja Englannissa vallinnut traditio yksityiskohtaisten sopimusten tekemisestä, joka tuottaa jo lähtökohtaisesti suomalaista järjestelmää paremman valmiuden käyttää muitakin luotonantajien turvakeinoja kuin vakuuksia, on saattanut perustua paitsi kehittyneisiin markkinoihin myös common law -oikeusjärjestelmään.

³² Ks. esim. *Havansi* 1992a s. 521–522 erityisesti suhteessa vakuusluovutukseen sekä erityisesti irtaimen osalta *Tuomisto* 1988 s. 97–100 ja s. 102–120.

³³ Lykkäävä ja purkava ehto on asetettu perinteisesti eri asemaan: lykkäävään omistuksenpidätys-ehtoon on suhtauduttu sallivasti, kun taas purkavaa ehtoa on pidetty haitallisena. Haitallisuutta on perusteltu omistussuhteiden selkeyteen ja pysyvyyteen liittyvin argumentein. Ks. erityisesti kiinteistöjen osalta esim. *Paasto OTJP* 1985 s. 267–334. Suhtautumisen eroavaisuudelle ei kuitenkaan ole olemassa asiallisesti kestäviä perusteita: molemmat ehdot aiheuttavat samanlaisen välitilan omistajanvaihdoksessa. Kiinteistöjen osalta MK 2:2:ssä ehdot onkin rinnastettu toisiinsa.

Myös irtaimen kohdistuvien ehtojen osalta yhdenmukainen suhtautuminen on perusteltua. Ks. kysymyksestä *Tuomisto* 1988 s. 166–181 ja erityisesti kritiikkinä ratkaisuun KKO 1983 II 132 *Tepora* 1984 s. 198–206 ja *Havansi* 1992a s. 522–524 ja s. 527. MK:ssa tehty ehtojen rinnastus kiinteistöjen osalta tukee oikeuskirjallisuuden suosittaman kannan omaksumista myös irtaimen kaupassa siltä osin kuin tilanne on avoin.

Irtaimen kohdistuva purkava takaisinottoehto ja lykkäävä omistuksenpidätysehto on rinnastettu toisiinsa myös MK 14:4:n mahdollistaman myyjän oikeuden kirjaamisvelvollisuuden osalta. Molemmat ehdot voivat kirjaamisen perusteella saada suojaa ostajan velkojia ja myöhempiä kiinteistön luovutuksensaajia ja muita oikeudenhaltijoita kohtaan. Ks. myös *Tuomisto* JJ 1998 s. 340–341.

³⁴ *Hessler* 1973 s. 467.

taan.³⁵ Sen sijaan erityisehtojen käyttö yleensä kyllä merkitsee rahoittajan mahdollisuutta jossain määrin puuttua rahoitettavan yrityksen toimintaan. Tätä mahdollisuutta on kuitenkin tarkasteltava eri pohjalta kuin edellisen omistajan määräysvaltaa omaisuuteen muussa tarkoituksessa kuin turvata maksamatta oleva kauppahintasaatava. Rahoittajan määräysvalta velallisyhtiön omaisuuteen on taloudelliselta kannalta perusteltu, koska rahoittajalla on intressiä valvoa velallisen mahdollisuuksia maksaa takaisin saatu luotto.³⁶

Argumentti, jonka mukaan kompetenssinrajoitus ja omistajalta sen vuoksi puuttuva mahdollisuus hyötyä omaisuuden arvon noususta johtaisi siihen, että omistaja ei olisi enää kiinnostunut omaisuuden arvon säilyttämisestä, ei luottosopimuksen yhteydessä perustettujen kompetenssinrajoitusehtojen osalta pidä paikkaansa. Kuten jo edellä todettiin, mahdollisuus hyötyä omaisuuden arvon noususta puuttuu omistajalta vain rajallisen ajan. Koska velallinen on rationaalisesti toimiva liikeyritys, se tuskin antaa omaisuutensa huonontua vain sillä perusteella, että sen omaisuutta ei voida antaa pantiksi tai luovuttaa ennen kuin luotto on maksettu takaisin.³⁷ Luottosopimusten yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusehtojen osalta ei myöskään ole juuri olemassa riskiä siitä, että ne johtaisivat varallisuuden keskittymiseen.³⁸

Luottosopimuksen yhteydessä sovittavat kompetenssinrajoitukset mahdollistavat, että velallinen käyttää omaisuuttaan tehokkaasti. Paitsi että velallinen voi hyödyntää sen käyttöfunktia, hän voi samanaikaisesti hyödyntää sen rahoitusfunktia eli käyttää sitä luotonsaannin mahdollistamiseen.³⁹ Omistaja voikin hyötyä luotonannon helpottumisesta sitoutumalla olemaan käyttämättä reaaliuotokompetenssiinsa kuuluvaa panttauskompetenssia. Omistajan luottosopimuksen yhteydessä tapahtuva kompetenssista luopuminen luottosuhteen ajaksi on vaihdannan näkökulmasta eri asia kuin sen lopullinen puuttuminen luovutusoikeustoimen ehtona olevan kompetenssinrajoituksen johdosta jo alunperin.

Velkojiensuoja huomioon ottaen on kuitenkin perusteltua, että luottosopimukseen perustuvat kompetenssinrajoitukset eivät estä suorituksen saamista velallisen omaisuudesta eli että sopimukseen perustuva kompetenssinrajoitus ei aiheuta ulosmittauskelvottomuutta. Velkojakollisoiden ratkaisussa on perusteltua noudattaa sitomattomuusperiaatetta. Sopimukseen perustuvat luovutuskompetenssinrajoitukset eivät pääsääntöisesti saa aikaan omaisuuden luovutuskelvottomuutta UL 4:9.2:n mukaan.⁴⁰ Se, että yleinen velkojataho ei saisi suoritusta velallisen omai-

³⁵ Ks. myös *Mitchell* Am. Bankr. LJ 1986 s. 175.

³⁶ Tähän liittyvä oma kiintoisa ja tärkeä kysymyksensä on, millainen on rahoittajan vastuu yhtiön toimista, joihin se ryhtyy tai on ryhtymättä rahoittajan määräysvallan johdosta. Kysymys jää tutkimuksen ulkopuolelle.

³⁷ Ks. myös *Mitchell* Am. Bankr. LJ 1986 s. 175.

³⁸ *Mitchell* Am. Bankr. LJ 1986 s. 175.

³⁹ Ks. myös *Mitchell* Am. Bankr. LJ 1986 s. 175.

⁴⁰ Ks. myös *Hakulinen* 1965a s. 7, jonka mukaan UL 4:9.2:n kiellosta ei voi päätellä, että sopimukseen perustuvilla kielloilla olisi siinä säädetty vaikutukset.

suudesta, ei edes ole luottosopimusten yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten tarkoitus. Rajoituksen tarkoituksena on vain turvata, että varallisuutta ei ole saatettu vakuudettomien velkojen ulottumattomiin panttausoikeustoimilla.

Velkojen suojan kannalta on lisäksi huomattava erityisesti, että yleisellä velkojajataholla on aina sitä vähemmän mahdollisuuksia saada suoritus velallisen omaisuudesta, mitä enemmän velallinen on käyttänyt panttauskompetenssiaan. Myös panttioikeuden runsas käyttö vähentää muiden velkojen saamisen suoritukseen tosiasiaassa käytössä olevaa velallisen omaisuutta.

Seuraajien eli pantinsaaajien ja luovutuksensaaajien suoja vaatii, että myös luottosopimuksen yhteydessä sovittu kompetenssinrajoitus edellyttää sitoakseen ainakin, että näillä seuraajatahoilla on ollut mahdollisuus saada siitä tieto. Dynaamisen varallisuus oikeuden mallin toimivuus edellyttää, että seuraajien luottamusta omistajalla normaalisti olevan oikeuden olemassaoloon suojataan. Seuraajan tieto voi perustua joko siihen, että kompetenssinrajoitus on mahdollista kirjata, tai siihen, että sivullinen on muutoin saanut tiedon rajoituksesta. Myös taloudellisesta näkökulmasta toimintavapauden rajoitukset on nähty mahdollisiksi, kun rajoitus kirjataan julkiseen rekisteriin tai kun rajoituksesta tietämätön ulkopuolinen ei ole sidottu siihen.⁴¹

Vaikka kompetenssinrajoitusten sitovuus kytkettäisiin vain tilanteeseen, jolloin seuraajalla olisi niistä tieto, niiden salliminen toki häittäisi vaihdantaa aiheuttamalla epävarmuutta ja lisäämällä kustannuksia näille sivullistahoille. Tällaista häittää aiheuttavat kuitenkin mitkä tahansa oikeudet, jotka sitovat sivullisia, joten yksin tämä peruste ei riitä kompetenssinrajoitusten sivullissitovuuden epäämiseen. Kun dynaamisen varallisuus oikeuden mallissa kuitenkin pidetään tärkeänä sitä, että vain tarkoituksenmukaiset oikeudet sitovat sivullisia, on harkittava, ovatko sivullissitovuudesta aiheutuvat haitat oikeuden sivullissitovuudesta aiheutuvia hyötyjä suuremmat.

Yleiset näkökohdat, joilla kompetenssinrajoitusten haitallisuutta vaihdannalle on perusteltu, eivät päde luottosopimuksen yhteydessä perustettuihin kompetenssinrajoituksiin. Luotonantoon liittyvät kompetenssinrajoitukset poikkeavat useassa suhteessa tarkoitukseltaan olennaisesti luovutuksen yhteydessä sovitusta kompetenssinrajoituksista. Niiden käytöllä ei estetä kokonaan omistajan mahdollisuutta käyttää omaisuuttaan helpottamassa luoton saamista, vaan ne ovat esimerkiksi panttioikeudelle vaihtoehtoinen keino edistää luoton saantia. Tämän vuoksi luotonannon yhteydessä sovittuja panttauskompetenssinrajoituksia ei voida pitää epätarkoituksenmukaisena pelkästään sillä perusteella, että niiden käyttö häittäisi luotonantoa. Mahdollistamalla omistajalle molempien luotonantoa edistävien vaihtoehtojen käyttäminen vahvistettaisiin myös omistajan vapautta määrätä omaisuudestaan haluamallaan tavalla.⁴²

⁴¹ Ks. *Adams* 1980 s. 13–16 ja s. 107–109. Adamsin esittämät argumentit ovat yleisesti tuttuja esineoikeudellisen tyyppipakon ja oikeuksien rajallisen sivullissitovuuden perusteina. Hän on vain tuonut ne esiin totuttua selkeämmin taloudellisesta kontekstista lähtevinä.

⁴² Ks. esim. *Bjerre* Cornell LR 1999.

Sopimusperusteisten kompetenssinrajoitusten haitallisuuden argumenttiarvoa sivullissitovuuden epäämisen tukena vähentää tietyin osin myös se varallisuus-oikeudellinen tendenssi, jonka mukaan oikeudenhaltijoiden (esimerkiksi omistajan) oikeuksiin, kuten esimerkiksi panttauskompetenssiin, saattaa erilaisissa vaihdantatilanteissa kohdistua rajoituksia ilman nimenomaista sopimustakin. Tällaiset toimivien markkinointien edellyttämät rajoitukset perustuvat henkilön asemaan ja hänen huolenpitovelvollisuuteensa (lojaliteettivelvollisuuteensa) vaihdannan osapuolena.⁴³

Myös muiden muussa kuin luovutustilanteessa sovittujen kompetenssinrajoitusten osalta voidaan usein osoittaa, että luovutuksen yhteydessä sovittuja kompetenssinrajoituksia silmällä pitäen lausutut argumentit siitä, että rajoitusten sivullissitovuus loukkaisi vaihdannan intressejä, eivät pidä paikkaansa. Kirjallisuudessa on käsitelty etenkin argumenttien soveltuvuutta osakassopimuksiin liittyviin panttaus- ja luovutuskompetenssinrajoituksiin.⁴⁴ Panttaus- ja luovutuskompetenssinrajoituksia sisällytetään myös yritysten johdolle ja henkilökunnalle annettaviin optio-oikeuksiin. Optiotodistuksiin saattaa sisältyä kielto luovuttaa tai pantata niitä ilman yhtiön lupaa ennen kuin osakemerkintä alkaa. Kiellon tarkoituksena on toteuttaa optioiden tarkoitusta sitoa optionsaaja yhtiöön niin, että ne toimivat kannustimena paremman tuloksen saavuttamiseen. Mikäli kielto ei olisi sitova ja yhtiön johtoon kuuluva voisi luovuttaa tai pantata oikeutensa, optioiden tarkoitus ei toteutuisi, koska niistä koituvan hyödyn saisi muu taho kuin henkilö, joka voisi vaikuttaa toiminnallaan yhtiön tulokseen. Kiellon sitovuus myöhempiä luovutussenssaaajia tai pantinsaaajia kohtaan kuitenkin edellyttää, että nämä tiesivät tai että näiden ainakin olisi pitänyt kiellosta tietää.⁴⁵

5.4. ERITYISESTI KOMPETENSSINRAJOITUSEHDON SUHTEESTA PANTTIOIKEUDEN TARKOITUKSEN MUKAISUUTEEN

5.4.1. Yleistä

Luottosopimuksen yhteydessä sovittavat kompetenssinrajoitukset ovat usein vaihtoehtona panttioikeuden perustamiselle. Kompetenssinrajoitusten käyttö saattaa

⁴³ Ks. tällaisista rajoituksista lähemmin hyvän tavan merkitystä koskevaa jaksoa III.

⁴⁴ Ks. esim. *Havansi* 1979a s. 384–385.

⁴⁵ Tässä yhteydessä nousee esiin ensinnäkin kysymys siitä, voidaanko panttausrajoitus kirjata arvo-osuustilille, jolle kirjatuista oikeuksista annettavasta tiliotteesta mahdollinen myöhempi pantinsaaaja voisi saada tiedon rajoituksesta. Kysymykseen arvo-osuustilille kirjattavista oikeuksista palataan jäljempänä jaksossa II 7.3.3. Toiseksi voidaan kysyä, voidaanko vilpittömän mielen edellytykseksi asettaa, että mahdollinen pantinsaaaja olisi ottanut selvää option ehdoista, jolloin hänen olisi tullut panttauskielto havaita. Selonottovelvollisuutta ei tässä yhteydessä voida pitää vaihdantaa ja luotonantoa haittaavana, koska ehtoihin tutustuminen on pantinsaaajalle välttämätöntä, jotta hän voisi arvioida option arvon vakuutena.

siten rajoittaa ja estää panttioikeuden käyttöä. Panttioikeutta on pidetty tarkoituksenmukaisena oikeutena. Yhtenä keskeisenä perusteluna kielteiselle suhtautumiselle sopimukseen perustuviin panttauskompetenssinrajoituksiin voitaisiinkin nähdä se, että niiden käytöllä haitataan mahdollisuutta käyttää panttioikeutta luoton vakuutena.

Seuraavassa arvioidaan panttioikeuden tarkoituksenmukaisuutta oikeudellisessa ja oikeustaloustieteellisessä kirjallisuudessa esitettyjen näkökohtien valossa. Erityisesti tarkoituksenmukaisuutta tarkastellaan punnitsemalla panttioikeuden hyötyjä ja haittoja suhteessa panttauskompetenssinrajoituksen hyötyihin ja haittoihin.

Yleisinä lähtökohtina voidaan todeta, että omistajan tosiasialliset mahdollisuudet määrätä omaisuudestaan ovat käytännössä melko samanlaiset, olipa hänen luottonsa takeena panttioikeus omaisuuteen tai hänen kompetenssiaan rajoittava sitoumus. Myös silloin, kun omistaja on perustanut panttioikeuden omaisuuteen, hänen kompetenssinsa määrätä omaisuudesta on rajoitettu. Hän ei voi perustaa panttioikeutta samaan omaisuuteen samalla etuoikeudella. Hänellä on tosin mahdollisuus perustaa omaisuuteensa toissijainen panttioikeus silloin, kun kohteen arvon arvioidaan riittävän suoritukseen vielä ensipantinsaaajan oikeuden jälkeen. Tällaisista mahdollisuudesta omistajalla ei ole kompetenssinrajoitusehtoja käytettäessä.

Sillä, puuttuuko omistajalta kompetenssi määrätä omaisuudesta siksi, että hän on sitoutunut siitä luopumaan, vai siksi, että hän on jo tosiasiallisesti käyttänyt sen eli ikään kuin kuluttanut sen loppuun, on periaatteellista eroa. Käytännössä omistaja voi kuitenkin kummassakin tilanteessa saada omaisuudestaan saman taloudellisen hyödyn. Kun omistaja tarvitsee luottoa, hänen kannaltaan on omaisuuteen kohdistuvan määräysvallan osalta lähtökohtaisesti samanarvoista, helpottaako hänen omaisuutensa luoton saamista niin, että hän perustaa velkojalle siihen panttioikeuden, vai niin, että hän lupaa velkojalle olla perustamatta panttioikeutta siihen, mikäli velkoja tällaiseen järjestelyyn tyytyy.

Sen sijaan kun tilanteita tarkastellaan omaisuuden käyttöfunktion osalta, ne eivät ole omistajalle samanarvoiset, etenkin jos kyse on varallisuuskohteista, joihin perustetaan panttioikeus siirtämällä kohteen hallinta. Kuten jo edellä on todettu, tällaisessa tilanteessa panttauskompetenssinrajoituksen käyttäminen on omistajan näkökulmasta parempi vaihtoehto kuin panttioikeuden perustaminen, sillä panttioikeuden käyttäminen estää omaisuuden faktisen hyödyntämisen. Käytettäessä kompetenssinrajoitusehtoa omistaja voi sen sijaan edelleen tosiasiallisesti käyttää omaisuuttaan.

Vastaavasti luovutuskompetenssin ja sen rajoittamisen osalta voidaan todeta, että omistajan asemassa on tällöin periaatteessa eroa tilanteeseen, jossa luoton vakuutena on käytetty panttioikeutta. Käyttäessään panttioikeutta luottonsa vakuutena omistaja voi siitä huolimatta myydä omaisuutensa, kun taas sitoutumalla luovutuskompetenssistaan luopumiseen luotonsaannin ehtona hän ei sitä voi tehdä. Käytännössä panttivakuutena olevan omaisuuden arvo vaihdannassa voi kuitenkin

olla vähäinen, koska omaisuuden kohdistuva panttioikeus sitoo myös tulevaa ostajaa. Saattaa olla, että luovutuskompetenssista ei tällöin ole velalliselle tosiasiallista taloudellista hyötyä.

Luotonantajalle kompetenssinrajoitukset eivät perusta vakuusoikeutta siinä mielessä kuin esimerkiksi panttioikeus. Tehokas panttioikeus perustaa velkojalle esineeseen kohdistuvan oikeuden. Se tuottaa haltijalleen etuoikeuden saada suoritukset panttikohteen arvosta. Pelkkä tehokas kompetenssinrajoitus ja sen velkojalle perustama oikeus tuottaa puolestaan tälle käytännössä ainoastaan todennäköisen mahdollisuuden saada jako-osuus konkurssissa, kun se estää velallisen omaisuuden panttauksen ja mahdollisesti luovutuksen. Panttioikeuden yhteydessä sen arvoa turvaamaan perustettu kompetenssinrajoitus puolestaan vahvistaa panttioikeuden velkojalle tuottaman etuoikeusaseman arvoa käytännössä, kun se estää oikeuden arvon heikkenemisen velallisen määräämistöimien johdosta.

Luotonantajan asemaan liittyy kaksi keskenään ristiriitaista oikeuspoliittista argumenttia, jotka koskevat kompetenssinrajoitusehtojen sivullissitovuutta. Yhtäältä voidaan todeta, että verrattuna panttioikeuteen pelkkä kompetenssinrajoitusehto tuo velkojalle niin puutteellisen suojan, että sille ei ole syytä antaa sitovuutta kollisiotilanteissa, jos velallinen ei ole noudattanut sitoumustaan. Tämä argumentti pätee etenkin, jos lähdetään taustaolettamasta, että kaikenlaiset sivullisia sitovat sopimusehdot lähtökohtaisesti hankaloittavat vaihdantaa ja luotonantoa.

Toisaalta voidaan sanoa, että etenkin vakuudettomassa luotonannossa kompetenssinrajoitusehtojen tarkoituksena on varmistaa, että kaikki velkojat saavat suorituksen velallisen omaisuudesta saamisensa suhteessa. Tätä tavoitetta velkojien tasa-arvon edistämisestä voidaan pitää hyväksyttävänä ja edistämisen arvoisena verrattuna panttioikeuden sisältämään yksittäisen velkojan suosinnan ajatukseen. Tästä lähtökohdasta olisi puolestaan oikeuspoliittisesti perusteltua myöntää kompetenssinrajoitukselle sivullissitovuus.

5.4.2. Luotonannon edistäminen ja oikeusjärjestelmän peruslähtökohdat

Oikeussubjektien *yksityisautonomia* on ollut keskeinen lähtökohta varallisuusoiden järjestelmässä. Yksityisautonomiaan voidaan sisällyttää sekä sopimusvapauden että omistuksen vapauden eli yksityisen omistusoikeuden periaatteet.⁴⁶ Omistuksen vapauteen kuuluu omistajan toimintavapaus, joka pitää sisällään omistajan hallintaoikeuden ja omistajan nauttiman oikeussuojan, sekä omistajan

⁴⁶ Ks. Kartio 2000 s. 38 ja H. Tolonen 2000 s. 75–76, jonka mukaan (ks. myös sama 1992 s. 132) yksityisautonomian käsitteen ytimen muodostaa tahdon vapaa itsemääräävyys, tahdon esteetön mahdollisuus sitoa itseään. Ks. lisäksi yksityisautonomiasta keskeisenä osana liberalistista sopimusooppia Häyhä 1996 s. 34–35 ja s. 48. Yksityisautonomiasta yleisesti ja Suomen oikeudessa ks. vielä Telaranta 1990 s. 1–24.

kompetenssi eli omistajan oikeus määrätä omaisuudestaan.⁴⁷

Pyrkimys turvata *velkojien yhdenvertainen kohtelu konkurssissa* on puolestaan täytäntöönpano-oikeuden keskeinen tavoite. Se ilmenee esimerkiksi siinä, että konkurssitilanteessa noudatetaan VMJL 2 §:n jakosääntöä, jonka mukaan jos pakkotäytäntöönpanossa jaettavat varat eivät riitä kaikkien saatavien maksamiseen, velkojilla on yhtäläinen oikeus saada maksu näistä varoista saataviensa suuruuden mukaisessa suhteessa. Kukin velkoja saa siis suorituksen saamisensa suhteellisen osuuden mukaan (*par conditio omnium creditorum*). Poikkeuksena tästä ovat ainoastaan laissa säädetyt etuoikeudet, joiden määrää on meillä jatkuvasti pyritty karsimaan.⁴⁸ Jakosäännön toteutuminen täysimääräisesti edellyttää, että velallisen tekemät sopimukset yhden velkojan suosimiseksi eivät sido konkurssissa. Velkojien yhdenvertaista kohtelua ja jakosäännön noudattamista pyritään turvaamaan esimerkiksi takaisinsaantisäännösten avulla.

Näitä oikeusjärjestyksen peruslähtökohtia voidaan pitää yleisen oikeustajun mukaisina moraalisinä ja kohtuullisina lähtökohtina. Niitä on pidetty myös taloudelliselta näkökannalta perusteltuina. Ensinnäkin yksityisautonomiaa ja siihen perustuvaa sopimusvapautta on pidetty tehokkaimpana tapana järjestää taloudellisia suhteita, sillä osapuolten on nähty lähtökohtaisesti itse parhaiten tietävän oman etunsa. Sopimusvapauden on nähty turvaavan mahdollisuuden solmia sopimuksia, jotka hyödyttävät parhaiten sopimusosapuolia.⁴⁹ Vastaavasti kaikille velkojille

⁴⁷ Omistuksen vapaus ja sopimusvapaus eivät kuitenkaan ole rajattomat. Esimerkiksi sopimusvapauden vetoaminen argumenttina on perusteltua vain, kun oikeustoimella ei loukata muiden sopimusvapautta. Sopimusvapautta rajoittaa myös oikeuden väärinkäytön kielto. Vastaavasti omistuksen sosiaalinen ja taloudellinen sidonnaisuus rajoittaa omistuksen vapautta. Nämä rajoitukset perustuvat uusiin varallisuus-oikeuden arvoihin, ks. *H. Tolonen* 2000 s. 166–167.

Pöyhösen hahmottamassa uuden varallisuus-oikeuden järjestelmässä oikeuden väärinkäytön kieltä ja omistuksen synnyttämiä yhteiskunnallisia sidoksia ei edes lähtökohtaisesti nähdä (ennalta olemassa olevan) vapauden jälkikäteinä rajoituksina vaan sitä jo etukäteen muovaavina suuntimina. Ks. erit. *Pöyhönen* 2000 s. 108. Ajatus perustuu siihen, että varallisuus-oikeuden järjestelmän perustana on (pelkän) vapauden sijasta koko perusoikeusjärjestelmä.

⁴⁸ Tasa-arvosta täytäntöönpanossa kollisionsratkaisuperiaatteiden valintaan vaikuttavana oikeuspoliittisena perusteena ks. myös jo edellä tässä tutkimuksessa esitettyä ja erityisesti *Tuomisto* 1993 s. 75–79. Jakosäännöstä ks. myös *Havansi* 1992a s. 8–9 ja *sama* 1992b s. 213 sekä myös *Inzitari ZEuP* 1998 s. 677–685.

⁴⁹ Ks. esim. *Schäfer – Ott* 1986 s. 247. Tämän perinteisen liberaaliin yhteiskuntakäsitykseen perustuvan sopimus-oikeudellisen lähtökohdan voidaan nähdä kuitenkin pätevän vain, kun sopimuksen osapuolet ovat tasavertaisia esimerkiksi tietojensa ja taloudellisten resurssiansa osalta. Varallisuus-oikeudellisena ja erityisesti velvoiteoikeudellisena kehityssuuntana on ollut modernin liberaalin yhteiskuntafilosofian mukaisesti ottaa huomioon se, että vaihdantaan osallistuvat henkilöt eivät aina ole yllä mainituissa suhteissa keskenään tasavertaisia. Velvoiteoikeudellisessa sääntelyssä ja oikeudellisessa ajattelussa erilaisille rooleille onkin annettu merkitystä niin, että tietyssä vastapuoleen nähden heikommassa asemassa markkinoilla olevia suojataan. Tässä yhteydessä on puhuttu abstraktioiden purkautumisesta ja sopimus-oikeudellisen sääntelyn ihmiskuvan konkretisoitumisesta, ks. *Hemmo* 1997a s. 58–59. Osapuolen toiminnan tarkoitukseen markkinoilla perustuviin funktionaaliin rooleihin on sivullissuhteissakin annettu merkitystä, kun taas osapuolten henkilökohtaisiin ominaisuuksiin perustuvilla henkilöllisillä rooleilla on ollut merkitystä lähinnä velvoiteoikeudellisten suhteiden osalta. Ks. tältä osin myös jo edellä tässä tutkimuksessa jaksossa I 1.3. esitettyä.

Toisen osapuolen heikompaan asemaa perustuva ”pehmeä” suojaava sääntely saatetaan nähdä

heidän saamisensa suhteessa suorituksen takaavaa velallisen varallisuuden jakosääntöä konkurssissa on pidetty taloudellisesti perusteltuna verrattuna muihin mahdollisuuksiin. Luottosopimusten transaktiokustannusten on katsottu vähenevän, kun velallisen varallisuusaseman huonontuminen koituu kaikkien velkojien vahingoksi yhtä lailla. Tällöin konkurssivelkojien väliset intressiristiriidat vähenevät ja oikeuden konfliktinratkaisufunktio toteutuu.⁵⁰

Näistä lähtökohdista kuitenkin johtuu toisaalta, että luotonantotilanteessa velkojalla on aina epävarmuus suorituksen takaisinmaksusta. Ensinnäkin luotonotto ei rajoita luotonsaajan omaisuuttaan koskevaa toimintavapautta. Luotonantaja ei voikaan *ex ante* tietää, mihin toimiin velallinen tulee ryhtymään luotonoton jäl-

”kovan” taloudellisen sopimusvapautta korostavan ajattelun vastakohtana, mutta itse asiassa ne ovat hyvin samansuuntaisia. Sopimusvapauden edut tulevat esiin vain, kun osapuolet ovat tasa-arvoisessa asemassa. Pehmeällä sääntelyllä pyritään juuri siihen, että osapuolet ovat tasa-arvoisessa asemassa esimerkiksi vaihdannan kohteena olevaa hyödykettä koskevien tietojen osalta. Niinpä puhtaan taloudellisestakin näkökulmasta puuttuminen sopimukseen on perusteltua silloin, kun puuttumisella pyritään saamaan aikaan tilanne sellaiseksi, millainen se olisi, jos kaikki täydellisen sopimuksen aikaan saamiseen vaadittavat olosuhteet olisivat vallinneet. Sääntelytarpeen taustalla onkin aina nähtävissä jokin vaihdannan häiriötila, ks. *Niemi* 1996 s. 181–186. Ks. myös *Wilhelmsson* JCP 1993, jonka mukaan EU:n kohtuuttomia sopimusehtoja kuluttajasopimuksissa koskevan direktiivin ilmentämä kohtuusperiaate sisältää monia arvoja, jotka eivät ole ristiriidassa markkinarationaalisuuden kanssa, sekä *Madell* 1998 s. 92–93, joka muun muassa *Taxellin* (JJ 1988) ajatusten pohjalta toteaa, että kuluttajansuojalainsäädäntö on vaihdannan intressin ja niiden taloudellisten teorioiden mukainen, jotka edellyttävät, että markkinoilla toimivat periaatteissa tasa-arvoiset ja täysin informoidut osapuolet. Ks. lisäksi *H. Tolonen* 2000 s. 162–162, jonka mukaan ristiriita markkinarationaalisuuden ja oikeudenmukaisuuden välillä ei esimerkiksi sosiaalisen sopimusoikeuden osalta yleensä ole sovittamaton. Hänen mukaansa yksilön yhteiskunnallisen aktiviteetin säilyttämiseksi on usein tarkoituksenmukaista sovitella hänen sopimusvelvoitteitaan poikkeuksellisten tapahtumien, kuten sairauden, työttömyyden ja niihin rinnasteisten ennakoimattomien syiden, perusteella.

⁵⁰ *Adams* 1980 s. 32–43. Muista mahdollisista jakosäännöistä konkurssissa ks. *sama* s. 22–31. Adams ei käsittele lainkaan aikaprioriteettiin perustuvaa jakosääntöä, jota puolestaan panttioikeuden tuottamaan etusijaan kriittisesti suhtautunut *Schwartz* (J. Leg. Stud. 1989 s. 209–261) on esittänyt nykyisen järjestelmän vaihtoehdoksi. Schwartzin mukaan velallinen ja velkoja sopisivat aikaprioriteetin mukaisesta saamisen suoritusjärjestyksestä konkurssissa, koska tällöin sekä ensimmäinen velkoja että useimmat myöhemmät velkojaryhmät voisivat ennakoida saatavansa mahdollisessa konkurssitilanteessa ja myöhemmät velkojat voisivat kompensoida aiempien velkojien prioriteetin luoton ehdoissa. Schwartz edustaa oikeustaloustieteelle tyypillistä kantaa, jonka mukaan lainsäädäntö tulee muokata vastaamaan sitä, mitä velallinen ja velkoja olisivat tilanteessa sopineet. Tämän vuoksi aikaprioriteetti tulisi Schwartzin mukaan omaksua jakosäännöksi konkurssissa. Niille velkojaryhmille, jotka eivät voisi ennakoida asemaansa ja kompensoida riskiään, olisi Schwartzin mukaan lainsäädännöllä turvattava asema, joka vastaisi sitä, mikä heidän asemansa olisi, mikäli he olisivat voineet ottaa riskin huomioon.

Vrt. esim. *Forssell* 1976 s. 168–169, jonka mukaan konkurssissa toteutettava aikaprioriteetin mukainen jako olisi vastoin konkurssisääntöjen tarkoitusta, mikä on pyrkiä mahdollistamaan se, että velallisella on mahdollisuus jatkaa luottoa ja saada uutta myös taloudellisesti tiukassa tilanteessa. Mikäli aikaprioriteettia noudatettaisiin, velallisen mahdollisuudet saada luottoa vähenisivät koko ajan, kun taas mikäli noudatetaan konkurssiperiaatetta, velkojat voivat luottoa siihen, että jokainen saa suorituksen saamisensa suhteessa. Tällöin tosin velallisella on alunperin vaikeampaa saada luottoa ilman vakuuksia kuin noudatettaessa aikaprioriteettia. Käänteisen aikaprioriteetin (uusimmalla saatavalla parhain etuoikeus) *Forssell* toteaa toteuttavan konkurssisääntöjen tarkoituksen aikaprioriteettia paremmin. Prioriteettiperiaatteiden omaksuminen houkuttelisi hänen mukaansa kuitenkin saatavien eräpäivien manipulointeihin. Jakosäännöistä ks. lisäksi *Havansi* 1992a s. 8–9.

keen luoton juoksuaikana. Velallinen voi määrätä omaisuudestaan niin, että luotonsaajan riski lisääntyy. Keskeisiä luotonsaajan riskiä lisääviä toimenpiteitä ovat esimerkiksi uuden luoton ottaminen, omaisuuden vähentäminen tai vaikkapa velallisen siirtyminen riskialttiimmalle alalle. Luotonanto ei siis estä velallisen toimia, jotka voivat lisätä velkojan riskiä. Toiseksi velkojien yhdenvertaiseen kohteluun perustuvasta jakosäännöstä puolestaan seuraa, että velallisen toimintavapautensa nojalla tekemät varallisuusasemalleen mahdollisesti haitalliset toimenpiteet koituvat konkurssitilanteessa yhtäläisesti jokaisen velkojan vahingoksi.

Luotonantajalla onkin aina lähtökohtainen epävarmuus suorituksen saamisesta. Tämä epävarmuus puolestaan haittaa luotonantotoimintaa.⁵¹ Luotonantaja voi pyrkiä kompensoimaan epävarmuudesta johtuvaa riskiään korkeammalla korolla. Epävarmuuttaan luotonantaja voi puolestaan vähentää joko (1) sopimalla luottosopimuksessa luotonsaajan kompetenssin rajoituksesta tai (2) sopimalla panttioikeuden perustamisesta luotonsaajan omaisuuteen. Silloin kun luotonantaja sopii kompetenssinrajoituksesta, hän pyrkii vähentämään epävarmuuttaan rajoittamalla velallisen määräämistoimia, jotka lisäävät hänen riskiään. Silloin taas, kun luotonantaja sopii panttioikeudesta, hän pyrkii sulkemaan itsensä velallisen haitallisten määräämistoimien vaikutusten ulkopuolelle.

Molemmat luotonantajan keinot merkitsevät poikkeusta edellä esitellyistä oikeusjärjestyksen peruslähtökohdista. Kompetenssinrajoitukset merkitsevät poikkeusta yksityisautonomiaan kuuluvasta omistuksen vapaudesta. Tämän vuoksi etenkin niiden sivullissitovuuteen on suhtauduttu kielteisesti. Merkitystä ei ole annettu sille, että omistuksen vapauden rajoitus on tehty sopimusvapauden perusteella. Panttioikeuden tuottama etuoikeus velallisen konkurssissa on puolestaan periaatteellisessa ristiriidassa konkurssitilanteessa lähtökohtana olevan velkojien yhdenvertaisen kohtelun kanssa. Tästä huolimatta panttioikeuteen ja sen käyttöön on suhtauduttu myönteisesti. Seuraavassa tarkastellaan lähemmin kirjallisuudessa esitettyjen näkökohtien perusteella, onko tällainen erilainen suhtautuminen perusteltua.

5.4.3. Pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa esitettyjä näkökohtia

Panttioikeutta koskevat esitykset lähtevät usein siitä itsestään selvältä tuntuvasta ajatuksesta, että panttioikeus edistää luotonantoa, koska se turvaa velkojaa velallisen maksukyvyttömyyden tai maksuhaluttomuuden varalta. Panttioikeus vähentää velkojan riskiä siinä tilanteessa, että velallinen ei tee sopimuksen mukaista suoritusta velkojalle. Panttioikeuden velkojalle tuoma turva mahdollistaakin velalliselle joko sen, että hän voi ylipäänsä saada luottoa, tai ainakin sen, että hän voi saada

⁵¹ On selvää, että luottoriskit perustuvat myös yleisten taloudellisten ja yhteiskunnallisten tekijöiden muuttumiseen. Tässä kuitenkin keskitytään niihin, jotka aiheutuvat ainakin osittain velallisen toiminnasta.

luottoa edullisemmin ehdoin eli matalammalla korolla tai pidemmäksi aikaa kuin ilman panttioikeutta. Panttioikeuden on nähty tällä tavoin edistävän pääomien kanavointia tuottavaan toimintaan.⁵²

Pohjoismaisessa panttioikeudellisessa kirjallisuudessa on kuitenkin jo vanhas-
taan tuotu esille paitsi panttioikeuden tuottamia etuja myös sen haitallisena pidet-
tyjä vaikutuksia. Esimerkiksi *Taxell* on nähnyt panttioikeuden erisuuntaisten int-
ressien yhteensovittamista vaativana instituutiona.⁵³ Intressiristiriitoja syntyy hä-
nen mukaansa jo *velkojan ja velallisen* välisessä suhteessa, ja niitä on pyrittävä
tasapainottamaan. Intressien tasapainottaminen tarkoittaa tässä suhteessa sitä, että
velallisen oikeuksia panttioikeuden rasittamaan omaisuuteen ei tulisi rajoittaa
enempää kuin velkojan edun turvaamiseksi on välttämätöntä.⁵⁴ Tätä tasapainotusta
toteuttaa esimerkiksi se, että hallinnattoman eli hypotekaarisen panttioikeuden
käyttö on tiettyjen varallisuuskohteiden osalta mahdollistettu lainsäädännöllä.⁵⁵
Tällöin pantinantaja voi hyödyntää luoton vakuutena myös sellaista omaisuutta,
jonka fyysistä hallintaa hän tarvitsee välttämättä esimerkiksi elinkeinotoiminnas-
saan.⁵⁶ Myös esimerkiksi pantin menettämisehtoa koskevan kiellon taustalla on
ajatus vakuudenantajan ja velkojan intressien tasapainottamisesta.

Yhteiskunnan taloudellisesta kehitysteestä riippuu, missä pisteessä eri osa-
puolten intressien tasapainotila on saavutettu. Esimerkiksi Euroopan jälleenra-
kennus- ja kehityspankin EBRD:n entisille sosialistisille Itä-Euroopan maille
laatima vakuusoikeuksia koskeva mallilaki (*Model Law on Secured Trans-
actions*) ja sillä tavoiteltu kohtuullinen tasapainotila on pohjoismaisia oikeus-
järjestyksiä velkojaetuisempi. Velkojaystävällisen ympäristön luominen on kui-
tenkin käytännön vaatima edellytys, jotta pääomaa ylipäänsä uskalletaan sijoit-
taa yritystoimintaan.⁵⁷ Vakaampien taloudellisten aikojen koittaessa tasapaino-
tila saattaa muuttua enemmän velallisen intressejä painottavaksi.

Tämän tutkimuksen osalta velkojan ja velallisen välisiä intressiristiriitoja tär-
keämpiä ovat intressiristiriidat, joita syntyy *pantti-velkojan ja kolmansien*, mah-
dollisesti nykyisten tai tulevien velkojien välillä. Intressiristiriitoja syntyy siitä,

⁵² Ks. esim. *Arnholm* 1962 s. 1–4 ja s. 38–39 sekä *Brækhus* 1994 s. 207–208, jotka ovat nimenomai-
sesti tuoneet esiin nämä näkökohdat.

⁵³ *Taxell* 1949 s. 6.

⁵⁴ *Taxell* 1949 s. 3–4. Ks. myös *Arnholm* 1962 s. 4.

⁵⁵ Kiinteistökiinnityksen lisäksi muita merkittäviä hypotekaariselle panttioikeudelle rakentuvia va-
kuusmuotoja ovat yrityskiinnitys sekä auto-, alus- ja ilma-aluskiinnitys. Eräänlaisesta käytännön
pakosta johtuvasta hallinnattomasta panttioikeudesta on kysymys myös arvo-osuuksien ja immate-
riaalioikeuksien panttauksessa. Niiden osalta ei kuitenkaan ole kyse kiinnityspanttioikeudesta, sillä
rekisteriin vain kirjataan jälkikäteen jo tapahtunut panttaus, jonka sivullissuojaa vahvistuu tällä
kirjauksella.

⁵⁶ Kehitystendensseistä hypotekaarisen panttioikeuden osalta ks. myös *Havansi* 1979a s. 167 alav.
24 ja laajemmin s. 218 alav. 9.

⁵⁷ Euroopan jälleenrakennus- ja kehityspankin EBRD:n mallilaista ks. lähemmin esim. *Tveiten* LoR
1995 erit. s. 200–202, *Sørensen* TfR 1996, *Kieninger* 1996 s. 219–221, *Dageförde* ZEuP 1998 sekä
Kreuzer EBLR 1998. Mallilaki on julkaistu kokonaisuudessaan ZEuP 1998 s. 766–789.

että panttioikeus luo mahdollisuuden asettaa luotonantaja tämän ja luotonsaajan välisellä sopimuksella parempaan asemaan mahdollisessa maksukyvyttömyys-tilanteessa kuin muut velkojat. Panttaussopimus voidaan tässä valossa nähdä eräänlaisena sopimuksena kolmannen vahingoksi. Panttioikeus on tällöin ristiriidassa velkojen yhdenvertaisen (tasa-arvoisen) kohtelun vaatimuksen kanssa.⁵⁸

Panttioikeuden käytöstä aiheutuvia haittoja kolmansille on pyritty eliminoidaan etenkin kahdella tavalla. Tarkoituksena on ollut ensinnäkin rajata panttioikeuden vaikutuksia ja toiseksi mahdollistaa panttioikeuden ennakointi. Panttioikeuden vaikutuksia voidaan rajata noudattamalla *täsmällisyys- eli spesialiteettiperiaatetta*, mikä panttioikeuden kohteen osalta tarkoittaa, että sen riittävä yksilöinti asetetaan panttioikeuden tehokkuuden edellytykseksi. Panttioikeus on rajoitettava tiettyyn omaisuuteen ja oikeuden kohde on ilmoitettava niin selkeästi, että panttioikeuden alasta ei ole epäselvyyttä.⁵⁹

Spesialiteettiperiaate voidaan nähdä perustelluksi erityisesti siinä valossa, että koska panttioikeus loukkaa kolmansien intressejä velallisen omaisuuteen, se on sallittu vain, kun se hyödyttää velallista saamaan luottoa edullisemmilla ehdoilla. Tällöin sen on nimittäin nähty välillisesti hyödyttävän myös muita velkojia. Ellei oikeuden kohdetta ole yksilöity tarkasti, voidaan perustellusti olettaa, että pantille ei ole annettu sille tarkoitettua merkitystä. Tällöin velkojan suosiminen muiden velkojen kustannuksella ei ole perusteltua.⁶⁰

Panttioikeus voi välillisesti hyödyttää muita velkojia myös silloin, kun se ei välittömästi johda edullisempiin luottoehtoihin. Näin on esimerkiksi tilanteessa, jossa osake(kanta)pantti on vakuusarvoltaan arvioitu arvottomaksi, mutta se on otettu tarkoituksessa kontrolloida velallisen toimintaa. Olennaista on kuitenkin se, että panttivelkojan on tässäkin tilanteessa keskeistä tarkalleen tietää, mitä pantiksi otetaan.

⁵⁸ Ks. *Taxell* 1949 s. 4 ja *Arnholm* 1962 s. 12–13, joka toteaa: ”Hvis kreditorerne ikke skal dele likt når debitor ikke kan betale alle, skulle det være rettsordenens sak å bestemme rangen mellom dem, og da selvsagt ut fra andre hensyn enn hva debitor kunne ønske eller måtte ha avtalt.”, sekä *Havansi* 1992a s. 9–11.

⁵⁹ *Taxell* 1949 s. 5, *Arnholm* 1962 s. 14, *Havansi* 1992a s. 31 ja s. 69. Panttioikeuden kohdetta koskevasta yksilöintivaatimuksesta suhteessa velallisen omaisuuteen ks. tässä tutkimuksessa jo edellä jaksossa II 2. esitetyn lisäksi myös esim. *Håstad* 1996 s. 322 ja s. 333–347.

⁶⁰ Ajatus voidaan nähdä esimerkiksi vakuuden takaisinsaantia koskevan TakSL 14 §:n taustalla. TakSL 14 §:n mukaan velallisen myöhemmin kuin kolme kuukautta ennen määräpäivää velastaan luovuttama pantti tai asettama muu vakuus peräytyy, jos sellaisesta vakuudesta ei ollut sovittu velan syntyessä tai jos pantin hallintaa ei ollut luovutettu tai tehty ilman aiheutonta viivytystä velan syntymisen jälkeen. Mikäli vakuutta ei ole riittävästi yksilöity luottoa annettaessa, vakuudesta ei katsota sovitun velan syntyessä ja vakuus voidaan peräyttää TakSL 14 §:n nojalla. Peräyttämisen rationa on se, että kun vakuutta ei ole yksilöity, se ei ole ollut ratkaisevassa asemassa luoton saamisen kannalta eikä vakuuden funktio ole täytynyt. Myös toinen TakSL 14 §:n soveltamistilanne eli julkivarmistuksen viivytelystä johtuva peräyttäminen perustuu ajatukselle, että vakuuden antaminen ei ole ollut luoton myöntämisen edellytyksenä. Ks. lähemmin *Tuomisto* 1995 s. 232–233 ja s. 255–256. Spesialiteettiperiaatteen muita funktioita on käsitelty jo edellä tässä tutkimuksessa jaksossa II 2.

Toiseksi panttioikeuden kolmansille mahdollisesti aiheuttamia haittoja on pyritty eliminoimaan korostamalla *julkisuusperiaatteen* merkitystä. Panttioikeuden yhteydessä se tarkoittaa, että tehokas panttioikeus edellyttää julkivarmistuksen tapahtumista. Tällöin niillä, joiden asemaan panttioikeus voi vaikuttaa, on mahdollisuus saada selville oikeuden olemassaolo.⁶¹

Panttioikeuden haittoja voidaan vähentää edellä kuvatuilla eliminointikeinoilla vain rajallisesti. Esimerkiksi julkisuusperiaatteella on ennakkoinnin mahdollistavana tekijänä merkitystä ainoastaan panttivelallisen (myöhemmille) vapaaehtoisille velkojille eli velkojille, jotka ovat sopimussuhteessa panttivelallisen kanssa ja voivat siten ennakolta harkita sitoumustaan. Esimerkiksi vahingonkorvausvelkojan asemaan tällä panttioikeuden haittojen eliminointikeinolla ei ole merkitystä.⁶²

Panttioikeuden käytöstä aiheutuva haitta on myös se, että panttioikeuden tuottama vahva asema luo luotonantajalle mahdollisuuden keskittää luotonantoharkinta ainoastaan vakuuden arvon riittävyYTEEN. Tällöin on mahdollista, että pääomat eivät ohjaudukaan parhaiten tuottavaan toimintaan.⁶³ Panttioikeuden voidaankin sanoa toteuttavan tehtävänsä luotonannon edistämisestä tehokkaasti myös silloin, kun siitä on haittaa. Spesialiteettiperiaatteen ja julkisuusperiaatteen noudattamisella voidaan tosin vähentää panttioikeudesta sivullisille koituvia haittoja, mutta niillä ei ole juurikaan vaikutusta vakuuden arvoa painottavien luotonantopäätösten tekemiseen.

Oikeuskirjallisuudessa panttioikeuden hyödyt on kuitenkin yleensä nähty sen haittoja painavampina. Intressipunninta on siten päätenyt panttioikeuden sallimiseen ja sen käytön edistämiseen. Toisaalta on huomattava, että panttioikeutta ei ole perusteltu vain vetoamalla siihen, että jokainen luotonantaja voi vaatia luoton myöntämisen edellytykseksi vakuutta ja se, joka ei tätä mahdollisuutta käytä, saa syyttää itseään.

Panttioikeuden haittojen eliminointikeinoja, joita on sovellettu myös muihin vakuusoikeuksiin, ei ole kaikissa yhteyksissä toteutettu täysimääräisesti. Kuten jo edellä on todettu, spesialiteettiperiaatteesta on poikettu esimerkiksi yritys-kiinnityksen osalta, jossa vakuuskohde on vaihteleva, elinkeinonharjoittajan kulloinkin omistama elinkeinotoimintaan kuuluva irtain omaisuus. Yritys-kiinnityksen kiinnityksenhaltijalle tuottama turva on kuitenkin puutteellinen velallisen menettelyjä vastaan.⁶⁴ Julkisuusperiaatteesta on myös poikettu esimerkiksi omistuksenpidätysehdon osalta.⁶⁵ Näissä yhteyksissä vaihdannan int-

⁶¹ Julkisuusperiaatetta on käsitelty myös jo edellä tässä tutkimuksessa jaksossa II 4.2.1.

⁶² Ei-vapaaehtoisesti vakuudettomien velkojien asemasta ks. *Brækhus* 1994 s. 196–214.

⁶³ *Arnholm* 1962 s. 5 ja *Brækhus* 1994 s. 198. Ks. myös edellä jaksossa II 1.1. viitattua suomalaista keskustelua, jossa on painotettu sitä, että luotonanto on ollut liian vakuuskeskeistä, ja jonka mukaan esimerkiksi pankkien 1990-luvun luottotappioiden on sanottu olleen osaksi seurausta vakuuskeskeisestä luotonantopolitiikasta.

⁶⁴ Ks. myös *Hessler* 1973 s. 348–349, jonka mukaan esineoikeudellisen suojan vahvuudella on yhteys kohteen yksilöitävyyden asteeseen.

⁶⁵ Ks. lähemmin *Tepora* 1984, *Tuomisto* 1988 ja *Havansi* 1992a s. 519–540.

ressien on katsottu edellyttävän velkojan etuoikeuden järjestämistä sivullisten suojamahdollisuuksien puuttumisesta huolimatta. Toisaalta vaihdannan intressien ei ole nähty edellyttävän poikkeuksen tekemistä julkisuusperiaatteesta esimerkiksi vakuusluovutuksen osalta vaan pikemminkin päinvastoin. Vakuusluovutus ei nauti oikeudessamme suojaa, koska sitä on pidetty salaisena, vaihdantaa haittaavana vakuustyyppinä.⁶⁶

Vaikka panttioikeuteen on luotonantoa edistävänä instituutiona suhtauduttu *de lege lata* myönteisesti, niin kirjallisuudessa on kuitenkin samalla käyty myös oikeuspoliittista keskustelua vakuusluotonannon ja vakuudettoman luotonannon suhteesta lähinnä siitä näkökulmasta, olisiko vakuusluotonantoa syytä rajoittaa ja mitkä keinot olisivat siihen sopivia.

Esimerkiksi norjalaisessa kirjallisuudessa *Brækhus* on pohtinut vakuudenannon rationaalisia rajoittamismahdollisuuksia muun muassa sen perusteella, onko luotonsaaja elinkeinonharjoittaja vai ei, mikä on luoton kohde ja mikä on vakuuskohde. Lisäksi hän on pohtinut, voitaisiinko luottoehtoja vakuusluotonannossa rajoittaa tai panttioikeuden tuottamaa etuoikeutta kaventaa.⁶⁷ Ajatukset ovat johtaneet myös lainmuutosehdotuksiin.⁶⁸ Muutoksia ei kuitenkaan ole toteutettu eikä yksimielisyyttä siitä, että juuri ne edistävät vaihdantaa ja luotonantoa, ole saavutettu.⁶⁹

5.4.4. Oikeustaloustieteellinen keskustelu panttioikeuden tehokkuudesta

5.4.4.1. Lähtökohdat

Perinteinen ekonomistien perustelu panttioikeudelle on ollut sen taloudellinen tehokkuus. Perustelu on sisällöltään täysin sama kuin mistä perinteisessä oikeuskirjallisuudessa on lähdetty: Velallinen hyötyy vakuudenannosta, koska se joko ylipäänsä mahdollistaa luotonsaannin tai ainakin helpottaa sitä. Samoin panttivelkoja hyötyy, koska vakuus turvaa hänen saamistaan. Toisin sanoen yritysten mahdollisuus antaa vakuus lisää niiden saatavissa olevan luoton määrää.⁷⁰

⁶⁶ Ks. lähemmin *Havansi* 1992a s. 510–515, joka itse on puoltanut vakuusluovutuksen hyväksymistä silloin, kun on kysymys varallisuuskohteista, joihin ei ole mahdollista perustaa panttioikeutta julkivarmistumamahdollisuuden puuttumisen vuoksi (ks. tältä osin myös *sama* 1979a s. 220).

⁶⁷ Ks. *Brækhus* 1994 s. 196–214. Ks. myös jo *Arnholm* 1962 s. 4.

⁶⁸ Ks. pitkälti *Brækhusin* ajatuksiin perustuva *NOU* 1993:16 erit. s. 132–161. Tärkeimmät sen sisältämät ehdotukset olivat tavaravaraston panttauksen ja laskusaatavien panttauksen (”factoring-pant”) mahdollisuuden poistaminen sekä parassijaisen legaalisen panttioikeuden perustaminen konkurssivelallisen pantattuun omaisuuteen pesänselvityksestä aiheutuvien kustannusten vakuudeksi.

⁶⁹ *Brækhusin* ajatusten kritiikistä ks. esim. *Giertsen* LoR 1993 s. 256–260, *Andreassen* Juristkontakt 1994:1 s. 15–20 ja *Skoghøy* LoR 1996 s. 330.

⁷⁰ Ks. *Schwartz* J. Leg. Stud. 1981 s. 2.

Kuten edellä on todettu, vakuudella on kuitenkin mahdollisessa konkurssitilanteessa jakovaikutus, joka poikkeaa normaalisti noudatettavasta velkojen tasavaruudesta: yhdelle velkojalle annettu vakuus vähentää muiden velkojen mahdollisuuksia saada suoritus velallisen maksukyvyttömyystilanteessa. Toisin sanoen vakuus yhdelle velkojalle lisää toisen, vakuudettoman velkojen riskiä suorituksen saamatta jäämisestä.

Panttioikeutta on pidetty tehokkaana vakuudettomien velkojen intressejä loukkaavasta jakovaikutuksesta huolimatta. Tehokkuuden on katsottu perustuvan siihen, että luotonsaajan ja luotonantajan hyöty pantin mahdollistamasta lisäluotosta ylittää vakuusluotonannon muille velkojille aiheuttaman haitan. Jakovaikutuksesta huolimatta panttioikeus voi ensinnäkin olla *Pareto-tehokas*, mikäli vakuudettomat velkojat ovat varautuneet vakuuden aiheuttamaan tilanteeseen ja voineet sopeuttaa omat velalliseen kohdistuvat saamisvaateensa tähän tilanteeseen niin, että panttioikeus ei aiheuta heille haittaa. Toiseksi vaikka velkojat eivät olisi sopeuttaneet vaateitaan, panttioikeuden käyttö voi olla *Kaldor – Hicks-tehokas*, mikäli vakuusvelkojille ja velalliselle koituvat hyödyt ylittävät vakuudettomille velkojille aiheutuvat kustannukset.⁷¹

Perinteistä panttioikeuden käytön tehokkuusperustelua vastaan on kuitenkin esitetty kritiikkiä rahoituksen teorian tutkimustuloksiin kuuluvan niin sanotun *Modigliani – Miller-hypoteesin* pohjalta. Alkuperäisessä muodossaan hypoteesi koski yhtiön pääomarakennetta eli oman ja vieraan pääoman vaikutuksia yhtiön arvoon. Hypoteesin mukaan tiettyjen edellytysten vallitessa eli täydellisten markkinoiden tilanteessa pääomarakenteen muutoksilla ei voinut olla vaikutusta yhtiön arvoon.⁷²

Hypoteesia on sovellettu myös vakuuksiin, koska yhtiön velkarakenne on osa pääomarakennetta. Vakuuksiin sovellettuna hypoteesin on tulkittu tarkoittavan, että yhtiön velkarakenteella ei ole vaikutuksia yhtiön arvoon, joten vakuuden annolla ei ole täydellisten markkinoiden vallitessa merkitystä yhtiön arvoon.⁷³ Täydellisten markkinoiden oletukset vaihtelevat, mutta keskeisimmät edellytykset tässä yhteydessä ovat täydellinen informaatio, riskineutraalius ja transaktiokustannusten puuttuminen.⁷⁴

Koska osapuolilla on täydellisillä markkinoilla täydellinen informaatio, velallisen kokonaishyöty ei kasva, sillä rationaalisesti toimivat vakuudettomat velkojat sopeuttavat luottoehdot lisääntyneeseen riskiinsä nähdessä esimerkiksi korkeammalla korkovaatimuksella. Tällöin vakuudella saatu hyöty häviää. Kysymys on eräänlaisesta nollasummapelistä. Täydellisten markkinoiden vallitessa vakuudet ovat neutraaleja. Koska niistä ei olisi hyötyä, niitä ei siis esiintyisi.⁷⁵

⁷¹ Schwartz J. Leg. Stud. 1981 s. 2. alav. 7. Pareto- ja Kaldor – Hicks-tehokkuuden käsitteistä ks. edellä johdantoluvussa esitettyä.

⁷² Modigliani – Miller Am. Econ. R 1958 s. 261.

⁷³ Schwartz Vanderbilt LR 1984 s. 1052–1055.

⁷⁴ Ks. esim. Buckley Virginia LR 1986 s. 1397.

⁷⁵ Schwartz J. Leg. Stud. 1981 s. 7–8.

Täydelliset markkinat on kuitenkin malli, joka ei koskaan toteudu todellisuudessa. Panttioikeuden esiintymistä ja sen tehokkuutta onkin pyritty perustelemaan joustamalla täydellisten markkinoiden oletuksesta.⁷⁶ Näillä modifioinneilla, joiden on katsottu vastaavan luotonannon osapuolten todellista toimintaympäristöä, on yhtäältä löydetty perusteita panttioikeuden käytölle ja vakuusluotonannon tehokkuudelle. Toisaalta on kuitenkin esitetty, että epätäydellisilläkään markkinoilla ei ole perusteita panttioikeuden käytölle eikä vakuusluotonannon tehokkuutta ole voitu todistaa. Seuraavassa esitellään lyhyesti erilaisia teorioita, joita oikeustaloustieteellisessä kirjallisuudessa on esitetty panttioikeuden tehokkuudesta epätäydellisillä markkinoilla.⁷⁷

5.4.4.2. Panttioikeuden tehokkuudesta epätäydellisillä markkinoilla

a. Täydellisen informaation puuttumisesta aiheutuvat ongelmat. Keskeinen käytännössä puuttuva täydellisten markkinoiden edellytys on täydellinen informaatio. Luotonantajan informaatio on sekä luotonantoa harkittaessa että luoton juoksuaikana epätäydellistä ja suhteessa luotonsaajaan epäsymmetristä. Taloustieteellinen epätäydellisen informaation käsite vastaa perinteisen oikeuskirjallisuuden kuvausta luotonantajan epätietoisuudesta ja epävarmuudesta velallisen maksukyvyn tai maksuhalun suhteen. Epäsymmetrinen informaatio tarkoittaa, että toinen markkinaosapuolista on toista paremmin perillä vaihdannan kohteesta. Luotonantoa harkittaessa potentiaalisella luotonantajalla on epäsymmetrinen informaatio luotonsaajaan nähden tämän taloudellisesta tilasta luoton myöntämistä edeltävänä aikana: luotonsaaja tietää paremmin taloudellisen tilanteensa kuin potentiaalinen luotonantaja. Luoton juoksuaikana velkojan informaation puutteellisuus perustuu puolestaan siihen, että hän ei voi tietää, miten velallinen tulee tulevaisuudessa toimimaan.⁷⁸

⁷⁶ Ks. *Shupack* Rutgers LR 1989. Täydellisten markkinoiden edellytykseksi on saatettu asettaa myös ajattomuus, koska se täydellisten markkinoitten ominaisuus, että mikä tahansa transaktio on tehokas, on mahdollista ainoastaan ajattomissa olosuhteissa. Luotonanto edellyttää puolestaan aina aikaulottuvuuden olemassaoloa. On esitetty, että koska täydellisillä markkinoilla ei ole aikaulottuvuutta, täydellisillä markkinoilla ei myöskään voi esiintyä luotonantoa. Myös tästä johtuen luotonannon on katsottu tapahtuvan aina epätäydellisillä markkinoilla, ks. *Carlson* Virginia LR 1994 s. 2183–2185 ja *sama* Cardozo LR 1998 s. 1644–1645.

⁷⁷ Valtaosa näistä teorioista ottaa lähtökohdakseen joko eksplisiittisesti tai implisiittisesti yllä mainitun Modigliani – Miller-hypoteesin. Niiden perustelujen vakuuttavuus riippuu siten usein ainakin osaksi siitä, miten suhtaudutaan tämän hypoteesin soveltumiseen vakuusluotonantoon. Kriittisestä suhtautumisesta hypoteesiin perustuviin teorioihin ks. *Carlson* Cardozo LR 1998, jonka mukaan hypoteesiin pohjautuva kritiikki perinteistä panttioikeuden tehokkuusperustelua vastaan ei ylipäänsä ole perusteltu.

⁷⁸ Epätäydellisen informaation aiheuttamat ongelmat voidaan jakaa kahteen ryhmään: epätäydellinen informaatio yhtiön taloudellisesta tilasta luoton myöntämishetkellä ja epätäydellinen informaatio ja kontrollin puuttuminen yhtiön toiminnasta luoton myöntämishetken ja erääntymishetken välillä, ks. esim. *Triantis* J. Leg. Stud. 1992 s. 229. Ensimmäiseen ryhmään kuuluviin ongelmiin on liitetty termi ”adverse selection”, jälkimmäiseen ”moral hazard”, *Bergström – Sundgren* 1998 s. 27–28.

Epäsymmetrisen informaation ongelmaa on oikeustaloustieteellisessä kirjallisuudessa eritelty tarkemmin. Yhtiön sisällä epäsymmetrisen informaation ongelma liittyy usein kahden osapuolen, päämiehen ja agentin suhteeseen. Päämies-agenttisuhteesta on kysymys silloin, kun yksi tai useampia henkilöitä (päämies/päämiehet) määräävät muun henkilön (agentti) suorittamaan heidän puolestaan jotakin tehtävää, johon sisältyy päätösvaltaa.⁷⁹ Tällainen suhde on esimerkiksi yhtiön johdon ja osakkeenomistajien välillä, kun yhtiön päätöksenteko on siirretty ammattijohdolle. Johto toimii tällöin osakkeenomistajien eli päämiesten agenttina. Päämies-agenttiteorian avulla on kuvattu etenkin yhtiön johdon ja osakkeenomistajien välistä suhdetta.⁸⁰

Päämies-agenttisuhteesta on nähty aiheutuvan ongelmia, jotka johtuvat etenkin siitä, että päämiehen ja agentin intressit eivät ole yhtenevät.⁸¹ Tällaisessa tilanteessa oletetaan, että molemmat toimivat rationaalisesti ja egoistisesti, jolloin molemmat todennäköisesti haluavat maksimoida omien intressiensä toteutumisen. Tämän vuoksi agentti ei aina päämiehen puolesta toimiessaan pyri edistämään päämiehen etuja vaan omia etujaan.⁸² Päämies-agenttisuhteessa aktualisoituakin epäsymmetrisen informaation ja sen aiheuttamien kustannusten ongelma: Päämies ei tiedä, miten agentti tulee käyttäytymään. Hän ei tiedä, kenen intressien mukaan agentti kulloinkin toimii. Jotta päämies voisi varmistaa, että agentti toimii hänen etujensa mukaisesti, hänen on voitava valvoa agentin toimintaa ja vaikuttaa siihen. Toiminnan valvonta puolestaan aiheuttaa päämiehelle kustannuksia.⁸³

Vastaavanlainen agenttisuhte ja siitä johtuvat ongelmat voidaan nähdä myös yhtiön ja sen luotonantajien välillä.⁸⁴ Epäsymmetrisen informaation ongelma ja siitä aiheutuvat kustannukset ovat myös tällöin olemassa: yrityksen johto tietää luotonantajia paremmin yrityksen toiminnasta ja tulevaisuudennäkymistä ja voi suoraan vaikuttaa niihin. Mikäli luotonantaja on kiinnostunut valvomaan intressejään yrityksen johdon toimintaan nähden, hänelle aiheutuu siitä kustannuksia.

Velkojalla on luottosuhteessa aina epätäydellinen informaatio. Hän ei tiedä, miten velallinen tulee toimimaan. Tämä aiheuttaa velkojalle epävarmuutta luoton takaisinmaksusta, minkä vuoksi velkojan on otettava huomioon mahdollinen riski luottotappiosta. Riskin poistamiseksi tarvittavat toimenpiteet aiheuttavat velkojal-

⁷⁹ Ross Am. Econ. R 1973 s. 134, Jensen – Meckling J. Fin. Econ. 1976 s. 308. Ks. myös Kanninen – Määttä – Timonen 1996 s. 38–39 ja Bergström – Samuelsson 1997 s. 22.

⁸⁰ Ks. esim. Ross Am. Econ. R 1973 s. 138, Fama J. Pol. Econ. 1980 s. 288. Ks. myös Bergström – Samuelsson 1997 s. 68–119.

⁸¹ Johdon ja osakkeenomistajien erilaisista intresseistä ks. esim. Kanninen 1996 s. 99–100.

⁸² Ross Am. Econ. R 1973 s. 143, Barnea – Haugen – Senbet 1985 s. 25.

⁸³ Jensen – Meckling J. Fin. Econ. 1976 s. 308. Vrt. kuitenkin s. 357, jossa päädytään lopputulemaan yhtiömuodon käyttökelpoisuudesta (johdon ja osakkeenomistajien) agenttisuhteongelmista huolimatta. Coase on jo vuonna 1937 esittänyt klassisessa artikkelissaan, että yhtiömuodon käyttäminen markkinoiden sijasta vähentää muita transaktiokustannuksia niin paljon, että se on kannattava. Ks. lisäksi Bergström – Samuelsson 1997 s. 20–26.

⁸⁴ Jensen – Meckling J. Fin. Econ. 1976 s. 309, Smith – Warner J. Fin. Econ. 1979, Levmore Yale LJ 1982 s. 50, Barnea – Haugen – Senbet 1985.

le kustannuksia. Kustannuksia syntyy velallisen väärin toimimisen estämisestä ja tähän tarvittavasta valvonnasta. Oikeustaloustieteellisessä kirjallisuudessa on korostettu, että epävarmuuden aiheuttamat kustannukset heijastuvat luottoon, sillä luoton hinta on aina vähintään sen velkojalle aiheuttamat kustannukset. Epätäydellinen informaatio nostaa luoton hintaa ja aiheuttaa tehottomuutta.⁸⁵

Sekä osakkeenomistajien että luotonantajien riskinä on epätietoisuus yhtiön johdon toiminnasta tulevaisuudessa ja sen vaikutuksista intressitahon tekemien pääomapanosten kohtaloihin. Paitsi että näiden tahojen intressit voivat olla vastakkaisia johdon intresseihin nähden, myös osakkeenomistajien ja luotonantajien intressit ovat usein keskenään vastakkaiset. Kun päämies-agenttisuhteita tarkastellaan samanaikaisesti, yhtiö voidaan nähdä useampien tahojen eri suuntiin vaikuttavien intressien konfliktikenttänä. Yhtiö voidaan nähdä tällöin kolmikantana, jonka yksi kulma muodostuu yhtiön johdosta, toinen osakkeenomistajista ja kolmas yhtiön ulkopuolisista intressiryhmistä. Viimeinen ryhmä jakautuu vielä useampiin eri alaryhmiin, joiden väliset intressit voivat olla vastakkaisia.⁸⁶ Tärkeimpiä alaryhmiä ovat luotonantajat ja työntekijät.⁸⁷ Oikeustaloustieteellisessä kirjallisuudessa yhtiö onkin nähty erilaisten siihen yhteydessä olevien intressitahojen sopimusverkkona.⁸⁸

Kun osakkeenomistajien ja luotonantajien intressit ovat vastakkaiset, toisen intressien edistäminen saattaa kasvattaa toisen tappioriskiä. Esimerkiksi koska luotonantajien intressi kohdistuu yhtiön maksukyvyyn säilymiseen, luotonantajien intressiä edistää yhtiön vapaan pääoman jättäminen jakamatta tai sen investoiminen uudelleen. Osakkeenomistajien näkökulmasta yhtiön vapaa oma pääoma puolestaan on ylijäämää, jonka palauttaminen esimerkiksi osinkoina takaisin saattaa olla osakkeenomistajien intressien mukaista. Koska osakkeenomistajilla ja luotonantajilla on yhteinen agentti, yhtiön johto, on mahdollista, että agentti toimii jommankumman intressitahon kanssa yhteisymmärryksessä toisen tahon intressejä vastaan.⁸⁹

Osakkeenomistajat voivat turvata intressejään ja harjoittaa valvontaa osakkeeseen liittyvien hallintaoikeuksien avulla. Tähän liittyen taloustieteellisessä kirjallisuudessa on esitetty, että osakkeenomistajien määräysvallan vuoksi yhtiön johto pyrkii yleensä turvaamaan osakkeenomistajien edut suhteessa luotonantajien etuihin. Osakkeenomistajien suosiminen luotonantajiin nähden voi tapahtua esimerkiksi (1) harjoittamalla anteliasta osingonjakopolitiikkaa,

⁸⁵ Ks. *Triantis J. Leg. Stud.* 1992. Ks. myös *Carlson Virginia LR* 1994 s. 2185–2186.

⁸⁶ Myös erilaisilla osakkeenomistajille saattaa olla keskenään ristiriitaisia intressejä. Tämä problematiikka jää kuitenkin tämän tutkimuksen ulkopuolelle. Ks. kuitenkin esim. *Bergström – Samuelsson* 1997 s. 120–158.

⁸⁷ Ks. esim. *Coffee* 1991 s. 3–5.

⁸⁸ Ks. *Jensen – Meckling J. Fin. Econ.* 1976. Ks. myös *Timonen* 1997 s. 157–162 sekä *Bergström – Samuelsson* 1997, jotka huomauttavat (s. 206), että sopimusnäkökulma yhtiöön ei sinänsä ole uusi, sillä jo 1800-luvulla yhtiön perustana nähtiin osakkeenomistajien välinen sopimussuhde, mutta kehittyneemmät teoriat ovat syntyneet vasta myöhemmin. Yhtiön näkeminen eri intressitahojen sopimusten verkkona vaikuttaa sopivan hyvin analyyttisen siviilioikeudenkin perinteeseen: yhtiön käsitteen pilkkominen eri intressitahojen välisiksi sopimussuhteiksi muistuttaa rakenteeltaan verraten paljon esimerkiksi omistusoikeuden käsitteen eriytyntä tarkastelua.

⁸⁹ *Smith – Warner J. Fin. Econ.* 1979 s. 117–119, *Masulis* 1988 s. 35 ja *Coffee* 1991 s. 5. Ks. myös *Bergström – Samuelsson* 1997 s. 159–169.

(2) ottamalla runsaasti luottoa, (3) sijoittamalla varoja riskialttiilla tavalla tai (4) jättämällä tarpeelliset investoinnit tekemättä.⁹⁰ Osakkeenomistajia suosivat toimenpiteet eivät puolestaan aina edistä yhtiön kokonaisuutta.⁹¹

Luotonantajalla on siis erityinen riski yhtiön toiminnan suhteen. Mikäli luotonantaja on rationaalinen, hän tiedostaa myös osakkeenomistajien intressien suosinnan edellä mainitut riskit ja ottaa ne huomioon luottopäätöksessään. Luotonantajan instrumentti riskin torjunnassa on yhtiöoikeudellisen lainsäädännön velkojien suojasäännösten lisäksi luottosopimus.⁹² Luottosopimukseen liittyvinä riskin hallinta- ja torjuntakeinona on lähinnä sen huomioon ottaminen luoton hinnassa ja muissa ehdoissa. Tämä tarkoittaa, että osakkeenomistajat eivät *ex ante* hyödy heitä suosivista toimenpiteistä, mutta yhtiön etu voi kärsiä luotonantajan varautuessa riskiin yhtiölle epäedullisilla luottoehdoilla.⁹³

b. Panttioikeuden tehokkuus inter partes. Keskeisimmät perusteet, joilla panttioikeuden vaikutusta luotonannon tehokkuuteen on puollettu, perustuvat erilaisiin *valvonta(kustannus)teorioihin*. Panttioikeuden tehokkuus luotonantajan ja luoton-saajan välisessä suhteessa perustuu epätäydellisen informaation vallitessa siihen, että sitä voidaan käyttää puuttuvan informaation korvikkeena. Se tuottaa luoton-antajalle niin vahvan aseman, että tämä on turvattu myös velallisen maksukyvyttö-myystilanteessa, jolloin velkojan riski luottotappiosta vähenee. Tämän vuoksi luotonantaja ei tarvitse informaatiota yhtiön toiminnasta eikä sen hankkimiseen mene kustannuksia.⁹⁴ Tämän johdosta panttioikeus alentaa luoton hintaa ja edistää taloudellista tehokkuutta.

Eräät valvontateorioista perustuvat ajatukseen velkojien suhteellisesta valvon-takyvystä. Tällä tarkoitetaan, että velkojilla on erilaisia mahdollisuuksia ja kykyjä suorittaa epätäydellisen informaation vuoksi tarvittavaa valvontaa. Erään tällaisen valvontateorian mukaan vakuus lisää tehokkuutta silloin, kun vakuus annetaan velkojalle, jolla on heikko valvontakyky eli jonka valvontakustannukset ovat suuret. Velkoja voi vähentää kustannuksiaan vaatimalla vakuuden, jolloin hänen ei tarvitse valvoa velallista. Tällöin vakuus lisää luotonannon tehokkuutta mahdol-lisimman paljon. Vakuus on tämän teorian mukaan puuttuvan informaation kor-vike.⁹⁵

⁹⁰ Ks. esim. *Jensen – Meckling* J. Fin. Econ. 1976 s. 333–337, *Smith – Warner* J. Fin. Econ. 1979 s. 118–119, *Barnea – Haugen – Senbet* 1985 s. 31–40, *Ross – Westerfield* 1988 s. 486, *Triantis* J. Leg. Stud. 1992 s. 234–238, *Day – Taylor* JIBL 1996 s. 201–202 sekä myös *Bergström – Samuelsson* 1997 s. 163–169.

⁹¹ Ks. esim. *Jensen – Meckling* J. Fin. Econ. 1976 ja *Smith – Warner* J. Fin. Econ. 1979.

⁹² Yhtiöoikeudellisten velkojansuojasäännösten yksityiskohtainen tarkastelu jää tämän tutkimuksen teeman ulkopuolelle. Tällaisina velkoja suojaavina säännöksinä voidaan kuitenkin tässä mainita vähimmäispääomaa, voitonjakoa, lainan tai vakuuden antoa yhtiön intressitahoille, omien osakkeiden hankintaa, pääoman alentamista ja pakkoselvitystilaa koskevat säännökset. Ks. niistä erityisesti oikeustaloustieteellisestä näkökulmasta *Bergström – Samuelsson* 1997 s. 170–180.

⁹³ *Masulis* 1988 s. 36, *Triantis* J. Leg. Stud. 1992 s. 235.

⁹⁴ *Adams* 1980 esim. s. 148–156.

⁹⁵ Ks. *Jackson – Kronman* Yale LJ 1979. He erottavat yhtäältä vakuuden tuottamasta etuoikeudesta ja toisaalta valvontakustannusten vähenemisestä aiheutuvan velkojan riskin vähenemisen. He myöntä-vät kuitenkin, että käytännössä erottelua on vaikea tehdä. Ks. s. 1153 alav. 43.

Vakuuden on nähty poistavan epätäydellisen informaation ongelmaa ja siitä aiheutuvia kustannuksia myös niin, että sen on nähty voivan heijastaa velallisen luottokelpoisuuden tilaa. Sen on ensinnäkin nähty voivan olla velkojalle merkki velallisen luottokelpoisuudesta. Tämä *signaling*-teoria perustuu ajatukseen, että vakuudenanto aiheuttaa velallisen toimintaan erilaisia kustannuksia. Tällöin ainoastaan velallisella, jonka taloudellinen tilanne on hyvä, on varaa antaa vakuus. Vakuudenannon merkitystä signaalina on kuitenkin pidetty epäselvänä, koska vakuudenantoa pidetään yleisesti merkinä velallisen taloudellisen aseman huonontumisesta. Yleensä vakuudetonta luottoa myönnetään ainoastaan vakavaraisille ja hyvässä maineessa oleville velallisille ja yleisenä olettamana on, että riskin kasvaessa vakuustarvekin kasvaa.⁹⁶

Vaikka panttioikeus voi olla taloudellisesti tehokas *inter partes*, se ei kuitenkaan tarkoita, että sitä käytettäisiin aina. Joissakin tilanteissa panttioikeutta ei katsota tarvittavan riskin vähäisyyden vuoksi. Tällaisia ovat tilanteet, joissa luottoaika on lyhyt tai luotonsaaja tunnetusti vakavarainen.⁹⁷ Panttioikeuden tehokkuus *de facto* suhteessa *inter partes* riippuukin oikeustaloustieteellisen kirjallisuuden mukaan myös siitä, millainen velallisyriityksen taloudellinen tilanne on. Panttioikeuden perustaminen aiheuttaa kustannuksia. Tämän vuoksi panttioikeuden perustaminen on velallisen näkökulmasta taloudellisesti perusteltua vasta silloin, kun panttioikeuden perustamisesta aiheutuvat kustannukset ovat pienemmät kuin velallisen kustannukset olisivat tilanteessa, jossa luotto otettaisiin vakuudettomana. Mitä heikommassa taloudellisessa asemassa velallinen on, sitä epäedullisemmat va-

Kirjallisuudessa on kuitenkin vallinnut erimielisyys siitä, millaisella velkojalla on hyvä valvontakyky ja millaisella huono. Edellä kuvattu teoria perustuu näkemykseen, jonka mukaan esimerkiksi tavarantoimittajan olisi velallisen toiminnan läheisemmän tuntemisen vuoksi helpompi havaita muutokset tämän taloudellisessa tilanteessa ja sillä olisi siten parempi valvontakyky kuin velallisen toiminnasta kaukaisemmalla pankilla, ks. *Jackson – Kronman* Yale LJ 1979 s. 1160–1161.

Toisaalta taas on esitetty, että mikäli velallisella on pankin kanssa pitkä asiakassuhde, pankki pystyy seuraamaan velallisen taloudellista asemaa paremmin kuin muut velkojat, ks. *Schwartz* J. Leg. Stud. 1981 s. 11 alav. 28. Ks. myös *Levmore* Yale LJ 1982 s. 53. Nämä kirjoittajat ovatkin kritisoineet edellä esitettyä teoriaa siitä, että se ei selitä, miksi velkojat, joilla on hyvä valvontakyky, vaativat vakuuden, kun taas velkojilla, joilla on huono valvontakyky, ei yleensä ole vakuutta.

Ks. keskustelusta myös *Eisenberg* 1998 s. 18–19 ja *Carlson Cardozo* LR 1998 s. 1671–1681 ja s. 1691–1693, joka on kritisoinut sekä teoriaa, jonka mukaan huonon valvontakyvyn omaava velkoja ottaisi vakuuden, että teoriaa, jonka mukaan hyvän valvontakyvyn omaava velkoja ottaisi vakuuden. Hänen mukaansa valvontakyvyn ja vakuuden vaatimisen välillä ei ole välttämätöntä yhteyttä. Vakuudenotto voi hänen mukaansa kyllä vaikuttaa tarvittavan valvonnan määrään, mutta se ei määrää, kuka valvoo.

⁹⁶ Ks. lähemmin *Schwartz* J. Leg. Stud. 1981 s. 14–21 ja *sama* Virginia LR 1994 s. 2084–2085 sekä *White Vanderbilt* LR 1984 s. 476–477 ja *Schwarcz* Duke LJ 1997 s. 487. Jännitettä näiden kahden edellä kuvatun vakuudenannon merkitystä signaalina koskevan ajatustavan välillä on pyritty selittämään niin, että *signaling*-teoria pätee luottoa myönnettäessä. Tällöin luotonsaajan mahdollisuus antaa vakuus ilmentäisi hyvää taloudellista asemaa. Sen sijaan luoton juoksuaikana tapahtuva vakuudenanto heijastaisi pikemminkin taloudellisen aseman heikentymistä, *Triantis* J. Leg. Stud. 1992 s. 252–258. Ks. keskustelusta myös *Eisenberg* 1998 s. 16–17 ja (kriittisesti) *Carlson Cardozo* LR 1998 s. 1727–1733.

⁹⁷ *Carlson* Virginia LR 1994 s. 2195–2197.

kuudettoman luoton ehdot, mikäli luottoa myönnettäisiin, velalliselle ovat. Mitä epäedullisemmat luoton ehdot ovat, sitä pienemmät vakuudenannosta aiheutuvat kustannukset ovat verrattuna siihen hyötyyn, joka vakuudesta saadaan edullisempien luottoehtojen ansiosta. Silloin kun vakuudenannolla saavutetut hyödyt ylittävät siitä aiheutuvat haitat, vakuudenanto on taloudellisesti tehokasta ja perusteltua.⁹⁸ Oikeustaloustieteellisessä kirjallisuudessa on korostettu tämän ohella kuitenkin myös sitä, että vaikka vakuudenannosta ei olisikaan hyötyä jokaiselle velalliselle suhteessa inter partes, niin myös velallinen, joka ei *de facto* tarvitse vakuutta, hyötyy kuitenkin mahdollisuudesta tulevaisuudessa antaa velkojilleen vakuus.⁹⁹

c. Panttioikeuden tehokkuus kolmanteen nähden. (a) Perinteisen perustelun kuomoaminen: panttioikeus on tehoton. Kuten jo edellä on todettu, panttioikeuden käytöllä on kääntöpuoli. Suhteessa inter partes saavutettu hyöty voi koitua haitaksi ultra partes. Muiden velkojien riski voi kasvaa yhdenkin velkojan panttioikeuden johdosta, koska panttioikeus ei sellaisenaan poista konkurssiriskiä, vaan ainoastaan panttivelkojan riskin ja tämänkin vain sillä edellytyksellä, että velkoja on osannut arvioida oikein pantin arvon. Tällöin sen avulla voidaan itse asiassa siirtää riskiä panttivelkojilta muille velkojille. Vakuusluotonantoon kriittisesti suhtautuva kanta perustuukin siihen, että vakuudet toimivat varallisuuden siirron välineinä muilta velkojilta velalliselle ja vakuusvelkojalle eivätkä lisää kokonaishyötyä. Tämän vuoksi panttioikeus ei ole taloudellisesti tehokas.

Schwartzin edustaman kriittisen kannan mukaan täydellisillä markkinoilla panttioikeuden perustamisessa on kysymys neutraalista nollasummapielistä. Tällöin täydellinen informaatio ja muiden velkojien mahdollisuus ottaa omassa toiminnassaan huomioon vakuusvelan olemassaolo saavat aikaan sen, että heille ei synny tappiota vakuuden johdosta. Toisaalta vakuussopimuksen osapuoletkaan eivät tällöin hyödy vakuudesta.

Epätäydellisillä markkinoilla tilanne on toinen. Niillä vallitsee epätäydellinen informaatio ja ainakaan kaikki velkojat eivät pysty sopeuttamaan velalliseen kohdistuvia vaateitaan vakuusvelan olemassaoloon. Tässä tilanteessa vakuussopimuksen osapuolilla on mahdollisuus siirtää riskiä vakuudettomille velkojille ilman, että lisääntyntä riskiä kompensoidaan. Epätäydellisillä markkinoilla panttioikeuden perustamisessa onkin tämän kannan mukaan ainoastaan kysymys va-

⁹⁸ Ks. *Scott* Cornell LR 1997 s. 1456–1458, *Schwarcz* Duke LJ 1997 s. 426–426, s. 446–449 ja s. 486 sekä *Mann* Harvard LR 1997 s. 668–677 ja *sama* Georgetown LJ 1997. Ks. myös *Schwartz* Cornell LR 1997 s. 1412–1414, jonka mukaan velallinen sitoutuu luottosopimuksen erityisehtojen (kovenanttien) vaatimuksiin niin kauan kuin on hyvässä taloudellisessa asemassa, jossa voi luotettavasti täyttää nämä vaatimukset. Velallinen, joka on puolestaan niin huonossa taloudellisessa asemassa, että ei voi täyttää erityisehtojen vaatimuksia, antaa niiden sijasta velkojalle vakuuden, jos vakuudenannosta aiheutuvat kustannukset ovat pienemmät kuin vakuudettoman luoton ja vakuusluoton kustannusten välinen erotus. Ks. keskustelusta myös *Eisenberg* 1998 s. 22–23.

⁹⁹ *Schwarcz* Duke LJ 1997 s. 445, s. 452–462 ja s. 488.

rallisuuden siirrosta vakuusvelkojille ja velalliselle. Epätäydellisillä markkinoilla vakuudet eivät siis ole neutraaleja. Niistä aiheutuu aina jakovaikutus, joka on ristiriidassa velkojien tasa-arvon kanssa.¹⁰⁰

Bebchukin ja Friedin mukaan vakuusluotonanto voi olla sekä tehokasta että tehotonta. Heidän mukaansa kuitenkin se, että kaikki velkojat eivät sopeuta velalliseen kohdistuvia vaateitaan vakuusvelan olemassaoloon, kannustaa velallista ja vakuusvelkojaa tehottomaan vakuusluotonantoon. Kun osa velkojista ei sopeuta vaadettaan, velallisella ja vakuusvelkojalla on mahdollisuus hyötyä vakuudenannosta ja maksimoida omaisuuttaan. Tällöin vakuutta käytetään silloinkin, kun se vähentää kokonaishyötyä.

Velkojaryhmiä, jotka eivät sopeuta vaateitaan (*nonadjusting creditors*) ovat *Bebchukin ja Friedin* mukaan ei-vapaaehtoiset velkojat, kuten vahingonkorvausvelkojat ja verottaja, sekä tietyt vapaaehtoisetkin velkojat, kuten velkojat, joiden saamiset ovat pieniä (asiakkaat, työntekijät, tavarantoimittajat), sekä velkojat, joiden saaminen on sovittu sitovasti ennen vakuusvelkaa. Heidän mukaansa keskeistä velkojien vaateiden sopeuttamattomuudessa ei ole se, että joku velkoja(ryhmä) kärsisi vahinkoa,¹⁰¹ vaan se, että silloin, kun velallinen päättää vakuudenannosta, hän tietää, että hänen velkasuhteensa ehdot vaateitaan sopeuttamattomiin velkojiin nähden eivät jousta ("kiristy") vakuudenannosta lisääntyvän riskin verran. Tästä puolestaan johtuu, että velallinen voi saada vakuudenannosta etua silloinkin, kun se itse asiassa on kokonaistaloudellisesti katsottuna tehoton toimenpide. Panttioikeuden on siten nähty vääristävän velallisen valintoja ja vähentävän velkojan valvontahaluja.¹⁰²

Vakuuden on katsottu olevan kokonaistaloudellisesti tehoton myös siksi, että se vähentää vakuusvelkojan halua jatkaa velallisen toimintaa kriisitilanteessa niin, että koko velkojakollektiiville voitaisiin saada velallissomaisuudesta paras mahdollinen suoritus.¹⁰³

Panttioikeuden tehottomuuteen päätyneiden tutkijoiden normatiivisena suosituksena on ollut panttioikeuteen liittyvän etuoikeuden poistaminen kokonaan¹⁰⁴ tai

¹⁰⁰ *Schwartz J. Leg. Stud.* 1981 ja *sama Vanderbilt LR* 1984. Ks. myös *Warren Cornell LR* 1997, jonka mukaan taloudellinen tehokkuus ei edes yksin voi olla viimekätinen perustelu panttioikeuden tuottamalle etuoikeudelle, kun panttioikeuden käytöstä aiheutuu jakovaikutuksia, jotka synnyttävät ristiriitoja velkojaryhmien välillä.

¹⁰¹ Näin ei välttämättä olekaan, sillä vaikka velkasuhteen ehdot eivät kulloinkin käsillä olevassa tilanteessa joustaisi, velkojalla saattaa olla muita tämän velkasuhteen ehtojen jouston ulkopuolisia keinoja kompensoida riskiään. Esimerkiksi tavarantoimittajat voivat käyttää ehtoja, jotka keskimäärin kompensoivat heidän riskinsä kaikkia asiakkaitaan kohtaan.

¹⁰² Ks. *Bebchuk – Fried Yale LJ* 1996 ja *samat Cornell LR* 1997.

¹⁰³ *Warren Cornell LR* 1997 s. 1390–1391 ja *Bergström – Sundgren* 1998 s. 36–47. Vaikka yhtäältä voidaan ajatella vakuuden mahdollistavan velkojan sitoutumisen velallisen liiketoiminnan jatkamiseen, se toisaalta saattaa lykätä liiaksi toimintakyvyttömän yrityksen konkurssia.

¹⁰⁴ Ks. *Schwartz J. Leg. Stud.* 1981 ja 1989 sekä *sama Vanderbilt LR* 1984. *Schwartzin* mukaan mikäli velkojat ja velallinen voisivat sopia suoritusjärjestyksestä konkurssissa, he sopisivat aikaprioriteettijärjestyksestä riippumatta siitä, onko vakuutta annettu vai ei.

sen rajoittaminen kattamaan vain osan vakuuskohteen arvosta¹⁰⁵. Lisäksi panttioikeuden haittoja on esitetty eliminotavaksi lainsäädännöllä, joka turvaisi etuoikeuden niille velkojaryhmille, jotka eivät voi sopeuttaa vaateitaan.¹⁰⁶

(b) *Perinteisen perustelun puolustus: panttioikeus on tehokas.* Panttioikeuden tehokkuutta on puolustettu jo sillä, että sen käytöstä ei aiheudu kolmansille vaikutuksia, joita he eivät voisi ennakoida.¹⁰⁷ Ja vaikka edellä esitelty kritiikki vakuuden jakovaikutuksista hyväksyttäisiinkin, panttioikeutta voidaan silti pitää tehokkaana, mikäli vakuuden käytön hyödyt ylittävät näistä vaikutuksista aiheutuneet kustannukset. Tällä voidaan tarkoittaa sitä, että panttioikeus tuo enemmän hyötyä vakuusvelkojille kuin haittaa vakuudettomille, tai sitä, että panttioikeuden käyttö hyödyttää myös muita velkojia, koska se vähentää konkurssiriskiä.¹⁰⁸

Riskin vähentäminen voi perustua esimerkiksi siihen, että vakuus mahdollistaa tehokkaan valvonnan.¹⁰⁹ Erään velkojen suhteelliseen valvontakykyyn perustuvan valvontateorian mukaan vakuusvelkoja nimittäin ei suinkaan lopeta velallisen valvontaa vakuuden saadessaan. Sen mukaan vakuus lisää tehokkuutta nimenomaan silloin, kun hyvän valvontakyvyn omaavalle tehokkaaseen valvontaan pystyvälle velkojalle annetaan vakuus. Tällöin velkoja suorittaa kaikille velkojille tärkeää valvontaa ja saa siitä korvauksen vakuuden tuottaman etuoikeuden muo-

¹⁰⁵ Ks. *Bebchuk – Fried* Yale LJ 1996 ja *samat* Cornell LR 1997.

¹⁰⁶ Erityisenä velkojaryhmänä, jonka asema tulisi turvata, on tuotu esiin vahingonkorvausvelkojat. Tältä osin keskustelu liittyy läheisesti yhtiöoikeudelliseen kysymykseen osakkaan rajoitetun vastuun murtamisesta yhtiön vahingonkorvausvelkojen osalta, ks. *Baird* Cornell LR 1997 s. 1429–1430.

Siitä huolimatta, että pohjoismaisessakin oikeuskirjallisuudessa on kiinnitetty huomiota vahingonkorvausvelkojen asemaan, on vahingonkorvausvelkojen asemalla argumentoituessa otettava huomioon, että käytännössä vahingonkorvausvelkojen saatavat ovat esimerkiksi yrityksen konkurssissa huomattavasti pienemmät kuin Yhdysvalloissa. Vahingonkorvausvelkojen asemalla argumentoinnilla onkin Yhdysvalloissa huomattavasti suurempaa reaalista merkitystä, ks. *Eisenberg* 1998 s. 11.

¹⁰⁷ Tämän kannan mukaan vakuudettoman velkojan on aina osattava varautua siihen, että mahdollisessa konkurssissa hänelle ei jää jako-osuutta. Yleisesti ottaen panttioikeuden sitovuuteen liittyvän julkivarmistusvaatimuksen on katsottu helpottavan ennakointia. Toisaalta on myöskin todettu, että panttioikeuden olemassaolon mahdollisuus ja sen käytön yleisyys on yleisesti tunnettu tosiasia, jonka vuoksi panttioikeudelta tai vakuusosoikeuksilta yleisestikään ei tarvitse edellyttää niiden julkistamista. Ks. *Adams* 1980 s. 194.

¹⁰⁸ Ks. esim. *Harris – Mooney* Cornell LR 1997. Edellisessä tilanteessa panttioikeus on Kaldor – Hicks-tehokas, jälkimmäisessä Pareto-tehokas.

Kuten jo jakson II 5.4.4.1. lopussa esitettiin, panttioikeuden tehokkuuteen kielteisesti suhtautuvan kannan tukeutumista Modigliani – Miller-hypoteesiin on kritisoitu, koska se on jo kumottu alkuperäisellä soveltamisalueellaankin. Myöhempi tutkimus on nimittäin osoittanut, että pääomarakenteella on vaikutusta velallisen käyttäytymiseen ja siten yhtiön arvoon. Ks. *Jensen – Meckling* J. Fin. Econ. 1976 s. 332–333. Tähän liittyen on todettu, että myös vakuudella on vaikutusta velallisen käyttäytymiseen ja siten yhtiön arvoon: vakuus vähentää velallisen väärintoimimismahdollisuutta ja siten velkojan riskiä, *Carlson* Virginia LR 1994 s. 2199–2200, vrt. kuitenkin *Baird* Cornell LR 1997 s. 1422.

¹⁰⁹ *Triantis* J. Leg. Stud. 1992 s. 241–245.

dossa. Tämän teorian valossa vakuus ei ole puuttuvan informaation korvike vaan kannustin informaation hankkimiseen.¹¹⁰

Tämän teorian mukaan vakuudella on myös mahdollisuus ratkaista velallisen valvontaan liittyvät tehokkuusongelmat, joita syntyy, kun velkojia on useampia. Ongelmia voi syntyä joko ylivalvonnasta tai alivalvonnasta. Ylivalvonnasta on kysymys, kun useat velkojat suorittavat samoja valvontatoimenpiteitä. Tällöin valvonnasta aiheutuu turhia kustannuksia. Alivalvonnasta puolestaan on kyse, kun velkojat ryhtyvät vapaamatkustajiksi ja luottavat siihen, että muut velkojat suorittavat tarvittavaa valvontaa. Tällöin on mahdollista, että velallisen toimintaa ei valvota tarpeeksi. Teorian mukaan vakuusoikeuksia voidaan käyttää valvontakohneiden jakamiseen niin, että velkojien suorittama valvonta on optimaalista, tehokkainta. Tällainen valvonta ei ole päällekkäistä, mutta kuitenkin riittävää.

Optimaalisen valvonnan toteuttaminen vakuuksien käytön avulla on esitetty olevan mahdollista kahdella tavalla. Ensinnäkin sen on todettu olevan mahdollista jakamalla valvontaa vakuuden käytöllä niin, että kullekin velkojalle annetaan eri vakuuskohde. Tällöin kunkin velkojan oletetaan keskittyvän vakuudeksi saamansa kohteen valvontaan. Toinen mahdollisuus optimaalisen valvonnan toteuttamiseen vakuuksien avulla on, että käytetään vakuuskohdetta, joka mahdollisimman hyvin heijastaa yhtiön arvossa tapahtuvia muutoksia, ja annetaan se vakuudeksi velkojalle, jolla on hyvä valvontakyky. Tällöin ainoastaan kyseinen velkoja valvoo velallisen toimintaa.¹¹¹

Yhdellekin velkojalle annetun vakuuden on myös katsottu hyödyttävän kaikkia velkojia sillä perusteella, että vakuus perustaa tälle velkojalle mahdollisuuden vaikuttaa velallisen toimintaan niin, että tämä ei voi loukata velkojien etuja. Paras vaikutusmahdollisuus velkojalla on tämän teorian mukaan silloin, kun hänen vakuutensa on mahdollisimman laaja-alainen.¹¹²

Vakuuden on nähty vähentävän luotonantajan puuttuvasta informaatiosta johtuvia kustannuksia myös estämällä velallisen velkojan suhteen haitallista toimintaa sinänsä.¹¹³ Kuten edellä todettiin, velkojalle haitallisia velallisen toiminnan muotoja ovat tyypillisesti (1) varojen jako osakkeenomistajille harjoittamalla antelias- ta osingonjakopolitiikkaa, (2) lisäluoton ottaminen paremmalla etuoikeudella, (3) varojen riskillisyyden lisääminen sijoittamalla ne aiempaa riskialttiimmalla tavalla ja (4) investointimahdollisuuksien käyttämättä jättäminen.

¹¹⁰ *Levmore* Yale LJ 1982 s. 55–57. Ks. myös *Masulis* 1988 s. 38 ja *Schwarcz* Duke LJ 1997 s. 439–440. Vrt. *Carlson Cardozo* LR 1998 s. 1691–1693.

¹¹¹ *Levmore* Yale LJ 1982.

¹¹² Ks. *Scott* Columbia LR 1986, jonka mukaan esimerkiksi lähinnä yrityskiinnitystä vastaava floating lien on tällainen vakuus. Teoria on hyvin samankaltainen kuin edellä esitelty tehokkaan valvonnan optimin saavuttaminen panttikohteella, joka mahdollisimman hyvin heijastaa yhtiön arvossa tapahtuvia muutoksia.

¹¹³ Ks. *Adler* J. Leg. Stud. 1993 ja *Scott* Cornell LR 1997 s. 1448–1454.

Panttioikeuden on katsottu voivan estää velallisen mahdollisuudet muuttaa toimintaansa riskialttiimmaksi, mikäli tämä muutos edellyttäisi omaisuuden myyntiä. Tämä johtuu siitä, että panttioikeuden pysyvyys omistajanvaihdoksessa vähentää panttiomaisuuden markkina-arvoa.¹¹⁴ Myös tämän panttioikeuden ominaisuuden johdosta vakuudettomien velkojen kustannusten on nähty nousevan vähemmän kuin vakuuksien tuottama etu on vakuusvelkojille.¹¹⁵

Vakuuden on nähty vähentävän konkurssiriskiä myös niin, että se mahdollistaa lisärahoituksen, jonka ansiosta velallinen voi välttyä konkurssilta.¹¹⁶ Lisärahoituksen saaminen voi käytännössä kuitenkin yhtä hyvin huonontaa velallisen taloudellista tilannetta ja samalla vakuudettoman velkojan saamista konkurssissa, mikäli lisäluotto käytetään esimerkiksi huonoon investointiin.¹¹⁷ Toisaalta vakuudettoman velkojan saamisen arvo huonontuu tällöin joka tapauksessa, olipa myöhemmästä velasta annettu vakuus tai ei.¹¹⁸ Vieraan pääoman ehtoinen lisärahoitus vähentää velallisen omaa sijoitusosuutta ja sen on katsottu tätä kautta myös lisäävän velallisen riskiä ryhtyä velkojille haitallisiin toimiin, kuten esimerkiksi riskialttiimpaan toimintaan. Panttioikeuden on nähty ehkäisevän tätä riskiä, koska sen ominaisuudet estävät velallisen ryhtymistä velkojille haitalliseen toimintaan.¹¹⁹

Empiirisiin haastattelututkimuksiin on pyritty myös osoittamaan, että riskien ulkoistaminen siirtämällä niitä vakuussopimuksen ulkopuolisille, minkä on esitetty olevan keskeinen panttioikeuden käyttöön liittyvä haitta, ei käytännössä ole keskeinen peruste vakuuden käyttämiselle.¹²⁰

d. Panttioikeuden tehokkuus, kun velkojat eivät riskineutraaleja. Epätäydellisen informaation ohella todelliset markkinat eroavat täydellisistä markkinoista siinä, että velkojen riskinottohalu ja -kyky vaihtelee. Vakuuden tehokkuutta lisäävää vaikutusta onkin perusteltu velkojen riskinottohalun ja -kyvyn vaihtelulla. Vakuusoikeuksien nähdään lisäävän tehokkuutta, mikäli ne auttavat siirtämään riskiä vähiten riskinottokykyisiltä velkojilta riskinottokykyisimmille velkojille.¹²¹

¹¹⁴ Ks. Stulz – Johnson J. Fin. Econ. 1985, Triantis J. Leg. Stud. 1992 ja Bebchuk – Fried Yale LJ 1996. Vrt. White Vanderbilt LR 1984 s. 476, joka ottaa esiin sen, että jotkut yhtiöt saattavat toimia jo valmiiksi niin riskialttiilla alalla, että tällaisen muutoksen estämisellä ei ole merkitystä.

¹¹⁵ Ks. White Vanderbilt LR 1984.

¹¹⁶ Ks. Kripke Univ. Pennsylvania LR 1985 s. 969–970, Harris – Mooney Virginia LR 1994 s. 2042–2043 ja Schwarcz Duke LJ 1997, jonka mukaan vakuus on tehokas, kun se annetaan uudesta velasta, mutta tehoton, kun se annetaan vanhasta velasta.

¹¹⁷ Schwartz Virginia LR 1994 s. 2077–2078.

¹¹⁸ Harris – Mooney Virginia LR 1994.

¹¹⁹ Kanda – Levmore Virginia LR 1994.

¹²⁰ Ks. Mann Georgetown LJ 1997 erit. s. 41–43.

¹²¹ White Vanderbilt LJ 1984 s. 494–502. Velkojan riskinottokykyyn vaikuttaa tämän kokonaisvarallisuuden määrä ja mahdollisuus hajauttaa riskejä, ks. Bergström – Sundgren 1998 s. 27. Edellä kuvattuun selitysmalliin onkin suhtauduttu kriittisesti sen vuoksi, että riskineutraalit suuret yhtiöt, jotka voivat hajauttaa riskejään, yleensä ottavat vakuuden. Ks. kysymyksestä lähemmin Carlson Cardozo LR 1998 s. 1668–1670.

On katsottu, että vakuudenanto riskiä karttavimmille velkojille mahdollistaa luotonannon lisääntymisen tilanteessa, jossa velkoja ei muutoin olisi antanut luottoa. Tätä kantaa on kuitenkin kritisoitu siitä, että se ei voi perustella sitä, että vakuus saisi riskiä karttavan velkojan antamaan luottoa pikemmin kuin sijoittamaan pääomaansa muulla tavoin.¹²²

e. Tiivistelmä. Panttioikeuden käytön tarkoituksenmukaisuutta on pyritty perustelemaan erilaisilla teorioilla. Toisaalta on tuotu esiin myös panttioikeuden käytöstä aiheutuvia ongelmia. Ongelmat koskevat ensinnäkin erityisesti velallisen muiden, vakuudettomien velkojien intressien huomioon ottamista ja toiseksi yleisten taloudellisten intressien edistymistä.

Molempien ongelmien keskeinen peruste on panttioikeuden jakovaikutus konkurssissa. Se on ristiriidassa velkojien tasa-arvon edistämisen ajatuksen kanssa. Jakovaikutus syntyy aina, kun markkinat eivät ole täydelliset. Panttioikeuden käyttöön kriittisesti suhtautuvat tutkijat ovatkin esittäneet, että panttioikeus voi hyödyttää luotonsaajaa ja luotonantajaa ainoastaan silloin, kun joku luotonsaajan muista velkojista ei voi sopeuttaa saatavansa ehtoja panttivelkojan etuoikeudesta johtuvan riskinsä kasvuun. Tämä voi johtua puutteellisesta informaatiosta tai puutteellisista sopeuttamismahdollisuuksista. Tällöin panttioikeuden perustamisessa on kysymys ainoastaan tällaisten velkojien vahingoksi tapahtuvasta velallisen varallisuuden uudelleenjaosta mahdollisessa konkurssitilanteessa. Vakuudettomille velkojille panttioikeudesta aiheutuvia haittoja on pyritty ehkäisemään esimerkiksi edellyttämällä tehokkaalta panttioikeudelta julkisuutta, jolloin velkojat voivat saada siitä ennakolta tiedon. Julkisuus ei kuitenkaan auta, mikäli velkojalla ei ole mahdollisuutta sopeuttaa vaadettaan.¹²³

Paitsi että jakovaikutus sinänsä nähdään ongelmana, sen on nähty johtavan myös toiseen ongelmaan. Panttioikeuden käytön ongelmaksi on nähty myös, että se voi ylipäänsä kannustaa luottosuhteen osapuolia tehottomaan toimintaan. Panttioikeudella aikaan saatava varallisuuden siirto sopimuskumppaneille luotonsaajan muilta velkojilta saattaa kannustaa luotonsaajaa ja luotonantajaa käyttämään panttioikeutta silloinkin, kun se johtaa varallisuuden kokonaisarvon alenemiseen. Panttioikeuden onkin nähty vääristävän velallisen tekemiä valintoja ja velkojan valvontahaluja. Tämän vuoksi sen on nähty haittaavan taloudellista kehitystä.¹²⁴

Panttioikeuden käyttöä puoltavien tutkijoiden ”kova” perustelu jakovaikutukselle konkurssissa on, että sen tuottamat haitat ulkopuolisille kompensoituvat haittoja suurempana hyötynä panttivelkojille ja velalliselle.¹²⁵ Jakovaikutuksen ”pehmeä” perustelu puolestaan on, että panttioikeus mahdollistaa velallisen toimintaan kohdistuvan valvonnan, jonka tarkoituksena on ylipäänsä vähentää kon-

¹²² Schwartz J. Leg. Stud. 1981. Ks. myös Triantis J. Leg. Stud. 1992.

¹²³ Schwartz.

¹²⁴ Bebchuk – Fried.

¹²⁵ Ks. Buckley Virginia LR 1986.

kurssin todennäköisyyttä. Panttioikeuden keskeisenä funktiona pidetään tällöin velkojan motivointia tehtävässään valvoa velallisen toimintaa.¹²⁶ Keskeistä panttioikeuden tehokkuutta puoltavan kannan argumentoinnissa on, että panttioikeuden ongelmallisena pidetyllä jakovaikutuksella ei ole nähty olevan suurta merkitystä, koska se toteutuu ainoastaan konkurssissa ja panttioikeuden käyttö vähentää tämän riskin toteutumista.¹²⁷ Mikäli konkurssitilanteeseen kuitenkin jouduttaisiin, panttioikeuden tuottaman etuoikeuden katsotaan joka tapauksessa kompensoivan panttivelkojille näiden suorittamaa valvontaa. Yhteistä näille perusteluille on näkemys, että panttioikeus ei ainoastaan jaa uudelleen varallisuutta vaan myös tuottaa hyötyä.¹²⁸ Tämän näkemyksen mukaan vaikka panttioikeus aiheuttaisi liiketaloudellista tappiota jollekin velkojalle, panttioikeuden kansantaloudelliset edut kuitenkin kompensoivat tämän haitan.¹²⁹

Tällainen suhtautumistapa panttioikeuden sallittavuuteen heijastuu hyvin pitkälle esimerkiksi TakSL 14 §:n vakuuden peräyttämistä koskevassa sääntelyssä. Sen mukaan panttioikeus nimittäin vaikuttaa olevan sallittu vain, kun sillä on muukin kuin jakovaikutus. Panttioikeudella voidaan nähdä olevan pelkkä jakovaikutus, jolloin se ei siis ole sallittu, esimerkiksi silloin, kun vakuus annetaan vanhasta velasta.¹³⁰ Vakuudet, jotka voidaan peräyttää TakSL:n nojalla voidaankin nähdä sellaisina, että niiden tuottama etu ei ylitä vakuudenannosta muille kuin sopimuksen osapuolille johtuvia haittoja.¹³¹

¹²⁶ Näin esim. *Scott* Columbia LR 1986, *Harris – Mooney* Virginia LR 1994 ja *samat* Cornell LR 1997, *Carlson* Virginia LR 1994 ja *Schwarcz* Duke LJ 1997.

¹²⁷ Ks. esim. *Harris – Mooney* Virginia LR 1994.

¹²⁸ Ks. *Shupack* Rutgers LR 1989.

¹²⁹ *Schwarcz* Duke LJ 1997 s. 480–483 on ottanut vakuuden jakovaikutusta kohtaan esitetyn kritiikin johdosta käyttöön käsitteen ryhmä(luokka)pareto-tehokkuus ("*class Pareto efficiency*"). Tätä käsitettä käytettäessä transaktio on tehokas, jos se on Pareto-tehokas, kun jokaista henkilöryhmää, johon transaktio vaikuttaa, pidetään yhtenä henkilökollektiivina. Tällöin ryhmäpareto-tehokkuus on olemassa aina, kun kokonaishyöty ryhmälle ylittää ryhmälle aiheutuneet kustannukset, vaikka joku ryhmään kuuluva yksittäinen henkilö kärsisikin vahinkoa. Tällöin ryhmäpareto-tehokas transaktio on aina myös Kaldor – Hicks-tehokas jokaisessa henkilöryhmässä. *Schwarcz*in mukaan vakuuden perustaminen uudesta luotosta on keskimäärin tehokasta, vaikka onkin mahdollista, että joku yksittäinen velkoja saattaisikin vakuudenannosta kärsiä.

¹³⁰ Ks. *Harris – Mooney* Virginia LR 1994 s. 2028–2030. Ks. myös *Adams* 1980 s. 197–203, joka pohtii sitä, milloin jälkikäteen annettu vakuus olisi sallittava ja milloin taas ei. *Adams*in mukaan vakuudenanto olisi kiellettävä silloin, kun vakuudenanto on tapahtunut lähellä konkurssia, koska tällöin osapuolten tarkoituksena on ollut kiertää normaaleja omaisuuden lain mukaisia jakosääntöjä konkurssissa. *Adams*in mukaan vakuudenanto olisi taas sallittava, kun vakuudenannon tarkoituksena on ollut vain vähentää luottosopimuksen velkojalle tuomaa epävarmuutta ja kun vakuuden vaihtoehtona olisi luoton irtisanominen tai koronnosto. Sallitun ja kielletyn raja määräytyy *Adams*in mukaan sekä subjektiivisten (osapuolten tarkoitus) että objektiivisten (aika) kriteerien perusteella. Tarkka ajankohta on *Adams*in mukaan selvitettävissä vain empiirisiin tutkimuksiin. Ks. myös *Schwarcz* Duke LJ 1997 s. 433–437, jonka mukaan vakuuden tehokkuus riippuu siitä, onko vakuus annettu uudesta vai vanhasta velasta. Jos se on annettu uudesta velasta, se on hänen mukaansa tehokas. Jos vakuus on puolestaan annettu vanhasta velasta, se on hänen mukaansa tehoton.

¹³¹ Vrt. *Berning* Tfr 1975 s. 24–28, s. 47 ja s. 53–57, jonka mukaan takaisinsaantia ei tulisi perustaa pelkästään siihen muodolliseen seikkaan, että vakuus on annettu vanhasta velasta. Hänen mukaansa tulisi aina erottaa toisistaan suojanarvoiset ja vahingolliset oikeustoimet ja vain jälkimmäiset tulisi

Panttioikeuden etuoikeutta on puolustettu sen jakovaikutuksesta huolimatta myös sillä, että etuoikeuden poistaminen ei poistaisi velkojien eriarvoisuutta. On esitetty, että etuoikeus voitaisiin tarvittaessa järjestää omistusvakuuksien kautta. Etuoikeuden poistamisen ei muutoinkaan katsota ratkaisevan yhteiskunnallisia epäkohtia vaan niitä nähdään olevan syytä tarkastella laajemmassa kontekstissa. Tämän vuoksi ja koska vakuusetuoikeus vähentää kustannuksia luotonannossa, etuoikeuksia ei katsota olevan syytä poistaa.¹³²

On huomattava, että myöskään meillä – ilman oikeustaloustieteellisiä pohdintoja – etuoikeusjärjestyksen uudistamisesta käyty etuoikeuksien vähentämiseen liittynyt keskustelu ei koskenut erityistä panttioikeuteen liittyvää etuoikeutta, vaan niin sanottuja yleisiä etuoikeuksia. Yrityskiinnityksen tuottamaa etuoikeutta konkurssissa kuitenkin supistettiin. Myös Ruotsissa ajankohtainen kysymys etuoikeusjärjestyksen uudistamisesta on rajattu koskemaan yleisiä etuoikeuksia, mukaan luettuna yrityskiinnitys. Ruotsissa oikeustaloustieteellinen keskustelu on ollut pohdintoissa näkyvästi esillä.¹³³

5.4.4.3. Panttauskompetenssinrajoituksen tehokkuudesta

Oikeustaloustieteellisessä kirjallisuudessa on käsitelty myös luotonannon yhteydessä sovitujen panttauskompetenssinrajoitusten tehokkuutta osana muiden luotosopimusten erityisehtojen tehokkuuden arviointia. Niiden tehokkuutta on arvioitu erityisesti suhteessa panttioikeuden ja muiden vakuusoikeuksien tehokkuuteen. Suhtautuminen panttauskompetenssinrajoitusten tehokkuuteen onkin pit-

peräyttää. Vakuuden antaminen vanhasta velasta voi olla suojanarvoinen oikeustoimi, mikäli sillä on esimerkiksi pyritty mahdollistamaan luottosuhteen jatkuminen irtisanomisen sijasta tai korkeammalla korolla. Berning on kritisoinut sitä, että tällaista vastiketta ei oteta huomioon takaisinsaantilainsäädännössä. Meillä vastaavansuuntaista kritiikkiä on esittänyt jo KS:n takaisinsaantisäännösten osalta *Havansi* (1979b s. 95–98). Hänen mukaansa ei ole oikeuspoliittisesti perusteltua, että velkojan on taloudellisessa ahdingossa olevan velallisen velan erääntyessä enemmän perittävä velka kuin vaadittava lisävuokutta, jotta hän välttyisi mahdolliselta takaisinsaannilta. Tavanomaiseen velan maksuun ei voida takaisinsaantiperusteita puuttua (ks. TakSL 10 §).

Ruotsalaisessa kirjallisuudessa *Lennander* (1994 s. 271) on esittänyt, että vakuudenantoa, joka on johtanut esimerkiksi koron alentamiseen tai luoton osittaiseen anteeksi antamiseen, voidaan käsitellä velan maksuna siltä osin kuin suoritukset vastaavat toisiaan. Tällainen tulkinta mahdollistaisi sen, että takaisinsaantia ei maksuksi katsottavan osan kohdalla tapahdu, jos maksua pidetään tavanomaisena. Meillä *Tuomisto* (1995 s. 212–213) on puolestaan esittänyt, että TakSL 14 § ei mahdollista tällaista harkintaa, vaikka se olisikin sääntelyn ration kannalta perusteltua. Sen sijaan konkurssipesän palautusvelvollisuutta koskevaa TakSL 15.2 §:ää voidaan hänen mukaansa tulkita niin, että jos vakuus peräytyy konkurssipesään, niin myös maksuhelpotukset, jotka vakuudenanto mahdollisti, raukeavat.

Tietyissä erikoistilanteissa lisävuuden peräyttäminen ei eräistä arvopaperi- ja valuuttakaupan sekä selvitysjärjestelmän ehdoista annetun lain (26.11.1999/1084) 4.2 ja 10 §:n mukaan ole TakSL 14 §:n perusteella mahdollista.

¹³² *Baird Cornell LR* 1997.

¹³³ Ks. *SOU* 1999:1.

kälti riippunut siitä, miten panttioikeuden tehokkuuteen on suhtauduttu. Mikäli panttioikeuden osalta on päädytty tehokkuuteen, panttauskompetenssinrajoitukset on pidetty panttioikeutta tehottomampina.¹³⁴ Mikäli taas on päädytty panttioikeuden tehottomuuteen, panttauskompetenssinrajoituksia on pidetty tehokkaina.¹³⁵

Lisäksi on esitetty, että sekä panttioikeus että luottosopimuksen erityisehdot, kuten panttauskompetenssinrajoitus, ovat molemmat tehokkaita, kun niitä käytetään velkojan aseman turvaamiseen velallisen myöhemmän velanoton aiheuttamia velkojan aseman heikennyksiä vastaan. Suojakeinon valikoituminen riippuisi tällöin siitä, pystyykö velallinen sitoutumaan erityisehtoihin vai ei. Mikäli hän pystyy, hän valitsee erityisehdot velkojaansa suojaamaan. Mikäli hän ei pysty, hän voi turvautua vakuuksiin.¹³⁶

Valvontateorioiden näkökulmasta on myös esitetty, että sekä vakuus että erityisehtojen käyttö voivat tilanteesta riippuen toimia kannustimina luotonantajan suorittamalle valvonnalle. Erityisehdot kannustavat velkojaa valvontaan erityisesti, kun ne edellyttävät velkojan hankkivan ja saavan velallisyhtiön toiminnasta tietoja, joita ei ole julkisesti saatavilla. Erityisesti pitkäksi ajaksi tehtävän luottosopimuksen, jonka ehdot riippuvat velallisyhtiön taloudellisesta tilasta ja jonka perusteella velkojan on luottosuhteen aikana mahdollista saada vakuus, on nähty paitsi toimivan tehokkaana kannustimena valvontaan myös ilmentävän muille velkojille velallisen taloudellisen tilanteen.¹³⁷

Samoin kuin panttioikeuden käyttöä on jo sinänsä pidetty indisiona sen tehokkuudesta,¹³⁸ myös panttauskompetenssinrajoitusten käytön on katsottu todistavan ne tehokkaiksi.¹³⁹ Kompetenssinrajoitusehtojen käytön on nähty samalla myös todistavan sen, että panttioikeus on taloudellisesti tehoton. On todettu, että panttioikeuden etuoikeusvaikutuksen vuoksi panttauskompetenssinrajoituksia ei edes käytetä tehokkuutensa vaatimassa määrin, koska velkoja saavuttaa panttioikeudella suhteessa muihin velkoihin paremman aseman. Panttauskompetenssinrajoitusten käyttöä on nähty rajoittavan myös sen, että niistä on hyötyä muillekin velkojille, jolloin hyöty ei tule yksin sille velkojalle, jonka luottosopimuksesta kyseinen rajoitus johtuu. Lisäksi rajoitusten käyttöä on hillinnyt niiden puuttuva sivullisistavuus esimerkiksi kiellon vastaisesti vakuuden saanutta kohtaan.¹⁴⁰ Tähän liittyen kirjallisuudessa onkin esitetty, että olisi taloudellisesti tehokasta myöntää erityis-

¹³⁴ Ks. esim. *Stulz – Johnson* J. Fin. Econ. 1985 s. 513–515 ja *Scott* Columbia LR 1986 s. 922–923.

¹³⁵ Ks. esim. *Bebchuk – Fried* Yale LJ 1996 s. 921–923 ja *Samat* Cornell LR 1997 s. 1311–1312.

¹³⁶ Ks. lähemmin *Schwartz* Cornell LJ 1997.

¹³⁷ *Rajan – Winton* J. Fin. 1995.

¹³⁸ *White* Vanderbilt LR 1984 ja *Kripke* Univ. Pennsylvania LR 1985.

¹³⁹ Esimerkiksi *Schwartz* J. Leg. Stud. 1989 s. 210 esittää, että käytännössä velkojat pyrkivät poikkeamaan muun muassa panttauskompetenssinrajoituksilla lainsäädännön luomasta panttioikeuden etusijajärjestyksestä niin paljon kuin mahdollista. *Schwartz* esittää myös (Virginia LR 1994 s. 2078), että panttauskieltojen esiintyminen luottosopimuksissa on indisio siitä, että myöhempi vakuusvelka alentaa aiemman velan arvoa.

¹⁴⁰ *Bebchuk – Fried* Yale LJ 1996 s. 921–923 ja *Samat* Cornell LR 1997 s. 1311–1312.

ehdoille sitovuus niitä loukannutta myöhempää velkojaa kohtaan. Tällöin velallinen voisi valita kussakin tilanteessa parhaan mahdollisen keinon turvata velkojaa myöhemmiltä saatavan riskin lisäyksiltä.¹⁴¹

Toisaalta on esitetty, että oletus kompetenssinrajoitusten käytöstä todisteena panttioikeuden tehostommuudesta on väärä. Panttauskompetenssinrajoitusten on nähty rajoittavan ennen kaikkea vakuudenantoa vanhasta velasta ja niiden tarkoituksena on muutoinkin katsottu olevan ennemminkin turvata velkojan mahdollisuus saada itselleen vakuus myöhemmässä tilanteessa kuin estää vakuudenanto.¹⁴²

Vaikuttaa siltä, että yleisellä tasolla ei voida määrittää, kumpi keino turvata luotonantajan asemaa on taloudellisesti tehokkaampi. Riippuu kulloinkin käsillä olevasta tilanteesta, onko panttioikeus panttauskompetenssinrajoitusta taloudellisesti tehokkaampi vaihtoehto vai ei.

Panttauskompetenssinrajoitus ja panttioikeus on kirjallisuudessa usein asetettu edellä kuvatulla tavalla vastakkain. Vähemmän huomiota on havaintojeni mukaan kiinnitetty siihen, millainen niiden tehokkuus on yhdessä käytettynä. Silloin, kun tätä yhdistelmää on pidetty silmällä, sen on todettu olevan kaikkein tehokkain keino turvata luotonantajan asemaa. Panttioikeuteen liittyvät luotonantajan aseman parannukset täydentävät luottosopimuksen erityisehtojen luotonantajalle perustavia etuja.¹⁴³

5.4.4.4. Johtopäätöksiä

Molemmat luotonantajan keinot pyrkii vähentämään epätietoisuudestaan johtuvaa riskiä, panttioikeus ja panttauskompetenssinrajoitus, ovat ongelmallisia edellä kuvattujen oikeusjärjestelmän peruslähtökohtien valossa. Panttioikeus on poikkeus velkojien yhdenvertaisen kohtelun periaatteesta. Se vähentää velkojan riskiä eliminoimalla epätietoisuuden vaikutukset, mutta sen vaikutus suhteessa muihin velkoihin voi olla kahdenlainen. Se voi yhtäältä lisätä muiden velkojien riskiä,

¹⁴¹ Ks. *Schwartz* Duke LJ 1997 s. 1418 ja *Bjerre* Cornell LR 1999. Bjerren esitys rakentuu edellä esitellyn oikeustaloustieteen keskustelun lähtökohdista poikkeavalle ajatukselle, jonka mukaan kysymykseen siitä, onko vakuusluotonanto suotava instituutio, ei ole ylipäänsä perusteltua etsiä yhtä yleistä vastausta, vaan jokainen luotonsaaja voi vastata siihen omalta osaltaan. (Samanlaisesta tausta-ajatuksesta ks. myös *Mann* Harvard LR 1997.) Erityisesti tähän ajattelutapaan liittyy näkökohta, jonka mukaan vaikka yleisellä tasolla päädyttäisiinkin siihen, että vakuusluotonanto on yhteiskunnallisesti suotava instituutio, se ei tarkoita, että vakuuden antaminen olisi paras vaihtoehto jokaisessa yksittäisessä luottosuhteessa (s. 389–391).

¹⁴² *Schwarcz* Duke LJ 1997 s. 449–452.

¹⁴³ Ks. *Triantis* J. Leg. Stud. 1992 s. 238–241 ja *Mann* Harvard LR 1997 s. 651–655. Kannan taustalla on väistämättä olettama, että panttioikeus on taloudellisesti tehokas ainakin kulloinkin tarkasteltavana olevassa luottosuhteessa. Edellä esitetyn perusteella tämä on varauksetta hyväksyttävissä vain silloin, kun vakuuden jakovaikutuksesta kärsiviä ulkopuolisia kolmansia ei ole olemassa. Käytännössä tällainen tilanne saattaa olla mahdollinen lähinnä projektirahoitustyyppisissä järjestelyissä, johon tulevat mukaan rahoitettavan kaikki mahdolliset velkojat.

elleivät nämä pysty sopeuttamaan vaateitaan vakuudenantoon. Toisaalta se voi vähentää myös muiden velkojen riskiä esimerkiksi valvonnan keinoin. Velallisen kompetenssin rajoittaminen puolestaan on poikkeus yksityisautonomiasta. Se vähentää velkojan riskiä tämän kontrollimahdollisuuksien vuoksi. Sivullisten riskiä se ei lisää.¹⁴⁴

Kuten jo johdantojaksossa todettiin, taloudellisella analyysillä on rajansa. Yksi rajoista on analyysien sidonnaisuus empiirisiin tutkimustuloksiin. Vastaus siihen, mitkä edellä mainituista teorioista ovat oikeassa, eli toisin sanoen vastaus panttioikeuden ja panttauskompetenssinrajoituksen tehokkuuteen, jää kattavien empiiristen tutkimusten puuttumisen vuoksi epäselväksi.¹⁴⁵

Esimerkiksi edellä esitettyjen valvontateorioiden toimivuuden osalta keskeisiä kysymyksiä on kaksi. Ensinnäkin on kysyttävä, onko vakuus tosiasiaassa informaation korvike vai kannustin informaation hankkimiseen vai onko sillä kenties nämä molemmat funktiot. Toiseksi on kysyttävä, onko teorioiden edellyttämä tehokas valvonta käytännössä mahdollista ja millaista tuo valvonta olisi. Näihin kysymyksiin ei voida varmasti vastata ilman empiiristä tutkimusta.

Nähdäkseni edellä esiteltyt oikeustaloustieteelliset analyysit kuitenkin osoittavat ilman kattavia empiirisiä todisteita sen, että ainakaan taloudellisilla perusteilla panttioikeuden käyttöä ei voida kiistattomasti osoittaa panttauskompetenssinrajoitusta tarkoituksenmukaisemmaksi. Panttioikeuden sijasta voidaan käyttää muita taloudellisesti tehokkaita tapoja suojata velkojaa.¹⁴⁶ Keinojen hyödyt ja haitat vaihtelevat eri tilanteissa ja erilaisista näkökulmista katsottuna. Empiiristen tutkimustulosten puuttuessa johtopäätös on sanallisten perustelujen vakuuttavuuden määrättävissä. Vastaus riippuu pitkälti presumptioista.

¹⁴⁴ Panttioikeuteen yhdistetty panttauskompetenssinrajoitus puolestaan olisi poikkeus molemmista periaatteista. Esimerkiksi Saksassa tällainen rajoitus on kiinteistöpannin yhteydessä BGB 1136 §:n mukaan kielletty velkojan liiallisen määräysvallan vuoksi. Vrt. yllä esitettyyn kantaan, jonka mukaan luottojärjestely, jossa luotonantajan asemaa turvataan sekä luottosopimuksen erityisohjeilla että panttioikeudella, on taloudellisesti tehokas.

¹⁴⁵ Ks. *Mann* Harvard LR 1997, *Scott* Cornell LR 1997 s. 1437, *Eisenberg* 1998 s. 11 sekä *Carlson* Cardozo LR 1998 esim. s. 1739. Mann on pyrkinyt omalla pienimuotoisella empiirisellä haastattelututkimuksellaan ja aiempia empiirisiä tutkimuksia hyödyntämällä kehittämään mallin luotonhakijan vakuudenantoa koskevasta päätöksenteosta. Malli keskittyy luotonhakijan harkintaan eri vaihtoehtojen kustannuksista ja hyödyistä. Mann ei kuitenkaan pyri ottamaan kantaa siihen, onko vakuusluotonanto yleisesti toivottavaa vai ei, vaan hän tarkastelee ainoastaan yksittäisen luotonantajan päätöksentekoa.

¹⁴⁶ Esimerkiksi *Schwartz* (J. Leg. Stud. 1981 s. 9–14) on korostanut velallisen good willin merkitystä. *Scott* (Columbia LR 1986 s. 923–927) toteaa, että yhtiön maine on sinänsä tehokkaampi velallisen väärinjohtamisen estäjä kuin mitkään luottosopimuksen ehdot, mutta kun yhtiöllä alkaa mennä huonosti ja velkoja tarvitsisi suojaa, myös moraalilla alkaa joustaa. Ks. myös *Triantis* J. Leg. Stud. 1992 s. 238–241, joka luettelee velallisen pidäkkeiksi toimivia varallisuutta uudelleen jakavalla tavalla (1) yhtiön maineen, (2) oikeudelliset (lainsäädännölliset) rajoitukset ja (3) luottosopimuksen perustuvat toimintarajoitukset.

Yhtä hyvin vakuudenanto kuin vakuudenannon rajoittamista koskevan sopimuksen käyttäminen voidaan tilanteesta riippuen perustellusti presumoida tarkoituksenmukaisiksi. Panttioikeutta ei voida kiistattomasti pitää vaihdannan ja luotonannon edistämisen kannalta tarkoituksenmukaisena oikeutena. Myöskään panttauskompetenssinrajoitusta ei voida kiistattomasti pitää epätarkoituksenmukaisena sillä perusteella, että se häittäisi panttioikeuden käyttöä. Luottosopimuksen yhteydessä sovittavia kompetenssinrajoituksia ei voida aina pitää esimerkiksi panttioikeutta epätarkoituksenmukaisempänä keinona turvata velkojan asemaa. Tämän vuoksi ei ole yksiselitteistä, että panttivelkojan intressejä tulisi suojata ennen kompetenssinrajoituksella suojatun velkojan intressejä. Kummatkin keinot voivat johtaa tehokkaaseen luotonantoon. Kummatkin voivat toisaalta johtaa myös tehottomaan luotonantoon.

Tässä tilanteessa päädytään tutkimuksessa omaksuttujen lähtökohtien perusteella siihen, että molemmat velkojan suojakeinot voidaan presumoida tarkoituksenmukaisiksi. Se merkitsee, että myös luotonantajan aseman turvaamiseksi tehdyn panttauskompetenssia rajoittavan sopimuksen lähtökohtaista sivullissitovuutta voidaan pitää oikeuspoliittisesti perusteltuna.

6. Tieto oikeuden sitovuuteen vaikuttavana perusteena

6.1. LÄHTÖKOHDAT

Tähän mennessä esitetyn perusteella on päädytty siihen, että kollisiossa, jossa primuksena on velallisen panttauskompetenssinrajoituksella suojattu velkoja ja sekunduksena velallisen seuraajana myöhempi panttivelkoja, olisi oikeuspoliittisesti perusteltua, että rajoitus sitoisi sekundusta, jos tämä olisi voinut ennakoita rajoituksen olemassaolon. Toisin sanoen sitovuus sekundukseen nähden edellyttää rajoituksen julkisuutta. Yleiset näkökohdat kompetenssinrajoitusten sivullissitovuuden haitallisuudesta vaihdannalle yleensä eivät sellaisinaan päde tässä käsiteltävien kompetenssinrajoitusten osalta. Luotonannon yhteydessä perustetun rajoituksen sitovuus ei häiritä omistajan asemaa kuten luovutuksen yhteydessä perustettujen kompetenssinrajoitusten sitovuus. Pikemminkin se loisi omistajalle mahdollisuuden valita, millä keinoin hän hyödyntää omaisuutensa arvoa luoton takaisinmaksun turvana. Seuraajien intressit tulisivat ratkaisussa huomioon otetuiksi, jos ne, joiden oikeusasemaan rajoitus vaikuttaa, olisivat voineet saada siitä tiedon. Yleisen velkojatahon (ulosmittaus- ja konkurssivelkojen) suoja puolestaan edellyttää, että rajoitus ei sen julkisuudesta huolimatta sido heitä. Kuten on useaan otteeseen tullut esiin, käsillä olevien kompetenssinrajoitusten tarkoituksenaan ei ole rajoittaa omaisuuden ulosmittaus- ja konkurssikelpoisuutta.

Julkisuus voi ilmentyä oikeuden kohteesta riippuen pääsääntöisesti joko hallinnalla tai kirjaamisella. Kompetenssinrajoitusten osalta hallintaan liittyvä julkisuus ei ole mahdollinen. Hallinta ilmentää nimenomaan oikeutta käyttää ja määrätä kohteesta oikeudellisesti eikä päinvastaista asiointilaa. Sen sijaan kirjaamiseen eli merkintään rekisterissä kompetenssinrajoitusten julkisuus olisi mahdollista kytkeä niiden kohteiden osalta, joista pidetään rekisteriä. Kuten jäljempänä käy ilmi, meillä ei kuitenkaan pääsääntöisesti ole mahdollista julkistaa sopimukseen perustuvaa kompetenssinrajoitusta sivullissuojaintressin vaatimalla tavalla. Kompetenssinrajoituksilla ei siten *de lege lata* voi olla tällaiseen julkistamiseen perustuvaa sivullissitovuutta.

Julkisuus voitaisiin kompetenssia rajoittavien ehtojen osalta kytkeä myös seuraajan tietoisuuteen tai siihen, mitä hänen olisi pitänyt tietää, eli vilpittömän mielen puuttumiseen. Seuraavassa tarkastellaankin lähemmin yleisiä oikeuspoliittisia näkökohtia, joille on oikeuskirjallisuudessa, oikeuskäytännössä ja lainsäädännössä annettu merkitystä ja joille voidaan antaa merkitystä harkittaessa kysymystä, missä määrin tiedolla on merkitystä oikeuden sitovuuteen vaikuttavana perusteena.

6.2. TIEDON JA SEN PUUTTUMISEN MAHDOLLISISTA VAIKUTUKSISTA OIKEUDEN SITOVUUTEEN

6.2.1. Tiedon merkityksen ulottuvuudet

Silloin kun kollisionratkaisuperiaatteena on *aikaprioriteetti*, subjektiivinen momentti ja tiedon merkitys tulevat esiin vilpittömän mielen suojassa. Tällöin primuksen oikeus lähtökohtaisesti sitoo sekundusta, mutta jos sekundus ei tiennyt eikä hänen (noudatettaessa perustellun vilpittömän mielen vaatimusta) pitänyt-kään tästä oikeudesta tietää, lähtökohtaisesti aikaprioriteetista ja primuksen oikeuden sitovuudesta sekundukseen nähden voidaan poiketa sekunduksen vilpittömän mielen perusteella. Tällöin sekundus saa ekstinktion. Tässä tilanteessa sekunduksen vilpittömän mielen suoja tarkoittaa, että hänen *puuttuva tietonsa toimii sitomattomuusperusteena eli katkaisee primuksen oikeuden sitovuuden*.

Kun kollisionratkaisuperiaatteena taas on *sitomattomuusperiaate*, subjektiivinen momentti ja tiedon merkitys tulee esiin silloin, kun tietoisuudelle annetaan merkitystä sitovuusperusteena. Tällöin primuksen oikeus ei lähtökohtaisesti sido sekundusta, mutta tästä lähtökohtaisesti sitomattomuudesta voidaan poiketa, jos sekundus tiesi primuksen oikeudesta. Silloin kun sekunduksen oikealle tiedolle oikeudesta annetaan merkitystä sitovuuden osalta, *tietoisuus toimii sitovuusperusteena*.

Suomalaisessa varallisuus-oikeuden tutkimuksessa erityisesti *Zitting* on korostanut eroa näiden lähtökohtien välillä eli sen välillä, onko kyse vilpittömästä mielestä eli puuttuvasta tiedosta sitomattomuusperusteena vai tietoisuudesta eli oikeasta tiedosta sitovuusperusteena. Hän on nähnyt eron perustuvan ensinnäkin siihen, lähdetäänkö kulloinkin kysymyksessä olevan oikeuden sitovuuden harkinnassa *esineoikeudellisesta* vai *velvoiteoikeudellisesta* ajattelusta. Ensimmäisessä tilanteessa on kysymys sellaisen oikeuden sitovuuden harkinnasta, jota on pidetty esineoikeudellisesti suojattuna eli oikeudesta, joka lähtökohtaisesti on suojattu sivullisia kohtaan. Jälkimmäisessä tilanteessa on puolestaan kysymys sellaisen oikeuden mahdollisesta sitovuudesta, jota on pidetty vain velvoiteoikeudellisesti suojattuna eli oikeudesta, joka lähtökohtaisesti on suojattu vain suhteessa sopimuskumppaniin.

Zittingin mukaan lähtökohdilla on merkitystä myös sen suhteen, millä sekunduksen tietoisuuden vaikutus kollisionratkaisuihin perustellaan. Ensimmäisessä tilanteessa tietoisuudella on hänen mukaansa merkitystä *luottamuksen-suojan* näkökulmasta ja jälkimmäisessä puolestaan presumoidun *tahdon* näkökulmasta. Tällöin ensimmäisessä tilanteessa tietoisuuden merkitys voidaan perustella sillä, että ei ole olemassa mitään sekunduksen luottamusta, jota tarvitsisi suojata niin, että lähtökohtana olevasta primuksen oikeuden sitovuudesta voitaisiin poiketa. Jälkimmäisessä tilanteessa tietoisuuden merkitystä taas voidaan perustella sillä, että sitomattomuudesta voidaan poiketa, kun sekundus on hyväksynyt oikeuden, ja koska sekundus on tietoinen oikeudesta, hänen edellytetään hyväksyneen sen.¹

¹ Ks. *Zitting* LM 1970 s. 830–839 ja *sama* DL 1977 s. 184–191.

Esimerkiksi Ruotsissa tällaista erottelua ei ole tehty.² Myös meillä on huomautettu, että erottelua esimerkiksi tietoisuuden merkityksen selityksperustan osalta ei voida tehdä eikä se näytä välttämättömältä.³ Tietoisuuden vaikutus oikeuden sitovuuteen voidaan myös jälkimmäisessä tilanteessa perustella luotamuksensuojan tarpeen puuttumisella pikemmin kuin keinotekoisella päätteyllä sekunduksen tiedosta tämän hyväksymiseen.⁴ Vaikka erottelu tässä tarkoituksessa ei olekaan perusteltu, sitä voidaan kuitenkin perustella systematiikkaan liittyvillä syillä.⁵

Tilanteessa, jossa sekundus on tietoinen primuksen oikeudesta, ja tälle seikalle annetaan kollisionratkaisussa merkitystä, lopputulos on sama, lähdettiinpä sitten aikaprioriteetista tai sitomattomuudesta. Lähdettäessä aikaprioriteetista sekunduksen tietoisuus estää ekstinktion, jolloin primuksen oikeus sitoo häntä. Lähdettäessä sitomattomuusperiaatteesta sekunduksen tietoisuus saa aikaan primuksen oikeuden sitovuuden häntä kohtaan.

Sekä silloin, kun lähdetään aikaprioriteetista, että silloin, kun lähdetään sitomattomuusperiaatteesta, primuksen on vallitsevien todistustaakkasääntöjen mukaan lähtökohtaisesti näytettävä, että sekundus tiesi tai että hänen olisi pitänyt tietää oikeudesta.⁶ Jos sekunduksen vilpittömän mielen puuttumista tai tietoisuutta primuksen oikeudesta ei ole pystytty näyttämään, primuksen oikeus

² Ks. esim. *Hessler* 1973 s. 105 ja *Forssell* 1976 s. 197–198 ja s. 224–226. Lähestymistavan kritiikistä ks. *Zitting* DL 1977 s. 187. Ks. myös esim. *Håstad* 1996 s. 441.

³ Ks. *Tuomisto* 1993 s. 56.

⁴ Kysymykseen palataan jäljempänä jaksossa II 7.2.3.3.

⁵ Myös esim. MK:n järjestelmä rakentuu nämä lähtökohdat erottelevalle systematiikalle (ks. esim. MK 3:7 ja 3:8).

⁶ Vallitsevan käsityksen mukaan todistustaakka vilpittömän mielen puuttumisesta (vilpillisestä mielestä) tai tietoisuudesta on siihen vetoavalla. Aiemmin tätä todistustaakan jakoa perusteltiin sillä, että inhimillisen hyvyyden ja rehellisyyden säännönmukaisuuden vuoksi vilpittömän mielen oli syytä presumoida. Sittemmin ratkaisua on perusteltu riidan osapuolten näyttömahdollisuuksien vertailulla. On katsottu, että vilpittömän mielen näyttäminen on vaikeampaa kuin sen vastakohtaan osoittaminen. Ks. lähemmin *Halila* 1955 s. 160–164. Halilan ajatuksen ovat hyväksyneet esim. *Zitting* 1956 s. 87 (ks. myös *sama* 1989 s. 67) ja *Kartio* 1991 s. 107. Myös oikeuskäytännössä sääntöä on noudatettu. Käsitys ja sen perustelut vastaavat muualla Pohjoismaissa esitettyä, ks. esim. *A.T. Falkanger* 1999 s. 316–319 kirjallisuusviitteineen.

Nimenomaisen poikkeussäännön tähän lähtökohtaan sisältää TakSL 5.2 §, jonka mukaan takaisinsaantivelallisen läheisen presumoidaan olevan vilpillisessä mielessä niistä seikoista, joita TakSL 5.1 §:ssä on asetettu takaisinsaannin edellytykseksi, ks. lähemmin *Tuomisto* 1995 s. 80–81. Kriittisestä suhtautumisesta tähän poikkeussääntöön ks. *Kangas* 1993 s. 337–339.

Vallitsevaa käsitystapaa on etenevän sivullissuhteen kollisiotilannetta silmällä pitäen puolestaan tarkastellut kriittisesti *Kaisto* (1997 s. 438–444), joka on pitänyt perusteltuna ajatusta, että oikealla omistajalla ei olisi kategorisesti todistustaakkaa luovutuksensaajan puuttuvasta huolellisuudesta (vilpittömästä mielestä), vaan ainoastaan tämän tosiasiallisesta tietoisuudesta. *Kaisto* ei kuitenkaan tee tällaista tulkintasuositusta *de lege lata*. Ks. myös *Zitting* 1989 s. 67–68, jonka mukaan lähtökohdasäännön perusteella ei saa tehdä liian pitkälle meneviä johtopäätöksiä. Etenevän sivullissuhteen kollisiossa irtaimen luovutuksensaajan tulee *Zittingin* mukaan näyttää tai ainakin saattaa todennäköiseksi, että hän on saanut esineen sen haltijalta. Tämän näytön johdosta voidaan puolestaan katsoa, että saaja on ollut vilpittömässä mielessä, ellei oikea omistaja saata muuta todennäköiseksi.

ei kummassakaan tilanteessa sido sekundusta. Eri asia on, että primuksen todistustaakka saattaa käytännössä olla raskaampi silloin, kun lähdetään sitomattomuusperiaatteesta kuin silloin, kun lähtökohtana on aikaprioriteetti.

Vaikka lopputulos voi olla sama riippumatta siitä, kummasta kollisionsratkaisuperiaatteesta lähdetään, lähtökohdalla voidaan nähdä olevan merkitystä paitsi systeemiikan kannalta myös siinä mielessä, että sovellettavien kollisionsratkaisuperiaatteiden eroon kytkeytyy oikeudessamme yleensä myös ero sekunduksen selonottomahdollisuuksissa ja -velvollisuuksissa. Kun lähtökohtaperiaatteena on aikaprioriteetti ja primuksen oikeuden sitovuuden voi katkaista sekunduksen vilpittömän mielen, primuksen oikeus yleensä voidaan julkistaa menettelyllä, josta sekunduksella on mahdollisuus ja velvollisuus ottaa selvää. Silloin taas, kun lähtökohtaperiaatteena on sitomattomuus ja sekunduksen tieto toimii sitovuusperusteena, sekunduksella ei yleensä ole vastaavanlaista selonottomahdollisuutta primuksen oikeudesta eikä hänelle siten aseteta selonottovelvollisuuttakaan. Niinpä sovellettaessa aikaprioriteettia oikeus voi sitoa sekundusta, vaikka tämä ei olisi oikeudesta tietoinen. Näin voi käydä, jos vilpittömän mielen suojan edellyttämä selonottovelvollisuus ei ole täyttynyt. Tällöin primuksen oikeus voi sitoa sekundusta, jos sekunduksen olisi pitänyt siitä tietää, vaikka tämä ei siitä tosiasiallisesti tiennyt. Merkitystä annetaan tällöin sille, että sekunduksen tiedon puuttuminen johtui huolimattomuudesta, selonottovelvollisuuden laiminlyönnistä.⁷ Sovellettaessa sitomattomuusperiaatetta oikeus ei sen sijaan yleensä voi sitoa sekundusta, ellei hän tiedä siitä.⁸

⁷ Ks. myös *Niemi* 1997 s. 154 alav. 5. Selonottovelvollisuutta ei ole pidetty varsinaisena oikeudellisenä velvollisuutena, koska tämä edellyttäisi, että velvollisuuden laiminlyönnistä johtuisi haitallinen seuraamus, negatiivinen sanktio, vastapuolen oikeus. Selonottovelvollisuuden laiminlyönnistä seuraa kuitenkin ainoastaan, että henkilö säilyttää tai saavuttaa itselleen määrätyn oikeuden. Selonottovelvollisuudessa on siten pikemminkin katsottu olevan kysymys asianmukaisesta varovaisesta toiminnasta mahdollisesta riskistä vapautumiseksi. Ks. *Kartio* 1974 s. 108, *Zitting* DL 1977 s. 188, *Kaisto* 1997 s. 295 ja *Ämmälä* 1997 s. 23–24.

Analysoitaessa vilpittömän mielen suojan vaatimusta lähemmin, tulee esille ongelma siitä, vaaditaanko selonottoa edellytyksenä suojan saannille silloinkin, kun selonottoa ei tosiasiallisesti ole tehty, mutta vaikka se olisi tehtykin, henkilö olisi ollut vilpittömässä mielessä. Ks. lähemmin *Kaisto* 1997 s. 293–299 ja erityisesti MK:n osalta yleisesti *Wainio* 1997 s. 155–159.

⁸ Tähän pääsääntöön muodostaa oikeudessamme poikkeuksen MK 14:3–4:n mukaan kirjaamiskelpoisia erityisiä oikeuksia koskeva sääntely. Näiden oikeuksien osalta noudatetaan kollisiossa kiinteistön myöhempää luovutuksensaajaa kohtaan lähtökohtaista sitomattomuusperiaatetta, josta voidaan poiketa luovutuksensaajan tietoisuuden perusteella (MK 3:7–8). Oikeudet on kuitenkin mahdollista kirjata lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin, ja koska kiinteistön myöhemmällä luovutuksensaajalla on selonottovelvollisuus rekisteritiedoista (MK 7:3), kirjattuina oikeudet sitovat luovutuksensaajaa selonottovelvollisuuden laiminlyönnistä johtuvasta tosiasiallisen tiedon puuttumisesta huolimatta. *Tepora* (2000 s. 238, s. 251, s. 262 ja s. 276) on kritisoinut sääntelyä teoreettisesta ”epäpuhtaudesta”.

Toisaalta myös aikaprioriteettiperiaatteen mukaan ratkaistavassa kollisiotilanteessa sekundukselta ei aina edellytetä selonottovelvollisuuden täyttämistä vilpittömän mielen suojan edellytyksenä. Ks. esim. *Havansi* 1979a s. 383–385, jonka mukaan sopimusperusteisiin osakepanntauskieltoihin voidaan soveltaa aikaprioriteetille rakentuvaksi tulkittuun VKL 14 §:ään viittaavaa OYL 3:9.1:a, kuitenkin niin, että ”sivullisen selonottovelvollisuus rajoitetaan vähäiseksi –. Monesti voinee vain positiivinen tietoisuus sopimusrajoituksesta muodostua relevantiksi.”

Jos sekundus tietää primuksen oikeudesta, hänen kollisioon johtanut toimintansa on perustunut joko (1) *välinpitämättömyyteen* suhteessa tiedossa olevaan aiempaan sopimukseen ja siihen perustuvaan oikeuteen tai oletukseen tämän sopimuksen ja oikeuden raukeamisesta tai (2) sivullisen *vahingoittamistarkoitukseen*.⁹ Jälkimmäisessä tilanteessa on kysymys niin sanotusta *kollusiivisesta menettelystä*. Kollusio sitovuusperusteena on erotettava tietoisuudesta sitovuusperusteena.¹⁰ Tässä tutkimuksessa sen merkitykseen palataan jäljempänä.¹¹

6.2.2. Velkojakollisioissa tieto ei vaikuta sitovuuteen

Tiedolla tai sen puuttumisella ei ole merkitystä oikeuden sitovuuteen vaikuttavana perusteena velkojakollisioissa. Niissä oikeuden sitovuus ratkaistaan objektiivisten momenttien täyttymisen perusteella. Velkojat eivät voi saada vilpittömän mielen suojaa aikaprioriteetin perusteella sitovaa oikeutta kohtaan. Myöskään velkojien tietoisuus ei ole sitovuusperuste.¹²

Kielteinen kanta tietoisuuteen sitovuusperusteena perustuu käytännön näkökohtiin. Tietoisuudesta sitovuusperusteena *ulosmittaus- ja konkurssivelkoja* kohtaan on nähty aiheutuvan käytännön vaikeuksia. Etenkin konkurssitilanteissa jo velkojien mahdollisen tietoisuuden selvittämistä voidaan pitää hankalana ja täytäntöönpanomenettelyä hidastavana. Lisää vaikeuksia syntyisi tietoisuudesta johdettavan sitovuuden toteuttamisessa, sillä useimmiten kaikki velkojat eivät ole oikeudesta tietoisia. Tällöin oikeus sitoisi vain osaa velkojista. Oikeuden sitovuutta ei kuitenkaan yleensä ole käytännössä mahdollista toteuttaa niin, että oikeus sitoisi siitä tietoisia velkojia, mutta ei muita.¹³

Mahdottomuus eriyttää oikeusvaikutuksia suhteessa velkoihin estää merkityksen antamisen tietoisuudelle ainakin käyttö- ja erottamisoikeuksien osalta. Sen sijaan esimerkiksi julkivarmistamattoman panttioikeuden olisi nähdäkseni mahdollista tämän näkökohdan estämättä tietyiltä osin sitoa siitä tietoisia velkojia. Ainakin panttioikeuteen kuuluva etuoikeus saada suoritus panttikohteesta olisi mahdollista toteuttaa niin, että oikeudenhaltija saisi panttikohteen realisaatiossa etusijan pantista saatua hintaan vain oikeudesta tietoisiin velkoihin nähden. Valitsevan kannan mukaan velkojien tietoisuudelle ei siis kuitenkaan anneta merkitystä minkään oikeuden osalta.¹⁴ Kanta on perusteltu, sillä sen tueksi voidaan

⁹ Ks. myös Niemi 1997 s. 154 alav. 5.

¹⁰ Ks. esim. Hessler 1973 s. 286, s. 296, s. 459, s. 462–463, s. 493 ja s. 495.

¹¹ Ks. jakso III erit. luku 2.2.2.

¹² Ks. esim. Tuomisto 1993 s. 57, s. 69–70 ja s. 127, Hessler 1973 s. 103 ja Havansi 1979a s. 112: ”Oikeudessamme on selviön kaltaisena – – laissa lausumattomana periaatteena, että sekunduksenaikin olevan ulosmittausvelkojan tai konkurssivelkojan maksunsaantivaateen kollisiovoitto on riippumaton siitä, mitä hän ehkä tiesi tai varmastikin tiesi – – velallisensa oikeustoimellisista disponoinneista” sekä Zitting 1957 s. 12 alav. 13.

¹³ Ks. Majamaa 1978 s. 83–84 ja Tuomisto 1993 s. 127.

¹⁴ Ks. Havansi 1992a s. 163.

esittää muitakin syitä kuin osittaisen sitovuuden toteuttamisen mahdottomuus. Ensinnäkin vaikka osittaisen sitovuuden toteuttaminen ei olisi mahdotonta, se on kuitenkin hankalaa. Tietoisuuden selvittäminen haittaisi täytäntöönpanon sujuvuutta eikä panttivelkojan mahdollisesti saavuttama epätäydellinen ja sattumanvarainen suoja parantaisi hänen asemaansa niin paljon, että se kompensoisi tietoisuuden selvittämisestä aiheutuvat haitat. Toiseksi julkivarmistuksen tarkoituksena on velkojakollisioissa paitsi saattaa oikeus velkojen tietoon myös estää velkojen intressejä loukkaavat järjestelyt.¹⁵ Tällöin yksin tietoisuus ei kompensoi puuttuvaa julkivarmistusta ja ilmennä sille asetettujen tehtävien täyttymistä vastaavalla tavalla kuin seuraantokollisioissa.

Tietoisuutta ei ole pidetty pakkotäytäntöönpanossa sitovuusperusteena myöskään *vakuusvelkojen* eikä *pakkohuutokauppaostajien* osalta silloin, kun oikeus ei sido ulosmittaus- ja konkurssivelkoja. Tätä on perusteltu sillä, että näiden tahojen tietoisuudesta seuraava sidonnaisuus loukkaisi viime kädessä ulosmittaus- ja konkurssivelkojen intressejä. Esimerkiksi pakkohuutokauppaostajan tietoisuus ja siitä seuraava oikeuden sitovuus alentaisi yleensä realisaatiosta saatavaa tuottoa ja vaikuttaisi siten heikentävästi velkojen asemaan.¹⁶ Vastaavasti oikeuden sitovuus tietoisuuden perusteella suosisi tämän oikeuden haltijaa suhteessa velkoihin. Tietoisuutta ei tässä yhteydessä ole perusteltua hyväksyä sitovuusperusteeksi, koska oikeudenhaltijan sitovuudesta saama hyöty ei yleisesti ottaen voi olla suurempi kuin velkojille sitovuudesta aiheutuva haitta. Tietoisuuteen perustuva sitovuus sellaisen oikeuden osalta, joka ei muutoin voisi kyseisessä tilanteessa sitoa, mahdollistaisi oikeudenhaltijalle vain sattumanvaraisen mahdollisuuden hyötyä muiden intressitahojen kustannuksella.¹⁷

Myöskään *konkurssirealisaatioissa* tietoisuus ei voi olla sitovuusperuste, jos oikeutta ei ole lain mukaan pysytettävä voimassa. Mikäli oikeus on pysytettävä voimassa, mutta pysyttäminen on virheellisesti jätetty tekemättä, sidonnaisuus voi kuitenkin syntyä tietoisuuden perusteella.¹⁸ Tietoisuus voi tällöin siis olla sitovuusperuste sellaisen oikeuden osalta, jonka normaalistikin kuuluisi olla suojattu vastaavanlaisessa tilanteessa.

Tietoisuutta ei ole perusteltua pitää sitovuusperusteena velkojakollisioissa myöskään siitä syystä, että sillä ei ole niissä vastaavanlaista funktiota täytettävä-

¹⁵ Ks. esim. *Hessler* 1973 s. 90–93.

¹⁶ Ks. argumentteja oikeuden pysyttämisen vaikutuksista realisoinnissa kerääntyneeseen tuottoon *Nial* SvJT 1940 s. 677–679 ja *Forssell* 1976 s. 158–159 ja tämän argumentin suhdetta ajatukseen velkojen tasa-arvosta täytäntöönpanossa *Tuomisto* 1993 s. 79.

¹⁷ Ks. KKO:n käytännöstä KKO 1932 I 64 ja 70, KKO 1978 II 67, KKO 1930 II 655 ja vrt. KKO 1930 II 511. Ks. lisäksi vakuusvelkojan aseman osalta *Majamaa* 1978 s. 81–83 ja *sama* DL 1986 s. 261 ja pakkohuutokauppaostajan osalta *Kartio* LM 1969 s. 560, *Tepora* 1984 s. 205, *Tuomisto* 1988 s. 229 ja s. 259 ja yleisesti *Tuomisto* 1993 s. 127–128.

¹⁸ Tällaisena tilanteena on aikaisemman lain ajalla esitetty se, että kiinteistö myydään vapaaehtoisella kaupalla pysyttämättä voimassa määräalan erottamisoikeutta. Tällöin kiinteistön ostaja oli sidottu (JL 183.2 §) oikeuteen tietoisuutensa perusteella. Ks. *Tuomisto* 1993 s. 128.

nään kuin seuraantokollisioissa. Seuraantokollisioissa vilpittömän mielen suoja ja sitovuuden perustaminen tietoisuuteen liittyvät siihen, että seuraajaa suojataan sellaisilta saamaansa omaisuuteen kohdistuvilta oikeuksilta, joista hän ei tiennyt ja joita hän ei siten ole voinut ennakoita. Sellaisten oikeuksien osalta, joista oikeuden saaja tiesi, hän ei sen sijaan tarvitse suojaa. Tietoisuus oikeudesta mahdollistaa sen huomioon ottamisen, tietoisuuden puuttuminen puolestaan vaatii tietyin edellytyksin suojaa oikeutta kohtaan.

Toisin kuin seuraantokollisioissa velkojakollisioissa tietoisuus oikeudesta ei sinänsä poista velkojan suojan tarvetta. Velkoja tarvitsee suojaa intressejään loukkaavilta oikeuksilta, tiesi hän niistä tai ei. Velkoja saattaa tarvita suojaa, vaikka hänen oikeutensa yksilöityisi myöhemmin kuin oikeus, josta hän yksilöintihetkellä on tietoinen, sillä tuo oikeus on saatettu perustaa vasta sen jälkeen, kun velkojan aseman synnyttänyt tapahtuma sattui. Velkojan tietoisuus velallisen perustamasta oikeudesta saattaa olla jopa peruste hakea ulosmittausta tai konkurssia.¹⁹

6.2.3. Seuraantokollisioissa tieto voi vaikuttaa sitovuuteen

Seuraantokollisioissa tiedolle ja sen puuttumiselle on annettu merkitystä harkittaessa oikeuden sitovuutta sivullisia kohtaan. Tieto tai tiedon puuttuminen eli subjektiivinen (esineoikeudellinen) momentti on yksi tekijä, jonka perusteella kollisioissa on mahdollista poiketa siihen lähtökohtaisesti sovellettavasta ratkaisuperiaatteesta. Aina lähtökohtaperiaatteesta ei seuraantokollisioissakaan poiketa tiedon tai sen puuttumisen perusteella.

Kaksoisdisponointitilanteissa primuksen ja sekunduksen oikeuksien suhde voi olla neljänlainen:

- (1) primuksen oikeus jää aina pysyväksi sekundusta kohtaan l. vaikka sekundus ei olisi tiennyt eikä hänen olisi pitänytkaan tietää oikeudesta,
- (2) primus menettää oikeuden vain, jos sekundus ei tiennyt eikä hänen olisi pitänytkaan tietää oikeudesta,
- (3) primuksen oikeus jää pysyväksi vain, jos sekundus tiesi oikeudesta, ja
- (4) primus menettää oikeuden aina l. vaikka sekundus olisi tiennyt oikeudesta.

Kohdissa (1) ja (2) on kyse tilanteista, joissa kollisioon sovelletaan aikaprioriteetiperiaatetta, kohdissa (3) ja (4) puolestaan tilanteista, joissa kollisioon sovelletaan sitomattomuusperiaatetta. Kohdissa (2) ja (3) poikkeaminen lähtökohtaisesta kollisionratkaisuperiaatteesta on mahdollista subjektiivisen momentin perusteella.

¹⁹ Ks. subjektiivisen momentin erilaisista funktioista seuraantokollisioissa ja velkojakollisioissa *Forssell* 1976 s. 93. Ks. myös *Havansi* 1979a s. 113 ja *sama* 1992a s. 163–164.

la, kohdissa (1) ja (4) puolestaan ei.²⁰ Seuraavassa tarkastellaan lähemmin kohdissa (3) ja (4) kuvattujen tilanteiden väliseen rajanvetoon vaikuttavia oikeuspoliittisia näkökohtia, jotka koskevat suhtautumista tietoisuuteen sitovuusperusteena.

6.3. OIKEUSPOLIITTISIA NÄKÖKOHTIA

6.3.1. Tarkastelutavasta

Tarkastelu aloitetaan vilpittömän mielen suojan taustalla olevista oikeuspoliittisista perusteista (6.3.2.). Vilpittömän mielen suoja on varallisuus oikeutemme perustitutioita ja tiedon puuttumisen merkityksellä sitomattomuusperusteena on ollut huomattavasti vankempi pohja kuin tietoisuuden merkityksellä sitovuusperusteena.²¹ Sekä vilpittömän mielen suojan että tietoisuuden sitovuusperusteeksi asettamisen taustalla voidaan kuitenkin nähdä osin samoja oikeuspoliittisia perusteita.

Vilpittömän mielen suojan taustalla olevien oikeuspoliittisten perusteiden erittelyn jälkeen siirrytään varsinaisesti tarkastelemaan vastaavia perusteita tietoisuuden sitovuusvaikutuksen osalta. Ensin tarkastellaan argumentteja, jotka tukevat tietoisuutta yleisenä sitovuusperusteena (6.3.3.). Tämän jälkeen tuodaan esiin yleisiä argumentteja, joita on esitetty tietoisuuden sitovuusvaikutusta vastaan ylipäänsä (6.3.4.). Seuraavaksi tarkastellaan argumentteja, joiden mukaan tietoisuudelle voidaan antaa merkitystä sitovuusperusteena, mutta (vain) tietyissä tilanteissa (6.3.5.). Nämä argumentit on edelleen jaettu kahteen ryhmään. Ensiksi tarkastellaan argumentteja, joiden mukaan tietoisuus voi olla sitovuusperuste vain sellaisten oikeuksien osalta, joita on pidetty tarkoituksenmukaisina niin, että niille tunnustetaan oikeusjärjestyksessä mahdollisuus saada sivullissuojaa jo jollakin muulla perusteella, mutta tämä peruste ei käsillä olevassa tilanteessa ole täyttynyt (6.3.5.1.). Tällainen muu peruste on esimerkiksi kirjaaminen. Sen jälkeen tarkastellaan argumentteja, jotka rajaavat tietoisuudelle sitovuusperusteena annettavaa merkitystä vielä tätä enemmän. Näiden argumenttien mukaan tietoisuudelle voidaan antaa merkitystä sitovuusperusteena vain silloin, kun sen muun perusteen, johon oikeuden suojan vahvistuminen on kytketty, tarkoituksena on tuottaa oikeudelle julkisuutta (6.3.5.2.). Oikeuspoliittisten näkökohtien esittelyn

²⁰ Kuten edellä on todettu, tilanteessa, jossa sekundus on primuksen oikeudesta tietoinen ja jossa lähtökohtaisesta kollisionsratkaisuperiaatteesta voidaan poiketa, lopputulos on sama riippumatta lähtökohtaperiaatteesta. Vaikka lähtökohtaisella kollisionsratkaisuperiaatteella ei olisikaan merkitystä ratkaisun lopputulokseen ja vaikka lähtökohtien erottelu ei ole tarpeellinen ainakaan ilmentämään, mihin sekunduksen tietoisuuden vaikutus kollisionsratkaisuihin perustuu, tilanteet saattaa kuitenkin olla syytä pitää erillään paitsi systematiikkaan liittyvien syiden vuoksi myös edellä viitattuun sekunduksen selonottovelvollisuuteen ja -mahdollisuuteen usein liittyvän eron vuoksi. Tämän vuoksi kohtien (2) ja (3) erottelua voidaan pitää perusteltuna.

²¹ *Majamaan* (1978 s. 187) mukaan KK 11:4 ja 12:4:n säännökset ovat ilmaus yleisestä periaatteesta suojella vilpittömässä mielessä olevaa luovutuksensaajaa irtaimisto-oikeudessa. Ekstinktioperiaate ei meillä ole silti saanut yleistä kollisionsratkaisuperiaatteen asemaa, ks. *Tuomisto* 1993 s. 69.

lopuksi tietoisuudelle annettavaa merkitystä tarkastellaan suhteessa siihen, millainen merkitys primuksen käyttäytymiselle annetaan (6.3.6.).

6.3.2. Vilpittömän mielen suojan taustalla olevista perusteista

Vilpittömän mielen suojan on usein nähty perustuvan viime kädessä *moraalisiin näkökohtiin*. Sen taustalla voidaan nähdä *ajatus kunniallisuuden ja rehellisyyden suojaamisesta vaihdannassa*.²² Moraalisiin näkökohtiin pohjautuvana on pidetty etenkin suhtautumista vilpittömässä mielessä olleen vastakohtaan, vilpillisessä mielessä olleeseen. Tämä heijastuu esimerkiksi KK 11:4:n sanamuodossa: ”Jos sen ostajassa – – havaitaan vilppiä.”²³ Oikeuden sitovuus vilpillisessä mielessä olleeseen nähden eli henkilöön, joka ei ole täyttänyt häneltä kohtuudella edellytettävää selonottovelvollisuutta ja joka tämän vuoksi on loukannut kolmannen oikeutta, on osittain nähty sanktiona moraalittomasta käyttäytymisestä.²⁴

Vilpittömän mielen suoja voidaan toisaalta perustella myös puhtaasti *taloudellisen vaihdannan vaatimuksilla*. Taloudellisen vaihdannan vaatimukset koskevat erityisesti vilpittömän mielen suojan saamiseksi vaadittavan selonottovelvollisuuden tason määräytymistä. Painotettaessa taloudellisen vaihdannan näkökohtia korostuu myös näkemys siitä, että vilpittömän mielen suojassa on kysymys vaihdannan osallistuvan henkilön luottamuksen suojaamisesta. Vilpittömän mielen suoja on luottamuksen suojaamista siihen, että oikeutta, josta henkilö ei tiedä eikä hänen olisi pitänytkaan tietää, ei ole olemassa.

Vilpittömän mielen suoja voidaan nähdä *vaihdannan varmuuden* näkökulmasta niin, että huolellisesti toimineen sekunduksen tulee saada luottaa puuttuvan tietonsa mukaiseen kuvaan vallitsevasta asiointilasta.²⁵ Vilpittömän mielen suoja

²² Vilpittömän mielen suojan onkin sanottu perustuvan Treu und Glauben -periaatteeseen. Ks. esim. *Zitting* 1951 s. 129, *sama* DL 1977 s. 184 ja *sama* 1989 s. 41 sekä *Kartio* 1991 s. 104.

²³ Ks. myös *Majamaa* 1978 s. 62 ja *Kaisto* 1997 s. 317. Alkuperäinen ruotsinkielinen säädösteksti kuului: ”Finnes svek hos den, som köpte –”.

²⁴ Vilpittömän mielen suojan taustalla olevien moraalisten näkökohtien merkitystä on meillä korostanut erityisesti *Tepora* 1984 s. 135–136. Pohjoismaisesta kirjallisuudesta ks. myös *A.T. Falkanger* 1999 s. 146. Vrt. *Zitting* DL 1977 s. 184–185 ja pohjoismaisesta kirjallisuudesta myös esim. *Hessler* 1973 s. 283–284.

Moraaliset näkökohdat näyttäytyvät yleisesti sivullissuojakysymysten yhteydessä etenkin kieltona yhtäältä rasittaa ja toisaalta hyödyttää sivullista perusteettomasti. Kuten jo edellä on tuotu esiin, moraalisten näkökohtien on sanottu selittävän esimerkiksi aikaprioriteetin asemaa pääsääntönä kollisionsratkaisuihin. Ellei aikaprioriteettia sovellettaisi, esimerkiksi kauppa tapahtuisi sivullisen eli aiemman luovutuksensaajan tai muun oikeudenhaltijan kustannuksella. Samoin on tuotu esiin, että vilpittömään mieleen perustuva ekstinktio on aikaprioriteetin moraalisesti perusteltu poikkeus.

²⁵ *Hessler* 1973 s. 102. Ks. kuitenkin *A.T. Falkanger* 1999 s. 50–51, joka tuo esiin myös, että yleisellä yhteiskunnallisella tasolla voidaan suhtautua kriittisesti väitteeseen, jonka mukaan vilpittömän mielen suoja edistää vaihdannan varmuutta. Esimerkiksi kaksoisdisponointikollisiossa se heikentää vaihdannan varmuutta aina toisen kollisio-osapuolen kannalta. Ks. samansuuntaisesti myös *Tuomisto* 1993 s. 74, jonka mukaan julkistamisperiaate on primukselle aikaprioriteettiperiaatetta huonompi vaihtoehto, jonka valintaa kollisionsratkaisuperiaatteeksi ei voida perustella yksinomaan vaihdannan ja luotonannon varmuudella.

voidaan nähdä myös *vaihdannan sujuvuuden* näkökulmasta, josta se näyttäytyy etenkin keinona vapauttaa vaihdannan osapuolet liiallisesta, vaihdantaa vaikeuttavasta selonottovelvollisuudesta.²⁶ Taloudellisista näkökohdista vilpittömän mielen suojan perustelut ovat samanlaiset kuin perustelut, joilla oikeusvaikutuksia on liitetty objektiivisiin momentteihin. Näitä perusteluja on käsitelty jo edellä.²⁷

Käytännössä vilpittömän mielen suojan saamisen osalta keskeisessä asemassa on kulloinkin vaadittavan selonottovelvollisuuden taso.²⁸ Moraalinäkökohtien ja taloudellisten argumenttien suhdetta selonottovelvollisuuteen on kuvattu niin, että moraaliperusteet ovat toimineet argumenttina selonottovelvollisuuden kiristämisessä, kun taas taloudelliset argumentit ovat vaikuttaneet selonottovelvollisuutta rajoittavasti.²⁹ Moraalinäkökohdat painottavat huolellista toimintaa, koska sivullisen oikeuteen ei saa suhtautua välinpitämättömästi. Taloudelliset perusteet puolestaan painottavat riittävän huolellisuuden rajaamista niin, että tehokas vaihdanta on mahdollista.³⁰

Vaikka vilpittömän mielen suojan on todettu perustuvan osin moraalisiin näkökohtiin, sen yhteyksiä niihin on kuitenkin haluttu häivyttää. Vilpittömän mielen suojan irtaantumista moraalista taustasta ja muuttumista puhtaan juridis-tekniiseksi käsitteeksi on korostettu, koska moraalinäkökohtien esiin ottamisen on nähty tekevän kysymyksessä olevasta ilmiöstä epätasällisen.³¹ Vilpittömän mielen suojan perusteleminen ja etenkin sitä koskevien sääntöjen soveltaminen pelkästään moraalinäkökohtiin liittyvien argumenttien pohjalta voikin olla hankalaa, koska vaihdantaan ja luotonantoon osallistuvien moraaliset arvostukset voivat vaihdella esimerkiksi vaadittavan selonottovelvollisuuden tason osalta. Henkilön, joka ei ole ollut vilpittömässä mielessä, ei aina voidakaan sanoa toimineen moraalittomasti.³²

²⁶ *Zitting* 1951 s. 129–130.

²⁷ Ks. jakso II 4.2.

²⁸ Erilaisista selonottovelvollisuuden asteista ks. *Zitting* esim. 1989 s. 40. Selonottovelvollisuuden aste on käänteinen luottamuksensuojan laajuuden kanssa: mitä laajempi selonottovelvollisuus, sitä vähäisempi luottamuksensuoja. KK 11:4 ja 12:4:n ja VKL 14 §:n mukaisista perustellun vilpittömän mielen suojan vaatimuksen lähemmästä analyysistä ks. *Kaisto* 1997.

²⁹ *Kaisto* 1997 s. 318.

³⁰ Yleensä selonottovelvollisuus rajoittuukin seikkoihin, jotka on suhteellisen helppo selvittää, kuten esimerkiksi kiinteistöä koskeviin rekisterimerkintöihin.

³¹ *Zitting* DL 1977 s. 184–185. Vrt. *Tepora* 1984 s. 136. Ks. myös A.T. Falkanger 1999 s. 19–20 ja s. 146–148, jonka mukaan käsite ”god tro” on käytössä kahdessa eri merkityksessä, yhtäältä teknisessä (kuten Norjan TL 27 §:ssä) ja toisaalta moraalisisessa (kuten OikTL 33 §:ää vastaavassa säännöksessä) merkityksessä. Tästä huolimatta kaikkien vilpittömän mielen suojaa koskevien sääntöjen tarkoituksena on hänen mukaansa suojata kunniallista vaihdantaa, minkä vuoksi eettiset näkökohdat tulevat aina enemmän tai vähemmän esiin. Ks. myös H. Tolonen 2000 s. 68–69, jonka mukaan kaikilla varallisuus oikeudellisilla periaatteilla on erivahvuinen, teknisestä pääsäännöstä yhteiskuntamoraaliseen toimintalinjaan vaihteleva ulottuvuus. Esimerkiksi vilpittömän mielen suojaan liittyvä julkisuusperiaate voidaan hänen mukaansa ymmärtää tekniseksi, vaihdannan varmuutta palvelevaksi normiksi. Toisaalta siihen liittyy reilun ja oikeudenmukaisen vaihdannan ajatus.

³² Ks. esim. *Hessler* 1973 s. 102 ja s. 283–286 sekä *Tuomisto* 1993 s. 130.

Moraalisen argumentoinnin voiman voidaan ylipäänsä sanoa heikentyneen. Tähän vaikuttaa osittain vaihdannan ja luotonannon *oikeushenkilöllistyminen*. Oikeustoimet tehdään ja kollisiot sattuvat usein oikeushenkilöiden välillä. Vaikka oikeushenkilön puolesta toimii aina luonnollinen henkilö, instituutioiden puolesta toimiva ei kuitenkaan aina välttämättä koe sellaista moraalista velvoitetta kuin jos hän toimisi ”puhtaasti” yksilönä.³³

Viime aikoina uuden lainsäädännön valmistelussa on kuitenkin korostettu moraaliargumenttien mukaisesti vaatimusta (ainoastaan) rehellisen vaihdannan suojaamisesta.³⁴ Kirjallisuudessa on toisaalta esitetty, että ratkaisut tulisi moraalisten perusteiden sijasta tehdä sen perusteella, onko jonkin henkilötahon suojaamiselle vaihdannallisia syitä.³⁵ Moraalisia ja taloudellisia perusteita ei kuitenkaan tarvitse nähdä toistensa vastapoolleina. Niillä on yhteyksiä toisiinsa. Esimerkiksi samoin kuin moraalista näkökulmasta sivullisten perusteeton hyötyminen tai rasittaminen on epätoivottavaa, niin myös taloudellisesta näkökulmasta vastaavia asiointiloja voidaan pitää haitallisina. Lopputulos voi usein olla samansuuntainen, perustuipa se sitten moraaliseen tai taloudelliseen argumentointiin. Sävyeroja saattaa kyllä esiintyä.³⁶

6.3.3. Argumentteja tietoisuuden yleisen sitovuusvaikutuksen puolesta

Tietoisuudelle sitovuusperusteena annettavaa merkitystä voidaan perustella kahdesta eri näkökulmasta samoin kuin edellä vilpittömälle mielelle sitomattomuusperusteena annettua merkitystä. Tietoisuudelle annettavaa merkitystä voidaan siis perustella joko ensisijaisesti *moraalissävyisin* perustein tai ensi sijassa *taloudellissävyisin* perustein.

³³ Ks. *Atiyah* 1979 s. 655–659, joka tarkastelee lupausten pitämisen moraaliperustan heikentymistä ja osin korvautumista taloudellisilla perusteilla. Atiyahin mukaan esimerkiksi yhtiön johto voi sisäistää toimivansa ennen kaikkea yhtiön osakkaiden etujen valvomiseksi. Tämän edun toteuttaminen saattaa hänen mukaansa äärimmillään johtaa jopa siihen, että johto joutuu toimimaan vastoin yhtiön puolesta tehtyjä aiempia sitoumuksia. Tästä näkökulmasta tarkoitus edistää osakkaitten etuja saattaa siten vähentää yhtiön johdon moraalista velvoitetta olla rikkomatta yhtiön aiempia lupauksia. Moraalisen velvoitteen heikentyminen liittyy Atiyahin mukaan keskeisesti myös siihen, että yhtiön johtoon kuuluvien luonnollisten henkilöiden piirissä on vaihtuvuutta. Tämä voi hänen mukaansa johtaa moraalisen velvoitteen heikentymiseen siten, että uuteen johtoon kuuluvan henkilön moraalinen sidonnaisuus aikaisempaan yhtiön johtoon kuuluneen henkilön lupauksista voi olla vähäisempää kuin hänen omista aiemmista lupauksistaan syntyvä sidonnaisuus.

³⁴ Ks. esimerkiksi MK:n esitöitä *HE 1994:120* s. 22 sekä myös jo vanhempia Ruotsin JB:n valmisteluasiakirjoja *SOU 1960:25* s. 311–312 ja *Prop. 1970:20 B 1* s. 385. Ks. myös *Walin* 1975 s. 47: ”Det förefaller vara ett rimligt krav, att de sakrättsliga reglerna inte strider mot allmänhetens uppfattning om tro och heder i handel och vandel.” ja vrt. esim. *Hessler* 1973 s. 285.

³⁵ *Kaisto* 1997 s. 322–323.

³⁶ Ks. myös *Pöyhönen* 1988 s. 270–273, joka on kiinnittänyt huomiota siihen, että vaihdannan intressillä ja kohtuudella on kosketuskohtia toisiinsa, ja samansuuntaisesti *H. Tolonen* 2000 s. 161–162.

Moraalinäkökohtiin perustuva argumentointi lähtee siitä, että toisen oikeudesta tietoinen ei *ansaitse* oikeusjärjestyksen suojaa. Moraalinen paheksunta tietoisuuden johdosta on vahvempaa kuin vilpittömän mielen puuttumisen osalta.³⁷ Tällöin korostuu ajatus siitä, että oikeusjärjestelmän tarkoituksena on ainoastaan *rehellisen vaihdannan edistäminen ja suojaaminen*.³⁸ Toisen oikeudesta tietoisena ja sitä loukaten toimivan nähdään osoittavan välinpitämättömyyttä aiempaa oikeutta kohtaan. Keskeisessä osassa on tällöin ajatus, että ei ole kohtuullista, että oikeusjärjestyksen hyväksymään sopijapuolia sitovaan sopimukseen perustuva oikeus menetettäisiin siitä tietoisena myöhemmän oikeudenhaltijan hyväksi.³⁹

Enemmän puhtaasti vaihdannan intressin näkökohtiin perustuva argumentointi puolestaan lähtee siitä, että toisen oikeudesta tietoinen ei *tarvitse* suojaa. Edellä on jo todettu, että vilpittömän mielen suojassa on kysymys vaihdantaan osallistuvan henkilön luottamuksen suojaamisesta. Luottamuksensuojalla on läheinen yhteys julkisuusperiaatteeseen, johon liittyy näkemys, että sivullisiin vaikutuksensa ulottavien oikeuksien tulisi olla näiden ulkoisesti havaittavissa. Tällöin ulkopuoliset voivat havaita oikeuden ja ennakoida sen mahdolliset vaikutukset omaan oikeusasemaansa. Silloin kun vaihdantaan osallistuva ei tiedä aiemmin perustetusta oikeudesta, oikeuden sivullissitovuudelta yleensä vaadittava julkisuus ei ole toteutunut.

Kuten edellä jo on esitetty, julkisuusperiaatetta (pisimmälle viedyssä muodossaan) ilmentää oikeuden sitovuuden ja etenkin sen vahvistumisen kytkeminen objektiivisiin perusteisiin, kuten hallintaan, kirjaamiseen ja denuntiaatioon. Näiden menettelyjen keskeisenä tarkoituksena on tuottaa julkisuutta eli tehdä oikeudesta tietoisiksi ne henkilöt, joiden asemaan oikeus voi vaikuttaa. Mikäli oikeudensaajalla on hallinta, mikäli hänen oikeutensa on kirjattu tai mikäli hän on suorittanut denuntiaation, sivullisilla presumoidaan olevan tieto tästä oikeudesta, minkä vuoksi heidän on myös mahdollista kunnioittaa sitä.⁴⁰

Myös tietoisuuden merkityksen sitovuusperusteena voidaan nähdä liittyvän julkisuusperiaatteeseen. Aiemmasta oikeudesta tietoisena toimineen henkilön suojan puuttumista tätä oikeutta kohtaan voidaan perustella sillä, että koska oikeus on henkilön tiedossa, sivullissitovuuden edellytyksenä oleva julkisuus on toteutunut. Vaihdannan intressien mukaisen tehokkaan ja sujuvan vaihdannan edistäminen edellyttää, että seuraajaa suojataan jossain määrin sivullisen salaisia oikeuksia kohtaan, joita hän ei voi ennakoida. Silloin kun seuraaja tietää näistä oikeuksista,

³⁷ Ks. esim. *Tiberg* SvJT 1964 s. 510 ja *Tepora* 1984 s. 136.

³⁸ Ks. esim. *HE 1994:120* s. 22 ja *Håstad* 1996 s. 60, jonka mukaan kollisionratkaisuihin on otettava huomioon sekä sujuvan että lojaalin vaihdannan tarpeet.

³⁹ Kohtuullisuus ei tässä tarkoita kohtuusperustetta tietyn heikomman osapuolen suojana vaan kohtuullisuutta yleisen käyttäytymisnormin tasolla. Voidaan puhua *Kartion* (JJ 1997 s. 159) tapaan kunniallisen ja rehellisen vaihdannan ideaalimallista.

⁴⁰ Objektiivisista momenteista, erityisesti hallinnasta, presumoidun tiedon perustajana, jota vastaan todistelu ei ole sallittu, ks. *Majamaa* 1978 s. 73–74.

hän voi ennakoida tilanteen eikä tarvitse tätä suojaa.⁴¹ Tietoisuuden merkitystä sitovuusperusteena voidaan vaihdannan intressien näkökulmasta perustella etenkin sillä, että kun myöhempi oikeudenhaltija tietää oikeudesta, hän voi ennakoida oikeuden ja ottaa sen vaikutukset huomioon omassa toiminnassaan. Tämän vuoksi hän ei tarvitse suojaa. Tällöin sivullisiin vaikutuksensa ulottavilta oikeuksilta vaadittava julkisuus on tosiasiallisesti toteutunut.

Mikäli oikeuksiin suhtaudutaan lähtökohtaisen tasa-arvoisina ja mikäli oikeuden sivullissitovuuteen vaikuttavien perusteiden tavoitteena pidetään nimenomaan julkisuutta, kuten edellä on esitetty, tietoisuudelle on perusteltua antaa merkitystä sitovuusperusteena. Objektivisten julkisuutta tuottavien momenttien täyttymistä ei tällöin voida pitää itseisarvona.

Tietoisuutta yleisenä sitovuusperusteena voidaan puoltaa myös siitä näkökohdasta, että se on yhdenmukainen julkisen luotettavuuden periaatteelle rakentuvis- sa kirjaamisjärjestelmissä vilpittömän mielen suojalle ja luottamuksensuojalle annetun merkityksen kanssa. Kirjaamisjärjestelmien julkinen luotettavuus on luottamuksensuojaa, jolloin ainoastaan vilpittömässä mielessä oleva voi saada suojaa. Tämän luottamuksensuojaperiaatteen kanssa olisi ristiriidassa, jos henkilö, joka on tietoinen oikeudesta, voisi saada suojaa tätä oikeutta kohtaan.⁴² Vastaavasti irtaimisto-oikeudessa hallintaan liittyy julkisuusvaikutus, johon voi suojakseen vedota vain se, joka on vilpittömässä mielessä.

6.3.4. Yleisiä argumentteja tietoisuudelle annettavaa merkitystä vastaan

Keskeinen argumentti tietoisuuden sitovuusvaikutusta vastaan on vaatimus *vaihdannan varmuudesta*. Sen on nähty edellyttävän oikeuden sitovuuden ratkeamista objektiivisten sitovuusperusteiden mukaan. Tietoisuutta on pidetty epämääräisenä sitovuusperusteena, koska tällöin oikeuden sitovuus ratkeaisi viime kädessä tuomioistuimen suorittaman näytön arvioinnin perusteella.⁴³ Tietoisuuden hyväksymistä yleiseksi sitovuusperusteeksi on pidetty myös vallan antamisena moraalisille argumenteille vaihdannallisten perusteiden sijaan.⁴⁴

Tietoisuuden yleisen sitovuusvaikutuksen on nähty vaarantavan vaihdannan varmuuden myös siten, että tällöin suojaa saatetaan myöntää oikeuksille, jotka eivät millään muulla perusteella voisi sitoa sivullisia. Näitä oikeuksia on perinteisen ajattelun mukaan pidetty velvoiteoikeuksina. Tietoisuuden sitovuusvaikutuk-

⁴¹ Ks. *Wirilander* 1980 s. 204–205 ja *Tuomisto* 1993 s. 130 ja s. 132.

⁴² Etenkin *Kartio* on korostanut ajatusta siitä, että tietoisien luovutuksensaajan suojaaminen on ristiriidassa luottamuksensuojaperiaatteen kanssa, ks. *Kartio* LM 1969 s. 569–570, *sama* 1974 s. 284, *sama* 1991 s. 119, *sama* JJ 1997 s. 161 sekä *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 170.

⁴³ Ks. esim. *Caselius* 1934 s. 183. Vrt. *Forssell* 1976 s. 50–51, s. 93–94, s. 136–140 ja s. 209–210, joka on arvostellut tällaista argumentointia.

⁴⁴ Ks. esim. *Hessler* 1973 s. 283–286.

sen täydellistä puuttumista onkin vanhemmassa kirjallisuudessa perusteltu oikeuksien jaolla esine- ja velvoiteoikeuksiin. Tämän perustelun mukaan velvoiteoikeus, joka ei voi sitoa kuin sopimussuhteessa, ei voi sitoa kolmatta, vaikka tämä tietäisi oikeudesta. Tietoisuus yleisenä sitovuusperusteena mahdollistaisi osittain sitovien ”puoliesineoikeuksien” (halvsakrätter) kategorian kasvamisen.⁴⁵

Tietoisuuden sitovuusvaikutuksesta voidaan nähdä aiheutuvan haittaa myös *sujuvan vaihdannan* näkökulmasta. Tietoisuuden yleisestä sitovuusvaikutuksesta aiheutuvana haittana on nimittäin pidetty myös seuraajan tosiasiallisen selonottovelvollisuuden kasvua. Vaikka tietoisuuden hyväksyminen sitovuusperusteeksi ei edellyttäisikään aktiivista selonottoa mahdollisten oikeuksien olemassaolon selvittämiseksi, se edellyttäisi kuitenkin syystä tai toisesta tiedossa olevan oikeuden sisällön tarkempaa selvittämistä. Mikäli siis millainen tahansa oikeus sitoisi, seuraajan olisi aina otettava lähemmin selvää kaikista tietoonsa tulleista kolmansien oikeuksista, koska olisi olemassa riski tällaisen oikeuden sitovuudesta. Tämä puolestaan haittaisi sujuvaa vaihdantaa.⁴⁶

Tietoisuuden hyväksyminen yleiseksi sitovuusperusteeksi haittaisi vaihdantaa myös niin, että silloin jouduttaisiin ottamaan kantaa ongelmallisiin tilanteisiin, joita syntyy, jos sekunduksella on vain osittain oikea tieto primuksen oikeudesta. Ongelmia syntyy myös, jos sekunduksella on väärä tieto primuksen oikeudesta. Nämä ongelmat voitaisiin välttää, jos tietoisuudelle ei annettaisi merkitystä.⁴⁷

Esimerkkinä järjestelmästä, jossa vaihdannan varmuutta on yritetty toteuttaa muun muassa epäämällä tietoisuuden sitovuusvaikutus, voidaan mainita Saksan BGB. Jyrkkä ja selkeä järjestelmä ei kuitenkaan ole vastannut käytännön tarpeita. Nykyään Saksan järjestelmä sisältääkin tosiasiallisten tarpeiden edellyttämiä modifiointeja, joissa subjektiiviselle momentille annetaan merkitystä, kuten Vormerkung-järjestelmä ja yleislausekkeet BGB 242 § Treu und Glauben ja BGB 826 § hyvien tapojen rikkomisen ja muodollisen oikeusaseman väärinkäytön kielto.⁴⁸

6.3.5. Näkökohtia, joiden mukaan tietoisuus voi olla sitovuusperuste tiettyjen oikeuksien osalta

6.3.5.1. Oikeuden tarkoituksenmukaisuuden merkitys

Tietoisuuden sitovuusvaikutuksen myöntämisen osalta on usein erotettu tilanteet, joissa oikeudelle ylipäättään voi saada suojaa jonkin objektiivisen sitovuuteen

⁴⁵ Ks. esim. *Lundstedt* JJ 1950 s. 339–353.

⁴⁶ Ks. esim. *Håstad* SvJT 1976 s. 717–718 ja *sama* 1996 s. 436 sekä *Tuomisto* 1988 s. 137–138. Ks. myös *Hessler* 1973 s. 280 ja *Bjerre* Cornell LR 1999 s. 325–327.

⁴⁷ Problematiikasta tältä osin sekä ratkaisuehdotuksista ja niiden tarkoituksenmukaisuuden arvioinnista ks. *Tuomisto* 1993 s. 130–131.

⁴⁸ BGB 242 ja 826 §:n sisällöstä ks. myös jaksossa III 2.1. esitettävää.

vaikuttavan perusteen toteutumisella, ja tilanteet, joissa tällaisen suojan saaminen ei ole mahdollista. On pidetty perusteltuna, että tietoisuudella voi olla sitovuusvaikutus ainoastaan ensiksi mainituissa tilanteissa eli tilanteissa, joissa kysymyksessä oleva oikeus voi sitoa jonkin julkistavan toimen, kuten hallinnan saannin tai kirjaamisen, jälkeen. Tietoisuudella ei sen sijaan tämän ajattelutavan mukaan ole sitovuusvaikutusta, jos oikeuden ei ylipäänsä olisi mahdollista sitoa sekundusta muulla perusteella.

Esimerkiksi Ruotsissa irtaimen kohdistuvan panttaussitoumuksen on katsottu oikeuskäytännössä sitovan siitä tietoista sekundusta.⁴⁹ Ratkaisuja ei kuitenkaan ole pidetty tietoisuuden sitovuusvaikutuksen perustavan yleisen periaatteen osoittajana. Ratkaisujen ei ole nähty vaikuttavan esimerkiksi suhtautumiseen tietoisuuteen sitovuusperusteena käyttöoikeuksien osalta. Tätä on perusteltu muun muassa sillä, että panttioikeus on oikeus, jonka on mahdollista saada täydellinen esineoikeudellinen sivullissuoja, kun taas käyttöoikeus ei ole (ollut) tällainen oikeus. Tämän vuoksi on perusteltua, että jo panttaussitoumusta suojataan siitä tietoista sekundusta kohtaan, kun taas käyttöoikeutta ei ole perusteltua suojata edes siitä tietoista sekundusta kohtaan.⁵⁰

Suhtautumistavan taustalla on ajatus siitä, että tietoisuus voi olla sitovuusperuste ainoastaan silloin, kun kysymyksessä oleva oikeus on *tarkoituksenmukainen vaihdannan ja luotonannon edistämisen kannalta*. Tämä on yleisen edun huomioon ottamisen vaatima edellytys, jotta oikeudella ylipäänsä olisi suojaa muuhun kuin sopimuskumppaniin nähden. Se, voidaanko tietoisuudelle antaa merkitystä, ratkeaa tästä näkökulmasta intressipunninnalla, jossa vastakkain ovat kulloinkin kyseessä olevat oikeudet ja niiden arvo vaihdannassa ja luotonannossa.⁵¹

Kysymyksessä voi olla (a) kollisio sellaisten oikeuksien välillä, joista primuksen oikeus voidaan toteuttaa niin, että sen olemassaolo rajoittaa, mutta ei poista sekunduksen oikeutta. Tällöin intressipunninnassa vastakkain ovat yhtäältä tietoisuuden aiheuttaman sitovuuden vaikutus sekunduksen oikeuden arvoon ja toisaalta tietoisuuden sitovuusvaikutuksen tuottaman suojan vaikutus oikeuden arvoon primuksena olevan oikeuden haltijalle.

Esimerkkinä tällaisesta tilanteesta voidaan mainita kollisio kiinteistöön kohdistuvan erityisen oikeuden haltijana olevan primuksen ja kiinteistön luovutuksen-saajana olevan sekunduksen välillä. Kirjallisuudessa esimerkiksi *Wirilander* on pohtinut tällaisen kollisio ratkaisua sen osapuolten intressien punninnan ja yhteen sovittamisen näkökulmasta *de lege ferenda* ennen vuoden 1995 MK:ta.

⁴⁹ NJA 1924 s. 329, NJA 1925 s. 80 sekä NJA 1940 s. 297.

⁵⁰ Ks. esim. *Nial SvJT* 1940 s. 681, *Karlgren* NJA 1949 s. 650–651 ja *Hessler* 1973 s. 294–295 ja s. 461–462. Ks. myös *Hästad* 1996 s. 431–432. Hyvän kokonaiskuvan keskustelusta antaa *Möller* 1988 s. 519–521 (ks. myös s. 522–528) sekä *Hessler* 1973 s. 289.

⁵¹ Intressipunninnasta ks. myös jo *Nial SvJT* 1940 s. 678–680, tällöin tietoisuuden vaikutuksesta käyttöoikeuden sivullissitovuuden arvioinnissa myöhempään luovutuksensaajaan nähden, ja *Hessler* 1973 s. 102.

Hänen tarkastelunsa keskittyy siihen, kumpi on perustellumpi käyttöoikeuden haltijan oikeuden sitovuuden edellytys myöhempään luovutuksensaajaan nähden, tämän tietoisuus vai tämän hyväksyminen.⁵²

Luovutuksensaajan hyväksyminen sitovuuden edellytyksenä merkitsisi, että käyttöoikeuden pysyminen voimassa riippuisi luovutuksensaajan *tahdosta* ottaa käyttöoikeus huomioon ja mukautua siihen, että tämä oikeus rajoittaa hänen käyttövapauttaan kiinteistöön. Luovutuksensaajan tietoisuus sitovuuden edellytyksenä puolestaan merkitsisi, että käyttöoikeuden pysyminen riippuu luovutuksensaajan *mahdollisuudesta* ottaa käyttöoikeus huomioon ja mukautua siihen, että se rajoittaa hänen käyttövapauttaan. Hyväksyminen sitovuusperusteena korostaa siten luovutuksensaajan suunnitteluvapautta ja toimintavapautta kiinteistön osalta, kun taas tietoisuus sitovuusperusteena korostaa käyttöoikeuden haltijan vastaavaa vapautta.⁵³

Tässä intressien yhteen sovittamisessa Wirilander puoltaa etusijan antamista käyttöoikeuden haltijan vapauden häiriintymättömyydelle ja siten tietoisuuden ottamista sitovuusperusteeksi. Tällöin myös luovutuksensaajalla on mahdollisuus sovittaa toimintansa käyttöoikeuden huomioon ottavaksi. Ratkaisuun on vaikuttanut se, että silloin, kun hyväksyminen on sitovuusperuste ja kun hyväksymistä ei ole tapahtunut, käyttöoikeudenhaltijalla on mahdollisuus vaatia vahingonkorvausta oikeuden perustajalta. Tällöin voidaan joutua tilanteeseen, jossa korvausvelvolliselle aiheutuu omaisuuden menetystä, mutta on silti mahdollista, että korvaussensaajan vahinko ei kompensoidu. Tilanteesta hyöttyy tällöin vain luovutuksensaaja, joka olisi voinut sovittaa oman toimintansa käyttöoikeuden huomioon ottavaksi.⁵⁴

Intressien punnintaa voidaan joutua tekemään myös (b) sellaisten kollisioiden sattuessa, joissa vastakkain ovat oikeudet, joita ei voida toteuttaa yhtäaikaaisesti missään laajuudessa. Mikäli primuksen oikeus pysyy, se estää täysin sekunduksen oikeuden ja päinvastoin. Näin tapahtuu esimerkiksi silloin, kun sama (käyttö)-oikeus luovutetaan kahdelle tai kun oikeuden perustajan kompetenssia on ensin rajoitettu primuksen kanssa solmitussa sopimuksessa ja sen jälkeen sekundukselle on perustettu oikeus käyttäen kompetenssia, jota primuksen kanssa tehdyssä sopimuksessa on rajoitettu. Myös tällöin intressipunninnassa vastakkain ovat yhtäältä tietoisuuteen perustuvan sitovuuden aiheuttama haitta sekundukselle ja toisaalta tietoisuuden sitovuusvaikutuksen tuottaman suojan vaikutus oikeuden arvoon primuksena olevan oikeuden haltijalle. Sekundukselle aiheutuva haitta tarkoittaa

⁵² Ks. Wirilander 1980 s. 204–206.

⁵³ Wirilander 1980 s. 204–205.

⁵⁴ Wirilander 1980 s. 205–206. Käyttöoikeuden sivullissitomattomuutta puoltava argumentti, jonka mukaan näin turvataan paitsi luovutuksensaajan myös luovuttajan omistuksen vapaus ja siten mahdollisuus saada luovutuksen kohteesta parempi hinta (ks. Forssell 1976 s. 105 ja s. 110), ei ole kestävä sillä perusteella, että luovuttaja on kuitenkin sidottu käyttöoikeuden pysyttämiseen inter partes ja tulee näin vahingonkorvausvelvolliseksi käyttöoikeuden haltijalle. Ks. Kartio JJ 1985 s. 153–154 ja Tuomisto 1993 s. 63 alav. 9.

kuitenkin tässä tapauksessa oikeuden menettämistä.⁵⁵

Kuten jo tutkimuksen alussa on todettu, käytännössä intressien punninta niin, että saavutettu ratkaisu voitaisiin perustella aukottomasti, on vaikeaa. Erityisen vaikeaa on perustella ratkaisua kollisioon joutuvien oikeuksien tarkoituksenmukaisuudella. Ratkaisu riippuu aina ratkaisuntekijän omaksumista arvostuksista. Yleisellä tasolla ratkaisu riippuu siitä, halutaanko painottaa sopimusvapauden ja sopimusten sitovuuden merkitystä myös suhteessa sivullisiin, joiden on ollut mahdollista ottaa sopimus ja sillä perustetut oikeudet huomioon, vai omistuksen vapautta.⁵⁶ Yhtenä peruslähtökohtana voidaan tosin pitää sitä, että oikeuden lakkaamisesta johtuva menetys on todennäköisesti suurempi sille, joka on nauttinut oikeudestaan kauemmin.⁵⁷

Kuten edellä on tuotu esiin, uudemmassa oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että epäselvissä tapauksissa oikeuksien voidaan presumoida olevan tarkoituksenmukaisia, jolloin tietoisuudelle voitaisiin antaa merkitystä sitovuusperusteena. Oikeus voi kuitenkin osoittautua epätarkoituksenmukaiseksi. Tähän harkintaan on katsottu saatavan johtoa oikeuden mahdollisuudesta saada muutoin suojaa. Mikäli tällainen mahdollisuus on, oikeutta ei voitane pitää epätarkoituksenmukaisena. Mikäli taas oikeus ei voi saada muulla perusteella suojaa, on mahdollista, että oikeutta pidetään epätarkoituksenmukaisena. Mikäli esimerkiksi kyseessä olevaan omaisuustyyppiin kohdistuvien oikeuksien olisi mahdollista saada suojaa kirjaamisella, mutta kyseisen oikeuden osalta kirjaamismahdollisuus puuttuu, kirjaamismahdollisuuden puuttumista voidaan pitää indisiona siitä, että lainsäätäjällä on pitänyt kyseistä oikeutta epätarkoituksenmukaisena niin, että sen ei ole syytä sitoa sopimussuhteen ulkopuolella.⁵⁸

Aina oikeuden kirjaamiskelvottomuutta ei kuitenkaan voida pitää indisiona oikeuden epätarkoituksenmukaisuudesta vaihdannan ja luotonannon kannalta. Oikeuden kirjaamiskelvottomuus voi johtua myös siitä, että oikeus sitoo jo muulla perusteella tai että oikeutta pidetään niin vähämerkityksellisenä, että kirjaamisjärjestelmää ei haluta rasittaa sillä.⁵⁹ On myös mahdollista, että oikeutta ei ole otettu

⁵⁵ Intressien punninnasta tällaisessa tilanteessa ks. esim. *Håstad* 1996 s. 441.

⁵⁶ Ks. *Vinding Kruse* TfR 1944 s. 447–473, joka suhtautuu kriittisesti intressipunninnan mahdollisuuksiin oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa.

⁵⁷ *Tuomisto* 1993 s. 81. Myös tämä peruste on ilmeisesti ollut vaikuttamassa edellä esiteltyyn Wirilanderin de lege ferenda -pohdintaan kiinteistöön kohdistuvien käyttöoikeuksien sitovuudesta suhteessa myöhempään luovutuksensaajaan. Poikkeuksena lähtökohtaolettamaan primuksen menetyksen suuruudesta voivat olla kuitenkin esimerkiksi tilanteet, joissa primus ei ole vielä tehnyt omaa suoritustaan. Lisäksi voidaan ajatella, että merkitystä voidaan antaa myös sille, onko primuksen oikeus luonteeltaan parhaillaan toteutuva vai onko kysymys vasta tulevaisuudessa toteutuvasta oikeudesta, kuten esisopimukseen perustuvasta oikeudesta tai optio-oikeudesta.

⁵⁸ Ks. esim. *Kartio* LM 1969 s. 572–573 ja *sama* 1991 s. 119 sekä *Tuomisto* 1993 s. 132.

⁵⁹ *Tuomisto* 1993 s. 133. Voidaan tosin ajatella, että jos oikeus on vähämerkityksellinen, se ei voisi olla tarkoituksenmukainenkaan. Toisaalta vaikka oikeudella ei yleisesti olisikaan suurta merkitystä esimerkiksi sen vuoksi, että se ei olisi laajalti käytössä, se saattaa olla tarkoituksenmukainen juuri niissä yksittäistapauksissa, joissa sitä käytetään.

lainkaan huomioon säädettäessä kirjaamiskelpoisista oikeuksista. Tällöin lainsäätäjä ei ole ottanut kantaa sen paremmin oikeuden tarkoituksenmukaisuuteen kuin epätarkoituksenmukaisuuteenkaan. Mikäli kirjaamiskelpoisuutta määrittävä lainsäädäntö on vanhempaa, on mahdollista sekin, että alkuperäinen kielteinen suhtautuminen oikeuteen on muuttunut esimerkiksi kyseisen oikeustyyppin käytön yleistyessä ja yhteiskunnan taloudellisten olosuhteiden muuttuessa niin, että kirjaamiskelvottomuus ei enää muuttuneissa olosuhteissa merkitsekään oikeuden epätarkoituksenmukaisuutta.⁶⁰

Edellä oikeuden epätarkoituksenmukaisuudella on tarkoitettu sitä, että oikeuden sitovuudesta sivullisia kohtaan nähdään aiheutuvan enemmän haittaa kuin hyötyä vaihdannalle ja luotonannolle. Haitta perustuu siihen, että (1) *oikeuden sitovuus rajoittaa omistajan vapautta*. Tietoisuuden yleistä sitovuusvaikutusta vastaan voidaan argumentoida tämän lisäksi myös sillä, että pelkästään sekunduksen tietoisuuteen perustuva suoja – ja siten myös pelkästään sekunduksen suhteen mahdollinen suoja – on oikeudenhaltijalle niin *puutteellinen* ja *sattumanvarainen*, että se ei voi perustaa tälle sellaista oikeutta, jonka pysyvyyteen hän voisi luottaa. Tällainen oikeussuoja ei voi tuottaa oikeudenhaltijalle asemaa, jonka hän voisi ennakoida ja siten käyttää oikeutta hyväkseen. Oikeutta voidaan tästä näkökulmasta pitää epätarkoituksenmukaisena sillä perusteella, että (2) *oikeuden funktio ei toteudu suojan puutteellisuuden vuoksi*. Esimerkiksi jos vakuusoikeuden funktiona pidetään oikeudenhaltijan aseman turvaamista suhteessa velallisen seuraajiin ja velkojiin, oikeuden funktio ei yleensä voi toteutua, vaikka oikeus sitoisikin siitä tietoista velallisen seuraajaa, jos se ei kuitenkaan sido tämän velkojia.

Silloin kun oikeuden suojan mahdollisuus on puutteellinen eikä oikeuden funktio haltijalleen siten voi täysimääräisesti toteutua, saattaa olla niin, että tietoisuuden sitovuusperusteena aiheuttama haitta vaihdannan sujuvuudelle on suurempi kuin siitä koitua hyöty oikeudenhaltijalle eikä tietoisuutta ole tästä syystä perusteltua pitää sitovuusperusteena. Tietoisuuden sitovuusvaikutuksesta aiheutuvana haittana voidaan pitää esimerkiksi seuraajan tosiasiallisen selonottovelvollisuuden kasvua, kuten edellä on jo esitetty.

Suojan puutteellisuus on argumentti, jota on käytetty meillä etenkin vakuusoikeuksien osalta perusteena niitä koskevien kollisionratkaisujen kytkemisessä yhteen. Se on tarkoittanut sivullissuojan epäämistä tilanteissa, joissa sen myöntäminen olisi normipohjan perusteella ollut mahdollista. Suojan myöntämistä yhdessä suhteessa eli suhteessa luovutuksensaajaan on kuitenkin pidetty epätarkoituksenmukaisena, koska suojaa ei olisi ollut mahdollista saada kaikissa sivullissuhteissa eli myös suhteessa velkojiin. Argumentin perustana on ensinnäkin ajatus siitä, että

⁶⁰ Ks. esim. keskustelua käyttöoikeuksien taloudellisesta merkityksestä ja tämän vaikutuksesta käyttöoikeudenhaltijoiden suojan tarpeeseen ja suojan kehityksestä *Nial* SvJT 1940 s. 678–679, *Lundstedt* JJ 1950 s. 341–342, *Tiberg* SvJT 1964 s. 511–513, *Grönfors* JJ 1969, *Walin* 1975 s. 46–49, *Forssell* 1976 s. 1–2, s. 155–159 ja s. 217–219, *Möller* 1988 s. 520, *Håstad* 1986 s. 327–328, *sama* 1996 s. 434–438 ja yleisesti *Tuomisto* 1993 s. 63–64.

vakuusoikeuden perustehtävä on helpottaa luotonantoa ja tämän tehtävän täyttämisen perusedellytys puolestaan on, että suojaa saadaan velkojia vastaan. Argumentin perustana on lisäksi ajatus, että oikeuden tehokkuus luovutuksensaajia kohtaan aiheuttaa riskejä vaihdannalle. Koska vakuutta pidetään käyttökelpoisena ja suojan arvoisena vain silloin, kun tätä suojaa voidaan myöntää sekä suhteessa vakuudenantajan seuraajiin että tämän velkojiin, suojaa ei ole syytä myöntää ja siten lisätä vaihdannan riskejä hyväksymällä tarkoitukseensa kelvoton vakuuskeinon tehokkaaksi suhteessa luovutuksensaajiin.⁶¹

Vakuusoikeuden arvo perustuu viime kädessä sen suojaan sivullisia kohtaan. Tämän vuoksi sivullissuojan olemassaolo on vakuusoikeuden käyttökelpoisuuden edellytys ja kollisionratkaisujen yhteen kytkeminen perusteltu. Sen sijaan esimerkiksi käyttöoikeuden haltijalle on todettu olevan arvoa jo sillä, että hän nauttii suojaa omistajan myöhempiä seuraajia kohtaan, vaikka hänelle ei voitaisikaan myöntää suojaa omistajan velkojia kohtaan. Tältä osin kollisionratkaisujen kytkemistä yhteen ei meillä olekaan pidetty perusteltuna.⁶² Ruotsissa kollisionratkaisujen kytkemisestä yhteen on käyty keskustelua myös käyttöoikeuksien ja etenkin omistajan kompetenssin rajoittavien ehtojen osalta ja yhteen kytkemistä on osin pidetty perusteltuna.⁶³

6.3.5.2. Oikeuden suojaa vahvistavan objektiivisen momentin tarkoituksen merkitys

Kuten edellä on esitetty, varallisuusosoikeudessa on pidetty tärkeänä, että sivullisiin oikeusvaikutuksensa ulottavien oikeuksien tulee olla sellaisten ulkopuolisten haavoittavissa, joiden asemaan kysymyksessä oleva oikeus voi vaikuttaa. Tätä havait-

⁶¹ Ks. lähemmin Tuomisto 1988 s. 106 ja s. 137–138, sama LM 1991 s. 207–209 ja sama 1993 s. 113–115. Ks. myös sama 1990 s. 11–13, jossa hän on nimenomaisesti korostanut oikeussuhdeanalyysin lisäksi vaadittavaa synteisiä, jotta lopputuloksena saavutettaisiin toimiva kokonaisratkaisu.

⁶² Tuomisto 1988 s. 138 ja sama 1993 s. 114.

⁶³ Ks. esim. Håstad 1996 s. 429: ”Nyttjanderättshavaren etc. kan oftast inte veta, om det är skyddet mot ägarens borgenärer eller dennes singularsuccessorer som kommer att aktualiseras. För att han skall åtnjuta en säker ställning, måste han emellertid vara skyddad i båda avseendena. I doktrinen finns rentav den åsikten företrädd, att ett skydd endast i det ena avseendet medför en så otillräcklig förstärkning av nyttjanderättshavarens ställning, att ett sådant begränsat skydd inte förtjänar att införas.”, s. 436 ja s. 441.

Vrt. Hessler 1973 s. 50: ”En nyttjanderätt, t. ex., kan bestå och ha sitt värde även om den inte är utrustad med sakrättslig skydd i olika konstellationer. Så länge inte någon tredje man uppträder på arenan kan nyttjanderätten utövas och vara helt meningsfull. Vid säkerhetsrätterna däremot, ligger – – själva värdet i rättigheten i att den i större eller mindre utsträckning är förenad med sakrättsligt skydd. Den skulle m.a.o. vara praktiskt taget värdelös, om så inte vore fallet.”

Ks. lähemmin ruotsalaisesta keskustelusta esim. Nial SvJT 1940 s. 680–681, Ekelöf SvJT 1940 s. 683, Karlgren SvJT 1943 s. 373, Håstad SvJT 1976 s. 717 ja Hellner 1993a s. 191–192, jotka suhtautuvat kriittisesti osittaisen suojan myöntämiseen, sekä vrt. Tiberger SvJT 1964 s. 497–516, Hessler 1973 s. 293, Sandström 1976 s. 283 ja Möller 1988 s. 528–530, jotka ovat suhtautuneet myönteisesti osittaisen suojan myöntämiseen.

tavuutta on pyritty edistämään liittämällä oikeuden sivullissitovuus tai ainakin sen vahvistuminen objektiivisen momentin täyttymiseen eli hallintaan (tapauksesta riippuen merkityksellinen voi olla hallinnan saanti tai hallinnan menettäminen), denuntiaatioon tai kirjaamiseen. Objektiivisen momentin keskeisenä funktiona on siis julkisuuden tuottaminen ja sitä kautta sitovuuden synnyttäminen.

Sekunduksen tietoisuuden on edellä esitetty korvaavan objektiivisen momentin julkisuutta luovana tekijänä niissä tilanteissa, joissa oikeuden olisi mahdollista saada suojaa jonkin objektiivisen momentin toteutumisen jälkeen. Tietoisuudessa on kysymys tosiasiallisesta julkisuudesta, kun taas objektiivisten momenttien täyttymisessä on kysymys presumoidusta tiedosta eli presumoidusta julkisuudesta.

Objektiivisilla sitovuusperusteilla on toisaalta nähty olevan muitakin funktioita kuin julkisuuden tuottaminen. Ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa *Hessler* on pitänyt objektiivisten momenttien tarkoituksena myös sitä, että ne osoittavat oikeuden saavuttaneen tietynasteisen *kypsyysden* ("en viss grad av mognad"). Tämä tarkoittaa, että vasta objektiivisen momentin täyttymisen, kuten esimerkiksi oikeuden kirjaamisen, jälkeen oikeus on saavuttanut sellaisen asteen, jota sivullissitovuuden myöntäminen edellyttää. Tätä ennen oikeus ei voisi sitoa sivullisia. Niinpä se, voidaanko tietoisuudelle antaa merkitystä sitovuusperusteena, ratkeaa tämän kannan mukaan sillä perusteella, mitä pidetään sitovuudelta normaalisti vaadittavan objektiivisen momentin funktiona.⁶⁴

Mikäli objektiivisen momentin funktiona on toimia ilmauksena oikeuden kypseydestä, objektiivisen momentin täytyminen on suojan saannin ehdoton edellytys. Mikäli taas objektiivisen momentin funktiona pidetään julkisuuden toteuttamista, objektiivisen momentin täyttymistä ei vaadita, jos julkisuus on toteutunut jo muulla tavalla. Esimerkiksi tietoisuudelta velkojakollisioissa kokonaan puuttuva sitovuusvaikutus voidaan tämän kannan mukaan selittää sillä, että tällöin objektiivisen momentin täyttymisen funktiona on pidetty kypsyysden osoittamista ja siten tämän momentin täytyminen on suojan saannin ehdottomana edellytyksenä. Seuraantokollisioissa puolestaan objektiivisen momentin funktiona voidaan pitää joko julkisuuden tuottamista, jolloin objektiivisen momentin täyttymistä ei vaadita ja tietoisuus voi olla sitovuusperuste, tai kypsyysden osoittamista, jolloin tietoisuudelle ei voida antaa merkitystä.⁶⁵

Kypsyysden saavuttamiseen liittyy tämän kannan mukaan se, että vasta objektiivisen momentin toteutumisen jälkeen oikeuden saajan oikeusasema on riittävässä määrin julkistettu. Kypsyysvaatimukseen kuuluukin nähdäkseni keskeisesti, että *oikeudenhaltijan edellytetään toimivan aktiivisesti oikeutensa julkistamiseksi*. Hänen on täytynyt – *Hesslerin* sanoin – iskeä nyrkkiä pöytään ("ha slagit näven i

⁶⁴ Ks. *Hessler* 1973 s. 95 ja s. 284–285. Tällainen ajattelu objektiivisen momentin täyttymisestä oikeuden kypsyysden edellytyksenä on ominaista myös saksalaiselle oikeudelliselle ajattelulle.

⁶⁵ *Hessler* 1973 s. 97–98 ja s. 284–285.

bordet”) saantonsa osalta, jotta tälle oikeudelle annettaisiin merkitystä.⁶⁶ Hessler erottaakin oikeuden julkistamisen ja oikeusaseman manifestoinnin.⁶⁷

Objektiivisella momentilla voi olla erilaisia funktioita kollision eri osapuolten osalta. Esimerkiksi takautuvan sivullissuhteen kollision kypsyys voi olla objektiivisen momentin funktiona sekä primuksen että sekunduksen osalta.⁶⁸ Primuksen oikeuden pysyvyys siitä tietoista sekundusta kohtaan voi edellyttää myös objektiivisen momentin täyttymistä. Samoin sekunduksen mahdollisuus syrjäyttää primuksen oikeus voi edellyttää paitsi vilpittömyyttä mieltä myös objektiivisen momentin täyttymistä.⁶⁹

Meillä edellä kuvattuun ajatukseen objektiivisista momenteista oikeuden kypseyden osoittajina ja kypsyysvaatimuksen täyttymisestä oikeuden sitovuuden edellytyksenä on suhtauduttu varauksellisesti. Sitä on pidetty liian epätasapainoisena kollisionratkaisukriteerinä.⁷⁰ Arvosteluun voidaan yhtyä. On hyvin vaikeaa perustellusti selvittää, mikä funktio kullekin oikeuden suojaa lisäävälle vaatimukselle kulloinkin on asetettu, vaikka vaatimuksen täytyminen sinänsä onkin kytketty selkeisiin edellytyksiin.

Toisaalta edellä esitetyllä objektiivisen momentin funktioiden jaottelulla voidaan pyrkiä selittämään lainsäädännössä omaksuttuja tietoisuuden merkitystä ja vilpittömyyden mielen suojan edellytyksiä koskevia ratkaisuja. Esimerkkinä voidaan mainita MK 17:3, jonka mukaan kiinteistöön kohdistuvan panttaussitoumuksen saaja ei ole suojattu edes sitoumuksesta tietoista myöhempää pantinsaajaa kohtaan. Panttaussitoumuksen saanut velkoja saa suojaa vasta, kun hän on saanut panttikirjan haltuunsa (MK 17:2). Velkojalla on panttaussitoumuksen nojalla oikeus vaatia, että velallinen luovuttaa panttikirjan (MK 17:3.2). Suoja edellyttää siten primuksena olevan velkojan omia aktiivisia toimenpiteitä. Primusta ei ole katsottu perustelluksi suojata, ellei hän ole toiminut aktiivisesti oikeutensa turvaamiseksi. MK 17:3:n osalta objektiivisen momentin täyttymisen funktiona voidaan siis pitää kypseyden osoittamista.⁷¹

MK 17:3:stä ei suoraan ilmene, onko panttaussitoumuksella oikeusvaikutuksia kolmanteen. Säännöksen 2 momentin mukaan, jollei kiinteistö enää ole sitoumuksen antajalla taikka jos panttikirja on luovutettu jollekin toiselle velkojalle tai sitoumuksen antajalla ei muutoin ole oikeutta määrätä siitä, velkojalla on oikeus saada korvaus vahingostaan sitoumuksen antajalta. Lopputulokseen, jonka mukaan panttaussitoumuksella ei ole oikeusvaikutuksia siitä tietoiseen

⁶⁶ Hessler 1973 s. 95.

⁶⁷ Ks. Hessler 1973 s. 87–89 ja s. 94–95.

⁶⁸ Primuksen osalta objektiivisen momentin funktiona voi olla myös oikeuden julkistaminen sekä tähän liittyen kaksoisdisponointien estäminen. Oikeuden perustajan osalta objektiivisen momentin funktiona puolestaan on oikeusaseman legitimointi. Ks. Hessler 1973 s. 89 ja s. 95–96.

⁶⁹ Ks. Hessler 1973 s. 95.

⁷⁰ Tuomisto 1993 s. 133.

⁷¹ Ks. myös Hessler 1973 s. 95.

myöhemmän pantinsaajaan, päädytään tulkitsemalla säännöksen viimeistä virkettä niin, että siinä mainitaan tyhjentävästi velkojan oikeussuojakeinot. Tulkinta on perusteltu, kun MK:n nähdään rakentuvan systematiikalle, jossa kulloinkin käytössä olevista oikeusseuraamuksista pyritään säätämään tyhjentävästi laissa. MK 17:3:n osalta esitöissä todetaan suoraan tällainen lainsäätäjän tarkoitus. Niiden mukaan panttaussitoumuksella ei ole oikeusvaikutuksia suhteessa kolmansiin.⁷²

Lainsäädäntöratkaisu on herättänyt oikeuskirjallisuudessa runsaasti kritiikkiä ja keskustelua.⁷³ Koska kysymys on periaatteellisesti tärkeä, seuraavassa esitellään vielä kootusti erilaisia säännöksen tulkintaa ja sen ratiota koskevia kannanottoja.

Esitöissä lainsäädäntöratkaisua on oikeuspoliittisesti perusteltu tehokkaan – erityisesti aktiivisen ja huolellisen – vaihdannan edistämiseen liittyvillä näkökohdilla. Niissä todetaan, että velkojan edellytetään luottoa antaessaan huolehtivan kaikista vakuusoikeuden pysyvyyteen vaikuttavista seikoista.⁷⁴ Luotonantajana edellytetään siten toimivan niin, että hän antaa luoton vasta, kun julkivarmistus on tapahtunut eli kun hän on ensipantinsaajana saanut panttikirjan haltuunsa tai kun hänen panttioikeudestaan jälkipantinsaajana on denuntioitu ensipantinsaajalle. Mikäli hän toimii huolimattomasti ja on passiivinen oikeutensa julkistamisessa, häntä ei katsota olevan syytä suojata.

Uudella sääntelyllä on myös ilmeisesti haluttu tehdä selkeä ero aiempaan oikeustilaan, jolloin primus, joka oli saanut sitoumuksen kiinteistöön kohdistuvasta panttioikeudesta, sai suojaa sitoumuksesta tietoista myöhempää panttioikeuden saajaa vastaan, mikäli kiinteistön omistaja oli luvannut molemmille pantiksi saman kiinteistöön kiinnitetyn tai kiinnityskelpoisen velkakirjan. Tämä perustui siihen, että kiinteistöpanttioikeuden perustamisen välineenä käytettiin arvopaperia, velkakirjaa. Käsillä oli siten velkakirjoja koskeva kolli-sio, johon sovellettiin VKL 14 §:ää. Sen mukaan sekunduksen suoja edellyttää tämän vilpittömyyden mieltä velkakirjan luovuttajan kompetenssin suhteen.⁷⁵ Kun

⁷² HE 1994:120 s. 111. Esisopimuksen oikeusvaikutukset on MK 2:7:ssä säännelty samalla tavalla kuin panttaussitoumuksen: jos kiinteistö on vastoin esisopimusta luovutettu jollekin muulle, esisopimuksessa tarkoitetulla ostajalla on oikeus saada korvaus vahingostaan myyjältä (MK 7:2.3). Esitöiden mukaan myös tätä säännöstä on tulkittava niin, että esisopimus sitoo vain sopijapuolia. Kolmas ei ole velvollinen luopumaan kiinteistöistä, vaikka hän olisi tiennyt aikaisemmasta esisopimuksesta, ks. HE 1994:120 s. 44.

Pyrkimystä säätää oikeusseuraamuksista tyhjentävästi laissa ilmentää myös esimerkiksi MK 2:17. Siinä kiinteistön laatuvirheen seuraamuksiksi on säädetty hinnanalennus, kaupan purku ja vahingonkorvaus. Esitöissä (HE 1994:120 s. 51) todetaan, että myyjällä ei ole oikeutta korjata virhettä. Virheen seuraamukset ovat vain laissa säädetty. Vrt. Niemi 1997 s. 197, jonka mukaan korjaus olisi tietyin edellytyksin mahdollinen.

⁷³ Vaikka esisopimuksen oikeusvaikutukset on MK:ssa säännelty samalla tavalla kuin panttaussitoumuksen, sen osalta kritiikki ja keskustelu on ollut huomattavasti vähäisempää (ks. kuitenkin Muukkonen DL 1998). Tämä johtunee pitkälti siitä, että MK ei muuttanut suhtautumista esisopimuksen sivullissitovuuteen aiemmin vallinneesta oikeustilasta. Ks. siitä esim. Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander 1993 s. 174–175.

⁷⁴ HE 1994:120 s. 111.

⁷⁵ Ks. esim. Havansi 1992a s. 251 ja HE 1994:120 s. 111. Sekunduksen tietoisuudella primuksen oikeudesta ei ollut kuitenkaan merkitystä kollisiossa, joka syntyi, kun kiinteistön omistaja lupasi primukselle oikeuden tietynsuuruisen kiinnityksen vahvistamiseen ja luovutti sitä varten kiinnityskelpoisen haltijavelkakirjan ja sen jälkeen lupasi sekundukselle vastaavanlaisen oikeuden kiinnityksen vahvistamiseen ja luovutti myös tälle haltijavelkakirjan. Jos sekundus haki kiinnitystä ensin, hän

nyt kiinteistöpanntioikeuden perustamisen välineenä käytetään velkakirjan sijasta panttikirjaa, joka ei ole arvopaperi sanan varsinaisessa merkityksessä, on haluttu myös osoittaa, että kiinteistön kaksoispanntauskollisioon sovellettava oikeussääntö on muuttunut.⁷⁶ Omaksuttua kantaa on lisäksi esitöissä puollettu sillä, että VKL 14 §:n soveltamisella ei ole ollut käytännössä merkitystä kaksoispanntaustilanteiden osalta.⁷⁷

Havansin mukaan esitöiden lausuma oikeusvaikutusten puuttumisesta vilpillisessä mielessä ollutta sekundusta kohtaan on vastoin yleisiä esineoikeudellisia kollisionratkaisuperiaatteita, jotka rakentuvat aikaprioriteetin ja vilpittömän mielen suojan varaan. Hänen mukaansa esityölausuma perustuu lähinnä *e contrario* -päätelmään VKL 14 §:stä, jota kaksoispanntauskollisioon ei enää sovelleta. *Havansin* mukaan ei ole estettä sille, että kaksoispanntauskollisio ratkeaa (edelleenkin) primuksen eduksi, kun sekundus on ollut tietoinen primuksen oikeudesta. Tämä on hänen mukaansa mahdollista, koska MK 17:3.2:n sanamuoto on epäselvä eikä esityölausumilla ole lain voimaa. *Havansin* mukaan esitöissä esitetty kannanotto on yleisten periaatteiden vastainen eikä kannan tueksi ole esitettävissä taloudellisesti rationaalisia tai moraalisia perusteita. Panttaussitoumuksesta tietoista sekundusta vastaan primusta suojaava kollisionratkaisu voidaan hänen mukaansa perustaa viime kädessä siihen yleiseen periaatetasoiseen kollisionratkaisuja koskevaan oppiin, jonka mukaan vilpillisesti toiminut sekundus ei voi syrjäyttää primusta pelkästään hallinnansaannin turvin.⁷⁸ Lisäksi vaikka *Havansin* mukaan VKL:n säännösten analoginen soveltaminen panttikirjaan ei yleisesti olekaan mahdollista, niin kaksoispanntaustilanteissa hänen mukaansa voidaan poikkeuksellisesti hakea tukea VKL 31.2 §:stä.⁷⁹

Myös *Havansin* kanta on saanut osakseen kritiikkiä. *Jokelan*, *Kartion* ja *Ojanen* mukaan ensinnäkin panttaussitoumuksen oikeusvaikutuksista säättävä

sai sen etusijalla, jonka primus edellytti ja oletti saavansa. Sekunduksen tietoisuus aiemmasta vakuusjärjestelystä primuksen ja kiinteistön omistajan välillä ei ollut riittävä sitovuusperuste primuksen oikeudelle. Se sitoi sekundusta vasta, kun tällä oli ollut tarkoitus vahingoittaa primuksen oikeutta, ks. *Havansi* 1992a s. 252.

Kollisio ratkaistaan edelleen näillä perusteilla, jos panttioikeus on perustettu ennen MK:n voimaantuloa. MKVPL 9 §:n mukaan vakuuden sitovuus määräytyy panttauksen tekohetkellä voimassa olevan lainsäädännön mukaan. Ks. myös *Havansi* 1996 s. 390 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 474.

⁷⁶ Arvopaperilla tarkoitetaan oikeudessamme asiakirjaa, jonka hallinta on oikeuden käyttämisen välttämätön edellytys ja joka luo oletettaman oikeudesta määrätä sen käytöstä, ks. lähemmin esim. *Zitting* 1957 s. 17–37, *Zitting – Rautiala* 1982 s. 37–38 ja *Kartio* 1991 s. 69–73. Panttikirja ei ole arvopaperi tässä juridis-teknisessä mielessä. Panttikirjan hankkiminen tai sen hallinta ei sellaisenaan merkitse panttioikeutta kiinteistöön eikä yksin sen perusteella voida velkoa kiinteistönomistajaa, ks. esim. *HE* 1994:120 s. 31–32 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 350–356. Tästä huolimatta panttikirjaa voidaan kuitenkin pitää arvopaperina siinä merkityksessä kuin yleinen kielenkäyttö tämän käsitteen tuntee. Tällöin arvopaperilla tarkoitetaan asiakirjaa, joka on kirjoitettu tiettyä varallisuusarvoa edustavan oikeuden todisteeksi, ks. *Zitting – Rautiala* 1982 s. 38. Panttikirjan hallinnalla on lisäksi panttivelkojalle niin olennainen merkitys (hallinnansaannilla on merkitystä panttioikeuden synnylle, sen hallussapidolla panttioikeuden pysyvyydelle ja panttikirjan esittämisellä esimerkiksi pakkohuutokaupassa panttioikeuden toteuttamiselle), että sitä voidaan pitää arvopaperina reaali-taloudellisessa mielessä, ks. *Havansi* 1996 s. 75–76.

⁷⁷ *HE* 1994:120 s. 111.

⁷⁸ *Havansi* 1996 s. 91–98.

⁷⁹ Ks. *Havansi* 1996 s. 75.

MK 17:3.2 on varsin yksiselitteinen: panttaussitoumus ei sido edes vilpillisessä mielessä ollutta sekundusta. Säännöksen oikeuspoliittinen ratio on heidän mukaansa myös perusteltu: rahoituksessa ei ensinnäkään saa olla liian hyväuskoinen ja toisekseen huolimattomasti toimivaa velkojaa ei ole tarvetta suojata. Velkojan on siten perusteltua kantaa oikeudellinen riski luottamuksesta pelkkiin lupauksiin. Näiden tehokkaan, aktiivisen ja huolellisen vaihdannan edistämistä korostavien näkökohtien perusteella Jokelan, Kartion ja Ojasen mukaan Havansin esittämälle tulkinnalle ei ole riittäviä perusteita.⁸⁰

Kaiston kanta panttaussitoumuksen oikeusvaikutuksiin on välittävä verrattuna edellä esitettyihin. Hän esittää kritiikkiä Havansin kantaa kohtaan ensinnäkin siltä osin, että hänen mukaansa esitöiden perusteluja on normatiivisesta näkökulmasta vaikea sivuuttaa niin kuin Havansi on tehnyt. Toiseksi Havansi on hänen mukaansa saattanut liioitella aikaprioriteettiin perustuvaa kollisionsratkaisua tukevan yleisen periaatteen asemaa. Kolmanneksi hän tuo esiin myös sen, että myöskään primuksen suojaamiselle ei ole perusteita: pantinsaajan ei pitäisi tehdä suoritusta ennen panttikirjan saamista.⁸¹

Kaiston mukaan aikaprioriteettiperiaate voidaan sivuuttaa esityölausumilla. Primuksella on hänen mukaansa kuitenkin oikeus esittää vaatimuksia pantinsaajaa kohtaan hyvän tavan vastaisen oikeustoimen tehottomuutta koskevien periaatteiden nojalla. Näitä tavoitteita lainvalmistelussa ei hänen mukaansa ole tarkoitettu syrjäyttää ja mikäli olisikin tarkoitettu, niin niitä ne eivät kuitenkaan syrjäytä ("Aikaprioriteettiperiaate voidaan sivuuttaa 'perusteluilla säätämislä', sillä primuksen minimiturvasta huolehtivat hyvän tavan vastaisen oikeustoimen pätemättömyyttä koskevat periaatteet. Näistä periaatteista luopumisen kynnys on korkealla.")).⁸² Kaiston mukaan primuksella on oikeus vaatimusten esittämiseen sekundusta kohtaan ainakin silloin, kun panttaussitoumuksen saanut primus on tehnyt suorituksen ja sekunduksen täytyy olettaa tästä tietäneen.⁸³

Nähdäkseni Havansin kantaa tukee se, että MK:ssa on vahvistunut ajatus siitä, että vilpillisessä mielessä ollutta ei suojata. Tämä periaate ei tule esiin ainoastaan silloin, kun kollisionsratkaisu perustuu aikaprioriteettiin, vaan myös silloin, kun kollisionsratkaisun lähtökohtana on sitomattomuus, mutta siitä voidaan poiketa tietoisuuden perusteella. On kuitenkin huomattava, että vaikka tuon periaatteen katsottaisiinkin olevan voimassa oikeudessamme, se ei kuitenkaan merkitse, että vilpillisellä mielellä olisi vaikutuksia kaikissa kollisionsratkaisuihin. Lisäksi on otettava huomioon Kaiston esittämä näkemys siitä, että sekunduksen vilpilliselle mielelle voidaan kollisionsratkaisussa antaa merkitystä myös silloin, kun se perustetaan hyvän tavan vastaisen oikeustoimen pätemättömyyttä koskeville periaatteille.

Esitöiden *e contrario* -tyyppistä argumentaatiota voidaan myös perustellusti Havansin tavoin kritisoida. Ainakaan yksinään se seikka, että panttikirja ei ole

⁸⁰ Jokela – Kartio – Ojanen 1997 s. 410–412.

⁸¹ Kaisto 1997 s. 19.

⁸² Jos MK 17:3.2:a tulkitaan MK:n edellä esitetyn yleisen systematiikan mukaisesti (oikeusseuraukset pyritään säätämään tyhjentävästi laissa), voidaan jo suoraan säännöksestä – eikä vasta esitöistä – nähdä, että panttaussitoumuksella ei sen mukaan ole oikeusvaikutuksia vilpillisessäkään mielessä olevaan sekundukseen.

⁸³ Kaisto 1997 s. 19–20.

arvopaperi, ei voi olla ratkaiseva peruste muuttaa aiempaa oikeustilaa. Analogiaa arvopapereita koskevien kollisioiden ratkaisuun voidaan päin vastoin pitää lähtökohtaisesti perusteltuna.⁸⁴

Esitöiden kantaa sitovuuden puuttumisesta panttaussitoumuksesta tietoistakin sekundusta kohtaan voidaan kritisoida myös siitä näkökulmasta, että esitöiden mukaan VKL 14 §:llä ei ollut käytännössä merkitystä kiinteistöä koskevan kaksoispanttauksen osalta. Tämän vuoksi sitovuuden puuttumisen ei ilmeisesti nähty heikentävän panttaussitoumuksen saaneen asemaa. Toisaalta voidaan myös todeta, että jos kerran kollisiotilanne ei aktualisoidu kovin usein, sitovuus tietoista kohtaan ei voi suuresti haitatakaan vaihdantaa.

Edellä esitetyn perusteella voidaan perustellusti todeta, että panttaussitoumus ei lähtökohtaisesti sido siitä tietoista myöhempää pantinsaajaa. Vaikka Havansin kanta on oikeuspoliittisesti perusteltu *de lege ferenda*, vaikuttaa tässä vaiheessa olevan epäselvää, voidaanko MK:n ja sen esitöiden selkeä kanta syrjäyttää *de lege lata* etenkin kun myös sille on löydettävissä oikeuspoliittisia perusteita. Tämä ei kuitenkaan nähdäkseni tarkoita, että panttaussitoumus ei koskaan voisi sitoa siitä tietoista seuraajaa. Sitovuus voidaan perustaa ainakin hyvän tavan vastaisten oikeustoimien pätemättömyyttä koskeviin periaatteisiin. Näitä periaatteita tarkastellaan tutkimuksessa lähemmin myöhempänä.⁸⁵

Sekunduksen suojan osalta voidaan puolestaan esimerkkinä mainita, että ekstinktio tilanteessa, jossa MK 14:1:n mukaan kirjattava erityinen oikeus MK 3:7:n mukaan lähtökohtaisesti sitoo sekunduksena olevaa luovutuksensaajaa, edellyttää MK 13:3:n mukaan sekä sekunduksen vilpittömyyttä mieltä että lainhuudon hakemista ennen kuin erityisen oikeuden kirjaamista on haettu. Myös tässä tilanteessa voitaisiin todeta, että objektiivisen momentin täyttymisen funktiona on oikeuden kypsymisen osoittaminen.

Jos oikeuden sivullissitovuutta ei ole mahdollista vahvistaa objektiivisella momentilla, oikeuden ei koskaan katsota saavuttavan sivullissitovuudelta vaadittavaa kypsyä eikä siten myöskään oikeuden julkisuudella sekunduksen tietoi-

⁸⁴ Esimerkiksi Ruotsissa panttaussitoumuksen ja myöhemmän panttioikeuden tai kiinteistön luovuksen välisen kollision ratkaisuun, jota JB ei suoraan sääntele, on oikeuskirjallisuudessa puollettu velkakirjoja koskevien säännösten soveltamista. Ks. *Hessler* 1973 s. 397–415, erit. s. 409 ja s. 415 ja *Helander* 1984 s. 344–346. JB:n esitöiden kantaan perustuen panttaussitoumuksen saajan on kuitenkin katsottu voivan saada suojaa sitoumuksesta tietoista seuraajaa vastaan vain silloin, kun panttikirja on ollut olemassa. Sinänsä esitöiden kantaa ja sen perusteluja, jotka lähtevät siitä, että ennen panttikirjan olemassaoloa pantinsaajan oikeus ei ole riittävästi yksilöity, on kritisoitu. Vrt. *Jensen* 1995 s. 73–74, joka myös suhtautuu perusteisiin kriittisesti, mutta pitää kuitenkin lopputulosta perusteltuna.

Meillä *Havansi* ei ole nimenomaisesti ilmaissut, koskeeko hänen kantansa myös tilannetta, jolloin panttikirjaa ei vielä ollut olemassa panttaussitoumuksen hetkellä tai ennen myöhempää panttaussitoumusta. Lienee perusteltua lähteä siitä, että kannanotot koskevat ennen kaikkea tilannetta, jolloin panttikirja on jo olemassa. Sen sijaan Havansi on tehnyt nimenomaisen eron eri sekundustahojen eli myöhemmän panttaussitoumuksen saajan ja kiinteistön luovutuksensaajan välillä. Hänen mukaansa (1996 s. 99) panttaussitoumus ei sido siitä tietoista kiinteistön luovutuksensaajaa. Havansin erilaista suhtautumista yhtäältä sekunduksena olevaan panttivelkojaan ja toisaalta kiinteistön luovutuksensaajaan ovat puolestaan kritisoineet *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 412 sekä *Kaisto* 1997 s. 19.

⁸⁵ Ks. jakso III.

suuden perusteella nähdä olevan merkitystä. Tällaiseen argumentointiin nähdessä puolestaan on ristiriidassa esimerkiksi MK 3:8, jonka mukaan myös kiinteistöön kohdistuva erityinen oikeus, jota ei ole mahdollista kirjata, sitoo siitä tietoista luovutuksensaajaa. Tällöin sitovuuden osalta keskeisenä ja riittävänä pidetään tosiasiallisen julkisuuden toteutumista.⁸⁶

Ratkaisuja, joita on edellä perusteltu objektiivisen momentin kypsyysfunktion täyttämiseksi, voidaan perustella sen sijasta myös yleisillä vaihdannan varmuuteen liittyvillä näkökohdilla. Kypsyysfunktion täyttymisestä puhuminen ja omaksuttujen ratkaisujen selittäminen sillä vaikuttaakin turhalta konstruoinnilla. Tällaista perustelutapaa ei nähdäkseni olekaan perusteltua yleisemmin käyttää. Kypsyysvaatimus oikeuden sivullissitovuuden edellytyksenä tuo toisaalta kuitenkin esiin oikeudenhaltijan toimenpiteiden merkityksen oikeusasemansa kehittämisessä. Se merkitsee, että *oikeudenhaltijan käyttäytymiselle voidaan antaa merkitystä oikeuden sitovuuden edellytyksenä*. Tietoisuuden sitovuusvaikutuksen osalta merkitystä voidaan antaa siten paitsi sekunduksen myös primuksen käyttäytymiselle. Tämä näkökohta sinänsä on lähemmän tarkastelun arvoinen.

6.3.6. Primuksen käyttäytymisen merkitys

Keskustelussa sekunduksen tietoisuudesta primuksen oikeuden sitovuusperusteena on keskeisesti noussut esiin kysymys siitä, millainen merkitys sekunduksen käyttäytymiselle on annettava ja miten siihen tulee suhtautua. Tietoisuutta sitovuusperusteena on puollettu moraalisisistä syistä sen vuoksi, että *sekundus*, joka tietää primuksen oikeudesta ja tästä huolimatta toimii sitä loukaten, *osoittaa olevansa* vähintäänkin *välinpitämätön* primuksen oikeutta kohtaan. Tällaista sekunduksen käyttäytymistä voidaan pitää paheksuttavana eikä siten toimivan nähdä ansaitsevan oikeusjärjestyksen suojaa.

Tietoisuutta sitovuusperusteena on puollettu myös vaihdannan intressiin pohjautuvilla argumenteilla siksi, että *sekundus*, joka tietää primuksen oikeudesta, voi ennakoita sen vaikutukset eli *ottaa primuksen oikeuden huomioon* käyttäytymisessään suunnitellessaan ja tehdessään erilaisia transaktioita. Tällöin sekundus ei tarvitse suojaa kyseistä oikeutta kohtaan. Toisaalta tietoisuuden sitovuusvaikutuksen puuttumista on perusteltu esimerkiksi sillä, että sekundukselta ei ole katsottu aiheelliseksi vaatia, että hän selvittäisi tarkemmin kaikkien tietämiensä oikeuksien sisällön. Näitä erilaisia perusteluja on edellä selvitetty laajemmin.

Sekunduksen käyttäytymiselle ja sen arvostelulle on siis annettu merkitystä harkittaessa tietoisuuden asemaa sitovuusperusteena. Toisaalta on huomattava, että myös *primuksen käyttäytymiselle voidaan antaa merkitystä* tässä arvioinnis-

⁸⁶ MK 3:8:ssä omaksuttu suhtautuminen vastaa Ruotsin JB:n linjaa. Siihen kypsyysosoittamisen merkitystä korostanut *Hessler* (1973 s. 285) on suhtautunut kriittisesti.

sa. Ennakoitavuuden tärkeyttä on edellä korostettu argumentissa, jonka mukaan oikeudesta tietoinen sekundus ei tarvitse suojaa. Tähän voidaan vasta-argumenttina samasta ennakoitavuusnäkökulmasta todeta, että samoin *primus oikeudenhaltijana voi* tietyissä tilanteissa *ennakoida, että hänen oikeutensa tulee häviämään kollisiossa* myöhempää luovutuksensaajaa tai erityisen oikeuden haltijaa kohtaan. Näin on, jos *primus* tietää, että hänen oikeutensa osalta sovelletaan sitomattomuusperiaatetta, jolloin oikeus ei sido kollisiotilanteissa.

Mikäli *primus* käyttää intressiensä turvaamiseen sellaista oikeustyyppiä, jolle oikeusjärjestyksessä ei myönnetä suojaa, hän ottaa *tietoisensa riskin* siitä, että hänen oikeutensa joutuu väistymään.⁸⁷ Tietyn oikeustyyppin käyttämisen pitämistä tietoisensa riskin ottamisena edellyttää kuitenkin, että on selvää, että kysymyksessä oleva oikeus ei sido sivullisia.⁸⁸ Tällainen tilanne on esimerkiksi kiinteistönkaupan esisopimuksen tuottaman oikeuden osalta (MK 2:7).⁸⁹ Tietyn oikeustyyppin käyttämisen pitämistä tietoisensa riskin ottamisena on perusteltua ennen kaikkea silloin, kun primuksella on käsillä olevassa tilanteessa ollut vaihtoehtoisia tapoja toimia eli myös mahdollisuus valita sellainen oikeustyyppi, jonka käyttämisellä hänen oikeusasemansa muodostuisi vähemmän riskialttiiksi. Tällaisia vaihtoehtoja primuksella saattaa olla esimerkiksi erilaisten vakuusjärjestelyjen valinnan osalta. Myös esimerkiksi kiinteistönkaupan esisopimuksen sijasta *primus* voisi vaihtoehtoisesti sopia kiinteistön ehdollisesta kaupasta.

Edellä primuksen käyttäytymisellä todettiin voivan olla merkitystä siinä mielessä, että (1) hän on itse ottanut riskin käyttämällä oikeustyyppiä, johon saattaa liittyä puutteellinen sivullisuusuoja. Primuksen käyttäytymiselle voidaan antaa merkitystä myös siinä mielessä, että (2) hänen *edellytetään aktiivisesti turvaavan oikeutensa pysyvyyttä*. Tällöin hän on myös itse saattanut ottaa riskin jättämällä intressinsä turvaamatta oikeusjärjestyksen tätä tarkoitusta varten osoittamalla keinolla. Tietoisuuden sitovuusvaikutusta niissä tilanteissa, joissa oikeuden sitovuutta on mahdollista vahvistaa esimerkiksi kirjaamalla, voidaan kritisoida sillä perusteella, että tämä sitovuusvaikutus voi vähentää oikeudenhaltijan aktiivisuutta turvata oikeusasemaansa hakemalla kirjaamista. Tällöin kirjaamismerkintöjen luo-

⁸⁷ Ks. myös *Kartio* JJ 1997 s. 156: ”Oikeudenhaltijan on – osattava tietyissä puitteissa etukäteen varautua oikeusasemansa heikkenemiseen ulkopuolisten tekemien ratkaisujen (päätösten tai sopimusten) vuoksi. Tällainen oikeudellinen sääntely on kunniallisen ja rehellisen vaihdannan rajoissa tarpeellista ja hyväksyttävää.”

Epäämällä oikeustyyppiltä sivullisiin kohdistuvat oikeusvaikutukset kyseisen oikeustyyppin käyttämistä voidaan yhtäältä pyrkiä vähentämään ja toisaalta rajoittaa sen vaikutukset sopimussuhteeseen silloin, kun sitä tästä huolimatta käytetään.

⁸⁸ Ks. myös *Havansi* 1981 s. 61 ja s. 231, jossa käydään rajanvetoa siitä, millaisia riskejä osakepantivelkojan on otettava huomioon pantin arvon heikentymisen osalta ja millaisista tilanteista tämän puolestaan ei kuulu kantaa riskiä. Edellä mainittuun ryhmään kuuluvia tapauksia *Havansi* luonnehtii lakijohteisiksi tyyppiriskeiksi.

⁸⁹ Tuoreessa oikeuskäytännössä ratkaisussa KKO 1999:111 (ään.) tietoisuutta ei pidetty sitovuusperusteena myöskään asunto-osakkeita koskevan esisopimuksen osalta. Asiasta ei ole nimenomaista säännöstä. Tähän kollisio-opin kannalta merkitykselliseen ratkaisuun palataan vielä jäljempänä eri yhteyksissä.

tettavuus kärsisi.⁹⁰ Kritiikki voidaan kuitenkin torjua sillä, että tietoista sekundusta vastaan saatu suoja on niin puutteellinen, että mitään todellista syytä laiminlyö-dä kirjaus ei tietoisuudelle annettavan sitovuusvaikutuksen vuoksi ole.⁹¹

Toisaalta primuksen suorittamalle oikeutensa pysyvyyden aktiiviselle turvaamiselle sivullissitovuuden ehdottomana edellytyksenä on oikeudessamme annettu merkitystä. Näitä tilanteita on kuvattu jo edellä käsiteltäessä oikeuden kypsyiden osoittamista objektiivisen momentin täyttymisen funktiona. *Pyrkimys aktiivisuuden ja huolellisuuden edistämiseen vaihdannassa* onkin yleinen kollisionratkaisusääntöjen muodostumiseen vaikuttava tekijä. Aktiivisen vaihdannan edistäminen voi kuitenkin tapahtua paitsi niin, että (1) *oikeudenhaltijan edellytetään tekävän oikeutensa turvaamiseksi kaikki, mikä oikeusjärjestyksen mukaan on mahdollista*, ennen kuin hän voi saada oikeudelleen suojaa, myös niin, että (2) *oikeudenhaltijan suoja paranee sen mukaan, mitä aktiivisempi hän on*.

Myös jälkimmäinen ajatus aktiivisen vaihdannan edistämisestä ilmenee oikeudessamme. Se ilmenee esimerkiksi suhtautumisessa MK 14:1:n mukaan kirjaimiskelpoisten erityisten oikeuksien sitovuuteen myöhempää luovutuksensaajaa kohtaan silloin, kun oikeutta ei ole kirjattu. MK 3:7:n mukaan sekunduksen edellytetään tällöinkin olevan vilpittömässä mielessä kyseisen oikeuden osalta, jotta se ei sitoisi häntä. Tällöin on kysymys tilanteesta, jossa oikeudenhaltija ei ole käyttänyt kaikkia oikeusjärjestyksen mahdollistamia keinoja oikeussuojansa vahvistamiseksi. Siitä huolimatta hän saa suojaa sekundusta kohtaan, joka on ollut oikeudesta tietoinen.

On myös tapauksia, joissa kollisio-osapuolten aktiivisuuteen tukeutuva sitovuusarviointi voi perustua vain sekunduksen käyttäytymiselle annettuun merkitykseen. Esimerkkinä kiinteistöoikeudestamme voidaan mainita, että luovutuksensaajan tietoisuus on sitovuusperuste myös sellaisten erityisten oikeuksien osalta, joita ei edes ole mahdollista kirjata.

Merkityksen antamisesta primuksen tietoiselle riskin ottamiselle voidaan siis puhua silloin, kun hänelle perustettu oikeus on tyyppiä, jolta puuttuu sivullissitovuus. Esimerkiksi vakuusoikeuden osalta primuksella ei ole tällöin keinoja suorittaa sivullissitovuudelta vaadittavaa julkivarmistusta. Primukselta vaadittavan aktiivisuuden laiminlyönnistä ja sen merkityksestä voidaan puolestaan puhua silloin, kun tällaisen oikeuden sivullissitovuutta on mahdollista vahvistaa julkivarmistuksella eikä primus ole siihen ryhtynyt.

⁹⁰ Ks. esim. *Caselius* 1934 s. 183.

⁹¹ Ks. *Tuomisto* 1993 s. 133. Itse asiassa tämän suojan heikkoutta on toisaalta käytetty sen kokonaan epäämisenkin perusteena, ks. esim. irtainta koskevien kompetenssinrajoitusten osalta *Håstad* 1996 s. 441. Kysymystä on sivuttu myös jo edellä jaksossa II 6.3.5.1.

6.4. TIETOISUUDEN SITOVUUSVAIKUTUKSEN RAJAT; YHTEENVETOA JA ARVIOINTIA

Tietoisuudelle sitovuusperusteena annetulla merkityksellä on nähty olleen yhteys esine- ja velvoiteoikeuden väliseen jakoon. Esineoikeuksiksi luokiteltujen oikeuksien osalta tietoisuudelle on haluttu antaa merkitystä, kun taas velvoiteoikeuksiksi luokiteltujen oikeuksien osalta tietoisuuden sitovuusvaikutukseen on suhtauduttu pidättyvästi. Mikäli halutaan irrottautua tästä terminologiasta ja tämän jaon taustalla olevasta systematiikasta, voidaan vastaavasti todeta, että merkitystä on annettu kulloinkin kyseessä olevan *oikeustyyppin arvolle*. Vaihdannan ja luotonannon kannalta tärkeiksi katsottujen oikeuksien osalta tietoisuuden on katsottu voivan olla sitovuusperuste, vähemmän tärkeiden tai oikeammin jopa haitallisina pidettyjen oikeuksien osalta tietoisuudella ei ole yleensä nähty olevan merkitystä oikeuden sitovuuteen vaikuttavana tekijänä.

Tällä jaottelulla on merkitystä ainoastaan, kun tietoisuuden sitovuusvaikutusta perustellaan ensisijaisesti vaihdannan näkökohtiin perustuvilla argumenteilla. Mikäli tietoisuuden sitovuusvaikutus perustetaan siihen, että oikeudesta tietoinen ei ansaitse suojaa eli ensi sijassa moraaliperustaiseen argumenttiin, intressipunninnalla ei ole merkitystä, sillä tällöin tietoisuus hyväksytään kiistatta sitovuusperusteeksi millaisen oikeuden osalta tahansa. Sitovuuden perusteena ei ole tällöin primuksen sellaisenaan suojanarvoinen oikeus vaan *sekunduksen paheksuttava käyttäytyminen*.⁹²

Toisaalta myös vaihdannan intressin näkökohdista tietoisuus voidaan hyväksyä aina lähtökohtaiseksi sitovuusperusteeksi, jos lähdetään siitä ajatuksesta, että erilaiset oikeudet ovat keskenään samanarvoisia ja vaihdannan ja luotonannon kannalta tarkoituksenmukaisia. Tietoisuuden hyväksymistä sitovuusperusteeksi voidaan silti tällöinkin kritisoida siitä, että se haittaa vaihdannan ja luotonannon sujuvuutta heikentämällä sitä oikeudellista varmuutta ja selkeyttä, mikä liittyy sivullissitovuuden perustamiseen ainoastaan sivullisten ulkoisesti havaitsemiin tunnusmerkkeihin.

Suhtautuminen tietoisuuteen sitovuusperusteena voi vaihdella myös sen mukaan, annetaanko arvioinnissa enemmän merkitystä primuksen vai sekunduksen käyttäytymiselle. Mikäli otetaan huomioon primuksen oikeutensa ja sen turvaamisen suhteen tekemät valinnat, saattaa olla mahdollista, että oikeus ei sido edes siitä tietoista sekundusta.⁹³ Mikäli taas otetaan huomioon sekunduksen käyttäytymi-

⁹² Ks. myös *Vinding Kruse* TfR 1941 s. 456 ja s. 472, jonka mukaan toisten oikeuksien kunnioittaminen on tärkeämpi yhteiskunnallinen arvo kuin taloudellisen kasvun mahdollisimman suuri edistäminen.

⁹³ Jo primuksen pyrkimykselle oman asemansa turvaamiseen on annettu merkitystä. Ks. esim. *Havansi* 1979a s. 123–129, jonka mukaan primuksen aktiivisuudella hallinnan siirron ja julkisuuden aikaansaamiseksi on merkitystä, vaikka hallinnan siirtoa ei olisikaan tapahtunut, jos tämä johtuu oikeuden haltijaan ja hänen oikeuteensa kohdistetusta oikeudenvastaisesta menettelystä. Ks. myös s. 100. Samoin tilanteessa, jossa oman aseman turvaaminen tapahtuu kirjaamalla oikeus, merkitystä voidaan antaa jo sille, että kirjaamista on haettu (ks. MK 13:3, vrt. ATL 26 §, ks. kuit. ATL 17–18 §).

nen, on todennäköistä, että primuksen oikeus sitoo siitä tietoista sekundusta. Kysymys on viime kädessä siitä, *miten riski jaetaan kollision osapuolten välillä*.

Suhtautuminen tietoisuuteen sitovuusperusteena vaihtelee sen mukaan, kumpaa vaihdannan edistämisen aspekteista, *rehellisen vai tehokkaan vaihdannan edistämistä*, halutaan niitä yhteen sovitettaessa painottaa enemmän. Rehellisen vaihdannan edistäminen tarkoittaa, että vaihdannassa suojataan vain rehellisesti toimivaa. Se pitää myös sisällään ajatuksen toisten oikeuksien kunnioittamisesta. Tällöin tietoisuudella on merkitystä sitovuusperusteena sikäli, että sekunduksen suhtautuminen mihin tahansa aiemmin perustettuun oikeuteen saa keskeisen merkityksen oikeuden sitovuuteen vaikuttavana tekijänä ja sekunduksen tietoisuutta kolmannen oikeudesta voidaan tällöin pitää indisiona siitä, että sekundus ei toimi kolmannen oikeutta loukatessaan rehellisen vaihdannan edellytysten mukaisesti. Tehokkaan vaihdannan edistäminen puolestaan tarkoittaa, että ainoastaan vaihdannan kannalta tarkoituksenmukaisia oikeuksia on ylipäättään suojattava sivullisuhteissa. Se korostaa myös oikeuden haltijan velvollisuutta ryhtyä aktiivisesti oikeutensa suojaa vahvistaviin toimiin.

Mikäli painotetaan tehokkaan vaihdannan edistämistä, tietoisuuden merkitys sitovuusperusteena on rajallisempi kuin painotettaessa rehellisen vaihdannan edistämistä. Painotettaessa tehokasta vaihdantaa tietoisuudella on merkitystä sitovuusperusteena vain tarkoituksenmukaisina pidettyjen oikeuksien osalta ja vain silloin, kun primus on pyrkinyt turvaamaan oikeutensa.⁹⁴ Painotettaessa rehellistä vaihdantaa sekunduksen toiminta saa keskeisen merkityksen oikeuden sitovuuden tai sitomattomuuden osalta. Painotettaessa tehokasta vaihdantaa otetaan sen sijaan huomioon ennen kaikkea primuksen toiminta oikeuden sitovuuteen vaikuttavana tekijänä.⁹⁵

Tässä tutkimuksessa on omaksuttu tehokkaan vaihdannan edistämiseen liittyvä käsitys, että vain tarkoituksenmukaiset oikeudet voivat sitoa sivullisia. Näkökohta rajoittaa siten sekunduksen tietoisuuden sitovuusvaikutuksen ulottuvuuden vain sellaisiin primuksen oikeuksiin, joita pidetään tarkoituksenmukaisina. Tutkimuksessa on toisaalta omaksuttu myös näkökanta, jonka mukaan kaikki oikeudet voidaan presumoida tarkoituksenmukaisiksi. Tällöin primuksen oikeustyyppi ei lähtökohtaisesti rajoita sekunduksen tietoisuudelle annettavaa merkitystä. Pelkällä sekunduksen tietoisuudella ei kuitenkaan voi olla sitovuusvaikutusta, jos ni-

⁹⁴ Kuten johdantoluvussa todettiin, tehokas vaihdanta ei tässä tarkoitettussa merkityksessään ole synonyymi taloudelliselle tehokkuudelle oikeustaloustieteessä ymmärretyssä merkityksessä. Tämän vuoksi varallisuus-oikeuden keskeisenä tavoitteena ei tässä nähdä transaktiokustannusten minimointia. Tehokkaan vaihdannan edistämiseen tässä liitetty edellytys siitä, että primus pyrkii turvaamaan oikeutensa merkitsee aina transaktiokustannusten syntymistä. Voidaan kuitenkin ajatella, että aktiivisuuden edellyttäminen primukselta yleisesti vähentää kaikkien vaihdantaan osallistuvien kokonaiskustannuksia, kun muiden vaihdantaan osallistuvien selonottokustannukset vähenevät oikeuden julkistamisen johdosta.

⁹⁵ Ks. myös Tammi-Salminen JJ 1998 s. 308.

menomainen selkeä säännös estää sen tai jos voidaan osoittaa, että primuksen oikeus ei ole tarkoituksenmukainen. Niidenkin primuksen oikeuksien osalta, jotka eivät näillä perusteilla sido niistä tietoista sekundusta, sitovuus voi kuitenkin syntyä hyvän tavan vastaisten oikeustointen pätemättömyyttä koskevien periaatteiden perusteella.⁹⁶

⁹⁶ Ks. jäljempänä jakso III.

7. Yksityiskohtainen tarkastelu

7.1. YHTEYDESTÄ EDELLÄ ESITETTYYN

Jo edellä erilaisia *kollisionratkaisuperiaatteita* ja niiden määräytymisen taustalla olevia arvoja ja tavoitteita on tarkasteltu erityisesti luotonsaajan kompetenssia rajoittavien ehtojen sivullissitovuutta silmällä pitäen. Periaatteita, arvoja ja tavoitteita on tällöin tarkasteltu yleisellä, varallisuus oikeuden yleisten oppien tasolla. Tässä jaksossa luotonannon yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten sivullissitovuutta tarkastellaan sääntö- ja säädöstasosta lähtien. Jaksossa pyritään toisin sanoen selvittämään, mitkä *kollisionratkaisusäännöt* koskevat niitä takautuvan sivullissuhteen kollisiotilanteita, joissa primus vetoaa suojakseen sekunduksena olevaa pantinsaajaa tai luovutuksensaajaa kohtaan sopimuskumppaninsa sitoumukseen olla panttaamatta tai luovuttamatta omaisuuttaan.

Yleisten oppien eli periaatetason tarkastelu ja sen yhteydessä esiin tuodut oikeuspoliittiset argumentit ovat edellytyksenä myös sääntötason selvittämiseksi. Kuten jo edellä on esitetty, voimassa olevan oikeuden selvittäminen tarkasteltavana olevien kysymysten osalta edellyttää, että sääntöjä tulkitaan koko varallisuus-oikeudellisen systeemin kautta. Kollisionratkaisuperiaatteita koskevat yleiset opit ja niiden taustalla olevat arvo- ja tavoitenäkökohdat muodostavatkin eräänlaisen ulomman verkon, josta ratkaisu on viime kädessä löydettävissä.

7.2. KOHDE ON KIINTEÄÄ OMAISUUTTA

7.2.1. Lähtökohdat

Kiinteää omaisuutta koskeva kompetenssinrajoitus saattaa olla muotoiltu luottosopimuksen yhteydessä esimerkiksi seuraavasti:

”X Oy sitoutuu tästä päivästä lukien siihen, ettei se tule ilman Pankki Y Oy:n kirjallista suostumusta luovuttamaan pantiksi omistamaansa kiinteistöön tontti nro x Y:n kaupungin z. kaupunginosan korttelissa qqqq vahvistettuja kiinnityksiä, jotka tämän sitoumuksen allekirjoitushetkellä eivät ole pantattuina. X Oy sitoutuu myös siihen, ettei se tule ilman Pankki Y Oy:n kirjallista suostumusta luovuttamaan edellä mainitun kiinteistön omistusoikeutta.”¹

Kun tällaisten kompetenssinrajoitusten sivullissitovuutta tarkastellaan säädöstasolähtöisesti, on lähdettävä liikkeelle kiinteistöjen vaihdantaa ja käyttöä vakuute-

¹ Esimerkki on erään suomalaisen pankin vakuusoppaan asiakirjamalleista.

na koskevan yleislain MK:n sisällön selvittämisestä. Ratkaisusäännön löytäminen sen perusteella ei ole yksiselitteistä. MK:ssa ei ole nimenomaisesti tällaisia kompetenssinrajoituksia koskevia säännöksiä. Tämän vuoksi yksittäisten säännösten taustalla olevilla periaatteilla ja systematiikalla on tärkeä merkitys.

7.2.2. Sitovuus inter partes

MK 2:11:ssä on puututtu osapuolten väliseen sopimusvapauteen rajoittamalla kiinteistönluovutuksen yhteydessä sallittuja ehtoja.² Aiemmin esimerkiksi kiinteistöön kohdistuvat vallinnanrajoitukset olivat kiinteistökaupassa sallittuja ehtoja ja ne sitoivat sopimusosapuolia.³ Nyt vallinnanrajoitukset ovat MK 2:11:n mukaan vain poikkeuksellisesti sallittuja ja sopimusosapuolia sitovia. Kyseisen pykälän 1 momentin 2 kohdan mukaan kiinteistön kaupassa ei nimittäin ole sitova ehto, joka rajoittaa ostajan oikeutta luovuttaa kiinteistö edelleen, pantata kiinteistö, sopia vuokraoikeuden tai muun erityisen oikeuden perustamisesta kiinteistöön taikka muutoin näihin verrattavalla tavalla oikeudellisesti määrätä kiinteistöstä.

MK 2:11 sisältää paitsi ostajan määräämisvaltaa rajoittavien ehtojen kiellon myös lunastus- ja etuostoehtojen kiellon, kaupanvastuuta rajoittavien ehtojen kiellon sekä sopimattomien ja lainvastaisten ehtojen kiellon.⁴ Kieltojen yleisenä oikeuspoliittisena perusteena on ollut pyrkimys turvata mahdollisuus kiinteistön tehokkaaseen käyttöön ja varmistaa kiinteistön omistussuhteiden selkeys ja vakaus.⁵ Erityisesti MK 2:11.1:n 2 kohdan ostajan kompetenssia rajoittavien ehtojen kiellon taustalla on ajatus siitä, että omistajalla edellytetään olevan hänelle normaalisti kuuluvat oikeudet, ja siitä, että ulkopuoliset voivat toimia tähän perusteltuun edellytykseen tukeutuen.⁶ Kompetenssinrajoituksia on toisin sanoen pidetty vaihdantaan ja luotonantoon haitallisesti vaikuttavina ehtoina.

MK 2:11.2:n mukaan MK 2:11.1:n 2 kohdan estämättä saadaan kuitenkin sopia ehdosta, jonka mukaan ostaja ei saa myyjän suostumuksesta luovuttaa kiinteistöä rakentamattomana edelleen tai määrättyä kauppahintaa korkeammasta hinnasta. Ehto voidaan sopia olemaan voimassa korkeintaan viisi vuotta. Tämän poikkeussäännön poikkeuksen perusteena on ollut tarve turvata julkisyhteisöjen, kuten kuntien, maa- ja asuntopolitiikan intressejä, niin että kyseisellä ehdolla voidaan estää ostajan mahdollisuus keinotteluun, joka olisi mahdollista, kun tonttimaata

² MK 2:11 koskee sellaisenaan vain kiinteistön kauppaa, mutta MK 4:1:n mukaan se koskee soveltuvin osin myös kiinteistön vaihtoa, MK 4:2:n mukaan kiinteistön lahjaa ja MK 4:3:n mukaan muuta kiinteistön luovutusta.

³ Ks. esim. *Kartio* 1991 s. 202–204.

⁴ Ks. niistä lähemmin *HE 1994:120* s. 46–48, *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 67–77, *Niemi* 1997 s. 126–137 ja *Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander* 1998 s. 134–140.

⁵ Ks. esim. *HE 1994:120* s. 21 ja s. 46.

⁶ Ks. *HE 1994:120* s. 46, *Kartio* 1991 s. 204, *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 71 ja *Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander* 1998 s. 134–135 ja s. 137.

luovutetaan käypää hintaa edullisemmin. Kompetenssinrajoituksen salliminen voidaan tässä yhteydessä nähdä yhtäältä tarkoituksellisen vaihdannan haittaamiseksi muiden intressien edistämiseksi. Toisaalta sen voidaan kuitenkin nähdä pikemminkin edistävän vaihdannan intressien toteutumista kuin haittaavan sitä, kun keinottelumahdollisuuden ehkäiseminen edistää reilun vaihdannan intressien toteutumista.⁷ Vaikka rajoitusmahdollisuus on otettu lakiin julkisyhteisöjen tekemiä sopimuksia silmällä pitäen, sitä ei ole laissa rajattu vain tällaisten henkilöiden tekemiin kauppoihin. Jotta ehto olisi sitova, se on otettava kauppakirjaan. Tällöin ehto voidaan myös kirjata MK 12:5:n mukaan vallintarajoituksena kiinnitys- ja lainhuutorekisteriin, jolloin sivulliset voivat saada siitä tiedon.

MK 2:11:n kiellot merkitsevät periaatteellisesti suurta muutosta. Käytännössä muutos on suurempi kiinteistön vastikkeettomien luovutusten kuin kiinteistönkauppojen osalta.⁸ MK 2:11:n sisältämiin sopimusvapauden rajoituksiin on kirjallisuudessa suhtauduttu kriittisesti. Näin laajojen rajoitusten tarpeellisuutta on pidetty kyseenalaisena.⁹ Niille on esitetty vaihtoehtona aiempaa sääntelyä, jonka

⁷ MK 2:11.2:n taustoista ks. *HE 1994:120* s. 47, *Jokela – Kartio – Ojanen 1997* s. 72 ja *Niemi 1997* s. 132. Myös irtaimen omaisuuden osalta vastaavanlaisilla perusteilla (pyrkimys estää taloudellisen hyötymisen mahdollisuus tilanteessa, jossa julkisyhteisö on sosiaalisväritteillä perusteilla tukenut omaisuuden hankintaa) lakiin perustuvia käyttö- ja luovutusrajoituksia sisältävät L aravavuokra-asuntojen ja aravavuokralojen käytöstä, luovutuksesta ja omaksilunastamisesta (17.12.1993/1190) sekä L asumisoikeusasunnoista (16.7.1990/650).

Reilun vaihdannan intressien toteutumista edistävät myös esim. AsKL 2:10 ja 2:11:n säännökset, jotka rajoittavat mahdollisuuksia pätevästi pantata asunto-osake rakennusvaiheessa. Näiden omistajan kompetenssia rajoittavien säännösten tarkoituksena on ehkäistä grynderin väärinkäytöksiä.

⁸ Ks. *Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander 1998* s. 137–138 ja *Jokela – Kartio – Ojanen 1997* s. 71.

⁹ Kritiikin kärki ei kuitenkaan ole kohdistunut luovutus- ja panttauskompetenssinrajoituksiin vaan lunastus- ja takaisinostoehdojen kieltoon, joka rajoittaa kiinteistöleasingisopimusten tekemistä, sekä myyjän kaupanvastuuta rajoittavien ehtojen kieltoon, ks. *Tepora LM 1995* s. 1223, *Niemi 1997* s. 129–131 ja s. 133–135 ja *Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander 1998* s. 136–137. Ks. kuitenkin *Niemi 1997* s. 131–133.

Lunastus- ja takaisinostoehdojen kiellon vuoksi ovat pätemättömiä kiinteistöleasing-järjestelyt, joissa rahoitusyhtiölle luovutetaan kiinteistö ja myyjällä sovitaa olevan oikeus ostaa se takaisin. Kielto ei kuitenkaan rajoita kiinteistöleasing-järjestelyjen tekemistä niin, että rahoitusyhtiölle luovutetaan kiinteistöllä oleva rakennus ja maapohja vuokrataan sille, tai niin, että kiinteistön omistus yhtiötetään ja rahoitusyhtiölle luovutetaan perustetun kiinteistöyhtiön osakkeet. Näiden eri järjestelyjen oikeusvaikutuksista ks. lähemmin *Tammi-Salminen LM 2000a*.

Voidaan kyllä perustellusti kysyä, mitä tosiasiallista eroa kiinteistöjen omistussuhteisiin on kiellettyjen takaisinosto- ja lunastusehtojen ja MK:n sallimien lykkäävien ja purkavien ehtojen välillä. Lykkäävät ja purkavat ehdot rajoittavat omistajan (ostajan) määräysvaltaa samalla tavalla kuin takaisinosto- ja lunastusehdot. Myös lunastus- ja etuosto-oikeudet olisi mahdollista julkistaa kirjaimella, jolloin sivullisilla olisi mahdollisuus saada niistä tieto samoin kuin purkavista ja lykkäävistä ehdoista. Eri asia on, että vaikka lunastus- ja etuosto-oikeudet sallittaisiin samassa laajuudessa kuin purkavat ja lykkäävät ehdot, ne eivät välttämättä helpottaisi kiinteistöleasing-järjestelyjä: ehdot olisivat voimassa korkeintaan viisi vuotta, ja kiinteistöleasing-järjestelyt saatetaan sopia pidemmäksi ajaksi. Järjestelyjen tosiasiallinen mahdollistaminen edellyttäisikin mahdollisuutta poiketa tästä.

Takaisinosto- ja lunastusehtojen ja lykkäävien ja purkavien ehtojen erilaista kohtelua voidaan kuitenkin puoltaa omistussuhteiden pysyvyyteen liittyvällä näkökohdalla. Tilanne voidaan nähdä niin, että takaisinosto- ja lunastusehdot eivät perusta sellaista saannon lopullistumiseen johtavaa välitilaa, jonka osalta osapuolten oikeudet ja velvollisuudet on laissa säännelty, kuten on laita

mukaan ehdot sitoivat inter partes, mutta suhteessa sivullisiin ne olivat lähtökohdaisesti sitomattomia. Sitomattomuudesta saattoi kuitenkin olla mahdollista poiketa sekunduksen tietoisuuden perusteella.¹⁰

Määritettäessä luottosopimusten yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten sitovuutta MK:n järjestelmässä joudutaan ensiksi kysymään, *soveltuuko kiinteistön luovutuksen yhteydessä sovittuja kompetenssinrajoituksia koskeva sääntely myös muussa yhteydessä sovittuihin kompetenssinrajoituksiin*, sellaisiinkin, joita ei ole sovittu saantoon liittyen.¹¹ Kysymykseen tulisi tällöin MK 2:11.1:n analoginen soveltaminen. Analogia-avaimena olisi samanlainen sopimustyyppi: sopimus, joka rajoittaa omistajalle normaalisti kuuluvaa määräämisvaltaa omaisuudestaan. Mikäli MK 2:11:n katsotaan soveltuvan analogisesti myös muihin kuin kiinteistönluovutukseen liittyviin kompetenssinrajoituksiin ja ylipäänsä myös muihin kuin saantoon liittyviin kompetenssinrajoituksiin, se tarkoittaisi, että tarkasteltavana olevat kompetenssinrajoitukset olisivat pätemättömiä jo inter partes.

Kuten jo tutkimuksen alussa todettiin, tätä ei kuitenkaan voida pitää perusteltu- na lähtökohtana. Tämä johtuu siitä, että *sopimusvapaus* on oikeusjärjestelmäsämme vallitseva yleisen periaatteen mukainen *pääsääntö*. Tähän yleiseen lähtökohtaan MK ei ole tuonut muutoksia. Sopimusvapaudesta poikkeavia säännöksiä, kuten MK 2:11:ää, ei tule tulkita analogisesti.¹² *Kompetenssinrajoitukset onkin MK 2:11.1:n perusteella nähdäkseen katsottava kielletyiksi ainoastaan kiinteistön luovutukseen liittyvinä ehtoina, ei sen sijaan luovutuksesta ja ylipäänsä saannosta erillisinä luottosopimuksen ehtoina.*¹³ Kuten jo on todettu, näillä kielloilla on usein erilainen tarkoituskin: Kiinteistönkaupan ehtona kiellon tarkoitus voi olla saattaa kiinteistö pysyvästi tai ainakin pitkäaikaisesti vaihdannan ulkopuolelle. Luottosopimuksen ehtona sen tarkoitus ei puolestaan ole saattaa kiinteistöä vaihdannan ulkopuolelle pysyvästi. Voidaan kyllä ajatella, että tällä erolla ei tulisi olla ratkaisevaa merkitystä, koska MK:n mukaan kiinteistönkaupan yhteydessä eivät ole sallittuja lyhyeksikään määrääjäksi tarkoitetut omistajan kompetenssia rajoit-

purkavien ja lykkäävien ehtojen osalta. Sen sijaan ne merkitsisivät myyjälle varattua mahdollisuutta palauttaa ostajalle jo kerran siirtynyt omistusoikeus takaisin. Tämän vuoksi ehtojen salliminen edellyttäisi vähintään niiden aiheuttaman välitilan sääntelyä. Ks. myös *HE 1994:120* s. 26. Ruotsissa on ehdotettu kiinteistöleasing-järjestelyjen osalta erityissääntelyä, jonka pohjalta järjestely nähtäisiin ehdollisena kauppana, ks. *SOU 1991:81* s. 27–30 ja s. 237–297.

Vaikka myyjän kaupanvastuuta rajoittava ehto on kielletty toisin kuin aiemmin, tosiasiallinen tilanne ei juuri ole muuttunut. Aiemmin kaupanvastuuta rajoittavia ehtoja on mainittu käytetyn esimerkiksi tapauksissa, joissa kiinteistön omistussuhteet ovat epäselviä ja kiinteistön on ostanut omistusoikeusveltyksiin erikoistunut asiantuntija. Myöskään nykyään vastaavassa tilanteessa kysymys myyjän kaupanvastuusta ei ajankohtaistu, jos ostaja on kauppa tehtäessä tiennyt, että myyjän saannossa on epäselvyyttä. Tällöin kaupassa ei ole virhettä, johon ostaja voisi vedota. Ks. lähemmin *Jokela – Kartio – Ojanen 1997* s. 74.

¹⁰ Ks. *Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander 1998* s. 135.

¹¹ MK 1:1:ssä on erotettu muina kuin luovutukseen perustuvina kiinteistön saantoina perintö, testamentti, ositus ja lunastus.

¹² Ks. myös *Niemi 1997* s. 128–129.

¹³ Ks. myös *Havansi 1996* s. 65 ja *Tuomisto Oikeustieto 1998:6* s. 20.

tavat ehdot. Tästä huolimatta merkitystä voidaan kuitenkin nähdäkseni antaa sille, että ehtojen tarkoitus on usein erilainen. Kiinteistönkaupan ehtona kiello voi myös rajoittaa omistajan mahdollisuuksia hyötyä omaisuudestaan, kun taas luottosopimuksen ehtona se on omistajalle vaihtoehtoinen väline käyttää omaisuutta luoton takaisinmaksun takeena. Toisaalta kiellon voisi myös kiinteistönkaupassa ajatella hyödyttävän ostajaa niin, että se alentaisi kiinteistön hintaa tai ylipäänsä mahdollistaisi kiinteistönkaupan.

MK 2:11:n kiellon ulottuvuus muussa kuin luovutustilanteessa sovittuun kompetenssinrajoitukseen on ollut oikeuskäytännössä esillä ratkaisussa IHO 18.6.1998 S 98/151.¹⁴ Siinä tilaan määräosaisen omistusoikeuden perintönä saaneet A, B, C ja D olivat sopineet perinnönjakoasiakirjassa muun muassa siitä, että kukaan heistä ei voinut pantata omaisuuttaan velkojen vakuudeksi ilman muiden suostumusta, ja siitä, että osuuksien myynti kolmannelle ei ollut luvallista, mikäli tila määrättäisiin ulkopuolisen vaatimuksesta myytäväksi. Osakkaat hakivat näiden rajoitusten kirjaamista MK 12:5:n perusteella. Ratkaisussa jouduttiin ottamaan kantaa sekä siihen, sitovatko rajoitukset inter partes, että vastattaessa tähän kysymykseen myöntävästi myös siihen, voidaanko rajoitukset kirjata MK 12:5:n perusteella. Tässä yhteydessä merkityksellistä on ensimmäiseen kysymykseen annettu vastaus. Kirjaamisproblematiikkaan palataan hieman myöhemmin. HO:n mukaan kompetenssinrajoitukset olivat sitovia inter partes. MK 2:11.1:n 2 kohdan ei siten katsottu ulottuvan niihin. HO:n ratkaisu perustui siihen, että kyseessä ei ollut luovutussuhteeseen liittynyt kompetenssinrajoitus. KäO sen sijaan oli katsonut MK 2:11.1:n soveltuvan perinnönjakoon ja pitänyt rajoituksia sitomattomina.

Koska panttauskompetenssinrajoitus on kielletty kiinteistönkaupan yhteydessä, sitä ei voida käyttää kiinteistönkaupan rahoituksessa myyjän kauppahintasaatavan turvana niin, että myyjä myöntäisi ostajalle luottoa ilman vakuutta tämän kiinteistöä koskevaa panttaamattomuussitoumusta vastaan. Ostajan sitoumusta saatetaan pitää MK 2:11:n mukaan kiellettyinä ehtona, vaikka kysymys ei tällöin olisikaan sellaisesta lopullisesta omistajan kompetenssin rajoituksesta, jonka nojalla kiinteistö joutuisi täysin vaihdannan ulkopuolelle.¹⁵ Tarkasteltavana olevien sitoumusten käytön mahdottomuutta ei voitane pitää kovin haitallisena puutteena kiinteistönvaihdannan kannalta. Näin voitaneen sanoa siitäkin huolimatta, että ehdon käyttöön saattaisi olla halua enemmän kuin aiemmin, kun myyjän kauppahintasaatavalla ei enää uudessa MK:ssa ole laillista panttioikeutta.¹⁶ Myyjä voi turvata

¹⁴ Ratkaisua on kommentoinut *Tuomisto Oikeustieto* 1998:6 s. 17–21.

¹⁵ Ks. *Niemi* 1997 s. 131–132. Kyseisenlaisesta ehdon käytöstä Norjassa ks. *Falkanger* 1998 s. 417.

¹⁶ Maksamattoman kauppahintasaatavan laillisen panttioikeuden poistumisen perusteena on ollut se, että se salaisena panttioikeutena, joka ei käy ilmi rekisteristä, heikentää kirjaamisjärjestelmän luotettavuutta ja on julkisuusperiaatteen vastainen. MK-uudistuksen yhteydessä tavoitteena oli, että lakisääteinen panttioikeus säilytetään vain, kun velkojalla on merkittävä saaminen eikä tarvittavaa vakuutta voida edellyttää hankittavan sopimusperusteisella kiinteistöpanttioikeudella. Ks. *HE 1994:120* s. 20, s. 34–35 ja s. 123–124.

asemaansa omistuksenpidätysehdolla tai sopimusperusteisella panttioikeudella.¹⁷

Kompetenssinrajoitusehtoa voitaneen pitää kiellettynä MK 2:11:n perusteella myös, vaikka sitä ei ole otettu kauppasopimukseen, mutta siitä on muutoin sovittu kaupan yhteydessä kokonaisjärjestelyn osana. Pätemättömyys on perusteltua etenkin silloin, kun ehdon sopiminen kaupasta erillään on tehty tarkoituksessa kiertää MK 2:11:n kieltoa. Suhtautuminen olisi tällöin samanlaista kuin lunastus- ja takaisinostoehtojen osalta kirjallisuudessa on puollettu. Niiden osalta kirjallisuudessa on esitetty, että (yleensä vakuusluovutustarkoituksessa tehty) lunastus- tai takaisinostoehto on pätemätön, olipa se otettu kauppakirjaan tai sovittu muutoin, kunhan vain vakuusluovutustarkoitus pystytään osoittamaan.¹⁸

7.2.3. Sitovuus ultra partes

7.2.3.1. Lähtökohdat

Edellä päädyttiin siihen, että luotonantoon liittyviä, kiinteistönluovutuksesta ja ylipäänsä saantotilanteesta erillisiä kompetenssinrajoituksia voidaan pitää pätevinä ja sitovina inter partes. Vasta tällöin nousee varsinaisesti esiin kysymys siitä, mitä ratkaisusääntöä kollision sovelletaan.

Kuten edellä on esitetty, kaksoisdisponointitilanteissa primuksen ja sekunduksen oikeuksien suhde voi olla neljänlainen. Kollision voidaan soveltaa (1) *aikaprioriteettiperiaatetta, josta ei voi poiketa*. Tällöin primuksen oikeus sitoo aina sekundusta. Kollision voidaan soveltaa myös (2) *aikaprioriteettiperiaatetta, josta voidaan poiketa*. Tällöin primus menettää oikeuden vain, jos sekundus on vilpittömässä mielessä. Toisaalta kollision voidaan soveltaa (3) *sitomattomuusperiaatetta, josta voidaan poiketa*. Tällöin primuksen oikeus jää pysyväksi vain, mikäli sekundus on vilpillisessä mielessä. Lisäksi kollision voidaan soveltaa (4) *sitomattomuusperiaatetta, josta ei voi poiketa*. Tällöin primuksen oikeus ei koskaan sido sekundusta.

MK:n järjestelmä tuntee kaikki nämä kollisionratkaisuperiaatteet. Tarkasteltavana olevissa kollisiotilanteissa sovellettavaksi ei kuitenkaan voi tulla ainakaan vaihtoehtoista ensimmäinen eli aikaprioriteetti, josta ei voi poiketa. Tämä johtuu siitä, että sekä kollisionssa sekunduksena olevalla myöhemmällä kiinteistön luovutuksensaajalla että panttivelkojalla on MK:n säännösten mukaan aina mahdollisuus ekstinktion aikaprioriteettiin perustuvissa kollisionratkaisuissa (MK 13:3 ja 17:10).

Sekä MK 13:3 että 17:10 on muotoiltu niin, että ne koskevat sekunduksen suojan edellytyksiä. Keskeinen edellytys on sekunduksen vilpittömän mielen. Lisäksi luovutuksensaajalta edellytetään lainhuudon hakemista ennen primuksen

¹⁷ Myyjän asemasta yleisesti näitä turvaamiskeinoja käytettäessä ks. Tammi-Salminen LM 2000b.

¹⁸ Ks. lähemmin Jokela – Kartio – Ojanen 1997 s. 69–70.

lainhuudon tai oikeuden kirjaamisen hakemista. Tästä muotoilusta huolimatta säännökset rakentuvat kuitenkin ajatukselle primuksen aikaprioriteetin mukaisesta etusijasta ja mahdollisuudesta poiketa siitä tietyin edellytyksin sekunduksen eduksi.

Muut kollisionratkaisumallit sen sijaan voisivat lähtökohtaisesti tulla kysymykseen. Seuraavassa tarkastellaankin lähemmin kunkin mallin soveltumista. Tarkastelu aloitetaan primuksen suojan kannalta vahvimasta mahdollisesta vaihtoehdosta, aikaprioriteettisäännöstä. Sitä sovellettaessa primuksena olevan luotonantajan oikeuden vahvuus riippuu siitä, voidaanko hänen oikeutensa kirjata vai ei. Jos oikeus voidaan kirjata, primuksen asema on sekundukseen nähden suojatumpi kuin tilanteessa, jossa oikeutta ei voida kirjata. Tutkimuksessa tullaan tulokseen, jonka mukaan kompetenssinrajoitusehtoa ei voida kirjata eikä kollisioon ylipäänsä soveltaa aikaprioriteettisääntöä. Tämän vuoksi tarkastelua jatketaan lähtökohtaisen sitomattomuussäännön osalta. Sen kohdalla keskeiseksi nousee kysymys siitä, voidaanko lähtökohtaisesta sitomattomuussäännöstä poiketa sekunduksen tietoisuuden perusteella vai ei.

Sitomattomuussäännön soveltumisen erittely aloitetaan tarkastelemalla, onko poikkeaminen sitomattomuudesta sekunduksen tietoisuuden perusteella mahdollista MK 3:8:n tai viime kädessä sen ilmentämän periaatteen perusteella. Tutkimuksessa päädytään siihen, että säännöksen katsotaan ilmentävän tällaista periaatetta ja että poikkeaminen lähtökohtaisesta sitomattomuudesta sekunduksen tietoisuuden perusteella on mahdollista. Ennen kuin tähän lopputulokseen voidaan käsillä olevan kollisiotilanteen osalta perustellusti päätyä, on kuitenkin tarkasteltava lähemmin kyseisen periaatteen ulottuvuutta. Lopuksi tarkastellaankin vielä sitä, rajaako MK:n järjestelmä periaatteen alaa niin, että lähtökohtaisesta sitomattomuudesta ei voitaisikaan poiketa.

7.2.3.2. *Voidaanko kollisioon soveltaa aikaprioriteettisääntöä?*

a. Kollisionratkaisusta, jos oikeus kirjaamiskelpoinen. Vahvin mahdollinen sitovuus kompetenssinrajoitusehdoilla olisi, jos kollisiossa myöhempää panttivelkojaa tai luovutuksensaajaa kohtaan sovellettaisiin aikaprioriteettia, josta voidaan poiketa, ja primuksena olevalla luotonantajalla olisi mahdollisuus kirjata ehdon tuottama oikeus. Kirjaamismahdollisuuden olemassaolo on MK:n järjestelmässä tärkeä, koska oikeudenhaltija voi kirjaamisella aktiivisesti vahvistaa oikeuden sitovuutta. Kirjaus estää luovutuksensaajan tai panttivelkojan mahdollisuuden ekstinktion, koska kirjauksen jälkeen luovutuksensaaja tai panttivelkoja ei voi olla vilpittömässä mielessä aiemmasta oikeudesta (MK 13:3 ja 17:10).¹⁹

¹⁹ MK 17:10 on poikkeussääntö MK 13:3:ään siinä mielessä, että normaalisti lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin tehdyn merkinnän katsotaan tulleen kirjaamispäivää seuraavana arkipäivänä jokaisen tietoon, niin että sen jälkeen kirjatun oikeuden osalta ei voi olla vilpittömässä mielessä. Kirjauksen

Kirjaamisella on välittömiä oikeusvaikutuksia, jotka vahvistavat oikeuden suoja. Ne perustuvat siihen, että MK:n kirjaamisjärjestelmässä on omaksuttu positiivisen ja negatiivisen *julkisen luotettavuuden periaate*.²⁰ Kompetenssinrajoituksen ilmeneminen rekisteristä olisi tärkeää, sillä kun myöhempi vilpittömässä mielessä ollut luovutuksensaaja hakee lainhuutoa, hän saa välittömästi suojaa kirjaamattomia saantoja ja erityisiä oikeuksia vastaan. Myös panttivelkoja, joka on luottanut lainhuuto- ja kiinnitysrekisterin tietoihin omistajan kompetenssista, saa yleensä pitää oikeutensa.²¹

MK:ssa, kuten sitä edeltäneessä KiinA:ssa, noudatetaan edelleen *kirjaamis-oikeudellista tyyppipakkoa eli luettelointiperiaatetta*. Ainoastaan laissa luetellut oikeudet voidaan kirjata.²² Se merkitsee, että ainoastaan tiettyjen oikeuksien sivullisittomuuden vahvistaminen oikeudenhaltijan aktiivisin toimenpitein on mahdollista. MK:n kirjaamisjärjestelmä eroaa siten esimerkiksi Norjan ja Tanskan avoimesta järjestelmästä, jossa mikä tahansa kiinteistöön kohdistuva oikeus voidaan kirjata ja siten vahvistaa sen sivullisittomuutta. Kirjattavien oikeuksien rajausta perustuu näkemykseen oikeuksien erilaisesta merkityksestä käytännössä. Kirjaamisen ja samalla vahvan sivullissuojan mahdollisuuden piiriin on haluttu tuoda oikeudet, joiden sitovuutta on niiden taloudellisen arvon tai niihin liittyvän sosiaalisen merkityksen vuoksi pidetty perusteltuna.²³

julkisuusvaikutus alkaa siten kirjaamispäivää seuraavana arkipäivänä (MK 7:3). MK 17:10.2:n mukaan velkoja ei voi vedota vilpittömään mieleensä, jos tieto kiinteistön omistusoikeuden siirtymisestä on ollut saatavissa lainhuuto- ja kiinnitysrekisteristä vähintään kuukautta ennen panttaushetkeä. Lainhuutomerkinnän julkisuusvaikutus panttivelkojaan nähden alkaakin siten vasta kuukauden kuluuta. Poikkeusta on perusteltu rahoitustoiminnan joustavuuden takaamisella, ks. *HE 1994:120* s. 116. Ks. myös *Jokela – Kartio – Ojanen 1997* s. 424–425.

Vaikka panttivelkoja saa siten lähtökohtaisesti luottaa enintään kuukauden vanhaan rekisteritietoon, hänellä saattaa silti yksittäistapauksissa olla selonottovelvollisuus, mikäli hänellä on aihetta olettaa omistusoikeuden siirtyneen, ks. *HE 1994:120* s. 116 ja keskustelusta vilpittömän mielen suojan saamiseksi edellytettävästä selonottovelvollisuudesta tässä yhteydessä myös *Havansi 1996* s. 116–123, *Jokela – Kartio – Ojanen 1997* s. 422–423 ja *Kaisto 1997* s. 296 erit. alav. 91.

Panttivelkojalle asetettu helpotus selonottovelvollisuuteen on myös sikäli rajoitettu, että se koskee vain suojaa aiempaa luovutuksensaajaa kohtaan, mutta ei suojaa pakotäytäntöönpanossa. MK 17:12:n mukaan panttioikeus kiinteistöön on pysyvä, vaikka kiinteistön omistaja on ennen panttaushetkeä menettänyt oikeutensa määrätä kiinteistöstä ulosmittauksen, turvaamistoimen tai konkurssin vuoksi, jollei määräämisvallan menettämisestä ollut panttaushetkellä tehty merkintää lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin eikä velkoja muutoinkaan tiennyt eikä hänen pitänyt tietää, ettei omistajalla enää ollut oikeutta pantata kiinteistöä. Ks. myös *Havansi 1996* s. 136 ja *Jokela – Kartio – Ojanen 1997* s. 428. Ks. lisäksi *Wainio 1997* s. 201–202, joka on pitänyt sääntelyä tältä osin epäjohtonmukaisena.

²⁰ Julkisen luotettavuuden periaatetta on käsitelty lähemmin jo edellä jaksossa II 4. tarkasteltaessa mahdollisuuksia poiketa lähtökohtaisesta kollisionsratkaisusta.

²¹ Ks. myös *HE 1994:120* s. 22.

²² Kirjaamis-oikeudellisen tyyppipakkoperiaatteen käsitteestä (tosin KiinA 1:1:ää silmällä pitäen, mutta edelleen yleisesti MK:n järjestelmään soveltuena) ks. *Koulu – Tepora 1989* s. 18–19 ja s. 59.

²³ Ks. esim. *HE 1994:120* s. 94: ”– kaikki käytännössä merkittävät toiselle kuuluvat oikeudet ovat kirjaamiskelpoisia.” Ks. myös *Jokela – Kartio – Ojanen 1997* s. 293. Suhtautumistapa on samanlainen kuin KiinA:n aikana, ks. *Koulu – Tepora 1989* s. 18–19.

Norjassa ja Tanskassa lähtökohtaisesti kaikenlaiset kiinteistöön kohdistuvat oikeudet voidaan kirjata. Norjassa kirjata voidaan asiakirja, jolla kiinteistöä koskeva oikeus perustetaan, muutetaan, luovutetaan, vahvistetaan, tunnustetaan tai kumotaan.²⁴ Myös Tanskan oikeuden mukaan millainen tahansa kiinteistöön kohdistuva oikeus voidaan kirjata, kunhan se muuttaa kiinteistöön kohdistuvia oikeussuhteita.²⁵

Meillä avointa suhtautumista kirjaamiskelpoisiksi katsottaviin oikeuksiin ei ilmeisesti ole nähty perusteltuna siksi, että on haluttu sulkea pois epätarkoituksenmukaisena pidettyjen (tai tarkoituksenmukaisena pidettyihin oikeustyyppeihin kuulumattomien) oikeuksien kirjaamiskelpoisuus.²⁶ Suljettu järjestelmä turvaa sen, että vain tarkoituksenmukaisina pidettävät oikeudet voidaan kirjata ja että sen kautta vain niiden sivullissitovuutta voidaan vahvistaa.

MK:ssa omaksuttu ratkaisu ei kuitenkaan mahdollista ennakkointia tulevaisuuteen nähden. Luettelointiperiaatteen käyttö ei mahdollista sopimusosapuolten kehittämien uusien oikeustyyppien suojaamista kirjaamalla. Tämä voi johtaa ensinnäkin siihen, että vaihdantaan osallistuvat henkilöt eivät kehitä ja käytä uusia, mahdollisesti aiempaa tarkoituksenmukaisempia oikeustyyppejä, koska oikeusjärjestys ei tue tällaista aktiivisuutta. Toiseksi se voi johtaa siihen, että uusien oikeustyyppien kaikesta huolimatta kehittyessä ja yleistyessä saatetaan tulla tilanteeseen, jolloin lainsäädäntö ei enää vastaa käytännön tarpeita. Kun lainsäädännön muutosprosessit ovat verrattain hitaita, olisi ollut mahdollista ikään kuin ennakkolta poistaa tämä käytännön kehityksestä johtuva lainsäädännön jälkeenjääneisyys mahdollistamalla laajempi oikeuksien kirjaaminen, joka ei olisi ollut sidoksissa oikeustyyppeihin. Samalla olisi tuettu myös vaihdannan subjektien aloitteellisuutta uudenlaisten oikeustyyppien kehittämiseen.²⁷

Toisaalta kirjaamiskelpoisuuden rajoitukset perustuvat myös rekisterinpidollisiin (ei siis oikeutta koskeviin) tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin. Kirjaamiskelpoisuuden rajoittamista on perusteltu ensinnäkin sillä, että jos oikeus on jo kirjattu johonkin muuhun rekisteriin, sitä ei ole tarpeen kirjata uudelleen.²⁸ Toiseksi voidaan ajatella, että jos oikeutta on pidetty harvoin esiintyvänä tai vähämerkityksellisenä, rekisteriä ei ole katsottu olevan tarkoituksenmukaista rasittaa tällaisia oikeuksia koskevilla tiedoilla. Kirjaamisesta aiheutuvia haittoja on siten pidetty kirjaamisesta koituvia hyötyjä suurempina. Mikäli oikeus esiintyy harvoin, sitä tuskin kirjataan usein. Tällöin se voi kuitenkin rasittaa rekistereitä siinä mielessä, että mahdollisuus erilaisten oikeuksien lukumääräl-

²⁴ TL 12 §: ”– – kan et dokument bare anmerkes i grunnboken når det går ut på å stifte, forandre, overdra, behefte, anerkjenne eller opheve en ret som har til gjenstand en fast eiendom – –”. Laissa puhutaan asiakirjan kirjaamisesta, vaikka tosiasiaa kirjaamisen kohteena on oikeus, joka asiakirjasta ilmenee. Ks. lähemmin *Falkanger* 2000 s. 493–497.

²⁵ TL 10 §: ”– – fastslå, stifte, forandre eller ophæve en ret over en bestemt fast egendom – –”. Säännöksen tulkinnasta ks. lähemmin esim. *Willumsen* 1997 s. 93–139.

²⁶ Ks. esim. *HE* 1994:120 s. 94 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 293.

²⁷ Kritiikkinä tähän näkökohtaan voidaan kyllä kysyä, miksi osapuolten aloitteellisuutta tulisi tukea. Voidaan myös hyvin ajatella, että luonteeltaan ”staattisten” kiinteistöjen osalta ei ole tarvetta varata mahdollisuutta uusille oikeustyypeille toisin kuin esimerkiksi ”dynaamisemmassa” arvo-osuusjärjestelmässä. Tässä on kuitenkin omaksuttu käsitys, jonka mukaan avoin järjestelmä ja osapuolten aloitteellisuus uusien oikeustyyppien luomisessa on ennemmin vaihdantaa hyödyttävä kuin haittaa-va tekijä.

²⁸ Ks. *HE* 1994:120 s. 94 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 293.

tään vähäiseenkin rekisteröintiin saattaa vaatia panostuksia atk-ohjelmointiin, jos jokainen oikeustyyppi tarvitsee esimerkiksi oman koodin. Mikäli oikeus kuitenkin yleistyy, se saattaa tarkoittaa, että oikeus todella tarvitsee suojaa eikä sen kirjaaminen ole enää tällöin rekisterin turhaa rasittamista.

Myöskään Ruotsissa ei ole omaksuttu oikeuksien kirjaamismahdollisuuksien osalta avointa järjestelmää niin, että lähtökohtaisesti millainen tahansa oikeus voitaisiin kirjata. Myös Ruotsissa noudatetaan kirjaamisoikeudellista luettelointiperiaatetta. Vain tietyt laissa määritellyt oikeudet voidaan kirjata. Kirjattavia erityisiä oikeuksia ovat panttioikeuden lisäksi käyttöoikeus, rasite ja oikeus sähkövoimaan (JB 7:10).²⁹ Kun myös Ruotsissa kirjaaminen vahvistaa oikeudenhaltijan suojaa, oikeuksien välillä on siten eroja mahdollisuudessa saada vahvempaa sivullissuojaa.³⁰ Ruotsalainen ajattelu eroaa siten samoin kuin suomalainen tanskalaisesta ja norjalaisesta ajattelusta siinä, että oikeuksien sivullisittomuutta arvioitaessa merkitystä annetaan oikeuksien luokittelulle eriarvoisiksi oikeuksiksi niiden yhteiskunnallisen tarkoituksenmukaisuuden perusteella.

(1) *Kirjaamismahdollisuudesta MK 14:1:n perusteella.* Luotonantaja voisi aktiivisesti turvata oikeuttaan kirjaamalla, jos sitä pidettäisiin MK 14:1:n mukaisena kirjattavana erityisenä oikeutena. Oikeuden kollisioon myöhemmän luovutuksen kanssa sovellettaisiin tällöin MK 3:7:n mukaista lähtökohtaista aikaprioriteettia. Siitä ei olisi edellytyksiä poiketa MK 13:3:n perusteella, jos luotonantaja olisi kirjannut oikeutensa. Panttivelkojaan nähden kollisio voisi ratketa samalla tavalla MK 17:10 tai 17:11:n periaatteita soveltamalla.³¹ Vaikuttaa kuitenkin selvältä, että panttaus- tai luovutuskompetenssinrajoitus ei kuulu tyypiltään MK 14:1:n mukaan kirjaamiskelpoisiin erityisiin oikeuksiin.³² Kompetenssinrajoitukseen perustuvaa oikeutta ei siis voi MK 14:1:n perusteella kirjata lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin eikä siten tällä tavoin vahvistaa sen mahdollista sitovuutta seuraajiin.³³

²⁹ Ks. lähemmin *Westerlind* 1984 s. 239–245.

³⁰ Kirjaamisen oikeusvaikutuksista ks. JB 17 ja 18 kap. sekä esim. *Stark* 1979 s. 272–285. Kirjaaminen ei kuitenkaan ole ainoa suojan saannin peruste. Kiinteistön uutta omistajaa kohtaan yllä mainittujen oikeuksien haltija voi saada JB 7:11–14:n mukaan suojaa myös, jos kiinteistö on myyty ehdoin, jolla oikeus on pysytetty, jos oikeudenhaltijalla on kirjallinen sopimus ja jos hän on ottanut kiinteistön käyttöönsä tai jos luovutuksensaaja tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää oikeudesta, ks. lähemmin esim. *Stark* 1979 s. 218–219 ja *Westerlind* 1984 s. 246–282. Olennaista kuitenkin on, että ainoastaan yllä mainituilla oikeuksilla on JB:n mukaan mahdollista saada suojaa näillä perusteilla.

³¹ Panttivelkojaan nähden MK ei sisällä tässä tilanteessa nimenomaista kollisioratkaisusääntöä.

³² MK 14:1.1:n mukaan kirjattavia erityisiä oikeuksia ovat sopimukseen tai muuhun oikeustoimeen perustuva toisen omistamaa kiinteistöä koskeva (1) vuokraoikeus tai muu käyttöoikeus, (2) eläkeoikeus, (3) metsänhakkuuoikeus sekä (4) oikeus ottaa maa-aineksia tai kaivoskivennäisiä taikka muu näihin verrattava irrottamisoikeus. Tällaistakaan oikeutta ei saa MK 14:1.2:n mukaan kirjata, jos se on pysyvä taikka voimassa jonkin kiinteistön tai alueen hyväksi taikka jos se on perustettu kiinteistötoimituksessa tai muutoin viranomaisen päätöksellä. Tällöin kysymys on usein oikeudesta, joka kirjataan kiinteistörekisteriin rasitteena. Ks. *HE 1994:120* s. 94–95.

³³ Ks. myös *HE 1994:120* s. 101, jossa todetaan yleisesti, että hakemus, jolla pyydetään erityisenä oikeutena kirjattavaksi sopimukseen perustuva kielto kiinnittää kiinteistö tai muu vallinnanrajoitus, on hylättävä, koska hakijan oikeus ei ole kirjaamiskelpoinen sekä *Havansi* 1996 s. 65 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 297, jotka nimenomaisesti toteavat, että luottosopimusten yhteydessä sovitut kompetenssinrajoitukset eivät ole kirjaamiskelpoisia erityisenä oikeutena.

(2) *Kirjaamismahdollisuudesta MK 12:5:n perusteella.* Toinen mahdollisuus soveltaa aikaprioriteettiin perustuvaa kollisionsratkaisusääntöä ja aktiivisesti vahvistaa oikeutta ja torjua ekstinktion mahdollisuus olisi, jos kiinteistönkaupan yhteydessä päteviä ja inter partes sitovia kompetenssinrajoituksia koskevan sääntelyn katsottaisiin tässä yhteydessä soveltuvan analogisesti luottosopimuksen yhteydessä soveltuihin kompetenssinrajoituksiin.

MK 12:5 koskee sopimusperusteisista rajoituksista vain omistajan *saantoon* liittyviä ehtoja. MK 12:5:n mukaan jos lakiin tai testamenttiin perustuva käyttö-oikeus taikka hakijan saantoon liittyvä ehto rajoittaa hakijan oikeutta luovuttaa kiinteistö taikka perustaa siihen kohdistuvia erityisiä oikeuksia tai panttioikeuksia, vallintarajoituksesta on lainhuudatusasian ratkaisun yhteydessä taikka muutoin pyynnöstä tehtävä merkintä lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin. Koska tarkasteltavana olevat kompetenssinrajoitukset eivät lainkaan liity saantoon, kirjaamismahdollisuutta ei MK 12:5:n sanamuodon perusteella ole.

Jos MK 12:5:n analoginen soveltaminen katsottaisiin perustelluksi, kompetenssinrajoitus olisi mahdollista kirjata lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin MK 12:5:n perusteella kiinteistöä koskevana vallintarajoituksena kuten MK 2:11.2:n mukaan sallitut luovutuskompetenssinrajoitukset. Mahdollinen kollisiotilanne ratkeaisi MK 13:4.3:n perusteella. Vastoin kompetenssinrajoitusta perustettu oikeus olisi tällöin lähtökohtaisesti pätemätön. Toisin sanoen ehto sitois lähtökohtaisesti omistajan seuraajaa, myöhempää luovutuksensaajaa tai panttivelkojaa. Seuraaja voisi saada vilpittömän mielen suojaa, mikäli ehtoa ei ole kirjattu eikä hän muutoinkaan tiennyt ehdosta eikä hänen siitä pitänytkään tietää.³⁴

Kollisiotilanteeseen sovellettaisiin tällöin etenevän sivullissuhteen kollisiota koskevaa ratkaisusääntöä. Kuten edellä on todettu, tilannetta, jossa omistaja on ensin sopimuksella sitoutunut rajoittamaan kompetenssiaan ja sen jälkeen tämän sitoumuksen vastaisesti käyttänyt kompetenssiaan ja perustanut toiselle henkilölle oikeuden omaisuuteensa, tarkastellaan tässä takautuvan sivullissuhteen kollisiona. Edellä on kuitenkin todettu myös, että vaikka tilanne nähdään rakenteellisesti takautuvan sivullissuhteen kollisiona, yksityiskohtaisessa tarkastelussa punnitaan myös mahdollisuutta etenevän sivullissuhteen kollisioiden ratkaisusääntöjen soveltamiseen. Sääntöjen analoginen soveltaminen voidaan nähdä perusteltuna, kun takautuvaa(kaan) sivullissuhdetta koskevaa ratkaisusääntöä ei ole säädetty kompetenssinrajoitusehdosta aiheutuvan kollision ratkaisemiseksi.

MK 12:5:n analogista soveltamista puoltaisi se, että tarkasteltavana oleva kompetenssinrajoitus on tyypiltään MK 12:5:ssä tarkoitettu, inter partes sitova kirjattava ehto. Tämä ei kuitenkaan vaikuta riittävältä perusteelta kirjaamismahdollisuuden

³⁴ Ks. *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 73, joiden mukaan kolmannen suojaksi on perusteltua soveltaa MK 13:4:n saantosuojasäännöstä myös oikeustoimiperusteisten vallinnanrajoitusehtojen osalta. Ks. myös *HE 1994:120* s. 88 ja s. 90–91, jossa MK 13:4:n soveltumista pidetään silmällä vain tilanteissa, joissa omistajan kompetenssi puuttuu lain säännöksen johdosta.

avaamiselle MK 12:5:n analogian perusteella. Tämä johtuu siitä, että oikeuksien kirjaamismahdollisuutta on MK:ssa rajoitettu vain lainsäätäjän tarkoituksen mukaisina pitämiin oikeuksiin. Omistajan kompetenssinrajoituksiin perustuvia oikeuksia ei ole pidetty tarkoituksenmukaisina ja kirjaamiskelpoisina MK 14 luvun mukaan. Tällöin on perusteltua katsoa, että niitä ei ole syytä pitää tarkoituksenmukaisina ja kirjaamiskelpoisina myöskään MK 12:5:n perusteella.³⁵

Oikeuskäytännössä jo edellä mainitussa ratkaisussa IHO 18.6.1998 S 98/151 MK 12:5:n mukaan kirjaamiskelpoisena oikeutena ei pidetty perinnönjakosopimukseen perustuvia inter partes sitovia kompetenssinrajoituksia. HO:n ratkaisun perusteena on ilmeisesti ollut ensinnäkin se, että kyseessä ei ole ollut saantoon eli perintöön vaan perinnönjakosopimukseen liittyvä ehto ja MK 12:5:n mukaan kirjattavina pidettiin vain saantoon perustuvia kompetenssinrajoituksia. Toiseksi ratkaisu on perusteltu myös sillä, että kirjaaminen MK 12:5:n perusteella edellyttää, että kyseessä oleva vallintarajoitus sitoo sivullisia. Tämän argumentin relevanssi on kuitenkin kyseenalainen. Mainittua edellytystä ei ensinnäkään ole missään lausuttu suoraan ja toiseksi edes MK 2:11.2:n mukaan sallittu ja 12:5:n mukaan kirjaamiskelpoinen kompetenssinrajoitus ei välttämättä täyty sitä.³⁶ Perustellumpaa olisi kiinnittää huomio siihen, miten vallinnanrajoitusten tarkoituksenmukaisuuteen muutoin MK:ssa suhtaudutaan, eikä suoraan siihen, sitooko se sivullisia.³⁷

b. Kollisionratkaisusta, kun oikeus kirjaamiskelvoton. Vaikka oikeutta ei voitaisi kirjata, kollisio voitaisiin silti periaatteessa ratkaista soveltamalla aikaprioriteettiin perustuvaa kollisionratkaisusääntöä. Se olisi mahdollista, jos kiellon vastaisen luovutuksen pysyvyyttä tarkasteltaisiin MK 13:3:n tai MK 13:4:n ja kiellon vastaisen panttauksen pysyvyyttä myös MK 17:10:n tai MK 17:11:n säännösten analogisen tulkinnan valossa.

MK 13:3 koskee luovutuksensaajan ja MK 14:1:n mukaan kirjattavan erityisen oikeuden haltijan suojaa kaksoisluovutustilanteessa. MK 13:3.1:n mukaan jos kiinteistö on luovutettu kahdelle, myöhempi saanto saa etusijan, jos sille haetaan lainhuutoa ensiksi eikä luovutuksensaaja tiennyt eikä hänen pitänyt tietää aikaisemmasta luovutuksesta. Lähtökohtana kollisionratkaisussa on siten aikaprioriteetti. Sekundus saa kuitenkin ekstinktion vilpittömän mielensä ja oikeutensa ensin tapahtuneen julkistamisen perusteella. Sama koskee MK 13:3.3:n mukaan soveltuvin osin myös kiinteistön luovutuksensaajan ja erityisen oikeuden haltijan

³⁵ Ks. yleisesti MK 12:5:n tulkinnasta muihin kuin saantoon liittyvien, inter partes sitovien vallinnanrajoitusten osalta *Tuomisto Oikeustieto* 1998:6 s. 20–21.

³⁶ MK:n esitöiden toteamus (*HE 1994:120* s. 88), että vain sitova ehto saadaan kirjata vallintarajoituksena lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin vaikuttaa viittaavan sitovuuteen inter partes, mutta ei sitovuuteen ultra partes. MK 2:11.2:n mukaan kirjattava oikeus ei kirjaamattomana sido ainakaan sivullista, joka ei siitä tiennyt, ja kirjattunakin sen sitovuus omistajan velkoihin nähden ei ole selvä. Esimerkiksi Ruotsissa vastikkeelliseen luovutukseen liittynyt kirjattukaan vallinnanrajoitus ei sido omistajan velkoja, ks. *NJA 1993 s. 468* ja *NJA 1998 s. 135*.

³⁷ Ks. *Tuomisto Oikeustieto* 1998:6 s. 20–21.

välistä kollisiota. MK 14:7:n mukaan myös erityisen oikeuden kirjaamisella on samat oikeusvaikutukset kuin lainhuudolla MK 13:3:n mukaan.³⁸

MK 17:10 koskee vastaavasti pantinsaajan suojaa ennen panttaushetkeä tapahtunutta kiinteistön luovutusta vastaan. MK 17:10.1:n mukaan panttioikeus kiinteistöön on pysyvä, vaikka panttioikeuden perustaja on ennen panttaushetkeä luovuttanut kiinteistön, jollei velkoja panttaushetkellä tiennyt eikä hänen pitänyt tietää kiinteistön luovutuksesta. Sama on voimassa, jos kiinteistön omistusoikeus on muutoin siirtynyt toiselle tai jos panttioikeuden perustajalla ei MK 17:4:n mukaan enää ollut oikeutta luovuttaa aikaisemmin vahvistettuun kiinnitykseen perustuvaa panttikirjaa.³⁹

MK 13:4, johon myös MK 17:11 viittaa, koskee puolestaan luovutuksensaajan, MK 14:1:n mukaan kirjattavan erityisen oikeuden haltijan ja pantinsaajan suojaa oikeaa omistajaa vastaan. Sen mukaan luovutukseen perustuva kiinteistön saanto on pysyvä ja kiinteistöön perustettu erityinen oikeus tai panttioikeus sitova, vaikka luovuttaja tai oikeuden perustaja ei ollut kiinteistön oikea omistaja, jos hänellä saannon tapahtuessa tai oikeutta perustettaessa oli lainhuuto kiinteistöön eikä luovutuksensaaja tai oikeudenhaltija tällöin tiennyt eikä hänen pitänytkään tietää, ettei luovuttaja tai oikeuden perustaja ollut oikea omistaja.⁴⁰ Tässä yhteydessä

³⁸ Vaikka MK 14:7 ei sitä nimenomaisesti ilmaisekaan, erityisellä oikeudella on tässä katsottu tarkoitettavan vain MK 14:1:n mukaisia erityisiä oikeuksia. Tätä voidaan perustella sillä, että MK 3:7:n mukaan MK 13:3:n säännökset tulevat sovellettavaksi vain MK 14:1:ssä tarkoitettuihin oikeuksiin, ks. *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 325. Vrt. *Vainio OTJP* 2000 s. 351–352.

³⁹ MK 17:4 rajoittaa omistajan panttausvaltaa tilanteessa, jossa kiinteistöstä on siirtynyt määräala toiselle tai jossa yhteiskiinnitetyistä kiinteistöistä jokin siirtyy toiselle. Säännöksen mukaan aikaisemmin vahvistettuun kiinnitykseen perustuva panttikirja saadaan luovuttaa uuden saamisen vakuudeksi vain, jos kiinnitys on poistettu muiden kuin panttioikeuden perustajan omistamista kiinnityksen kohteista.

Säännöksen 2 momentin perusteella kiinteistön omistaja voi kuitenkin luovuttaa koko kiinteistöön vahvistettuun kiinnitykseen perustuvan panttikirjan ennen kuin määräalan saannolle on haettu lainhuutoa. Panttioikeus kohdistuu tällöin kuitenkin vain hänen omistamaansa osaan kiinteistöstä. Oikeuskirjallisuudessa on noussut esiin tähän liittyen kysymys siitä, voiko panttikirjaa käyttää myös määräalan lainhuudatuksen jälkeen sillä edellytyksellä, että panttioikeus kohdistuu vain pantinantajan omaisuuteen. Kysymykseen on esitetty eriäviä kantoja. *Jokelan, Kartion ja Ojasen* (1997 s. 400–401) mukaan tämä ei ole mahdollista, koska MK 17:4.2 on poikkeus pääsäännöstä ja koska järjestelmän selvyys edellyttää, että kiinnityksellä ja panttioikeudella on sama kohde. Kiinnityksen kohteesta disponoimista ei muutoinkaan oikeudessamme ole hyväksytty. Heidän mukaansa panttausta saatetaan pitää kokonaan pätemättömänä, jos velkoja ottaa vakuudeksi panttikirjan tietoisena siitä, että se koskee myös muulle kuin pantinantajalle kuuluvaa lainhuudatettua määräalaa. *Havansin* mukaan (1996 s. 167–168) pätevän panttioikeuden perustaminen sen sijaan olisi mahdollista. Hän perustelee kantaansa sillä, että kun panttioikeus kohdistuu vain pantinantajan omaisuuteen, se ei loukkaa määräalan saajan omaisuutta.

⁴⁰ Myös tässä kollisionsratkaisusäännön on katsottu koskevan erityisistä oikeuksista vain MK 14:1:n mukaan kirjattavia erityisiä oikeuksia. Ks. *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 271, jotka perustelevat ratkaisua sillä, että muille kuin MK 14:1:n mukaisille erityisille oikeuksille ei ole johdonmukaista myöntää suoja suhteessa oikeaan omistajaan, koska ne eivät saa myöskään MK 13:3:n mukaista suoja suhteessa omistajan myöhempään seuraajaan. Samaa on esittänyt *Vainio* 1997 s. 166–167. Hän ei kuitenkaan tarkastelussaan pidä silmällä MK 13:4:n soveltumista MK 14:3–4:n mukaan kirjaamiskelpoisiin oikeuksiin, vaan ainoastaan sen soveltumista MK:n mukaan kirjaamiskelvotto-

keskeinen on MK 13:4:n 3 momentti, jonka mukaan se, mitä suojasta oikeaa omistajaa kohtaan säädetään, on soveltuvin osin voimassa, *jos saanto on tehoton muuhun kuin oikeaan omistajaan nähden*.

Ratkaisusäännöt koskevat tilannetta, jossa *luovutuksen tai panttauksen on tehnyt henkilö, jolla ei ollut siihen kompetenssia*. MK 13:3 ja 17:10 koskevat kollisionsratkaisua tilanteessa, jossa luovuttaja ja pantinantaja *eivät enää ole oikeutettuja* määräämään kiinteistöstä sen vuoksi, että he ovat jo luovuttaneet kiinteistön tai kiinteistön omistusoikeus on muutoin siirtynyt toiselle (takautuva sivullissuhde). MK 13:4 ja 17:11 koskevat perusmuodossaan puolestaan kollisionsratkaisua tilanteessa, jossa he *eivät koskaan ole olleetkaan* kiinteistön oikeita omistajia (etenevä sivullissuhde). Nämä perustilanteet ovat erilaisia kuin kompetenssinrajoitusehdon rikkomisesta johtuvassa kollisiossa. Silloin *omistusoikeus on edelleen panttioikeuden perustajalla, mutta tämä ei siitä huolimatta ole oikeutettu panttioikeuden perustamiseen*. Mikäli lähdetään siitä, että *analogia-avaimena on luovuttajan tai pantinantajan kompetenssin puute*, säännösten voitaisiin ajatella soveltuvan myös tarkasteltavana olevaan tilanteeseen.

Tarkasteltavana oleva kollisio on edellä mainittu tyypiltään takautuvan sivullissuhteen kollisioksi, koska luovuttajan tai pantinantajan kompetenssi puuttuu sen vuoksi, että hän on jo disponoinut siitä, eikä sen vuoksi, että hänellä ei sitä koskaan ole ollutkaan.⁴¹ Tämän vuoksi olisi perusteltua tarkastella ensisijaisesti, soveltuvatko takautuvan sivullissuhteen kollisiotilanteita koskevat MK 13:3 ja 17:10 käsillä olevaan kollisioon. Esitetyistä säännöksistä etenevän sivullissuhteen kollisiota koskeva MK 13:4.3 vaikuttaisi kuitenkin sanamuotonsa mukaan soveltuvan kollisioon parhaiten. MK 13:4.3:n sanamuodon voidaan nähdä ulottuvan suoraan käsillä olevaan kollisiotilanteeseen. Säännöstä laadittaessa ei kuitenkaan liene pidetty silmällä juuri luottosopimuksen yhteydessä sovittuja kompetenssinrajoituksia, vaan sellaisia kompetenssinrajoituksia, jotka kirjataan MK 12:5:n perusteella.

miin erityisiin oikeuksiin (ks. s. 161). Toisaalta hän on pitänytkin muita kuin MK 14:1:n mukaisia erityisiä oikeuksia kirjaamiskelvottomina (ks. s. 162). Kysymystä on tarkastellut myös *Tepora* 2000 s. 231–235. Hän tuo esiin erilaisia MK 13:4.2:n tulkintavaihtoehtoja, mutta ei ota niiden paremmuuteen lopullista kantaa.

Kysymystä on tarkastellut lisäksi *Vainio OTJP* 2000 s. 296 ja s. 321. Hänen mukaansa MK 13:4:n mukaista suojaa kiinteistön oikeaa omistajaa vastaan saisi ainoastaan MK 14:2:n mukainen erityinen oikeus, koska MK 14:7.3:n mukaan säännös koskisi vain tällaisia erityisiä oikeuksia. Nähdäkseen *Vainion* kanta perustuu väärinymmärrykseen. MK 14:7.3 ("Mitä 13 luvun 4–9 ja 11 §:ssä säädetään lainhuudon oikeusvaikutuksista, koskee myös 2 §:ssä tarkoitetun käyttöoikeuden kirjauksen oikeusvaikutuksia.") ei nimittäin koske erityisen oikeuden haltijoiden suojaa kiinteistön oikeaa omistajaa kohtaan. Sen sijaan säännös koskee erityisen oikeuden haltijan saantosuojaa MK 14:2:n mukaisen käyttöoikeuden oikeaa haltijaa tai perustajaa kohtaan. Ks. tämän suojan ulottuvuudesta lähemmin *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 327 sekä *Vainio* 1997 s. 192–193 ja vrt. *HE* 1994:120 s. 99 sekä *Tepora* 2000 s. 235.

⁴¹ Jos kyse olisi luovutuksen yhteydessä perustettua kompetenssinrajoitusta vastoin tehdystä luovutuksesta tai panttauksesta ja tällöin syntyneestä kollisiosta, tilanne olisi etenevän sivullissuhteen kollisio mukainen, koska luovutuksensaajalla ei olisi koskaan ollutkaan kompetenssia.

Nähdäkseni tässä yhteydessä on perustelluinta tarkastella ennen kaikkea, soveltuvatko käsiteltävään kollisiotilanteeseen ylipäänsä ne periaatteet, joille kaikki tässä mainitut kollisionratkaisusäännöt rakentuvat. Sovellettiinpa kollisioon mitä tahansa näistä säännöistä, kollisionratkaisu on sama.

Kaikki edellä mainitut kollisionratkaisut perustuvat lähtökohtaisen aikaprioriteetin noudattamiseen, josta voidaan poiketa oikeudenhaltijan vilpittömän mielen perusteella. Kaksoisdisponointitilanteissa edellytetään lisäksi, että sekunduksena olevan luovutuksensaajan tai erityisen oikeuden haltijan oikeuden kirjausta on haettu ensiksi. Mahdollisuus poiketa lähtökohtaisesta aikaprioriteetista sulkeutuu pois kirjauksen julkisuusvaikutuksen johdosta silloin, kun primuksen oikeudesta on tehty merkintä lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin. Kirjaaminen onkin riittävä, mutta ei välttämätön edellytys vilpittömän mielen poissulkemiseksi. Sekunduksen vilpittömän mielen suojahan voi puuttua, vaikka primuksen oikeutta ei olisikaan kirjattu, jos sekundus muutoin tietää oikeudesta.

Kun tarkasteltavana olevia kompetenssinrajoituksia ei voi kirjata, edellä mainittujen kollisionratkaisusääntöjen soveltaminen merkitsisi, että myöhempi luovutus tai panttaus olisi pysyvä, ellei luovutuksensaaja tai panttinsaaja tiennyt tai ellei hänen olisi pitänyt tietää rajoitusehdosta. Tieto voi tällöin perustua vain epävirallisista yhteyksistä saatuun tietoon, ei rekisterimerkintään perustuvaan oletettuun ja edellytettyyn tietoon. Tässä tilanteessa kollisionratkaisu itse asiassa lähestyy pitkälti sitä, että lähtökohtana olisikin rajoituksen sitomattomuus, josta kuitenkin voitaisiin poiketa sekunduksen tietoisuuden perusteella.⁴² Koska tieto voi perustua vain epävirallisista yhteyksistä saatuun tietoon, sekundukselle ei vaihdantaa ja luotonantoa haittaamatta voitane asettaa yleistä selonottovelvollisuutta. Lähtökohtaisesti vain tietoisuus aiemmasta kompetenssinrajoituksesta voisi estää luovutuksen tai panttauksen sitovuuden.⁴³

Säännösten ilmentämien periaatteiden soveltaminen on perusteltu ainakin, jos kompetenssinrajoituksen turvaamaa oikeutta pidetään yhtä tarkoituksenmukaise-

⁴² Kuten edellä on todettu, lähdettiinpä kummasta lähtökohtaolettamasta tahansa, lopputulos on sama, jos sekundus on tietoinen aiemmasta oikeudesta. Tällöin primuksen oikeus sitoo sekundusta.

⁴³ Tulkinta on yhdenmukainen sen kanssa, että vasta luovutuksensaajan tietoisuus on jäljempänä lähemmin käsiteltävän MK 3:8:n mukaan sitovuusperuste kollisiossa omistusoikeutta heikompien erityisten oikeuksien kanssa. Jäljempänä tullaan lähemmin esittämään, että kompetenssinrajoitukseen perustuva oikeus voi vahvuudeltaan olla korkeintaan MK 3:8:ssä tarkoitettujen erityisten oikeuksien tasoinen. Lainvalmistelun aiemmassa vaiheessa edellytettiin tosin myös tältä osin sekunduksen selonottovelvollisuutta ja tämän velvollisuuden täyttämistä sitovuuden edellytyksenä, ks. *KM 1989:53* s. 135. Selonottovelvollisuutta pidettiin kuitenkin ilmeisesti liian pitkälle menevänä heikon oikeuden suojakeinona. Oikeuskirjallisuudessa on arveltu, että ehdotettu sääntely olisi ehkä liiaksi heikentänyt MK:ssa omaksutun kirjaamisoikeudellisen tyyppipakkoperiaatteen merkitystä, ks. *Jokela – Kartio – Ojanen 1997* s. 172. Selonottovelvollisuus on MK:ssa sekunduksen suojan edellytys ainoastaan vahvoja oikeuksia vastaan. Niidenkin osalta se ulottuu pääasiallisesti vain lainhuuto- ja kiinnitysrekisterimerkintöihin. Tällainen selonotto ei kirjaamiskelvottomien erityisten oikeuksien osalta edes olisi mahdollista. Erilaisissa poikkeustilanteissa sekunduksella voi kuitenkin olla erityinen selonottovelvollisuus myös muiden kuin vahvojen oikeuksien osalta ja selonottovelvollisuus voi myös ulottua pidemmälle kuin rekisterimerkintöihin.

na kuin oikeuksia, joiden suojaa kollisionratkaisusäännöt nimenomaisesti koskevat. Tulkintaa voidaan pitää perusteltuna myös silloin, kun kompetenssinrajoitukseen perustuvaa oikeutta ei pidetä vaihdannan intressien kannalta epätarkoituksenmukaisena oikeutena tai jos tälle näkökohdalle ei anneta ratkaisevaa merkitystä. Kolmannen intressit voidaan ajatella otettavan riittävästi huomioon siinä, että vasta hänen tosiasiallinen tietoisuutensa aiheuttaa sitovuuden. Edellä on todettu, että oikeuksien tarkoituksenmukaisuudelle annetaan merkitystä kollisionratkaisusääntöjen valinnassa. Säännösten analogista soveltamista tai niiden ilmentämien periaatteiden soveltamista voitaisiinkin puoltaa edellä tässä tutkimuksessa esitellyillä oikeuspoliittisilla näkökohdilla, joiden mukaan luottosopimuksen yhteydessä sovitut kompetenssinrajoitukset perustavat luotonantajalle tarkoituksenmukaisen oikeuden – toisin kuin luovutuksen yhteydessä sovitut kompetenssinrajoitukset luovuttajalle.

Ruotsissa ainakin kiinteistön luovutuksen yhteydessä sovittujen panttaus- ja luovutuskompetenssinrajoitusten osalta sovelletaan analogisesti JB 18:1 ja 18:2:n säännöksiä luovutuksensaajan, erityisen oikeuden haltijan ja panttinsaajan vilpittömän mielen suojasta tilanteesta, jossa luovuttaja, erityisen oikeuden tai panttioikeuden perustaja ei ollutkaan kiinteistön oikea omistaja. Kyseiset JB:n säännökset koskevat varsinaisesti tilannetta, jossa luovuttajan tai oikeuden perustajan kompetenssin puute johtuu siitä, että hänen saantoaan rasittaa jokin virhe. Kyse on siten etenevässä sivullissuhteessa ilmenneestä saantovirheestä johtuvasta kompetenssin puutteesta, ei siitä, että saanto sinänsä on täysin pätevä, mutta kompetenssi puuttuu silti jostakin muusta syystä.

JB:n esitöissä on todettu, että JB 18:1 ja 18:2 soveltuvat jopa *suoraan* myös tilanteeseen, jossa omistajan kompetenssi puuttuu siihen oikeustoimella perustetun rajoituksen vuoksi.⁴⁴ Kirjallisuudessa on kuitenkin todettu, että on oikeampaa puhua säännösten *analogisesta* kuin suorasta soveltamisesta tilanteeseen. Tällöin voidaan pitää systemaattisesti erillään tilanteet, joissa luovutustoimen on tehnyt henkilö, joka ei ole (enää tai ei ole koskaan ollutkaan) kiinteistön oikea omistaja, niistä tilanteista, joissa luovutustoimen on tehnyt oikea omistaja, jolla ei kuitenkaan ollut kompetenssia luovutuksen tekemiseen.⁴⁵

Ruotsissa kompetenssinrajoitusehtojen tarkoituksenmukaisuuteen on kuitenkin suhtauduttu eri tavalla kuin meillä. Ensinnäkin Ruotsissa kiinteistökaupan yhteydessä on sallittua sopia ostajan luovutus- tai panttauskompetenssinrajoituksista. Nämä ehdot ovat JB 4:3:n mukaan *inter partes* päteviä – siis toisin kuin meillä –

⁴⁴ *SOU* 1960:25 s. 575–576, erit. s. 575: ”Såsom framgår av motiven vid kapitelrubriken kan överlåtarens äganderätt på grund av rättshandling vara förenad med vissa inskränkningar för ägaren att förfoga över egendomen. I detta fall bör den till vars förmån inskränkningen gäller eller vars intresse eljest avses anses som rätte ägaren.” sekä *Prop.* 1970:20 s. 280, jossa todetaan, että omistajaa, jonka oikeutta rajoittaa luovutuskieto, ”ej med avseende på ett dylikt förfogande kan anses vara rätt ägare i paragrafernas mening.” (kurs. *ETS*)

⁴⁵ Ks. *Hessler* 1973 s. 465 ja *Rodhe* 1985 s. 617.

kunhan ne on otettu kauppakirjaan. Kyseiset kompetenssinrajoitusehdot kirjataan myös JB 20:14:n mukaan kiinteistökirjaan, kun kiinteistöön haetaan lainhuutoa tai kun rajoituksesta saadaan sen jälkeen tieto. JB 18:8:stä, jossa säädetään (MK 7:3:ää vastaavasti) rekisterimerkintöjen julkisuusvaikutuksesta, ilmenee, että myöhempi luovutuksensaaja tai pantinsaaja ei voi enää sen jälkeen, kun kirjaus on tehty, vedota siihen, että hän ei tiennyt eikä hänen olisi pitänytkaan tietää seikasta, jota kirjaus koskee. Tällöin on selvää, että sivullisten edellytetään olevan tietoisia kirjatusta kompetenssinrajoituksesta ja että ne myös sitovat näitä. Lisäksi kun myös Ruotsissa kiinteistökirjalla on julkinen luotettavuus, joka viime kädessä on luottamuksensuojaa, kompetenssinrajoituksen puuttumiseen ei voi suojakseen vedota myöhempi luovutuksensaaja tai pantinsaaja, joka rekisterimerkinnän puuttumisesta huolimatta tiesi inter partes pätevän kauppakirjaan merkityn rajoituksen olemassaolosta.⁴⁶ Ruotsissa suhtaudutaan siis kiinteistönkaupankin yhteydessä sovittuihin kompetenssinrajoituksiin ylipäänsä sallivasti. Niiden sivullissitovuutta on mahdollista vahvistaa kirjaamalla. Näyttää siltä, että niitä ei pidetä vaihdannan ja luotonannon kannalta epätarkoituksenmukaisina oikeuksina.

Ruotsin oikeudessa esitetyt kannanotot JB:n säännösten analogisesta tulkinnasta koskevat nimenomaisesti kiinteistönluovutuksen yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten sitovuutta. JB:n esitoissa ja oikeuskirjallisuudessa ei juurikaan ole erikseen otettu kantaa luottosopimuksen yhteydessä sovittujen kiinteistöön kohdistuvien yksilöityjen kompetenssinrajoitusten tarkoituksenmukaisuuteen. Oikeuskirjallisuudessa on kyllä esitetty kannanottoja, joissa luottosopimuksen yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten sivullissitovuuteen on suhtauduttu lähes varauksettoman kielteisesti.⁴⁷ Suhtautumisen perusteena kuitenkin on nähdäkseni ajatus siitä, että luotonannon yhteydessä sovitut kompetenssinrajoitukset kohdistuvat aina yksilöimättömään omaisuuteen toisin kuin luovutuksen yhteydessä sovitut ehdot, jotka kohdistuvat aina yksilöityyn kohteeseen.⁴⁸ Kielteiselle suhtautumiselle ainakaan silloin, kun panttauskompetenssinrajoitus kohdistuu riittävästi yksilöityyn kohteeseen, ei näillä argumenteilla nähdäkseni olekaan esitetty perusteita. Sen sijaan *Walin* on puoltanut tiettyyn omaisuuteen kohdistuvan kompetenssinrajoituksen sitovuutta siitä tietoista myöhempää pantinsaajaa koh-

⁴⁶ Ks. myös *Rodhe* 1985 s. 617–618.

⁴⁷ Selkeimmin tämän ilmaisee *Hessler* 1973 s. 418: ”Tydligt är att denna ’säkerhet’ inte är på minsta sätt skyddad mot tredje man.”, epäröivämmin *Rodhe* 1985 s. 620: ”En pantsättning i strid mot en negativklausul blir uppenbarligen giltig i den mån panthavaren skulle ha kunnat åberopa gängse regler om godtrosskydd mot brister i pantsättarens äganderätt eller rätt att disponera över pantobjektet. Vad som gäller i övriga fall synes inte möjligt att fastställa. *Mest troligt är väl att negativklausulen helt saknar verkan mot varje panthavare.*” (kurs. ETS) Ks. myös *SOU* 1981:76 s. 72.

⁴⁸ Se, että luottosopimuksen yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten on aina oletettu kohdistuvan yksilöimättömään omaisuuteen tai tarkemmin ottaen kaikkeen velallisen kulloinkin omistamaan omaisuuteen, ilmenee esimerkiksi *Rodhen* (1985 s. 619) ”negatiivisen klausuulin” määritelmästä: ”En sådan klausul skiljer sig från betingelserna däri, att den inte belastar viss bestämd egendom utan är en personlig förpliktelse, som vilar på all egendom tillhörande den som gjort utfästelsen.” (kurs. ETS)

taan. Hänen mukaansa panttauskompetenssinrajoituksen tulisi sitoa seuraajaa samalla tavoin kuin panttaussitoumuksen, jonka katsotaan sitovan siitä tietoista seuraajaa.⁴⁹ Kun oikeuskirjallisuudessa on luottosopimuksen yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten osalta tuotu esiin kantoja, jotka heijastelevat erilaista suhtautumista niihin kuin kiinteistönluovutuksen yhteydessä sovittuihin kompetenssinrajoituksiin, on epäselvää, miten kyseisten säännösten soveltamiseen tässä tarkasteltaviin kollisiotilanteisiin suhtauduttaisiin.

Edellä mainittujen aikaprioriteetille rakentuvien säännösten analogista soveltamista vastaan puhuvat meillä kuitenkin paitsi MK:ssa keskeinen ajatus omistajan kompetenssin säilymisestä myös MK:n systematiikasta johdettavat syyt. Vaikka luottosopimuksen yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten voidaan perustellusti nähdä olevan eri tarkoituksessa sovittuja kuin kiinteistönkaupassa sovittujen kompetenssinrajoitusten ja siten ainakin eräissä suhteissa vaihdannan kannalta tarkoituksenmukaisia, saattaa olla, että MK:n säännösten analoginen tulkinta niiden osalta ei silti ole niin perusteltua kuin esimerkiksi JB:n järjestelmässä. Kielteinen suhtautuminen kiinteistönkaupan yhteydessä sovittuihin kompetenssinrajoituksiin heijastaa laajemminkin ajatusta siitä, että lainsäätäjällä on yleisesti pitänyt kompetenssinrajoituksia vaihdannan ja luotonannon kannalta epätarkoituksenmukaisina. Tätä kautta omistajan vapauden ja normaalin määräämisvallan turvaaminen ja samalla sivullisten luottamuksen turvaaminen siihen, että omistajalla on hänelle normaalisti kuuluvat oikeudet, on MK:n järjestelmässä hyvin vahvassa asemassa.

MK:n järjestelmässä aikaprioriteettiin perustuvat vain ratkaisusäännöt omistusoikeuden ja panttioikeuden kanssa samanvahvuisten oikeuksien välillä. Omistusoikeuden kanssa samanvahvuisia oikeuksia ovat panttioikeuden lisäksi MK 3:7:n perusteella vain MK 14:1:n mukaiset erityiset oikeudet.⁵⁰ Samanlainen sitovuus on myös MK 12:5:n mukaan kirjattavilla kompetenssinrajoituksilla. Koska luotonantajan oikeus ei kuulu näihin oikeuksiin, aikaprioriteettia ei voida soveltaa. Edellä esitettyjen säännösten analoginen soveltaminen merkitsisi nimittäin, että kompetenssinrajoitukseen perustuva oikeus voisi periaatteessa olla yhtä vahva oikeus kuin MK 14:1:n mukaan kirjattava erityinen oikeus. Tällöin se olisi vahvempi oikeus kuin muu kuin MK 14:1:n mukaan kirjattava erityinen oikeus. Käytännössä se kuitenkin kirjaamiskelvottomana olisi samanvahvuinen oikeus kuin kirjaamiskelvoton erityinen oikeus.

Aiemmin omistusoikeutta pidettiin muita kiinteistöön kohdistuvia oikeuksia arvokkaampana oikeutena. Tästä johtuen kiinteistön luovutuksensaajan ja aiemman kiinteistöön kohdistuvan erityisen oikeuden haltijan väliseen kolli-

⁴⁹ *Walén* 1995 s. 93 ja s. 126.

⁵⁰ Panttioikeuden asema on tietysti suhteessa vahvempi kuin MK 14:1:n mukaisten erityisten oikeuksien, sillä panttivelkojalla on MK 17:10.2:n perusteella laajempi mahdollisuus saada vilpittömän mielen suojaa kiinteistön luovutuksensaajaa kohtaan kuin erityisen oikeuden haltijalla.

sioon sovellettiin aina sitomattomuusperiaatetta. Aiempi erityinen oikeus ei siten sitonut myöhempää luovutuksensaajaa ilman erityisen sitovuusperusteen olemassaoloa.

MK:n järjestelmän taustalla on ajatus, ettei enää ole olemassa perusteita näkemykselle, jonka mukaan omistusoikeus olisi kaikkia muita kiinteistöön kohdistuvia oikeuksia vahvempi. Vaikka kiinteistöön kohdistuvien oikeuksien aiempaa tasa-arvoisempi kohtelu on yksi MK:n keskeisistä muutoksista sitä ennen vallinneeseen oikeustilaan,⁵¹ tasa-arvoisuus omistusoikeuden kanssa ei kuitenkaan liity kaikkiin kiinteistöön kohdistuviin erityisiin oikeuksiin.

Kuten edellä todettiin, oikeuksien jako kirjaamiskelpoisiin ja kirjaamiskelvottomiin heijastaa jakoa tarkoituksenmukaisiin ja epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin. Tarkoituksenmukaisten ja epätarkoituksenmukaisten oikeuksien kollisiossa epätarkoituksenmukainen oikeus joutuu väistymään.

Edes kaikki kirjaamiskelpoiset oikeudet eivät ole tasa-arvoisessa asemassa omistusoikeuteen nähden. Omistusoikeuden kanssa tasa-arvoisia kirjaamiskelpoisia erityisiä oikeuksia ovat ainoastaan MK 14:1:n mukaan kirjattavat erityiset oikeudet. Kirjaamiskelpoisia erityisiä oikeuksia ovat myös MK 14:3:n mukaan kiinteistön yhteisomistajan oikeus, joka perustuu kiinteistön hallinnanjakoa koskevaan sopimukseen, sekä MK 14:4:n mukaiset kiinteistöllä olevaa rakennusta tai laitetta koskevat oikeudet. Nämä sekä muut, kirjaamiskelvottomat erityiset oikeudet ovat edelleen omistusoikeutta heikompia oikeuksia. Mikäli MK 14:3 tai 14:4:n mukaan kirjaamiskelpoinen oikeus joutuu kollisioon myöhemmän luovutuksen kanssa, oikeus sitoo, jos se on kirjattu ennen luovutusta. Ellei oikeutta ole kirjattu, se sitoo luovutuksensaajaa vain, jos tämä oli oikeudesta tietoinen (MK 3:8).⁵²

7.2.3.3. *Sitomattomuussääntö kollisionratkaisun perustana*

a. *Sitomattomuusperiaattele rakentuvat kollisionratkaisusäännöt.* Edellä on päädytty siihen, että luotonantajan oikeus, joka perustuu omistajan kompetenssinrajoitukseen, ei ole samanvahvuinen omistusoikeuden ja panttioikeuden kanssa. Kompetenssinrajoitusehdon ja myöhemmän luovutuksen tai panttioikeuden väliin kollisioon ei siten sovelleta lähtökohtaistakaan aikaprioriteettia. Tämä ei kuitenkaan merkitse, etteikö kompetenssinrajoitusehto voisi sitoa siitä tietoista myöhempää panttivelkojaa tai luovutuksensaajaa. Tällöin kollisionratkaisun lähtökohtana olisi luotonantajan oikeuden sitomattomuus, josta kuitenkin voitaisiin poiketa sekunduksen tietoisuuden perusteella. Tällainen kollisionratkaisusääntö sisältyy MK 3:8:ään, joka koskee omistusoikeuden ja muiden kuin MK 14:1:n mukaisten erityisten oikeuksien eli keskenään erivahvuisten oikeuksien kollisiota. MK 3:8:n mukaan kiinteistöön oikeustoimella perustettu muu kuin MK 14:1:n mukaan kirjaamiskelpoinen erityinen oikeus sitoo kiinteistön ostajaa vain, jos hän kauppaa tehtäessä tiesi oikeudesta.

⁵¹ Ks. HE 1994:120 s. 8 ja s. 28 sekä esim. Niemi 1997 s. 6.

⁵² Ks. HE 1994:120 s. 68 ja Jokela – Kartio – Ojanen 1997 s. 326. Ks. myös Tepora 2000 s. 238–239 ja Vainio OTJP 2000, jotka ovat suhtautuneet sääntelyyn kriittisesti.

Sivullissitovuuden kannalta merkityksellinen julkisuus voi MK:ssa siten perustua paitsi kirjaamiseen, jolloin kolmannen presumoidaan olevan tietoinen oikeudesta, myös kolmannen tosiasialliseen tietoon, jolloin oikeus on saavuttanut tosiasiallisen julkisuuden.

Luovutuksensaajan tietoisuuden hyväksyminen MK 3:8:ssä sitovuusperusteeksi aiempaan erityiseen oikeuteen nähden merkitsee muutosta aikaisemmin vallinneeseen oikeustilaan. Aiemmin erityisten oikeuksien ei pääsääntöisesti katsottu voivan sitoa luovutuksensaajaa yksin sillä perusteella, että tämä tiesi aiemmista oikeuksista. Tietoisuudella oli sitovuusperusteena merkitystä ainoastaan JL 183.2 §:ssä, jonka mukaan tilan määräalan luovutus sitoi myöhempää kiinteistön luovutuksensaajaa, jos tämä oli luovutuksesta tietoinen, vaikka määräalan erottamisoikeuden vakuudeksi ei ollutkaan vahvistettu pysyvyyssiinnitystä.⁵³ Säännöksellä ei ollut vaikutusta tietoisuuden merkitykseen sitovuusperusteena muissa kollisiotilanteissa. Sitä pidettiin ainoastaan tätä erityistapausta koskevana sääntönä, joka ei ilmentänyt yleistä periaatetta. Pikemminkin sitä pidettiin poikkeuksena, joka vahvisti pääsäännön, että sekunduksen tietoisuudella ei ollut vaikutusta oikeuden sitovuuteen.⁵⁴ Erityisten oikeuksien lähtökohtaisesta sitomattomuudesta ei oikeuskäytännössä yleisesti poikettuakaan sekunduksen tietoisuuden perusteella.⁵⁵

Luovutuksensaajana olleen sekunduksen tietoisuudelle aiemmin perustetusta määräalan erottamisoikeudesta annettiin oikeuskäytännössä kuitenkin merkitystä jo silloin, kun tätä kollisiota koski AJ 36 §, jonka mukaan oikeus sitoi sekundusta vasta kun tämä oli hyväksynyt oikeuden. Luovutuksensaajan tietoisuuden katsottiin tarkoittavan joko että hän oli *hyväksynyt* oikeuden itseään sitovaksi tai että hän oli *tarkoittanut* kaupan ehtona olevan oikeuden pysyttämisen.⁵⁶ Koska pelkkää sekunduksen tietoa ei hyväksytty sitovuusperusteeksi, sekunduksen tiedosta tehtiin päätelmiä hänen tahtonsa nähden, jotta olisi saavutettu lopputulokseltaan oikeuspoliittisesti kestävä kollisionratkaisu.⁵⁷

Silloin kun primuksen oikeuden pysyvyyden vakuudeksi ei ollut vahvistettu kiinnitystä, lähtökohtaisesta sitomattomuusperiaatteesta voitiin pääsääntöisesti poiketa vasta, kun luovutuksensaaja *hyväksyi* aiemman erityisen oikeuden it-

⁵³ Pysyvyyssiinnityksen oikeusvaikutuksista ks. esim. *Koulu – Tepora* 1989 s. 52–53.

⁵⁴ Ks. kysymyksestä lähemmin esim. *Kartio* LM 1969 s. 563–564 viitteineen, *Hyvönen* 1970 s. 314–319 sekä *Zitting* LM 1970 s. 833–835. Ks. myös *Wirilander* LM 1975 s. 215.

⁵⁵ Ks. esim. KKO 1928 II 2, KKO 1929 II 468, KKO 1968 II 53, KKO 1985 II 131 ja KKO 1992:157. Vrt. kuitenkin KKO 1923 p. II 1192, KKO 1931 II 347, KKO 1932 I 51, KKO 1933 II 171, KKO 1944 II 145, KKO 1949 II 369 ja KKO 1973 II 20, joissa tietoisuuteen on kiinnitetty huomiota, mutta joiden osalta ei voida kuitenkaan selkeästi päätellä, että tietoisuus olisi ollut sitovuusperuste. Ks. myös *Tuomisto* 1993 s. 134–136.

⁵⁶ KKO 1933 II 268, KKO 1935 II 544, KKO 1937 II 61, KKO 1950 II 454, KKO 1963 II 110 (ään.), KKO 1968 II 71 (ään.), KKO 1970 II 40 ja KKO 1977 II 93. Ks. myös *Hyvönen* 1970 s. 316–317 viitteineen.

⁵⁷ *Tepora* (1984 s. 163 ja s. 641–642) on kutsunut sekunduksen tietoisuudesta johdettua presumoitua hyväksymistä kvalifioiduksi tiedoksi sitovuusperusteena. Vrt. *Tuomisto* 1988 s. 260 alav. 7, jossa hän ei pidä kvalifioidun tiedon käsitettä suotavana. Tuomiston mukaan on parempi puhua tiedon merkityksestä sopimustulkinnassa tai hiljaisesta hyväksymisestä, kun halutaan erottaa tieto sitovuusperusteena ja tiedosta tehtyjen päätelmien vaikutus sitovuuteen. Ks. myös *Kartio* 1991 s. 120, jonka mukaan tietoisuutta ei tulisi asettaa sitovuusperusteeksi siksi, että sen perusteella ehkä voidaan päätellä hiljaisen hyväksymisen tapahtuneen (vrt. *sama* 1974 s. 285) ja lisäksi esim. *Muukkonen* LM 1974 s. 527. Tietoisuus ja hyväksyminen sitovuusperusteina tulisi siis pitää erillään.

seään sitovaksi.⁵⁸ Erityisen oikeuden pysyvyys oli siten riippuvainen sekunduksen *tahdosta*. Sopimukseen perustuvien kompetenssia rajoittavien ehtojen osalta tällainen suhtautumistapa merkitsi, että ne eivät koskaan voineet sitoa luovutuksensaajaa. Luovutuksensaajan hyväksyminenhan olisi kompetenssinrajoitusehdon osalta tarkoittanut, että luovutuksensaaja olisi hyväksynyt saantonsa pätemättömyyden.

MK:n järjestelmä tuntee toisaalta myös kollisionratkaisusääntöjä, joiden mukaan aiempi oikeus ei sido myöhempään oikeudenhaltijaan nähden eikä tästä sitomattomuudesta voida poiketa edes sekunduksen tietoisuuden perusteella. Tällaiset ratkaisusäännöt koskevat kollisioita omistusoikeuden, MK 14:1:n mukaan kirjattavan erityisen oikeuden sekä panttioikeuden ja sellaisen oikeuden välillä, jonka sivullissitovuutta ei ole pidetty tarkoituksenmukaisena. Nämä oikeudet ovat kirjaamiskelvottomia erityisiä oikeuksia heikompia oikeuksia. Kyseisen tyyppinen kollisionratkaisusääntö sisältyy kiinteistön esisopimusostajan ja myöhemmän luovutuksensaajan välisestä kollisionratkaisusta säättävään MK 2:7:ään sekä panttaussitoumuksen saajan ja myöhemmän panttioikeuden saajan tai luovutuksensaajan välisestä kollisiosta säättävään MK 17:3:ään.

Seuraavassa tarkastellaan lähemmin, kumpaa näistä sitomattomuusperiaatteelle rakentuvasta kollisionratkaisusäännöstä sovelletaan käsillä olevassa kollisiotilanteessa, jossa primuksena on kompetenssinrajoitusehdon suojakseen vaatinut luotonantaja ja sekunduksena panttivelkoja tai luovutuksensaaja.

b. Soveltuuko MK 3:8? Sanamuotonsa mukaan MK 3:8 koskee *luovutuksensaajan* sidottuisuutta aiempaan erityiseen oikeuteen tietoisuutensa perusteella. Kollisiossa myöhempää luovutuksensaajaa kohtaan säännöksen sanamuoto ei tältä osin tuota ongelmia. Säännös soveltuu lähtökohtaisesti suoraan kollisioon, jossa sekunduksena on myöhempi luovutuksensaaja. Ongelmallisempaa sen sijaan on säännöksen soveltaminen kollisioon, joka syntyy, kun panttauskompetenssia rajoittavaa ehtoa on rikottu. Tällöin on kysymys luotonantajan oikeuden sitovuudesta *pantinsaajaa* kohtaan. Koska MK 3:8 ei suoraan koske oikeuksien sitovuutta pantinsaajaa kohtaan, se voi tulla sovellettavaksi panttauskompetenssinrajoitusten ja myöhemmän panttioikeuden väliseen kollisioon korkeintaan analogisesti.⁵⁹ Kysymykseen MK 3:8:n analogisesta soveltamisesta tai sen ilmentämän periaatteen soveltamisesta palataan laajemmin jäljempänä. Sitä ennen tarkastellaan lähemmin MK 3:8:n soveltuvuutta kollisiossa myöhempää luovutuksensaajaa kohtaan. Tähän kollisiotilanteeseen MK 3:8 näyttäisi siis lähtökohtaisesti soveltuvan.

⁵⁸ Erilaisista tavoista, joilla kiinteistön luovutuksensaajan on oikeuskäytännössä katsottu voineen hyväksyä aiemman (lailla säätlemättömän) käyttöoikeuden, ks. *Wirlander* LM 1975 s. 215.

MVL 12 §:n perusteella MVL:n mukainen vuokraoikeus sitoi (ja sitoo edelleen) kiinteistön luovutuksensaajaa myös silloin, kun vuokramies oli ottanut alueen haltuunsa. Samoin asuinhuoneiston ja liikehuoneiston vuokrasopimus sitoo ASHVL 38 § ja LiikHVL 31 §:n mukaan huoneiston uutta omistajaa, jos vuokralainen on ennen luovutusta ottanut huoneiston hallintaansa.

⁵⁹ Panttivelkojan asemaa koskevia säännöksiä sisältyy MK 17 lukuun. Kuten edellä on todettu, nekään eivät suoraan sovellu kompetenssinrajoitusehdon synnyttämään kollisioon.

Keskeinen kysymys MK 3:8:n soveltuvuudessa kollisioon, jossa sekunduksena on luovutuksensaaja, on se, *onko kompetenssinrajoituksen tuottama oikeus säännöksessä tarkoitettu erityinen oikeus*. Lain esitöiden perusteella erityisellä oikeudella tarkoitetaan *oikeustoimella perustettua kiinteistöön kohdistuvaa toisen oikeutta*.⁶⁰ Erityisen oikeuden käsite esiintyy MK:ssa myös tätä yleistä määritelmää rajoitetummassa merkityksessä. Erityisen oikeuden käsitteellä voidaan MK:ssa tarkoittaa (1) *MK 14:1:ssä tyhjentävästi lueteltuja kirjattavia erityisiä oikeuksia*. Näitä ovat sopimukseen tai muuhun oikeustoimeen perustuvat toisen omistamaa kiinteistöä koskevat vuokraoikeus tai muu käyttöoikeus, eläkeoikeus, metsänhakkuuoikeus sekä oikeus ottaa maa-aineksia tai kaivoskivennäisiä taikka muu näihin verrattava irrottamisoikeus. Erityisellä oikeudella voidaan tarkoittaa myös (2) muita *MK 14 luvussa tyhjentävästi lueteltuja kirjaamiskelpoisia erityisiä oikeuksia*. Niitä ovat MK 14:3:n mukainen oikeus, joka perustuu kiinteistön yhteisomistajien keskinäiseen sopimukseen kiinteistön hallinnasta sekä MK 14:4:n mukainen elinkeinotoiminnassa käytettävää rakennusta tai laitetta koskeva muulle kuin kiinteistön omistajalla kuuluva oikeus.⁶¹

MK:ssa ja sen esitöissä ei ole määritelty sitä (3) erityisten oikeuksien kategoriaa, jota MK 3:8 koskee. Kirjallisuudessa onkin yhtäältä nimenomaisesti korostettu, että oikeudelle ei ole asetettu mitään tiettyjä edellytyksiä, joiden tulisi täytyä, jotta oikeus kuuluisi tähän erityisten oikeuksien kategoriaan. MK 3:8:ssä tarkoitettu muu erityinen oikeus voi tämän kannan mukaan olla *mikä tahansa inter partes sitova kiinteistöön kohdistuva toisen oikeus, joka ei ole MK 14:1:n mukaan kirjattava oikeus*.⁶²

Esimerkkeinä MK 3:8:ssä tarkoitetuista erityisistä oikeuksista on mainittu oikeudet, jotka voidaan kirjata muun säännöksen kuin MK 14:1:n mukaan. Tällainen oikeus on MK 14:4:n mukaan kirjaamiskelpoinen sivullisen oikeus kiinteistölle tuotuun tai siltä luovutettuun rakennukseen, rakennelmaan, koneeseen ja laitteeseen sekä MK 14:3:n mukaan kirjaamiskelpoiseen kiinteistön hallinnan jakoa koskevaan sopimukseen perustuva yhteisomistajan oikeus.⁶³ MK 3:8:n tar-

⁶⁰ Ks. HE 1994:120 s. 68.

⁶¹ Ks. lähemmin Jokela – Kartio – Ojanen 1997 s. 301–309.

⁶² Jokela – Kartio – Ojanen 1997 s. 170–174 ja s. 293.

⁶³ Jokela – Kartio – Ojanen 1997 s. 174 ja s. 301–302. Kuten jo edellä eri otteissa on viitattu, oikeuskirjallisuudessa (Tepora 2000 ja Vainio OTJP 2000) on esitetty kritiikkiä, jonka mukaan ei ole systemaattisesti eikä oikeuspoliittisesti perusteltua, että muiden kuin MK 14:1:n mukaan kirjaamiskelpoisten erityisten oikeuksien (MK 14:3–4) ja myöhemmän kiinteistön luovutuksensaajan oikeuden välisen kollisioon ratkaisuun sovelletaan aikaprioriteettisäännön sisältävän MK 3:7:n sijasta sitomattomuussäännön perustavaa MK 3:8:ää.

Sääntelyä voidaanakin pitää oikeuspoliittisesti tietyllä tavalla ristiriitaisena. Voidaan nimittäin perustellusti ajatella, että kun oikeus voidaan kirjata, sitä pidetään tarkoituksenmukaisena oikeutena. Tähän nähden on ristiriidassa, että MK 14:3–4:n mukaan kirjattavien oikeuksien joutuessa kollisioon kiinteistön luovutuksensaajan oikeutta vastaan kollisioon ratkaisuperiaatteena on epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin liitetty sitomattomuus. Oikeuksien heikompa sitovuutta kaksoisdisponointitilanteessa voidaan kuitenkin perustella näkökohdilla, jotka liittyvät siihen, että esimerkiksi MK 14:4:n mukaiset oikeudet ovat tyypiltään täysin erilaisia kuin MK 14:1:ssä tarkoitettut perinte-

koittamia erityisiä oikeuksia ovat myös oikeudet, joita ei voida kirjata. Keskeisen ryhmän MK 3:8:n mukaisia muita erityisiä oikeuksia muodostavat sopimusrasitteet eli kiinteistökohtaiset, usein pysyväksi tarkoitetut sopimuksella perustetut oikeudet, kuten oikeus käyttää kiinteistöllä olevaa tietä, kaivoa tai rantaa. Nämä oikeudet voivat olla sinänsä tyypiltään MK 14:1.1:n mukaisia, mutta ne eivät kuitenkaan ole kirjaamiskelpoisia MK 14:1.2:n mukaan (oikeus on sovittu pysyväksi tai perustettu kiinteistön hyväksi).⁶⁴

Jokelan, Kartion ja Ojasen mukaan hallinnanjakosopimukseen perustuva oikeuskin on (toisen kiinteistöön kohdistuva) erityinen oikeus.⁶⁵ Aiemmin tällaisen sopimuksen pysyvyyden vakuudeksi ei voinut vahvistaa kiinnitystä, koska kyseessä ei katsottu olleen KiinA 1 §:n mukainen toisen kiinteistöön kohdistuva oikeus.⁶⁶ Nähdäkseni myös nykyään on tulkinnanvaraista, onko kyse erityisestä oikeudesta, jos erityisen oikeuden käsite määritellään oikeudeksi käyttää *toisen* omistamaa kiinteistöä. Tarkalleen ottaen hallinnanjakosopimuksella perustetussa oikeudessa on nimittäin kysymys oikeudesta käyttää *yhteisen* kiinteistön määrättyä osaa. Selvää luonnollisesti on, että tällainen oikeus on kirjaamiskelpoinen MK 14:3:n nojalla. On myös oikeuspoliittisesti perusteltua, että oikeus sitoo ainakin siitä tietoista kiinteistön luovutuksensaajaa.

MK 14:5:n mukainen ainesosamääritys ei täytä erityisen oikeuden kriteerejä. Ensinnäkään kysymys ei ole oikeustoimella perustetusta oikeudesta ja toiseksi oikeus ei kohdistu toisen kiinteistöön. Siihen ei sovelleta MK 3:8:ää. Oikeusvaikutukset sivullisiin perustuvat siten vasta kirjaamiseen.⁶⁷

Myöskään esisopimusostajan oikeus tai panttaussitoumuksen saaneen velkojan oikeus eivät ole MK 3:8:ssä tarkoitettuja erityisiä oikeuksia vaan näitä heikompia oikeuksia. Esisopimusostajan ja panttaussitoumuksen saaneen velkojan oikeuden sitovuudesta on MK:ssa omat säännöksensä. Niiden jäämistä erityisen oikeuden käsitteen ulkopuolelle voidaan perustella sillä, että ne eivät vielä perusta oikeutta toisen kiinteistöön. Niiden osalta on pikemminkin kyse oikeudesta tulevaisuudessa saada toisen kiinteistöön kohdistuva oikeus.⁶⁸ Myöskään niin sanotun salaisen omistajan oikeus ei ilmeisesti ole MK 3:8:ssä tarkoitettu oikeus.⁶⁹

set erityiset oikeudet. Voidaan perustellusti ajatella myös, että vaikka MK 14:4:n mukaan kirjaamiskelpoisia erityisiä oikeuksia pidetään tarkoituksenmukaisina, niiden sivullissitovuus on tarkoituksenmukaista kytkeä tilanteeseen, jossa oikeus on tullut julki. Kysymykseen ei tässä yhteydessä voida puuttua lähemmin.

⁶⁴ Ks. *HE 1994:120* s. 68 ja myös *Jokela – Kartio – Ojanen 1997* s. 173.

⁶⁵ *Jokela – Kartio – Ojanen 1997* s. 174. Ks. myös s. 301–302.

⁶⁶ KiinA:n aikaisesta oikeuskäytännöstä ks. KKO 1947 I 3 ja KKO 1982 II 75. Ks. myös *HE 1994:120* s. 11.

⁶⁷ Ks. *Jokela – Kartio – Ojanen 1997* s. 174–175 ja s. 313.

⁶⁸ Esisopimuksen osalta ks. *Jokela – Kartio – Ojanen 1997* s. 53 ja *Niemi 1997* s. 153. Niemi pitää kuitenkin mahdollisena (s. 154), että myöhemmän ostajan tietoisuus voitaisiin hyväksyä MK 3:8:n osoittaman yleisen periaatteen mukaisesti poikkeukselliseksi sitovuusperiaatteeksi. Esisopimusostajan oikeus rinnastettaisiin silloin käsillä olevassa tilanteessa MK 3:8:n mukaisiin erityisiin oikeuksiin. *Muukkonen* (DL 1998 s. 828) on puolestaan esittänyt, että esisopimusta tai oikeammin siihen perustuvaa oikeutta voitaisiin pitää jopa MK 14:1:n mukaan kirjattavana erityisenä oikeutena. Muukkoson kannalle on vaikea nähdä normatiivisia perusteita. Esisopimusostajan oikeusasemasta ks. myös *Jokela – Kartio – Ojanen 1997* s. 53–54.

⁶⁹ *Jokela – Kartio – Ojanen 1997* s. 268 ja s. 426 sekä *Niemi 1997* s. 65. Salaisen omistajan oikeus voidaan määrittää (julkioimistajaan kohdistuvaksi) oikeudeksi saada kiinteistön omistusoikeus. *Zit-*

Kun luotonsaaja sitoutuu olemaan panttaamatta tai luovuttamatta kiinteistöään, hänen velvollisuuttaan vastaa luotonantajan subjektiivinen oikeus vaatia kiinteistön omistajaa olemaan perustamatta omaisuuteensa panttioikeutta tai olemaan luovuttamatta omaisuuttaan. MK 3:8:n soveltumisen kannalta keskeinen kysymys tällöin on, koskeeko oikeus toisen omistamaa kiinteistöä vai perustaako se luotonsaajalle vain henkilökohtaisen velvoitteen. Nähdäkseni toisen kiinteistöön kohdistuvalla oikeudella voidaan MK 3:8:ssä tarkoittaa myös esimerkiksi luotonantajan sopimusperusteeseen kompetenssinrajoitukseen perustuvaa oikeutta luotonsaajan kiinteistöön.

Esimerkiksi Norjassa ja Tanskassa kompetenssinrajoituksia on pidetty kiinteistöä koskevin oikeuksina. Siellä kysymys on noussut esiin harkittaessa oikeuden kirjaamisen edellytyksen täyttymistä. Kirjaamisen edellytyksenä nimittäin on, että oikeus koskee kiinteistöä. Norjassa poikkeuksen kirjaamismahdollisuudesta on katsottu muodostavan sen, että luonteeltaan kiinteistönomistajan henkilökohtaista velvoitetta ei voida kirjata.⁷⁰ Henkilökohtaisen oikeuden kirjaamiskelvottomuuden on kuitenkin katsottu koskevan ainoastaan henkilökohtaisia velvoitteita aktiiviseen toimintaan. Velvoite olla tekemättä jotakin on katsottu voitavan kirjata, mikäli velvoite koskee tiettyä omaisuutta. Sitoumus olla panttaamatta tiettyä kiinteää omaisuutta voidaan kirjata, vaikka sen voikin täyttää ainoastaan luotonsaaja eli kiinteistön omistaja henkilökohtaisesti.⁷¹ Myös Tanskan oikeuden mukaan panttauskompetenssinrajoitus on katsottu mahdolliseksi kirjata kiinteistöä koskevana panttausrajoituksena, jonka mukaan kiinteistön omistaja ei saa ilman velkojan suostumusta perustaa kiinteistöön panttioikeutta.⁷²

ting (LM 1956 s. 562) on kutsunut tätä oikeutta sekundääriseksi oikeudeksi kiinteistöön. Sivullisia salaisen omistajan oikeus ei lähtökohtaisesti sido. Keskustelua on kuitenkin käyty siitä, voisiko salainen omistus sitoa siitä tietoisista (vilpillisessä mielessä ollutta) sekundusta. Sekunduksen vilpittömän mielen vaatimuksen ovat kirjallisuudessa aikaisemman lain aikana esittäneet *Zitting* (LM 1956 s. 568–569) ja *Majamaa* (DL 1986 s. 253–258). MK:n järjestelmässä tietoisuutta sitovuusperusteena voidaan puoltaa MK 3:8:n ilmentämällä yleisellä periaatteella. Tietoisuuden hyväksymistä sitovuusperiaatteeksi voidaan kuitenkin kritisoida lähtien esineoikeudelliseen julkisuusperiaatteeseen liittyvistä näkökohdista. Näitä näkökohtia painotettaessa päädytään siihen, että omistussuhteiden tulee sivullisiin nähden ratketa objektiivisten kriteerien mukaan, ks. esim. *Koulu* OTJP 1987 s. 205 ja *Aarnio – Helin* 1992 s. 105–106. Ks. myös NJA 1985 s. 97. *Lohen* (LM 1993 s. 623–624) mukaan kiinteistön salaisen omistajan oikeuden sitomattomuus sivullisia kohtaan voidaan perustaa suoraan siihen, että salaisella omistajalla ei ole kiinteistönkauppaan perustuvaa luovutussuantoa, koska tällainen saanto edellyttää MK:n määrämuodon mukaan ostajan nimen mainintaa kauppakirjassa.

⁷⁰ *NOU* 1982:17 s. 104 ja *Harbek – Solem* 1990 s. 98–99. Ks. lisäksi *Falkanger* 2000 s. 494–495, jossa myös esimerkkejä tästä syystä kirjaamiskelvottomista oikeuksista.

⁷¹ *Rådsegn* 8 s. 47, *Kröger* 1991 s. 69 alav. 13, *Brækhus* 1994 s. 296 ja *Opperud* 1994 s. 47–48. Kirjattavista oikeuksista ks. myös *Lilleholt* 1999 s. 49–50, jossa panttauskielto mainitaan nimenomaisesti.

⁷² Ks. *Willumsen* 1997 s. 24. Oikeuskäytännössä panttauskompetenssinrajoituksen kirjaamiskelpoisuus on ollut esillä ratkaisussa UfR 1987 s. 713 V. Siinä keskeisenä kysymyksenä oli, estääkö sitoumuksen käyttöö pantin surrogaattina kirjaamisen. Ratkaisun mukaan sitoumus olla panttaamatta kiinteistöä voitiin kirjata sitoumuksen tällaisesta tarkoituksesta huolimatta. Tarkoitus kiertää panttaus ei estänyt kirjaamista. Ks. ratkaisusta myös *Lyngé Andersen – Werlauff* 1993 s. 95 ja s. 118.

Ks. myös *Vinding Kruse* 1951 s. 1018. Hänen mukaansa vaikka erilaisia vallinnanrajoituksia voidaan pitää oikeuksien vastakohtana, ne kuitenkin palvelevat jotakin oikeudellisesti suojattavaa intressiä eli oikeutta ja ovat siten esimerkiksi kiinteistöä koskevin TL 1 §:n mukaisia oikeuksia, jotka voidaan kirjata sivullissuojan saamiseksi.

Toisaalla oikeuskirjallisuudessa MK 3:8:n mukaisen erityisen oikeuden käsitettä on kuitenkin rajattu edellä esitetystä. On todettu, että omistajan sopimukseen perustuva käyttövallan rajoitus, joka perustaa oikeuden vaatia omistajaa olemaan käyttämättä kiinteistöä tietyllä tavalla, ei pääsääntöisesti ole MK 3:8:ssä tarkoitettu erityinen oikeus.⁷³ Kanta lieenee perustettavissa MK 10:2:n yleiseen erityisen oikeuden kirjaamista koskevaan säännökseen. Säännöksen ensimmäinen momentti nimittäin kuuluu seuraavasti (kursivointi *ETS*): ”Sopimukseen perustuva *oikeus käyttää toisen omistamaa kiinteistöä* kirjataan erityisenä oikeutena.” Ainakin kirjattavalla erityisellä oikeudella voidaan tämän perusteella MK:ssa tulkita tarkoitettavan (vain) oikeutta käyttää toisen omistamaa kiinteistöä. Samoin kuin sopimusperusteisiin käyttövapauden rajoituksiin perustuvien oikeuksien myös sopimusperusteisiin oikeudellisen kompetenssin rajoituksiin perustuvien oikeuksien voitaisiin tällöin nähdä jäävän erityisen oikeuden käsitteen ulkopuolelle. Yksin MK 10:2 ei kuitenkaan rajoita MK 3:8:ssä tarkoitettua erityisen oikeuden käsitettä.

Kompetenssinrajoitusehtoihin perustuvan oikeuden jäämistä MK 3:8:ssä tarkoitettua erityisen oikeuden käsitteen ulkopuolelle tukee kuitenkin se, että erityisen oikeuden käsitteellä näyttää MK:n osalta yleensä ymmärretyn oikeutta, joka supistaa omistajan oikeutta niin, että erityisestä oikeudesta tietoinen on velvollinen sallimaan siihen perustuvan toiminnan omaisuutensa osalta. Tämä käy impliittisesti ilmi lainvalmistelutöistä ja oikeuskirjallisuudesta. Se käy myös suoraan ilmi edellä mainitusta MK 10:2:stä. Kompetenssinrajoitusten sitovuus niistä tietoista luovutuksensaajaa ja pantinhaltijaa kohtaan merkitsee puolestaan, että näiden oikeus väistyy kokonaan. Tehokas kompetenssinrajoitus estää siten täysin sekunduksen oikeuden. Ehtojen sitovuus sekundukseen vaikuttaisi siten eri tavalla kuin niiden oikeuksien sitovuus, joita ensi sijassa on pidetty silmällä.

Nämä perusteet eivät kuitenkaan nähdäkseni ole riittävän painavia rajaamaan MK 3:8:n tarkoittaman erityisen oikeuden käsitettä. On luonnollista lähteä ajatuksesta, että MK:ta säädettäessä on erityisten oikeuksien käsitteen osalta pidetty silmällä ennen kaikkea normaalitilanteita, joissa erityinen oikeus supistaa omistajan oikeutta, mutta ei johda sen väistymiseen kokonaan. Tämän ei kuitenkaan tarvitse tarkoittaa, että oikeudet, joita nimenomaisesti ei ole pidetty silmällä, jäisivät normaalitilanteita koskevan kielenkäytön vuoksi erityisen oikeuden käsitteen ulkopuolelle.

Nähdäkseni luotonantajan sopimusperusteiseen kompetenssinrajoitukseen perustuva oikeus luotonsaajan kiinteistöön on MK 3:8:ssä tarkoitettu erityinen oikeus. Se sitoo siitä tietoista myöhempää luovutuksensaajaa. Kuten edellä todettiin, MK 3:8 ei koske suoraan kollisiota suhteessa myöhempään pantinsaajaan. Tähän nähden MK 3:8:n kollisionratkaisusääntö voi vaikuttaa lähinnä ilmentämänsä periaatteen nojalla.

⁷³ *Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander* 1998 s. 66–68.

c. Ilmentääkö MK periaatetta, jonka mukaan tietoisuus on yleinen sitovuusperuste? Rehellisen vaihdannan edistäminen ja siihen liittyen suojan puuttuminen vilpillisessä mielessä olevalta on MK:n järjestelmän keskeinen piirre. Se ilmenee esimerkiksi siitä, että lainhuuto- ja kiinnitysrekisterin julkinen luotettavuus on luottamuksensuojaa eli vilpittömän mielen suojaa. Virheellisiin tai puutteellisiin rekisterimerkintöihin voi vedota suojakseen vain se, joka ei oikeustoimeen ryhtyessään tiennyt ja jonka ei pitänytkaan tietää, että rekisteriin kirjatut tiedot ovat virheellisiä tai puutteellisia.⁷⁴ Sitä tukee myös esimerkiksi MK 3:8. Siinä omaksettua ratkaisu sekunduksena olevan ostajan tiedosta sitovuusperusteena heijastaa vilpittömän mielen suojan ja luottamuksensuojan periaatteelle annettua merkitystä ja on yhdenmukainen sen kanssa. Kuten edellä on todettu, luottamuksensuojaperiaatteen kanssa olisi ristiriidassa se, että henkilö, joka on oikeudesta tietoinen, voisi saada suojaa tätä oikeutta kohtaan.

Kuten edellä on todettu, MK 3:8 on tuonut muutoksen aiempaan oikeustilaan kirjaamiskelvottoman erityisen oikeuden sitovuuden osalta. Aiemmin se ei sitonut siitä tietoistakaan luovutuksensaaajaa.⁷⁵ Lainhuuto- ja kiinnitysrekisterin julkisen luotettavuuden periaate on puolestaan tuonut muutoksen aiempaan oikeustilaan myös kirjaamiskelpoisten, mutta kirjaamattomien erityisten oikeuksien sitovuuden osalta. Aiemmin kirjaamiskelpoinen, mutta kirjaamaton erityinen oikeus ei voinut oikeuskäytännön mukaan sitoa edes siitä tietoista luovutuksensaaajaa.⁷⁶

Julkisen luotettavuuden periaatteen ja siihen liittyvän sääntelyn (MK 13:3, 3:6, 3:7, 17:10, 13:4, 17:11) sekä MK 3:8:n voidaan ajatella merkitsevän, että tietoisuus voitaisiin kiinteistöoikeudessa hyväksyä yleisesti sitovuusperusteeksi. Näiden säännösten voidaan katsoa ilmentävän yleistä periaatetta, jonka mukaan tietoisuus on sitovuusperuste. Oikeuskirjallisuudessa onkin tuotu esiin mahdollisuuksia perustaa tietoisuuden sitovuusvaikutus MK 3:8:n ilmentämään yleiseen periaatteeseen silloin, kun käsillä olevaa oikeutta ei voida pitää MK 3:8:n mukaisena erityisenä oikeutena eikä sen sivullissitovuudesta ole erikseen säädetty.⁷⁷

⁷⁴ Ks. HE 1994:120 s. 22 ja s. 89 sekä Jokela – Kartio – Ojanen 1997 s. 197, s. 204 ja s. 419.

⁷⁵ Ks. esim. KKO 1985 II 131 (ään.). Siinä määräämättömäksi ajaksi sovittu soranotto-oikeus, jota ei ollut pidätetty oikeuden haltijalle soranottoalueen käsittävän määräalan kaupassa, ei tullut ostajaa sitovaksi sillä perusteella, että tämä oli kaupan tapahtuessa tiennyt oikeudesta ja siitä, että oikeuden haltija edelleenkin käytti oikeutta hyväkseen. Edes tietoisuus yhdessä oikeuden havaittavan käytön kanssa ei siten vaikuttanut (kirjaamiskelvottoman) oikeuden sitovuuteen. Ks. myös Tuomisto 1993 s. 99–100. Ratkaisuun on oikeuspoliittisesta näkökulmasta suhtautunut kriittisesti Kartio LM 1986 s. 125–128. Ks. myös sama JJ 1985 s. 154–155.

⁷⁶ Ks. esim. KKO 1928 II 2, KKO 1929 II 468, KKO 1968 II 53, KKO 1985 II 131 ja KKO 1992:157.

⁷⁷ Ks. esim. Niemi 1997 s. 65, jossa hän nostaa esiin kysymyksen, voitaisiinko salaista omistajaa (Niemi käyttää termiä piilo-omistaja) suojata sivullisia, kuten edustajan seuraajia kohtaan silloin, kun nämä ovat päämiehen oikeudesta tietoisia. Tietoisuuden sitovuusvaikutus perustuisi Niemen mukaan tällöin MK 3:8:n osoittamaan yleiseen periaatteeseen. MK 3:8:n tarkoitettuna kirjaamis-

Tilanteet, joissa tietoisuus on sitovuusperuste, on erotettava tilanteista, joissa oikeus sitoo vilpittömän mielen puuttumisen vuoksi. Edellinen tilanne koskee lähtökohtaisesti sitomatonta vaihdannan kannalta epätarkoituksenmukaisena pidettyä heikkoa oikeutta, jälkimmäinen puolestaan lähtökohtaisesti sitovaa tarkoituksenmukaisena pidettyä vahvaa oikeutta. Erityisesti tarkasteltaessa tilannetta tarkoituksenmukaisen vaihdannan näkökulmasta, yleistä periaatetta tietoisuuden merkityksestä sitovuusperusteena ei voikaan perustaa yksin siihen (yleiseen periaatteeseen), että vilpittömän mielen puuttuminen merkitsee oikeuden sitovuutta. Tämä johtuu siitä, että kysymys on oikeuksista, joiden tarkoituksenmukaisuuteen suhtaudutaan eri tavalla.

MK 3:8:n ja muiden edellä mainittujen säännösten olemassaolo ei kuitenkaan välttämättä tarkoita, että oikeusjärjestyksemme tuntisi tällaisen yleisen periaatteen.⁷⁸ Se, (1) katsotaanko kiinteistöoikeudessa olevan voimassa yleisen periaatteen, jonka mukaan tietoisuus on sitovuusperuste ja (2) miten laajalle tämä periaate ulottuu, riippuu siitä, miten erilaisia vaihdannan aspekteja eli yhtäältä rehellisen vaihdannan edistämistä ja suojaamista ja toisaalta tehokkaan (tarkoituksenmukaisen, aktiivisen ja huolellisen) vaihdannan edistämistä painotetaan.

Mitä enemmän painotetaan rehellisen vaihdannan suojaamisen tärkeyttä, sitä suuremman ja laajemman merkityksen yleinen periaate tietoisuudesta sitovuusperiaatteena lähtökohtaisesti saa. Mitä enemmän puolestaan painotetaan tehokkaan vaihdannan suojaamisen tärkeyttä, sitä todennäköisempää on, että yleistä

kelvottomana erityisenä oikeutena, jolloin MK 3:8 soveltuisi suoraan, päämiehen oikeutta ei sen sijaan Niemen mukaan voitane pitää.

Niemi on katsonut mahdolliseksi poikkeuksellisesti soveltaa MK 3:8:n ilmentämää yleistä periaatetta myös silloin, kun käsillä olevan oikeuden sivullissitovuudesta on nimenomaisia säännöksiä, joiden mukaan tietoisuus ei ole sitovuusperuste, ks. s. 154 alav. 2, jossa hän nostaa esiin ajatuksen, jonka mukaan kiinteistön myöhemmän luovutuksensaajan tietoisuus aiemmasta esisopimuksesta voisi olla poikkeuksellinen sitovuusperuste MK 3:8:n osoittaman yleisen periaatteen mukaan, vaikka esisopimusostajan oikeus onkin lähtökohtaisesti heikompi kuin MK 3:8:ssä tarkoitettun kirjaamiskelvottoman erityisen oikeuden haltijan. Tällöin MK 3:8:n ilmentämä periaate syrjäyttäisi MK 2:7:n nimenomaisen säännön. Niemi ei tuo tässä yhteydessä esiin perusteita kannalleen. Sinänsä ajatus siitä, että periaate voi riittävän painavin perustein syrjäyttää säännön, on Niemen esiin tuoman presumptiivisen positivismin mukainen.

Lisäksi Niemen mukaan esisopimusostajan asema vahvistuu tosiasiallisesti sillä, että esisopimustiedot merkitään julkisen kaupanvahvistajan ilmoituksen perusteella lainhuuto- ja kiinnitysrekisterin saantotietoihin (KirjRekA 14 §). Tällainen esisopimuksen julkistaminen saattaa sen kolmansien (mahdollisten ostajien ja luotonantajien) tietoon. Niemen mukaan esisopimuksesta tietoinen ei ole yleensä halukas rikkomaan esisopimusta, vaikka se ei olisikaan oikeudellisesti sitova, sillä tällöin on kuitenkin olemassa vaara vahingonkorvausvastuuseen joutumisesta tai siitä, että oikeustoimen mahdollinen kolluusioluonne vahvistetaan, jolloin oikeustoimi voidaan julistaa joko kokonaan pätemättömäksi tai ainakin esisopimusostajaan nähden sitomattomaksi.

⁷⁸ Kuten edellä on esitetty, esimerkiksi aikaisemmassa kiinteistöjen vaihdantaa koskevassa lainsäädännössä JL 183.2 §:n säännöstä määräalan erottamisoikeuden sitovuudesta siitä tietoista kiinteistön myöhempää luovutuksensaajaa kohtaan, vaikka määräalan erottamisoikeuden vakuudeksi ei ollutkaan vahvistettu pysyvyyskiinnitystä, pidettiin ainoastaan tätä erityistapausta koskevana sääntönä. Sen ei katsottu ilmentävän yleistä periaatetta. Päin vastoin sen nähtiin ilmentävän poikkeusta pääsäännöstä, jonka mukaan sekunduksen tietoisuudella ei ollut vaikutusta primuksen oikeuden sitovuuteen.

periaatetta tietoisuuden sitovuusvaikutuksesta rajataan. Tällöin periaatteen ulottuvuus riippuu myös siitä, miten eri oikeuksien tarkoituksenmukaisuuteen lähtökohdaisesti suhtaudutaan. Toisaalta myös rehellisen vaihdannan käsitteeseen voidaan sisällyttää ajatus siitä, että tietyt oikeudet eivät sido edes niistä tietoista seuraajaa, jos tämä sitomattomuus on ennalta oikeudenhaltijan tiedossa eikä sekundus tietoisuudestaan huolimatta ole toiminut reilun pelin sääntöjä rikkoen eli käyttäen hyväkseen primuksen oikeuden sitomattomuutta. Samoin toisaalta myös tehokkaan vaihdannan käsitteeseen voidaan sisällyttää ajatus siitä, että oikeudet sitovat niistä tietoista seuraajaa, koska tämä on voinut ennakoida oikeuden.

MK:ssa on omaksuttu sekä rehellisen vaihdannan että tehokkaan vaihdannan edistämistä ja suojaamista korostavia kollisionratkaisusääntöjä. Sekunduksen tietoisuudelle sitovuuteen vaikuttavana perusteena merkitystä antavat MK 3:8 ja julkisen luotettavuuden periaatetta toteuttavat säännöt heijastavat rehellisen vaihdannan edistämistä ja siten sitä, että tietoisuus sitovuusperusteena on yleinen periaate. Toisaalta MK:ssa omaksutut tehokkaan vaihdannan edistämistä korostavat kollisionratkaisusäännöt ilmentävät kielteistä suhtautumista tiettyjen sopimusten sivullissitovuuteen niistä tietoistakin seuraajaa kohtaan. Ne ovat puolestaan indisio siitä, että tietoisuus sitovuusperusteena ei ole yleinen periaate. Nähdäkseni rehellisen vaihdannan edistämistä korostavat säännöt ilmentävät kuitenkin parhaiten yleistä suhtautumistapaa oikeuksien sivullissitovuuteen. Julkisen luotettavuuden periaatteeseen ja MK 3:8:ään voidaan siten perustaa ajatus, jonka mukaan *kiinteistöoikeudessamme on voimassa yleinen periaate, jonka mukaan sekunduksen tietoisuudella on merkitystä primuksen oikeuden sitovuusperusteena*. Tämän periaatteen vastaisia sääntöjä on tarkasteltava poikkeuksina, jotka rajoittavat periaatteen soveltamisalaa.

d. Ulottuuko periaate tarkasteltavana olevaan kollisiotilanteeseen? Vaikka tietoisuutta sitovuusperusteena pidettäisiinkin yleisenä periaatteena, kuten tässä, siitä on silti mahdollisuus poiketa. Koska sivullissitovuutta ratkaistaessa annetaan merkitystä myös oikeuden tarkoituksenmukaisuudelle, yleinen periaate tietoisuudesta sitovuusperusteena ulottuu vain tarkoituksenmukaisena pidettyihin oikeuksiin. Keskeinen kysymys periaatteen ulottuvuudessa onkin, ovatko kompetenssinrajotusehdot ja niillä perustetut oikeudet tarkoituksenmukaisia MK:n järjestelmässä.

MK:n järjestelmässä tarkoituksenmukaisena oikeutena voitaisiin lähtökohtaisesti pitää (1) kaikkia muita paitsi niitä oikeuksia, joiden osalta on nimenomaisesti säädetty yleisestä periaatteesta poikkeavasta kollisionratkaisusta. Sekunduksen tietoisuus ei tällöin olisi sitovuusperuste esisopimukseen ja panttaussopimukseen perustuvien oikeuksien osalta. Panttauskompetenssinrajoitukseen perustuva oikeus sen sijaan olisi tarkoituksenmukainen ja tietoisuus olisi sitovuusperuste panttauskompetenssinrajotusten osalta. Toisaalta voitaisiin kuitenkin ajatella, että (2) myös muut kuin tietoisuuden sitovuusvaikutuksen ulkopuolelle rajatut oikeudet voisivat olla MK:n järjestelmässä epätarkoituksenmukaisia. Tällöin panttauskompetenssinrajoi-
tuksiin perustuva oikeus voisi osoittautua epätarkoituksenmu-

kaiseksi, jolloin sekunduksen tietoisuuskaan ei olisi sitovuusperuste.

Kuten edellä on todettu, tässä on otettu oikeuspoliittisista näkökohdista lähtökohdaksi se, että panttauskompetenssinrajoitukseen perustuvat oikeudet ovat tarkoituksenmukaisia. Tästä lähtökohdasta poikkeamista MK:n järjestelmässä kompetenssinrajoitusehtojen osalta tukee kuitenkin se, että omistajan vapauden ja normaalin määräämisvallan turvaaminen ja samalla sivullisten luottamuksen turvaaminen siihen, että omistajalla on hänelle normaalisti kuuluvat oikeudet, on MK:n järjestelmässä hyvin vahvassa asemassa. MK:ssa omaksuttu lähtökohtainen suhtautuminen omistajan kompetenssin sopimusperusteisiin rajoituksiin, joka ilmenee erityisesti MK 2:11:n säännöksestä kiinteistönkaupassa kielletyistä ehdoista, onkin se, että niitä pidetään vaihdannan kannalta epätarkoituksenmukaisina. Edellä on kuitenkin tuotu esiin näkökantoja, joiden perusteella voidaan todeta, että luotonantoon liittyvät kompetenssinrajoitukset eroavat kauppasopimuksen yhteydessä sovitusta ”tavanomaisista” kompetenssinrajoituksista niin, että niitä voidaan tämän vuoksi pitää tarkoituksenmukaisina. MK:n järjestelmässä omaksuttu suhtautuminen ei tältä osin estä tätä johtopäätöstä, toisin kuin se estää aikaprioriteettiperiaatteeseen perustuvan kollisionratkaisusäännön soveltamisen.

Kompetenssinrajoitusehtoon perustuvaa oikeutta voitaisiin kuitenkin pitää *de lege lata* epätarkoituksenmukaisena sen vuoksi, että oikeuden suoja sivullisten oikeuksia kohtaan on parhaimmillaankin epätäydellinen ja puutteellinen. Kun kirjaamalla tapahtuvaa oikeuden julkistamismahdollisuutta ei ole, suojaa on mahdollista saada korkeintaan oikeudesta tietoista sekundusta kohtaan. Suhteessa velkoihin suojaa ei voida saada lainkaan. Tätä argumenttia vastaan voidaan kuitenkin todeta, että osapuolet eivät ole edes tarkoittaneet perustaa oikeudenhaltijalle suojaa velkojakollisioissa, joten puutteelliseen suojaan perustuvalla argumentilla ei ole tältä osin merkitystä.

Siitä huolimatta, että osapuolet eivät olisi tarkoittaneetkaan perustaa velkojalle täydellistä suojaa, tämän oikeutta voidaan kuitenkin pitää suojan epätäydellisyyden vuoksi epätarkoituksenmukaisena. Tämä johtuu siitä, että vaikka osapuolet olisivatkin ottaneet huomioon puutteellisen suojan aiheuttaman riskin, oikeus voi silti haitata ulkopuolisia enemmän kuin se hyödyttää osapuolia. Voidaan nimittäin lähteä siitä, että silloin kun luotonantaja on ottanut riskin huomioon, hänen hyväkseen sovittu rajoitus ei tuota luotonsaajalle sopimussuhteen ehtojen kannalta yhtä suurta hyötyä kuin esimerkiksi sekunduksena olevaa panttivelkojaa lähtökohtaisesti sitova oikeus tuottaisi.

Vaikka esimerkiksi MK 3:8:ssä puutteellisen suojan mahdollisuus on hyväksytty ja tällaista suojaa nauttivaa oikeutta on siten pidetty riittävän tarkoituksenmukaisena, on kuitenkin huomattava, että sivullissitovuuden kattavuudella on erilainen merkitys erilaisten oikeuksien osalta. Täydellistä suojaa on pidetty erityisen tärkeänä etenkin vakuusoikeuksien osalta, ei niinkään käyttöoikeuksien osalta. Panttauskompetenssinrajoitusten osalta täydellisen suojan vaatimusta ei kuitenkaan ole syytä asettaa sen tarkoituksenmukaisuuden edellytykseksi. Kompetenssinrajoituksen funktio ei edellytä täyttyäkseen täydellistä sivullissitovuutta.

Huolimatta siitä, että lähtökohdaksi tietoisuutta sitovuusperusteena rajoittavan primuksen oikeuden tarkoituksenmukaisuuden osalta otettaisiin se, että tarkoituksenmukaisia oikeuksia olisivat kaikki muut kuin oikeudet, joiden osalta on nimenomaisesti säädetty yleisestä periaatteesta poikkeavasta kollisionratkaisusta, voidaan kysyä, eikö kompetenssinrajoitusehtoihin olisi perusteltua soveltaa kollisionratkaisusääntöä, jonka mukaan pelkkä sekunduksen tietoisuus ei ole sitovuusperuste. Voitaisiin nimittäin ajatella, että sitoumuksella olla panttaamatta omaisuutta voisi olla korkeintaan samat oikeusvaikutukset kuin sitoumuksella pantata omaisuutta. Esimerkiksi Ruotsissa luottosopimuksen yhteydessä sovittujen panttauskompetenssinrajoitusten oikeusvaikutukset on eräissä kannanotoissa rinnastettu panttaussitoumuksen oikeusvaikutuksiin.⁷⁹ Mikäli tämä otetaan lähtökohdaksi myös meillä, panttauskompetenssia rajoittava ehto ei lähtökohtaisesti sido siitä tietoista myöhempää pantinsaajaa.

Ruotsissa kompetenssinrajoituksen ja panttaussitoumuksen rinnastaminen on osin perustunut oikeuspoliittiseen näkökohtaan, jonka mukaan olisi perusteltua, että kompetenssinrajoitus sitoisi siitä tietoista sekundusta.⁸⁰ Koska meillä panttaussitoumus ei lähtökohtaisesti sido sekundusta, samanlaisella rinnastuksella päädytään päinvastaiseen tulokseen. Koska edellä esitetyt oikeuspoliittiset argumentit tukevat tietoisuuden hyväksymistä sitovuusperusteeksi, panttaussitoumusta koskevaa sääntelyä ei ole oikeuspoliittisesti perusteltua ulottaa koskemaan panttauskompetenssinrajoituksia.

Panttaussitoumusta koskevaa sääntelyä on edellä pidetty poikkeuksena periaatteeseen, jonka mukaan oikeus sitoo siitä tietoista sekundusta. Tämän vuoksi ei ole systemaattisestikaan perusteltua soveltaa MK 17:3.2:a analogisesti panttauskompetenssinrajoitukseen.

Erilaista suhtautumista kuin panttaussopimukseen voidaan puoltaa myös MK 17:3:n taustalla olevasta ajatuksesta eli siitä, että aktiivista vaihdantaa pyritään edistämään niin, että oikeudenhaltijan edellytetään tekevän oikeutensa turvaamiseksi kaikki, mikä oikeusjärjestyksen mukaan on mahdollista, ennen kuin hän voi saada oikeudelleen suojaa. Panttaussopimus on välivaihe ennen lopulliseen oikeusasemaan pääsyä, jolloin sen perusteella oikeuden saanut voi vielä turvata aktiivisesti oikeuttaan. Sen sijaan panttauskompetenssinrajoitukseen perustuvan oikeuden haltija ei enää voi aktiivisesti tehdä mitään oikeutensa turvaamiseksi. Aktiivisen vaihdannan edistämisen näkökulmasta oikeudenhaltija onkin tehnyt oikeutensa turvaamiseksi kaiken, mitä hän oikeusjärjestyksen mukaan voi. Toi-

⁷⁹ Ks. *Walin* 1995 s. 93 ja s. 126. Panttauskompetenssinrajoituksen on osaltaan rinnastanut panttaussitoumukseen myös *Lennander* 1977 s. 24, jonka mukaan panttauskompetenssin rajoituksella voi olla korkeintaan samat oikeusvaikutukset kuin panttaussitoumuksella, koska siitä, että panttauskompetenssinrajoituksella olisi oikeusvaikutuksia suhteessa kolmanteen, ei ole lain säännöstä.

⁸⁰ Edellä mainittu *Walinin* kanta heijastelee tällaista ajatusta. *Håstad* 1996 s. 451 alav. 34 on tulkinnut *Walinia* siten, että kysymys koskee sitä, miksi vilpillisessä mielessä olevan pantinsaajan ei tulisi kunnioittaa sitoumusta, jonka mukaan pantti on varattu kaikkien velkojien saatavien suorituksiksi, kun hänen on kunnioitettava aiempaa sitoumusta perustaa panttioikeus yhdelle velkojalle.

saalta juuri sen, että oikeudenhaltijalla ei ole käytössään mitään mahdollisuutta suojata oikeuttaan jollakin julkistamistoimenpiteellä, voidaan nähdä indikoivan, että oikeuden suojaamista ei ole pidetty tarkoituksenmukaisena. MK 3:8:n perusteella julkistamismahdollisuuden puuttuminen ei kuitenkaan MK:n järjestelmässä estä oikeuden sitovuutta siitä tietoiseen sekundukseen nähden.

e. Lopputulos. Periaate, jonka mukaan sekunduksen tietoisuudella on merkitystä primuksen oikeuden sitovuusperusteena, ulottuu myös luottosopimuksen yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten ja myöhemmän panttioikeuden väliseen kollisioon. Tietoisuus kompetenssinrajoitusehdosta on sitovuusperuste pantinhaltijaan nähden. Tietoisuuden merkitys sitovuusperusteena on tässä yhteydessä perustellumpaa tukea tuohon yleiseen periaatteeseen kuin MK:n säännöksiin perustuvaan analogiaan. Toisaalta asia voidaan ilmaista niinkin, että luottosopimuksen yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten sitovuuteen voidaan soveltaa analogisesti niitä periaatteita, jotka koskevat eräitä MK:ssa nimenomaisesti säänneltyjä tilanteita.⁸¹

Luottosopimuksen yhteydessä sovituille kompetenssinrajoituksilla voi olla vaikutuksia myöhempiin pantinsaajiin myös muiden yleisten periaatteiden perusteella. Keskeinen tällainen periaate on hyvän tavan vastaisten oikeustoimien pätemättömyyttä koskeva periaate. Kollisiotilannetta voidaan laajemminkin tarkastella hyvän tavan noudattamisen vaatimukseen liittyvistä näkökulmista. Tähän tarkasteluun siirrytään tutkimuksen lopuksi. Jäljempänä käsitellään myös sitovuusvaikutusten ulottuvuuden keskeistä ongelmaa, joka on se, miten mahdollinen myöhempi seuraaja saadaan tietoiseksi kompetenssinrajoituksesta.

⁸¹ Kuten alussa on esitetty, ratkaisulla analogian perusteella ja yleisten periaatteiden perusteella ei ole suurta eroa. Usein ne eivät edes ole toisistaan selvästi erottuvia ilmiöitä.

KKO:n argumentaatio useissa panttioikeudellisissa ratkaisuissa on perustunut pikemminkin yleisiin periaatteisiin kuin jonkin säännöksen analogiseen soveltamiseen. Ks. esim. KKO 1995:123 (ään.), jossa *HVL 41 §:n säännöksen*, jonka mukaan vuokralle annetun huoneiston hallintaan oikeuttavat osakkeet pakkohuutokaupassa ostaneella on oikeus tiettyssä ajassa purkaa huoneistoa koskeva vuokrasopimus, *katsottiin ilmentävän periaatetta*, jonka mukaan osakkeet pakkohuutokaupassa ostaneella oli vastaavanlainen oikeus saada myös huoneistoon asumisoikeuden pidättäneen oikeus päättymään. Ks. myös KKO 1992:188 (ään.), jossa vierasvelkapantin antaneen vastuu katsottiin *KK 10:8:stä ilmenevän periaatteen mukaisesti* velallisen velkavastuuseen nähden toissijaiseksi. Vrt. kuitenkin KKO 1988:12, jossa vierasvelkapantin antaneella katsottiin olevan takautumisoikeus velallista kohtaan, kun velka oli peritty pantista. Ratkaisu perustuu lähinnä takaajan päävelallista kohtaan olevaa takautumisoikeutta koskevien oikeuskäytäntöön perustuvien oikeusohjeiden analogiseen soveltamiseen. Ratkaisun perusteluissa todetaan muun muassa: ”Kirjoitetussa laissa ei ole säännöksiä siitä, syntyykö pantin toisen velasta antaneelle takautumisoikeus velallista kohtaan, kun velkoja on perinyt saamisensa pantin arvosta. Tällaisen pantin asettaja on rinnastettavissa takausvastuunsa rajoittaneeseen takaajaan. Vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan velan maksaneella takaajalla on takautumisoikeus päävelallista kohtaan. Myös siinä tapauksessa, että sivullinen on maksanut velallisen puolesta, maksajalla on oikeus korvauksen saantiin velalliselta. *Edellä kuvattuihin tilanteisiin verrattuna nyt esillä oleva kysymys on niin samankaltainen, että se on ratkaistava samalla tavalla.*” (kurs. ETS)

7.2.4. Kompetenssinrajoitusten vaikutuksista kiinteistön kiinnittämiseen

Luotonsaaja saattaa panttaus- tai luovutuskompetenssinrajoituksen tai molempien lisäksi olla sitoutunut myös jo kiinnityskompetenssinrajoitukseen. Kiinnityskompetenssinrajoitus sitoo osapuolia kuten panttaus- tai luovutuskompetenssinrajoitus.⁸² Vaikka panttauskompetenssinrajoitus tai nimenomainen kiinnityskompetenssinrajoitus sitoo inter partes, omistaja voi siitä huolimatta saada kiinnityksen kiinteistöön. Tämä johtuu jo siitä käytännön syystä, että tarkasteltavana olevia kiinnitysrajoituksia ei kirjata lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin. Koska kirjaamisviranomaisella ei voi tämän vuoksi olla niistä kattavaa tietoa, sillä ei käytännössä aina olisi edes mahdollisuutta evätä kiinnitystä sopimusperusteisen kiellon perusteella.

Jos kirjaamisviranomaisella (poikkeuksellisesti) olisi tieto kiellosta, sillä olisi käytännössä mahdollisuus hylätä kirjaamishakemus.⁸³ Kirjaamishakemuksen hylkääminen voisi tällöin perustua MK 16:7:n 6 kohtaan, joka on hakemuksen hylkäämistä koskeva yleislauseke. Sen mukaan kiinnityshakemus on hylättävä, jos hakemuksen tarkoittamaa kiinnitystä ei muusta kuin säännöksen kohdissa 1–5 mainituista syistä voida vahvistaa. Lain esitoissa ei ole mainittu (rajoitettavia) esimerkkejä siitä, milloin tätä yleislauseketta voitaisiin käyttää. Kirjaamishakemuksen hylkääminen ei kuitenkaan liene sen perusteella mahdollista. Tämä johtuu siitä, että kirjaamiskelpoisuutta koskevat normit ovat pakottavaa oikeutta. Se tarkoittaa ennen kaikkea, että kirjaamiskelpoisuutta ei voida sopimuksella laajentaa laissa säädetystä. Sen voidaan yleensä katsoa pitävän sisällään myös, että kirjaamiskelpoisuutta ei voida laissa säädetystä sopimuksin myöskään rajoittaa.⁸⁴ Kirjaamisviranomaisen tiedossakaan oleva sopimusperusteinen kiinnityskielto ei siten estä kiinnitystä, jos kiinteistöön lain mukaan voidaan vahvistaa kiinnitys.⁸⁵ Samasta syystä ei liene menestymisen mahdollisuuksia myöskään

⁸² Koska tutkimuksen teeman ulkopuolelle on rajattu puhtaasti sopimusoikeudelliset kysymykset, tässä ei käsitellä lähemmin kysymystä kompetenssinrajoituksen ulottumisesta kiinnittämiseen silloin kun osapuolet eivät siitä ole nimenomaisesti sopineet.

⁸³ Kirjaamisviranomaisella voi olla tietoinen kiellosta esimerkiksi siksi, että kompetenssinrajoituksesta sopinut velkoja on esittänyt asiassa MK 6:6.2:n mukaisen väitteen kiinnityksen estävästä oikeudestaan. Kirjaamisviranomaisella voi olla tietoinen kiellosta myös, jos velkoja on yrittänyt kirjata sopimukseen perustuvan kiellon MK 14:1:n mukaisena erityisenä oikeutena. Ks. *Havansi* 1996 s. 65.

⁸⁴ *Koulu – Tepora* 1989 s. 13.

⁸⁵ Ks. myös *Havansi* 1996 s. 65, joka on nimenomaisesti todennut, että sitoumus olla kiinnittämättä ja panttaamatta omaisuutta ei estä kiinnityksen vahvistamista, vaikka sitoumus olisikin kirjaamisviranomaisen tiedossa. Jos sen sijaan katsottaisiin, että kiinnityskohteesta saa disponoida, kirjaamisviranomaisen olisi tällöin nähdäkseen reagoitava sattumanvaraisestikin tietoonsa tulleeseen kiinnityksen estävään seikkaan. Tällöin kirjaamisviranomaisen tieto voisi estää kiinnityksen. Kirjaamisviranomaisen velvollisuus ottaa huomioon tietoonsa tullut seikka voidaan perustaa lainhuuto- ja kiinnitysmenettelyn indispositiiviseen luonteeseen ja siihen, että lainhuuto- ja kiinnitysrekisterimerkinnoilla on julkinen luotettavuus. Näihin nähden olisi ristiriidassa, että kirjaamisviranomaisella vahvistaisi kiinnityksen, jonka pätevyys vaikuttaisi kyseenalaiselta.

luotonantajan kiinnitysmenettelyn aikana esittämällä MK 6:6.2:n mukaisella väitteellä, jonka mukaan osapuolten välinen sopimus estäisi kirjaamisen, tai kanteella, jossa luotonantaja jälkikäteen vaatii sopimuksen vastaisen kiinnityksen julistamista mitättömäksi.

Kantaa voidaan myös oikeuspoliittisesti perustella sillä, että suhtautuminen on tällöin asiallisesti yhdenmukaista sen kanssa, että MK:n järjestelmässä jonkin lainkohdan mukaan aiemmin edellytetty lupa tai suostumus kiinnittämiseen tarvitaan MKVPL 19.1 §:n mukaan vasta kiinteistön panttaamiseen. Esimerkiksi kun kiinteistön omistajana on yhteisö, jonkin lainkohdan edellyttämä yhteisön toimivaltaisen elimen päätös kiinteistön kiinnittämiseen tarvitaan nyt vasta sen panttaukseen.⁸⁶ Tämä johtuu siitä, että vielä kiinnittämisellä ei MK:n järjestelmässä perusteta kiinteistöön rasituksia, kuten panttioikeutta, eikä sillä siten voida vielä loukata kenenkään intressejä.⁸⁷

Myöskään sopimukseen perustuvan kiinnityskiellon vastainen kiinnitys ei vielä sellaisenaan loukkaa velkojan intressejä. Se on vasta indisio mahdollisesti tulevasta intressien loukkauksesta. Tämän vuoksi voidaan ajatella, että velkojaa ei ole tarvetta vielä tässä vaiheessa suojata. Toisaalta kiinnityksen myöntäminen on velkojalle ainoa panttioikeuden perustamiseen liittyvä kynnyks, jota hän voi tehokkaasti valvoa rasitustodistuksen kautta. Myönnetyin kiinnityksen jälkeen panttioikeuden perustamista voi olla vaikea saada selville.⁸⁸ Tämän vuoksi kiinnityksen epääminen suojaisi välillisesti velkojan intressejä.

Sen, että suostumus tai lupa tarvitaan yleisesti vasta panttaamiseen, mutta ei vielä kiinnittämiseen, ei ole katsottu merkitsevän lupavaatimuksella suojattavalle taholle suurta riskiä. Riski siitä, että panttioikeus osoittautuu sitomattomaksi pantinantajan puuttuvan kompetenssin vuoksi, on MK:ssa nimittäin asetettu pantti-velkojataholle. Tämä tarkoittaa, että velkojalla on velvollisuus ottaa panttausvaiheessa selvää siitä, että panttaukseen on saatu vaadittava suostumus tai lupa tai että siitä on tehty päätös asianmukaisessa toimitielimessä.⁸⁹ Aiempi tuomioistuimen suorittama kontrolli omistajan kiinnityskompetenssista on muuttunut nyt velkojan velvollisuudeksi kontrolloida omistajan panttauskompetenssi.⁹⁰

⁸⁶ Se, minkä elimen päätös tarvitaan kiinnittämiseen, määräytyy kulloinkin kyseessä olevaa yhteisötyyppiä koskevien säännösten perusteella. MK-uudistus on myös tältä osin tuonut muutoksia osakeyhtiöoikeuteen siten, että kun panttioikeuden syntyminen ei enää liity suoraan kiinnityksen hakemiseen, kiinnityshakemuksen voi yhtiön puolesta tehdä osakeyhtiön toimitusjohtaja tai kaupparekisteriin merkitty nimenkirjoittaja aiemman käytännön mukaisen hallituksen sijasta. Ks. HE 1994:120 s. 106 ja lähemmin *Havansi* 1996 s. 59–60 sekä *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 375–377. Aiemmasta käytännöstä ks. myös esim. *Koulu – Tepora* 1989 s. 211.

⁸⁷ Ks. HE 1994:120 s. 106 ja s. 135 sekä *Havansi* 1996 s. 57 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 375.

⁸⁸ Velkojan mahdollisuudet selvittää kiellonvastainen panttaus saattavat helpottaa, jos panttauksen osapuolet ovat käyttäneet hyväkseen MK 16:9:n mahdollisuutta merkitä lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin tieto siitä, kenen hallinnassa panttikirja on. Mikäli merkintä on tehty, velkoja voi saada rekisteristä tiedon ensinnäkin siitä, että panttioikeus on perustettu, ja toiseksi siitä, kenelle panttioikeus on perustettu. MK 16:9:n mukainen merkintä ei kuitenkaan ole pakollinen. Merkinnällä ei myöskään ole vaikutusta siihen, kenellä panttioikeus todellisuudessa on, ks. HE 1994:120 s. 109 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 385.

⁸⁹ Ks. HE 1994:120 s. 135: ”Pankin tai muun luottolaitoksen on vakuuden ottaessaan selvitettävä, että panttauksesta on tehty päätös asianmukaisessa toimitielimessä.” Ks. myös *Havansi* 1996 s. 59.

⁹⁰ HE 1994:120 s. 135. AsKL:n osalta velallisen panttauskompetenssi on ollut jo ennen uutta MK:ta velkojan kontrollipiirissä. AsKL 2:8.1 ja 2:10:n mukaan osakeyhtiö, jonka tarkoituksena on

Vastaavasti sopimusperusteisten kompetenssinrajoitusten osalta kontrollivelvollisuus voidaan ajatella asetettavan pikemminkin velkojille kuin viranomaistaholle. Koska panttivelkojalla ei kuitenkaan normaalisti ole lainhuuto- ja kiinnitysrekisteritietojen selvittämisen ylittävää selonottovelvollisuutta pantinantajan kompetenssinrajoituksista, kontrollivelvollisuus ja riski sopimuksen vastaisesta panttauksesta on tosiasiassa sitoumuksen suojakseen vaatineella velkojalla.

Tässä yhteydessä on kuitenkin otettava huomioon, että MK 12:5:n mukaan kirjattava vallinnanrajoitus estää kiinteistön kiinnittämisen ilman edellytettyä suostumusta, koska MK 16:7:n mukaan kiinnityshakemus on hylättävä muun muassa, jos kiinteistöön ei saa lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin merkityn vallintarajoituksen mukaan vahvistaa kiinnitystä.⁹¹ Tätä MK:n yleisen linjan vastaista ratkaisua on perusteltu sillä, että sivullisten ei voida olettaa olevan selvillä kiinteistöä koskeviin vallinnanrajoituksiin perustuvista kompetenssin puutteista toisin kuin yleisistä kompetenssinrajoituksista, kuten yhtiön edustamiseen liittyvistä seikoista. Tämän vuoksi on katsottu perustelluksi, että erityisten vallintarajoitusten noudattamista valvotaan viran puolesta.⁹² Tämän poikkeuksen kanssa olisi yhdensuuntaista, että viran puolesta valvottaisiin myös muiden kuin MK 12:5:n mukaisten erityisten vallintarajoitusten noudattamista, jos kirjaamisviranomaisella tällainen tieto olisi. Erilaista suhtautumista kuin MK 12:5:n mukaisiin vallinnanrajoituksiin puoltaa kuitenkin taas se, että *de lege lata* muut kuin MK 12:5:n mukaisiin kompetenssinrajoituksiin perustuvat oikeudet on katsottu vaihdannan kannalta epätarkoituksenmukaisiksi siinä mielessä, että niitä ei voida kirjata.

Kielteistä kantaa voidaan perustella oikeuspoliittisesti myös sillä, että kirjaamisviranomaisen tässä yhteydessä suorittama kiinnityskielloilla suojatun tahon intressien valvonta voisi olla vain hyvin sattumanvaraista, minkä johdosta sekä velkojat että kiinteistön omistajat asettuisivat keskenään eriarvoiseen asemaan. Toisaalta kirjaamisviranomaisen mahdollisuudet valvoa velkojan intressejä riippuisivat pitkälti velkojan omasta aktiivisuudesta ja kaikilla olisi mahdollisuus saattaa kiinnityskielto kirjaamisviranomaisen tietoon. Mikäli tällöin kirjaamisviranomaisen tieto kiinnityskiellosta estäisi kiinnityksen myöntämisen, suojattaisiin oikeutensa hyväksi aktiivisesti toimivan velkojan intressejä. Kompetenssinrajoituksen velkojalle tuottamaan suojaan nähden kirjaamisviranomaisen rasittaminen ei sinänsä kuitenkaan ole kovin perusteltua.

rakentaa kiinteistölle asuntoja, saa antaa rakennusvaiheessa varallisuuttaan (kiinteistön) vakuudeksi vain taloussuunnitelman määrittämässä rajoissa. Jos vakuus on annettu taloussuunnitelman vastaisesti, oikeustoimi ei sido yhtiötä. Taloussuunnitelma ei kuitenkaan ole estänyt kiinteistön kiinnittämistä. Ks. *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 376. Ks. myös *Havansi* 1996 s. 60.

Velkojan kontrollivelvollisuuden taustalla voidaan nähdä ajatus aktiivisen ja huolellisen vaihdannan edistämisestä. Velvollisuuden siirtäminen velkojalle on perusteltavissa, kun velkojan edellytetään useimmiten olevan ammattimaista luotonantotoimintaa harjoittava pankki tai muu luottolaitos, jonka tämän vuoksi edellytetään tietävän asemaansa liittyvät riskit ja toimivan niiden ehkäisemiseksi.

⁹¹ Kirjaamisviranomaisen on selvitettävä lainhuuto- ja kiinnitysrekisteristä, koskeeko kiinteistöä vallinnanrajoitus, *HE* 1994:120 s. 108.

MKVPL 19.1 § koskee vain muussa, aikaisemmassa lainsäädännössä olevien säännösten soveltamista. MK:n säännökset sivuuttavat siten MKVPL:n säännökset, *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 378.

⁹² Ks. *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 378–379. Vrt. *Havansi* 1996 s. 64, jonka mukaan suostumus tarvitaan vasta panttaukseen.

7.3. KOHDE ON IRTAINTA OMAISUUTTA

7.3.1. Irtaimet esineet

Kysymykseen siitä, sitovatko *irtaimia esineitä* koskevat kompetenssinrajoitukset rajoituksen vastaisesti oikeuden esineeseen myöhemmin saanutta, ei saada suoraan vastausta laista. Myöskään oikeuskäytäntöön perustuvaa vakiintunutta kantaa ei ole osoitettavissa. Irtaimiin esineisiin kohdistuvien kompetenssinrajoitusten sitovuuteen seuraantokollisiossa on haettava vastausta viime kädessä yleisistä periaatteista.

Lähtökohtaperiaatteista kollisionratkaisussa. Kuten edellä on todettu, aikaprioriteettia voidaan pitää varallisuus oikeudellisissa systeemeissä pääsääntönä kollisionratkauksissa. Tilanteessa, jossa primuksen oikeus perustuu irtaimen esineen omistajan kompetenssinrajoitukseen, lähtökohtaiselle aikaprioriteetille perustuva kollisionratkaisu voitaisiin perustaa säädöstasolla esimerkiksi KK 1:5:ään. Tämä olisi mahdollista, mikäli säännöksen katsottaisiin ilmentävän yleistä periaatetta primuksen lähtökohtaisesta suojaamisesta. Sanamuotonsa mukaan KK 1:5 koskee vain esineen kahdellemyyntiä. Sitä on kuitenkin katsottu voitavan soveltaa myös esimerkiksi kaksoispanntaustilanteeseen.⁹³ Aikaprioriteetin asemaa yleisenä ratkaisusääntönä tukee myös esimerkiksi irtaimen esineen kahdelle vuokrauksesta säättävä KK 13:2. Sen mukaan ensimmäinen vuokraaja saa pitää esineen.

Edellä mainituissa tilanteissa on kaikissa kysymys kahden *samantyyppisen* oikeuden kollisiona. Aikaprioriteettia voidaankin pitää yleisenä ratkaisuperiaatteena kahden samantyyppisen oikeuden välisessä kollisiona. Se ja edellä mainitut säännökset eivät kerro suoraan yleisistä periaatteista tässä kysymyksessä olevan kahden *erityyppisen* oikeuden välisen kollision ratkaisussa. Aikaprioriteettia voidaan kuitenkin pitää systemaattisena pääsääntönä myös kahden erityyppisen oikeuden kollisiona. Se ei silti merkitse, että aikaprioriteettia noudatettaisiin kaikissa kollisionratkauksissa. Irtainta koskevien oikeuksien kollision voi ratketa myös sitomattomuusperiaatteen mukaan. Tämä lähtökohta on omaksuttu esimerkiksi kollisiona, joka sattuu primuksena olevan käyttöoikeuden haltijan ja sekunduksena olevan luovutuksensaajan välillä.⁹⁴ Samoin se on omaksuttu lähtökohdaksi kollisiona, joka syntyy, kun omaisuus on luovutettu tai pantattu vastoin vastikkeellisen luovutuksen yhteydessä sovittua luovutus- tai panttauskompetenssinrajoitusta.⁹⁵

Myös irtaimisto-oikeudessa oikeudet on jaettu tarkoituksenmukaisiin ja epätaroituksenmukaisiin oikeuksiin ja annettu jaolle merkitystä oikeuksien sivullissitovuutta määritettäessä. Tarkoituksenmukaisina oikeuksina on aina pidetty omistus-

⁹³ Ks. *Havansi* 1992a s. 124–125.

⁹⁴ Ks. esim. *Kartio* 1991 s. 219.

⁹⁵ Ks. esim. *Kartio* 1991 s. 202.

oikeutta ja panttioikeutta. Kiistanalaisessa asemassa ovat käyttöoikeudet, joiden sivullissitovuudesta ja tarkoituksenmukaisuudesta on käyty keskustelua.⁹⁶ Kollisiossa, jossa primuksen oikeutta pidetään epätarkoituksenmukaisena ja sekunduksen oikeutta tarkoituksenmukaisena, ratkaisuperusteena on sitomattomuusperiaate.

Jos primuksen oikeuden sivullissitovuudesta ei ole olemassa lain tai tavanomaisen oikeuden normeja, kollision on perinteisen tyyppipakkoajattelun mukaan katsottu ratkeavan sitomattomuusperiaatteen perusteella. Taustalla on tällöin ajatus, että oikeus, jonka sivullissitovuudesta ei ole säännöksiä, on vaihdannan ja luotonannon kannalta epätarkoituksenmukainen.

Tällainen ajattelutapa ilmenee myös verraten tuoreesta oikeuskäytännöstä. Ratkaisun KKO 1997:6 (ään.) lopputulos perustuu argumentille, jonka mukaan oikeus ei sido seuraajaa, ellei siitä ole lain säännöstä. Ratkaisussa oli kyse siitä, oliko rahoitusleasingsopimuksen vuokralleottaja oikeutettu kuittaamaan konkurssisaatavaansa vuokralleantajan konkurssissa vuokralleantajan sijaan tulleen konkurssipesän velkomaan vuokrasaatavaa vastaan. Kun vuokralleantajan konkurssipesän ei katsottu olleen sidottu vuokralleantajan ennen konkurssin alkamista solmimiin leasingsopimuksiin, konkurssipesän saatavien sen jatkamista leasingsopimuksista katsottiin koskevan konkurssin jälkeistä aikaa. Niitä ei pidetty konkurssivelallisen saatavina. Kun vuokralleottajan saatava ja konkurssipesän velkoma saatava eivät siten olleet vastakkaisia jo ennen konkurssin alkamista, kuittauksen edellytykset eivät täyttyneet.⁹⁷

Kahden epätarkoituksenmukaisen oikeuden välisessä kollisiossa voitaneen puolestaan soveltaa aikaprioriteettia, koska tällöin on kyse kahden samanarvoisen oikeuden välisestä kollisiosta. Tällöin kummankaan oikeuden ei lähtökohtaisesti ole perusteltua katsoa sitovan sivullisia. Primuksen oikeuden ei ole perusteltua sitoa sekundusta eikä sekunduksen oikeuden primusta. Aikaprioriteetti on tässä sitomattomuutta perustellumpi ratkaisu, koska primuksen oikeuden sitomattomuudesta todennäköisimmin aiheutuisi enemmän haittaa kuin sekunduksen oikeuden sitomattomuudesta.

Mahdollisuudesta poiketa lähtökohtaperiaatteesta. Silloin kun kollisionratkaisuun sovelletaan aikaprioriteettia, poikkeaminen siitä eli ekstinktio ja sekunduksen vilpittömän mielen suoja voidaan perustaa KK 11:4 ja 12:4:ään. Säännökset koskevat sanamuotonsa mukaan etenevän sivullissuhteen kollisiota, joka on syntynyt, kun lainaksi tai talletettavaksi annettu irtain esine on luovutettu tai pantattu luvottomasti. Säännöksiä on kuitenkin ajan kuluessa alettu soveltaa myös tilantei-

⁹⁶ Tähän keskusteluun on viitattu jo tietoisuutta sitovuusperusteena koskevassa jaksossa. Ks. myös alla mainitun ratkaisun KKO 1997:6 perusteluja ja erityisesti seuraavassa viitteessä mainittuja lausuntoja sekä *Tepora* JJ 1999.

⁹⁷ Eri mieltä olleen oikeusneuvos *Krookin* sekä esittelijän lausunnoissa rahoitusleasingsopimusten sivullissitovuutta sen sijaan on pohdittu niiden perustaman oikeuden tarkoituksenmukaisuutta avoimesti harkiten. Lausunnoissa on päädytty siihen, että sopimukset sitovat konkurssipesää.

siin, joihin niiden sanamuoto ei ulotu. KK 11:4 ja 12:4:ää on pidetty ratkaisusääntöinä myös sellaisissa etenevän sivullissuhteen kollisioissa, joissa esineen luovuttajan määräämisvalta on puuttunut tämän omassa saannossa olevan virheen tai saantoa koskevan ehdon vuoksi. Tällaiset tilanteet ovatkin olleet yleisempiä kuin tilanteet, joihin KK 11:4 ja 12:4:n sanamuoto varsinaisesti ulottuu. KK 11:4 ja 12:4:ää on sovellettu myös tilanteessa, jossa luovuttajan määräämisvalta on puuttunut sen vuoksi, että hän on jo aikaisemmin myynyt saman esineen toiselle. Säännöksiä on siten sovellettu myös takautuvan sivullissuhteen kollisioiden ratkaisuun.⁹⁸

Edellä esitetyn perusteella KK 11:4 ja 12:4:n voitaisiin katsoa ilmentävän yleistä periaatetta vilpittömässä mielessä olevan sekunduksen suojasta.⁹⁹ Periaate ei kuitenkaan oikeudessamme vallitsevan kannan mukaan ole poikkeuksetta voimassa. Vilpittömän mielen suojaa ei ole mahdollista myöntää kaikissa tilanteissa.¹⁰⁰ KK 11:4 ja 12:4:n voidaan toisaalta kääntäen nähdä ilmentävän yleistä periaatetta siitä, että toisen oikeudesta vilpillisessä mielessä oleva ei nauti suojaa oikeutta kohtaan. Tällä näkökohdalla on merkitystä etenkin silloin, kun kollisioon sovelletaan lähtökohtaisesti sitomattomuusperiaatetta ja sekundus on ollut tietoinen primuksen oikeudesta.

KK:n säännösten ilmentämien periaatteiden ulottuvuus käsillä olevassa kollisiotilanteessa. Tässä yhteydessä keskeinen kysymys on, voidaanko KK 1:5:ää sekä KK 11:4 ja 12:4:ää tai niiden ilmentämää systemaattisen pääsäännön mukaista periaatetta soveltaa myös tilanteeseen, jossa pantinantajan tai luovuttajan kompetenssin puuttuminen johtuu hänen omasta sopimuksestaan, jossa hän on sitoutunut olemaan käyttämättä omaisuuteensa kohdistuvaa määräysvaltaa. KK:n säännösten tai niiden ilmentämän periaatteen soveltaminen merkitsisi, että luotonannon yhteydessä luotonantajan suojaksi sovittu panttaus- tai luovutuskompetenssinrajoitus sitoisi myöhempää pantinsaajaa tai luovutuksensaajaa, joka tiesi rajoituksesta tai jonka mahdollisesti olisi siitä pitänyt tietää. Tällöin pantinsaaja tai luovutuksensaaja ei voisi vedota oikeuteensa luotonantajaan nähden.¹⁰¹

KK 11:4 ja 12:4:n mukaan vilpittömässä mielessä esineen haltuunsa saaneen luovutuksensaajan tai pantinsaajan oikeutta rajoittaa oikean omistajan lunastusoikeus. Tämän KK:n säännösten ilmentämän periaatteen on katsottu oikeuskäy-

⁹⁸ Zitting 1956 s. 25–28, Kartio 1991 s. 219, s. 222–226 ja s. 248.

⁹⁹ Ks. esim. Majamaa 1978 s. 187, jonka mukaan se, että KK 11:4 ja KK 12:4:ää ei voisi soveltaa toisen maalla olevaa rakennusta koskevassa kollisiossa, ei kuitenkaan estäisi näistä säännöksistä ilmenevän periaatteen soveltamisen mahdollisuutta.

¹⁰⁰ Vallitsevan kannan mukaan esimerkiksi toisen maalla oleviin rakennuksiin ei voi saada vilpittömän mielen suojaa, ks. Kartio 1991 s. 234. Myöskään käyttöoikeuden haltija ei voi saada vilpittömän mielen suojaa, ks. esim. Kartio 1991 s. 230. Ks. myös Tuomisto 1993 s. 69, jonka mukaan oikeudessamme ei ole voinut yleistä ekstinktioperiaatetta.

¹⁰¹ Zitting (1989 s. 80) on puhunut nimenomaan KK:n säännösten analogisesta soveltamisesta kaksoisdisponointitilanteisiin. Kartio (1991 s. 248) on sen sijaan tässä yhteydessä puhunut KK:n säännösten ilmentämien periaatteiden soveltamisesta. Kuten edellä on todettu, käytännössä ratkaisun johtaminen analogiatulkinnasta ja periaateista ei eroa tosistaan kovinkaan paljon.

tännössä soveltuvan myös kaksoisdisponointitilanteissa niin, että ensimmäisellä luovutuksensaajalla on oikeus lunastukseen myöhemmältä vilpittömässä mielessä olleelta luovutuksensaajalta.¹⁰² KK 11:4 ja 12:4:n mukainen suoja ja oikean omistajan tai primuksen lunastusoikeus ovat kuitenkin toisistaan periaatteessa erillisiä: suojaa voidaan myöntää, vaikka lunastusoikeutta ei myönnettäisikään.¹⁰³ Kaksoisluovutustilanteissa esineellä ei ole primukselle vastaavaa merkitystä kuin etenevän sivullissuhteen kollisioissa oikealle omistajalle. Kirjallisuudessa lunastusoikeuden olemassaoloon kaksoisdisponointitilanteissa onkin suhtauduttu kielteisesti.¹⁰⁴ Tässä tarkasteltavana olevassa tilanteessa kysymys primuksen lunastusoikeudesta ei aktualisoidu, sillä primuksena on luotonantaja, jolla ei normaalisti ole oikeutta esineen hallintaan. Ainoastaan silloin, kun kompetenssinrajoitus on sovittu ehdollisena niin, että pantinanto on mahdollinen, jos luotonantajalle annetaan vastaava vakuus, voi nousta esiin kysymys siitä, olisiko luotonantajalla tällainen oikeus.

Tässä tutkimuksessa omaksutun kannan mukaan aukkotilanteessa kollisionratkaisun lähtökohdaksi voidaan ottaa aikaprioriteetti. Normatiivisesti aikaprioriteettiin perustuva kollisionratkaisu voidaan tässä perustaa KK:n ilmentämiin periaatteisiin. Aikaprioriteetin soveltuminen ja KK:n ilmentämien periaatteiden ulottuminen kompetenssinrajoitusehtoihin riippuu kuitenkin viime kädessä siitä, miten kompetenssinrajoitusten sivullissitovuuden tarkoituksenmukaisuuteen suhtaudutaan. Kuten edellä on esitetty, rehellisen vaihdannan edistämiseen liittyvät näkökohdat puoltavat kompetenssinrajoitusten sitovuutta aina ainakin niistä tietoista seuraajaa kohtaan KK 11:4 ja 12:4:n ilmentämien ajatusten mukaan (KK 11:4 ja 12:4:n voidaan nähdä ilmentävän yleistä periaatetta, jonka mukaan toisen oikeudesta vilpillisessä mielessä oleva ei nauti suojaa oikeutta kohtaan), mutta kuten edellä myös on todettu, myös oikeuden tarkoituksenmukaisuudelle annetaan oikeudessamme merkitystä sivullissitovuuden arvioinnissa.

Kuten on käynyt ilmi, oikeuskirjallisuudessamme on yleensä suhtauduttu melko kielteisesti myös irtaimen kohdistuviin kompetenssinrajoituksiin. Kompetenssinrajoitusten epätarkoituksenmukaisuutta ja siten aikaprioriteetin soveltumattomuutta on perusteltu niiden aiheuttamilla haitoilla omistajalle, tämän velkojille ja seuraajille sekä taloudelle yleensä. Kannanotot ovat koskeneet erityisesti kaupanteon yhteydessä perustettuja rajoituksia. Vallitsevan kannan mukaan tällaiset rajoitukset eivät sido edes niistä tietoista pantinsaajaa. Tämän kannan mukaan kollisionratkaisuun sovelletaan siten sitomattomuusperiaatetta, josta ei voi poiketa.

¹⁰² Ks. KKO 1933 II 150 ja KKO 1948 II 26.

¹⁰³ Ks. lähemmin *Zitting* 1956 s. 152–155. Vrt. toisiinsa myös luovutuksensaajan suojaa esim. AL 39 ja 58 §:n perusteella. AL 39 §:n mukaan vallinnanrajoituksen alaisen irtaimen omaisuuden ilman toisen puolison suostumusta vilpittömässä mielessä hallintaansa saanut luovutuksensaaja saa luovuttajan puolison palautusvaatimusta vastaan välitöntä vilpittömän mielen suojaa, hänen ei toisin sanoen tarvitse palauttaa omaisuutta. Sen sijaan kun toisen puolison tai yhteistä irtainta omaisuutta on luovutettu ilman puolison suostumusta, tämä voi saada AL 58 §:n mukaan luovutetun omaisuutensa (osuutensa yhteisestä omaisuudesta, ks. KKO 1995:67, ään.) takaisin vilpittömässäkin mielessä olleelta luovutuksensaajalta lunastusta vastaan.

¹⁰⁴ *Zitting* 1989 s. 80.

Edellä on kuitenkin tuotu myös esiin, että luottosopimukseen liittyvien kompetenssinrajoitusehtojen tarkoituksenmukaisuutta voidaan perustella niiden käyttöön liittyvillä erityisillä näkökohdilla, joiden mukaan yleiset väittämät saannon yhteydessä perustettujen kompetenssinrajoitusehtojen haitoista eivät sovellu niihin. Pikemminkin kompetenssinrajoitus voidaan tarkoituksenmukaisuutensa osalta rinnastaa edelleenluovutuksen kieltävään omistuksenpidätysehtoon. Vaikka omistuksenpidätysehto rajoittaa luovutuksensaajan kompetenssia samoin kuin panttauskompetenssinrajoitusehto rajoittaa omistajan kompetenssia, sen tuottamaa oikeutta pidetään tarkoituksenmukaisena oikeutena, jonka on lähtökohtaisesti perusteltua sitoa sivullisia.¹⁰⁵ Kuten on jo edellä todettu, luottosopimuksen yhteydessä sovitut kompetenssinrajoitukset eivät eroa tarkoitukseltaan omistuksenpidätysehdosta. Niitä käytetään samoin luoton saannin helpottamiseksi ja tietyn välitilan aikana. Oikeuden tarkoituksenmukaisuuteen liittyvät syyt eivät nähdäkseni estäkään aikaprioriteetin soveltamista.

Edellä kiinteistöä koskevien kompetenssinrajoitusten osalta tuotiin jo esiin, että Ruotsissa on puollettu luovutuksensaajan, erityisen oikeuden haltijan ja pantinsaajan vilpittömän mielen suojaa koskevien JB 18:1 ja 18:2:n säännösten analogista soveltamista tai niiden ilmentämien periaatteiden soveltamista myös kolli-sioon, jossa luovuttajan kompetenssinpuute johtui siihen oikeustoimella tehdystä rajoituksesta. Ruotsissa on samoin myös ainakin vastikkeettomaan saantoon perustuvien irtaimien kohdistuvien kompetenssinrajoitusten osalta puollettu HB:n vilpittömän mielen suojaa koskevien säännösten analogista soveltamista.¹⁰⁶

Irtaimien kohdistuvia kompetenssinrajoituksia ei voida pitää epätarkoituksenmukaisina myöskään yksin sillä perusteella, että kiinteistöön kohdistuviin kompetenssinrajoituksiin on MK:ssa jo suhteessa inter partes suhtauduttu verraten kielteisesti. Vaikka luottosopimuksen yhteydessä perustettuja kompetenssinrajoituksia voidaankin lähtökohtaisesti pitää pätevänä, torjuvan suhtautumisen kiinteistön luovutuksen yhteydessä sovittuihin kompetenssinrajoituksiin voitaisiin silti nähdä olevan indisio siitä, että kompetenssinrajoituksia ja niiden sivullissitovuutta ei ylipäänsä pidetä vaihdannan ja luotonannon kannalta tarkoituksenmukaisina.

Torjuva suhtautuminen kompetenssinrajoituksiin jo suhteessa inter partes on johtunut erityisesti omistussuhteiden selkeyteen ja vaihdannan varmuuteen liittyvien näkökohtien korostuneesta merkityksestä kiinteän omaisuuden osalta. Omistussuhteiden selkeyteen ja vaihdannan varmuuteen liittyvien argumenttien paino ei kuitenkaan irtaimien omaisuuteen kohdistuvissa oikeussuhteissa ole niin voimakas kuin kiinteistöihin kohdistuvissa oikeussuhteissa.¹⁰⁷ Tämän vuoksi MK:n

¹⁰⁵ Ks. esim. *Havansi* 1992a s. 521–522 erityisesti suhteessa vakuusluovutukseen sekä *Tuomisto* 1988 s. 97–100 sekä s. 102–120.

¹⁰⁶ *Hessler* 1973 s. 465, *Rodhe* 1985 s. 619 ja *Håstad* 1996 s. 450.

¹⁰⁷ Ks. esim. *Havansi* 1979a s. 383 alav. 99 ja *Kartio* 1991 s. 202.

sääntelyllä ei tältä osin tarvitsekaan nähdäkseni olla suoria heijastusvaikutuksia siihen, miten irtaimen kohdistuviin kompetenssinrajoituksiin on suhtauduttava.

Irtaimisto-oikeudessa KK 11:4 ja 12:4:n säännöksiä sovelletaan analogisesti myös kollisioon, jossa primuksena on panttaussitoumuksen saaja ja sekunduksena myöhempi pantinsaaja tai luovutuksensaaja.¹⁰⁸ Sekundusta ei suojata, ellei hän ole vilpittömässä mielessä. Panttaussitoumuksen sitovuutta koskevan sääntelyn soveltamista myös panttauskompetenssinrajoitukseen voidaan perustella tilanteiden samankaltaisuudella. Tilanteet ovat samanlaisia, kun analogia-avaimeksi otetaan omistajan panttauskompetenssin puuttuminen hänen aikaisemmin tekemänsä oikeustoimen johdosta. Tällöin eroa ei ole sillä, onko omistajan panttauskompetenssi puuttunut sen vuoksi, että hän on jo antanut kyseistä omaisuuttaan koskevan panttaussitoumuksen, vai sen vuoksi, että hän on jo sitoutunut olemaan antamatta kyseistä omaisuuttaan pantiksi. Analogian käyttöä voidaan puoltaa, kun molempia keinoja pidetään yhtä tarkoituksenmukaisena tapana turvata velkojan asemaa.

Mahdollisuus suhtautua panttauskompetenssinrajoituksen sivullissitovuuteen samalla tavoin kuin panttaussitoumuksen sivullissitovuuteen on tuotu esiin jo edellä kiinteistöoikeudellisessa tarkastelussa. Kiinteistöjen osalta tätä analogiaa ei kuitenkaan pidetty perusteltuna, koska kiinteistöjä koskevan panttaussitoumuksen sivullissitomattomuuden takana olevien perusteiden ja tavoitteiden katsottiin koskevan nimenomaan tuota oikeustyyppiä. Irtaimen osalta vastaavanlaisia esteitä ei ole. Myös tällä perusteella voidaan tukea pantinantajan aiemmin sopimasta panttauskompetenssin rajoituksesta johtuvan kollision ratkaisemista KK 11:4 ja 12:4:n säännösten perusteella. Sekunduksena olevaa myöhempää pantinsaajaa tai luovutuksensaajaa ei tällöin suojata, ellei hän ole vilpittömässä mielessä.

Irtaimen osalta lähtökohtaista aikaprioriteettia ja vilpittömän mielen suojaa ilmentävien lainsäännösten taustalla ei ole vastaavia selkeästi vaikuttavia oikeuspoliittisia kannanottoja kuin kiinteistöjä koskevan MK:n taustalla. Tämän vuoksi säännösten (analoginen) soveltaminen myös silloin, kun kompetenssin puute johtuu sopimusperusteisista kompetenssinrajoituksista, jolloin pantinantaja tai luovuttaja on objektin oikea omistaja, on perusteltua.¹⁰⁹ On kuitenkin huomattava, että kun primuksella ei ole mahdollisuutta julkistaa oikeuttaan, ei käytännössä juurikaan ole eroa, lähdetäänkö kollisionratkaisussa aikaprioriteetista, josta voi poiketa sekunduksen tiedon puuttumisen perusteella, vai sitomattomuudesta, josta voi poiketa sekunduksen tietoisuuden perusteella. Molemmissa tilanteissa primuksen oikeuden sitovuus tulee kyseeseen verraten harvoin, sillä yleensä kollision sattuessa sekundus ei ole tiennyt primuksen oikeudesta. Tällöin primuksen oikeus ei sido sekundusta, sovellettiinpa kollisionratkaisuun aikaprioriteettia tai sitomattomuusperiaatetta.

¹⁰⁸ *Havansi* 1992a s. 123–125.

¹⁰⁹ Kuten edellä todettiin, MK:n säännösten taustalla olevat oikeuspoliittiset oletukset estävät aikaprioriteettiin perustuvien kollisionratkaisusääntöjen analogisen soveltamisen.

Kompetenssinrajoituksen vaikutuksista kiinnittämiseen. Käytännössä irtaimet esineet, joita luotonsaaja saattaisi pantata, ovat suureksi osaksi esineitä, joihin panttioikeus perustetaan käteispannin sijasta hypotekaarisesti kiinnityksen avulla (auto, alus, ilma-alus). Tällöin nousee esiin samoin kuin kiinteistöjen osalta kysymys siitä, estääkö inter partes pätevä kompetenssinrajoitus kiinnityksen perustamisen. On perusteltua antaa myös tässä sama vastaus kuin kiinteistöjen osalta. Sopimusperusteinen kompetenssinrajoitus ei estä kiinnitystä, vaikka kirjaamisviranomaisen tietäisikin siitä. Yleensä viranomaisen ei voine rajoituksesta edes tietää.

7.3.2. Osakkeet ja saatavat

Myös osakkeiden ja saatavien osalta aikaprioriteettia voidaan pitää kollisionratkaisussa sovellettavana pääsääntönä. Myöskään niiden osalta tämä ei kuitenkaan tarkoita, että aikaprioriteettia sovellettaisiin aina tilanteessa, jossa primuksen oikeuden sivullissitovuudesta ei ole lain säännöstä. Esimerkiksi tuoreessa oikeuskäytännössä ratkaisussa KKO 1999:111 (ään.) asunto-osakkeita koskeva esisopimus ei sitonut siitä tietoistakaan myöhempää luovutuksensaajaa.¹¹⁰ Kollisioon sovellettiin siten sitomattomuusperiaatetta, josta ei voinut poiketa sekunduksen tietoisuuden perusteella.

Tässä yhteydessä nousee esiin myös kysymys siitä, koskeeko yllä mainittu KKO:n ratkaisu muitakin oikeuksia kuin esisopimukseen perustuvaa oikeutta. *Saarnilehto* on esittänyt, että kyseisellä ratkaisulla tulisi olla merkitystä myös etuosto-oikeuden sitovuudelle kohteen myöhempää luovutuksensaajaa kohtaan, koska etuosto-oikeuden haltijalla on samankaltainen oikeus ostaa kohde kuin esisopimuksen osapuolella.¹¹¹ Tässä tutkimuksessa omaksutuista lähtökohtaolettamista käsin kyseisen ratkaisun merkitys ei voine ulottua ainakaan tätä pidemmälle.

Silloin kun on kysymys sopimukseen perustuvista juoksevia velkakirjoja tai osakkeita koskevista määräysvallan rajoituksista, kollisionratkaisu, joka rakentuu aikaprioriteetille ja mahdollisuudelle poiketa siitä sekunduksen vilpittömän mielen perusteella, voidaan lähtökohtaisesti perustaa VKL 14 §:ään. (OYL 3:9.1:ssa ja AsOYL 2:19:ssä viitataan edelleen VKL 14 §:ään.) VKL 14 § on varsinaisesti luovutuksensaajan saantosuoja etenevässä sivullissuhteessa koskeva kollisionnormi. Sitä on kuitenkin analogisesti sovellettu myös takautuvan sivullissuhteen

¹¹⁰ Vaikka käsillä olleessa tapauksessa ratkaisun lopputulosta voidaan pitää perusteltuna, vähemmistön samaan lopputulokseen johtavat perustelut vaikuttavat kestävämmiltä (vrt. *Saarnilehto* Oikeustieto 2000:2 s. 3–4). Vähemmistön mukaan tilanteessa ei ollut syntynyt edes inter partes pätevää esisopimusta, koska asianmukainen sopimuksentekomenettely oli syrjäytetty. Samansuuntaisesti asian oli ratkaissut KäO. HO sen sijaan piti sopimusta pätevänä inter partes ja myös myöhempää luovutuksensaajaa sitovana.

¹¹¹ *Saarnilehto* Oikeustieto 2000:2 s. 4.

kaksoisdisponointitilanteeseen.¹¹² VKL 10 §:n mukaan velkakirjan luovutuksesta säädettyä sovelletaan myös velkakirjan panttaukseen.

Ennen uuden MK:n voimaantuloa VKL 14 §:n vilpittömän mielen suojasäännöksellä oli nykyistä laajempi soveltamisala. Sitä sovellettiin myös kiinteistöpanttioikeutta koskeissa kollisioissa. Tämä johtui siitä, että kiinteistöpanttioikeuden perustamisen välineenä ennen MK:n mukaista panttikirjaa oli haltijavelkakirja. Esimerkiksi silloin, kun kiinteistön omistaja oli luvannut kahdelle pantiksi saman kiinteistöön kiinnitetyn tai kiinnityskelpoisen velkakirjan, primus sai VKL 14 §:n mukaan suojaa sitoumuksesta tietoista sekundusta vastaan. Kuten edellä on todettu, vastaavanlaiseen kollisioon sovelletaan nyt MK 17:3.2:a. VKL:n säännökset soveltuvat edelleen tähän kollisioon, jos kiinteistöpanttioikeus on perustettu ennen MK:n voimaantuloa.¹¹³

Havansi on erityisesti osakassopimukseen sisältyviä osakkeiden luovutusrajoituksia silmällä pitäen todennut, että VKL 14 §:n sanamuoto (”jos haltijavelkakirjan on luovuttanut joku, jolla se oli, ja kirja on saajalla, älköön saajan oikeutta estäkö se, ettei luovuttaja ollutkaan oikeutettu määräämään velkakirjasta, paitsi milloin saaja tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää siitä”) ulottuu myös sopimusperusteisen kompetenssinrajoituksen rikkomisesta johtuvaan kollisiotilanteeseen. Kun omistaja on sitoutunut olemaan panttaamatta omaisuuttaan, hän *ei ole ollut oikeutettu määräämään siitä*, kuten VKL 14 §:ssä säädetään. Havansin mukaan ainoastaan merkittävät asialliset vastasyyt voisivat estää säännöksen soveltamisen myös tilanteeseen, jossa velka- tai osakekirjan haltijan kompetenssin puute johtuu sopimusperusteisesta kompetenssinrajoituksesta, vaikka kysymys onkin tilanteesta, jota lainkohtaa säädettyä ei ole pidetty mielessä. Tällaisia vastasyitä ei Havansin mukaan ole olemassa.¹¹⁴ Vastasyynä OYL 3:9.1:n soveltumiselle Havansi ei ole pitänyt myöskään osakeyhtiöoikeudellista lähtökohtaa osakkeiden vaihdannan vapaudesta, joka on lausuttu julki OYL 3:2:ssä. Kompetenssinrajoitukset ovat poikkeus tähän lähtökohtaan.¹¹⁵

¹¹² Ks. *Kartio* 1991 s. 249.

¹¹³ MKVPL 9 §:n mukaan vakuuden sitovuus määräytyy panttauksen tekohetkellä voimassa olevan lainsäädännön mukaan. Ks. myös *Havansi* 1996 s. 390 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 474.

¹¹⁴ *Havansi* 1979a s. 383–384.

¹¹⁵ Havansin kannan on hyväksynyt *Nuolima* 1989 s. 7–10 (Ks. myös *Nuolima* 1984 s. 69). Vrt. *Kyläkallio* DL 1991 s. 138–139. Nuolimaan ja Kyläkallion kantojen eroavuus vaikuttaa perustuvan juuri erilaiseen tulkintaan OYL 3:2:n merkityksestä. Ennen Havansia ruotsalaisessa kirjallisuudessa vastaavanlaisia kannanottoja osakassopimusten sivullissitovuudesta ovat esittäneet *Forssell* 1976 s. 191–192 ja *Sandström* 1976 s. 194–197 ja s. 276–290. Sekä Suomessa että Ruotsissa on perinteisesti lähdetty siitä, että osakassopimukseen perustuvilla rajoituksilla ei ole oikeusvaikutuksia edes niistä tietoisin luovutuksensaajiin, ks. esim. *Caselius – Heikonen – Huttunen* 1974 s. 161, *Roos* 1969 s. 321–324. Ks. kysymyksestä myös *Hessler* 1973 s. 453 ja s. 460–463. Kollisionsratkaisussa on siten noudatettu sitomattomuusperiaatetta, josta ei ole katsottu voitavan poiketa. Vallitseva oikeustila on epäselvä, mutta muutosta suhtautumisessa lienee tapahtunut juuri Havansin kannan suuntaan. Vrt. esim. keskenään lausumia *Koski – af Schultén* 1984 s. 98:” – osakassitoumukset ovat periaatteessa sallittuja, mutta ne ovat voimassa vain osapuolten kesken.” ja *Koski – af Schultén* 1998 s. 152:” – osakassitoumukset ovat – sallittuja, mutta ne ovat pääsääntöisesti voimassa vain osapuolten kesken.” Ruotsin oikeuden osalta ks. esim. *Kansmark – Roos* 1994 s. 29–30.

Havansin mukaan osakassopimukseen liittyvää kompetenssinrajoitusta voidaan pitää vielä suuremmalla syyllä tehokkaana kuin luovutuksen yhteydessä sovittua kompetenssinrajoitusta. Tämä johtuu erilaisesta toimintaympäristöstä: osakassopimusten osalta sopimus kompetenssin rajoittamisesta on syntynyt toisiinsa nähden riippumattomien (tasa-arvoisten) osapuolten kesken. Kauppasopimuksen yhteydessä kompetenssinrajoitus sen sijaan on sovittu toisiinsa nähden samassa saantoketjussa olevien osapuolten kesken, jolloin siitä on voitu sopia ennen kaikkea luovuttajan intressissä. Havansin mukaan vaihdannan tarpeet kuitenkin edellyttävät, että seuraajan vilpittömän mielen vaatimuksen täyttyminen ei edellytä tältä erityistä selonottovelvollisuutta, vaan että yleensä ainoastaan seuraajan tietoisuus estäisi suojan saannin primusta kohtaan.¹¹⁶

Luottosopimuksen yhteydessä sovitut kompetenssinrajoitukset ja toimintaympäristö, jossa niitä käytetään, rinnastuvat nähdäkseni olennaisella tavalla osakassopimukseen sisältyviin kompetenssinrajoituksiin ja niiden toimintaympäristöön. Myös luottosopimuksen yhteydessä sovittu kompetenssinrajoitus on syntynyt toisiinsa nähden eri tavalla riippumattomien osapuolten välillä kuin kauppasopimuksen yhteydessä sovittu kompetenssinrajoitus. Kompetenssinrajoitusta ei ole tällöin sovittu toisiinsa nähden samassa saantoketjussa olevien osapuolten kesken, kuten kauppasopimuksessa sovitun kompetenssinrajoituksen osalta. Vaikka luotonantajatahoa voidaankin lähtökohtaisesti yleensä pitää vahvempana osapuolena kuin luotonottajaa, jolloin se voisi ”sanella” rajoitusehdot luotonsaajalle, on huomattava, että panttaus- ja luovutuskompetenssinrajoitusten perinteinen käyttöympäristö on suuryritysten rahoitus, jossa myös luotonottajat ovat vahvoja. Juuri tämä vahvuus on yksi syistä, minkä vuoksi niiden ei tarvitse perustaa panttioikeutta omaisuuteensa luoton vakuudeksi, vaan sen sijaan rajoittaa panttauskompetenssiaan.

Kun kysymys on saatavista, jotka eivät perustu juokseviin velkakirjoihin, kaksoisdisponointikollisiosta säädetään VKL 31.2 §:ssä.¹¹⁷ Se koskee sanamuotonsa mukaan nimenomaisesti kaksoisluovutusta. Sen osalta kollisionratkaisu rakentuu aikaprioriteetille ja mahdollisuudelle poiketa siitä sekunduksen vilpittömän mielen perusteella. Samaa periaatetta voitaneen soveltaa edellä esitetyin perustein myös silloin, kun primuksen oikeus perustuu kompetenssinrajoitukseen.

Vasta-argumenttina saatavia koskevien panttauskompetenssinrajoitusten lähtökohtaista sitovuutta vastaan voitaisiin kyllä nostaa esiin se, että tällaiset kompetenssinrajoitukset haittaavat esimerkiksi laskusaamisten järjestelmällistä panttausta factoring-rahoituksen muodossa. Factoring-rahoituksen häiriöttömän sujumisen vuoksi esimerkiksi yrityskiinnityksen haltijan asemaa turvaavan YrKiinL 4.3 §:n käteispanttauskiellon ulkopuolelle on jätetty saatavien panttaus. Tämä näkökohta ei kuitenkaan estä aikaprioriteetin ja ekstinktion soveltamista tilanteeseen, jossa primuksena on kompetenssinrajoituksella turvattu luotonantaja ja se-

¹¹⁶ *Havansi* 1979a s. 384–385.

¹¹⁷ Säännöstä sovelletaan analogisesti myös silloin, kun on kyse saatavasta, josta ei ole annettu velkakirjaa tai osakkeesta, josta ei ole osakekirjaa. Ks. esim. *Havansi* 1992a s. 126–127.

kunduksena kompetenssinrajoituksen vastaisesti saatavan pantiksi saanut luotonantaja, sillä esimerkiksi YrKiinL 4.3 §:n taustalla on ollut tarkoitus turvata tarkoituksenmukaisin tapa käyttää omaisuutta panttivakuutena. Tässä intressien punninnassa saatavien erillistä panttausta on pidetty tarkoituksenmukaisempana kuin yrityskiinnityksen ulottamista koskemaan myös saatavia. Tämä on perusteltua, kun yrityskiinnityksen taustalla on tarkoitus mahdollistaa sellaisen yritysomaisuuden käyttö vakuutena, jota ei voi elinkeinotoimintaa haittaamatta antaa käteispantiksi. Samasta syystä YrKiinL 4.3 § jättää käteispanntauskiellon ulkopuolelle myös osakkeet ja arvo-osuudet. Sen sijaan luotonantajan turvaamista kompetenssinrajoitusehdolla ei voida pitää lähtökohtaisesti sen epätarkoituksenmukaisempana tapana turvata luoton saantia kuin saatavien panttausta. Luottosopimuksen osapuolten valittavissa on, kumpaa keinoista he haluavat käyttää.

Saatavia koskevien kompetenssinrajoitusten osalta on huomattava, että niiden todellista merkitystä ei välttämättä ratkaista yksin sillä perusteella, mitä kollisionratkaisusääntöä suhteessa myöhempään luovutuksensaajaan tai pantinsaajaan sovelletaan. Kompetenssinrajoituksen tosiasialliseen tehokkuuteen saattaa vaikuttaa myös, kenelle saamisvelallinen saa maksaa saatavan pätevästi. Vaikka rajoitus ei sitoisikaan pantinsaajaa, voi periaatteessa olla mahdollista, että saamisvelallinen ei saa silti pätevästi maksaa velkansa pantinsaajalle. VKL 30 §:n mukaan nimittäin velkakirjan luovutuksensaajalle tehty maksu on pätevä, vaikka luovutus osoittautuisi pätemättömäksi, paitsi jos saamisvelallinen ei ollut vilpittömässä mielessä luovutuksensaajan kompetenssin puutteesta. Säännöstä voitaneen soveltaa silloinkin, kun luovutus on ollut tehoton kompetenssinrajoitusehdon johdosta ja saamisvelallinen tästä tiesi. Käytännössä saamisvelallinen kuitenkin voinee tietää ehdosta vain siinä poikkeuksellisessa tilanteessa, että luotonantaja on tälle kompetenssinrajoituksesta ilmoittanut.

7.3.3. Arvo-osuudet

Yleistä ATL:n järjestelmästä. Hieman erilainen kuin osakkeisiin kohdistuvien kompetenssinrajoitusten osalta tilanne on silloin, kun kompetenssinrajoitus koskee arvo-osuutta. Arvo-osuusjärjestelmä muistuttaa olennaisesti MK:n järjestelmää siinä, että myös arvo-osuuteen kohdistuvien oikeuksien sivullissitovuuteen vaikuttaa olennaisesti oikeuden julkistaminen. Julkistaminen tapahtuu pääsääntöisesti kirjaamalla oikeus arvo-osuusrekisteriin. Kirjaamisella on välittömiä oikeusvaikutuksia, jotka vahvistavat oikeuden suojaa. Arvo-osuuteen kohdistuvan oikeuden kirjaamiseen liitetyt oikeusvaikutukset ovat samat kuin arvopaperin hallinnan oikeusvaikutukset VKL:n mukaan. Kirjaamisen oikeusvaikutuksista säättävät ATL 26 ja 27 §. ATL 26 § säättää kirjaamisen oikeusvaikutuksista arvo-osuuteen kohdistuvan oikeuden suojaan takautuvan sivullissuhteen kollisionssa ja ATL 27 § kirjaamisen oikeusvaikutuksista arvo-osuuteen kohdistuvan oikeuden suojaan etenevän sivullissuhteen kollisionssa.

ATL 26 § rakentuu aikaprioriteettiperiaatteelle ja mahdollisuudelle poiketa siitä

sekunduksen vilpittömän mielen perusteella. Sen mukaan arvo-osuustilille kirjattu saanto ja arvo-osuuteen kohdistuva arvo-osuustilille kirjattu oikeus saa etusijan suhteessa saantoon ja oikeuteen, jota ei ole kirjattu tilille. Jos samaan arvo-osuuteen kohdistuu keskenään ristiriidassa olevia oikeuksia, aikaisemmin arvo-osuustilille kirjattu oikeus saa etusijan myöhemmin kirjattuun nähden. Aiemmin syntynyt saanto tai oikeus saa aina etusijan myöhempään nähden ja siten esimerkiksi myöhemmin syntyneen oikeuden aiemmasta kirjaamisesta huolimatta, jos myöhempään saantoon tai oikeuteen vetoava saannon hetkellä tai oikeuden saadessaan tiesi tai hänen piti tietää aikaisemmasta saannosta ja oikeudesta.¹¹⁸

ATL 26 § saattaa vaikuttaa sanamuotonsa perusteella aluksi rakentuvan julkistamisperiaatteen mukaiselle kirjaamisen aikaprioriteetille. Se on kuitenkin (kohteen yksilöivän sopimuksen) aikaprioriteetille rakentuva ratkaisusääntö. Tämä ilmenee siitä, että primuksen oikeus sitoo kirjaamisen puuttumisesta huolimatta siitä tietoista sekundusta. Tällöin kyse on normaalista aikaprioriteetille rakentuvasta ratkaisusäännöstä, josta voidaan poiketa sekunduksen vilpittömän mielen perusteella. Mikäli ensiksi perustettu oikeus on kirjattu, ekstinktio sekunduksen hyväksi ei ole mahdollinen, koska sekundus ei voi olla vilpittömässä mielessä.

ATL 27 §:n mukaan jos arvo-osuuden tai siihen kohdistuvan oikeuden on luovuttanut joku, jolla arvo-osuustilin kirjausten mukaan oli siihen oikeus, saajan oikeutta ei estä se, että luovuttajalla ei ollut oikeutta määrätä arvo-osuudesta, paitsi jos saaja saannon hetkellä tai oikeuden saadessaan tiesi tai hänen piti tietää siitä.

ATL:n mukaisessa kirjaamisjärjestelmässä on omaksuttu sekä positiivisen että negatiivisen julkisen luotettavuuden periaate. Sivullinen saa luottaa sekä siihen, että arvo-osuuteen kohdistuu vain oikeuksia, jotka on kirjattu, että siihen, että oikeus, joka arvo-osuusrekisteriin on kirjattu, on olemassa. Julkinen luotettavuus on myös ATL:n järjestelmässä luottamuksensuojaa. Rekisterimerkintöihin saa luottaa vain se, joka ei tiennyt ja jonka ei pitänytkään tietää, että rekisterimerkinnot ovat virheellisiä tai puutteellisia. Julkisen luotettavuuden periaatteeseen liittyvät kirjaamisen oikeusvaikutukset arvo-osuusjärjestelmässä vastaavatkin pitkälti julkisen luotettavuuden periaatteeseen liittyviä kirjaamisen oikeusvaikutuksia lainhuuto- ja kiinnitysrekisterissä.¹¹⁹

¹¹⁸ Aiemmin syntynyt saanto tai oikeus saa vastaavan etusijan myöhemmän oikeuden mahdollisesti aiemmin tapahtuneesta kirjaamisesta huolimatta myös silloin, kun myöhempi saanto tai oikeus perustui ositukseen tai perintöön taikka sulautumiseen, jakautumiseen, oikeushenkilön purkautumiseen tai yhteisen omaisuuden jakoon. Näitä tilanteita ei tässä käsitellä lähemmin.

¹¹⁹ Oikeampaa olisi tosin sanoa, että lainhuuto- ja kiinnitysrekisterimerkintään liitetyt oikeusvaikutukset vastaavat kirjaamisen oikeusvaikutuksia arvo-osuusjärjestelmässä, sillä arvo-osuusjärjestelmä on vanhempi kuin uuden MK:n mukainen julkiselle luotettavuudelle rakentuva kirjaamisjärjestelmä. Arvo-osuusjärjestelmän valmistelun alkuvaiheessa sen esikuvia haettiin kuitenkin kiinteistökirjaamisen yleisistä periaatteista, ks. *KM 1986:32* s. 97 ja s. 101. Jatkovalmistelussa tästä yhteydestä irtaannuttiin. Ks. lähemmin *Koulu LM 1992* s. 481, joka arvelee irrottautumispyrkimysten

Vaikka ATL:n järjestelmä vastaa MK:n järjestelmää sikäli, että se rakentuu kirjaamisen oikeusvaikutusten osalta samoille periaatteille kuin MK:n järjestelmä, se eroaa MK:n kirjaamisjärjestelmästä kuitenkin siinä, että se on salainen. Arvo-osuusjärjestelmästä voivat lähtökohtaisesti saada tietoja vain tilille kirjattujen oikeuksien haltijat (ATL 33 §). Sivulliset voivat saada tiedon rekisterimerkinnoista ainoastaan oikeudenhaltijan myötävaikutuksella. Tältä osin arvo-osuusjärjestelmä ei parhaimmalla mahdollisella tavalla edistä julkisuusperiaatteen toteutumista.¹²⁰

Kompetenssinrajoitusehdon kirjaamiskelpoisuus. Koska kirjaaminen vaikuttaa arvo-osuuteen kohdistuvien oikeuksien sivullissitovuuteen, keskeinen kysymys arvo-osuuteen kohdistuvan kompetenssinrajoituksen osalta on, *onko se ATL:n mukaan kirjaamiskelpoinen oikeus*. Mikäli se on kirjattava oikeus, luotonantajalla on mahdollisuus aktiivisesti julkistaa oikeus ja vahvistaa sen suojaa. Oikeus voi tällöin saada ATL 26 §:n mukaista aikaprioriteettiin perustuvaa suojaa ja kirjaaminen estää sekunduksen mahdollisuuden ekstinktion. Jos oikeutta ei ole kirjattu, vaikka se voitaisiin kirjata, se saa suojaa sekundusta kohtaan, joka ei ole ollut vilpittömässä mielessä omistajan kompetenssin puutteesta.

ATL 5–9 § sisältävät säännöksiä arvo-osuustilille kirjattavista oikeuksista ja rajoituksista. Niiden mukaan arvo-osuustilille voidaan kirjata valtuuden luontoisia oikeuksia (5 §), panttaus ja ulosmittaus (6 §), yhteisomistus (8 §) sekä ehdolliseen luovutukseen tai omistuksenpidätykseen perustuva luovutusrajoitus (9 §). Lisäksi ATL 13 §:ssä säädetään ulosmittauksen, turvaamistoimen, konkurssin ja yrityksen saneerausmenettelyn alkamisen kirjaamisesta ja ATL 14 §:ssä edunvalvojan määrittämisen kirjaamisesta.

ATL:ssa ei säädetä muiden kuin ehdollisen kaupan yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten kirjaamisesta. Laissa ei kuitenkaan tyhjentävästi luetella,

johhtuneen oikeuskirjallisuudessa esitetystä kritiikistä, joka perustui arvopaperivaihdannan ja kiinteistönvaihdannan eroihin (ks. *Kartio* JJ 1988 s. 56–59).

Arvo-osuusjärjestelmän eroa suhteessa lainhuuto- ja kiinnitysrekisterijärjestelmään ilmentää esimerkiksi se, että arvo-osuuden panttauksen on edelleen haluttu muistuttavan käteispanttausta, ks. *HE 1990:104* s. 53. Panttioikeuden perustaminen tapahtuu siten eri tavalla kuin kiinteistöjen osalta. ATL 12 §:n mukaan tilille kirjataan jo tapahtunut panttaus eikä omistajalla ole esimerkiksi vastaavaa mahdollisuutta kuin kiinteistöjen osalta etukäteen vahvistuttaa kiinnitystä omaisuuteensa, jota hän voisi hyödyntää luotto- ja vakuustarpeen ajankohtaistuessa. Kirjaus arvo-osuustilille onkin panttauksen julkivarmistus, kun taas kiinteistöpanntioikeuden perustamisessa julkivarmistus tapahtuu panttikirjan hallinnan siirrolla tai panttausilmoituksella. Ks. myös *Havansi* 1992a s. 300. Arvo-osuuden panttaus eroaa kiinteistöpanntioikeudesta myös siinä, että järjestelmässä ei ole mahdollisuutta perustaa erisijaisia panttioikeuksia arvo-osuustiliin. Arvo-osuustilille on mahdollista kirjata vain yksi panttaus (ATL 6.3 §).

¹²⁰ Salaisen järjestelmän valinnan perusteluista ks. *HE 1990:104* s. 68–69. Esitöiden mukaan arvo-osuusjärjestelmän salaisuusperiaatetta eli sitä, että tutustuminen kirjaamisrekisteriin edellyttää tilinhaltijan suostumusta tai tilinhaltijasta johdettavaa oikeusperustetta, ei voida pitää epäkohtana, koska arvo-osuusjärjestelmässä ei toisin kuin fyysisiä esineitä koskevien lainhuuto- ja kiinnitysrekistereiden osalta ole käytännössä mahdollista synnyttää tosiasiallista legitimaatiota hallintasuhteiden avulla. Vrt. esim. *Koulu* LM 1992 s. 482, jonka mukaan potentiaalinen ostaja tai panttinsaaja ei voi koskaan olla täysin varma siitä, että hänen saantonsa on tehokas. Myös kollision osapuolen saattaa Koulun mukaan olla erittäin vaikea saada selvyyttä relevanteista oikeustositseikoista.

mitä arvo-osuustilille voidaan kirjata. ATL 2.1 §:n 3 kohdan mukaan arvo-osuustilille kirjataan tiedot arvo-osuuksiin kohdistuvista oikeuksista ja rajoituksista. Säännöksen sanamuodosta voisi päätellä, että kaikenlaiset oikeudet ja rajoitukset voidaan kirjata. Myöskään lain esitöiden mukaan lakia ei ole tarkoitettu tulkittavaksi siten, ettei laissa mainitsemattomia oikeuksia tai rajoituksia saataisi kirjata. Niiden mukaan lain 5–10 §:ssä säädetään *tärkeimmistä* arvo-osuustilille kirjattavista oikeuksista ja rajoituksista. Esitöiden mukaan *arvo-osuustilille voidaan kirjata kaikkia oikeuksia ja rajoituksia, jotka ovat sisällöltään riittävän täsmällisiä ja jotka yleisten periaatteiden mukaan voivat saada sivullissuojaa*.¹²¹

Oikeuskirjallisuudessa on käyty keskustelua siitä, rajoittaako edellä mainittu esitöiden lausuma edellytyksestä oikeuksien sivullissitovuudesta yleisten periaatteiden mukaan oikeuksien kirjaamiskelpoisuutta. Keskustelua on toisin sanoen käyty siitä, vallitseeko arvo-osuusjärjestelmässä luettelointiperiaate eli kirjaamis-oikeudellinen tyypipakko. Kyse on siten myös yhtäältä siitä, onko kirjaamisen edellytyksenä oikeuden tarkoituksenmukaisuus, ja toisaalta siitä, pidetäänkö kaikkia oikeuksia tarkoituksenmukaisina.

Koulun mukaan esityölausumaa voidaan tulkita niin, että se viittaa oikeussuoja-vaatimukseen. Oikeussuoja vaatimus kirjaamisen edellytyksenä tarkoittaisi, että kirjata voidaan vain oikeuksia, joiden haltijoiden asemaa kirjaus parantaa. Tällöin kirjaamisen esikysymyksenä jouduttaisiin ratkaisemaan se, voiko oikeus tai rajoitus, jonka kirjaamista haetaan, ylipäänsä saada sivullissuojaa kirjaamisella.¹²² Oikeussuoja vaatimus esiintyy yleensä tyypipakkoperiaatteen yhteydessä. Koulun mukaan tarkoituksenmukainen ratkaisu on kuitenkin laaja kirjaamiskelpoisuus. Vaikka hänen mukaansa ATL:n lakisystemaattinen rakenne tukee tyypipakkoperiaatetta, esitöiden lausuma ei kuitenkaan heijastu lakitekstissä. Koska ATL jättää kirjaamiskelpoisten oikeuksien alan avoimeksi, ei hänen mukaansa ole estettä sille, että kirjaamisoikeudellinen tyypipakkoperiaate ei koske arvo-osuusjärjestelmää.¹²³

Koulun mukaan oikeussuoja vaatimus ei rajoita kirjaamista. Esityölausuma, joka hänen mukaansa edellyttää kirjaamiselta oikeussuoja vaatimuksen täyttymistä, voidaan sivuttaa vahvoilla reaalilla argumenteilla. Ne liittyvät siihen, että oikeussuoja vaatimus asettaisi arvo-osuusrekisterinpitäjälle kohtuuttomia vaatimuksia, sillä useiden oikeustyyppien osalta sivullissitovuutta ei voida torjua kokonaan. Esimerkkeinä tällaisista oikeuksista Koulun mainitsee tuotto-oikeuden, lunastusoikeuden ja optio-oikeuden.¹²⁴

¹²¹ Ks. HE 1990:104 s. 55.

¹²² Kannanotto sisältää ajatuksen, jonka mukaan kirjaamisella ei aina olisi ATL 26–27 §:ssä sille säädettyjä oikeusvaikutuksia. Kysymykseen palataan jäljempänä tässä jaksossa.

¹²³ Koulun LM 1992 s. 495–496.

¹²⁴ Koulun LM 1992 s. 500–501. Ks. myös Tuomisto 1993 s. 121. Tuomisto ei ole ottanut kantaa siihen, millaisia rajoituksia oikeuksien kirjaamiselle on arvo-osuusjärjestelmässä asetettu viittauksella oikeuksien sivullissitovuuteen yleisten periaatteiden mukaan. Tuomisto tuo kuitenkin esiin, että ATL sisältää säännöksiä sellaisten oikeuksien kirjaamisesta, joiden sivullissitovuus on yleisten periaatteiden mukaan varsin tulkinnanvaraista.

Myös *Kaiston* mukaan kirjaamiskelpoisten oikeuksien ala jää esitöiden kannanottojen mukaan avoimeksi. Hänen mukaansa reaaliset argumentit, jotka liittyvät arvopaperimarkkinoiden dynaamiseen luonteeseen, jota tyyppipakkoperiaate voi haitata, tukevat laajaa kirjaamiskelpoisuutta. Vaikka *Kaiston* mukaan tyyppipakkoperiaatteesta näytetäänkin luovutun, kirjattaville oikeuksille ja olosuhteille on kuitenkin hänen mukaansa asetettava tietyt kriteerit, jotka niiden on täytettävä voidakseen tulla kirjatuiksi. Yhtenä kirjattavia olosuhteita rajoittavana tekijänä *Kaisto* nostaa esiin oikeussuojaperiaatteen.¹²⁵

Myös *Kaisto* on todennut, että tyyppipakko- ja oikeussuojaperiaatteiden oikeuspoliittinen perustelu ei enää vaikuta kestävältä. Arvo-osuusjärjestelmän osalta tulkinnanvarainen lainsäädäntö mahdollistane *Kaiston* mukaan sen, että oikeussuojavaatimuksesta voidaan tulkita luovutun. Hänen mukaansa tiettyjen relevanttien olosuhteiden kirjaaminen on reaalisten syiden perusteella sallittava arvo-osuusjärjestelmässä, koska kirjaamista voidaan pitää eri syistä tarpeellisena.¹²⁶

Jos yleisten sivullissitovuutta koskevien periaatteiden katsotaan rajoittavan oikeuksien kirjaamista, kompetenssinrajoitusten kirjaamismahdollisuus on epäselvä. Oikeuskirjallisuudessa on siis kuitenkin päädytty oikeuspoliittisiin argumentein siihen, että arvo-osuusjärjestelmässä ei tunneta tyyppipakkoperiaatetta. Esitetyt kannat ovat perusteltuja ottaen huomioon vielä se, että hallituksen esitystä edeltäneissä lainvalmistelun vaiheissa korostettiin laajaa kirjaamiskelpoisuutta. Arvopaperikäsittelyn kehittämistoimikunnan mukaan arvo-osuusjärjestelmän joustavuus vaatii tätä, koska uusia vaihdanta- ja vakuudenkäyttötapoja kehittyy jatkuvasti. Toisaalta joustavuus ei kuitenkaan saa vaarantaa täsmällisyys- ja tyyppipakkoperiaatteen taustalla olevia oikeusvarmuusnäkökohtia.¹²⁷ Tämän estämättä riittävästi yksilöidyt vallinnanrajoitukset voidaan kirjata.

Kuten on käynyt ilmi, MK:n kiinteistökirjaamisjärjestelmä sisältää edelleen kirjaamisoikeudellisen tyyppipakkoperiaatteen. Vaikka arvo-osuusjärjestelmä muistuttaa periaatteiltaan paljon MK:n järjestelmää, niitä ei voida rinnastaa niin, että tyyppipakkoperiaatteen olisi perusteltua sisältyä myös arvo-osuusjärjestelmään. Kiinteistö- ja arvopaperivaihdanta ovat toimintaympäristöinä erilaisia.

Kirjaamisen oikeusvaikutuksista. Tyyppipakko- ja oikeussuojavaatimuksesta luopuminen merkitsee *Koulun* mukaan, että kaikki kirjatut oikeudet eivät saa ATL 26 ja 27 §:n mukaisia oikeusvaikutuksia.¹²⁸ Myös *Kaiston* mukaan rekisteristä voi

¹²⁵ *Kaisto* 1993 s. 18–19.

¹²⁶ *Kaisto* 1993 s. 28.

¹²⁷ *KM* 1986:32 s. 115. Ks. myös *Kartio* JJ 1988 s. 58.

¹²⁸ *Koulu* LM 1992 s. 503: ”Perinteisen kirjaamisjärjestelmän etuja on, että kirjaamisen oikeusvaikutukset tiedetään automaattisesti. Jos kirjaaminen on mahdollista, voidaan olettaa, että siihen liittyy oikeussuoja. Kirjaamisen mahdollisuus on yhtä kuin oikeussuojan mahdollisuus, ellei nimenomaan muuta säädetä. Arvo-osuuksien kirjaamisjärjestelmässä tämä yhteys on purettu. Jotta kirjaamisella on oikeudellista merkitystä sivullista vastaan, kirjaaminen on saatettava jonkin kirjaamisen oikeusvaikutuksia sääntelevän normin alaisuuteen.”

ilmetä oikeuksia, joiden ei yleensä katsota olevan sitovia sivullissuhteissa edes vilpillisessä mielessä olevaa kohtaan.¹²⁹ Näiden kannanottojen valossa toinen keskeinen kysymys kompetenssinrajoitusten sivullissitovuuden osalta on, *onko kompetenssinrajoitusten kirjauksella*, mikäli sitä pidetään mahdollisena, *ATL:n mukaiset oikeusvaikutukset*.

Kirjattujenkin kompetenssinrajoitusten sivullissitovuus ratkeaa siis näiden kannanottojen pohjalta sen perusteella, voivatko ne yleisten periaatteiden mukaan sitoa sivullisia. Kuten on todettu, kompetenssinrajoitusten sitovuus sivullisiin on ollut kiistanalaista. Tässä tutkimuksessa on kuitenkin pyritty esittämään näkökohtia, jotka voivat vaikuttaa lähtökohtaisen torjuvan suhtautumisen muuttumiseen.

Tulkinta, jonka mukaan rekisteriin aikaisemmin kirjattu oikeus ei saisikaan etusijaa myöhempään nähden, on kuitenkin nähdäkseni ristiriidassa ATL 26 ja 27 §:n sanamuodon kanssa, sillä niissä kirjaamisen oikeusvaikutuksia ei rajoiteta vain tiettyihin oikeuksiin. Oikeusvaikutukset liittyvät tämän perusteella jokaiseen kirjattuun oikeuteen tai rajoitukseen. ATL 26 ja 27 § ilmentävät yleistä aikaprioriteettiajattelua.¹³⁰ Säännökset eivät tunne oikeuksien jaottelua tarkoituksenmukaisiin ja epätarkoituksenmukaisiin oikeuksiin sivullissitovuuteen vaikuttavana perusteena tai tälle jaolle ei anneta merkitystä. Jos kirjatut oikeudet jaetaan sen mukaan, sovelletaanko niihin ATL 26 ja 27 §:ää vai ei, oikeuksien erottelusta ei olekaan luovuttu.¹³¹

Tulkinta, jonka mukaan kaikkien oikeuksien kirjaamiseen ei liitetä ATL:n mukaisia kirjaamisen oikeusvaikutuksia, on ongelmallinen julkisen luotettavuuden omaavassa kirjaamisjärjestelmässä, jossa pyritään kaikkien oikeuksien julkistamiseen ja jossa kirjaamiseen liitetään oikeusvaikutuksia. Tulkintaa voidaan perustella sillä, että tällöin sivullissitovuuden (ja siihen liitetyn oikeuden tarkoituksenmukaisuuden) kontrollointi tulee arvo-osuusrekisterin pitäjän sijasta viime kädessä tuomioistuimen tehtäväksi. Tuomioistuimella voidaan edellyttää olevan paremmat valmiudet ratkaista kysymys oikeuden mahdollisuudesta saada sivullissuojaa yleisten periaatteiden perusteella. Mikäli sivullissitovuudelle halutaan asettaa rajoituksia, selkeämpi (ja sääntelyn kokonaisuuden paremmin huomioon ottava) ratkaisu olisi nähdäkseni se, että jo oikeuden kirjaamisessa olisi rajoituksia, mutta ei enää kirjattujen oikeuksien oikeusvaikutuksissa. Tämän vuoksi on nähdäkseni perusteltua, että kompetenssinrajoituksia koskevilla kirjauksilla on ATL:ssa säädetty oikeusvaikutukset.

Kompetenssinrajoitusehtojen osalta voitaisiin ajatella myös, että esimerkiksi OYL 3:2 estäisi ATL:n mukaiset kirjauksen oikeusvaikutukset syrjäyttämällä nämä säännökset. Edellä on kuitenkin päädytty siihen, että OYL 3:2 ei estä osakkeita koskevien sopimusperusteisten kompetenssinrajoitusten sivullissitovuutta. Lisäksi myös tässä yhteydessä lisäargumenttina kompetenssinrajoitusten

¹²⁹ *Kaisto* 1993 s. 46–47.

¹³⁰ Ks. myös *Tuomisto* 1993 s. 120–121.

¹³¹ Ks. *Kaisto* 1993 s. 46–47.

sivullissitovuudelle voidaan esittää, että omistuksenpidätysehtoon perustuvat luovutuskompetenssinrajoitukset voidaan kirjata suoraan ATL 9 §:n nojalla, jolloin vaikuttaa myös selvältä, että ne saavat ATL 26 ja 27 §:n mukaiset oikeusvaikutukset. Jos luottosopimuksen yhteydessä tehdyt kompetenssinrajoitukset rinnastetaan omistuksenpidätysehtoon perustuviin kompetenssinrajoituksiin, ei ATL 26 ja 27 §:n mukaisille oikeusvaikutuksille ole estettä.

Yhtenä ongelmana ATL:n mukaisten kirjaamisen oikeusvaikutusten soveltamisessa kompetenssinrajoituksiin on kuitenkin se, että oikeusvaikutusten osalta ei tehdä eroa seuraajien ja velkojien välillä.¹³² Kuten edellä on useaan otteeseen todettu, kompetenssinrajoitusten sitovuutta voidaan pitää tarkoituksenmukaisena suhteessa seuraajiin, mutta ei suhteessa velkoihin. Vastaavanlainen ongelma koskee myös osakassopimukseen perustuvia kompetenssinrajoituksia. Myös niiden osalta ainoastaan sitovuutta seuraajiin, mutta ei velkoihin, on pidetty tarkoituksenmukaisena. Voitaisiin kuitenkin ajatella, että ei olisi olemassa estettä soveltaa kirjaamisen oikeusvaikutuksia vain suhteessa seuraajiin eli olla soveltamatta niitä (vain) velkoihin, jos kerran ei nähdä olevan estettä sille, että kirjaamisen oikeusvaikutuksia koskevat säännökset jätetään soveltamatta kokonaan. Tällaista osittaista soveltamista vastaan puhuvat kuitenkin argumentit, joiden mukaan puutteellinen suoja ei ole tarkoituksenmukainen.

Vaikka muissakin Pohjoismaissa arvo-osuusrekisteriin kirjattavista oikeuksista on säädetty samaan tapaan kuin meillä, en ole havainnut niissä käydyä keskustelua tyyppipakosta ja sen vaikutuksista kirjaamiseen ja kirjaamisen oikeusvaikutusten ulottuvuudesta.

Ruotsin LKF 4:17:ssä säädetään arvo-osuustilille merkittävistä tiedoista. Säännöksessä mainitut tiedot pitää kirjata. Luettelossa ei mainita sellaisia määräysvallan rajoituksia, joita tässä tutkimuksessa pidetään silmällä. Nimenomaista kantaa panttauskompetenssinrajoitusten kirjaamisesta ei havaintojen mukaan ole esitetty. Sen sijaan kirjallisuudessa on kyllä yleisemmin esitetty, että tilille voidaan kirjata muitakin kuin säännöksessä mainittuja tietoja.¹³³ Kompetenssinrajoitusten kirjaaminen saattaa siten olla mahdollista.

Norjassa ja Tanskassa luottosopimuksen yhteydessä sovittu luotonsaajan omistamiin arvo-osuuksiin kohdistuva panttaus- tai luovutusrajoitus voidaan kirjata. Norjan VPSL 4-1.2 §:n mukaan arvo-osuustilille saadaan kirjata tiliiä koskevia rasituksia ja tilinhaltijan disponointioikeuden rajoituksia. Kirjallisuuden mukaan nämä rasitukset voivat olla esimerkiksi panttioikeuksia ja muita vakuusoikeuksia, joiden kirjaamisesta säädetään vielä erikseen VPSL 4-4 §:ssä, sekä esimerkiksi etuosto- tai lunastusoikeuksia. Rajoitukset voivat perustua joko lakiin tai sopimukseen. Jälkimmäiseen ryhmään kuuluvat myös tässä

¹³² ATL:n kritiikistä tältä osin ks. *Koulu LM* 1992 s. 503.

¹³³ *Pettersson* 1990 s. 24–25. Kannanotto on aikaisemman lain ajalta, mutta se on edelleen relevantti. Lakiuudistuksella purettiin arvopaperikeskuksen (Värdepapperscentralen) monopoli arvo-osuuksia ja muita rahoitusinstrumentteja koskevan rekisterin pidossa. Rekisterikirjausten sisältöön ja siviilioikeudellisiin vaikutuksiin uudistuksessa ei sen sijaan tässä tarkasteltavilta osilta puututtu. Uudistuksesta ja sen taustoista ks. *Prop. 1997/98:160*.

tarkoitettujen tilinomistajan kompetenssinrajoitukset.¹³⁴

Tanskan VPL 66 §:n mukaan arvo-osuuksia koskevat oikeudet kirjataan. Laissa ei tarkemmin määritellä, mitä oikeuden käsitteellä siinä tarkoitetaan. Aiempaa, tältä osin edelleen samansisältöistä lakia täsmentäneessä ministeriön määräyksessä (reg.bek. 22 §) on todettu TL 10 §:ää vastaavasti, että rekisterikirjauksen on vahvistettava, perustettava, muutettava tai kumottava arvo-osuuteen kohdistuva oikeus. Koska myös VPL 66 §:n säännös vastaa TL 1 §:ää, VPL:n tarkoittaman oikeuden käsitteen sisällön on katsottu määräytyvän samoin kuin TL:ssä.¹³⁵ Myös arvo-osuuteen kohdistuvan sopimusperusteisen vallinnanrajoituksen – kuten panttauskompetenssinrajoituksen – on siten katsottu olevan kirjaamiskelpoinen oikeus.¹³⁶

7.3.4. Immateriaalioikeudet

Kollisio kompetenssinrajoituksen ja sitä vastoin tehdyn oikeuden panttauksen tai luovutuksen välillä on mahdollinen myös silloin, kun rajoituksen kohteena on immateriaalioikeus. Käytännössä kollisio lienee kuitenkin verraten harvinainen. Immateriaalioikeuksien panttaus on mahdollista vain sellaisten oikeuksien osalta, joista pidetään rekisteriä. Tämä johtuu siitä, että panttauksen julkivarmistus voi tapahtua ainoastaan merkinnällä kyseistä oikeutta koskevaan rekisteriin. Immateriaalioikeuksien panttaus vastaa luonteeltaan arvo-osuuksien panttausta sikäli, että rekisteriin merkitään jo tapahtunut panttaus.

Panttikelpoisia immateriaalioikeuksia ovat patentti, hyödyllisyysmallioikeus, yksinoikeus integroidun piirin piirimalliin, rekisteröity tavaramerkki ja mallioikeus. Näitä oikeuksia koskevien kollisionratkaisusääntöjen lähtökohtana on aikaprioriteetti, josta voidaan poiketa sekunduksen vilpittömän mielen ja ensin tapahtuneen oikeuden rekisteröinnin perusteella (PatL 44.5 §, HyödML 29 §, PiiriML 23.4 §, TavaraML 33.2-3 ja 34.2 § ja Malliol 27.5 §).¹³⁷ Säännöt koskevat

¹³⁴ VPSL 4–1.2 §:n tarkoittamista rasituksista ja rajoituksista ks. *Torvund* 1987 s. 171–172 sekä *Falkanger* 2000 s. 528–529. Erityisesti luottosopimusten yhteydessä sovittujen panttauskompetenssinrajoitusten kirjaamisesta VPSL 4–1.2 §:n perusteella ks. *Brækhus* 1994 s. 296 ja *Opperud* 1994 s. 48 alav. 128.

¹³⁵ *Gram – Mebus* 1984 s. 43. Myös tämä aikaisemman lain ajalla esitetty kannanotto on edelleen relevantti. Samoin kuin Ruotsissa, myös Tanskassa lakiuudistuksen tarkoitus oli purkaa tilinpitoa koskeva monopoli, ei puuttua kirjausten sisältöön ja oikeusvaikutuksiin. Monopolin purkamisen lisäksi uudistuksessa koottiin arvopaperikauppaa koskeva lainsäädäntö yhteen lakiin.

Suomen arvo-osuusjärjestelmää on uudistettu täysin vastakkaiseen suuntaan kuin Ruotsissa ja Tanskassa. Meillä arvo-osuusrekisterit on keskitetty arvopaperikeskukseen ja arvopaperikeskuksesta on tullut ainoa arvo-osuusrekisterin pitäjä. Oikeus tehdä kirjauksia arvo-osuusrekisteriin on arvopaperikeskuksesta oikeuden saaneilla tilinhoitajayhteisöillä. Uudistusta on perusteltu keskitetyn järjestelmän taloudellisilla eduilla. Ks. lähemmin *HE 2000:28*.

¹³⁶ *Gram – Mebus* 1984 s. 45. Ks. (myös muista kuin sopimusperusteisista) kirjattavista vallinnanrajoituksista lisäksi s. 49–53.

¹³⁷ TavaraML 33.3 §:n sanamuodosta voitaisiin päätellä, että tavaramerkin panttauksella ei olisi minkäänlaisia oikeusvaikutuksia ennen kuin se on merkitty rekisteriin. Säännöstä on kuitenkin tulkittu niin, että seuraantokollisiossa panttaus sitoo aikaprioriteetin perusteella. Sekunduksella on mahdollisuus ekstinktion vilpittömän mielensä ja ensin tapahtuneen oikeutensa kirjaamisen perusteella. Ks. *Havansi* 1992a s. 298 ja *Tuomisto* 1993 s. 119 alav. 8.

kuitenkin vain luovutusten, käyttö lupien ja panttausten välisiä kollisioita. Aikaprioriteettiin perustuva kollisionsratkaisusääntö liittyy siten oikeuksiin, jotka on mahdollista kirjata kutakin immateriaalioikeutta koskevaan rekisteriin.

Immateriaalioikeuksia koskevissa rekistereissä on omaksuttu luettelointiperiaatteen mukainen ratkaisu. Rekisteriin voidaan kirjata vain edellä mainitut luovutus, käyttö lupa ja panttaus. Kompetenssinrajoituksia ei voida kirjata. Tällöin nousee esiin kysymys, onko kirjaamiskelpoisten oikeuksien määrittelyllä haluttu rajata tarkoituksenmukaiset ja sivullissuojaa saavat oikeudet ja sovelletaanko aikaprioriteettia vain silloin, kun primuksella on kirjaamiskelpoinen oikeus. Mikäli näin on, kompetenssinrajoituksiin ja muihin kirjaamiskelvottomiin oikeuksiin sovellettaisiin sitomattomuusperiaatetta.

Patenttilainsäädännön yhteispohjoismaisessa valmistelussa on tuotu esiin kirjaamiskelpoisten oikeuksien rajoituksen perusteena se, että kaikkien immateriaalioikeuksia koskevien määäämistöimien kirjaaminen rasittaisi rekistereitä tarpeettomasti. Kirjaamiskelpoisuudella on haluttu turvata ennen kaikkea sekunduksen mahdollisuus ekstinktion käytännössä tärkeimmissä tilanteissa.¹³⁸ Nämä argumentit tukevat ajatusta, että aikaprioriteettiperiaatetta voitaisiin soveltaa riippumatta siitä, voidaanko primuksen oikeus kirjata. Patenttilainsäädännön tulkinnan osalta lausuttu voitaneen ulottaa myös muita immateriaalioikeuksia koskevaan lainsäädäntöön, sillä patenttilainsäädäntö on tältä osin toiminut pitkälti esikuvana muita immateriaalioikeuksia koskevalle lainsäädännölle.¹³⁹ Kun aikaprioriteettia voidaan soveltaa myös silloin, kun sekunduksen oikeus on kirjaamiskelpoinen, mutta primuksen ei, kirjaamismahdollisuuden puuttuminen primuksen oikeudelta merkitsee ainoastaan sitä, että primuksella ei ole keinoja estää sekunduksen kollisiovoittoa, jos tämä on vilpittömässä mielessä.

Myöskään immateriaalioikeuksien osalta rekisteriviranomaisen tieto kompetenssinrajoitusehdosta ei voine estää panttausta koskevan rekisterimerkinnän tekemistä.

7.3.5. Yhteenveto

Kollisio, joka syntyy, kun luotonsaaja perustaa panttioikeuden irtaimen omaisuuteensa vastoin sopimukseen perustuvaa panttauskompetenssin rajoitusta, voidaan ratkaista aikaprioriteettiperiaatteen ja sitä ilmentävien sääntöjen perusteella. Aikaprioriteetista voidaan poiketa ja sekunduksena oleva panttivelkoja tai luovutuksensaaja voi saada ekstinktion vilpittömän mielensä perusteella. Lähtökohtaista aikaprioriteettia ja vilpittömän mielen suojaa ilmentävien lainsäädännösten taustalla ei ole vastaavia selkeästi vaikuttavia oikeuspoliittisia kannanottoja kuin kiinteistö-

¹³⁸ Ks. *NU* 1963:6 s. 289–291.

¹³⁹ Ks. myös *Havansi* 1992a s. 295.

jä koskevan MK:n taustalla. Tämän vuoksi säännösten (analoginen) soveltaminen myös silloin, kun kompetenssin puute johtuu sopimusperusteisista kompetenssin-rajoituksista, jolloin pantinantaja tai luovuttaja on objektin oikea omistaja, on perusteltua.

On kuitenkin huomattava, että primuksella ei pääsääntöisesti ole mahdollisuutta julkistaa oikeuttaan: rajoituksia ei ATL:n mahdollista poikkeusta lukuun ottamatta voi kirjata rekisteriin eivätkä ne ulkoisesti voi ilmetä millään tavoin. Koska sivullisten luottamus omaisuuden luovutuskelpoisuuteen ja panttauskelpoisuuteen on perusteltu lähtökohta, vaikuttaa vaihdannan ja luotonannon kannalta perustellulta, että seuraajan vilpittömän mielen suojan edellytysten täyttymiseksi ei voida asettaa laajaa selonottovelvollisuutta. Pääsääntöisesti seuraajan suoja voineekin puuttua vain, jos hän tiesi kompetenssinrajoituksesta.¹⁴⁰

Käytännössä ei siten juurikaan ole eroa, lähdetäänkö kollisionratkaisussa aikaprioriteetista, josta voidaan poiketa sekunduksen tiedon puuttumisen perusteella, vai sitomattomuudesta, josta voidaan poiketa sekunduksen tietoisuuden perusteella. Molemmissa tilanteissa primuksen oikeuden sitovuus tulee kyseeseen verraten harvoin, sillä yleensä kollision sattuessa sekundus ei ole tiennyt primuksen oikeudesta. Tällöin primuksen oikeus ei sido sekundusta, sovellettiinpa kollisionratkaisuun aikaprioriteettia tai sitomattomuusperiaatetta.

¹⁴⁰ Silloin kun kollision kohteena on arvo-osuuteen kohdistuva kompetenssinrajoitus, seuraajalta on kuitenkin perusteltua edellyttää selonottoa arvo-osuusrekisterin tili-ilmoituksesta.

III ESINEOIKEUDELLISTA SUOJAA TÄYDENTÄVÄT OIKEUSSUOJAKEINOT

1. Hyvä tapa ja oikeusvaikutukset kolmanteen

1.1. YHTEYDESTÄ EDELLÄ ESITETTYYN

Edellä suhtautumista oikeuden sivullissitovuuteen takautuvan sivullissuhteen seuraantokollisioissa on hahmotettu vallitsevan varallisuus oikeudellisen ajattelutavan mukaisesti aikaprioriteettiperiaatteen ja sitomattomuusperiaatteen välisellä ulottuvuudella. Keskeinen oikeuspoliittinen peruste, joka vaikuttaa kollisionratkaisuperiaatteen valikoitumiseen, on kollision kohteena olevien oikeuksien tarkoituksenmukaisuus. Kompetenssinrajoituksen kohteesta riippuen on tultu erilaisiin lopputuloksiin siitä, sovelletaanko kollisionssa myöhemmän panttivelkojan (tai luovutuksensaajan) kanssa aikaprioriteettia (kohteena riittävästi yksilöity irtain) vai sitomattomuutta (kohteena kiinteistöt tai riittämättömästi yksilöity omaisuus). Aikaprioriteetin ja sitomattomuuden vastakkainasettelua on täydennetty ottamalla huomioon mahdollisuudet poiketa kollisionratkaisussa näistä lähtökohtaperiaatteista jonkin sitovuuteen vaikuttavan perusteen täytyessä. Aikaprioriteetista on katsottu voitavan poiketa, jos sekunduksena ollut panttivelkoja tai luovutuksensaaja ei tiennyt kompetenssinrajoitusehdosta. Sitomattomuudesta on – tietyin varauksin – katsottu voitavan poiketa, jos sekundus on tiennyt ehdosta.

Kuten edellä yleisessä tarkastelussa todettiin, sekunduksen tietoisuus ei aina riitä primuksen oikeuden sitovuusperusteeksi, jolla lähtökohtaisesta sitomattomuudesta voitaisiin poiketa. Tällöin ollaan tilanteessa, jossa primuksen ja varallisuuskohteen omistajan tekemä sopimus ei vaikuta sekunduksen asemaan. Sekunduksen ja omistajan tekemä sopimus sen sijaan vaikuttaa heikentävästi primuksen asemaan. Kuten todettiin, primuksen oikeuden sitomattomuuden oikeuspoliittinen peruste on, että oikeuden sitovuuden sekundukseen nähdään haittaavan tehokasta vaihdantaa. Sekunduksen oikeuden sitovuuden oikeuspoliittinen peruste puolestaan on, että se edistää tehokasta vaihdantaa. Tällaisessa tilanteessa primuksen oikeutta pidetään epätarkoituksenmukaisena heikkona oikeutena ja sekunduksen oikeutta tarkoituksenmukaisena vahvana oikeutena.

Tietyissä tilanteissa sopimuksella voi kuitenkin olla oikeusvaikutuksia myöhempään sopimukseen oikeutensa perustavan henkilön asemaan, vaikka sillä ei niitä normaalien kollisionratkaisusääntöjen mukaan olisikaan. Aiemmalla sopimuksella perustetulla primuksen oikeudella on vaikutuksia sekunduksen asemaan ainakin silloin, kun tämä on tehnyt sopimuksen *tarkoituksessa vahingoittaa primuksen oikeutta*. Tällöin on jo moraalisisista näkökohdista perusteltua, että primuksella on oikeus torjua asemaansa haittaavan, sekunduksen tekemän sopimuksen vaikutuksia. Tällöin primuksen oikeus rajoittaa sekunduksen mahdollisuuksia tehdä primukseen vaikutuksensa ulottavaa sopimusta.

Primuksen oikeuden sitovuus sekundukseen nähden ja hänen oikeutensa siten

torjua sekunduksen tekemän sopimuksen vaikutuksia voidaan joissakin tilanteissa perustellusti ulottaa myös tällaisia sekunduksen nimenomaisen vahingoittamistarkoituksen sisältäviä tilanteita laajemmalle. Vaikka sekundus ei olisikaan ryhtynyt primusta vahingoittaviin toimiin yksinomaan tarkoituksessa vahingoittaa tätä, hän saattaa toimia sillä tavoin *primuksen oikeuden suhteen välinpitämättömästi*, että hänen toimintansa on *hyvän tavan vastaista*. Myös tällaisissa tilanteissa on perusteltua, että primuksen oikeus ei kumoudu sekundukseen nähden. Kun merkitystä annetaan sille, että sekundus on toiminut primuksen oikeuden suhteen välinpitämättömästi, primuksen oikeus voi sitoa sekundusta, vaikka tämä ei tiennytkään primuksen oikeudesta, jos tiedon puuttuminen johtuu siitä, että sekundus on laiminlyönyt velvollisuuden ottaa selvää primuksen oikeudesta.

Kun oikeuden sitovuus perustuu sekunduksen tarkoitukseen vahingoittaa primuksen oikeutta tai tämän hyvän tavan vastaiseen välinpitämättömyyteen primuksen oikeudesta, on kysymys siitä, että *sivullisella on oikeus torjua asemaansa haittaavan sopimuksen (sekä myös muun oikeustoimen, menettelyn tai järjestelyn, joka rinnastuu oikeustoimeen) vaikutuksia tilanteissa, joissa on kysymys hyvän tavan vastaisesta menettelystä ja jopa oikeuden väärinkäytöstä*.

Torjuminen voi tapahtua paitsi niin, että sekunduksen oikeutta pidetään ainakin primuksen oikeutta loukkaavin osin tehottomana, myös niin, että primuksella on oikeus saada vahingonkorvausta sekundukselta.¹ Silloin kun primuksen intressissä on vain saada suoritus omaisuuden arvosta, hänen kannaltaan on lähtökohtaisesti sama, kumpaa oikeussuojakeinoa käyttämällä hän tähän tarkoitukseen pääsee. Primuksena oleva panttauskompetenssinrajoituksella suojautunut luotonantaja pyrkii rajoituksella turvaamaan mahdollisuuden saada suoritus omaisuuden arvosta. Tällöin hän voi päästä tavoitteeseensa myös saamalla sekundukselta vahingonkorvausta. Eri asia tosin on, että vaikka oikeussuojakeinot ovat primuksen kannalta lähtökohtaisesti samanarvoiset, vahingonkorvaukseen perustuva oikeussuoja on kuitenkin primukselle hankalampi esimerkiksi siihen liittyvän vahingon määrän ja ylipäänsä vahingon aiheutumisen todistelun vuoksi.²

Lähellä ovat myös tilanteet, joissa *sopimus ulottaa vaikutuksensa kolmanteen, jotta muodollisesti erillisen oikeussubjektiuden väärinkäyttö voitaisiin estää*. Tällöin primuksen oikeus sitoo sekundusta sillä perusteella, että sopimus, johon

¹ Norjalaisessa ja tanskalaisessa kirjallisuudessa on saamisioikeuden tai velvoiteoikeuden haltijan oikeussuojaa kolmatta kohtaan koskevien otsikoiden alla käsitelty sekä oikeudenhaltijan oikeutta saada vahingonkorvausta kolmannelta, joka on aiheuttanut velvoitteen suorittamatta jäämisen, että oikeudenhaltijan oikeuden pysyvyyttä sen ja myöhemmän velallisen sopimuksella perustaman oikeuden välisessä kollisiossa, ks. esim. *Augdahl* 1978 s. 407. Jälkimmäiseen ryhmään voi kuulua paitsi tavallisia kollisiotilanteita, joissa myöhempi sopimuksella perustettu oikeus suoraan loukkaa aiempaa oikeutta, myös erityistyyppisiä kollisiotilanteita, joissa myöhempi oikeus ei suoraan loukkaa aiempaa oikeutta, mutta kuitenkin aiheuttaa sen, että oikeudenhaltija kärsii haittaa sopimusvelvoitteen täyttymättä jäämisen vuoksi, ks. *Ussing* 1946 s. 530–531 sekä myös *Arnholm* 1974 s. 335–350 ja *Augdahl* 1978 s. 418–431.

² Tähän seikkaan on luotonantajan oikeussuojan osalta kiinnitetty huomiota eri oikeusjärjestyksissä. Ks. esim. *Bylund* JJ 1976 s. 123 ja *Stone* JIBL 1991 s. 319.

primuksen oikeus perustuu, ulotetaan koskemaan myös sekundusta. Tämä on mahdollista silloin, kun sekunduksen muodollisesti erillistä oikeussubjektuutta primuksen sopimuskumppaniin on käytetty väärin.

Kuten edellä on esitetty, *varallisuus oikeudessa pyritään suojaamaan rehellistä ja tehokasta (tarkoituksenmukaista, aktiivista ja huolellista) vaihdantaa*. Silloin kun primuksen oikeus sitoo sekundusta sillä perusteella, että tämä on tarkoittanut vahingoittaa primuksen oikeutta tai toiminut hyvän tavan vastaisesti välinpitämättömänä primuksen oikeudesta, tehokkaan vaihdannan edellytys sivullissuhteissa suojaa saavan oikeuden tarkoituksenmukaisuudesta ylittyy. Hyvän tavan vastaisesti toimivan ja oikeutta väärin käyttävän ei ole perusteltua saada oikeusjärjestyksen suojaa, vaikka loukattua oikeutta sinänsä ei pidettäisikään yhteiskunnallisesti tarkoituksenmukaisena ja siten sopimuspuolten ulkopuolelle ulottuvan suojan arvoisena. Sen enempää primuksen aktiivisuudella kuin huolellisuudellakaan ei ole tässä yhteydessä samanlaista merkitystä kuin edellä on esitetty. Myöskään oikeuden kohteen riittävällä yksilöitävyydellä ei tällöin ole suoraa merkitystä. Ratkaiseva merkitys sidonnaisuuteen on näiden sijasta myöhemmän oikeustoimen tekijän toiminnalla.

Kysymyksessä olevan oikeuden sisällöllä tai loukatun osapuolen toiminnalla on kuitenkin toisella tavalla merkitystä tilanteen kokonaisarvioinnissa. Jos loukatun osapuolenkaan käyttäytyminen ei täytä hyvän tavan vaatimuksia, tilannetta saatetaan arvioida niin, että oikeustointa, johon hänen oikeutensa perustuu, ei pidetä pätevänä edes *inter partes*.³ Tällöin kollisiota oikeuksien välillä ei itse asiassa ole olemassa, koska loukatun oikeus on pätemätön. Loukatun osapuolen käyttäytymisellä ei siis kuitenkaan ole vaikutuksia siltä osin, että merkitystä annettaisiin sille, onko hän aktiivisesti tehnyt kaikkensa oikeutensa turvaamiseksi. Samoin loukatulle kuuluvan oikeuden sisällöllä on merkitystä siinä mielessä, että jos se ei täytä hyvän tavan vaatimuksia, se on pätemätön eikä kollisiota synny. Oikeuden sisällön tarkoituksenmukaisuudella ei arvioinnissa sen sijaan ole merkitystä.

³ Tällaisesta argumentoinnista ks. esim. esittelijän mietintöä ja eri mieltä olevien jäsenten lausuntoja sekä myös KÄO:n tuomion perusteluja edellä jo mainitussa ratkaisussa KKO 1999:111. Tapauksessa kantajat vaativat, että heidän sopimuskumppaninsa X sijaan tullut Y velvoitettaisiin tekemään asunto-osakeyhtiön osakkeita koskevat kauppakirjat, vuokrasopimukset ja sopimukset yhteisomistuksesta niillä ehdoilla, joita kantajat olivat X:n kanssa suullisesti sopineet. KKO:n enemmistön mukaan kantajien ja X:n välinen sopimus oli esisopimus, johon perustuvat oikeudet eivät ilman erityistä perustetta sido osakkeiden omistusoikeuden myöhemmin saanutta luovutuksensaajaa. Merkitystä ei ollut sillä, että luovutuksensaaja oli tiennyt esisopimukseen perustuvista oikeuksista. Y:tä ei siten velvoitettu sopimuksen tekemiseen. Vähemmistö päätyi samaan lopputulokseen, mutta sillä perusteella, että kantajien ja X:n välille ei ollut syntynyt sitovaa esisopimusta, koska sitä tehtäessä osapuolet olivat syrjäyttäneet asianmukaisen, osapuolten määräämisvallan ulkopuolella olevan sopimuskentekomenettelyn. Myös KÄO oli samansuuntaisesti katsonut, että sopimukset olivat syntyneet sellaisissa olosuhteissa, että kantajat eivät voineet niihin vedota. KÄO viittasi ratkaisussa OikTL 33 §:stä ilmeneviin periaatteisiin ja hyvän tavan vaatimuksiin.

1.2. HYVÄN TAVAN NOUDATTAMISELLE ANNETUN MERKITYKSEN RATIO

Hyvän tavan noudattamisen vaikutus oikeuden sitovuuteen voidaan tuoda esiin ensisijaisesti rehellisen vaihdannan vaatimuksen mukaisena ja tehokkaan vaihdannan vaatimusten vastaisena: painotettaessa rehellisen vaihdannan vaatimusta olemassa olevien sopimusten kunnioittamisesta rajoitetaan aina jossain määrin tehokkaan vaihdannan vaatimusta vaihdannan subjektien toimintavapaudesta.⁴ Sitovuusharkinnan taustalla oleva ajatus *hyvän tavan vastaisen menettelyn ja oikeuden väärinkäytön kiellosta* liittyy kuitenkin paitsi tavoitteeseen suojata rehellistä vaihdantaa myös ajatukseen *reilun vaihdannan* suojaamisesta. Reilun vaihdannan suojaamisella pyritään rehellisen ja kunniallisen vaihdannan ideaalimallin toteuttamiseen käytännössä.⁵ Hyvän tavan noudattamiselle annettu merkitys ei olekaan tehokkaan vaihdannan vaatimuksen vastainen, kun tehokkaan vaihdannan toteuttamisen nähdään vaativan tiettyjen reilun vaihdannan edellyttämien pelisääntöjen noudattamista.

Varallisuus oikeuden väärinkäytön kieltoa ja hyvän tavan noudattamista voidaan oikeuspoliittisesti perustella myös tehokkaan vaihdannan ja luotonannon omilla *utilitaristisilla intresseillä* tai oikeammin voidaan todeta, että *tehokkaan vaihdannan ja luotonannon edistäminen itsessään vaatii tietynlaista moraalialia sovittujen sääntöjen noudattamisen muodossa*. Luottamus, rehellisyys ja vastapuolen tai muiden vaihdantaan osallistuvien subjektien intressien huomioon ottaminen ovat paitsi moraalisia arvoja myös sujuvan vaihdannan toimimiseksi välttämättömiä tekijöitä. Rationaalinen toiminta edellyttää ennakoitavuutta. Ennakoitavuuden yksi ulottuvuus on, että oikeudenhaltija voi luottaa siihen, että vaihdannan muut osapuolet toimivat sen pelisääntöjen mukaan eikä hänen tämän vuoksi tarvitse käyttää aikaa ja rahaa selonottoon muiden toimista.⁶

⁴ Kuten jäljempänä esitetään, samanlainen vastakkainasettelu voidaan nähdä myös harkinnassa sekunduksen sopimuksen ulkopuolisen vahingonkorvausvastuun ulottuvuudesta primukselle aiheutuneeseen puhtaaseen varallisuusvahinkoon.

⁵ Rehellisen ja kunniallisen vaihdannan ideaalimallista ks. *Kartio* JJ 1997 s. 158–163.

⁶ Ks. esim. jo *Stang* JFT 1933 s. 365–395, erit. s. 387 ja s. 395. Ks. myös esim. *Oker-Blom* JFT 1980 s. 263–264 ja *Reinikainen* LM 1998 s. 152 ja s. 156 taloudellisen tehokkuuden ja moraalien yhdenmukaisuudesta. Ks. lisäksi *H. Tolonen* 2000 s. 162.

Etenkin pitkäaikaiset liikesuhteet edellyttävät luottamusta vastapuolen toimintaan. Ks. käyttäytymisen pitkäaikaisten seurausten painottamisesta *Atiyah* 1979 s. 354 sekä siitä lupausten sitovuuden perusteluna s. 713 ja s. 715. Ks. myös erityisesti pitkäkestoisissa yhteistyösopimuksissa tärkeästä lojaliteettiperiaatteesta sopimusvelvoitteiden täydentäjänä ja samalla ennakoitivaatimuksen ylläpitäjänä silloin, kun sopimuksen osapuolet eivät ole sopineet kaikesta ennakolta, *Häyhä* DL 1996 s. 313–327. Ks. lisäksi *H. Tolonen* 2000 s. 160–177, joka kuvaa hyvin esimerkiksi lojaliteettiperiaatteen korostuneen aseman yhteyttä taloudellisen toimintaympäristön muutokseen, johon kuuluu esimerkiksi kaupallisten suhteiden muuttuminen aiempaa pitkäkestoisemmiksi ja verkottuneimmiksi.

Rehellisen vaihdannan ja sen pelisääntöjen noudattamisen taloudellista edulismmuutta voidaan perustella myös vangin dilemman pelillä, jolla kuvataan kahden pelaajan päätöksentekoa, kun he eivät tiedä toistensa käyttäytymistä.⁷ Vaihdannan kontekstiin sovellettuna esimerkki voisi olla seuraavanlainen⁸:

Kaksi yhtiötä neuvottelee suuresta kaupasta. Molemmat voivat joko käyttäytyä rehellisesti tai yrittää pettää toista osapuolta. Jos molemmat käyttäytyvät rehellisesti, kumpikaan ei saa ylimääräistä voittoa tai tappiota. Jos kumpikin yrittää pettää toisiaan, kummatkin menettävät miljoonan (menetys voi johtua esimerkiksi vastapuolen toiminnan valvomiseen ja juristien palkkaamiseen menevistä kuluista). Jos osapuolista vain toinen toimii rehellisesti, petollisesti toiminut voittaa kaksi miljoonaa vastapuolensa kustannuksella. Koska kumpikaan osapuolista ei voi ottaa riskiä siitä, että toimisi yksin rehellisesti, molemmat päätyvät toimimaan petollisesti. Lopputuloksena on tappiota molemmille. Molempien omaa etua turvaamaan pyrkivä strategia johtaa siten huonompaan lopputulokseen kuin tilanne, jossa osapuolet voisivat luottaa toisiinsa.⁹

Tehokkaan vaihdannan edistämisen vaatimus edellyttää kuitenkin sitovuuden kriteerien riittävän tarkkaa määrittelyä. Epävarmuus oikeusohjeiden sisällöstä vaikuttaa myös haitallisesti oikeuden ohjausfunktioon eli niin sanottuun preventiiviseen funktioon.¹⁰ Jotta ennalta ehkäisevä vaikutus voisi syntyä, normin tulee olla riittävän selkeä.¹¹ Mikäli halutaan, että normien tarkoitus rehellisen vaihdannan rajojen määrittäjänä toteutuu ja että niitä noudatetaan ohjeena rehelliselle vaihdannalle, vaihdannan toimijoiden on voitava hahmottaa niiden keskeinen sisältö.

Hyvän tavan vastaista menettelyä ja oikeuden väärinkäyttöä koskevan problematiikan osalta on tärkeintä vastata kysymykseen, *missä määrin vaihdannan osapuolten on otettava huomioon toistensa etu*. Pelkästään loukatun osapuolen

⁷ Vangin dilemman pelin kehittivät vuoden 1950 paikkeilla *Merrill Flood* ja *Melvin Dresher* (ks. *Axelrod* 1984 s. 216 alav. 2). Siihen kuitenkin useimmiten liitetään *A.W. Tuckerin* nimi, joka on formuloinut kyseisen pelin muutamaa vuotta myöhemmin (ks. esim. *Niemi* 1996 s. 165 alav. 124). Vrt. kuitenkin *Sen* 1982 s. 6 alav. 17, jonka mukaan vangin dilemman ovat esitelleet *R.D. Luce* ja *H. Raiffa* teoksessa *Games and Decisions* 1958. Sen kiinnittää huomiota myös siihen, että vastaavanlaista problematiikkaa ovat aikoinaan käsitelleet jo *Hobbes* ja *Rousseau*.

⁸ Esimerkki lainattu *Peczenikiltä* (1995 s. 529).

⁹ Yrityksen talousteoriassa lähtökohtana ovat osakkaiden ja luotonantajien väliset ristiriidat. Ks. esim. *Smith – Warner J. Fin. Econ.* 1979 s. 117 ja siellä viitattu kirjallisuus sekä *Coffee* 1991 s. 3–5. Ks. myös *Bergström – Samuelsson* 1997, jonka jäsentely perustuu yhtiön eri sidosryhmien välisten intressikonfliktien erittelyyn. Taloudellisestikin parhaana ratkaisuna näihin ristiriitoihin voidaan nähdä eri intressitahojen yhteistoiminta. Ks. esim. *Coffee* 1991 s. 24–27 ja *Axelrod* 1984.

¹⁰ Oikeuden erilaisista funktioista yhteiskunnassa ks. *Aubert* 1968 s. 31–32.

¹¹ Ks. myös *Atiyah* 1979 s. 357, joka Englannin oikeutta tarkastellessaan on selittänyt ajanjaksolla 1770–1870 vallinneen oikeussääntöjen absoluuttisen luonteen perustuneen siihen, että oikeussäännöillä oli nimenomaan etukäteinen ohjausfunktio, joka edellytti tiukkoja sääntöjä. Siirtymistä tuon ajan jälkeen yksittäistapaukselliseen harkintaan *Atiyah* (1979 s. 678) on puolestaan selittänyt sillä, että oikeussääntöjen funktioksi muodostui etukäteisen ohjauksen sijasta jälkikäteinen konfliktinratkaisu.

etujen korostaminen ei täytä ennakoitavuuden vaatimusta.¹² Ratkaisujen perusteleminen hyvän tavan vastaiseen menettelyyn tai oikeuden väärinkäyttöön liittyvillä argumenteilla edellyttääkin kriteerien riittävän tarkkaa määrittelyä. Tämän vuoksi tässä pääjaksossa tarkastellaan tutkimusteemaan liittyviltä osin lähemmin kysymystä siitä, *millainen sekunduksen toiminta voi aiheuttaa primuksen oikeuden sitovuuden häntä kohtaan ja mihin sitovuus voi tällöin perustua*.

Luvussa 2. tarkastellaan lähemmin hyvän tavan vastaisen menettelyn ja oikeuden väärinkäytön kieltoa ja sen merkitystä käsillä olevien kollisiotilanteiden ratkaisussa. Luvuissa 2.1.–2.4. määritetään ensin kieltojen sisältöä. Sen jälkeen luvussa 2.5. tarkastellaan lähemmin näiden kieltojen merkitystä kollisiossa, jossa primuksena on kompetenssinrajoitusehdolla asemaansa turvannut luotonantaja. Tarkastelun keskiössä ovat tällöin ennen kaikkea kollisiotilanteet, jotka sattuvat ammattimaisen vakuudettoman yritysluotonannon piirissä. Luvussa 3. tarkastellaan puolestaan lähemmin muodollisesti erillisen oikeussubjektuuden väärinkäytön kieltoa. Senkin osalta tarkastellaan ensin kiellon sisältöä yleisesti luvuissa 3.1.–3.4. ja sen jälkeen luvussa 3.5. erityisesti kiellon merkitystä kollisiossa, jossa primuksena on osake(kanta)panttivelkoja, joka on turvannut panttioikeuttaan yhtiön kiinteistöä koskevalla panttauskompetenssinrajoituksella. Luvussa 4. käsitellään primuksen mahdollisuutta saada sekundukselta vahingonkorvausta ja luvussa 5. primuksen mahdollisuutta peräyttää häntä loukkaava oikeustoimi takaisinsaantiperusteilla. Näihin oikeussuojakeinoihin turvautuminen saattaa olla mahdollista silloin, kun sekundus on toiminut hyvän tavan vastaisesti.

Luvut 4. ja 5. eivät sisällä lukujen 2. ja 3. tapaan laajaa käsillä olevan velkojan-suojainstituution yleistä tarkastelua, vaan niiden tarkoituksena on lähinnä tuoda esiin erityispiirteitä, joita kyseisen suojakeinon käyttöön liittyy toimintaympäristössä, jossa kompetenssinrajoitusehtoja käytetään luotonantajan turvana. Suppea tarkastelu tässä yhteydessä on perusteltu senkin vuoksi, että sekä yleistä vahingonkorvausoikeudellista että takaisinsaantikysymyksiä koskevaa ajantasaista tutkimusta on olemassa. Sen sijaan yleisellä tasolla hyvän tavan vastaisen menettelyn ja oikeuden väärinkäytön kieltoa ja muodollisen oikeussubjektuuden väärinkäytön kieltoa ei kirjallisuudessa ole vastaavalla tavalla käsitelty. Tämän vuoksi niitä ilmentävien esimerkkien osin suhteellisen laajakin käsittely on tutkimuksessa esitettävien väitteiden perustelemisen vuoksi välttämätöntä.

¹² Ks. myös Tuomisto 1995 s. 4 takaisinsaantiperusteiden määrittelystä. Takaisinsaanti-instituutio voidaan mainita erityisenä oikeuden väärinkäyttöön puuttavana melko selkeänä sääntelynä. Takaisinsaannilla on sekä välitön reparatiivinen tavoite saada aikaan velkojen välinen tasa-arvo konkurssitilanteessa että välillinen preventiivinen tavoite ohjata elinkeinonharjoittajien ja näiden velkojen toimintatapoja ja liikemoraalia. Takaisinsaannin preventiivistä funktiota on erityisesti korostettu TakSL:n valmistelussa, ks. esim. KM 1978:37 s. 472–475, s. 479–480 ja s. 484 sekä HE 1990:102 s. 13–14.

Vaikka kriteerien mahdollisimman suureen tarkkuuteen ja selkeyteen olisi yleisesti ottaen pyrittävä, oikeuden väärinkäytön osalta on kuitenkin realistista pyrkiä esittämään enemmänkin eräänlaisia *suuntaviivoja*, jotka täsmäntävät tämän oikeusinstituution käytön rajoja kuin täysin täsmällisiä soveltamisen edellytyksiä. Tämä johtuu jo hyvän tavan vastaisen menettelyn ja erityisesti oikeuden väärinkäytön luonteesta oikeudellisena instituutona: sillä pyritään mahdollistamaan puuttuminen toimiin, jotka ovat muodollisesti sallittuja. Tällainen muodollinen oikeutus voi perustua esimerkiksi juuri siihen, että täsmälliset ja selkeät säännökset ovat jättäneet aukkoja, jotka mahdollistavat oikeuden väärinkäyttämisen.¹³ Jos hyvän tavan vastaisen menettelyn tai oikeuden väärinkäytön kriteerit puolestaan rajattaisiin kovin tiukasti, saattaisi olla, että nämä kiellot eivät voisi täyttää tarkoitustaan.

Tarkasteltaessa oikeuksien sivullissitovuutta aikaprioriteetti – sitomattomuus- ulottuvuudella hyvän tavan vastaisten oikeustoimien ja oikeuden väärinkäytön kieltä on tietyllä tavalla poikkeussäännön asemassa. Kollisions osapuoli voi poikkeuksellisesti saada suojaa tällä perusteella. Kollisiotilanteita voitaisiin tarkastella ja jäsentää laajemminkin hyvän tavan vastaisen oikeustoimen pätemättömyyttä ja oikeuden väärinkäytön kieltä koskevien periaatteiden valossa niin, että ne olisivat pääsäännön asemassa. Tällöin myös suhde *inter partes* voitaisiin kytkeä tarkasteluun tiiviimmin. Kyseessä oleva toimintaympäristö, kokonaisjärjestely ja osapuolten asema toisiinsa nähden määrittäisi kussakin tilanteessa tarkemmat kriteerit siitä, millainen menettely kulloinkin on hyvän tavan mukaista tai sen vastaista.¹⁴

Hyvän tavan vastaisen menettelyn kieltä koskevia periaatteita voitaisiin soveltaa laajemmin ainakin primuksen oikeuden suojaksi tilanteissa, joissa vaihtoehtona on aikaprioriteettiperiaatteen soveltamisalan enemmän tai vähemmän kiistanalainen venyttäminen.¹⁵ Yhtä hyvin kuin primuksen oikeuden sito-

¹³ Tällaisia väärinkäytöksiä mahdollistavia aukkoja on esimerkiksi takaisinsaantilainsäädännössä pyritty estämään ottamalla TakSL 5 §:n yleinen takaisinsaantisäännös täydentämään TakSL 6–14 §:n selkeitä säännöksiä erityisistä takaisinsaantiperusteista. TakSL 5 §:n soveltaminen edellyttääkin sen sisältämien kriteerien, erityisesti oikeustoimen sopimattomuutta koskevan edellytyksen, tarkempaa täsmäntämistä ja täyttymisen harkintaa tapauskohtaisesti.

¹⁴ Tämän suuntainen ajattelutapa tulee esiin Pöyhösen (2000) uuden varallisuus-oikeuden järjestelmässä. Hänen ajattelussaan kieltojen ulottuvuus ja siten menettelyn sallittuisuuden rajat määrittävät viime kädessä perusoikeusjärjestelmän kautta.

¹⁵ Ks. myös Kaisto 1997 s. 18–20, joka arvelee aikaprioriteetin saaneen liian hallitsevan aseman niin, että sitä sovelletaan sellaisissakin tilanteissa, joihin sopisi paremmin hyvän tavan vastaisuutta koskevien periaatteiden soveltaminen. Esimerkkinä tilanteesta, jossa aikaprioriteettia parempi ratkaisu olisi hyvän tavan vastaisen oikeustoimen pätemättömyyttä koskevan periaatteen soveltaminen, Kaisto mainitsee kollision kiinteistöön panttaussitoumuksen saaneen velkojan ja myöhemmän panttivelkojan välillä. Havansi (1996 s. 91–98) on puoltanut MK 17:3:n vastaisesti panttaussitoumuksen sitovuutta vilpillisessä mielessä olevaan myöhempään panttivelkojaan nähden vetoamalla aikaprioriteettiperiaatteeseen yleisenä kollisionratkaisuperiaatteena. Kaiston mukaan pitkälti sama lopputulos ilman MK 17:3:n vastaista tulkintaa saavutettaisiin tarkastelemalla kollisiota hyvän tavan vastaisen oikeustoimen pätemättömyyttä koskevan periaatteen valossa. MK 17:3:n tulkintaa on käsitelty laajemmin jo edellä jaksossa II 6.3.5.2.

vuudelle sekundukseen nähden hyvän tavan vastaisen menettelyn ja oikeuden väärinkäytön kieltö voi toimia perusteena myös sekunduksen oikeuden sitovuudelle primukseen nähden.¹⁶

¹⁶ Esimerkkinä tästä ja samalla edellisessä alaviitteessä mainitusta hieman eroavana esimerkkinä siitä, miten hyvän tavan vastaisen menettelyn kiellon periaatteilla on katsottu saavutettavan kestävämmät perustelut ratkaisulle kuin aikaprioriteettiperiaatteen soveltamisella, voidaan mainita perustajarakentamisen yhteydessä RS-järjestelmässä ennen AsKL:n voimaan tuloa esiin tullut kysymys siitä, miten asunnonostajaa voitiin suojata aiemmin tapahtunutta rakennusluoton vakuudeksi tapahtunutta asunto-osakkeen panttausta vastaan, kun panttaus ei sisältänyt (RS-järjestelmän pelisääntöjen mukaista) lauseketta, jonka mukaan panttaus raukesi, kun osake myytiin.

Havansi (1979 s. 449–456) on tarkastellut mahdollisuutta suojata ostajaa katsomalla tämä primukseksi ja panttivelkoja sekundukseksi kollision, johon sovelletaan aikaprioriteettia, josta voidaan poiketa vain, jos pantinsaaaja on ollut vilpittömässä mielessä. Primusasema perustuisi siihen, että osakkeenostajatahon osakkeita koskeva intressi syntyisi jo asunto-osakeyhtiön synnyllä ja RS-järjestelmään liittymisellä eli ennen panttivelkojan oikeutta osakkeisiin. Kun panttivelkoja ei kyseisessä toimintaympäristössä voisi olla vilpittömässä mielessä primuksen oikeudesta, osakkeenostaja olisi suojattu.

Havansin mukaan kollision hahmottaminen tällä tavalla olisi kuitenkin liian pitkälle menevää ”kollisionsormiston venyttämistä juridis-tekniseltä näyttävän oikeutuksen löytämiseksi sinänsä tavoiteltavalle ratkaisulle.” Sen sijaan asunnonostajaa voidaan suojata sillä perusteella, että vaikka panttivelkoja on primus, hänen on otettava huomioon tulevien asunnonostajien ennakoitavissa oleva omistajanintressi. Mikäli panttivelkoja tuntee rakennus- ja rahoitusalan toimintaympäristön ja hän siitä huolimatta ottaa pantin ilman raukeamishotia, panttauksen pätemättömyyttä osakkeenostajaan nähden voidaan perustella sillä, että panttivelkojan toiminta oli hyvän tavan vastaista. Tilanteeseen palataan vielä jäljempänä jaksossa III 2.4.3.3.

2. Hyvän tavan vastaisen menettelyn ja oikeuden väärinkäytön kieltö

2.1. KIELLON SISÄLTÖ JA VOIMASSAOLON PERUSTA

Yksityisautonomia, johon kuuluu laaja toimintavapaus, on ollut varallisuus oikeutemme peruslähtökohta. Yksityisautonomian tarkoituksena on ollut toimivan vaihdannan ja luotonannon mahdollistaminen. Vaihdamman subjektit ovat kuitenkin saattaneet käyttää lähtökohtaista toimintavapauttaan toisen vaihdantaan osallistuvan tahon intressejä loukkaavasti, niin että vapauden tarkoitus ei enää olekaan toteutunut.

Vapauteen liittyy aina myös vastuu. Varallisuus oikeudellinen yksityisautonomiakin edellyttää siihen kuuluvan vapauden käyttäjiltä vastuuta toiminnastaan. Yksityisautonomiaan pohjautuvaa toimintavapautta saadaan käyttää vain tarkoitukseen, jota sillä on tavoiteltu: sitä saadaan käyttää vain tavalla, joka on toimivan vaihdannan ja luotonannon mukaista. Kuten edellä on todettu, toimiva vaihdanta (ja luotonanto) on samalla reilua vaihdantaa. Toimiva vaihdanta edellyttääkin, että siihen osallistuvat voivat riittävässä määrin luottaa toisiinsa. Tämä edellyttää toiminnan rehellisyyttä ja sitä, että vastapuolen tai muiden vaihdantaan osallistuvien subjektien intressit otetaan riittävässä määrin huomioon.

Varallisuus oikeudellista yksityisautonomiata rajoittaa sen väärinkäytön kieltö. Se rajoittaa keinoja, joilla yksityisautonomiata voidaan käyttää vaihdannassa ja luotonannossa oman hyödyn edistämiseksi.¹ Oikeuden väärinkäytön kieltö ilmentää kieltoa käyttää väärin varallisuus oikeudellista yksityisautonomiata. Oikeuden väärinkäytössä on kysymys menettelystä, joka muodollisesti on sallittua, mutta jonka tarkoitusta ja motiiveja ei yksittäistapauksessa kuitenkaan voida pitää hyväksyttävänä.² Kun oikeutta on käytetty väärin, sitä ei ole käytetty oman hyödyn edistämiseksi vaihdantaa ja luotonantoa edistävällä tavalla, vaan tavalla, joka

¹ Yksityisautonomiasta ks. jo edellä jaksossa II 5.4.2. esitettyä.

² Ks. *Hakulinen* 1965a s. 264: ”Kuitenkaan eivät teot, jotka nojaavat yleiseen toimintavapauteen tai erityiseen oikeuteen, ole kaikissa olosuhteissa sallittuja. Vaikka teko sanotun perusteensa vuoksi on sinänsä lainmukainen, tekoa sen *tarkoituksen* tai käytettyjen *välineiden* vuoksi on pidettävä hylättävänä. Yhteiskunnassa vallitseva *hyvä tapa* (*boni mores*) asettaa toimintavapaudelle rajoja, joita ei voida ylittää joutumatta vastuuseen toiselle aiheutuvasta vahingosta tai haitasta.” Ks. myös *Hemmo* 1997a s. 46: ”Oikeuden väärinkäytön kieltö voi saada merkitystä silloin, kun – näennäisesti sallitulla toimella pyritään hylättävään päämäärään.” ja *HE* 1998:275 esim. s. 4: ”Mainitut oikeudelliset instituutiot (järjestelyt, joissa velallisen käytössä oleva omaisuus kuuluu matalan verotuksen maaan perustetulle niin sanotulle veroparatiisiyhtiölle, jossa omistajien tai edunsaajien vastuu on rajoitettu, *ETS*) ovat normaalisti hyväksyttäviä ja usein merkittäviä liiketoiminnan välineitä. Niitä on arvioitava toisin silloin, kun niitä käytetään hyväksi velvoitteiden kiertämisessä.”

haittaa sitä. Oikeuden väärinkäytön kiellossa onkin kysymys vaihdantaan osallistuvien henkilöiden oman muodollisen kompetenssin suhteuttamisesta toisten asiallisiin intresseihin. Siihen kuuluu olennaisena osana toisten – millaisten tahaan – oikeusjärjestyksen tunnustamien – oikeuksien kunnioittaminen.³ Oikeuden väärinkäytön kiello *rajoittaa oman edun tavoittelua*. Toisin sanoen se *edellyttää toisen edun huomioon ottamista*.

Siitä huolimatta, että oikeuden väärinkäytön kiellosta puhutaan yksityisautonomiaan kuuluvan toimintavapauden rajoittajana, voidaan ajatella, että vaihdannan subjektin toimintavapaus määrittyy sille asetetun tarkoituksen ja tätä tarkoitusta toteuttavan oikeuden väärinkäytön kiellon kautta niin, että kiellonvastainen toiminta ei kuulu yksityisautonomian piiriin. Tämän ajatuksen mukaan oikeutta ei itse asiassa voida käyttää väärin, sillä oikeus ei alunperinkään ulotu tällaiseen väärinkäyttöön.⁴

Varallisuus oikeudellisen yksityisautonomian väärinkäytön kiello voidaan pelkistää lauseeseen: *Muodollisen oikeuden nojalla ei voida saavuttaa etuja, jotka ovat liike-elämässä noudatettavan kunniallisuuden vaatimuksen vastaisia*. Siinä lausuttua ajatusta pidetään OikTL 33 §:n säätämisen perustana.⁵ Väärinkäytön kiellon rikkomisen seurausta kuvaa puolestaan lause: *toisen oikeudesta välinpitämättöm ei ansaitse oikeusjärjestyksen suojaa*. Tämä toteamus on yhdensuuntainen varallisuus oikeudellisen luottamuksensuojaperiaatteen kanssa.⁶

Suhtautuminen oikeuden väärinkäyttöä koskeviin tilanteisiin voidaan säädöstaolla pitkälti palauttaa OikTL 33 §:ään ja sen ilmentämiin yleisiin periaatteisiin. OikTL 33 §:n säätämisen keskeisenä tavoitteena on ollut suojata hyvää liike-elämän moraalia. Sen on katsottu ilmentävän yleistä kunnian ja luottamuksen periaatetta.⁷ OikTL 33 §:ää ja sen ilmentämiä periaatteita pidetään myös esimerkiksi yhtenä lojaliteettiperiaatteen voimassaolon taustalla olevista tekijöistä.⁸ Myös vilpittömän mielen suojaa koskevan sääntelyn voidaan lähtökohdissaan

³ Ks. *Ussing* 1946 s. 530, jonka mukaan vaikka saamisioikeuden haltijalla ei ole oikeutta peria saamistaan kolmannelta, ei ole epäloogista tai kohtuutonta, että oikeussäännöt antavat saamisioikeuden haltijalle suojaa sitä vastaan, että kolmas vaikuttaa positiivisin toimin siihen, että saaminen ei tule oikein suoritetuksi. Ks. myös *Ross* 1953 s. 238–239, joka toteaa, että sivullisella voi olla velvollisuus kunnioittaa myös saamisioikeutta, vaikka hänellä ei olisikaan koskaan velvollisuutta täyttää sitä, sekä *Hakulinen* 1965a s. 252–253, jonka mukaan vaikka kolmas henkilö ei voikaan loukata saamisioikeutta velvoitteen täyttämättä jättämisellä, hän voi kuitenkin loukata velkojan oikeutta siten, että hän saattaa saamisioikeuden häviämään, supistumaan tai sen voimaansaattamisen estymään. Tällainen menettely on Hakulisen mukaan yleensä oikeudenvastainen.

⁴ Tämän suuntaista ajattelutapaa on varallisuus oikeudessamme tuonut esiin *Pöyhönen* (2000). Hänen mukaansa oikeuden väärinkäytön kiello ei ole vapauden ulkoinen rajoitus, jos varallisuus oikeuden järjestelmän lähtökohdana ei ole rajoittamaton vapaus (ks. erit. s. 108).

⁵ Ks. esim. *Kivimäki – Ylöstalo* 1981 s. 424–425.

⁶ Kuten jo edellä on tuotu esiin, luottamuksensuojanäkökohtien voidaan nähdä *e contrario* edellyttävän, että oikeusjärjestyksen tunnustamaa oikeutta tietoisesti loukkaavaa ei tarvitse suojata. Näin luottamuksensuojaa on tulkinut esim. *Kartio* LM 1969 s. 569–570 ja *sama* 1991 s. 119. Ks. myös *sama* JJ 1985 s. 157–159.

⁷ OikTL 33 §:n taustojen analyysistä ks. *Wilhelmsson* OTJP 1978 s. 42–53 viittauksineen.

⁸ Ks. esim. *Taxell* DL 1977 s. 150–151, vrt. *Muukkonen* LM 1993 s. 1041.

nähdä perustuvan kunnian ja luottamuksen suojaamiseen vaihdannassa.⁹

Oikeuden väärinkäytön kieltä ei kuitenkaan tyhjenny OikTL 33 §:n mukaisen kunnianvastaisen ja arvottoman toiminnan kriteereihin. Oikeuden väärinkäytön kieltä tarkoittaa paitsi kunnianvastaisen ja arvottoman toiminnan kieltä myös hyvän tavan vastaisen toiminnan kieltä. Tämä kieltä ulottuu laajemmalle kuin OikTL 33 §:n kunnianvastaisen ja arvottoman menettelyn kieltä.¹⁰

Hyvän tavan vastaisten oikeustoimien kieltä on oikeudessamme voimassa yleisenä periaatteena.¹¹ Nähdäkseni on perusteltua puhua laajemmin *hyvän tavan vastaisen järjestelyn tai menettelyn kiellosta*, kuten edellä on jo tehtykin, sillä oikeustoimeen on tilanteen sitä vaatiessa rinnastettava myös muunlaisia määräämistoimia samalla tavalla kuin esimerkiksi TakSL:ssa on tehty. TakSL 1 §:n mukaan se, mitä kyseisessä laissa säädetään oikeustoimesta, koskee myös *menettelyä, järjestelyä tai muuta toimenpidettä, joka on vaikutukseltaan oikeustoimeen rinnastettava*. Oikeustoimeen rinnastettaviin määräämistoimiin on katsottu voivan TakSL:a sovellettaessa kuulua myös passiivisuus eli toimenpiteen tekemättä jättäminen. Hyvän tavan vastaisten oikeustointen kiellon yhteydessä passiivisuudella saattaa kuitenkin useimmiten olla merkitystä vain silloin, kun henkilöllä on ollut erityinen velvollisuus toimia ja hän on tämän velvollisuutensa laiminlyönyt.¹²

Myös esimerkiksi UL 4:9.4:ssa puhutaan oikeustoimen sijaan järjestelystä. Järjestelyllä tarkoitetaan tällöin yksittäisten oikeustoimien muodostamaa kokonaisuutta. Kyseisellä säännöksellä on pyritty mahdollistamaan puuttuminen keinotekoisiiin varallisuusdisponointeihin, joiden tarkoituksena on ollut saattaa omaisuus ulosoton ja velkojien ulottumattomiin. Sillä, että yksittäisten oikeustointen sijaan tarkastellaan (kokonais)järjestelyä, on keskeinen merkitys, koska erillisillä oikeustoimilla tavoiteltu kielletty päämäärä saattaa tulla esiin vasta tarkasteltaessa oikeustointen muodostamaa kokonaisuutta.¹³

⁹ Ks. esim. *Zitting* 1951 s. 129, *sama* 1956 s. 81–82 ja *sama* DL 1977. Zittingin mukaan vilpittömän mielen suoja on kuitenkin eriytynyt juridis-tekniseksi käsitteeksi ja on paremmin selitettävissä selonottovelvollisuuden rajaamiseen liittyvillä rationaliteettinäkökohdilla. Vrt. *Tepora* 1984 s. 134–136, joka on korostanut taustalla olevaa moraalinäkökohtaa. Ks. myös *A.T. Falkanger* 1999 s. 19 sekä edellä jaksossa II 6.3.2. esitettyä.

¹⁰ Ks. myös *Havansi* 1981 s. 244–245, jonka mukaan hyvän tavan vastaisuus ja OikTL 33 §:n mukainen kunnianvastaisuus ja arvottomuus eivät ole täysin samoja asioita, sekä *Ämmälä* 1993b s. 37–40, jonka mukaan hyvän tavan vastaisuus yleisenä periaatteena ei ole samaistettavissa OikTL:n pätemättömyysperiaatteisiin.

¹¹ Ks. myös *Pöyhönen* 2000 s. 87, jonka mukaan esimerkiksi hyvän tavan vastaisuuden ja oikeuden väärinkäytön kieltojen keskeisyys varallisuus-oikeudellisenä normistona ilmenee muun muassa siten, että ne sisältyvät nykyaikaiseen varallisuus-oikeuteen aina ilman erityistä säännöstäkin.

¹² Oikeustoimeen rinnastettavista määräämistoimista TakSL:ssa ks. lähemmin *Tuomisto* 1995 s. 42–45.

¹³ Keinotekoisien (varallisuus)järjestelyn kriteeristä UL 4:9.4:n osalta ks. *Linna* LM 1999 s. 344–346.

Kokonaisjärjestelyn arvioimisen merkitys oikeustoimilla tavoitellun kielletyn päämäärän esiin saattamiseksi tulee esiin myös esimerkiksi *sale and lease back* -muotoisten kiinteistöleasing-järjestelyjen oikeudellisen arvioinnin kohdalla. Kiinteistöleasing-järjestelyä, joka on toteutettu niin, että luotonantaja myy luotonantajalle kiinteistön, jonka luotonantaja välittömästi vuokraa takaisin luotonantajalle, ei yleensä ole pidetty oikeudessamme luotonantajan velkoja sitovana (eikä edes *inter partes* sitovana), koska järjestely kokonaisuutena tarkastellen täyttää kielletyn vakuusluovutuksen kriteerit.

Oikeuden väärinkäytön kiellon voidaan nähdä heijastavan myös niitä arvoja ja arvostuksia, jotka on omaksuttu perusoikeusjärjestelmässämme. Pöyhönen on hahmotellessaan varallisuus oikeuden systematisointia perusoikeusnäkökulmasta pitänyt hyvän tavan vastaisen menettelyn ja oikeuden väärinkäytön kieltoja perusoikeuspohjaisina normeina. Perusoikeuspohjaisuutta on hänen mukaansa myös kohtuuttomien oikeussuhteiden voimaansaattamisen kiellossa. Pöyhösen mukaan näitä kiellonormistoja on luontevaa pitää perusoikeuksien ja varallisuus oikeuden järjestelmän välisinä yhdyssiteinä, muuntionormistoina, joiden avulla voidaan tunnistaa varallisuus oikeudellisista järjestelyistä mahdollisesti aiheutuvia perusoikeushäiriöitä. Hän on nähnyt nämä normistot jatkumona niin, että hyvän tavan vastaisen menettelyn kiello heijastaa perusoikeuksien kunnioittamista; perusteet, joilla hyvän tavan vastaisuutta arvioidaan, saavat sisältönsä perusoikeuksista. Kohtuuttomien oikeussuhteiden voimaansaattamisen kiello heijastaa perusoikeuksien suojaamista; perusoikeuksilla on merkitystä sopimuksen sovitteluharkinnassa kriteerien painoarvojen määrittämisessä. Oikeuden väärinkäytön kiellolla perusoikeudet toteutetaan; oikeuden käyttö niin, että se haittaa perusoikeuksien toteutumista ja toteutumismahdollisuuksia, ei ole sallittu.¹⁴ Esimerkiksi Saksassa perustuslaissa säädettyjen perusoikeuksien on katsottu ilmenevän kansalaisten välisessä suhteessa ainakin välillisesti niin, että perusoikeuksilla on merkitystä BGB:n yleislausekkeiden, kuten BGB 242 §:n *Treu und Glauben* -normin, tulkinnassa ja käytössä.¹⁵

Oikeuden väärinkäytön kiello on myös EY:n oikeudessa tunnustettu instituutio. EY:n tuomioistuimen käytännössä on nimittäin todettu, että oikeussubjektit eivät saa käyttää yhteisön oikeutta väärin tai vedota siihen vilpillisesti.¹⁶ Tuomioistui-

¹⁴ Pöyhönen 2000 s. 97–109.

¹⁵ Soergel – Teichmann 1990 s. 29–30.

BGB 242 §:n *Treu und Glauben* -normi sisältää lähinnä sopimusosapuolten lojaliteettivelvollisuuden toisiaan kohtaan. Sen on katsottu samalla myös kieltävän oikeuden väärinkäytön. Lojaliteettivelvollisuuden ja oikeuden väärinkäytön kiellon taustalla nähdään tällöin olevan saman perusajatuksen. Toisaalta niitä on pidetty erillisinä oikeusinstituutioina, joilla on erilaiset historialliset juuret, soveltamisedellytykset ja -alueet. Oikeuden väärinkäytön kiellolla on nähty olevan pidemmät perinteet kuin Treu und Glauben -normilla. Sitä on pidetty myös yleisenä siviilioikeudellisenä periaatteena, kun taas Treu und Glauben -normia on pidetty systemaattisesti velvoiteoikeudellisenä. Tämä erillisyyden ajatus on ilmennyt myös säädettyssä oikeudessa niin, että oikeuden väärinkäytön kiellosta on säädetty erikseen BGB:n yleisessä osassa BGB 226 §:ssä. Säännöksen soveltamisedellytykset olivat kuitenkin niin tiukat, että se ei täyttänyt funktiotaan. Tämän vuoksi oikeuden väärinkäytön kiello on perustettu BGB 242 §:ään. Vaikka BGB 242 § onkin alunperin velvoiteoikeudellisia suhteita koskeva säännös, sitä on katsottu voitavan soveltaa myös esineoikeudellisiin suhteisiin. Ks. Soergel – Teichmann 1990 s. 16–17, s. 38 ja s. 41–42. Ks. myös Westermann 1998 s. 14–15 ja Baur – Stürner 1999 s. 43. Oikeuden väärinkäytön kielloa tukee normatiivisesti myös BGB 826 §:n säännös hyvän tavan vastaisen menettelyn kiellosta.

¹⁶ Ks. asia C-367/96, *Alexandros Kefalas v. Elliniko Dimosio (Kreikan valtio) ja Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, Kok. 1998 s. I-2843 sekä tuomion 20. kohdassa mainittu oikeuskäytäntö.

Kjellgrenin (EBLR 2000 erit. s. 190–192) mukaan EY:n tuomioistuin ei tästä huolimatta ole koskaan tunnustanut oikeuden väärinkäytön kielloa yhteisöoikeuden periaatteeksi. Hänen mukaansa tuomioistuimen kehittämä, suhteellisen varovaisesti muotoiltu oppi väärinkäytöstä ei ole muodostunut varsinaiseksi yleiseksi oikeusperiaatteeksi. Ks. myös Brown JJ 1994 ja vrt. Mylly JJ 2000 s. 193.

men mukaan yhteisön oikeuden kanssa ei tämän vuoksi ole ristiriidassa, että kansalliset tuomioistuimet soveltavat sellaista kansallisen oikeuden säännöstä, jonka nojalla ne voivat arvioida, käytetäänkö yhteisön määräykseen tai säännökseen perustuvaa oikeutta väärin.¹⁷ Oikeuden väärinkäytön kieltävä kansallinen normi voi siten rajoittaa myös esimerkiksi direktiiviin muodollisesti oikeutensa turvaavan mahdollisuuksia hyötyä sen nojalla toisen intressien kustannuksella vastoin säännöksellä tavoiteltuja päämääriä.¹⁸

Oikeuden väärinkäytön kieltä voidaan pitää itsenäisenä periaatteena, jolle on löydettävissä institutionaalista tukea. Lisäksi sitä voidaan pitää yläkäsitteenä, jonka alle voidaan systematisoida erilaisia varallisuus oikeudellisen yksityisautonomian käyttöä rajoittavia, sisällöltään täsmällisempiä kielloja. Niitä eritellään seuraavassa. Nämä kiellot ilmentävät omalta osaltaan sitä institutionaalista tukea, joka oikeuden väärinkäytön kiellolla oikeudessamme mielestäni on.

2.2. VAHINGOITTAMISTARKOITUKSESSA TEHTYJEN MÄÄRÄÄMISTOINTEN KIELTO

2.2.1. Shikaanikielto

Oikeuden ja varallisuus oikeudellisen yksityisautonomian väärinkäyttö pitää jo terminologisesti sisällään sen, että on kysymys *oikeuden käytöstä tarkoituksensa vastaisella tavalla*. Räikeimmässä muodossa oikeutta on saatettu käyttää ainoastaan tarkoituksessa vahingoittaa toisen oikeutta.

Vanhastaan tärkeä oikeuden väärinkäytön kiello kahden osapuolen välisessä suhteessa on *kiello ryhtyä disponointeihin tarkoituksessa vahingoittaa vastapuolta* eli *shikaanikiello*, josta on käytetty myös nimitystä ilkivaltaisen tai kiusamielisen oikeudenkäytön kiello. Oikeuskirjallisuudessa sen on katsottu olevan yleisesti

¹⁷ Ks. edellä mainitun ratkaisun lisäksi asia C-373/97, *Dionysios Diamantis v. Elliniko Dimosio (Kreikan valtio) ja Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, Kok. 2000 s. I-1705. Kummatkin ratkaisut koskivat sitä, voitiinko oikeuden väärinkäytön kiellon sisältävän Kreikan siviililain 281 §:n säännökseen vedota sellaista kannetta vastaan, jonka osakkeenomistaja on nostanut ja jossa hän vaatii yhtiöoikeudellisten toimenpiteiden pätemättömyyden toteamista sillä perusteella, että niillä loukataan toisen yhtiöoikeudellisen direktiivin 77/91/ETY 25 artiklassa myönnettyä oikeutta.

¹⁸ Edellä mainituissa tapauksissa oikeuden väärinkäytön katsottiin kuitenkin olevan kyseessä vain jälkimmäisessä tapauksessa ja vain siltä osin kuin osakkeenomistaja oli valinnut direktiivin vastaisesti syntyneen tilanteen korjaamiseksi ilmeisen suhteettoman oikeussuojakeinon, josta aiheutui vakavaa vahinkoa muiden laillisille intresseille.

EY:n tuomioistuinten mukaan kansallisen säännöksen soveltamisella ei kuitenkaan saa vaarantaa yhteisön oikeussääntöjen tehokasta vaikutusta ja yhtenäistä soveltamista kaikissa jäsenvaltioissa. Kun kansalliset tuomioistuimet arvioivat yhteisön oikeussääntöön perustuvan oikeuden käyttöä, ne eivät saa muuttaa tämän oikeussäännön soveltamisalaa eivätkä vaarantaa niitä tavoitteita, joihin tällä oikeussäännöllä pyritään.

voimassa oikeudessamme, vaikka siitä ei olekaan yleistä lainsäädäntöä.¹⁹ Erityinen shikaanikielto sisältyy NaapL 13 §:ään.

Shikaanikielto on yleensä määritelty kirjallisuudessa niin, että oikeuksien käyttö yksinomaista tarkoituksena vahingoittaa toista on kielletty.²⁰ Shikaanin on siten yleensä katsottu olevan kysymyksessä vasta silloin, kun oikeudenkäyttöön ei liity lainkaan omaa intressiä. Esimerkiksi erityisen shikaanikiellon sisältävässä NaapL 13 §:ssä käytetään kuitenkin ilmaisua ”pääasiallisena tarkoituksena”.²¹ Ainakaan pelkän toisen oikeuden tosiasiallisen vahingoittamisen ilman nimenomaista vahingoittamistarkoitusta ei yleensä ole katsottu kuuluvan shikaanikiellon alaan.²²

2.2.2. Kollusiivisen menettelyn kielto

Shikaanikiellossa on kysymys oikeuden väärinkäytön kiellosta kahden osapuolen välisessä suhteessa. Kollusiivisen menettelyn kielto puolestaan koskee oikeuden väärinkäytön kielloa suhteessa kolmanteen. Kollusiivisella menettelyllä tarkoitetaan yleensä oikeustoimen tekemistä *tarkoituksessa loukata* toisen henkilön aiempaan oikeustoimeen perustuvaa oikeutta. Kollusiivisesta menettelystä on kysymys esimerkiksi silloin, kun henkilö A ryhtyy toisen henkilön C:n kanssa oikeustoimeen tarkoituksessa vahingoittaa A:n sopimuskumppanin B:n oikeutta esimerkiksi niin, että B:n oikeus raukeaa kyseisen oikeustoimen johdosta. Kollusiivisesta menettelystä on yleensä katsottu olevan kysymys silloin, kun A ja C *toimivat yhteisymmärryksessä B:n oikeuden vahingoittamiseksi*.²³

Kollusiivista menettelyä koskevaa oikeuskäytäntöä ei juurikaan ole syntynyt. Oikeuskirjallisuudessa esimerkkinä on usein mainittu ratkaisu KKO 1931 II 585. Siinä tilanosuus oli myyty tarkoituksin saada siitä aikaisemmin erotetun määrärahan luovutus raukeamaan. Koska ostajan (C) oli näytetty olleen tietoinen tästä tarkoituksesta, määrärahan saajalla (B) katsottiin olleen oikeus saada määräraha

¹⁹ Ks. *Wrede – Caselius* 1946 s. 209, *Hakulinen* 1965a s. 272, *Zitting – Rautiala* 1982 s. 219 ja *Kartio* 1991 s. 195, joissa shikaanikieltoa käsitellään esitysten painotusten vuoksi lähinnä omistajan käyttövapautta rajoittavana kieltona (shikaanikielto on yleensäkin noussut esiin juuri omistusoikeuden käytön rajoituksena, ks. *Undén* JFT 1938 s. 12–15). Ks. myös *Hemmo* 1997a s. 46.

²⁰ Ks. esim. *Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander* 1998 s. 29: ”Kenelläkään ei ole lupa käyttää omaisuuttaan pelkästään toisen kiusaamisen tarkoituksessa.”

²¹ Ks. myös *Hakulinen* 1965a s. 272 ja s. 275 sekä *Hemmo* DL 1996 s. 334–335.

²² Ks. *Undénin* laajaa shikaanikiellon analyysia JFT 1938 s. 10–30, *Wrede – Caselius* 1946 s. 208, *Zitting – Rautiala* 1982 s. 219 ja *Kartio* 1991 s. 196.

²³ Kollusiivisen menettelyn määritelmistä ks. esim. *Ylöstalo* 1956 s. 154, *Hessler* 1973 s. 286, *Rodhe* 1985 s. 332, *Wirilander* 1986 s. 22, *Kartio* 1991 s. 45 ja *Tuomisto* 1993 s. 136. Myös englanninkielisessä kirjallisuudessa kollusiivinen menettely ymmärretään yleensä kahden tai useamman henkilön yhteistoiminnaksi, jonka tarkoituksena on loukata kolmannen oikeutta. Tässä yhteydessä käytetään usein termiä ”conspiracy”, ks. esim. *Merkel* IBLJ 1987 s. 680 ja termin määritelmästä *Black* 1999 s. 305.

erotetuksi kaupan estämättä.²⁴ Ratkaisussa ei sinänsä vedottu siihen, että kysymys olisi A:n ja C:n yhteistoiminnassa tehdystä B:n oikeuden loukkaamisesta, mutta tämä ajatus on lähellä, kun C:n katsottiin vahingoittamistarkoituksesta tienneen.

Pohjoismaisesta oikeuskäytännöstä voidaan mainita myös julkaisematon tanskalainen ratkaisu ØL 30.9.1957. Siinä osakassopimuksen katsottiin sitovan siitä tietoista luovutuksensaajaa, kun tämän tarkoituksena oli ollut sabotoida aikaisempi sopimus.²⁵

Oikeuskirjallisuudessa on vallinnut yksimielisyys siitä, että muodollisen oikeuden väärinkäyttö toisen oikeuden vahingoittamiseksi ei ole sallittua. Kollusiivisen menettelyn kielto voidaan perustaa ainakin *yleiseen periaatteeseen hyvän tavan vastaisen menettelyn kiellosta*. Oikeustoimen tekemistä tarkoituksessa vahingoittaa kolmatta voidaan selkeästi pitää hyvän tavan vastaisena toimintana, jota vastaan loukatulla osapuolella on oltava mahdollisuus oikeussuojaan.

Kollusiivisesti toimineen sidottuisuutta mihin tahansa loukkaamaansa oikeuteen on puollettu. Vahingoittamistarkoituksessa perustettua oikeutta ei ole pidetty tehokkaana ainakaan loukattua osapuolta kohtaan. Mahdollisena onkin pidetty vahingoittamistarkoituksessa tehdyn oikeustoimen julistamista tehottomaksi loukattua osapuolta kohtaan. Oikeuskirjallisuudessa on puollettu myös mahdollisuutta julistaa kollusiivisessa tarkoituksessa tehty oikeustoimi loukatun osapuolen kanteesta kokonaan pätemättömäksi.²⁶ Tällöin kolmannella olisi mahdollisuus puuttua sopimukseen laajemmin kuin hänen oman asemansa turvaamiseksi olisi tarpeen. Jos kolmannella katsotaan olevan vain oikeus torjua sopimuksen häneen kohdistavat haitalliset vaikutukset, kolmannen oikeus on perusteltua ulottaa ainoastaan mahdollisuuteen saada sopimus tehottomaksi häntä itseään kohtaan, jos hänen oikeussuojan tarpeensa ei ulotu laajemmalle.

Säädöstasolla kolmannen suojaaminen oikeuden väärinkäytöltä kollusioitilanteissa on mahdollista perustaa lähinnä *OikTL 33 §:ään*. Yhteisessä vahingoittamistarkoituksessa tehty oikeustoimi täyttää kiistatta *OikTL 33 §:n* edellytykset siitä, että se on tehty olosuhteissa, joista tietoisesti olisi kunnianvastaista ja arvo-

²⁴ Kyseisen ratkaisun aikaan vallinneen oikeustilan mukaan määräalan saajan asema oli lähtökohtaisesti sangen heikko. Määräalan saajan suoja myöhempää luovutusta vastaan edellytti siten yllä mainitunlaisten poikkeuksellisten olosuhteiden olemassaoloa. Sittenkin määräalan saajan asemaa on eri otteeseen asteittain parannettu. Jo JL 183.2 §:n mukaan pelkkä ostajan tietoisuus aikaisemmasta määräalan luovutuksesta sai aikaan sitovuuden. Uuden MK 10:1.2:n mukaan määräalan saanto kirjataan lainhuutona kuten omistusoikeuden saanto ja se myös rinnastetaan kaikissa oleellisissa suhteissa kiinteistön saantoon. Määräalan luovutuksensaaja saa suojaa myöhempää kiinteistön luovutuksensaajaa vastaan, mikäli hän on hakenut lainhuuttoa (määräalan saajalla on lainhuudatusvelvollisuus) tai mikäli luovutuksensaaja tiesi tai tämän olisi pitänyt tietää luovutuksesta. Ks. myös HE 1994:120 s. 80.

²⁵ Ks. ratkaisusta lähemmin Roos 1969 s. 321–324, joka arvelee, että ratkaisua ei kasuistisen luonteensa vuoksi referoitu UFR:ssa.

²⁶ Ks. esim. kiinteistönkaupan esisopimuksen osalta Wirilander 1986 s. 22–24, Niemi 1997 s. 154–155, Jokela – Kartio – Ojanen 1997 s. 53–54 ja Kaisto 1997 s. 66 alav. 1.

tonta vedota oikeustoimeen, ja siitä, että sen, johon oikeustoimi on kohdistettu, täytyy olettaa näistä olosuhteista tietäneen. Kunnianvastaisuuden ja arvottomuuden kriteerit korostavat erityisesti rehellisen vaihdannan vaatimusta, ja vahingoittamistarkoituksessa tehtyä oikeustointa ei voida pitää rehellisen vaihdannan vaatimusten mukaisena.²⁷

OikTL 33 §:n soveltamisen ongelmana on kuitenkin epäselvä kysymys siitä, voiko säännökseen vedota suojakseen kolmas, sopimuksen osapuoliin nähden sivullinen taho. Kollusiivisella menettelyllä loukattu henkilö ei ole häntä loukkaavan sopimuksen osapuoli. Lähtökohtana on pidetty, että OikTL 33 § koskee ainoastaan sopimussuhteita niin, että siihen voi suojakseen vedota vain sopimuksen osapuoli. Vanhemmassa oikeuskäytännössä lähtökohtana on ollut ratkaisun KKO 1933 I 53 perusteella, että OikTL 33 §:ää ei voida soveltaa kolmannen suojaksi. Ratkaisun perusteluissa todettiin nimenomaisesti, että OikTL 33 §:ää ei voitu soveltaa, koska sen perusteella sopimuksen pätemättömyyteen vedonnut kantaja ei ollut sopimuksen osapuoli.²⁸ Mikäli tässä lähtökohdassa pysytään, kollusiivisella menettelyllä loukattu henkilö ei voisi vedota suojakseen OikTL 33 §:ään.

Lähtökohdasta on kuitenkin poikkeuksia. Vaikka OikTL 33 §:ää ei lähtökohtaisesti ole katsottu voitavan soveltaa muun kuin pätemättömäksi vaadittavan oikeustoimen osapuolen suojaksi, kolmatta on oikeuskäytännössä katsottu kuitenkin voitavan suojata OikTL 33 §:n perusteella ensinnäkin silloin, kun häntä *ei ole pidetty sopimukseen nähden varsinaisena sivullisena*.²⁹

Esimerkkinä tällaisesta tilanteesta on ratkaisu KKO 1961 II 100. Siinä rakennusliikkeen hallituksen jäsen ja toimitusjohtaja A oli perustanut asunto-osakeyhtiön rakennusliikkeen palveluksessa olleiden B:n ja C:n kanssa. Ennen kuin yhtiön hallinto oli luovutettu sen osakkeet ostaneille uusille osakkeenomistajille, A oli allekirjoittanut yhtiön puolesta urakkasopimuksen, joka koski

²⁷ Ks. myös *Telaranta* 1990 s. 342–343. Telarannan mukaan mittapuuksi on tässä yhteydessä haluttu asettaa rehellinen, liiketavat tunteva yksilö. Oikeustoimen kunnianvastaisuuden ja arvottomuuden sekä myös sen hyvän tavan vastaisuuden arviointi perustuu objektiivisiin kriteereihin siitä, miten tällainen rehellinen liiketavat tunteva yksilö tilanteen mieltäisi. Subjekttiivinen arviointi eli se, että tosiasiallisessa tilanteessa henkilö ei pitäisi tekoaan kunnianvastaisena tai arvottomana tai hyvän tavan vastaisena, ei estä sitä, että oikeustointa pidetään kyseiset kriteerit täyttävänä, ks. *Kivimäki – Ylöstalo* 1981 s. 426. Ks. lisäksi *Hakulinen* 1965a s. 275, jonka mukaan teon luonnehtiminen hyvän tavan vastaiseksi edellyttää, että tekijä on ollut tietoinen niistä tosiseikoista, joiden perusteella teko voidaan kvalifioida hyvän tavan vastaiseksi. Sen sijaan hänen mukaansa ei ole tarpeen, että tekijä myös on käsittänyt menettelynsä poikkeavan hyvästä tavasta.

²⁸ Tapauksessa yhtiö, jonka varoja oli kavallettu, vetosi näillä varoilla tehdyn velan maksun pätemättömyyteen OikTL 33 §:n perusteella.

²⁹ *Havansi* (1981 s. 239–248, erit. s. 247–248) on erottanut asianosaissuhteiden ja varsinaisten sivullissuhteiden välissä asianosaissuhteiden eräänlaisen uloimman vyöhykkeen. Hänen mukaansa OikTL 33 § voi ulottua ainakin tällaisiin ”epävarsinaisiin” sivullissuhteisiin ja joissakin tapauksissa myös varsinaisiin sivullissuhteisiin. Tällaisesta sivullisen käsitteen jakautumisesta tai hajoamisesta ks. myös *Pöyhönen* 1988 s. 228–229, joka analysoi sopimuksen henkilöllisen ulottuvuuden laajenemiselle asetettuja suuntaviivoja. Ks. lisäksi *Kartio* JJ 1997 s. 156–157.

asuinrakennuksen rakentamista yhtiölle. Sopimuksen mukainen urakkasumma ylitti osakkeiden ostajille osakekauppoja tehtäessä esitetyn taloussuunnitelman loppusumman. Kustannusten nousun ei ollut edes väitetty perustuneen rakennuspiirustuksiin hyväksyttävillä perusteilla tehdyistä muutoksista tai yhtiön hyväksi muusta pätevistä syistä tehdystä lisätyöstä. Tämän jälkeen A oli yhdessä B:n ja C:n kanssa pitämässään yhtiökokouksessa hyväksynyt urakkasopimuksen.

KKO katsoi yhtiön kanteen johdosta, että urakkasopimus siltä osin kuin se koski rakennusliikkeelle tulevaa korvausta ja yhtiökokouksen päätös, jolla korvaus hyväksyttiin, oli tehty OikTL 33 §:ssä tarkoitetuissa olosuhteissa. Urakkasopimus katsottiin tällä perusteella pätemättömäksi siltä osin kuin urakkasumma ylitti taloussuunnitelman loppusumman.

Ratkaisussa ei muodollisesti ollut kyse kolmannen vetoamisoikeudesta, sillä sopimukseen vetoava asunto-osakeyhtiö oli sopimuksen osapuoli. Tosiasiallisesti kyse kuitenkin oli OikTL 33 §:n soveltamisesta kolmannen suojaksi, sillä sopimuksen osapuolen taustalta löytyvät henkilötahot ja intressit olivat vaihtuneet. Alkuperäisen sopimuksen tehneen osapuolen (grynderi) tilalle oli tullut siitä täysin erillinen intressitaho (uudet osakkeenomistajat).³⁰

Myös *sopimukseen nähden varsinaista sivullista* on myöhemmässä oikeuskäytännössä suojattu OikTL 33 §:n perusteella. Kolmannella on katsottu olleen oikeus vedota suojakseen OikTL 33 §:ään esimerkiksi silloin, kun hän on ollut sopimusosapuolen aviopuoliso, jonka oikeutta tasinkoon sopimuksella oli loukattu.³¹ Vaikka kolmas ei ole ollut edes muodollisesti sopimuksen osapuoli, häntä on suojattu, kun hänen oikeusasemansa on katsottu olleen *liitännäinen oikeustoimen osapuolten asemaan*.³²

Oikeuskäytännön on katsottu yhtäältä osoittavan, että kolmas voi vedota OikTL 33 §:ään.³³ Oikeuskäytännön ei kuitenkaan toisaalta ole katsottu osoittavan, että

³⁰ Ks. ratkaisusta myös *Havansi* 1981 s. 239–244. Ratkaisua on pitänyt esimerkkinä OikTL 33 §:n soveltamisesta kolmannen suojaksi myös *Wilhelmsson* OTJP 1978 s. 77 (tapausta käsitellään otsikon ”Skydd av tredje man” alla). Ks. myös *Rudanko* 1982 s. 63–64.

³¹ Ks. KKO 1975 II 89 (ään.). Aviopuolisoa on vastaavantyyppisessä tilanteessa suojattu myös ratkaisussa KKO 1962 II 80 (ään.). Siinä aviopuoliso oli kuitenkin jutussa vastaajana. Lisäksi hän oli sopimusosapuolen seuraaja. Vrt. KKO 1955 II 68, jossa aviopuolisolla ei aiemman oikeuskäytännön linjan mukaisesti katsottu olleen oikeutta vedota OikTL 33 §:ään.

³² *Havansi* (1981 s. 248–249) on pitänyt tapauksessa KKO 1975 II 89 OikTL 33 §:llä suojattua aviopuolisoa sopimuksen ulkopuolisena tahona, varsinaisena sivullisena, jota suojattiin kyseessä olleen järjestelyn kunnian vastaiselta ja arvottomalta heijastusvaikutukselta. *Ämmälä* (1993a s. 140) ei sen sijaan vaikuta pitävän aviopuolisoa varsinaisena sivullisena: ”Puolisoa ei kuitenkaan voida pitää sivullisena siinä mielessä kuin esimerkiksi henkilöä, jolle osapuoli on luovuttanut sopimukseen perustuvat oikeutensa, tai edes siinä mielessä kuin toisen osapuolen velkoja on sivullinen.” *Havansin* ja *Ämmälän* varsinaisen sivullisen käsitteet eroavatkin toisistaan. *Ämmälä* rajaa käsitteen ulkoreunan pidemmälle kuin *Havansi*.

³³ *Havansi* 1981 s. 248. Ks. myös *Wilhelmsson* OTJP 1978 s. 76–77, jonka mukaan voidaan yhtäältä ajatella, että KKO on halunnut muuttaa aiempaa linjaansa, mutta toisaalta myös ajatella, että kolmannen vetoamisoikeus on mahdollinen ainoastaan poikkeustilanteissa ja että pääsääntönä on edelleen se, että vain sopimusosapuolella on mahdollisuus vedota OikTL 33 §:ään.

kuka tahansa sivullinen voisi OikTL 33 §:ään vedota.³⁴ Perusedellytys on, että siihen voi vedota vain henkilö, jolla on oikeussuojan tarve eli jonka oikeusasemaan sopimuksella puututaan sitä loukaten.³⁵ Kirjallisuudessa esitetty näkemys, että kaikilla sivullisilla, joiden oikeusasemaa sopimus loukkaa, ei ole oikeutta vedota OikTL 33 §:ään, nostaa keskeiseksi kysymyksen, minkä muiden edellytysten täyttymistä vaaditaan, jotta kolmas voisi saada suojaa OikTL 33 §:n perusteella. Yleisiä sääntöjä siitä, milloin kolmas on sellaisessa asemassa, että häntä voidaan suojata OikTL 33 §:n perusteella, ei kirjallisuudessa kuitenkaan ole esitetty.

Ämmälä on rajannut sivullisen vetoamisoikeutta koskevan tarkastelunsa sellaisiin varsinaisiin sivullistahoihin, joiden asema on jollakin tavoin liitännäinen oikeustoimen osapuoleen. Vaikka OikTL 33 §:ään ei hänen mukaansa voi vedota kuka tahansa sivullinen, hän ei kuitenkaan nähdäkseen rajaa sivullisen vetoamisoikeutta koskemaan vain tällaisia oikeustoimen osapuoleen liitännäisiä tahoja vaan rajaus koskee ainoastaan hänen omaa tarkasteluaan.³⁶ Ämmälän mukaan tällaisia liitännäisiä sivullistahoja ovat paitsi KKO:n ratkaisussa suojaa saanut oikeustoimen osapuolen puoliso myös takaaja ja velkoja. Ämmälän mukaan takaajaan voidaan monessa suhteessa soveltaa samoja periaatteita kuin puolisoon. Tämä johtuu siitä, että myöskään takaajan oikeussuojaa ei ole turvattu muilla lain säännöksillä.³⁷ Yksittäinen velkoja sen sijaan ei hänen mukaansa pääsääntöisesti voisi OikTL 33 §:ään vedota, koska velallisen velkojaa vahingoittaviin oikeustoimiin voidaan ensi sijassa puuttua KS:n ja UL:n (sekä TakSL:n) säännöksillä.³⁸

Kirjallisuudessa on usein puолlettu sopimuksella loukatun kolmannen mahdollisuutta vedota suojakseen OikTL 33 §:ään kollusiivisen menettelyn tilanteissa. Vetoaminen olisi mahdollista silloin, kun kolmannella olevaa, sopimusosapuolen omaisuuteen kohdistuvaa oikeutta loukataan kollusiivisella menettelyllä. OikTL 33 §:n soveltumista kolmannen suojaksi kolluusiotilanteissa on puoltanut jo esimerkiksi *Hakulinen*.³⁹ Kolluusiotilanteiden osalta ei olekaan syytä asettaa loukat-

³⁴ Ks. esim. *Ämmälä* 1993a s. 140 ja *Hemmo* 1997a s. 254. Ks. myös jo edellisessä alaviitteessä mainittua *Wilhelmssonin* kantaa.

³⁵ Ks. myös *Ämmälä* 1993a s. 136.

³⁶ Ks. *Ämmälä* 1993a s. 136.

³⁷ *Ämmälän* (1993a s. 138–142) mukaan takaaja voi vedota itsenäisesti päävelkasuhteen pätemättömyyteen esimerkiksi silloin, kun velkasitoumus on tehty olosuhteissa, joihin vetoaminen olisi velkojan taholta kunnianvastaista ja arvotonta, jos takaaja on ollut vilpittömässä mielessä päävelan pätemättömyydestä ja jos velallisella olisi oikeus vedota sitoumuksen pätemättömyyteen.

³⁸ Ks. *Ämmälä* 1993a s. 143. *Ämmälä* viittaa myös esimerkiksi ratkaisuun KKO 1954 II 123, jossa konkurssivelkojalla katsottiin olevan oikeus ajaa takaisinsaantikannetta vain KS:ssä mainituilla perusteilla, minkä vuoksi hänen OikTL 33 §:ään perustettu vaatimuksensa hylättiin. Ks. myös *Hemmo* 1997a s. 254, jonka mukaan velkojan ensisijainen suojamekanismi on takaisinsaantilainsäädäntö eikä oikeustoimen julistaminen pätemättömäksi OikTL 33 §:n perusteella. Takaisinsaantisäännösten ja OikTL 33 §:n suhteesta ks. vielä *Tuomisto* 1995 s. 3.

³⁹ *Hakulisen* (1965 s. 135–136) mukaan ”[e]päilyksetöntä on, että kolmattakin henkilöä vastaan suunnattu kunnianloukkaus menettely saattaa olosuhteista riippuen aiheuttaa sopimuksen pätemättömyyden (OikTL 33 §:n) yleislausekkeen nojalla. Kolmas voi vastustaa sopimukseen vetoamista ja

tuja sivullistahoja etukäteen eri asemaan sen perusteella, missä roolissa he ovat suhteessa sopimuksen osapuoliin. On perusteltua, että OikTL 33 §:ään voi vedota suojakseen mikä tahansa henkilötaho, jolla on lailliseen sopimukseen perustuva oikeus, jota kollusiivisella menettelyllä loukataan. Tällaista ajattelua kuvastaa nähdäkseni myös oikeuskirjallisuudessa usein esitetty kanta, jonka mukaan kiinteistön esisopimusostaja voisi vedota OikTL 33 §:ään.⁴⁰

Sopimuksella loukatun kolmannen mahdollisuutta kolluusiotilanteessa vedota OikTL 33 §:ään voitaisiin nähdäkseni jäsentää niin, että jos sopimus on tehty tarkoituksessa loukata kolmannen laillista oikeutta, kolmatta ei tässä tilanteessa voi pitää sillä tavoin sopimukseen nähden sivullisena, että se estäisi häntä vetoamasta OikTL 33 §:ään. Vaikka asiasta ei ole oikeuskäytäntöä, voidaan edellä esitettyyn perustuen tulkintasuosituksena esittää, että myös primuksena oleva velkoja voisi menestyksellisesti vedota OikTL 33 §:ään suojakseen hänen oikeuttaan velallisen kanssa yhteistoiminnassa loukannutta sekundusta vastaan. Kuten edellä on todettu, vetoamisoikeus perustuu viime kädessä ainakin periaatteeseen hyvän tavan vastaisen menettelyn kiellosta.⁴¹

Silloin kun OikTL 33 §:ään voidaan vedota, näyttää mahdolliselta, että sivullinen voisi vedota koko sopimuksen pätemättömyyteen, vaikka usein sivullisen suojaksi riittäisi, että hän voisi vedota siihen, että sopimus olisi tehoton häntä kohtaan.⁴²

2.2.3. Muiden vahingoittamistarkoituksessa tehtyjen oikeustointen kieltö

Lähellä kollusiivisen menettelyn tapauksia ovat myös tilanteet, joissa A on tahallisesti toiminut B:n vahingoksi, mutta ei C:n kanssa yhteistoiminnassa, vaikka tämäkin vahingoittamistarkoituksesta tiesi. Edellä kollusiivisesta menettelystä

hänellä on oikeus nostaa pätemättömyyskanne. Sellaisena tilanteena voidaan mainita, että *joku luovuttaessaan toiselle omaisuutta yhteisymmärryksessä tämän kanssa väärinkäyttää hänellä olevaa muodollista luovutuskompetenssia kolmannen vahingoksi rikkoen siten laillista velvollisuuttaan olla aiheettomasti vähentämättä tämän omaisuutta, joka on hänen hallinnossaan, tai omia varojaan, joihin laki tunnustaa kolmannelle erityisen oikeuden.*" (kurs. ja sulk. ETS)

Pohjoismaisessa kirjallisuudessa OikTL 33 §:ää vastaavan säännöksen soveltumista kolmannen suojaksi ovat puoltaneet myös esim. *Stang* 1935 s. 509–519 ja *Ussing* 1950 s. 175. Ks. myös *Ussing* 1946 s. 535 sekä *Gundersen* JJ 1959 s. 115–125. Toisin kuitenkin esim. *Arnholm* 1964 s. 325–326.

⁴⁰ Ks. esim. *Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander* 1998 s. 186. Esisopimusostaja saattaa tarvita suojaa OikTL 33 §:n perusteella, koska hänen oikeutensa ei normaalisti nauti suojaa myyjän seuraajaa kohtaan (ks. MK 2:7). Esisopimusostajan mahdollisuudessa saada suojaa kolluusiotilanteessa tulee esiin pyrkimys edistää reilua vaihdantaa.

⁴¹ Ks. myös *Gundersen* JJ 1959 s. 125, jonka mukaan samaan lopputulokseen kuin soveltamalla OikTL 33 §:ää analogisesti voidaan päätyä myös perustamalla ratkaisu yleisiin oikeusperiaatteisiin tai tapaoikeuteen.

⁴² Ks. myös *Tepora – Kartio – Koulu – Wirilander* 1998 s. 186.

esimerkkinä mainittua tapausta KKO 1931 II 585 voidaan jäsentää myös tästä käsin. Vastaavasti voi olla kysymys tilanteesta, jossa C on tahallisesti toiminut B:n vahingoksi, mutta ei A:n kanssa yhteistoiminnassa. Tällaisesta tilanteesta on kysymys esimerkiksi silloin, kun vekselin haltijan väitesuojaan velallista vastaan soveltuvat VeksL 17 ja 19.2 §:ssä säädetty poikkeukset. Niiden mukaan vekselivelallinen ei voi esittää vekselin haltijaa vastaan väitteitä, joiden perustana on velallisen henkilökohtainen suhde asettajaan, edellisiin haltijoihin tai siirtäjään, paitsi kun vekselin haltija on *tahallansa toiminut velallisen vahingoksi*.⁴³

Havansi on kiinteistöpanntioikeuden osalta ennen MK:n voimaantuloa vallinneessa oikeustilassa käyttänyt VeksL:n edellä mainittuja säännöksiä analogisena tukena kannanotolleen kollisiossa, joka syntyi, kun kiinteistön omistaja lupasi primukselle oikeuden tietynsuuruisen kiinnityksen vahvistamiseen ja luovutti sitä varten kiinnityskelpoisen haltijavelkakirjan ja sen jälkeen lupasi sekundukselle vastaavanlaisen oikeuden kiinnityksen vahvistamiseen ja luovutti myös tälle haltijavelkakirjan. Kollisio sattui, jos sekundus haki kiinnitystä ensin, sillä hän sai sen etusijalla, jonka primus edellytti saavansa. Tässä tilanteessa sekunduksen tietoisuus aiemmasta vakuusjärjestelystä primuksen ja kiinteistön omistajan välillä ei ollut riittävä sitovuusperuste primuksen oikeudelle. Havansin mukaan se kuitenkin sitoi sekundusta, jos tällä oli tarkoitus vahingoittaa primuksen oikeutta.⁴⁴

VeksL 17 §:ää on analogisesti sovellettu myös harkittaessa, mihin saakka luovutuksensaajan edeltäjän vilpittömän mielen ekstinktiivinen vaikutus ulottuu. Oikeudessamme on lähtökohtana, että luovutuksensaajan edeltäjän vilpittömän mielen ekstinktiivinen vaikutus on lopullinen. Toisin sanoen vaikka luovutuksensaaja ei olisi ollut vilpittömässä mielessä luovuttajan saannon pätevyydestä, mutta luovuttaja on itse ollut vilpittömässä mielessä, luovutuksensaaja saa myös hyväksyä luovuttajan ekstinktion. Tästä lähtökohdasta on katsottu olevan syytä kohtuustein poiketa ensinnäkin silloin, kun vilpillisessä mielessä ollut luovutuksensaaja on tietoisesti toiminut luovuttajan vahingoksi esimerkiksi ”kierrättämällä” kohteen vilpittömässä mielessä olleen X:n kautta niin, että hän on voinut saada ekstinktiivistä suojaa tämän kierrätyksen perusteella. Lähtökohdasta on katsottu olevan syytä poiketa myös silloin, kun vilpillisessä mielessä ollut luovutuksensaaja on kollusiivisella yhteistoiminnalla toisen henkilön Y:n kanssa järjestänyt luovutukset jun vilpittömässä mielessä olevan X:n kautta niin, että Y saa hyväksyä X:n ekstinktion.⁴⁵ *Zittingin* mukaan lähtökohdasta on VeksL 17 §:n (ja ShekL 22 §:n) analogian mukaan poikettava myös silloin, kun kysymyksessä on muu tietoinen toiminta luovuttajan vahingoksi.⁴⁶

⁴³ VeksL 17 §:n tulkinnasta tältä osin ks. esim. *Ylöstalo* 1956 s. 136–160, erit. s. 153–155 sekä *Aurejärvi* 1979 s. 161–163. Ylöstalon mukaan VeksL 17 § ei edellytä, että vekselin haltija olisi toiminut kollusiivisessa yhteisymmärryksessä luovuttajan kanssa.

⁴⁴ Ks. *Havansi* 1992a s. 252.

⁴⁵ Ks. *Hakulinen* 1965b s. 121 sekä myös *Rodhe* 1984 s. 756 ja *Ussing* 1946 s. 272.

⁴⁶ Ks. *Zitting* 1957 s. 87–90, erit. s. 89.

Zitting on perustellut poikkeuksia edeltäjän vilpittömän mielen ekstinktiiviseen vaikutukseen sillä, että konstruktiviset seikat eivät saa olla esteenä asiallisten syiden edellyttämälle rajoitusten tekemiselle. Hänen mukaansa vilpittömässä mielessä olleen luovutuksensaajan oikeusasemaa rasittaa rajoitus, jonka mukaan hän ei voi disponoida sen hyväksi, joka tietoisesti toimii omistajan tai velallisen vahingoksi. Zittingin mukaan kun vilpittömässä mielessä ollut luovutuksensaaja luovuttaa velkakirjan henkilölle, joka tietoisesti toimii oikean omistajan tai velallisen vahingoksi, syntyy uusi kollisio oikean omistajan tai velallisen ja henkilön välillä, joka toimii edellisten vahingoksi. Kollisio johtuu edellä mainitusta rajoituksesta. Rajoitus puolestaan johtuu säännöstä, jonka mukaan suojavaikutus ei tule oikean omistajan tai kolmannen vahingoksi tietoisesti toimineen hyväksi.⁴⁷

Vaikka tilanteet, joissa B:n oikeutta tai B:n oikeuden lakkaamista tavoitteleva A tai C yksin aktiivisesti toimii tämän vahingoksi, eivät välttämättä täytä kollusiivisen menettelyn kriteerejä, menettelyä voidaan silti pitää hyvän tavan vastaisena ja oikeuden väärinkäyttönä ja siten joko OikTL 33 §:n tai hyvän tavan vastaisen menettelyn kieltoa koskevan periaatteen perusteella tehottomana ainakin B:tä kohtaan.⁴⁸

2.3. TIETOISUUDEN MERKITYS

Hyvän tavan vastaista voi olla myös menettely, joka on tehty *tietoisena kolmannen oikeudesta ja menettelyn tätä oikeutta vahingoittavasta luonteesta*, vaikka menettelyn yksinomaisena tarkoituksena ei olekaan ollut tuottaa tuota vahinkoa.⁴⁹

⁴⁷ Ks. kysymyksestä myös *Kaisto* 1997 s. 216–220. Kaiston mukaan poikkeaminen lähtökohdasta edellyttää, että kysymyksessä on ollut suunnitelmallinen toiminta, johon luovutuksensaaja on osallistunut.

⁴⁸ Ruotsalaisessa kirjallisuudessa on tällaisessa yhteydessä puhuttu kvalifioidusta vilpillisestä mielestä, ks. *Bengtsson* 1971 s. 62–63. Ks. myös *Bylund* JJ 1976 s. 123, joka on tässä yhteydessä käyttänyt ilmaisua ”en avsikt att skada eller ett jämförligt läge med klart otillbörlig prägel”.

⁴⁹ Ks. *Ylöstalo* 1956 s. 155 VeksL 17 §:n tulkinnan osalta. Ylöstalon mukaan vekselinhaltijan väitesuojan puuttuminen voi perustua jo siihen, että vekselinhaltija on vekseliä hankkiessaan havainnut vahingoittavansa velallista, vaikka se ei olekaan ollut vekselin hankkimisen ainoa motiivi. Vrt. myös eroa rikosoikeuden tarkoitustahallisuuden (*dolus determinatus*) ja varmuustahallisuuden (*dolus directus*) sekä ehdollisen tahallisuuden (*dolus eventualis*) välillä. Tarkoitustahallisuudesta on kysymys silloin, kun tekijän nimenomaisena tarkoituksena on saada aikaan tietty seuraus. Varmuustahallisuudesta on puolestaan kysymys silloin, kun tekijä ei suoranaisesti pyri kielletyn seurauksen aikaansaamiseen, mutta ymmärtää tavoittelemansa päämäärän saavuttamiseen liittyvän käytännöllisellä varmuudella myös kielletyn seurauksen aiheutumisen. Ehdollisesta tahallisuudesta puhutaan silloin, kun tekijän tarkoituksena ei ole ollut seurauksen aiheuttaminen eikä hän myöskään ole mieltänyt sen sattumista käytännössä varmaksi, mutta hän on pitänyt menettelystään aiheutunutta seurausta enemmän tai vähemmän todennäköisenä. Ks. lähemmin *Nuutila* 1997 s. 217–225. Edellä käsitelty vahingoittamistarkoituksessa tehty määräämistoimet edellyttävät *dolus determinatus*-tyyppistä suhtautumista. Tässä kappaleessa ja jäljempänä tarkastellaan määräämistoimia, joissa tekijän suhtautuminen on ollut *dolus directus* tai *dolus eventualis*-tyyppistä.

Kuten edellä on jo esitetty, menettelyn hyvän tavan vastaisuus on yksi tietoisuudelle sitovuusperusteena annetun merkityksen oikeuspoliittisista perusteista. Primuksen oikeudesta tietoisena tätä oikeutta loukkaavan sopimuksen solmiva sekundus toimii vähintään välinpitämättömästi suhteessa primuksen oikeuteen. Rehellisen vaihdannan näkökulmasta olisi sinänsä perusteltua, että toisen oikeudesta tietoisena tehtyä, tätä tosiasiallisesti vahingoittavaa oikeustointa pidettäisiin jo sellaisenaan hyvän tavan vastaisena ja tämän vuoksi primusta kohtaan tehottomana. Vaikka tietoisuuden todettiin edellä voivan olla näiden näkökohtien perusteella yleinen sitovuusperuste silloin, kun pyritään suojaamaan vain reilua vaihdantaa, se ei kuitenkaan ole oikeudessamme poikkeukseton sitovuusperuste. Tietoisuus hyväksytään suoraan sitovuusperusteeksi, jos nähdään perustelluksi suojata primuksen oikeutta ja vyöryttää riskiä tämän oikeutta loukkaavan toiminnan seurauksista muille. Sekunduksen tietoisuuskään ei siten aina riitä sitovuusperusteeksi. Pelkkää sekunduksen tietoisuutta primuksen oikeudesta ei aina kyllä voitane tarkkaan erottaa sekunduksen tarkoituksesta vahingoittaa primuksen oikeutta. Tietoisuudesta ei toisaalta voida myöskään suoraan päätellä, että sekunduksella olisi ollut vahingoittamistarkoitus.⁵⁰

Common law -oikeusjärjestyksissä myöhemmän sopimuksen pätemättömyys tai oikeus vahingonkorvaukseen sekundukselta voidaan perustaa siihen, että tämä on loukannut primuksen sopimukseen perustuvia oikeuksia häiritsemällä primuksen sopimussuhdetta. Sekunduksen vastuun edellytys on, että hänellä oli *tarkoitus* toimia kolmannen tekemän sopimuksen vastaisesti. Tämän tarkoituksen katsotaan ilmenevän kuitenkin jo siitä, että henkilö on *tiennyt* sopimuksesta ja siitä, että hänen toimintansa loukkaa kolmannen sopimukseen perustuvia oikeuksia. Henkilön nimenomaista tarkoitusta vahingoittaa kolmatta tai sitä, että vahingoittamistarkoitus olisi ollut hänen toimintansa yksinomaisena tai pääasiallisena motiivina, ei edellytetä. Toisaalta vastuu ei perustu myöskään pelkästään henkilön huolimattomuuteen. Vastuun syntyminen edellyttää, että henkilö joko (1) tiesi, että hänen toimintansa aiheuttaa aikaisemman sopimukseen perustuvan oikeuden toteutumatta jäämisen tai että hän (2) ei välitä siitä, miten hänen toimintansa vaikuttaa kyseiseen oikeuteen. Vastuu syntyy siis, jos henkilö *suhtautuu tekonsa seurauksiin välinpitämättömästi* eli jos hän tietää, että hän toiminnallaan luo riskin sopimusrikkomuksen tapahtumisesta eikä välitä siitä, toteutuuko riski vai ei.⁵¹

⁵⁰ Sekunduksen vahingoittamistarkoituksen yleinen konstruointi hänen tietoisuudestaan vastaisi rakenteeltaan oikeustieteessämme aiemmin kehiteltyjä selitysmalleja konkludenttisesta hyväksymisestä tai osapuolten oletetusta tarkoituksesta silloin, kun tietoisuuden ei ole katsottu riittävän sitovuuteen. Kuten edellä on esitetty, tällaista selitysmallia vastaan on esitetty kritiikkiä, koska hyväksyminen on eri asia kuin tietoisuus. Vastaavasti myös vahingoittamistarkoitus on lähtökohtaisesti eri asia kuin tietoisuus. Ks. myös saksalaisesta oikeuskäytännöstä esim. BGH:n ratkaisu NJW 1981 s. 2184–2187. Siinä on korostettu rajaa tietoisuuden ja hyvän tavan vastaisen menettelyn välillä. Pelkästä tietoisuudesta ei vielä seuraa oikeusvaikutuksia vaan vasta hyvän tavan vastaisesta menettelystä. Hyvän tavan vastaisen menettelyn kriteerejä on pidetty tiukkoina. Ks. myös *Dubischar* JuS 1970 s. 8.

⁵¹ *Markesinis – Deakin* 1996 s. 381–382.

Silloin kun sekunduksen tietoisuutta primuksen oikeudesta ei pidetä riittävänä sitovuusperusteena, sekunduksen hyvän tavan vastaisesta menettelystä johtuva sitovuus primuksen oikeuteen tulisi perustaa joidenkin lisäkritereiden varaan. Tällaisena lisäperusteena oikeustoimen hyvän tavan vastaisuudelle voidaan esimerkiksi *Kaiston* mukaan pitää sitä, onko primus tehnyt suorituksen sopimuskumppanilleen.⁵² Hyvän tavan vastaisen oikeustoimen pätemättömyyttä koskevalla periaatteella voidaan tällöin tietyissä tilanteissa suojata esimerkiksi kiinteistöä koskevan panttaussitoumuksen saanutta primusta myöhempää panttikirjan hallintaansa saanutta velkojaa tai kiinteistön uutta omistajaa vastaan. Myöhempää panttausoikeustointa voidaan pitää hyvän tavan vastaisena ja siten primusta kohtaan tehottomana ainakin, mikäli primus on tehnyt jo oman suorituksensa, mistä sekunduksen täytyy olettaa tietäneen.⁵³ Tällöin hyvän tavan vastaisuus ei perustu yksin sekunduksen tietoon primuksen oikeudesta, vaan myös tietoon joistakin muista oikeustoimeen liittyvistä seikoista.

2.4. HUOLENPITOVELVOLLISUUDEN LAIMINLYÖNTI

2.4.1. Yleistä

Kollusiivinen menettely, oikeustoimen tekeminen vahingoittamistarkoituksessa ja tietyin lisäedellytyksin tietoisena oikeustoimen vahingoittavasta vaikutuksesta ovat aktiivista hyvän tavan vastaista toimintaa. Myös passiivisuus eli toimimatta jättäminen voi johtaa hyvän tavan vastaiseen menettelyyn. Hyvän tavan vastaisuus voi perustua passiivisuuteen silloin, kun toimijalla on tietty selonotto- tai huolenpitovelvollisuus, jonka hän laiminlyö ja jonka seurauksena jonkun tahon intressit vaarantuvat.⁵⁴

Vaikka tietoisuus oikeudesta ei sellaisenaan olisikaan sitovuusperuste, tietoisuus jostakin seikasta voi edellyttää tarkempaa selonottoa. Tämän selonotto-

⁵² *Kaisto* 1997 s. 17.

⁵³ *Kaisto* 1997 s. 18–20. Selvyden vuoksi todettakoon, että tällöin oikeustoimen pitämistä hyvän tavan vastaisena ei estä se, että henkilö itse ei ole sitä sellaiseksi mieltänyt, kunhan hän vain on ollut niistä seikoista tietoinen, joiden perusteella menettelyä voidaan pitää hyvän tavan vastaisena. Vastavastoinen arvioidaan myös esimerkiksi TakSL 5 §:n yleisen takaisinaantiperusteen edellyttämän velallisen tekemän oikeustoimen vastapuolen oikeustoimen sopimattomuutta koskevan vilpillisen mielen edellytyksen täyttymistä. Kuten jo edellä on tullut esille, sama koskee OikTL 33 §:n kunnianvastaisen ja arvottoman menettelyn edellytyksen täyttymistä. TakSL 5 § edellyttää, että osapuoli tiesi tai että hänen olisi pitänyt tietää seikoista, jotka tekevät oikeustoimen sopimattomaksi. TakSL 5 §:n kriteerien täyttyminen ei siis tältä osin edellytä, että osapuoli olisi myös itse mieltänyt oikeustoimen sopimattomaksi. Samoin OikTL 33 § edellyttää, että osapuoli tiesi olosuhteista, joiden perusteella oikeustointa pidetään kunnianvastaisena ja arvottomana, mutta hänen ei ole tarvinnut itse mieltää olosuhteita sellaisiksi.

⁵⁴ Selonottovelvollisuudella tarkoitetaan tässä eri asiaa kuin vilpittömän mielen suojan saamiseksi vaadittavaa selonottovelvollisuutta. *Zitting* (DL 1977 s. 189–190) onkin tällaisessa yhteydessä puhunut huolenpitovelvollisuudesta.

velvollisuuden laiminlyönti saattaa johtaa menettelyn pitämiseen hyvän tavan vastaisena ja sekunduksen oikeuden tehottomuuteen primukseen nähden (primuksen oikeuden sitovuuteen sekundukseen nähden). Myös huolimattomuus ja siitä johtuva tiedon puuttuminen voi siten perustaa hyvän tavan vastaisen menettelyn.⁵⁵

Vahingonkorvausvastuun perustava tuottamus voi syntyä passiivisuuden perusteella, jos henkilöllä on velvollisuus toimia,⁵⁶ ja rikosoikeudellinen vastuu epävarsinaisesta laiminlyöntirikoksesta voi kohdata henkilöä, joka on erityisessä vastuussa vahinkoseurauksen sattumatta jäämisestä.⁵⁷ Samoin oikeustoimen tehottomuus sen hyvän tavan vastaisuuden perusteella voidaan tilanteissa, joissa henkilö on tai hänen edellytetään olevan tietoinen tietyistä seikoista, perustaa myös siihen, että henkilö on laiminlyönyt velvollisuuksiaan tehdessään oikeustoimen näissä olosuhteissa.

Huolenpitovelvollisuus tässä tarkoitettussa muodossaan on verraten lähellä *Pöyhösen* uuden varallisuusoikeuden yhtä sidosperiaatetta, luottamuksensuojaa. Sen perusajatuksena on, että johdonmukaisesti noudatetut toimintalinjat luovat toiminnassa mukana oleville perusteita, joiden varaan he saavat muodostaa odotuksia suhteessa toisiin toiminnassa mukana oleviin. Luottamuksensuoja jäsennetään tällöin osapuolten perusteltujen odotusten varaan. *Pöyhösen* mukaan luottamuksensuojaperiaate ehkäisee kaikkien tahojen mahdollisuuksia yksipuolisesti heikentää varallisuusasemia, jotka toiminnassa mukana olevat tahot ovat luoneet välilleen toimintavapautta käyttämällä. Suojaa saa jokainen osapuoli, jossa toisen toiminta on synnyttänyt luottamuksen, ja toisen tahon suoja ilmenee velvollisuutena mukauttaa oma toiminta tuohon luottamukseen.⁵⁸ Luottamuksensuojalla on *Pöyhösen* mukaan välitön merkitys määritettäessä soveltamistilanteissa eri tahojen varallisuusoikeudellisia riskipositioita. Har-

⁵⁵ Ks. myös VeksL 17 §:n tulkinnan osalta *Ylöstalo* 1956 s. 155–158. Hänen mukaansa vaikka vekselinsaajan törkeänkään huolimattontta menettelyä ei voida rinnastaa tahalliseen toimintaan velallisen vahingoksi, niin siinä tapauksessa, että vekselinhaltijalla on ollut erityistä aihetta ja tilaisuus ottaa tarkemmin selvää asiailasta ja hän on tahallansa jättänyt ottamatta tämän selon, koska on arvellut sen johtavan sellaisen virheen tai puutteen paljastumiseen, joka osoittaisi vekselisaamisen luovuttajan kädessä arvottomaksi, on kysymys tilanteesta, jossa vekselinhaltija on tahallaan toiminnut velallisen vahingoksi.

Oikeuskäytännöstä ks. KKO 1973 II 19. Siinä vekselin siirronsaajien katsottiin tahallaan toimineen hyväksyjän vahingoksi, koska he olivat laiminlyöneet selonoton, vaikka heillä katsottiin olleen erityinen aihe ottaa selvää olosuhteista, joissa hyväksyjä oli kirjoittanut nimensä vekseliin. Ks. myös *Aurejärvi* 1979 s. 162–163, jonka mukaan VeksL 17 §:n tahallisuus ei aina eroa VKL 15 §:n vilpittömän mielen vaatimuksesta eikä niitä oikeuskäytännössä ole edes terminologisesti pidetty jyrkästi erillään.

Saksalaisessa oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että vaikka törkeä huolimattomuuskaan ei poista luottamuksensuojaa kiinteistökirjamerkintöihin, vaan ainoastaan tietoisuus kiinteistökirjan virheelisyydestä, niin kuitenkin tilanteessa, jossa luovutuksensaajalla on aihetta epäillä, että merkintä on virheellinen, mutta hän oman etunsa vuoksi sulkee silmänsä siltä, olisi menettelyä mahdollista pitää hyvän tavan vastaisena ja tämän vuoksi myös luovutusta loukattuun oikeudenhaltijaan nähden pätemättömänä, *Westermann* 1998 s. 654.

⁵⁶ Ks. lähemmin *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 45.

⁵⁷ Ks. lähemmin *Nuutila* 1997 s. 122–140.

⁵⁸ *Pöyhönen* 2000 s. 116–117.

kinnan keskeinen sisällöllinen näkökohta on luottamus, jonka tietty intressitaho on saanut aikaan muissa asianomaisen toimintaympäristön toimijoissa.⁵⁹

Luottamuksensuoja on Pöyhösellä perusoikeuspohjainen periaate. Hänen mukaansa perusoikeusjärjestelmä heijastuu luottamuksensuojassa vastavuoroisuuden kautta⁶⁰. Vain perustellulle luottamukselle voidaan varallisuus oikeudessa antaa merkitystä. Se, onko luottamus perusteltua, määrittyy Pöyhösen mukaan suhteessa siihen, mikä kulloisessakin toimintaympäristössä on normaalia ja tavanomaista. Jokaisella toiminnassa mukana olevalla on hänen mukaansa peruste luottaa siihen, mikä kulloisessakin toimintaympäristössä on normaalia ja tavanomaista. Jokaisella toiminnassa mukana olevalla on siten peruste luottaa siihen, että muiden tahojen toiminta pysyy tietyissä normaalipuitteissa.⁶¹

2.4.2. Oikeuden väärinkäytön kiellosta ja huolenpitovelvollisuudesta sopimussuhteessa

Oikeuden käyttö voi olla oikeusjärjestyksen periaatteiden vastaista, vaikka dispoointiin ei olisikaan ryhdytty nimenomaisessa tarkoituksessa vahingoittaa jonkun oikeutta. Tällöin voidaan puhua *kiellosta hyötyä oikeudettomasti toisen kustannuksella*. Erityisesti sopimussuhteissa voidaan edellyttää pidättäytymistä sellaisestakin muodollisen oikeuden käytöstä, jossa oman intressin edistäminen johtaisi vastapuolen intressien suhteettomaan vahingoittumiseen.

Oikeuden väärinkäytön kiellon voimassaolo sopimussuhteessa on saanut vahvistusta uudesta oikeuskäytännöstä. Ratkaisussa KKO 1992:145 *on first demand* -takuusitoumukseen perustuva maksuvaatimus hylättiin sillä perusteella, että sen esittäminen oli asiassa saadun selvityksen mukaan *oikeuden väärinkäyttämistä*.⁶²

Velvollisuutta ottaa vastapuolten edut riittävässä määrin huomioon sopimussuhteessa on kutsuttu osapuolten lojaliteettivelvollisuudeksi.⁶³ Lojaliteettivelvolli-

⁵⁹ Pöyhönen 2000 s. 119–120.

⁶⁰ Vastavuoroisuudesta ks. myös H. Tolonen 2000 s. 167, jonka mukaan se on yksi varallisuus oikeudellisten periaatteiden taustalla nykyään vaikuttavista perusarvoista.

⁶¹ Pöyhönen 2000 s. 118.

⁶² On first demand -takuusitoumuksessa takuun antaja sitoutuu takuun tarkoittamaan suoritukseen ilman, että takuun saajan tarvitsee esittää mitään selvitystä vaatimuksensa oikeudellisista perusteista. Tällaisella erityisesti kansainvälisessä kaupassa käytettävällä sitoumuksella pyritään saamaan aikaan tehokas ja helposti toteutettavissa oleva vakuus. Siihen liittyy kuitenkin erityinen oikeuden väärinkäytön vaara, koska takuuseen perustuva maksuvaatimus voidaan esittää, vaikka perusvelkasuhteesta johtuvaa maksuvelvollisuutta ei olisi olemassa.

Ratkaisussa KKO 1992:145 vahvistettiin, että takuunantaja voi sanotunlaisen takuusitoumuksen ehdottomuudesta huolimatta vedota takuunsaajan maksuvaatimusta vastaan siihen, että maksuvaatimus perustuu takuusitoumuksen tuottaman oikeuden väärinkäyttöön. Vrt. ratkaisua KKO 1991:148, jossa suorituksen vaatimista on first demand -tyyppisen takaussitoumuksen perusteella ei pidetty oikeuden väärinkäyttönä. Vaikka tässä tapauksessa oikeuden väärinkäytön edellytysten ei katsottukaan täyttyneen, molemmat ratkaisut kuitenkin ilmentävät sitä, että oikeudessamme katsotaan olevan voimassa oikeuden väärinkäytön kiello.

⁶³ Lojaliteettivelvollisuuden (lojaliteettiperiaatteen) voimassaolon perusteisiin ei tässä yhteydessä laajemmin puututa. Nähdäkseni on selvää ja oikeusyhteisössä yleisesti hyväksyttyä, että sen voimassaolon vaatima institutionaalinen tuki on olemassa. Käsitykseni mukaan tätä tukea löytyy paitsi

suuden sijasta voidaan puhua myös huolenpitovelvollisuudesta. Oikeuden käytöstä pidättäytymisen edellytys perustuu tällöin intressipunnintaan. Esimerkiksi *Havansi* on luonnehtinut panttaussuhteen osapuolten välistä lojaliteettivelvollisuutta niin, että siihen kuuluu yhtäältä *velvollisuus pidättäytyä* vastapuolen panttioikeutta vahingoittavasta toiminnasta, ellei se ole tarpeellinen oman suhteellisesti merkittävän oikeutetun edun suojaamiseksi, ja toisaalta myös *velvollisuus toimia aktiivisesti* vastapuolen panttioikeuden suojelemiseksi, mikäli tarvittava toiminta pysyy kohtuullisessa suhteessa verrattuna vastapuolen intressin arvoon.⁶⁴ Lojaliteettivelvollisuuden asettamiseen sisältyy väistämättä edellytys, että sopimuksen osapuolet riittävässä määrin tietävät vastapuolen intressit. Muutoin vaatimus niiden huomioon ottamisesta olisi mahdoton. Yleensä sopimuksen osapuoli tietää ainakin, millaisia intressejä hänen vastapuolensa rooliin liittyy.

Kun tarkastellaan lähemmin pantinantajan velvollisuuksia pantinsaajaa kohtaan, pantinantajan kompetenssia rajoittava lojaliteettivelvollisuus tai huolenpitovelvollisuus pantinsaajaa kohtaan konkretisoituu kielloksi, jonka mukaan pantinantaja ei saa panttauksen jälkeen ilman pantinsaajan suostumusta määrätä panttauksen kohteesta tai panttauskohteeseen liittyvästi tavalla, joka vahingoittaa panttioikeutta eli heikentää sitä tai lakkauttaa sen kokonaan.⁶⁵

Tätä kieltoa tukee lainsäädännössä RL 28:12, joka kriminalisoi vakuusoikeuden loukkauksen. RL 28:12 ilmentää myös siviilioikeudellista periaatetta, jonka mukaan panttioikeutta loukkaava disponointi ei ole sallittu.⁶⁶ Siviilioikeudellinen vakuusoikeuden loukkaus ulottuu kuitenkin laajemmalle kuin rikosoikeudellinen. Siviilioikeudellisesti sallitun menettelyn rajat voivat ylittyä ja siviilioikeudellinen vakuusoikeuden loukkaus on mahdollinen, vaikka rikosoikeudellisen vakuusoikeuden loukkauksen kriteerit eivät olisikaan täyttyneet.⁶⁷

Edellä kuvatut periaatteet voidaan nähdä esimerkiksi jo ratkaisun KKO 1931 II

oikeustieteen kannanotoista, joissa periaatetta on nimenomaisesti formuloitu, myös oikeuskäytännöstä ja lainsäädännöstä (etenkin lainsäädännöstä saatavan tuen osalta ks. *Taxell* DL 1977 s. 150–151 ja lisäksi *Aarnio* Oikeus 1989 s. 115, vrt. *Muukkonen* LM 1993 s. 1032 ja s. 1040–1041). Lojaliteettiperiaatteesta ja siitä erityisesti sopimusoikeudessa käydystä keskustelusta yleisesti ks. esim. *Häyhä* DL 1996 s. 313–318 ja siinä mainittu kirjallisuus. Ks. myös *Hemmo* DL 1996 s. 332 ja *sama* 1997a s. 45–46, *H. Tolonen* 2000 s. 163–165 ja s. 167 sekä *Mähönen* 2000 ja *sama* JJ 2000.

⁶⁴ *Havansi* 1992a s. 308–309.

⁶⁵ Ks. esim. *Havansi* 1992a s. 335.

⁶⁶ Ks. *Havansi* 1992a s. 334 ja s. 335.

⁶⁷ Ks. esim. jäljempänä käsiteltävää arvon kaksoispanttaustilannetta, jossa voi olla kysymys ainakin siviilioikeudellisesta vakuusoikeuden loukkauksesta, vaikka rikosoikeudellisen vakuusoikeuden loukkauksen kriteerit eivät täytyisikään. Vakuusoikeuden loukkaus -termin käytöstä siviilioikeudellisenä käsitteenä ks. perusteluja ratkaisussa KKO 1997:146.

Ks. myös KKO 1998:131 ja KKO 1999:92. Niissä RL 28:12:n mukaista vakuusoikeuden loukkausta ei katsottu tapahtuneen, kun julkivarmistusta ei ollut tapahtunut eikä tehokasta panttioikeutta siten ollut (vielä) syntynyt. Ks. myös *Havansi* 1992a s. 102, jonka mukaan panttaussitoumuksen saanut ei voi vaatia RL 28:12:n nojalla rangaistusta panttaussitoumuksen antajalle, koska RL 28:12 edellyttää valmista panttioikeutta, jota ei ennen julkivarmistuksen tapahtumista ole. Eri asia on, että tapauksissa käsillä ollutta menettelyä olisi ehkä mahdollista arvioida toisin siviilioikeudellisesta näkökulmasta, siviilioikeudellisen vakuusoikeuden loukkauksen kriteerien täyttymisen osalta.

482 taustalla.⁶⁸ Siinä asunto-osakkeet pantiksi antanut velallinen oli perustanut panttisuhteen aikana vuokraoikeuden huoneistoon, jonka hallintaan osakkeet oikeuttivat. Ratkaisussa oli kyse vuokraoikeuden sitovuudesta asunto-osakkeet ostanutta osakepanttivelkojaa kohtaan. Vuokraoikeuden perustamisen katsottiin tapahtuneen sellaisessa tilanteessa (kolme kuukautta ennen kuin luotto, jonka vakuutena asunto-osake oli, erääntyi) ja vuokrasuhteen ehdot olivat sellaisia (vuokralaisena oli osakkeenomistajan sukulainen, jolle vuokraoikeus perustettiin viideksi vuodeksi, ja vuokra, jonka suuruus oli murto-osa käyvästä vuokrasta, kuitattiin maksetuksi käteisellä etukäteen), että vuokrasopimus katsottiin tehdyiksi tarkoituksessa loukata pantinsaajan oikeutta. Tämän vuoksi vuokraoikeuden ei katsottu sitovan panttivelkojaa.

Vuokraoikeus loukkasi panttivelkojaa sillä perusteella, että tämä ei voinut saada hyväkseen hänelle kuuluvaa pantin tuottoa eli tässä tapauksessa vuokraa huoneistosta, jonka hallintaan pantatut osakkeet oikeuttivat. Kun irtaimen pantin tuotto kuuluu panttivelkojalle ainakin heti sopimusrikkomuksen jälkeen ja kun pantinantaja oli sopinut juuri ennen sopimusrikkomuksen tapahtumista vuokran maksettavaksi kokonaan etukäteen viiden vuoden ajalta, hän loukkasi panttivelkojan oikeutta pantin tuottoon.⁶⁹

Vuokraoikeuden perustaminen yllä kuvatuissa olosuhteissa loukkaa velkojan oikeutta myös siinä mielessä, että se saattaa alentaa pantin arvoa ja haluttavuutta realisaatiossa edellä mainittujen tuottomahdollisuuksien puuttumisen vuoksi. Tällöin se heikentää velkojan mahdollisuuksia saada saamisensa pantin arvosta siinäkin tilanteessa, että hän haluaa myydä pantin ulkopuoliselle taholle. Pantin realisaatiossa ostanut henkilö voi kuitenkin irtisanoa määräaikaisen vuokrasopimuksen, kun realisointi on tapahtunut pakkohuutokaupalla.⁷⁰ Tämä vaikuttaa jälleen panttivelkojan asemaan haitallisesti, sillä pakkohuutokaupassa realisointihinta muodostuu usein niin sanotussa vapaassa kaupassa saatua hintaa alhaisemmaksi.⁷¹ Mikäli määräaikainen vuokrasopimus on tehty ilman ehtoa vuokranmaksusta etukäteen, vuokraoikeuden pysyvyys realisoitaessa pantti muussa kuin pakkohuutokaupassa ei välttämättä alenna huoneiston ja siten

⁶⁸ Ks. myös *Kyläkallio* 1991 s. 259 ja *Havansi* 1992a s. 335–336.

⁶⁹ Ks. *Havansi* 1992a s. 357 ja *Saarnilehto – Tuomisto* 1995 s. 172.

⁷⁰ Tilannetta koskevat säännöt löytyvät nykyään AshVL 39.2 ja (vrt.) 38 §:stä sekä vastaavasti LiikHVL 32.2 §:stä (vrt. 31 §).

Ks. lisäksi KKO 1995:123. Siinä oli kysymys huoneistoon määräajaksi perustetun *asumisoikeuden* sitovuudesta huoneiston hallintaan oikeuttavien asunto-osakkeiden pakkohuutokauppaostajaan nähden. Määräaikainen asumisoikeus rinnastuu pitkälti määräaikaiseen vuokraoikeuteen sekä sisältönsä että vaikutuksiltaan asunto-osakkeen realisointihintaan. KKO katsoi, että koska pakkohuutokauppaostajan on mahdollista saada vuokraoikeus lakkaamaan, tällä on oikeus saada myös siihen rinnastuva oikeus päättymään. Oikeus ei sitonut, vaikka se oli perustettu jo ennen osakkeiden panttausta ja vaikka sekä osakkeet pantiksi saanut velkoja että pakkohuutokauppaostaja tiesivät oikeudesta.

⁷¹ Ks. KKO 1992:121, jossa vahvistettiin, että *vapaaehtoisella huutokaupalla* myytyjen, asuinhuoneiston hallintaan oikeuttavien osakkeiden ostajalla ei ole oikeutta vuokrasopimuksen purkamiseen. Tätä ennen hovioikeuskäytännössä vapaaehtoinen panttihuutokauppa oli rinnastettu pakkohuutokauppaan, ks. HHO 27.7.1988 A 88/115 ja tämän ratkaisun kritiikistä *Saarnilehto* DL 1989 s. 591–611.

pantin arvoa. Vuokraoikeuden pysyvyyden vaikutus riippuu tällöin kulloinkin vallitsevista suhdanteista. Ilman muita tilanteeseen liittyviä erityispiirteitä määräaikaisen vuokrasopimuksen tekemistä voidaan harvemmin pitää panttivelkojan intresseihin kohdistuvan huolenpitovelvollisuuden rikkomisena. Kysymyksessä on tällöin normaali riski, joka pantinsaajan tulee ottaa huomioon.

Asunto-osakeyhtiön osakkeiden panttaus ei sellaisenaan vaikuta osakkeenomistajan kompetenssiin vuokrata huoneisto, jonka hallintaan osakkeet oikeuttavat. Tavanomainen vuokraoikeuden perustaminen, vaikka se saattaisi heikentääkin pantinsaajan vakuuden arvoa, ei ole kielletty. Ratkaisu KKO 1931 II 482 kuitenkin osoittaa, että omistaja ei saa perustaa vuokraoikeutta shikaanimaisessa tarkoituksessa loukata panttivelkojaa tai vastapuolen etujen huomioon ottamisen periaatetta loukkaavassa tarkoituksessa hyötyä panttivelkojan kustannuksella.⁷² Tällöin omistaja rikkoo panttaussopimukseen liittyviä velvoitteitaan.

Toisena oikeuskäytännön esimerkkinä niistä rajoista, joita panttausoikeustoimi asettaa pantinantajalle pantinsaajan etujen valvomiseksi, voidaan mainita laskusaamisten panttausta koskeva ratkaisu KKO 1987:5. Siinä rahoitusosakeyhtiö A oli myöntänyt factoring-sopimuksen perusteella lainaa B:lle, ja B oli siirtänyt A:lle lainasaatavan vakuudeksi muun muassa kahteen laskuun perustuvat saatavat, jotka sillä oli C:ltä. Ongelma syntyi, kun B oli myöhemmin luopunut näistä saatavista hyvittämällä ne C:lle. KKO:n ratkaisun perusteluiden mukaan saatavat kuuluvat niiden siirron jälkeen rahoitusyhtiölle eikä pantinantajalla ole oikeutta ilman rahoittajan suostumusta luopua saatavasta asiakasta hyvittämällä. Laskusaamisen panttaus rajoittaa siis pantinantajan määräysvaltaa niin, että tämä ei voi enää panttaussopimuksensa osapuolta sitovin vaikutuksin vähentää laskusaamisensa määrää saamisvelalliselta.⁷³

Oikeudessamme on kiistatonta, että *sopimussuhteessa olevien välillä* on huolenpitovelvollisuus toisen intresseistä ja että velvollisuuden laiminlyönnistä seuraa sanktio. Huolenpitovelvollisuuden tarkempi laatu ja laajuus riippuu kyseessä olevasta sopimustyyppistä. Huolenpitovelvollisuus on tavanomaista laajempaa sopimuksissa, jotka edellyttävät osapuolten yhteistoimintaa. Usein etenkin pitkäkestoiset sopimukset edellyttävät tällaista yhteistoimintaa.⁷⁴ Luottosopimus ja erityi-

⁷² Kyläkallion mukaan (1991 s. 259) tarkoitusta loukata velkojaa ilmentää esimerkiksi huoneiston vuokraaminen pitkäksi ajaksi ja vuokran periminen etukäteen. Tarkoitusta hyötyä velkojan kustannuksella taas ilmentää huoneiston vuokraaminen alle käyvän vuokratason. Sekä Kyläkallio että Havansi (1992a s. 336) ovat ilmeisesti tulkinneet tapausta velkojaa vahingoittavan disponointikiellon ilmentäjänä. Sitä ei ole siis pidetty pelkästään shikaanikiellon ilmentäjänä, vaikka tapauksessa onkin käytetty ilmausta ”oli tarkoitettu loukata pankin oikeutta”.

⁷³ Käsillä olevassa tapauksessa lisää ongelmia syntyi, kun C oli kuitenkin suorittanut B:n konkurssipesälle toisen laskuista. KKO:n mukaan pantinantajalla eikä myöskään tämän konkurssipesällä ole oikeutta vastaanottaa maksua saatavasta enää sen jälkeen, kun se on pantattu. Ks. muista pantinantajan määräysvallan rajoituksista factoring-rahoituksessa lähemmin *Tepora – Takki* 1994 s. 84–87 viitteineen.

⁷⁴ Ks. Nystén-Haarala 1998 esim. s. 34–35 ja jo Arnholm 1964 s. 7 sekä erit. H. Tolonen 2000 s. 168–170, jonka mukaan nykyisen sopimusoikeuden uusien periaatteiden, kuten lojaliteetin, ja

sesti luottosopimus, johon ei liity vakuuksia, vaan luotonsaajan asemaa rajoittavia erityisehtoja, on osapuolten yhteistoimintaa edellyttävä pitkäkestoinen sopimus, jossa osapuolten huolenpitovelvollisuus on tavanomaista korostetumpi.⁷⁵

2.4.3. Muusta kuin sopimussuhteeseen perustuvasta huolenpitovelvollisuudesta

2.4.3.1. Yleistä

Jäljempänä esitetään, että huolenpitovelvollisuus voi vallita paitsi (1) sopimussuhteessa keskenään olevien välillä myös ulottua (2) *sopimussuhteessa toistensa kanssa oleviin nähden* muodollisesti erillisiin, mutta tosiasiallisesti *samaan intressitahoon kuuluviin henkilöihin*.⁷⁶ Tutkimusaiheen osalta tällä huolenpitovelvollisuuden ulottuvuudella on merkitystä tilanteissa, joissa erityisen oikeudellisen riskin sisältävän vakuuden, osakekantapantin, arvoa heikentäviin toimenpiteisiin ryhtyy yhtiö, jonka osakekanta on pantattu, ja kun yhtiössä käyttää tosiasiallista määräysvaltaa osakekannan pantiksi antanut henkilö. Tällöin on kysymys tilanteesta, jolloin sopimus ja siihen liittyvät velvollisuudet ulottuvat koskemaan kolmatta.

Tämän tutkimuksen kannalta on kiinnitettävä huomiota lisäksi siihen, että (3) *saman tahon kanssa, mutta ei keskenään sopimussuhteessa olevien välillä* saat- taan vallita huolenpitovelvollisuus toisiinsa nähden. Tällainen velvollisuus on aina- kin jossain määrin ja joiltain ulottuvuuksin olemassa esimerkiksi saman tahon luo- tonantajien välillä. Velvollisuuden taustalla on ajatus siitä, että kun osapuolten oikeu- det kohdistuvat samaan kohteeseen, velallisen omaisuuteen, heidän määräämistoi- mensa voivat vahingoittaa toisen sopimukseen perustuvia intressejä.⁷⁷ Velvolli- suuden ulottuvuuden rajat määräytyvät sen mukaan, onko osapuolten välillä sel- lainen oikeudellisesti merkityksellinen suhde, johon velvollisuus voidaan perustaa.

niiden taustalla olevien arvojen, kuten vastavuoroisuuden ja yhteistoiminnan, merkityksen kasvami- seen on vaikuttanut taloudellisen toimintaympäristön muutos, johon kuuluu esimerkiksi kaupallisten suhteiden pitkäkestoistuminen ja verkottuminen.

On kuitenkin huomattava, että kaikkiin pitkäaikaisiin sopimuksiin ei liity sellaista luottamussuh- detta, jolloin lojaliteetti korostuisi. Tällaisia sopimuksia voivat olla esimerkiksi maa-ainesten otto- oikeutta koskevat sopimukset. Toisaalta jotkut lyhytkestoisetkin sopimukset saattavat edellyttää erityistä luottamussuhdetta. Ks. lähemmin *Ämmälä* 1994 s. 18–22 ja s. 45.

⁷⁵ Ks. myös *Huhtamäki* 1993 s. 39 ja *Rudanko* 1995 s. 165.

⁷⁶ Ks. jakso III 3.

⁷⁷ Jäljempänä esitettävän perusteella voidaan lisäksi todeta, että velkojen oikeus voi kohdistua tässä relevantilla tavalla samaan kohteeseen myös silloin, kun panttivelkojan oikeus kohdistuu toisen velkojan panttioikeuden *arvoon* vaikuttavaan kohteeseen. Tällöin oikeusobjektit samastetaan oikeussubjektin taloudellisen omistuksen perusteella. Myös esimerkiksi saman henkilön vakuudet- tomien velkojen oikeus kohdistuu samaan kohteeseen, kun samana kohteena pidetään velallisen koko varallisuussmassaa.

Oikeudessamme ei ole voimassa yleistä sääntöä, jonka mukaan jokaisella olisi velvollisuus valvoa oman sopimuskumppaninsa muiden sopimuskumppanien intressejä.⁷⁸ Tästä huolimatta lojaliteettivaatimuksen ja muiden esimerkiksi OikTL 33 §:n taustalla olevien ajatusten korostuminen sopimussuhteessa on omiaan tukemaan ajatusta, että lojaliteettivaatimuksella ja reilun vaihdannan edistämiseen liittyvillä näkökohdilla on merkitystä myös sopimussuhteiden ulkopuolella. Eri-tyisesti tämä merkitys korostuu nykyisessä verkottuneessa vaihdanta- ja rahoitus-ympäristössä.⁷⁹

Seuraavassa muuhun kuin sopimussuhteeseen perustuvan huolenpitovelvollisuuden olemassaoloa ja ulottuvuutta tarkastellaan esimerkkien avulla. Ensimmäinen esimerkki koskee kollisionratkaisua koskevia normeja tilanteessa, jossa vastakkain ovat *samaan kohteeseen ensi- ja jälkipanttioikeuden saaneiden velkojien* intressit. Toinen esimerkki koskee normeja, jotka koskevat *asunto-osakkeen ostajan ja perustajarakentajan luotonantajan välistä suhdetta*. Kolmas esimerkki koskee *velkojien välistä suhdetta TakSL:n mukaisena kriittisenä aikana eli takaisaanti aikana*.

2.4.3.2. Ensi- ja jälkipanttiavelkojien välisten kollisioiden ratkaisunormit

Yleispanntaussitoumuksin pantin saaneen ensipantinsaajan ja jälkipantinsaajan välillä syntyy kollisio, kun ensipantinsaaja on sen jälkeen, kun toiselle velkojalle on perustettu jälkipanttioikeus samaan kohteeseen, lisännyt niiden saatavien määrää, joista pantti on vakuutena. Keskeinen kysymys tällöin on, millaisella etusijalla ensipantinsaaja saa myöhemmistä saatavistaan suorituksen pantin arvosta.

Oikeudessamme on pääsääntönä, että ensipantinsaajan antama lisäluotto voidaan periä pantista vasta sen jälkeen, kun jälkipantinsaaja on saanut suorituksen saatavastaan, jos ensipantinsaaja oli saanut ilmoituksen aiemmin tapahtuneesta jälkipanttauksesta. Sääntö koskee myös tilannetta, jossa ensipantinsaaja on saanut pantin yleispanntaussitoumuksin. Poikkeuksen pääsäännöstä muodostavat kuitenkin saatavat, joiden perustamisesta ensipantinsaajalla ei enää ole ollut mahdollisuutta kieltäytyä. Tämä mahdottomuus voi olla ainakin oikeudellista, jolloin ensipantin-

⁷⁸ Myös esimerkiksi norjalaisessa ja tanskalaisessa kirjallisuudessa on korostettu, ettei yleistä velvollisuutta valvoa oman sopimuskumppanin muiden sopimuskumppanien intressejä tunneta, vaikka oikeus, joka normaalisti ei ole suojattu sivullisia kohtaan, voikin saada suojaa kolmatta kohtaan ainakin silloin, kun tämä on toiminut tarkoituksessa rikkoa ulkopuolisten sopimus. Ks. lähemmin *Ussing* 1946 s. 528–551, *Fleischer LoR* 1964 s. 449–463, *Arnholm* 1974 s. 332–350, *Augdahl* 1978 s. 407–431 ja *Krüger* 1991 s. 68–70.

⁷⁹ Ks. jo *Gundersen JJ* 1959 s. 125: ”– den massive prinsipperklæring som § 33 inneholder, har bidratt til å skjerpe kravene til loyalitet og hensyn i kontraktsforhold. Det ligger da nær å tro at loyalitetskravet utenfor kontraktsforhold ville bli gradvis skjerpet dersom prinsipperklæringen skulle gjelde også her. Øvergaard – mener riktignok at man ikke regelmessig skal være barnepike for sin neste, men jeg skulle anta at tidens raske strukturforandring av samfunnet i stadig større grad vil sette krav til individets sosiale innstilling.”

saaja on saattanut jo aiemmin sitoutua lisäluoton myöntämiseen, tai mahdollisesti myös tosiasiallista (taloudellista), jolloin lisäluoton myöntämättä jättäminen olisi kohtuutonta jo suoritettuun panostukseen nähden.⁸⁰ Tällaiset lisävelat kuuluvat ensipantintansaajaan piiriin siitä huolimatta, että ensipantintansaaja tiesi jälkipantintauksesta.

Esitetyn ratkaisusäännön soveltumista käytännössä ei ilmeisesti juurikaan joudu tastaamaan. Käytännön luottotoiminnassa on nimittäin tavallista, että jälkipantintansaaja hankkii ensipantintansaajalta kirjallisen lausuman, jossa tämä ilmoittaa saatavansa tarkan määrän tai sen enimmäismäärän sekä sitoutuu olemaan antamatta kyseistä panttia vastaan lisäluottoa ilman jälkipantintansaajan suostumusta.⁸¹ Toisaalta saattaisi olla mahdollista myös, että ensipantintansaaja varaa etukäteen sopimuksella itselleen oikeuden laajentaa saatavien määrää jälkipantintauksesta huolimatta. Kysymys siitä, perustaako tällainen sopimus ensipantintansaajalle oikeuden lisätä saatavaa, vaikuttaa olevan epäselvä.⁸²

⁸⁰ Tällaisen laajemman tulkinnan on esittänyt *Havansi* 1992a s. 263–264 ja *sama* 1996 s. 205–206, vrt. *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 413 ja s. 415. Havansi on puoltanut kantaansa sillä, että tällöin ensipantintansaajan ei tarvitse pidättäytyä lisäluotonannosta silloin, kun pidättäytymisestä aiheutuisi laajojakin haitallisia taloudellisia seurauksia ei yksin pantintansaajalle vaan myös pantinantajalle ja muille kyseessä olevaan projektiin liittyville tahoille.

Havansin tulkinta vastaa sitä, mitä hän on esittänyt saamisen oikeusperusteen syntymisen kriteeristä kiinteistöpanntivelkojen suojaa koskevien MK 17:10.3 ja 17:12.2:n tulkinnan yhteydessä. Kyseiset lainkohdat tulevat sovellettaviksi, kun kiinteistöpanntivelkoja on saanut panttioikeuden yleispanntaussitoumuksin. Lainkohdat edellyttävät tällöin panttioikeuden sitovuudelta, että panntivelkoja oli vilpittömässä mielessä pantinantajan kompetenssin lakkaamisesta, kun saamisen oikeusperuste syntyi. Havansi on tulkinnut MK:n esitöiden lausumaa, jonka mukaan saamisen oikeusperusteen katsotaan syntyneen, kun velkoja ei enää itse voi vaikuttaa saamisen syntymiseen tai sen suuruuteen (*HE 1994:120* s. 116) niin, että kysymys on paitsi juridisesta mahdottomuudesta myös taloudellisiin näkökohtiin perustuvasta mahdottomuudesta. Havansin tulkinnan mukaan panntivelkojan oikeus voikin olla pysyvä, vaikka hän ei enää olisikaan vilpittömässä mielessä, kun hänellä vielä on juridinen mahdollisuus pidättäytyä lisäluoton antamisesta, jos hänellä ei enää ole taloudellisia mahdollisuuksia luotonannosta pidättäytymiseen, ks. *Havansi* 1996 s. 122–123, vrt. *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 418, joiden mukaan Havansin kannan omaksuminen loukkaisi muiden oikeuksia.

Havansin kanta on perusteltu edellytyksin, että saamisen syntymisen estäminen taloudellisen liikavaikkeen vuoksi määritellään tarpeeksi tiukasti. (Nähdäkseni *Jokela, Kartio ja Ojanen* ovatkin tulkinneet Havansin kantaa liian väljästi: vrt. lausumaa *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 418 ”jos se olisi tarpeen jonkin rakennuskohteen rahoituksen järjestämiselle” esimerkiksi *Havansi* 1996 s. 122–123, jossa tuodaan esiin monia rajoittavia tekijöitä esitetylle tulkinnalle.) Ideaalitasolla ratkaisevaa tulisi olla luovutuksensaajalle tai yleiselle velkojataholla saamisen syntymisestä aiheutuvien haittojen vertailu saamisen syntymättä jättämisestä koituviin haittoihin. Tämä on kuitenkin käytännössä verraten vaikeaa. Ks. myös myöhemmin norjalaisen ratkaisun NRt 1994 s. 775 perusteluja, joiden mukaan ensipantintansaajan etuoikeus voi säilyä jälkipantintauksen jälkeenkin syntyneen luottosaatavan osalta, jos luoton myöntäminen oli välttämätön tappion välttämiseksi, vaikka ensipantintansaaja olisi tiennytkin jälkipanttioikeuden perustamisesta. Ratkaisun perusteluista voi saada käsityksen, jonka mukaan välttämättömyysharpinta perustettiin velkojan subjektiiviseen käsitykseen. Muun ohella tätä kohtaa ratkaisun perusteluissa on kritikoitunut *Falkanger* LoR 1995 s. 106, jonka mukaan arviointi tulisi suorittaa objektiivisin perustein.

⁸¹ Ks. *Havansi* 1992a s. 262 ja myös Ruotsin osalta *Walin* 1998 s. 46–47. Asetelma rinnastuu tällöin kiintoisalla tavalla tutkimusteeman keskiössä olevaan tilanteeseen, jossa velallinen nimenomaisesti sitoutuu rajoittamaan panntauskompetenssiaan.

⁸² *Havansi* (1996 s. 205–206) on arvellut oikeuden olevan pätevä, jos kyseessä olevalla alalla vallitsee tällainen tapa ja tapa ei perustu toisen osapuolen yksipuoliseen saneluun.

Näiden ensipantinsaajan ja jälkipantinsaajan välistä suhdetta ja käsillä olevan kollision ratkaisua koskevien normien taustalla on *ensipantinsaajan huolenpito-velvollisuus jälkipantinsaajan intresseistä*.⁸³ Huolenpitovelvollisuuden taustalla puolestaan on yleinen oikeuden väärinkäytön kieltäminen, johon liittyy velvollisuus ottaa huomioon toisten oikeudet. Periaatteen taustoja on selvitetty jo edellä.⁸⁴

Ensipantinsaajan huolenpitovelvollisuus jälkipantinsaajan intresseistä ilmenee paitsi velvollisuutena pidättäytyä jälkipantti-velkojan intressejä vahingoittavasta toiminnasta myös monenlaisena aktiivisena velvollisuutena valvoa jälkipantinsaajan intressejä. Ensipantinsaaja on esimerkiksi velvollinen säilyttämään panttia jälkipantinsaajan lukuun, luovuttamaan pantin tai siitä kertyneet varat jälkipantinsaajalle sen jälkeen, kun hän itse on saanut pantista täyden

⁸³ Ks. esim. *Havansi* 1992a s. 262. Ks. myös Norjan oikeuden osalta NRt 1994 s. 775. Ratkaisussa oli yksinkertaista kyse tilanteesta, jossa Y oli perustanut ensiksi yleispanttaussitoumuksin pankille K panttioikeuden (suomalaisten asunto-osakkeiden eli osakekirjojen, jotka oikeuttavat hallitsemaan tiettyä huoneistoa, kaltaisiin) asiakirjoihin, jotka oikeuttivat asumaan tietyssä huoneistossa. Myöhemmin Y oli perustanut niihin jälkipanttioikeuden pankille N. Pankki K:lle oli vielä tämän jälkeen syntynyt saatava Y:ltä. Kun Y ei pystynyt suorittamaan saataviensa suorituksista, pantti-velkojien kesken syntyi kiista saatavien etusijajärjestyksestä.

Ratkaisu ilmentää seuraavia oikeusohjeita: (1) Ensipantinsaajalla on lähtökohtainen oikeus saada lisäluoton vakuudeksi pantti samalla etuoikeudella kuin aiemmin jälkipanttioikeudesta huolimatta. (2) Ensipantinsaajan oikeutta rajoittaa kuitenkin ensinnäkin *huolenpitovelvollisuus muita kilpailevia oikeudenhaltijoita kohtaan*. Tämän vuoksi ensipantinsaajalla on oikeus saada lisäluoton vakuudeksi pantti samalla etuoikeudella kuin aiemmin vain siinä suhteessa kuin se on *lojaalia muita saman kohteen pantiksi saaneita velkojia kohtaan*. Aiemman etuoikeuden säilyminen myös myöhemmän saatavan osalta on lojaalia silloin, jos pantinsaajalla oli ollut määrätty intressi luotonantoon eli jos luotonanto oli ollut *välttämätöntä tappion välttämiseksi*. Tällöin ensipantinsaajan etuoikeus voi säilyä siitä riippumatta, onko hän tiennyt myöhemmän jälkipanttioikeuden perustamisesta. (Tapauksessa niiden edellytysten, joiden perusteella ensipantinsaajan etusija olisi tällä perusteella säilynyt, ei katsottu täyttyneen.) (3) Ensipantinsaajan oikeutta rajoittaa toiseksi (silloin, kun edellä mainittu edellytys ei täyty) tietoisuus jälkipanttioikeuden perustamisesta. Mikäli ensipantinsaaja tiesi jälkipanttioikeudesta ennen luoton laajentamista, jälkipanttioikeuden jälkeen syntynyt saatava ei voi saada etusijaa ennen sitä. Ensipantinsaajalla ei katsottu olevan *selonottovelvollisuutta* jälkipantinsaajan oikeudesta. (Tapauksessa ensipantinsaajan katsottiin tienneen jälkipantinsaajan oikeudesta ja sen perusteella ensipantinsaajan katsottiin saavan suorituksen pantista uuden saatavan osalta vasta jälkipanttioikeudenhaltijan saatavan suorittamisen jälkeen.) Ks. myös *Falkanger* 2000 s. 704–707.

⁸⁴ Ensi- ja jälkipantinsaajan välisen kollision ratkaisu voitaisiin perustaa myös normaaleihin kaksoisdisponointeja koskeviin ratkaisusääntöihin. Esimerkiksi Ruotsissa, jonka oikeuden osalta kollision on esitetty ratkeavan samojen perusteiden nojalla kuin meillä (ks. esim. *Walin* 1995 s. 46–47), Walin on perustellut ratkaisua pantinsaajan ja myöhemmän luovutuksensaajan välistä kollisiota koskevien JB 6:7 ja 6:7a:n (ja SjöL 3:10:n) ilmentämällä periaatteilla. JB:n säännösten mukaan kiinteistöpanntioikeuden saaja voi aina vedota panttiin myöhempää luovutuksensaajaa kohtaan myös luovutuksen jälkeen syntyneen uuden saatavan osalta, jos hän oli ollut velvollinen antamaan luottoa. Pantinsaaja ei kuitenkaan voi vedota oikeuteensa sellaisen saatavan vakuutena, jonka myöntämisestä hänellä olisi ollut oikeus kieltäytyä ja jonka syntymistä ennen hän oli saanut tiedon, että pantinantaja ei enää ollut pantin omistaja. Näiden periaatteiden Walin on katsonut soveltuvan myös ensi- ja jälkipantinsaajan väliseen kollision (ks. myös *Jensen* 1995 s. 123) ja myös silloin, kun kysymys ei ole kollisiosta kiinteistöpanntti-velkojien välillä, vaan myös, kun kollisio koskee irtainta omaisuutta, ks. *Walin* 1995 s. 60–61 ja *sama* 1998 s. 46. Meillä vastaava lainkohta olisi MK 17:10.3. Ks. myös *Falkanger* LoR 1995 s. 105–112 edellä mainitun ratkaisun NRt 1994 s. 775 suhteesta normaaleihin kaksoisdisponointitilanteisiin ja niiden ratkaisemiseen.

suorituksen saatavalleen sekä valvomaan jälkipantinsaaajan intressejä pantin realisointivaiheessa. Ensipantinsaaajan huolenpitovelvollisuus voi tarkoittaa myös velvollisuutta antaa jälkipantinsaaajalle tietoa, jotta tämä voi tarvittaessa valvoa omia intressejään sekä tilaisuuden ja legitimaation suorittaa toimenpiteen, jota hänen oikeutensa valvominen edellyttää.⁸⁵ Silloin kun ensipantinsaaaja on käteispanttivelkoja, joka saa realisoida vakuuskohteen omatoimisesti, hänen velvollisuuksistaan jälkipantinsaaajaa kohtaan säädetään MyyntiL 4 ja 8 §:ssä, joita KK 10:2.4:n mukaan sovelletaan pantin myynnissä. MyyntiL 4 § edellyttää, että myynnistä ja saatavan määrästä ilmoitetaan jälkipanttioikeuden haltijalle hyvissä ajoin ennen myymistä. MyyntiL 8 § puolestaan edellyttää, että esinettä myytäessä on otettava huomioon jälkipanttioikeuden haltijan edut.

Ensipantinsaaajan velvollisuus valvoa jälkipantinsaaajan intressejä syntyy *ipso jure* jälkipanttauksella.⁸⁶ Vaikka velvollisuus perustuu suoraan jälkipanttaukseseen, ensipantinsaaajalla voi tosiasiaassa olla tällainen velvollisuus vasta, kun hänelle on ilmoitettu jälkipanttioikeudesta.⁸⁷ Silloin kun panttausilmoitus eli denuntiaatio tehdään lain mukaan muulle kuin ensipantinsaaajalle, kuten esimerkiksi saatavien panttauksessa saamisvelalliselle,⁸⁸ jälkipantinsaaajan on etujensa valvomiseksi syytä lisäksi ilmoittaa panttauksesta myös ensipantinsaaajalle.

Ensipantinsaaajan huolenpitovelvollisuus jälkipantinsaaajan intresseistä ulottuu pidemmälle kuin shikaani- ja kollusiivisen menettelyn kieltoihin.⁸⁹ Ensipantinsaaajan huolenpitovelvollisuuden painoarvoa kasvattaa se, että jälkipantinsaaajan on vaikea pitää itse huolta omista intresseistään. Ensipantinsaaajan erityinen huolenpitovelvollisuus jälkipantinsaaajan intresseistä perustuukin jälkipantinsaaajan asemaan liittyviin riskeihin, jotka johtuvat siitä, että jälkipantinsaaajalla ei ole vastaavia mahdollisuuksia saada tietoa panttia koskevista vaaratilanteista tai valvoa etujaan kuin ensipantinsaaajalla. Tämän vuoksi ensipantinsaaajan huolenpitovelvollisuus jälkipantinsaaajaa kohtaan voi olla jopa pidemmälle menevää kuin huolenpitovelvollisuus sopimuskumppaninaan olevaa pantinantajaa kohtaan.⁹⁰ Jälkipantinsaa-

⁸⁵ Ks. *Havansi* 1992a s. 262–263, s. 360–361, s. 373–374 ja s. 411 sekä *Lennander* 1977 s. 196–207. Ks. lisäksi KKO 1988:13 ja *Havansi* 1996 s. 209.

⁸⁶ *Lennander* 1977 s. 200.

⁸⁷ *Havansi* 1992a s. 262.

⁸⁸ Ratkaisun KKO 1989:53 mukaan denuntiaatio jälkipanttioikeudesta on factoring-rahoituksessa tehtävä VKL 31.1 §:n mukaisesti saamisvelalliselle eikä ensipantinsaaajana olevalle rahoitusyhtiölle, vaikka jälkimmäistä denuntiaatiomahdollisuutta voitaisiinkin pitää oikeuspoliittisesti perustellumpana, ks. kysymyksestä lähemmin *Tepora – Takki* 1994 s. 144–148 ja Ruotsin oikeuden osalta *Hästad* 1996 s. 302–308. Jos taas saatavan jälkipanttauksen sijasta on kysymys niin sanotusta palautussaatavan panttauksesta, denuntiaatio tehdään VKL 31.1 §:n mukaan palautussaatavan velalliselle eli rahoitusyhtiölle, ks. lähemmin *Tepora – Takki* 1994 s. 148–150. Ratkaisussa KKO 1989:53 panttaus tulkittiin sopimusehdon sanamuodon mukaan jälkipanttaukseksi eikä palautussaatavan panttaukseksi.

⁸⁹ Pantinsaaajalla on tällaisia pidemmälle meneviä velvollisuuksia paitsi jälkipantinsaaajaa myös takaaajaa ja kansapantinsaaajaa (henkilö, jolla on sama oikeus panttiin kuin pantinsaaajalla) kohtaan. Tällöin pantinsaaaja ja henkilö, jota kohtaan tämä velvollisuus on olemassa, ovat kuitenkin sopimussuhteessa keskenään. Ks. pantinsaaajan velvollisuuksista näissä relaatioissa yleisesti *Lennander* 1977 s. 180–195.

⁹⁰ *Havansi* 1992a s. 361.

jan intressien suojaaminen on sinänsä perusteltavissa vaihdannan ja luotonannon eduilla siinä mielessä, että se edistää pantinantajan mahdollisuuksia käyttää koko ajan koko pantin arvoa vakuutena.⁹¹

Koska ensipantinsaaajan ja jälkipantinsaaajan oikeudet kohdistuvat samaan panttikohteeseen, ensipantinsaaajan huolenpitovelvollisuus edellyttää, että hän pidättäytyy jälkipantinsaaajan intressejä loukkaavista panttia koskevista toimista. Arvioitaessa sitä, miten ensipantinsaaajan huolenpitovelvollisuus rajoittaa hänen oikeuttaan toimia jälkipantinsaaajan intressejä vahingoittavasti, on noudatettava intressipunnintaa. Käsillä olevan kollision osalta se tarkoittaa ensipantinsaaajalle saamisten lisäämisestä pidättäytymisestä aiheutuvien haittojen vertaamista jälkipanttivelkojalle saamisten lisäämisestä aiheutuviin haittoihin. Kuten jo edellä todettiin, ensipantinsaaaja voi saada etusijan uusille saataville ennen jälkipantinsaaajaa, vaikka hän olisi tiennytkin jälkipantinsaaajan oikeudesta, jos saamisten lisäämisestä pidättäytyminen olisi aiheuttanut suurempia haittoja kuin niiden etuoikeus jälkipanttivelkojalle. Tällaista intressipunninnan tulosta voidaan pitää vaihdannan intressien mukaisena, kun sillä tarkoitetaan vaihdannan ja luotonannon edistämistä yleisen taloudellisen intressin näkökulmasta.

2.4.3.3. *Asunto-osakkeen ostajan ja perustajarakentajan luotonantajan välisten kollision ratkaisua koskevat normit*

Perustajarakentamisen yhteydessä perustajarakentajan rakentamisvaiheen luottojärjestelyihin aiemmin liittyneiden väärinkäytösten johdosta on käytännössä satunut erilaisia luotonantajatahon ja osakeyhtiön sekä (tulevien) osakkeenomistajien eli asunnonostajien välisiä kollisionkohtia. Asunnonostajan asema on vaarantunut etenkin seuraavissa tyyppitilanteissa: (1) perustajarakentaja on käyttänyt asunto-osakeyhtiön omistamaan kiinteistöön kiinnitettyjä velkakirjoja omien velkojensa vakuutena, (2) perustajarakentaja on pantannut jo (omistuksenpidätysehdoon) myytyjä osakkeita tai (3) perustajarakentaja on pantannut vielä myymättä olevia osakkeita ilman ehtoa panttauksen raukeamisesta myynnin tapahtuessa. Nämä tilanteet ovat kaikki mahdollisia perustajarakentamiseen liittyvien yhtiö- ja varallisuus oikeudellisten erityispiirteiden vuoksi.⁹²

⁹¹ Pantinsaaajalle jää usein ylihypoteekkia jo vakuutta perustettaessa, mutta ainakin sitä syntyy luottoa takaisin maksettaessa, sillä oikeudessamme voimassa olevan lähtökohtaisen pantin jakamattomuuden periaatteen mukaan pantinsaaajan ei ole yleensä saamisen määrän vähetessä katsottu olleen velvollinen palauttamaan pantinantajalle vastaavaa määrää vakuudesta. Pantin jakamattomuuden periaatteesta ja sen lojaliteettiperiaatteeseen perustuvista poikkeuksista ks. lähemmin *Havansi* 1992a s. 376–380. Jos pääsäännön ja poikkeuksen suhde olisi toisenlainen, jälkipanttioikeuden käytölle saattaisi olla vähemmän tarvetta.

⁹² Koska perustajarakentamiseen liittyvää problematiikkaa on analysoitu seikkaperäisesti, tässä yhteydessä tyydytään viittaamaan aiempaan kirjallisuuteen ja käsittelemään tarkemmin ainoastaan tutkimusteeman osalta keskeisiä kysymyksiä. Kirjallisuudesta ks. *Zitting* LM 1961 s. 408–421, *sama* DL 1968 s. 430–444, *Havansi* 1979a s. 390–473, *Rudanko* 1982 tässä yhteydessä erit. s. 154–195 ja *Tepora* 1984 s. 370–445 sekä niissä edelleen viitattu kirjallisuus sekä oikeuskäytäntö.

Osakkeenostajan asemaa näissä tilanteissa turvattiin lain tasolla vasta AsKL:n tultua voimaan 1.9.1995.⁹³ Tämän vuoksi oikeuskäytännössä oli pitkään tarvetta kehittää osakkeenostajan suojaa. Suojaa kehitettiin muun muassa perustelemalla luotonantajan osakkeenostajan asemaa vahingoittava käyttäytyminen hyvän tavan vastaiseksi ja katsomalla panttaus tehottomaksi osakkeenostajaan nähden.

Ennen AsKL:a osakkeenostajia pyrittiin suojaamaan vuodesta 1972 lähtien myös pankkien sopimusperusteisesti noudattamalla RS-järjestelmällä. Sopimusperusteisena sillä ei kuitenkaan voitu ratkaista sivullissuojakysymyksiä. Järjestelmän voima perustuikin ensi sijassa sen tosiasialliseen noudattamiseen. Lisäksi osakkeenostajaa voitiin suojata vetoamalla RS-järjestelmän tuntemisvelvollisuuteen silloinkin, kun järjestelmää ei noudatettu. RS-järjestelmän luoman käytännön katsottiin vaikuttavan myös järjestelmän ulkopuolisiin luotonantajiin, mikäli heidän edellytettiin olleen tietoisia järjestelmässä noudatettavista menettelytavoista.

Oikeuskirjallisuudessa on pyritty löytämään oikeuskäytännön ratkaisuille erilaisia selitysmalleja sekä kehitlemään niitä edelleen. Seuraavassa tarkastellaan erityisesti oikeuskirjallisuudessa sekä ennen RS-järjestelmää että sen aikana kehitettyjä selitysmalleja. Nämä selitysmallit tuovat esiin, että *erityinen velvollisuus pitää huolta toisen osapuolen intresseistä voi perustua siihen, että vaihdantaan osallistuva henkilö on mukana tietyn alan käytännössä eli toimii tietyssä toimintaympäristössä*. Tällöin hänen edellytetään tietävän tässä toimintaympäristössä omaksuttuun käytäntöön liittyvistä toimintatavoista, mahdollisista siihen liittyvistä erityisistä riskeistä ja niiden vuoksi joidenkin tahojen huomioon otettavista intresseistä. Osallistuminen käytäntöön voi perustaa huolenpito- ja selonottovelvollisuuden näistä intresseistä. Mikäli henkilö laiminlyö nämä velvollisuutensa ja samalla loukkaa jonkun muun oikeutta, hänen toimintaansa saatetaan pitää hyvän tavan vastaisena. Hyvän tavan vastaisuus voi aiheuttaa oikeustoimen tehottomuuden.⁹⁴

Panttauksen tehottomuuden selityspenusteet näissä perustajarakentajan luottojärjestelyihin liittyneissä tilanteissa voidaan jakaa kahteen eri ryhmään. Ensinnäkin panttauksen tehottomuus osakkeenostajaan nähden saattoi perustua siihen,

⁹³ AsKL:n tavoitteista yleensä ks. *HE 1994:14* s. 1–2.

⁹⁴ *Käytännön tuntemisesta aiheutuva selonottovelvollisuus* ja sen laiminlyönnistä seuraava hyvän tavan vastaisuus on pidettävä erillään *käytännön pitämisestä tapana* ja sen rikkomisesta mahdollisesti aiheutuvista seurauksista. Vaihdannan ja luotonannon piirissä noudatettavat erilaiset (sopimus)käytännöt voivat tosin riittävästi vakiintuessaan muodostua myös alalla noudatettavaksi tavaksi. Tapojen porrastamisesta niiden henkilöllisen ulottuvuuden perusteella ks. *Havansi* 1979a s. 456 alav. 35.

Tavalla voidaan tarkoittaa yleensä kaikenlaista tietyn ihmisryhmän säännönmukaista käyttäytymistä. Oikeudellista merkitystä tavalle annetaan yleensä kuitenkin vasta silloin, kun säännönmukainen käyttäytyminen koetaan velvoittavaksi (*opinio necessitatis*), *Peczenik* 1980 s. 137 ja *sama* 1995 s. 230–231. Tapa voi vakiintua myös tavanomaiseksi oikeudeksi. Se on aikoinaan ollut tärkeä oikeudellisen ennakoitavuuden väline säädännällisen oikeuden puuttuessa. *Aarnio* (1989 s. 225) on todennut, että maan tapa voi syntyä nykyään ainoastaan pitkään jatkuneen oikeuskäytännön pohjalta. *Tuorin* (2000 s. 175) mukaan se, mitä on kutsuttu tapaoikeudeksi, vaikuttaa nykyään oikeuskäytännön ja oikeuskirjallisuuden välityksellä. Lisäksi voidaan ajatella, että tavalla saattaa olla merkitystä lain sisällä niin, että tapa saattaa määrittää, onko kyseessä oleva menettely lain sallima vai ei.

että (1) luotonantajan ei katsottu olleen vilpittömässä mielessä perustajarakentajan panttauskompetenssin suhteen. Toinen perustajarakentajan osakkeenostajien intressejä vahingoittavan panttauksen tehottomuuden selityspерuste on ollut (2) hyvän liiketavan rikkominen.

(1) Ensimmäinen panttauksen tehottomuuden selityspерuste ei varsinaisesti liity huolenpitovelvollisuuden laiminlyöntiin perustuvaan oikeuden väärinkäyttöön vaan normaalien kollisionsratkaisusääntöjen edellytysten muokkaamiseen. Sitä käsitellään tässä, koska myös sen yhteydessä nousee esiin ajatus, että tietyn alan käytännön tuntemisella on merkitystä oikeudellisessa harkinnassa. Tämän selityspерusteen osalta oli kyse tilanteista, joissa perustajarakentajalla ei ollut muodollista kompetenssia panttaukseen, mutta joissa luotonantajalla oli mahdollisuus saada vilpittömän mielen suojaa. Osakkeenostajan suojaa tehostettiin tällaisissa tilanteissa korottamalla pantinsaajana olleen luotonantajan vilpittömän mielen saamiseksi vaadittavan selonottovelvollisuuden täyttämisen astetta *in concreto* silloin, kun luotonantajan vastapuolena oli perustajarakentaja. Selonottovelvollisuuden onkin yleensä tällaisissa tilanteissa katsottu jääneen täyttymättä. Panttauksen tehottomuuden perustaminen pantinsaajan vilpittömän mielen edellytysten puuttumiseen edellytti siis, että tilanteeseen voitiin soveltaa jotakin vilpittömän mielen suojasäännöstä, jonka täyttymisen kriteerejä tapauksessa arvioitiin.

Kun perustajarakentaja oli käyttänyt asunto-osakeyhtiön omistamaan kiinteistöön kiinnitettyjä velkakirjoja omien velkojensa vakuutena, luotonantajan edellytettiin ottaneen selon siitä, että perustajarakentajalla oli kompetenssi vakuudenantoon vieraasta velasta. Käytännössä tämä tarkoitti, että luotonantajan edellytettiin ottaneen selvää siitä, että perustajarakentajalla oli yhtiökokouksen tai osakkeenomistajien suostumus.⁹⁵ Silloin taas, kun perustajarakentaja oli tarjonnut asunto-osakkeita vakuudeksi, luotonantajan selonottovelvollisuus oli kohdistunut siihen, että perustajarakentaja ei ollut jo luovuttanut osakkeita eikä vakuudenanto loukannut osakkeenostajien intressejä. Molemmissa tilanteissa luotonantajan vilpittömän mielen suojan edellytysten täyttymistä voitiin arvioida väitesuojaa koskevan VKL 15 §:n perusteella.⁹⁶

Selonottovelvollisuuden laajeneminen jälkimmäisessä tilanteessa perustettiin siihen, että alalla ammattimaisesti toimivan luotonantajan edellytettiin olevan selvillä perustajarakentamiseen liittyvistä erityistilanteista ja riskeistä. Koska perustajarakentamiseen kuuluu osakkeiden myynti, luotonantajan tuli erityisesti ottaa selvää siitä, oliko vakuudeksi tarjotut osakkeet myyty.

Oikeuskäytännöstä voidaan mainita ratkaisu KKO 1983 II 101, jossa tosin oli kyse valtion lainoittamasta perustajaurakoinnista. Siinä rakennusurakointia

⁹⁵ Ks. KKO 1961 II 36 (ään.) ja *Havansi* 1984b s. 226. Vakuudenanto vieraasta velasta on yleensä yhtiön tarkoituksen ja toimialan vastainen oikeustoimi. Tällainen oikeustoimi on kuitenkin yhtiöoikeudessa katsottu yleensä päteväksi, mikäli siihen on saatu joko yhtiökokouksen tai kaikkien osakkeenomistajien suostumus.

⁹⁶ Oikeuskäytännössä on katsottu myös VKL 14 §:n saantosuojasäännöksen soveltuvan tilanteeseen. Kritiikkiä tähän ks. *Zitting* LM 1961 s. 419–420 ja *sama* DL 1968 s. 435–436.

harjoittavan kommandiittiyhtiön vastuunalainen yhtiömies A oli asunto-osa-
keyhtiön perustajaosakkaana ensin sitoutunut B:lle myymään merkitsemänsä
kommandiittiyhtiön asunto-osakeyhtiölle rakentamassa talossa olevan huoneis-
ton hallintaan oikeuttavat osakkeet ja sitten osakekirjojen valmistuttua pantan-
nut samat osakkeet omanaan rakennushankkeen alaurakoitsijalle C:lle tällä
kommandiittiyhtiöltä olleen saatavansa vakuudeksi.

KKO:n mukaan *kun C oli tiennyt, että asunto-osakeyhtiön osakkeet oli tarkoitettu edelleen myytäviksi, mutta jättänyt ottamatta selvää siitä, oliko pantiksi tarjotut osakkeet panttaushetkellä jo myyty, C ei ollut siitä huolimatta, että A:n hallussa tuolloin ollut osakekirja oli asetettu hänen nimiinsä, riittävän huolellisesti tutkinut A:n oikeutta osakkeiden panttaamiseen.* KKO:n perustelujen mukaan C:n selonottovelvollisuutta arvioitaessa oli otettava huomioon A:n asema asunto-osakeyhtiössä ja kommandiittiyhtiössä sekä se, että kommandiittiyhtiö rakensi urakoitsijana asunto-osakeyhtiölle asuntohallituksen valtion henkilökohtaista asuntolainoitusta varten hyväksymää taloa. Näistä kaikista seikoista C paikkakunnalla rakennuslupaa toimivana yrityksenä ja kyseessä olevan talon rakennusyhtiön alaurakoitsijana oli ollut tietoinen.

Vastaavanlainen selonottovelvollisuuden laajentaminen on tapahtunut oikeuskäytännössä paitsi perustajarakentamisen yhteydessä myös yleensä kiinteistöpannioikeuden osalta silloin, kun ennen MK-uudistusta käytössä ollut luottokäytännössä syntynyttä niin sanottua kahden velkakirjan järjestelmää käytettiin väärin panttivelallisen vahingoksi.

Ennen MK:n voimaantuloa kiinteän omaisuuden kiinnittämistä koskevat yleiset säännökset sisältyivät vuodelta 1868 olevaan KiinA:een. KiinA 1 §:n mukaan kiinnitys voitiin vahvistaa velkakirjaan tai muuhun vissin rahamäärän osoittavaan saamistodistukseen. Kiinnitettävälle saamistodistelle ei asetettu minkäänlaisia rajoituksia. KiinA rakentui ajatukselle, jonka mukaan velkoja haki kiinteistön omistajan suostumuksella kiinnityksen velkakirjaan, joka osoitti velan todellisen määrän ja muut velan ehdot. Kun kiinnitys oli vahvistettu, velkoja sai panttioikeuden kiinteistöön.

Luottokäytännössä noudatettiin kuitenkin toisenlaista, kahden velkakirjan järjestelmää. Siinä erotettiin kiinnitetty haltijavelkakirja (panttivelkakirja) ja saamissuhteen ehdot määräävä velkakirja (käärevelkakirja). Kahden velkakirjan järjestelmässä vakuusasiakirjana käytettiin kiinnitettyä haltijavelkakirjaa, panttivelkakirjaa, jossa oli ainoastaan hyvin pelkistetyt ehdot velan pääomasta, korosta ja perimiskuluista. Muodollisesti se oli velkakirja, jossa kiinteistön omistaja velallisenä sitoutui heti vaadittaessa maksamaan velan velkakirjan haltijalle. Velan todellinen suuruus ja sen maksamisen edellytykset sovittiin erillisessä velkakirjassa, käärevelkakirjassa. Velkoja sai panttioikeuden, kun kiinnitetty velkakirja luovutettiin hänen hallintaansa.

Kahden velkakirjan järjestelmän haittana olivat esimerkiksi velkakirjan antajan asemaan liittyvät oikeudelliset riskit.⁹⁷ Nämä riskit perustuivat siihen, että panttivelkakirja oli oikeudelliselta luonteeltaan haltijavelkakirja, johon sovellettiin

⁹⁷ Kahden velkakirjan järjestelmän etuna oli muun muassa se, että samaa haltijavelkakirjaa voitiin käyttää tarvittaessa yhä uudestaan vakuutena, mikä merkitsi, että velkakirjasta ei tarvinnut suorittaa leimaveroa enää uudestaan.

VKL 2 luvun juoksevia velkakirjoja koskevia säännöksiä, joiden perusteella juoksevan velkakirjan hallintaan liittyy vahva omistajaolettama. VKL 13.1 §:n mukaan velkakirjan haltijalla edellytetään olevan velkakirjan mukaiset velkojan oikeudet ja VKL 14.1 §:n mukaan velkakirjan haltijalla oletetaan olevan oikeus määrätä velkakirjasta. VKL 15 §:n mukaan velkoja saa suojaa velallisen maksuväitettä ja muita väitteitä vastaan. Näiden säännösten valossa oli mahdollista, että mikäli panttivelkakirja ja käärevelkakirja erotettiin toisistaan, mikä ei ollut kahden velkakirjan järjestelmän tarkoitus, panttivelkakirjan vilpittömässä mielessä haltuunsa saaneella oli oikeus periä velalliselta sen määrä. Näin velallinen saattoi joutua suorittamaan paitsi todellisen käärevelkakirjan ilmentämän velkansa myös panttivelkakirjan ilmoittaman määrän.

Oikeuskäytännössä velallista yritettiin kuitenkin suojata tältä kahden velkakirjan järjestelmän mahdollistamalta riskiltä varsin tiukalla panttivelkakirjan haltijan vilpittömän mielen tulkinnalla. Mikäli haltijavelkakirja oli erotettu käärevelkakirjasta, VKL 15 §:n mukaisen vilpittömän mielen katsottiin edellyttävän tällaisessa tilanteessa tavanomaista ankarampaa selonottovelvollisuutta. Kahden velkakirjan järjestelmä oli käytäntö, josta rahoituslalla toimivien katsottiin täytyneen tietää. Heidän oli siten myös tiedettävä käytäntöön liittyvät riskit eli järjestelmän väärinkäyttömahdollisuudet. Tämän vuoksi heidän oli kiinnitettävä erityistä huomiota tilanteissa, joissa väärinkäyttömahdollisuus oli olemassa. Esimerkiksi pankki ei käytännössä olisi voinut vedota vilpittömän mielen suojaansa ja periä panttivelkakirjan määrää velkakirjan allekirjoittajalta.⁹⁸

Nämä velallisen asemaan kahden velkakirjan järjestelmässä liittyneet riskit on nykyisessä MK:n mukaisessa järjestelmässä eliminoitu sillä, että panttioikeuden perustamisen välineenä käytetään pantti- ja käärevelkakirjojen sijasta kiinnityksestä todistukseksi saatavaa panttikirjaa, joka ei enää muodollisestikaan ole velkakirja. Panttioikeus syntyy MK 15:2.1:n mukaan, kun panttikirja luovutetaan velkojalle saamisen vakuudeksi.⁹⁹

Vastaavanlainen kahden velkakirjan järjestelmä on edelleen oikeudessamme voimassa yritys kiinnityksen sekä auto-, alus- ja ilma-aluskiinnityksen osalta. Yrityskiinnityksen osalta järjestelmä myös perustuu selkeästi suoraan lakiin (YrKiinL 2, 7 ja 17 §). Myös sen osalta on oikeuskirjallisuudessa todettu, että panttivelkakirjan haltuunsa saanut ei käytännössä voi olla VKL:n edellyttämässä vilpittömässä mielessä. Tämän on katsottu johtuvan jo siitä, että yritys kiinnityksessä

⁹⁸ Kahden velkakirjan järjestelmästä ja kyseessä olevasta kysymyksestä *Havansi* 1992a s. 193–195 ja s. 394–396 sekä *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 350–352. Ruotsin oikeuden osalta ennen JB:n voimaantuloa *Hessler SvJT* 1983 s. 213. Panttivelkakirjan haltijan vilpittömän mielen vaatimuksen asteesta ks. myös *Majamaa JFT* 1973 s. 564, *Havansi* 1978 s. 62–63, *Tepora* 1981 s. 179 ja vrt. *Godenhjelm JFT* 1958 s. 93 ja *Modeen JFT* 1958 s. 82–83 ja s. 195.

⁹⁹ Nykyisestä panttikirjajärjestelmästä ks. MK IV osa ja *HE 1994:120* s. 10–13, s. 22–23, s. 31–34 ja s. 103–121, *Havansi* 1996 ja *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 345–481.

käytettävä panttivelkakirja on määritelty laissa ja se laaditaan yrityskiinnitysviranomaisen vahvistaman kaavan mukaiselle lomakkeelle, johon sisältyy maininta panttivelkakirjasta.¹⁰⁰

(2) *Hyvän liiketavan rikkomista* käytettiin perusteena silloin, kun luotonantajan vilpittömän mielen suojaa koskevaa sääntelyä ei ollut mahdollista soveltaa tilanteeseen. Tällaisissa tilanteissa perustajarakentajalla oli muodollinen kompetenssi perustaa panttioikeus, toisin kuin edellä kuvatuissa tilanteissa, mutta hän oli käyttänyt kompetenssiaan asiallisesti väärin. Tällaisia tilanteita olivat ne, joissa panttaukseen vieraasta velasta oli annettu osakkeenomistajien suostumus ja perustajarakentajalla nähtiin olevan muodollinen kompetenssi.¹⁰¹ Panttauksen tehottomuutta perusteltiin sillä, että luotonantajan olisi pitänyt tietää, että panttaus vieraasta velasta oli vastoin yhtiön omia intressejä ja että tällaisessa tilanteessa panttaus oli tehty hyvää liiketapaa rikkoen. Tällaisesta selitysmallista voidaan mainita esimerkkinä KKO 1963 II 27.

KKO 1963 II 27. Asunto-osakeyhtiön isännöitsijä ja hallituksen jäsen oli yhtiön muiden perustajaosakkaiden suostumuksella luovuttanut yhtiön hallitseman tontin vuokraoikeuteen ja tontilla oleviin rakennuksiin kiinnitettyjä haltijavelkakirjoja urakoitsijayhtiön velan pantiksi kolmannelle yhtiölle. *Kun tarkoitus, johon velkakirjoja täten oli käytetty, oli ilmeisesti vieras asunto-osakeyhtiön kaupparekisteriin merkitylle toimialalle ja panttinsaajan olisi pitänyt olla tästä tietoinen, panttaus ei sitonut asunto-osakeyhtiötä.*¹⁰²

Jos luotonantaja olisi toiminut hyvän liiketavan mukaan, hän olisi (1) ottanut asianmukaisesti selkoa tilanteesta ja saanut selville, että panttausoikeustoimi loukkaa asunnonostajien oikeutta. Jos luotonantaja olisi edelleen toiminut hyvän liiketavan mukaan, hän olisi tällaisissa olosuhteissa (2) pidättäytynyt kokonaan oikeustoimen tekemisestä.

Tuoreesta oikeuskäytännöstä, jossa asunto-osakeyhtiön tulevia osakkeenostajia on suojattu asunto-osakeyhtiön tekemää koko osakekannan omistajan hyväksi tapahtunutta panttausta vastaan, voidaan tässä yhteydessä ottaa esille vielä ratkaisu KKO 1998:47, jossa on vahvistettu aikaisemmassa oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa luotuja suuntaviivoja suojata asunnonostajia. Siinä asunto-osakeyhtiö oli antanut omistamaansa kiinteistöön kiinnitetyt velkakirjat pantiksi sen koko osakekannan omistaneen emoyhtiön veloista.

Tapauksessa nousi esiin ensinnäkin kysymys siitä, (1) oliko kyseessä AsOYL 76.3 §:n mukainen poikkeus lain 76.1 §:n kiellosta antaa vakuutta yhtiön

¹⁰⁰ Ojanen – Sutinen 1991 s. 72.

¹⁰¹ Käytännössä tällaisen suostumuksen olemassaolo on ollut yleinen, koska yleensä tällöin suostumuksenantajana on ollut perustajarakentaja itse. Ks. esim. edellä tässä jaksossa selostettua tapausta KKO 1961 II 100. Muodollisen kompetenssin saavuttamiselle ei ole siten ollut suurta estettä.

¹⁰² Osakeyhtiöoikeudessa vallinneesta käsityksestä (ks. myös KKO 1970 II 82, KKO 1986 II 136 ja KKO 1992:190) poiketen edes kaikkien osakkeenomistajien suostumus ei tässä riittänyt oikeustoimen päteväyttämiseen. Ks. tapauksesta myös *Havansi* 1984b s. 226–227. Ks. myös KKO 1964 II 29 (ään.), KKO 1966 II 95 (ään.), KKO 1968 II 61 sekä KKO 1976 II 71.

osakkeenomistajalle. AsOYL 76.3 §:n mukaan vakuus voidaan kiellosta huolimatta antaa samaan konserniin kuuluvan yhtiön velasta, jos toimenpide palvelee yhtiön ja sen osakkeenomistajien etua. Koska KKO:n mukaan oli jäänyt näyttämättä, että panttaus olisi palvellut yhtiön etua, ja panttaus oli siten tapahtunut vastoin AsOYL 76 §:n kieltoa, tapauksessa nousi esiin myös kysymys siitä, (2) mikä merkitys osakkeenomistajien suostumuksella panttaukseen oli tilanteessa, jossa se oli AsOYL 76 §:n kiellon vastainen. KKO:n mukaan osakkeenomistajan suostumus ei voinut pätevöittää panttausta, koska kysymys oli muidenkin kuin asunto-osakeyhtiön panttauksenhetkisten osakkaiden suojaamisesta. Tämän johdosta nousi kolmanneksi esiin kysymys siitä, (3) saattoiko panttinsaaja luottaa panttauksen pätevyyteen osakkeenomistajan suostumuksen perusteella. KKO:n mukaan panttinsaajan oli pitänyt tietää, että panttaus ei palvellut asunto-osakeyhtiön ja sen osakkaiden etua. Tämän johdosta panttaus ei sitonut asunto-osakeyhtiötä.

RS-järjestelmän aikana osakkeenostajia suojattiin perustajarakentajan väärinkäytöksiltä myös niin, että yhtiön oli sallittua ottaa velkaa ainoastaan taloussuunnitelmassa vahvistetuissa rajoissa. RS-järjestelmä edellytti myös, että luotonantaja otti aina selvää tästä suunnitelmasta. Tästä esimerkkinä voidaan mainita KKO 1986 II 118.

KKO 1986 II 118 (I-jaosto). Asunto-osakeyhtiön taloussuunnitelman mukaan yhtiön kaikki pitkäaikaiset lainat olivat grynderiltä. Pankki myönsi grynderin pyynnöstä yhtiölle lainaa luottaen siihen, että laina korvaisi yhtiön grynderiltä olevaa lainaa. Kysymyksessä oli grynderin ja yhtiön kanssa RS-sopimuksen tehnyt pankki, joka tiesi, että asunto-osakkeiden ostajilla oli oikeus maksaa osuutensa yhtiön pitkäaikaisista lainoista jo rakennusvaiheen aikana ja että he myös niin tekivät. Sen vuoksi, *ottaen huomioon RS-sopimuksen ostajia suojaava tarkoitus, pankin olisi tullut myötävaikuttaessaan taloussuunnitelmasta poikkeaviin lainajärjestelyihin riittävästi huolehtia siitä, etteivät järjestelyt vaaranna osakkeiden ostajien etuja. Kun pankki oli tämän laiminlyönyt ja grynderi siitä johtuen oli voinut oikeudettomasti käyttää osakkeen ostajien maksamia lainaosuuksia muuhun kuin pankin saatavan maksamiseen, yhtiö ei ollut velvollinen maksamaan pankille enempää kuin sen määrän, mikä yhtiöllä vielä oli maksamatta taloussuunnitelman mukaisista pitkäaikaisista lainoista.*

Nykyään AsKL 2:10:ssä säädetään RS-järjestelmässä omaksuttujen periaatteiden mukaisesti luotonantajan nimenomaisesta selonottovelvollisuudesta yhtiön taloussuunnitelman sisällöstä ja sitä rikkoen tehdyn oikeustoimen tehottomuudesta.¹⁰³

Muodollisen kompetenssin asiallisen väärinkäytön tilanne on esiintynyt myös silloin, kun perustajarakentaja panttasi osakkeen ilman ehtoa siitä, että panttaus raukeaa, kun osake myydään. Tällaisessa tilanteessa osakkeenostajan suojaksi ei voitu soveltaa vilpittömän mielen suojaa koskevia säännöksiä. Näissä tilanteissa panttinsaaja, jolle osakkeenostajan etuja haittaava panttaus tehtiin, oli syntyneessä kollisiossa primus eikä hänellä voinut olla vilpitöntä tai vilpillistä mieltä myö-

¹⁰³ Ks. HE 1994:14 s. 52–63, erit. s. 62–63.

hemmän tapahtuman suhteen.¹⁰⁴ Päinvastoin tilanteeseen soveltuvat vilpittömän mielen suojaa koskevat säännökset olisivat saattaneet aiheuttaa sen, että panttaus olisi sitonut sekunduksena ollutta osakkeenostajaa, mikäli tämä olisi tiennyt tai hänen olisi pitänyt tietää aiemmasta panttauksesta. Sekunduksella ei kuitenkaan katsottu olleen minkäänlaista selonottovelvollisuutta mahdollisista aiemmista panttauksista eikä hänen tiedollaanakaan aiemmasta panttauksesta ollut merkitystä, vaan hänellä katsottiin päinvastoin olevan oikeus luottaa siihen, että osake luovutettiin panttirasituksista vapaana.¹⁰⁵

RS-järjestelmä edellytti, että kysymyksessä oleva raukeamiseksi otettiin panttaussopimukseen.¹⁰⁶ Silloinkin, kun RS-järjestelmää ei noudatettu, merkitystä nähtiin olevan RS-järjestelmän mukaisen käytännön tuntemisen ja noudattamisen vaikutuksilla. Mikäli luotonantaja tiesi järjestelmästä, vetoamista panttaukseseen ehdon puuttumisesta huolimatta pidettiin hyvän liiketavan vastaisena. Osakkeenostajatahoa pidettiin tällöin kollektiivisena, ennakoitavissa olevana intressitahona, jonka edut oli otettava huomioon ennakolta.¹⁰⁷

Nykyään AsKL 2:11:ssä säädetään kiellosta myydä pantattua osaketta ja pantata myytyä osaketta rakentamisvaiheen aikana. Kiellon vastainen oikeustoimi on osakkeenomistajaa kohtaan aina tehoton. Luotonantaja ei voi siis näissä tilanteissa lainkaan saada vilpittömän mielen suojaa.¹⁰⁸

Perustajarakentaminen ja siihen liittyvät kysymykset voidaan nähdä esimerkkinä jo aiemmin esitellyistä rooliajattelun vaikutuksista tai oikeuksien funktioiden hajautumisesta perusoikeudenhaltijoiden ja luotonantajien ja sijoittajien välillä. Luotonantajan selonottovelvollisuuden kiristäminen on tarkoittanut samalla luotonannon vaikeuttamista. Tämän vaikeuttamisen perusteena ja oikeutajana on perusoikeudenhaltijoiden eli asunto-osakkeenostajien suojantarve.¹⁰⁹

Luotonantajan subjektiivinen asennoituminen on ollut molemmissa selitystavoissa keskeisessä asemassa. Ensimmäisessä selitystavassa kysymys on ollut vilpittömän mielen suojan saamiseksi teknisesti vaadittavan selonottovelvollisuuden täyt-

¹⁰⁴ Suojan venyttämismahdollisuuksista ja näiden mahdollisuuksien kritiikistä *Havansi* 1979a s. 450–453.

¹⁰⁵ Ks. *Zitting* DL 1968 s. 441 sekä RS-järjestelmän osalta *Havansi* 1979a s. 448 ja s. 450.

¹⁰⁶ Kolmannella eli asunnon ostajalla katsottiin olevan RS-järjestelmän asunnonostajaa suojaavaan funktion vuoksi itsenäinen oikeus vedota tähän ehtoon, ks. *Havansi* 1979a s. 443–449.

¹⁰⁷ Ks. KKO 1967 II 27 sekä *Zitting* DL 1968 s. 440 ja *Havansi* 1979a s. 453–455. Ks. myös *HE* 1994:14 s. 17.

¹⁰⁸ Ks. *HE* 1994:14 s. 63–64.

¹⁰⁹ AsKL:n esitöiden mukaan sen nimenomaisena tavoitteena on suojata kuluttajan asemaa. Ks. *HE* 1994:14 s. 45.

Ks. myös KKO:n perusteluja edellä mainitussa ratkaisussa 1998:47, jossa asunto-osakeyhtiö oli pantannut omistamaansa kiinteistöön kiinnitetyt velkakirjat asunto-osakeyhtiön koko osakekannan omistaneen emoyhtiön velasta. Ratkaisussa panttauksen ei katsottu palvelevan yhtiön ja sen osakkeenomistajien etuja, mistä myös pantinsaaajan katsottiin pitäneen tietää. Perusteluissa on tuotu nimenomaisesti esiin, että AsOYL 76 §:n tulkinnassa on korostetusti otettava huomioon *asunto-osakeyhtiön osakkaiden, jotka hankkivat osakkeita yleensä asumistarkoituksiin, erityinen suojantarve*.

tymisen arvioinnista, toisessa puolestaan hyvän liiketavan noudattamisen arvioinnista sen perusteella, onko riittävä huolenpitovelvollisuus täytetty.¹¹⁰

Molemmissa selitystavoissa myös alan *käytännön tuntemiselle tai tuntemisvelvollisuudelle* on annettu merkitystä. Tietoisuus käytännöstä tarkoittaa samalla tietoisuutta siihen liittyvistä erityisistä riskeistä ja mahdollisesti suojattavista intresseistä. Näihin voidaan tällöin kohdistaa joko vaatimus selonottovelvollisuudesta tai vaatimus huolenpitovelvollisuudesta. Mikäli selonottovelvollisuutta ei täytetä, vilpittömän mielen suoja jää saavuttamatta. Mikäli puolestaan huolenpitovelvollisuus tietyistä intresseistä ei täyty, menettely voi rikkoa hyvää liiketapaa. Pelkistetysti on kysymys siitä, että tietyistä käytännöstä tietoinen ja siihen osallistuva henkilö ei voi jättää huomiotta käytäntöön kuuluvista riskeistä johtuvaa selonottovelvollisuutta eikä käytäntöön kuuluvien intressien huomioon ottamisesta johtuvaa huolenpitovelvollisuutta. Tällainen huomioon ottaminen on hyvän tavan mukaista ja sen laiminlyönti aiheuttaa menettelyn, jota voidaan pitää hyvän tavan vastaisena.

Edellä kuvattua oikeudellista suhtautumistapaa voidaan selittää myös jo tutkimuksen johdantoluvussa esiteltujen *Pöyhösen* uusien varallisuus oikeuden käsitteiden avulla. Perustajarakentamisen ja sen rahoittamisen toimintaympäristössä edellytetään noudatettavan siihen kuuluvia menettelytapoja. Rahoittajan edellytetään tämän kokonaisjärjestelyn osapuolena toimivan niin, että se ei yksipuolisesti paranna omaa riskipositiotaan suhteessa toisten kokonaisjärjestelyyn osallistuvien eli osakkeenostajien riskipositioon. Jos menettelytapoja ei noudateta ja omaa riskipositiota parannetaan yksipuolisesti, menettely ei sido niitä, joiden riskipositiota on loukattu. Sitomattomuuden taustalla on tällöin se, että järjestelyn osapuolilta edellytettävä vastavuoroisuus ei kyseisessä menettelyssä ole toteutunut.

2.4.3.4. *Velkojen välistä suhdetta koskevat normit TakSL:n mukaisena kriittisenä aikana*

Oikeustoimet, jotka voidaan TakSL:n perusteella peräyttää, ovat sellaisia, jotka tyypillisesti vahingoittavat (muita) velkojia.¹¹¹ Kun peräytettävänä ovat velallisen oikeustoimet, on kysymys tilanteesta, jossa *velallinen* on jättänyt noudattamatta huolenpitovelvollisuuttaan yhtä tai useampaa velkojaansa kohtaan.¹¹² Peräytettävien oikeustointen toisena osapuolena saattaa kuitenkin usein olla velkoja. Tällöin voidaan ajatella olevan kysymys myös tilanteesta, jossa *velkoja* on jättänyt nou-

¹¹⁰ Zitting DL 1977 s. 188–189.

¹¹¹ HE 1990:102 s. 17–18.

¹¹² Tämä velvollisuus velallisella on aina ainakin niitä velkoja kohtaan, joihin nähden vastuu perustuu sopimukseen. Takaisinsaannin kriittisenä aikana velvollisuus ulottuu kaikkiin velkoihin. Takaisinsaantilainsäädännön voidaankin sanoa kuvaavan velalliseen kohdistuvan lojaliteettivaatimuksen sisältöä, jos lojaliteetti liitetään velallisen velvollisuuteen valvoa velkojiansa etua, ks. *Taxell* 1976 s. 460.

dattamatta huolenpitovelvollisuuttaan muita velkojia kohtaan. Takaisinsaantilainsäädännön voidaankin nähdä rajoittavan paitsi velallisen toimivaltaa tehdä velkojia loukkaavia määräämistöimiä (velallinen *voi, mutta ei saa* määrätä omaisuudestaan velkojia vahingoittavalla tavalla¹¹³) myös velkojien toimivaltaa tehdä toisia velkojia loukkaavia määräämistöimiä. Tätä tukee myös se, että takaisinsaantilainsäädännön tarkoituksena ei ole ainoastaan suojata velkojia velallisen vahingoittavilta ja tavanomaisesta poikkeavilta vain konkurssin läheisyydestä johtuvilta määräämistöimiltä, vaan myös suojata velallista velkojien painostuksesta oikeudellisiin määräämistöimiin, jotka vahingoittavat toisten velkojien intressejä ja jotka tyypillisesti tehdään tarkoituksessa saada parempi suoritus kuin velkojalle VMJL:n mukaan konkurssissa kuuluisi.¹¹⁴ Kun nämä molemmat TakSL:n funktiot otetaan huomioon, takaisinsaantilainsäädännön voidaan nähdä heijastavan myös *velkojien välistä huolenpitovelvollisuutta*. Velkojien välisen huolenpitovelvollisuuden rikkomisen ryhtymällä velallisen kanssa tai joissain tilanteissa myös velkojien kesken järjestelyyn, joka vahingoittaa toisia velkojia, perustaa mahdollisuuden peräyttää kyseessä olleen oikeustoimen.

Kun TakSL mahdollistaa puuttumisen epänormaaleihin määräämistöimiin, jotka on tehty tarkoituksessa kiertää konkurssin vaikutuksia, myös sen voidaan nähdä ilmentävän ajatusta, että velkojien on varauduttava vain normaaleihin riskitilanteisiin, jotka heikentävät heidän oikeutensa arvoa. Tällöin myös TakSL heijastaa ajatusta, jonka mukaan kokonaisjärjestelyssä mukana olevan intressitahon riskipositiot ei toisen tahon ole sallittua yksipuolisesti heikentää.

Velkojan mahdollisuutta peräyttää myöhempi panttioikeus suoraan TakSL:n säännösten (TakSL 14 ja 5 §) perusteella käsitellään jäljempänä.¹¹⁵ Suoran soveltamisensa lisäksi takaisinsaantilainsäädäntö suojaa velkojaa myös niiden yleisten periaatteiden kautta, joita se ilmentää. TakSL ilmentää myös keskenään yhdenvertaisten velkojien välillä vallitsevaa huolenpitovelvollisuutta. TakSL rajoittaa tosin huolenpitovelvollisuuden ajallista ulottuvuutta kriittiseen aikaan ennen konkurssia. Sen mukaan vain kriittisenä aikana ennen konkurssia (ja luonnollisesti konkurssin aikanakin) tehdyt oikeustoimet voidaan peräyttää.

Vaikka takaisinsaantilainsäädännön soveltaminen niin, että oikeustoimi voidaan peräyttää, ulottuu ainoastaan kriittiseen aikaan, on huomattava, että jos velkoja haluaa välttyä takaisinsaannilta, hänen on aina toimittava niin, että hänen toimintansa ei täytä TakSL:n tunnusmerkistöjä. Tämä johtuu siitä, että velkoja ei koskaan ennalta voi tietää, milloin kriittinen aika alkaa. Lisäksi kriittinen aika on etenkin TakSL 5 §:n osalta verraten pitkä (viisi vuotta, TakSL 3 §:n läheisten osalta lähtökohtaisesti rajoittamaton). Vaikka velkojien huolenpitovelvollisuuden laiminlyönnin seurauksena toisen velkojan intressejä vahingoittava oikeustoimi

¹¹³ Ks. jo *Serlachius* 1881 s. 146.

¹¹⁴ Ks. esim. *Tuomisto* 1995 s. 2 ja *Lennander* 1994 s. 19–20.

¹¹⁵ Ks. jakso III 5.

voidaankin peräyttää vain, kun se on sattunut kriittisenä aikana, takaisinsaantilainsäädännön voidaan silti nähdä edellyttävän velkojilta tosiasiallisesti aina tietynlaista huolenpitovelvollisuutta toisiaan kohtaan.

Pöyhönen on esittänyt varallisuus oikeuden yleisten oppien kehittämistä niin, että eri alojen ajattelutapoja laajennetaan ja sovelletaan myös tilanteissa, joissa niiden muodolliset soveltamisedellytykset eivät täyty. Eräänä esimerkkinä hän mainitsee takaisinsaantilainsäädännön periaatteet ja peruskäsitteistön. Pöyhösen mukaan takaisinsaantinormistoon sisältyvät periaatteet ilmentävät yhtä keskeistä uuden varallisuus oikeuden perusoikeusjärjestelmään pohjautuvaa sidosperiaatetta, varautumisperiaatetta.

Varautumisperiaate antaa Pöyhösen mukaan perusteen soveltaa takaisinsaantilainsäädännön periaatteita jo ennen kriittisen ajan alkua. Niiden soveltaminen voidaan hänen mukaansa nähdä toiminnan osapuolten positiivisena varautumisena siihen, että sommiteltuihin kokonaisjärjestelyihin ei sisältyisi juridisesti riskialttiita välipuheita ja -toimia. Pöyhösen mukaan kun koko ajan varmistetaan, että esimerkiksi yrityksen maksut eivät tapahdu epätavallisilla maksuvälineillä, kontrolloidaan yrityksen velkojien kannalta etukäteen riskiä, joka aiheutuu siitä, että maksun saaneelta taholta joudutaan myöhemmin yrityksen insolvenssitilanteissa vaatimaan sen saama suoritus takaisin. Lisäksi Pöyhösen mukaan kun varautumistoimiin ryhtyminen on jokaisen varallisuus oikeudellisen toimijan velvollisuus, voivat myös yrityksen velkojat jo etukäteen puuttua sellaisiin järjestelyihin tai puutteelliseen toimintaohjelmaan, jotka lisäävät heidän riskiään siitä, että tehdyt toimet joudutaan tai pystytään myöhemmin peräyttämään.¹¹⁶

Takaisinsaantilainsäädännön ilmentämät periaatteet rajoittaisivat siten velkojien välistä riskinjakoa muuttavien, velkojia vahingoittavien, epänormaalien oikeustointen tekemistä aina eikä vain konkurssia edeltävänä kriittisenä aikana. Pisimmälleen vietyä ajatus tarkoittaisi, että velkojien välisen huolenpitovelvollisuuden laiminlyömisien sanktiona olisi aina mahdollisuus julistaa määräämistoimi pätemättömäksi.

2.5. KIELTOJEN MERKITYKSESTÄ PANTTAUS-KOMPETENSSINRAJOITUKSEN SITOVUUDELLE

Edellä tässä jaksossa esiin tuoduilla oikeuden väärinkäytön kieltoon ja hyvän tavan vastaisen menettelyn kieltoon liittyvillä periaatteilla on erityistä merkitystä velallisen kompetenssinrajoitusehdon suojakseen vaatineen luotonantajan asemaan silloin, kun tämä ei saa normaalien kollisionsratkaisusääntöjen perusteella suojaa myöhempää panttivelkojaa (tai luovutuksensaajaa) kohtaan. Näiden periaatteiden avulla luotonantajan suojaa on mahdollista laajentaa. Seuraavassa tarkastellaan lähemmin, milloin edellä esiteltyt periaatteet ulottuvat kollisioon kompetenssinrajoitusehdolla suojatun luotonantajan ja myöhemmän panttinsaajan (tai luovutuksensaajan) välillä. Koska luotonantajan asema on suojattu jo sillä, että

¹¹⁶ *Pöyhönen* 2000 s. 109–115. Ks. myös *sama* LM 1997 erit. s. 533.

kompetenssinrajoitusehdon vastaisesti perustettu panttioikeus on tehoton häntä kohtaan eli relatiivisesti tehoton, tässä pidetään silmällä ainoastaan perusteita luotonantajan mahdollisuudelle vedota panttioikeuden tehottomuuteen itseään kohtaan. Kantaa ei oteta luotonantajan mahdollisuuteen vedota siihen, että panttioikeus olisi kokonaan pätemätön.

Luotonantajaa suojataan ensinnäkin silloin, kun hänen oikeuksiaan loukkaava panttioikeus on perustettu *kollusiivisella menettelyllä*. Tällöin luotonantajalla on mahdollisuus menestyksellisesti vedota panttioikeuden tehottomuuteen. Kollusiivisen menettelyn kriteerit toteutuvat ainakin silloin, kun myöhempi luotonantaja solmii luotonsaajan kanssa yhteisymmärryksessä aiempaa luottosopimukseen liittyvää kompetenssinrajoitusta rikkovan vakuudenantoa koskevan sopimuksen tarkoituksin aiheuttaa vahinkoa aiemmalle luotonantajalle. Tällöin kollusiivisen oikeustoimen osapuolet ovat käyttäneet väärin oikeuttaan perustaa panttioikeus, joka heikentää aiemman luotonantajan asemaa. Kielletystä oikeuden väärinkäytöstä ja hyvän tavan vastaisesta menettelystä on kyse myös silloin, kun luotonsaajalla on ollut tarkoitus vahingoittaa aiemman luotonantajan oikeuksia ja myöhempi panttioikeuden saanut luotonantaja on ollut tästä tarkoituksesta tietoinen ja silloin, kun myöhempi luotonantaja toimii panttioikeutta ottaessaan tahallisesti aiemman luotonantajan vahingoksi.

Luotonantajan mahdollisuus vedota myöhemmän panttioikeuden tehottomuuteen sillä perusteella, että se on perustettu tarkoituksessa vahingoittaa hänen oikeuksiaan, ei kuitenkaan liene hänen oikeuksiensa suojana kovin merkityksellinen. Ensinnäkin vakuusjärjestelyjä, joiden tarkoituksena olisi vain kolmannen vahingoittaminen, ei käytännössä juurikaan voi esiintyä ammattimaisen luotonannon piirissä siitä aiheutuvien tosiasiallisten sanktioiden vuoksi tai ne ovat ainakin sangen poikkeusluontoisia.¹¹⁷ Toiseksi vaikka vahingoittamistarkoitus yksittäistapauksissa olisikin olemassa, sen todistaminen saattaa olla erittäin vaikeaa eikä oikeusprosessiin välttämättä edes ryhdytä lopputuloksen epävarmuuden vuoksi.

Tärkeämpi luotonantajan suojan muoto onkin se, että vaikka myöhemmän pantinsaajan tietoisuus ei voisi vaikuttaa normaalien kollisionratkaisunormien mukaan luotonantajan oikeuden sitovuusperusteena, sillä voi kuitenkin olla vaikutusta *hyvän tavan vastaisen menettelyn kieltoa koskevien periaatteiden perusteella*. Primuksen oikeudesta tietoisuuden sekunduksen voidaan nimittäin katsoa toimivan hyvän tavan vastaisesti esimerkiksi silloin, kun hän on tiennyt primuksen tehneen suorituksen sopimuskumppanilleen. Kun tätä periaatetta sovelletaan luotonannon yhteydessä sovittaviin kompetenssinrajoituksiin, esimerkiksi panttauskompetenssinrajoituksen vastaisesti tehtyä panttausta voitaisiin pitää hyvän tavan vastaisena ja sen vuoksi tehottomana, jos panttivelkoja on tiennyt kompetenssinrajoituksen olemas-

¹¹⁷ Jatkuvien liikesuhteiden edellyttämästä luottamuksesta vastapuoleen ks. esim. *Atiyah* 1979 s. 713–715. Tosiasiallisista sanktioista liike-elämässä ja niiden vaikutuksesta haluan vedota oikeudellisiin suojakeinoihin ks. esim. *Macaulay* Am. Soc. R 1963 ja *Charny* Harvard LR 1990. Ks. myös *Hellner* 1993b s. 9–19.

saolosta. Mikäli hän tietää kompetenssinrajoituksesta, hänen täytyy yleensä myös olettaa tienneen primuksen myöntäneen ja maksaneen panttivelalliseksi luoton.

Edellä on todettu, että *common law* -oikeusjärjestyksissä myöhemmän sopimuksen pätemättömyys tai oikeus vahingonkorvaukseen sekundukselta voidaan perustaa siihen, että tämä on loukannut primuksen sopimuksen perustuvia oikeuksia häiritsemällä primuksen sopimussuhdetta. Kun näitä normeja on sovellettu luotonannon yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten loukkamistilanteisiin, kirjallisuudessa on esitetty, että vastuu syntyy jo silloin, jos sitoumuksesta tietoinen luotonantaja siitä huolimatta vaatii itselleen vakuutta. Vaikka luotonantaja tavoittelisi ainoastaan omaa etuaan, hänellä voidaan nähdä olevan tarkoitus joka tapauksessa – riippumatta muiden mahdollisista oikeuksista – saada vakuus velalleen. Tämän vuoksi hänen voidaan katsoa suhtautuvan sitoumuksella turvautuneen velkojan oikeuteen välinpitämättömästi.¹¹⁸

Luotonantajan suojaa voidaan vahvistaa lisäksi vaatimuksella myöhemmän panttivelkojan *huolenpitovelvollisuudesta*. Edellä on esitetty, että muidenkin kuin keskenään pitkäkestoisessa, yhteistoimintaa edellyttävässä sopimussuhteessa olevien välillä, esimerkiksi luotonantajien välillä, voi vallita shikaani- ja kollusiivisen menettelyn kieltoa pidemmälle ulottuva huolenpitovelvollisuus. Tukea sille, että myöhemmällä panttivelkojalla on huolenpitovelvollisuus aiemman kompetenssinrajoitusehtoon suojakseen turvautuneen luotonantajan intresseistä, voidaan pyrkiä hakemaan esimerkiksi edellä kuvatuista malleista, joilla asunnonostajaa on suojattu perustajarakentajan luotonantajaa kohtaan. Tällöin luotonsaajan kompetenssia rajoittavien ehtojen käyttäminen luotonantajan suojana rahoitusjärjestelyissä on arvioinnin osalta merkityksellinen käytäntö. Verrattuna normaaliin vakuusluotonantoon tähän käytäntöön kuuluu erityisenä riskinä kompetenssinrajoitusehdon rikkominen ja sillä suojautuneen luotonantajan aseman heikkeneminen.¹¹⁹ Ammattimaista luotonantoa harjoittavalla voidaan presumoida olevan tietoisuus kyseisestä käytännöstä ja siihen liittyvistä riskeistä. Tietoisuus tästä käytännöstä luo erityisen velvollisuuden ottaa huomioon riskin toteutumismahdollisuus eli velvollisuuden ottaa selvää, onko luotonsaaja sitoutunut olemaan panttaamatta omaisuuttaan.

Luotonantoa harjoittavan panttivelkojan velvollisuuden perustamista hänen tietoisuuteensa käytännöstä voidaan perustella ainakin vakuudettomassa luotonannossa, jossa kompetenssinrajoituksia sisältäviä ehtoja käytetään. Tällöin luottosopimukset tehdään pitkien neuvottelujen jälkeen rahoituksessa ammattimaisesti toimivien osapuolten välillä. Luottosopimuksiin liittyvät tietyt vakiolausekkeet,

¹¹⁸ Ks. *Stone JIBL* 1991 s. 310–319, erit. s. 314–316. Ks. myös *Wo JIBL* 1999 s. 360–363, jonka mukaan vastuu syntyy suoraan tietoisuuden perusteella. Stonen kannanotto koskee myöhemmän pantinsaaajan vahingonkorvausvelvollisuutta kompetenssinrajoituksella suojatulle velkojalle. Won kannanotto koskee puolestaan panttausta koskevan sopimuksen pätemättömyyttä.

¹¹⁹ Sitoumuksen rikkomisella on siitä johtuvan luoton irtisanomismahdollisuuden ja ristiineräännytämisehtojen täyttymisen vuoksi merkitystä myös laajemmalti velallisen eri sidosryhmille.

joiden olemassaolosta luotonantajien on oletettava tietävän ja joista sitoumus olla perustamatta panttioikeutta muille velkojille on yleisin. Alan käytännön mukaan luottosopimuksen ehdot sovitaan sellaisiksi, että ne eivät ole ristiriidassa luotonsaajan muiden nimenomaisten velvoitteiden kanssa. Vastuullinen luotonanto edellyttääkin tarkkaa analyysia luotonsaajan tilanteesta sekä tämän aiemmista sitoumuksista.

Jos vakuudettoman luotonannon järjestelyjen käyttöä halutaan edistää, voidaan esittää tulkinta, jonka mukaan luotonantaja ei voi normaalin luottoanalyysin jälkeen olla havaitsematta aikaisempaa luottosopimusta, joka mahdollisesti sisältää sitoumuksen olla panttaamatta omaisuutta. Tällöin hänen olisi ainakin pitänyt tietää sitoumuksesta, joka on tämäntyyppisen luotonannon vakiolauseke.¹²⁰

Oikeusvarmuusnäkökohdat asettavat kuitenkin vaatimuksia merkityksellisen käytännön ja huomioon otettavien etutahojen määrittelylle. Esimerkiksi perustajarakentamiseen liittyvissä tapauksissa merkitystä on ollut sillä, että perustajarakentaja on nähty ikään kuin osakeyhtiön ja osakkeenostajatahon intressien valvojana. Lisäksi osakkeenomistajien edut on edellytetty otettavan huomioon kollektiivisena intressitahona. Asunnonostajien intressit on määritelty ennakoitavissa oleviksi ja vastaavasti osakkeeseen kohdistuva panttirasitus ennakoimattomaksi rasisutukseksi.¹²¹ Lisäksi osakkeenostajatahot ovat kuluttajan asemassa ja suhde luotonantajiin nähden on epätasapainoinen.¹²² Jos tarkasteltavana olevaa tilannetta arvioidaan osapuolten keskinäisen taloudellisen ja tiedollisen tasavertaisuuden näkökulmasta, tilanne on erilainen kuin yllä mainitussa esimerkikollisioissa.

Myöhemmän panttivelkojan huolenpitovelvollisuuden puuttumista voitaisiinkin perustella sillä, että aikaisempi velkoja ei kaikesta huolimatta ole sellaisessa taloudellisista ja tosiasiallisista tekijöistä johtuvassa riippuvuussuhteessa kuin asunnonostaja on perustajarakentajan luotonantajaan nähden. Luotonantaja ei ole myöhempään velkojaan nähden myöskään samalla tavalla kuin jälkipanttivelkoja on ensipanttivelkojaan nähden sellaisessa oikeudellisista tekijöistä johtuvassa riippuvuussuhteessa, johon ensipanttivelkojan huolenpitovelvollisuus jälkipantti-

¹²⁰ Tällaista liike-elämän tarpeiden mukaista tulkintaa ("business interpretation") perustelee Luxemburgin oikeuden osalta Dupont IFLR 1986 s. 18. Säädöspohja Luxemburgissa on riittävän samankaltainen Suomen oikeutta koskevan tulkintasuosituksen tekemiseen, mutta on huomattava, että vakuudeton luotonanto on siellä huomattavasti yleisempää kuin meillä. Tällä on luonnollisesti merkitystä sen arvioimiselle, onko luotonantajien perusteltua olettaa ja edellyttää tietävän sitoumuksen käytöstä.

Ks. myös Wo JIBL 1999 s. 361, jossa hän ensinnäkin toteaa, että rahoittajan tiedonsaanti panttauskompetenssia rajoittavasta lausekkeesta aiemmassa luottosopimuksessa, ei ole epätavallista. Tieto voi tulla esimerkiksi asiakkaalta luottoneuvotteluissa. Rahoittaja voi myös olla sen rahoitusyhtiön jäsen, jonka hyväksi rajoitus on sovittu. Wo jättää avoimeksi kysymyksen siitä, edellyttääsiinkö rahoittajalta tarkempaa selvitystä tehottomuusseurauksen välttämiseksi jo silloin, kun rahoittajalle on selvää, että luotonsaaja on aiemmin saanut vakuudetonta luottoa. Velvollisuus perustuisi siihen, että tällaisissa olosuhteissa olisi todennäköistä, että luotonsaajan vakuudenantokompetenssia olisi rajoitettu.

¹²¹ Ks. kuitenkin tässä yhteydessä Olssonin kritiikkiä JFT 1969 erit. s. 273.

¹²² Ks. myös Pöyhönen 1988 s. 229.

velkojan intresseistä perustuu. Kun kollisio sattuu keskenään yhtä vahvojen luotonantajien välillä eikä erityistä suojapainetta tältä osin ole kumpaankaan suuntaan, voitaisiin perustellusti edellyttää, että aikaisemman velkojan olisi tullut ottaa järjestelystään johtuva riski huomioon ja kantaa myös seuraukset sen aktualisoitua.

Luotonantajien välisen keskinäisen tasavertaisuuden ei kuitenkaan tarvitse poistaa huolenpitovelvollisuutta.¹²³ Esimerkkinä siitä, että velkojilla on toisiaan kohtaan ainakin jossain määrin huolenpitovelvollisuus, on edellä mainittu myös takaisinsaantilainsäädäntö ja sen periaatteet, jotka ilmentävät keskenään yhdenvertaistenkin velkojien välillä vallitsevaa huolenpitovelvollisuutta. Tämä erityinen huolenpitovelvollisuus on tosin ulottunut vain taloudellisiin kriisitilanteisiin.

Kollisiot yhtäältä kompetenssinrajoitusehdolla suojatun velkojan ja myöhemmän panttivelkojan välillä ja toisaalta osakkeenostajan ja perustajarakentajan luotonantajan välillä ovat keskenään erilaisia, kun tarkasteltavana olevaa tilannetta arvioidaan osapuolten keskinäisen taloudellisen ja tiedollisen tasavertaisuuden näkökulmasta. Ne ovat kuitenkin verraten samanlaisia, kun niitä tarkastellaan riskipositionäkökulmasta. Molemmissa on kysymys tilanteesta, jossa varallisuus-oikeudellisen kokonaisjärjestelyn yksi intressitaho on toiminnallaan yksipuolisesti lisännyt toisen intressitahon riskiä.¹²⁴ Mikäli molemmat velkojатаhot ovat osallisina samassa rahoitus- ja vakuusjärjestelyssä, johon aiempi velkoja on osallistunut edellytyksin, että myös muut myöhemmät velkojat noudattavat sovittuja pelisääntöjä, niiden välillä voitaisiin nähdä olevan sellainen erityinen oikeudellinen yhteys, johon myöhemmän velkojan huolenpitovelvollisuus voitaisiin perustaa. Myöhempi panttioikeuden perustaminen tällaisessa tilanteessa merkitsisi, että pantti-velkoja olisi yksipuolisesti heikentänyt vakuudettoman velkojan riskipositiota, minkä vuoksi panttioikeutta ei pidetä tehokkaana vakuudetonta velkojaa kohtaan.

Edelleen *Pöyhösen* käsitteistöä käyttäen voidaan sanoa, että tällöin luottamuskensuojaperiaatteen sisällään pitäjä ja edellyttämä vastavuoroisuus puuttuu.¹²⁵ Ainakin vakuudettoman kansainvälisen yritysluotonannon piirissä toimiville luotonantajille on syntynyt toisiin rahoittajiin nähden perusteltuja odotuksia siitä, että periaatetta velkojien välisestä tasa-arvosta noudatetaan. Näihin odotuksiin rahoittajien on myös vastattava. Tämä edellyttää, että he ottavat mahdollisuuksien mukaan selvää aiemmista luotonsaajan sitoumuksista. Jos he eivät sitä tee, he ovat

¹²³ Ks. myös *H.Tolonen* 2000 s. 177, jonka mukaan valinnan vapauden, riskinoton ja (sopimus)vastuun merkitys varallisuus-oikeudellisten periaatteiden tausta-arvoina on erityisen painava ammattimaaisessa liiketoiminnassa. Hänen mukaansa kuitenkin myös yhdenvertaisten sopijapuolten, jopa ammattimaisten elinkeinonharjoittajien, sopimussuhteisiin voidaan liittää yhteistoimintavelvoitteita.

¹²⁴ Varhaisemmassa oikeuskäytännössä aktualisoitui erityisesti tarve suojata osakkeenostajia, jotka olivat grynder-yhtiöön ja tämän rahoittajaan nähden heikommassa asemassa. Nytemmin kun osakkeenostajien lainsäädännöllinen suoja on kehittynyt, suojan tarpeen painopiste vaikuttaa siirtyneen yhtiön ja osakkaan velkojien suojaamiseen samojen taustalla vaikuttavien periaatteiden perusteella.

¹²⁵ Ks. *Pöyhönen* 2000 s. 118.

laiminlyöneet velvollisuutensa, ja tästä laiminlyönnistä voi seurata heidän sopimukseen perustuvan oikeutensa tehottomuus aiempiin luotonantajiin nähden.

Jos käytännön tuntemiseen perustuvan selonottovelvollisuuden nähdään esimerkiksi sitoumuksen käytön vähäisyyden vuoksi aiheuttavan enemmän haittaa kuin hyötyä, lievempänä ja täten vähemmän vaihdantaa haittaavana voitaisiin pitää lähemmän sitoumuksen sisältöä koskevan selonottovelvollisuuden perustamista (vasta) silloin, kun myöhempi luotonantaja on tosiasiallisesti tietoinen sitoumuksen olemassaolosta, mutta ei sitoumuksen tarkemmasta sisällöstä.

Huolenpitovelvollisuus voidaan joissakin tilanteissa perustaa myös suoraan velkojen väliseen sopimussuhteeseen. Velkojen välillä voi olla sopimussuhde esimerkiksi silloin, kun velallisen luottojärjestely on hoidettu syndikoidulla luotonannolla. Lisäksi velkojen välisen sopimussuhteen voidaan nähdä syntyneen myös konkludenttisesti velkojen välisen yhteistoiminnan kautta. Näiden tilanteiden lähempi tarkastelu jätetään kuitenkin tämän tutkimuksen ulkopuolelle.

3. Muodollisesti erillisen oikeussubjektiuden väärinkäytön kieltö

3.1. YHTEYDESTÄ EDELLÄ ESITETTYYN

Edellä tarkasteltiin suuntaviivoja niille edellytyksille, joiden vallitessa *sopimuksen ulkopuolisella kolmannella on oikeus suojautua sopimuksen hänelle aiheuttamilta haitallisilta vaikutuksilta*. Tällöin todettiin, että kolmannella on joissain tilanteissa mahdollisuus saattaa sopimus joko pätemättömäksi tai ainakin itseään kohtaan tehottomaksi. Viime kädessä se on mahdollista vetoamalla sopimuksen hyvän tavan vastaisuuteen. Seuraavassa tarkastellaan tutkimustehtävän vaatimin osin tilanteita, joissa loukattua tahoa voidaan suojata sillä, että *sopimus ulottaa vaikutuksensa kolmanteen niin, että se pääsäännöstä poiketen voi velvoittaa häntä*.¹

Kolmannella on oikeus suojautua sopimuksen aiheuttamilta haitallisilta vaikutuksilta, vaikka hän on sopimuksen osapuoleen nähden paitsi muodollisesti myös tosiasiallisesti erillinen oikeussubjekti. Sopimusvelvoitteet voivat sen sijaan ulottua kolmanteen vasta, kun kolmas on *sopimuksen tosiasiallinen* vaikkakaan ei muodollinen *osapuoli*. Tällöin kolmas kuuluu sopimusosapuolen kanssa samaan intressitahoon. Kysymys sopimusvelvoitteiden ulottuvuudesta kolmanteen ajankohtaistuu, kun tämän ja sopimusosapuolen muodollinen erillisyys vahingoittaa jonkun tahon intressejä.

On huomattava, että kolmas on erilaisessa roolissa näissä kahdessa suojamallissa. Mallissa, jossa sopimuksen ulkopuolisella kolmannella on oikeus suojautua sopimuksen hänelle aiheuttamilta haitallisilta vaikutuksilta, kolmas on *hyvän tavan vastaisella menettelyllä loukattu taho*. Sen sijaan mallissa, jossa sopimus ulottaa vaikutuksensa kolmanteen niin, että se voi velvoittaa häntä, kolmas on *subjekti, joka on osallinen hyvän tavan vastaiseen menettelyyn*. Menettelyllä loukattu taho on puolestaan sopimuksen osapuoli.

Joissain yhteyksissä samaa tilannetta voidaan arvioida molempien mallien kautta. Kuten jäljempänä lähemmin esitetään, esimerkiksi arvon kaksoispanttaus-tilanteessa osakepanttiavelkojan suojaa voidaan arvioida sekä lähtien siitä, että (1) hänellä on oikeus suojautua intressejään vahingoittavan myöhemmän kiinteistö-panttioikeutta koskevan sopimuksen oikeusvaikutuksilta, että siitä, että (2) osakekannan panttausta koskevaan sopimukseen perustuva huolenpitovelvollisuus kos-

¹ Tutkimustehtävän rajauksen johdosta tässä ei käsitellä yleisesti kysymystä esimerkiksi siitä, milloin emoyhtiön sopimat ehdot velvoittavat tytäryhtiötä tai päinvastoin. Kysymystä tarkastellaan kuitenkin siltä osin kuin sillä on merkitystä tutkimuksessa tarkasteltavan erityiskysymyksen osalta, joka koskee yhdenyhtiössä määräysvaltaa käyttävän osakkaan (tai emoyhtiön) panttiavelkojansa intressien huolenpitovelvollisuuden ulottamista myös (tytär)yritykseen arvon kaksoispanttauksen estämiseksi.

kee myös kiinteistöpanntioikeuden perustanutta yhtiötä.

Kolmannen oikeus suojautua sopimuksen aiheuttavilta haitallisilta vaikutuksilta ja sopimuksen oikeusvaikutusten ulottaminen kolmanteen ovat saman asian eri puolia myös niin, että primuksen oikeus torjua asemaansa haittaavan sopimuksen vaikutuksia samalla tarkoittaa, että hänen tekemänsä sopimuksen vaikutukset ulottuvat sekundukseen. Sopimuksen vaikutusten ulottuminen sekundukseen ei kuitenkaan tässä yhteydessä tarkoita, että primuksen tekemä sopimus velvoittaisi sekundusta suorituksen tekemiseen vaan ainoastaan tämän sopimuksen kunnioittamiseen niin, että hän ei voi tehdä sen merkitystä tyhjäksi muilla määräämistoimilla.

Sopimuksen velvoittavuus kolmanteen nähden voi tulla kyseeseen ennen kaikkea silloin, kun *kolmannen muodollisesti erillinen oikeussubjektius on ollut keino välttää sopimuksen oikeusvaikutusten ulottumista häneen*. Tällöin sopimusosapuoli ja kolmas muodostavat itse asiassa yhden ja saman intressitahon, ja erillinen oikeussubjektius on sisällöllisesti epäaitoa. Tässä tilanteessa voidaan puhua *muodollisesti erillisen oikeussubjektisuuden väärinkäytöstä*. Kuten jäljempänä lähemmin esitetään, muodollisesti erillisen oikeussubjektisuuden väärinkäyttö voi olla peruste paitsi sopimukseen perustuvan vastuun ulottamiseen kolmanteen myös peruste antaa oikeudellisessa arvioinnissa merkitystä taloudelliselle omistukselle oikeudellisen omistuksen sijaan.

3.2. SAMASTUKSESTA ESIMERKKINÄ

Kysymys sopimuksen velvoittavuudesta ja muun muassa siihen perustuvan vastuun ulottamisesta kolmanteen on tullut esiin esimerkiksi pohdittaessa yhtiöoikeudellisen samastuksen mahdollisuutta. Tarkasteltaessa kysymystä muodollisen oikeussubjektisuuden väärinkäytön merkityksestä sopimuksen oikeusvaikutusten ulottuvuudelle onkin syytä sivuta myös samastusproblematiikkaa.² Sopimuksen velvoittavuus kolmanteen nähden voi nousta esiin myös esimerkiksi yhteisomistussuhteissa harkittaessa yhden yhteisomistajan tekemän sopimuksen velvoittavuutta muita yhteisomistajia kohtaan tai valtuutussäännösten reuna-alueilla.³ Näitä kysymyksiä ei kuitenkaan tässä käsitellä lähemmin.

² Problematiikkaa meillä ensimmäisenä ja laajimmin tarkastellut Huttunen (1963 esim. s. 152) on käyttänyt termiä samaistus. Huttusen terminologiaa ovat myöhemmin käyttäneet myös esim. Havansi 1979a s. 40–41, Kartio JJ 1990 s. 60 ja Tuomisto 1995 s. 209. Uudemmassa kirjallisuudessa on kuitenkin yleisesti puollettu termin samastus käyttöä, ks. esim. Leppänen OTJP 1991, Immonen 1994 s. 43 ja Kaisanlahi 1996 s. 233. Ks. myös Huhtamäki DL 1999 ja Savela 1999 s. 224 sekä Toiviainen LM 1995 s. 278–279, joka on käyttänyt myös lähinnä pohjoismaisesta ja saksalaisesta kirjallisuudesta käännettyä termiä vastuun läpimurto. (Ruotsalaisessa kirjallisuudessa käytetään termiä *ansvarsgenombrott* ja saksalaisessa *Haftungsdurchgriff*. Sen sijaan englantilaisessa kirjallisuudessa käytetään termiä *lifting the veil* ja amerikkalaisessa *piercing the corporate veil*, Kaisanlahi 1996 s. 233.) Termiä vastuun samastus on käytetty myös OYL:n esitöissä (KM 1992:32 s. 355). Myös VakSopL 33 §:n otsikossa on käytetty termiä samastaminen.

³ Ks. Kartio JJ 1997 s. 154.

Samastuksessa yhtiön erillinen oikeussubjektius sivuutetaan ja yhtiötä ja sen määräysvallan käyttäjää, yleensä osakasta, pidetään samana oikeussubjektina tietyn normiston kannalta. Samastuksessa yhtiön juridis-muodollinen ulkokuori murretaan ja tilanne saatetaan vastaamaan tosiasiallista sisältöä. Vallitsevan käsityksen mukaan samastuksesta on kyse vain silloin, kun esimerkiksi osakkaan vastuu yhtiön tekemistä oikeustoimista ei perustu mihinkään lainkohtaan tai yleisiin siviilioikeudellisiin periaatteisiin.⁴

Samastus merkitsee poikkeusta yhtiöoikeuden perustavasta periaatteesta, jonka mukaan osakeyhtiö ja sen osakkeenomistajat ovat erillisiä oikeussubjekteja. Koko osakeyhtiöoikeuden perustana on OYL 1:1:n säännös, jonka mukaan osakeyhtiön osakkaat eivät ole henkilökohtaisesti vastuussa yhtiön velvoitteista. Tämä merkitsee, että osakkaan vastuu rajoittuu pääomapanokseen, jonka hän on sijoittanut yhtiöön. Osakkaan vastuun rajoitusta on pidetty tärkeänä, jotta henkilöt olisivat valmiita sijoittamaan varojaan riskialttiisiin, mutta yhteiskunnallisesti tärkeisiin hankkeisiin.⁵ *Osakeyhtiön ja osakkaan erillisellä oikeussubjektuudella pyritään toisin sanoen tuotannon ja vaihdannan edistämiseen.*⁶

Erillisen oikeussubjektuuden murtaminen eli samastuskysymykset nousevat esiin tilanteissa, joissa *erillistä oikeussubjektuutta on käytetty tarkoituksensa vastaisella tavalla niin, että osakeyhtiömuoto on ollut keino kiertää osakkaan tai emoyhtiön vastuuta*. Vaikka tällöinkin olisi pyritty tuotannon ja vaihdannan edistämiseen, se on tapahtunut tavalla, joka ei toteuta enää ainakaan rehellisen vaihdannan kriteerejä. Tällöin menettelyn päämääränä on ollut vain oman edun tavoittelu toisten intressien loukkaamisen kustannuksella. Samastaminen liittyykin keskeisesti kysymykseen yhtiön erillisen oikeussubjektuuden väärinkäytöstä ja keinoista sen estämiseksi.⁷

Samastamista voidaan oikeuspoliittisesti perustella sekä moraalisilla että taloudellisilla näkökohdilla. Samastuksen moraalisenä perusteena voidaan pitää yhtiö-

⁴ Ks. jo Huttunen 1963 s. 158, joka kuitenkin oikein on tarkentanut, että samastus tulee kysymykseen silloin, kun yleiset siviilioikeudelliset periaatteet eivät näytä tilanteeseen soveltuvan. Loppujen lopuksi tilanne perustuu yleisiin periaatteisiin, jotka ovat samastuksen perusteena.

⁵ Kuten jo edellä on käynyt ilmi (ks. erit. jakso II 5.4.4.2.), tästä osakkaiden rajoitetusta vastuusta ja sen mukanaan tuomasta sinänsä tärkeästä mahdollisuudesta harjoittaa riskialtistakin liiketoimintaa seuraa toisaalta myös ristiriitoja yhtiön toisen intressitahon, sen vieraan pääoman ehtoisten rahoittajien eli luotonantajien ja osakkaiden välillä. Koska riskin aktualisoituessa luotonantajat kärsivät yleensä osakkaita suurempia menetyksiä, heillä on yhtiön kehittämisen osalta usein erilaisia näkemyksiä kuin osakkailla. Koska luotonantajilla ei normaalisti ole keinoja vaikuttaa osakkaiden tekemiin päätöksiin, heillä on aina riski siitä, että yhtiön toimintaa harjoitetaan tavalla, joka on heidän intressiensä vastaista. Rationaalisesti toimiva luotonantaja ottaakin tämän huomioon luottoehdoissa eli korossa ja takaisinmaksuajassa. Toisena vaihtoehtona luotonantajalla on sopia yhtiön toimintaa rajoittavista erityisehdoista.

⁶ Osakkaat voivat kuitenkin joutua henkilökohtaiseen vastuuseen yhtiön velvoitteista muun lain nojalla, ks. L ympäristövahinkojen korvaamisesta (19.8.1994/737) 7.1 §:n 2 kohta ja 7.2 §. Osakas voi myös itse sitoutua henkilökohtaiseen vastuuseen. Ks. myös KKO 1958 II 43, jossa osakkaan vastuu yhtiön velvoitteista syntyi, kun osakas oli julkisuudessa antanut käyttäytymisellään ymmärtää vastaavansa yhtiön velvoitteista.

⁷ Ks. myös Grönfors 1961 s. 311 ja sama JT 1993–94 s. 170–172.

muodon käyttöä vain omien intressien edistämiseen toisten intressien kustannuksella. Sen taloudellisena perusteena voidaan pitää sitä, että yhtiömuotoa ei tällöin käytetä vaihdannan edistämiseen.⁸

Kysymys samastuksen edellytyksistä ja ylipäänsä samastusmahdollisuuden olemassaolosta on oikeudessamme epäselvä.⁹ Yhtiöoikeudellista samastusta on oikeuskirjallisuudessa käsitelty etenkin *yhtiön velkojien eduksi tapahtuvaa yhtiön ja yhtiön osakkaan samastamista* yhtiön velvoitteista aiheutuvan vastuun osalta.¹⁰ Tällöin erityisesti konkurssitilanteiden osalta erotetaan toisistaan suora ja epäsuora vastuun samastus. Suoralla vastuun samastuksella tarkoitetaan, että yhtiön velkoja voi vaatia suoritusta yhtiön velvoitteista suoraan osakkaalta. Kysymys on tällöin suhteesta osakkeenomistajan ja velkojan välillä. Epäsuoralla vastuun samastuksella tarkoitetaan puolestaan, että osakas ei voi esiintyä yhtiön velkojana. Tällöin kysymys on suhteesta osakkeenomistajan ja osakeyhtiön välillä.¹¹ Korkeimman oikeuden käytännössä epäsuora vastuun samastus on hyväksytty jo ratkaisuisissa KKO 1929 II 638, 639 ja 640.¹² Siitä, onko KKO hyväksynyt suoran vastuun samastuksen, on olemassa eri mielipiteitä. Tämä johtuu siitä, että KKO:n ratkaisuja on oikeuskirjallisuudessa tulkittu eri tavoin.¹³

⁸ Oikeustaloustieteellisen tutkimussuuntauksen piirissä on esitetty useita erilaisia teorioita, joiden perusteella vastuun samastus on tietyin edellytyksin taloudellisesti perusteltua. Ks. niistä esim. *Kaisanlahti* 1996 ja *Bergström – Samuelsson* 1997 s. 181–183 viitteineen.

⁹ Vastuun samastusta koskevasta uudemmassa keskustelusta ks. lähemmin esim. *Leppänen* OTJP 1991 s. 275–323, *Toiviainen* LM 1995 s. 278–285, *Kaisanlahti* 1996 s. 233–249, *Sainio* JFT 1996 s. 323–331, *Huhtamäki* DL 1999 s. 142–152 ja *Savela* 1999 s. 224–230. Ks. myös *Huttunen* 1996 s. 5–76.

¹⁰ Ks. esim. *KM* 1992:32 s. 355, jossa vastuun samastus on määritelty (yksinomaan) niin, että *osakkeenomistaja voi tietyissä tilanteissa joutua vastuuseen suoraan yhtiön velkojille tai muille yhtiön ulkopuolisille yhtiön velvoitteesta*.

¹¹ Ks. *Leppänen* OTJP 1991 s. 285–286 ja *Huhtamäki* DL 1999 s. 143–144.

¹² Ks. myös KKO 1997:17. Siinä oli kyse tilanteesta, jossa emoyhtiö oli valvonut tytäryhtiönsä konkurssissa tältä olevan saatavansa tytäryhtiön omaisuuteen vahvistetun yritysikiinnityksen tuottamin etuoikeuksin. Etuoikeus oli riitautettu sillä perusteella, että emoyhtiöllä oli osakeomistuksensa vuoksi 63,4 prosentin äänivalta tytäryhtiössä ja että velkakirjat, joiden maksamisen vakuudeksi yritysikiinnitys oli vahvistettu, olivat siten yrityksen omistajan hallussa. KKO ei katsonut emoyhtiön pelkästään sanotun määräysvallansa nojalla omistavan tytäryhtiön kiinnitettyä omaisuutta. Tämän vuoksi panttivelkakirjojen osoittamat saatavat vahvistettiin maksettavaksi yritysikiinnityksen kohteena olleesta omaisuudesta.

Ratkaisun perustelut oikeuttavat tulkintaan, jonka mukaan samastus olisi KKO:n mukaan tietyissä tilanteissa mahdollista, mutta käsillä olleessa tapauksessa nämä kriteerit eivät täyttyneet. Samastus olisi perustelujen mukaan ilmeisesti edellyttänyt emoyhtiön määräysvallan lisäksi sitä, että emoyhtiö olisi harjoittanut liiketoimintaansa tytäryhtiön muodossa tai että yritysikiinnitystä haettaessa olisi tarkoitettu loukata emoyhtiön hyväksi muiden tytäryhtiön velkojien oikeuksia. Ks. myös *Huhtamäki* DL 1999 s. 144 alav. 12.

¹³ Ks. esim. *Huhtamäki* DL 1999 s. 143–144, jonka mukaan suora vastuun samastus on tapahtunut ratkaisuisissa KKO 1963 II 27, KKO 1966 II 95, KKO 1991:186 ja KKO 1996:2. Lisäksi sekä *Huhtamäki* että *Leppänen* (OTJP 1991 s. 295–299) ja *Kaisanlahti* (1996 s. 246–247) ovat pitäneet eräitä palkkaturvaa koskevia hovioikeusratkaisuja (THO 28.11.1986 S 86/7, THO 21.4.1989 S 88/18 ja THO 8.12.1989 S 89/13) osoituksena siitä, että vastuun samastus on oikeuskäytännössä hyväksytty. Vrt. *Huttunen* 1996 s. 22–39, jonka mukaan kyseisissä tapauksissa ei ole ollut kysymys vastuun samas-

Samastamisen perusteeksi on esitetty yhtäältä objektiivisia seikkoja, kuten yhtiön *oman pääoman riittämättömyys* tai *epäitsenäinen hallinto*, toisaalta perusteena on pidetty subjektiivisia seikkoja, kuten *yhtiömuodon väärinkäyttö* tai *sopimaton menettely velkoja kohtaan*.¹⁴ Keskeisinä samastamisen edellytyksinä voidaan pitää ensinnäkin objektiivista edellytystä samastettavan subjektin *määräysvallasta* yhtiössä ja toiseksi subjektiivista edellytystä tämän *määräysvallan moitittavasta, epälojaalista käytöstä yhtiön ulkopuolisiin nähden*.¹⁵ Pelkkä määräysvalta ei sinänsä välttämättä oikeuta samastukseen, vaan voidaan edellyttää, että tätä määräysvaltaa on käytetty ulkopuolisiin nähden epälojaalilla tavalla.¹⁶ Lopullisen samastuksen oikeutuksen voidaankin nähdä perustuvan yhtiömuodon väärinkäytön kieltoon.¹⁷

Esimerkiksi *Leppänen* on pitänyt oikeusvarmuuden ja näyttömahdollisuuksien kannalta objektiivisia kriteerejä parempina samastuksen edellytyksinä kuin subjektiivisia.¹⁸ Samoin esimerkiksi samastusproblematiikkaa meillä ensimmäisenä laajasti tutkinut *Huttunen* on todennut, että vaikka yhtiömuodon väärinkäyttämislle on annettava kokonaisharkinnassa merkitystä, niin pelkästään yhtiömuodon väärinkäyttöön vetoamisen sijasta samastusperuste on haettava tapauskohtaisesta normipunninnasta, jossa vastakkain ovat yhtiön erillistä oikeuskelpoisuutta koskeva normi ja jokin muu oikeusjärjestykseen kuuluva normi, joka vaatii edellisen syrjäyttämistä.¹⁹

Kannat, joiden mukaan samastusperustetta on haettava muualta kuin suoraan yhtiömuodon väärinkäytöstä, eivät nähdäkseni ole ristiriidassa sen kanssa, että vastuun samastuksessa on viime kädessä kysymys yhtiömuodon väärinkäytön haitallisten vaikutusten torjumisesta. Voidaan nimittäin ajatella, että objektiiv-

tuksesta. Sen sijaan Huttusen mukaan KKO:n kielteistä linjaa vastuun samastukseen osoittaa julkaisematon ratkaisu KKO 24.8.1989 n:o 2240 S 86/993. Huttusen mukaan Suomen oikeuskäytännössä osakkeenomistajaa ja osakeyhtiötä ei ole kertaakaan samastettu vastuun osalta. Ks. myös *Savela* 1999 s. 227–228, jonka mukaan on mahdollista väittää, että Suomen oikeus ei tunne suoraa vastuun samastusta. Ratkaisua KKO 1996:2 *Savela* käsittelee epäsuoran vastuun samastuksen yhteydessä.

¹⁴ Ks. esim. *Leppänen* OTJP 1991 s. 302 ja *Huhtamäki* DL 1999 s. 146–148 sekä pohjoismaisesta kirjallisuudesta esim. *Grönfors* 1961 s. 307–314, *Rodhe* JJ 1984 s. 487, *Hörlyck* SSL 1980 s. 213–216, *Hagström* TfR 1993 s. 257–282 ja *Werlauff* 1991 s. 31–39.

¹⁵ Ks. myös *Toiviainen* LM 1995 s. 279–280, jonka mukaan vastuun samastuksen perusedellytykset ovat henkilöyhteysedellytys ja toiminnanyhteysedellytys. Edellisellä *Toiviainen* tarkoittaa ”sitä, että yhtiöön samastuvalla subjektilla tulee yksin tai yhdessä toisten henkilöiden kanssa olla yhtiössä juridisesti tai tosiasiallisesti määräysvalta.” Jälkimmäisellä hän tarkoittaa sitä, että vastuun samastaminen on mahdollista vain siinä tapauksessa, että henkilöt, jotka ovat yhtiössä juridisesti tai taloudellisesti määräävässä asemassa, käyttävät yhtiötä oman toimintansa välikappaleena.

¹⁶ Myös esim. UL 4:9.4:ssa, josta vielä lähemmin jäljempänä, muodollisesti erillisen sivullisen omaisuuteen kohdistuvan ulosmittauksen edellytykseksi on asetettu ensinnäkin velallisen omaisuuden sivullisomistuksesta huolimatta kohdistuva määräysvalta ja toiseksi tämän sivullisomistuksen käyttäminen tarkoituksessa saada omaisuutta velkojen ulottumattomiin.

¹⁷ Ks. lisäksi *Huhtamäki* DL 1999 s. 147, jonka mukaan juuri jälkimmäistä kriteeriä on pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa pidetty keskeisenä samastamisen elementtinä. Vrt. kuitenkin *Toiviainen* LM 1995 s. 280 alav. 73, jonka mukaan vastuun samastamisen yleistymisen johtaa siihen, että se ei enää ole sidottu yhtiön erillisyyden väärin käyttämiseen.

¹⁸ *Leppänen* OTJP 1991 s. 302.

¹⁹ Ks. *Huttunen* 1963 s. 195–200. Huttusen ajatuksen samastuksen harkinnasta normien punnintana ovat myöhemmin hyväksyneet esim. *af Schultén* 1984 ja *Leppänen* OTJP 1991.

set kriteerit ja oikeusjärjestykseen kuuluvan oikeussubjektin erillisyyden kumoamista vaativan normin soveltuminen tilanteeseen nimenomaisesti ilmentävät tällaista väärinkäyttöä.²⁰ Samastusta harkittaessa huomioon otettavien seikkojen kartoittaminen on pyrkimystä selvittää ja tarkentaa samastuksen rajoja, mikä on tärkeää etenkin, jos samastusmahdollisuuden riskin olemassaololla oletetaan olevan ennalta estävää vaikutusta.²¹

Kuten jo aiemmin hyvän tavan vastaisen menettelyn kieltoa koskevan periaatteen osalta todettiin, menettelyn hyvän tavan vastaisuutta ja siihen osallistuneen oikeussubjektin syyllistymistä oikeutensa väärinkäyttöön ei estä se, ettei subjekti itse ollut mieltänyt tai tarkoittanut menettelyään sellaiset kriteerit täyttäväksi. Samalla tavalla myös yhtiömuodon väärinkäyttö saattaa olla mahdollista perustaa paitsi siihen, että samastettava subjekti on tarkoittanut välttää vastuuta velvoitteista ja loukata velkojien intressejä, myös siihen, että yhtiömuodon käyttö tosiasiallisesti aiheuttaa vastuun välttämisen ja velkojien intressien loukkaamisen, vaikka kyseinen subjekti ei sitä olisikaan tarkoittanut.²²

²⁰ Ks. myös *Grönfors* 1961 s. 311–312.

Toiviainen (LM 1995 s. 280 alav. 73) on todennut, että yleensä vastuun samastamiseen johtaa yhtiömuodon l. osakeyhtiöön liittyvän osakkeenomistajan vastuun rajoittumisen väärin käyttäminen siten, että osakas toimii joko suorastaan lain vastaisesti tai tietyllä tavalla epälojaalasti. Toiviaisen mukaan vastuun samastamisen yhdeksi edellytykseksi onkin asetettu yhtiömuodon norminvastainen väärinkäyttö. Toiviainen toteaa kuitenkin edelleen *Werlauffin* (1991 s. 30) viitaten, että vastuun samastamisen yleistäminen johtaa käytännössä siihen, että sen toteuttaminen muodostuu yksinkertaisemmaksi niin, että se ei ole enää sidottu yhtiön erillisyyden väärin käyttämiseen.

Yllä mainittu ei kuitenkaan nähdäkseni sulje pois sitä, että viime kädessä tällöinkin kysymys on nimenomaan tilanteista, joissa yhtiömuodon käyttäminen on johtanut ulkopuolisten kannalta tilanteeseen, joka ei palvele osakkeenomistajan rajalliselle vastuulle asetettua tarkoitusta. Tilanne voidaan rinnastaa esimerkiksi TakSL:n objektiivisten takaisinsaantiperusteiden soveltamiseen: TakSL:n mukaan oikeustoimi peräytyy aina, kun objektiiviset kriteerit täyttyvät. TakSL:n objektiiviset takaisinsaantiperusteet koskevat tilanteita, joita pidetään velkojien kannalta tyypillisesti vahingollisina. Kriteerien täytyessä on tyypillisesti toimittu velkojien kannalta epälojaalilla tavalla. Vastaavasti vastuun samastuksen objektiivisten kriteerien täytyessä voidaan tyypillisesti nähdä olevan kyse tilanteesta, jossa on toimittu ulkopuolisiin nähden epälojaalasti.

²¹ Ks. myös *KM 1992:32* s. 374–375, jossa todetaan, että vastuun samastusta koskevalla lakiin otettavalla säännöksellä olisi todennäköisesti myös ennakoitava vaikutus. OYL-toimikunta ei kuitenkaan esittänyt vastuun samastusta koskevien säännösten sisällyttämistä OYL:iin, koska sen mukaan tämä olisi edellyttänyt erillisen toimitelimen asettamista tekemään laaja selvitys käytännön ongelmista sekä niistä keinoista, joiden avulla mahdollisia ongelmia voitaisiin vähentää.

²² Ks. *Toiviainen* LM 1995 s. 284, jonka mukaan samastus ei edellytä toiminnalta tahallisuutta, huolimattomuutta, tarkoitusta aiheuttaa vahinko tai hyötyä siitä.

Toiviaisen mukaan samastus ei edellytä edes vahingon syntymistä. Käytännössä tarvetta saada suojaa samastuksen perusteella ei kuitenkaan liene, jos kenellekään ei käsiillä olleen menettelyn johdosta synny vahinkoa. Voidaan myös ajatella, että OYL 1:1.2:n pääsäännöstä poikkeaminen on perusteltua korkeintaan silloin, kun tämän pääsäännön noudattaminen aiheuttaa yhtiön velkojalle vahinkoa. Myös tältä osin rinnasteinen suhtautumistapa takaisinsaantiin vaikuttaa perustellulta. Vaikka TakSL:n objektiiviset takaisinsaantiperusteet eivät sisälläkään nimenomaista edellytystä vahingon aiheutumisesta velkojille (läheisillä on kuitenkin mahdollisuus torjua takaisinsaanti oikeustoimen vahingottomuutta koskevalla näytöllä, kun oikeustoimi on tehty vain läheisiä koskevan pidemmän takaisinsaantiajan puitteissa), takaisinsaannin ratio kuitenkin edellyttää vahingon sattumista, vaikka sitä ei takaisinsaantia vaativan tarvitsekaan nimenomaisesti näyttää, ks. *HE 1990:102* s. 17–18. On myös selvää, että takaisinsaantivaatimusta ei ole tarvetta esittää, jos vahinkoa ei ole aiheutunut.

Tässä yhteydessä yhtiön velkojien eduksi tapahtuvaan yhtiön ja yhtiön osakkaan samastamiseen yhtiön velvoitteista aiheutuvan vastuun osalta ei ole syytä puuttua lähemmin. Tutkimustehtävän kannalta on sen sijaan keskeisempää kiinnittää huomiota muussa tarkoituksessa tapahtuvaan yhtiön ja osakkaan samastukseen. Tutkimustehtävää ajatellen onkin päinvastoin keskeistä tarkastella *mahdollisuutta saada yhtiö vastuuseen osakkaan velvoitteista silloin, kun yhtiön vastuun puuttuminen aiheuttaisi osakkaan sopimuskumppanille, käytännössä osakkaan velkojalle, oikeudenmenetyksiä*.²³ Tällainen samastusproblematiikka nousee esiin kysymyksissä, joissa usein on kyse paitsi vastuun myös *omistuksen samastuksesta*.

Yhtiön ja osakkaan samastuksen objektiivisina perusedellytyksenä pidetään tässä velkojien suojantarpeen lisäksi osakkaan osakkeiden omistusoikeuteen perustuvaa määräämisvaltaa yhtiössä. Tällainen määräämisvalta osakkaalla on usein ainakin silloin, kun on kysymys niin sanotusta yhdenyhtiöstä.²⁴

3.3. OIKEUDELLISESTA JA TALOUDELLISESTA OMISTUKSESTA

Tarkasteltaessa kysymystä siitä, milloin yhtiö voisi joutua vastuuseen osakkaan velvoitteesta, ja samastustilanteiden tarkastelussa yleensäkin on merkitystä niillä erilaisilla omistusoikeuksilla, joita osakeyhtiöön liittyy. Osakeyhtiöoikeudessa voidaan erottaa toisistaan (1) *oikeudellinen omistusoikeus* ja (2) *taloudellinen tai tosiasiallinen omistus*.²⁵

(1) Oikeudellisella omistusoikeudella tarkoitetaan omistusoikeutta siinä merkityksessä kuin se esineoikeudellisenä käsitteenä yleensä ymmärretään. Tällöin sillä tarkoitetaan periaatteessa täydellistä, toiset poissulkevaa yksinoikeutta esinee-

²³ Ks. myös Huttunen 1996 s. 5, jonka mukaan vastuun samastamista voidaan pohtia sekä siinä suhteessa, olisiko yhtiö vastuussa osakkaansa velvoitteista, että siinä suhteessa, olisiko osakkeenomistaja vastuussa osakeyhtiön velvoitteista, sekä Werlauff 1991 s. 109, joka nimittää tilannetta, jossa osakas vastaa yhtiön velvoitteista, vastuun läpimurroksi (*hæftelsesgenmembrud*) ja vastakkaisista tilannetta, jossa osakkaan velvoitteet ulottuvat myös yhtiöön, sopimusoikeudelliseksi samastukseksi (*aftaleretlig identifikation*).

²⁴ Yhdenyhtiöiden käsitteeseen kuuluvat niitä erityisesti tutkineen Huttusen mukaan paitsi varsinaiset yhdenyhtiöt, joissa kaikki osakkeet omistaa yksi henkilö, myös välikäsiyhdenyhtiöt ja tosiasialliset yhdenyhtiöt. Välikäsiyhdenyhtiössä on yhden todellisen omistajan lisäksi yksi tai useampi välikäsi eli näennäinen osakkeenomistaja, joka toimii todellisen omistajan lukuun. Tosiasiallisessa yhdenyhtiössä yhdellä osakkaalla on niin paljon osakkeita, että muut osakkaat eivät yhteensä muodosta OYL:n edellyttämää vähemmistöä, jolloin hän tosiasiallisesti määrää yksin yhtiöstä. Ks. Huttunen 1963 s. 3–4.

Kysymys siitä, voiko määräysvalta perustua myös muuhun kriteeriin kuin omistukseen, esimerkiksi johtavaan asemaan yhtiössä, kuten esimerkiksi TakSL 3 §:n mukainen läheisen käsite, jää tämän tutkimuksen tarkastelun ulkopuolelle. Ks. kuitenkin esim. Leppänen OTJP 1991 s. 333–301 ja Toiviainen LM 1995 s. 280 (ks. lisäksi pohjoismaisen keskustelun osalta myös kirjallisuusviitteet alav. 75), joiden mukaan samastuksen kannalta relevantti määräysvalta voi perustua myös johtavaan asemaan.

²⁵ Ks. myös Kartio JJ 1990 s. 53–54.

seen, joka on yksilöllisesti määriteltävissä oleva aineellinen kohde.²⁶ Tällainen muodollinen, juridis-tekninen oikeudellinen omistusoikeus on osakeyhtiöllä niihin esineisiin, jotka se omistaa. Oikeudellinen omistusoikeus esiintyy osakeyhtiöoikeudessa myös sen tavanomaisesta poikkeavassa, laajassa merkityksessä yhtiön osakkaalla olevassa omistusoikeudessa osakeyhtiön osakkeeseen. Tällainen omistusoikeus eroaa omistusoikeudesta esineoikeudellisena käsitteenä siinä, että sen kohteena ei ole konkreettinen fyysinen kohde vaan osakkuus eli osakeoikeus yhtiöön. Tällöin oikeuden sisältö poikkeaa tavanomaisesta omistusoikeudesta.²⁷ Näiden kahden osakeyhtiöoikeudessa esiintyvän oikeudellisen omistusoikeuden välisellä erolla ei tässä käsiteltävän samastusproblematiikan osalta ole erityistä merkitystä, mutta sillä on merkitystä muunlaisten samastuskysymysten osalta.

Tällainen kysymys on esimerkiksi se, olisiko tilanteessa, jossa yhtiö omistaa ainoastaan kiinteistön, myös osakkeen luovutuksen muodon ja saantokelpoisuuden rajoitusten osalta syytä noudattaa kiinteää omaisuutta koskevia normeja. Normaali lähtökohta on, että vaikka yhtiön omistusoikeus kiinteistöön on kiinteää omaisuutta, osakkaan omistusoikeus on silti irtainta omaisuutta, jolloin siihen ei sovelleta kiinteää omaisuutta koskevia normeja.²⁸

Kysymys liittyy yhtenä osana laajempaan ongelmaan, joka koskee ylipäänsä mahdollisuutta kiertää kiinteistöjä koskevia säännöksiä yhtiöittämällä omistus.²⁹ Yhtiöittämisellä on merkitystä sitä enemmän, mitä enemmän kiinteää ja irtainta koskevat säännöt eroavat toisistaan eli mitä enemmän kiinteää omaisuutta koskevia erityissäännöksiä lainsäädännössämme on. Joissakin tilanteissa esimerkiksi kiinteistöjä ja kiinteistöyhtiöiden osakkeita koskevat samat säännöt.³⁰

Myös esimerkiksi nykyiseen MK:n sääntelyyn perustuvat kiinteistöleasingjärjestelyn oikeudelliset riskit kohdistuvat sen perusmuotoon, jossa vakuuskohdeeksi tarkoitettu kiinteistö myydään rahoitusyhtiölle. Lainsäädännön kiinteistön vaihdannalle ja käytölle vakuutena asettamia esteitä pystytään kuitenkin kiertämään yhtiöittämällä kiinteistön omistus. Vaikka järjestelyn kohteena on koko ajan tosiasiallisesti sama omaisuus, oikeusvaikutukset ovat erilaiset kun verrataan tilannetta, jossa luovutetaan kiinteistö, tilanteeseen, jossa luovutetaan kiinteistön sijasta sellaisen yhtiön osakkeet, joka omistaa kiinteistön. Edellisen järjestelyn oikeudelliseen sitovuuteen liittyy riskejä, jälkimmäisen lähtökohtaisesti ei.³¹

²⁶ Ks. esim. *Kartio* 1991 s. 155–158.

²⁷ *Kartio* JJ 1990 s. 55–57, ks. myös *Bergström – Samuelsson* 1997 s. 56–57.

²⁸ Kysymyksestä ks. *Huttunen* 1963 s. 190–195, *Havansi* 1979a s. 40 ja *Kartio* 1991 s. 99.

²⁹ Yhtiöittämisellä saatetaan pyrkiä kiertämään myös kiinteistöä koskevia sopimusperusteisia luovutusrajoituksia luovuttamalla kiinteistön sijasta sen omistavan yhtiön osakekanta. Tanskan oikeuskäytännössä tapauksessa UfR 1966 s. 145 H kunta oli myynyt kiinteistön vasta perustetulle yhtiölle ehdolla, että sillä on kiinteistöön takaisinosto-oikeus, jos yhtiö myy sen edelleen. Kunnalla oli oikeus saada kiinteistö takaisin silloinkin, kun kiinteistöä ei ollut myyty edelleen, mutta neljän kuukauden sisällä kiinteistön kaupasta yhtiön kaikki osakkeet oli siirretty toiselle osakkeenomistajalle.

³⁰ Ks. esim. *LuottolaitosL* 22 §, joka rajoittaa samalla tavoin sekä kiinteistöjen että kiinteistöyhteisöjen osakkeiden omistusta.

³¹ Ks. lähemmin *Tammi-Salminen* LM 2000a.

Tällöin esiin nousee väistämättä kysymys, onko kiinteän ja irtaimen omaisuuden erilaiselle kohtelulle perusteita. Kysymykseen voidaan vastata myöntävästi sillä perusteella, että kiinteää omaisuutta koskevat rajoitukset perustuvat sen erilaiseen luonteeseen verrattuna irtaimen omaisuuteen. Tällöin perusmuotoisen kiinteistöleasingin siviilioikeudellinen pätemättömyys osin korjaantuu sillä, että järjestely on mahdollinen yhtiöittämällä ensin kiinteistön omistus.³² Jos merkitystä kuitenkin halutaan antaa sille, että tässä yhteydessä irtainta omaisuutta koskevat määräämistoimet viime kädessä koskevat myös kiinteistöjen omistussuhteita, kysymykseen voidaan vastata kielteisesti. Mikäli kysymykseen vastataan kielteisesti, oikeudellinen kehityssuunta näissä tilanteissa voi olla kahdenlainen: joko (1) myös kiinteistöihin suoraan kohdistuviin vakuusjärjestelyihin aletaan suhtautua sallivammin (mikä merkitsisi ja edellyttäisi lainsäädäntömuutoksia)³³ tai sitten (2) osakkeisiin kohdistuvat vakuusjärjestelyt samastetaan kiinteistöjä koskeviin järjestelyihin, jos yhtiö, jonka osakkeista on kyse, omistaa vain kiinteistön ja yhtiöittäminen on tehty tarkoituksessa kiertää kiinteistöjä koskevia oikeussääntöjä.

(2) Taloudellisella omistuksella tarkoitetaan omaisuuteen kohdistuvaa tosiasiallista määräysvaltaa. Taloudellinen omistus tulee esiin osakeyhtiöoikeudessa ensinnäkin silloin, kun yhtiön osakkaista puhutaan yhtiön omistajina tai yhtiön omaisuuden omistajina. Yhtiön omaisuuden oikeudellinen omistaja on yhtiö itse. Ajatus yhtiön omaisuuden tosiasiallisesta omistuksesta perustuu siihen, että osakkailta on määräysvalta yhtiössä ja siten taloudellinen valta yhtiön omaisuuteen. Osakkaiden tosiasiallisen omistusoikeuden oikeutus on siinä, että he ovat alunperin sijoittaneet yhtiöön sen pääoman, jonka varaan yhtiön toiminta perustuu.³⁴

Taloudellisesta omistuksesta yhtiön omaisuuteen voidaan puhua erityisesti yhdenyhtiöiden osalta. Yhdenyhtiön osakkaalla on osakkuutensa perusteella tosiasiallinen määräysvalta yhtiössä. Tällöin osakas voi käyttää yhtiön oikeudellisesti omistamaan omaisuuteen tosiasiaassa hyvin suoraa omistajanvaltaa.³⁵

Osakkaan taloudellisella omistuksella on keskeinen merkitys osakkaan ja yhtiön samastuksessa. Yksi samastukseen oikeuttavista osatekijöistä on se tosiasiallinen määräysvalta, jonka taloudellinen omistus osakkaalle tuottaa, ja se johtaa osakkaan ja yhtiön omistuksen yhtenäisyyteen. Kuten todettiin, yhtiöoikeudellisen vastuun lähtökohta on, että osakeyhtiö ja sen osakas ovat erillisiä oikeussubjekteja niin, että vain osakeyhtiö vastaa osakeyhtiön velvoitteista. Samoin normaali lähtökohta on, että yhtiön omaisuutena pidetään vain sitä, mihin yhtiöllä on oikeudellinen omistusoikeus, ja osakkaan omaisuutena oikeudellista omistusoikeutta osakkeeseen, joka tuottaa oikeuden osuuteen yhtiössä. Joissakin tilanteissa voidaan kuitenkin nähdä olevan syytä syrjäyttää yhtiön muodollinen omistus ja

³² Ks. *Tepora* LM 1995 s. 1223.

³³ MK:n esitöissä esitetty kielteinen suhtautuminen kiinteistöleasing-järjestelyn perusmuotoon perustuu osin myös ajatukseen siitä, että järjestelyyn liittyvien oikeudellisten ongelmien ratkaisu edellyttäisi laajaa erityislainsäädäntöä, ks. *HE 1994:120* s. 26.

³⁴ Ks. *Kartio* JJ 1990 s. 58–60.

³⁵ Ks. *Kartio* JJ 1990 s. 60.

sen sijaan antaa oikeudellisessa arvioinnissa merkitystä yhtiön taloudelliselle omistukselle. *Omistussuhteisiin liittyvä samastus merkitsee siten, että osakkaan omaisuudeksi katsotaan myös yhtiön omaisuus, johon osakkaalla on taloudellinen omistusoikeus.*

Taloudelliselle omistukselle annetaan merkitystä esimerkiksi uudessa UL 4:9.4:ssa silloin, kun (osakkaan ja yhtiön) muodollisesti erillistä oikeussubjektiutta on käytetty velkojen intressien loukkaamiseen. Sen mukaan väite siitä, että omaisuus kuuluu sivulliselle, ei estä omaisuuden ulosmittaamista, jos ensinnäkin havaitaan, että sivullisen asema perustuu sellaiseen varallisuus- tai muuhun järjestelyyn, jolle annettu oikeudellinen muoto ei vastaa asian varsinaista luonnetta tai tarkoitusta, kun otetaan huomioon velallisen omistajan määräysvaltaan verrattava valta tai verrattavat toimet taikka hänen saamansa edut ja muut vastaavat seikat, ja kun toiseksi sellaista oikeudellista muotoa ilmeisesti käytetään ulosoton välttämiseksi tai omaisuuden pitämiseksi velkojen ulottumattomissa. UL 4:9.4:ssa on nimenomaisesti lausuttu julki edellä keskeisiksi samastuskriteereiksi mainitut (1) *määräysvalta* yhtiössä ja (2) tämän *määräysvallan* *moitittava, epälojaali käyttö yhtiön ulkopuolisiin nähden.*

UL 4:9.4:n säätämisellä on pyritty estämään mahdollisuus välttää ulosottoa ja saattaa omaisuutta velkojen ulottumattomiin niin, että omaisuutta siirretään oikeudellisten järjestelyjen avulla muodollisesti sivullisen intressitahon omistukseen, joka kuitenkin on velallisen tosiasiallisessa määräysvallassa. Käytännössä säännöksellä haluttiin puuttua erityisesti mahdollisuuteen siirtää omaisuutta niin sanottujen veroparatiisiyhtiöiden nimiin niin, että omaisuuteen ei enää voitaisi kohdistaa ulosmittausta. Lain esityöt korostavat näkemystä, jonka mukaan tällaiset oikeudelliset instituutiot ovat sinänsä normaalisti täysin hyväksyttäviä liiketoiminnan välineitä, mutta että niihin tulee suhtautua toisella tavalla silloin, kun niitä käytetään hyväksi velvoitteiden kiertämiseksi eli kun on kysymyksessä oikeudellisten muotojen väärinkäyttö.³⁶ Oikeussubjektien muodollisen erillisyyden väärinkäytöstä on UL 4:9.4:n tarkoittamassa mielessä kyse, kun järjestelyyn kuuluvien sopimusten tarkoituksena ei ole todellisuudessa ollut siirtää varallisuutta A:lta B:lle vaan tällaisen omaisuuden vaihdannan sijasta kyse on ollut A:n omistuksen järjestelystä.

*Linnan*³⁷ mukaan UL 4:9.4:n soveltamisharkinnassa vertailtaessa velallisen ja sivullisen oikeusasemia kokonaisvaltaisesti käytetään paitsi perinteisen zittingläisen omistusoikeuden käsitteistön tyypisiä oikeudellisia kriteerejä myös epäoikeudellisempaa ainesta, joka liittyy asianosaisten intresseihin, etuihin ja riskeihin. Näillä kriteereillä on läheinen liittymä *Pöyhösen* uuden varallisuus-oikeuden keskeisiin käsitteisiin.

Tilannetta voidaan Linnan mukaan ensin jäsentää perinteisen omistusoikeuden analyysin avulla. Tällöin tilanne voidaan nähdä niin, että järjestelyllä on

³⁶ HE 1998:275 s. 3–4.

³⁷ Ks. *Linna* LM 1999 s. 342–347.

pyrityt hajauttamaan omistusoikeus siten, että (velallisen omistamalla) yhtiöllä on omistusoikeuden elementeistä vain dynaaminen suoja luovuttajan (velallisen) ulosmittausvelkoja kohtaan. Omistajan hallintaoikeus ja kompetenssi ovat sen sijaan (edelleen) velallisella.

UL 4:9.4:n soveltuminen ratkeaa Linnan mukaan kuitenkin vasta saamalla vastaus sellaisiin kysymyksiin, jotka eivät nouse esiin perinteisessä omistusoikeuden analyysissä. Tällainen kysymys on ensinnäkin se, mitä sisällöllisiä ominaisuuksia omistajan oikeusaseman on täytettävä, että ulosotto edeltäjän veloista ei ole mahdollista eli millainen omistusoikeus hyväksytään ulosoton esteeksi: onko muodollinen luovutus riittävä, vaikka kompetenssi ja hallintaoikeus voidaan palauttaa velalliselle? Toinen kysymys koskee luovutuksen syytä: minkä vuoksi omistusoikeus on haluttu järjestää kyseisellä tavalla? Vastaus näihin kysymyksiin on perustettava esimerkiksi arvioon osapuolten intresseistä ja järjestelyn tuottamista eduista.

UL 4:9.4:n mukaan keinotekoinen oikeudellinen muoto voidaan syrjäyttää ja ulosotto toimittaa sivullisen omistuksesta huolimatta. UL 4:9.4:n soveltaminen ei merkitse järjestelyn siviilioikeudellista purkautumista, vaan ainoastaan järjestelyn oikeusvaikutusten sivuuttamista siltä osin kuin se estää velkojen maksamisen. UL:n käsillä oleva säännös merkitseekin poikkeusta siihen yleiseen periaatteeseen, jonka mukaan ulosotto-oikeudellinen ratkaisu ei voi poiketa siviilioikeudellisesta.³⁸

Aikaisemmin näihin järjestelyihin olisi ollut mahdollista puuttua sillä perusteella, että ne olisi ensin katsottu siviilioikeudellisesti pätemättömiksi esimerkiksi OikTL 34 §:n valeoikeustointen pätemättömyyttä koskevan säännöksen perusteella. Ongelman oli kuitenkin se, että tällaisia omaisuusjärjestelyjä ei välttämättä ole voinut pitää näennäisoikeustoimina OikTL 34 §:n tarkoittamassa mielessä.³⁹

Järjestelyihin on ollut mahdollista puuttua myös TakSL:n perusteella. Lainvalmistelussa katsottiin kuitenkin, että TakSL:n mukaiseen menettelyyn turvautuminen olisi tarpeettoman raskasta. Lisäksi todettiin, että TakSL:n tarkoituksena on puuttua luovutuksiin, joiden toinen osapuoli on velallisesta aidosti erillinen intressitaho, kun taas tässä yhteydessä on kyse siitä, että luovutuksensaaja on sama intressitaho kuin velallinen.⁴⁰

³⁸ HE 1998:275 s. 7–8. Ks. myös Linna 1999 s. 342–343. Eri asia on, että kyseisen UL:n säännöksen voidaan nähdä heijastavan siviilioikeudessaakin voimassa olevaa periaatetta, jonka mukaan muodollisen oikeussubjektin väärinkäyttö ei saa aikaan sillä tavoiteltuja oikeusvaikutuksia.

³⁹ HE 1998:275 s. 4. Vastaava ongelma on olemassa esimerkiksi vakuusluovutusten selittämässä tehottomiksi. Vakuustarkoituksessa tehtyjä kauppasopimuksia ei yleensä voi pitää valeoikeustoimina OikTL 34 §:n mielessä. Ne voidaan kuitenkin selittää tehottomiksi viime kädessä vakiintuneesta oikeuskäytännöstä omaksuttujen periaatteiden perusteella. Suhtautumisesta vakuusluovutukseen oikeudessaamme ks. yleisesti esim. *Havansi* 1992a s. 510–514 ja erityisesti kiinteistöjen osalta *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 38–39 ja s. 69–71 sekä *Niemi* 1997 s. 14–15 ja s. 129–131. Ks. myös *Tammi-Salminen* LM 2000a s. 367–371. Valeoikeustoimista ks. *Aurejärvi* LM 1980 sekä myös *Linna* LM 1999 s. 343–344.

⁴⁰ HE 1998:275 s. 5. Esitöissä esitetty käsitys TakSL:n tarkoituksesta puuttua luovutuksiin (vain) velallisesta aidosti erilliselle intressitalolle on sikäli epäjohdonmukainen, että esimerkiksi TakSL:n läheissääntelyn tarkoituksena on ollut nimenomaisesti mahdollistaa puuttuminen erityisesti velallisen kanssa samaan intressitahoon kuuluville tehtyihin luovutuksiin.

Kuten jo edellä on todettu, esimerkiksi takaisinsaantia koskevassa KKO:n käytännössä konkurssivelallisen taloudelliselle omistukselle ei sen sijaan ole annettu oikeudellista merkitystä takaisinsaantilainsäädäntöä säädettäessä ajatellusta normaalitylanteesta poikkeavassa tilanteessa, jossa konkurssivelkojen edut voivat kärsiä, kun yritys antaa pantin sen omistajan veloista. Tällaiset omistussuhteisiin liittyvät samastuskysymykset takaisinsaannin yhteydessä ovat olleet esillä tapauksissa KKO 1982 II 184 ja KKO 1983 II 185. Niissä on ollut kysymys siitä, voidaanko takaisinsaannin yhteydessä antaa merkitystä sille, että kun osakas omistaa koko osakekannan, hän itse asiassa omistaa taloudellisesti yrityksen, jolloin yrityksen antaman vakuus olisi viime kädessä annettu osakkaan omaisuudesta.

Molempien tapausten taustalla oli tilanne, jossa rakennusliikkeellä oli osakeomistukseen liittyvään määräysvaltaan perustuva taloudellinen omistusoikeus asunto-osakeyhtiöön. Molemmissa tapauksissa asunto-osakeyhtiö oli antanut viimeisen 60 päivän aikana ennen rakennusliikkeen konkurssia rakennusliikkeen velkojalle pantiksi sen velasta asunto-osakeyhtiön omistamaan kiinteistöön kiinnitetyn velkakirjan. Tapauksissa oli kyse siitä, oliko tuo asunto-osakeyhtiön omaisuudesta annettu pantti mahdollista peräyttää KS 46 §:n e kohdan takaisinsaantiperusteen nojalla konkurssipesään. Peräyttäminen edellytti, että pantti olisi katsottu annetuksi konkurssivelallisen eli rakennusliikkeen omaisuudesta, koska peräyttää voitiin ja voidaan vain konkurssivelallisen omaisuutta koskeva panttaus. Tapauksessa olikin siten kysymys siitä, samastettiinko rakennusliike ja asunto-osakeyhtiö pantin omistuksen osalta eli annettiinko rakennusliikkeen taloudelliselle omistukselle merkitystä asunto-osakeyhtiön oikeudellisen omistuksen sijasta, jolloin pantti olisi katsottu rakennusliikkeen omaisuudeksi.

Lähtökohta, jonka mukaan peräyttää voidaan vain konkurssivelallisen omaisuutta koskeva oikeustoimi, on luonnollinen. Normaalisti sivullisen antama pantti ei vahingoita konkurssivelallisen muita velkoja, vaan pikemminkin parantaa heidän asemaansa. Kuitenkin tilanteissa, joissa yritys antaa pantin sen omistajan veloista, konkurssivelkojen edut voivat kärsiä, sillä panttaus saattaa vähentää yrityksen realisointiarvoa ja siten myös omistajan omaisuuden arvoa. Kysymys onkin siitä, annetaanko tällaisessa normaalista poikkeavassa tilanteessa merkitystä konkurssivelallisen taloudelliselle omistukselle. Kuten edellä on todettu, kummassakaan ratkaisussa tällaista samastusta konkurssivelkojen suojaksi ei tapahtunut eikä takaisinsaannin siten katsottu olleen mahdollista.⁴¹

⁴¹ KKO:n perustelut ovat molemmissa ratkaisuissa varsin niukat. Sen sijaan RO:n perustelut ratkaisussa KKO 1983 II 185, jossa sekä se että HO, joka jätti asian RO:n päätöksen varaan, katsoivat takaisinsaannin olevan samastuksen perusteella mahdollinen, ovat huomattavasti laajemmat. RO samasti yrityksen rakennusliikkeeseen rakennusliikkeen omistuksen ja määräysvallan perusteella ja katsoi, että pantti oli siten peräisin konkurssivelallisen omaisuudesta, minkä vuoksi panttaus oli saattanut vahingoittaa muiden konkurssivelkojen asemaa.

Huttusen (1996 s. 29) mukaan alempien oikeusasteiden kantaan on saattanut vaikuttaa osaltaan se, että tapauksessa oli kyse todellisesta yhdenyhtiöstä eli osakeyhtiöstä, jonka koko osakekannan toinen osakeyhtiö omisti. Ratkaisussa KKO 1982 II 184 oli puolestaan kyse välikäsiyhdenyhtiöstä, jossa yhden todellisen omistajan lisäksi hänen lukuunsa toimi näennäisiä osakkeenomistajia.

KKO:n suhtautumista on puoltanut *Kartio*, jonka mukaan ratkaisu tukee reaali-
luoton etuja ja suojaa pantinsaajaa, jonka muutoin tulisi selvittää pantinantajan
omistusoikeuden lisäksi vielä sekin, kenellä on taloudellinen omistus panttiin.⁴²
Leppänen puolestaan on arvostellut ratkaisua liiallisesta muodollisuudesta. Lep-
päsén mukaan tapauksessa vaikuttaa olevan kyse velkojien vahingoksi tehdystä
oikeustoimesta, jonka oli mahdollistanut juuri grynderin määräämisvalta asunto-
osakeyhtiössä. Leppänen katsookin, että takaisinsaannin ration vuoksi olisi ollut
perusteltua antaa yhtiöiden muodollisen erillisyyden väistyä. Hänen mukaansa
takaisinsaantimahdollisuutta voidaan puoltaa myös takaisinsaannin vahinkoedel-
lytyksen perusteella, koska kun varallisuus on alunperin lähtöisin velalliselta
itseltään, panttaus on reaalisesti velkojille vahingollinen. Leppänen kyseenalais-
taa myös Kartion kannan siitä, että pantinsaajien intressille tulisi kyseisenlaisessa
tilanteessa antaa suurempi paino kuin konkurssivelkojien intresseille.⁴³

Ratkaisuissa esiin tullutta problematiikkaa on oikeuskirjallisuudessa jo aiem-
min käsitelty *Havansi*. Hänen mukaansa jos ulkopuolisen henkilön konkurssi-
velallisen velasta antama pantti on todellisuudessa osoitettavissa olevan oikeudel-
lisesti tai ainakin taloudellisesti konkurssivelalliselta itseltään viime kädessä pe-
räisin olevaksi, pantti voidaan useimmiten peräyttää KS 46 §:n e kohdan nojalla.⁴⁴
KKO:n ratkaisut olivat Havansin kannan vastaisia, sillä tapauksissa oli selvää, että
pantit olivat peräisin taloudellisesti konkurssivelalliselta itseltään, mutta niitä ei
siitä huolimatta katsottu voitavan peräyttää.⁴⁵

Pohjoismaisesta oikeuskäytännöstä ks. UfR 1977 s. 526 H, jossa ”tyhjän” tytäryhtiön konkurssi-
velallisenä olleen emoyhtiön veloista antama vakuus peräytettiin. Yhtiöitä pidettiin niiden johdon,
talouden ja kirjanpidon vuoksi samana. Vrt. UfR 1986 s. 697 V, jossa konkurssivelallinen, jolla oli
luotollinen tili pankissa, myi rahoittajatytäryhtiön kautta valmisteitaan. Tytäryhtiön pankille suorit-
tamia maksuja ei peräytetty, koska yhtiöitä pidettiin taloutensa ja kirjanpitonsa osalta erillisinä.

Myös ratkaisussa NJA 1985 s. 117 on nähty olleen kyse samastusproblematiikasta (*Savela* 1999
s. 226 alav. 8). Siinä tytäryhtiö oli antanut vakuuden emoyhtiön luotosta takauksen antaneelle. Tytär-
yhtiön konkurssipesä vaati vakuuden peräyttämistä TakSL 14 §:ää vastaavan ruotsalaisen säännök-
sen perusteella. Vakuutta ei peräytetty tämän säännöksen perusteella, koska sitä ei ollut annettu
omasta velasta. Vaikka ratkaisu säännöksen soveltumisesta riippuikin siitä, oliko vakuus annettu
emoyhtiön omaisuudesta vai ei, tapausselostuksesta käy ilmi, että käsillä ei ollut kysymys siitä,
voidaanko yhtiöt samastaa, vaan siitä, ulottuuko kyseessä ollut takaisinsaantisäännös myös vieras-
velkapanttiin (Ruotsissa kysymys ei ratkea suoraan säännöksen sanamuodon perusteella kuten
meillä), ks. myös *Lennander* 1994 s. 312–315 ja *Tuomisto* 1995 s. 208. Tapaus eroaa edellä
esitetystä siltä osin, että siinä oli kyse konkurssivelallisen antaman vakuuden peräyttämisestä.
Tällöin vieraasta velasta annetuksi katsotun vakuuden peräyttäminen on mahdollista muilla kuin
vakuuden peräyttämistä koskevilla takaisinsaantiperusteilla. Varsinainen samastusproblematiikka
tuleekin esille vasta tapauksissa, joissa on kyse konkurssivelallisen tytäryhtiön antaman vakuuden
peräyttämisestä, koska, kuten yllä on todettu, yleensä vain konkurssivelallisen antama vakuus
voidaan peräyttää.

⁴² *Kartio* JJ 1990 s. 61–62.

⁴³ *Leppänen* OTJP 1991 s. 287 ja *sama* 1992 s. 70.

⁴⁴ *Havansi* 1979b s. 104 alav. 16. Ks. myös s. 100.

⁴⁵ RO:n ja HO:n kanta ratkaisussa KKO 1983 II 185 oli puolestaan Havansin puoltaman suhtautumi-
sen mukainen.

Nähdäkseni Havansin esittämä kanta olisi ollut tapausten osalta hyväksyttävä. Reaaliluoton edut ja panttivelkojan suojat olisi voitu ottaa riittävässä määrin huomioon sillä, että takaisinsaantimahdollisuus puuttuisi (vain), jos pantinsaaja olisi ollut vilpittömässä mielessä pantin todellisen alkuperän suhteen. Mitä enemmän luotonannon sujuvuutta halutaan painottaa, sitä vähäisemmäksi selonottovelvollisuus taloudellisesta omistuksesta voidaan rajata. Pantinsaajan velvollisuuden ulottuvuutta voitaisiin arvioida myös tässä tutkimuksessa esitetyllä tavalla kulloinkin käsillä olevassa toimintaympäristössä kullekin toimijalle roolinsa mukaan määrittyvänä toisten intressien huolenpitovelvollisuutena kuin teknisenä selonottovelvollisuutena. KKO ei kuitenkaan tuonut tässä yhteydessä tällaista mahdollisuutta esiin.

Samastusmahdollisuutta voidaan puoltaa Leppäsenkin esiin tuomilla näkökohdilla siitä, että käsillä olevassa tilanteessa pantinsaajan intressejä ei tulisi asettaa konkurssivelkojen intressien edelle. Tässä yhteydessä voidaan yleisesti viitata pyrkimykseen toteuttaa entistä paremmin vaatimus velkojen tasa-arvosta konkurssitilanteissa, jota on toteutettu lainsäädännössä muun muassa takaisinsaantimahdollisuuksia laajentamalla ja etuoikeuksia poistamalla.⁴⁶ Lisäksi voidaan viitata ulosottolainsäädännön sisältämiin uusiin mahdollisuuksiin pyrkiä eliminoimaan järjestelyt, joissa ulosottoa on pyritty välttämään siirtämällä omaisuutta muodollisesti erilliselle oikeushenkilölle. Vaikka samastus saattaisi haitata reaaliluotonantoa tuomalla epävarmuustekijöitä panttivelkojalle, myös samastamatta jättäminen saattaa haitata tuotantoa, vaihdantaa ja luotonantoa heikentämällä yleensä velkojen mahdollisuuksia saada suoritus saamisestaan konkurssissa yhdenvertaisesti kaikkien muiden velkojen kanssa.

Vaikka takaisinsaantilainsäädäntö on uudistettu KKO:n ratkaisujen jälkeen, niissä esiin tullut problematiikka ei siis ole poistunut. Se ei kuitenkaan edellä mainittujen tapausten jälkeen ole ollut esillä ainakaan korkeimpien oikeusasteiden käytännössä. KKO:n ratkaisuissa ilmenevällä samastuksella kielteisellä kannalla onkin edelleen merkitystä. Oikeuskirjallisuudessa *Tuomisto* on kuitenkin todennut, että velallisen ja vakuuden antajan samastus voi joissakin tapauksissa tulla kyseeseen.⁴⁷ Havansi, jonka mukaan vakuuden peräyttäminen käsillä olevassa tilanteessa siis oli mahdollista jo KS:n aikana, on arvellut, että TakSL 3 ja 5 § lisäävät peräytysmahdollisuutta.⁴⁸

TakSL 3 §:ssä konkurssivelallisen läheisten käsitettä on laajennettu. Sen mukaan konkurssivelallisen läheinen, jonka kanssa tehtyihin oikeustoimiin voidaan helpommin puuttua, on muun muassa se, jolla on osakkuuteen perustuva olennainen etujen yhteys konkurssivelallisen kanssa. TakSL 5 §:n yleinen takaisinsaantiperuste on puolestaan laajentanut ylipäänsä mahdollisuuksia puuttua sopimattomiin menettelyihin, joilla jonkin tai joidenkin konkurssivelkojen asemaa on heikennetty.

⁴⁶ Velkojen tasa-arvoa oikeuspoliittisena argumenttina on käsitelty edellä eri yhteyksissä.

⁴⁷ *Tuomisto* 1995 s. 210–211. Ks. myös *Leppänen* 1992 s. 70.

⁴⁸ *Havansi* 1992b s. 272.

Taloudelliselle omistukselle uudemmassa oikeuskäytännössä annetusta merkityksestä ja samalla niiden tilanteiden moninaisuudesta, joissa kysymys taloudellisesta omistuksesta voi nousta esiin, voidaan esimerkkinä mainita ratkaisu VHO 10.11.1999 S 99/55. Siinä oli kyse kiinteistöpananttioikeuden ulottuvuudesta aviopuolisoiden A ja B kiinteistöllä olevaan omakotirakennukseen, eli ainesosa- ja tarpeistosuhteen syntyedellytysten täyttymisestä. Keskeinen kysymys oli, täyttyikö ainesosa- ja tarpeistosuhteen synnylle yleensä asetettu vaatimus omistuksen yhteisyydestä tai voitiinko tämä vaatimus sivuuttaa, kun rakennuksen omisti kommandiittiyhtiö C, jonka ainoita vastuunalaisia yhtiömiehiä A ja B olivat, ja kun A ja B käyttivät rakennusta myös asumistarkoitukseen. HO katsoi, että rakennus kuului kiinteistöön sen ainesosana ja siten myös kiinteistöön kohdistuvan panttioikeuden piiriin. Keskeisenä perusteena HO:n ratkaisussa vaikuttaa olleen omistuksen erillisyyden muodollisuus. Ratkaisussa kommandiittiyhtiö ja sen vastuunalaiset yhtiömiehet samastettiin, ja merkitystä annettiin A:n ja B:n taloudelliselle omistukselle.⁴⁹

Oikeuskäytännössä osakkaan taloudelliselle omistukselle on toisaalta annettu merkitystä myös tilanteessa, jossa se tuottaa etua osakkaalle eikä ulkopuoliselle taholle kuten yleensä, kun samastukseen on vedottu.⁵⁰ Tällaisena esimerkkinä voidaan mainita tapaus KKO 1995:131. Siinä oli kysymys tilanteesta, jossa asunto-osakeyhtiön omistama kiinteistö oli kuulutettu myytäväksi julkisella pakko- huutokaupalla kolmannen henkilön velasta. Keskeinen oikeuskysymys oli, katsottiinko kiinteistöön kohdistuvan vakuusjärjestelyn koskevan asunto-osakeyhtiön kaikki osakkeet omistavien velallisten omistusasuntoa, kun kiinteistöllä sijaitsi asuinrakennus, jota velalliset hallitsivat ja käyttivät vakituksena asuntonaan.

VJL 3.1 §:n mukaan velallisen omistusasunnolla tarkoitetaan velallisen tai hänen perheensä vakituksena asuntona käyttämää huoneistoa, jonka hallintaan oikeuttavat osakkeet tai osuudet velallinen omistaa yksin tai yhdessä toisen kanssa tai jonka hallinta perustuu asumisoikeussopimukseen, taikka velallisen yksin tai yhdessä toisen henkilön kanssa omistamaa kiinteistöä tai vuokramaalla olevaa rakennusta, jolla velallinen tai hänen perheensä vakituksella asuu. KäO:n ja HO:n mukaan kiinteistöön kohdistuva velka ei kuulunut velkajärjestelyn piiriin, koska velalliset eivät omistaneet velan vakuutena olevaa kiinteistöä. Alempien oikeusasteiden päätökset perustuivat varsin muodolliseen säädöstulkintaan. KKO puoles-

⁴⁹ Sen sijaan KäO oli katsonut, että rakennus ei kuulunut kiinteistöön, koska rakennuksen omisti kommandiittiyhtiö. HO:n ratkaisusta ks. lähemmin *Tuomisto* Oikeustieto 2000:6 s. 13–17, joka on pitänyt myönteistä suhtautumista samastukseen käsillä ollutta yksittäistapausta yleisemmällä tasolla ongelmallisena kiinteistöjä koskevien oikeussuhteiden osalta. Ongelmallisuus perustuu siihen, että on vaikea ennalta tietää, millä edellytyksillä muodollisista omistussuhteista voidaan poiketa. Sääntöjen yksiselitteisyydellä ja ratkaisujen ennakoitavuudella taas on esimerkiksi kiinteistövakuuden käyttökelpoisuuden kannalta usein tärkeä merkitys.

⁵⁰ Tapauksessa ei sinänsä ole kysymys samastuksesta, mikäli samastus ymmärretään niin, että siitä on kyse vasta, kun oikeussubjektien erillisyyteen puututaan ilman lain säännöksen tukea, vaan siinä oli pikemminkin kyse säädöstulkinnasta.

taan kiinnitti huomiota asumisjärjestelyn muodon sijasta sen sisältöön ja siihen, että velkajärjestelyn eräänä tarkoituksena on velallisen omistusasunnon turvaaminen. KKO:n mukaan omistusjärjestelyn muodolla ei tässä suhteessa ollut merkitystä ja se katsoi vakuusjärjestelyn koskevan velallisten omistusasuntoa. Tämän tulkinnan johdosta kiinteistöä koskeva pakkohuutokauppa voitiin määrätä VJL 17.3 §:n nojalla keskeytettäväksi.⁵¹

Mikäli vastuun samastusta tarkastellaan taloudellisen omistuksen näkökulmasta, yhtiön sopimusvelvoitteista saattaa vastata paitsi yhtiö itse myös se, jolla on yhtiön taloudellinen omistus. Vastaavasti yhtiö saattaa vastata sen taloudellisesti omistavan osakkaan sopimusvelvoitteista. Taloudelliselle omistukselle on jälkimäisessä vastuutilanteessa perusteltua antaa merkitystä silloin, kun taloudellisella omistuksella on tosiasiallisesti merkitystä solmitun sopimuksen ja sopimuskumppanin aseman osalta. Tällöin osakkaan vastuu saattaa kattaa paitsi hänen oikeudellisen omistuksensa perustavan varallisuuspiirin myös hänen taloudellisen omistuksensa eli yhtiön oikeudellisen omistuksen varallisuuspiirin.⁵² Perusedellytys vastuun perustamiselle osakkaan taloudelliselle omistukselle tällöin on, että määräysvaltaa yhtiössä käyttävä osakas on käyttänyt yhtiön muodollisesti erillistä oikeussubjektia tarkoituksessa välttää vastuutaan.

3.4. OIKEUDEN JA MUODOLLISESTI ERILLISEN OIKEUSSUBJEKTIUDEN VÄÄRINKÄYTÖN KIELLOSTA RATKAISUN KKO 1997:146 VALOSSA

Oikeuskäytännössä ratkaisussa KKO 1997:146, johon jo edellä on viitattu, oli osaltaan kysymys yhtiön sidottuudesta sen koko osakekannan omistavan osakkaan velvollisuuksiin valvoa sopimuskumppaninsa intressejä arvon kaksoispanttaustilanteen estämiseksi. Ratkaisussa oli kysymys tilanteesta, jossa osakeyhtiö, joka omisti kiinteistöosakeyhtiön koko osakekannan, oli ensin luovuttanut tuon osakekannan pankille vakuudeksi sitoumuksistaan, minkä jälkeen kiinteistöosakeyhtiö oli luovuttanut omistamaansa kiinteistöön kiinnitetyt haltijavelkakirjat yhtiöiden ainoalle edustajalle ja tämän aviopuolisolle vastavakuudeksi heidän emoyhtiön hyväksi pankille antamistaan vakuuksista. Jälkimmäinen vakuus perustettiin siten yhtiön kanssa saman intressitahon piiriin kuuluville henkilöille.

⁵¹ Oikeuskirjallisuudessa kiinteistön omistusta asunto-osakeyhtiön osakkeiden kautta on puollettu rinnastettavaksi suoraan kiinteistönomistukseen myös MK 2:10:n kuluttajakauppaa koskevan säännöksen soveltamisalan osalta. Säännöksen edellyttämän vaatimuksen kiinteistön ostosta tarkoituksessa käyttää sitä ostajan tai hänen perheenjäsentensä vakituksena asuntona tai vapaa-ajan asuntona on katsottu voivan täyttyä myös silloin, kun kiinteistö ostetaan asumistarkoitukseen asunto-osakeyhtiön nimissä. Ks. lähemmin *Jokela – Kartio – Ojanen* 1997 s. 61–62.

⁵² Vastuun samastus voi koskea myös muita kuin yhtiön tai vastaavasti osakkaan sopimusvelvoitteita, kuten esimerkiksi vahingonkorvausvelvoitteita, mutta niiden lähempi tarkastelu jää tämän tutkimuksen teeman ulkopuolelle.

Ratkaisussa osakepanttilvelkojaa on suojattu sillä perusteella, että kiinteistöpanntioikeuden perustaminen loukkasi osakepanttilvelkojan vakuusoikeutta. Tämän vuoksi panttioikeus kiinteistöön katsottiin tehottomaksi osakepanttilvelkojaa kohtaan siltä osin kuin se esti tätä saamasta suoritusta saatavilleen.

Ratkaisussa osakepanttilvelkojaa suojattiin yleisten varallisuusoikeudellisten periaatteiden perusteella. KKO on siinä ulottanut jo edellä käsitellyn pantinantaajan lojaliteettivelvollisuutta konkreettisemmalla tasolla olevan kiellon määrätä panttikohteesta panttilvelkojan vahingoksi myös tilanteeseen, jossa ei ole määrätty suoraan panttikohteesta, vaan sen arvoon vaikuttavasta kohteesta.⁵³ KKO:n perustelujen mukaan ratkaiseva merkitys myöhemmän panttauksen pätevyyttä harkittaessa on osakekannan panttauksen yhteydessä annettava sille, että *osakekannan panttauksen tarkoitus toteutuu* tästä myöhemmästä panttauksesta huolimatta. Lisäksi KKO:n mukaan on aina kiinnitettävä huomiota *yhtiön omaisuuteen myöhemmin perustetun panttioikeuden vaikutuksiin osakepanttioikeuden arvoon*.⁵⁴

Mikäli osakepanttioikeuden tarkoituksena on saatavan turvaaminen ja osakepanttioikeuden arvo perustuu yhtiöomaisuuteen, jonka keskeisin osa on kiinteistö, kiinteistöpanntioikeuden perustaminen saattaa tarkoittaa osakepanttioikeuden arvon olennaista heikentymistä ja aiheuttaa sen, että osakepanttioikeuden tarkoitus jää toteutumatta. KKO:n ratkaisun oikeusohjeen mukaan kiinteistöön perustettu panttioikeus loukkaa tällaisessa tilanteessa osakepanttilvelkojan vakuusoikeutta eikä ole sallittu. Jälkimmäisen panttioikeuden tehottomuus perustuu siis suoraan siihen, että se loukkaa aiempaa panttioikeutta. Vakuusoikeuden loukkaus ei siten edellytä nimenomaista tarkoitusta vahingoittaa panttilvelkojaa.

Osakekannan pantiksi antaja ja kiinteistöpanntioikeuden perustaja ovat tapauksessa olleet erillisiä oikeussubjekteja. Tällöin osakekannan pantiksi antajan velvollisuus valvoa pantinsaajan intressejä ei lähtökohtaisesti koske kiinteistöpanntioikeuden perustajaa. Osakekannan pantiksi antajalla ja kiinteistöpanntioikeuden perustajalla on kuitenkin tosiasiallisesti ollut läheinen yhteys toisiinsa, koska osakepantin antaja omisti kiinteistöpanntioikeuden perustajan ja molemmista panttauksista päätti käytännössä sama luonnollinen henkilö. Tämä henkilö oli molempien yhtiöiden hallitusten ainoa varsinainen jäsen. Koska osakekannan pantiksi antajan ja kiinteistöpanntioikeuden perustajan edut olivat yhtenevät, huolenpitovelvollisuus osakekannan pantiksi saanutta velkojaa kohtaan ja kielto määrätä tämän oikeutta heikentäen oli perusteltua ulottaa myös kiinteistöpanntioikeuden perustajaan.⁵⁵

⁵³ Ks. lähemmin *Tammi-Salminen* LM 1998 s. 442 ja s. 444–445.

⁵⁴ Ratkaisun perusteluissa todetaan: ”[s]illoin, kun yhtiön koko osakekanta on pantattu, on yhtiön ilman pantiksiottajan suostumusta myöhemmin suorittamaa omaisuutensa panttaustointa arvioitava kiinnittäen huomiota yhtiön koko osakekannan panttauksen tarkoitukseen ja yhtiön omaisuuteen myöhemmin perustetun panttioikeuden ulottuvuuteen ja arvoon silmällä pitäen osakekannan panttausta.”

⁵⁵ Ks. lähemmin *Tammi-Salminen* LM 1998 s. 442–446.

Osakepanttivelkojan suoja arvon kaksoispanttausta vastaan voidaan perustaa sekä oikeuden että muodollisesti erillisen oikeussubjektiuden väärinkäytön kieltoihin. Suoja perustuu oikeuden väärinkäytön kieltoon siltä osin, kuin osakepantin arvoa alentava kiinteistöpanntioikeuden perustaminen ei ole sallittua. Muodollisesti erillisen oikeussubjektiuden väärinkäytön kieltoon suoja puolestaan perustuu siltä osin, kuin osakepanttioikeuden perustajan huolenpitovelvollisuus pantinsaajan intresseistä ulotetaan myös kiinteistöpanntioikeuden perustajaan.

Taloudellisella omistuksella on ratkaisussa KKO 1997:146 ollut nähdäkseen merkitystä siinä, että osakkaan velvollisuus valvoa sopimuskumppaninsa intressejä ulottui paitsi oikeudellisen omistuksen myös hänen taloudellisen omistuksensa piiriin. Tämä tarkoittaa ensinnäkin sitä, että myös yhtiöllä on velvollisuus valvoa osakkaan sopimuskumppanin intressejä. Ratkaisussa osakkaan ja yhtiön velvollisuus samastettiin osakkaan velkojen suojaksi ja yhtiön velkojan tappioksi. Lisäksi taloudelliselle omistukselle annettava merkitys tarkoittaa, että silloin kun pantiksi annetaan yhtiön koko osakekanta, vastapuolen intresseihin kohdistuva huolenpitovelvollisuus koskee myös pantinantajan taloudellisen omistuksen piiriin kuuluvia kohteita, kuten yhtiöomaisuutta, koska pantin arvo määräytyy pantinantajan taloudellisen omistuksen perusteella.

3.5. KIELTOJEN MERKITYS ERITYISESTI ARVON KAKSOISPANTTAUKSEN ESTÄMISEKSI SOVITUN KOMPETENSSINRAJOITUKSEN OSALTA

Kuten edellä on selvitetty, erityisesti sitoumusta olla perustamatta panttioikeutta kiinteistöön käytetään osakekantaan perustetun panttioikeuden turvana arvon kaksoispanttauksen estämiseksi. Tällainen nimenomainen kompetenssinrajoitus ilmentää velallistaholta velkojaa kohtaan edellytettävää lojaliteettia ja panttioikeuden arvon loukkaamisen kieltoa.

Edellä käsitellyn ratkaisun KKO 1997:146 merkitys nimenomaisen kiinteistöä koskevan panttauskiellon eli kompetenssinrajoituksen sitovuudelle osakekannan panttauksen yhteydessä sovittuna voidaan nähdä eri tavoin. Ensinnäkin voidaan ajatella, että jos osakepanttivelkoja on suojattu ilman kiinteistöpantinantajan kompetenssia rajoittavaa nimenomaista sitoumustakin panttioikeuden perustamiselta kiinteistöön sellaista pantinsaajaa vastaan, joka ei ole ollut vilpittömässä mielessä, hänen tulee olla sitä ainakin, jos rajoituksesta on sovittu ja pantinsaaja on rajoituksesta tietoinen. Ratkaisusta ilmenevän ajattelutavan voidaan nähdä tukevan kompetenssinrajoitusehdon tehokkuutta vilpillisessä mielessä toimineeseen kolmanteen nähden. Ehtoa voidaan pitää KKO:n yllä mainitussa ratkaisussa arvon kaksoispanttauksen osalta omaksuman ajattelutavan perusteella tarkoituksenmukaisena osakepanttivelkojan suojaksi tehtynä rajoituksena. Rajoitus on tarkoituksenmukainen, koska se turvaa aiemman panttioikeuden funktion säilymistä.

Toisaalta voidaan ajatella, että ratkaisulla ei olisi erityistä merkitystä argumen-

toitaessa kompetenssinrajoituksen sivullissitovuudesta. Voidaan ajatella, että vastaavanlaiseen kollisionratkaisuun voidaan päätyä KKO:n oikeusohjeen mukaisesti aina täysin riippumatta siitä, onko panttauskompetenssia rajoitettu sopimuksella vai ei. Rajoittaahan panttioikeuden loukkaamisen kieltö aina velallisen määräämistöimiä niin, että osakekannan panttaus rajoittaa vakuuden arvoon vaikuttavien määräämistöimien, kuten kiinteistöön perustetun panttioikeuden sitovuutta, kun kiinteistö muodostaa yhtiön keskeisen varallisuuden.

Tähän liittyen voidaan lisäksi vielä ajatella, että ratkaisu vähentää panttauskiellosta sopimisen tarpeellisuutta, koska osakepantinsaaaja voi ratkaisun ja sen ilmentämien yleisten periaatteiden valossa saada muutoinkin suojaa myöhempää kiinteistöpanntivelkojaa kohtaan. Tältä osin on kuitenkin huomattava, että ratkaisun ilmentämien periaatteiden ulottuvuutta esimerkiksi sellaiseen arvon kaksoispanntaustilanteeseen, jossa kiinteistöpanntivelkoja on toinen luotonantaja, ei voida pitää selvänä. Harkittaessa ratkaisun KKO 1997:146 merkitystä arvon kaksoispanntaustilanteille yleensä onkin otettava huomioon, että ratkaisuun on mahdollisesti vaikuttanut myös se, että kiinteistöpanntioikeuden saajana on tapauksessa ollut yhtiöiden kanssa samaan intressitahoon kuulunut henkilö. On mahdollista, että tällaisen etuyhteyden vuoksi tilanteeseen on pantinantajankin velvollisuuksien osalta suhtauduttu ankarammin kuin jos kiinteistöpanntioikeuden saajana olisi ollut ulkopuolinen rahoittaja.⁵⁶ Siitä huolimatta, että osakepanntivelkoja voisikin saada suojaa myöhempää kiinteistöpanntivelkojaa kohtaan ilman nimenomaista kiinteistöä koskevaa panttauskieltoa, kiellolla saattaisi kuitenkin olla tosiasiallista merkitystä panttauksen ennalta estäjänä.

Lopulta voidaan vielä ajatella, että ratkaisuun liittyvien erityispiirteiden vuoksi sillä ei olisi yleistä merkitystä osakepanntivelkojan suojalle arvon kaksoispanntaustilanteissa. Voitaneen kuitenkin todeta, että vaikka ratkaisu koskeekin yksittäistä tapausta siihen liittyvine erityispiirteineen, se kuitenkin vahvistaa yleisiä periaatteita, joilla velkojaa voidaan suojata. Tältä kannalta sillä on merkitystä ainakin tarkasteltaessa muunlaisia arvon kaksoispanntaustilanteita.

Panttauksen pätemättömyys osakepanntivelkojaa kohtaan oli ratkaisussa KKO 1997:146 mahdollista toteuttaa, koska kiinteistöpanntinsaaaja ei saanut vilpittömän mielen suojaa. Vastoin edellä kuvattua disponointikieltoa tehty panttaus voi nimittäin olla loukattua panntivelkojaa kohtaan tehokas, jos kolmas, jonka hyväksi määräämistöimi tehtiin, oli vilpittömässä mielessä. Arvon kaksoispanntaustilanteissa tämä tarkoittaa sitä, että mikäli kiinteistöpanntivelkoja on tiennyt tai hänen olisi pitänyt tietää pantinantajan kompetenssin puuttumisesta, hänelle perustettu

⁵⁶ Ks. myös *Havansi* 1994 s. 61, jonka mukaan esimerkiksi OK 7:3:n yleiseen turvaamistöimeen voidaan kolmatta kohtaan vedota myös sellaiseen sopimukseen perustuvan oikeuden suojaamiseksi, joka normaalisti ei sido ulkopuolisia, mikäli käsillä olevassa tilanteessa kolmas on ollut tietoinen sopimuksesta ja muutoinkin läheisessä intressien yhteydessä jompaankumpaan sopimusosapuoleen. Tällöin kolmas ei itse asiassa enää olekaan täysin sopimuksen ulkopuolinen taho.

oikeus ei ole tehokas osakepanttivelkojaa kohtaan.⁵⁷ Vilpittömän mielen vaatimus voidaan tässä yhteydessä perustaa ensinnäkin yleiseen varallisuus oikeudelliseen periaatteeseen, jonka mukaan vilpillisessä mielessä ollutta ei suojata. Vilpittömän mielen vaatimus voidaan toiseksi kytkeä myös edellä esillä olleeseen vaatimukseen hyvän tavan ja sen edellyttämän huolenpitovelvollisuuden noudattamisesta oikeuden tehokkuuden edellytyksenä.⁵⁸

Vastaavanlainen vilpittömän mielen vaatimus voidaan kiinteistöpannettivelkojalle asettaa myös silloin, kun pantinantajan kompetenssia rajoittaa nimenomainen ehto. Suoja voidaan tällöinkin perustaa joko (MK:n) säännösten analogiseen tulkintaan tai niiden ilmentämien yleisten periaatteiden soveltamiseen taikka edellytykseen oikeustoimen hyvän tavan mukaisuudesta sen tehokkuuden edellytyksenä.

Molempien velkojatarhojen suojan osalta keskeistä on, onko myöhemmällä kiinteistöpannettivelkojalla selonottovelvollisuus aiemman osakepanttauksen tai kiinteistöä koskevan kompetenssinrajoituksen tai molempien olemassaolosta. Lähtökohtana voidaan pitää, että kiinteistöpannettivelkojilla ei ole yleistä selonottovelvollisuutta. Yleinen selonottovelvollisuus, joka kohdistuu muuhun kuin helposti rekisteristä selville saataviin tietoihin, haittaa kiinteistöjen vaihdantaa ja niiden käyttöä vakuutena liikaa. Erityinen selonottovelvollisuus voitaisiin kuitenkin perustaa ammattimaiselle luotonantajalle, jos tällä edellytetään olevan tieto osakepanttauksen käytöstä tietyissä yhteyksissä ja siihen liittyvistä osakepanttivelkojen riskeistä. Tämä tarkoittaa, että silloinkin, kun nimenomainen kiinteistöpanntauksen kieltävä ehto olisi olemassa ja kiinteistöpannettivelkoja olisi sen suhteen vilpittömässä mielessä, hänen panttioikeutensa voisi olla osakepanttivelkojaan nähden tehoton, jos hänen olisi pitänyt muutoin tietää, että kiinteistöpanntioikeus vahingoittaa aiemman osakekantapantin arvoa.

Ammattimaisen luotonantajan velvollisuus ymmärtää osakepanttauksen liittyvä riski, jolla erityistä selonottovelvollisuutta voidaan perustella, saa tukea esimerkiksi ratkaisun KKO 1999:12 perusteluista, jossa todettiin, että maallikkojen (ko. tapauksessa säästöpankin hallituksen jäsenten) ei ole tarvinnut ymmärtää arvon kaksoispanttauksen liittyvää osakepanttivelkojen riskiä. Sen sijaan toimitusjohtajan oli tämä riski tunnettava.⁵⁹ Argumenttia, jonka perusteella ammatti-

⁵⁷ Pantinantajan kompetenssin puuttuminen johtui siitä, että myöhempi määräämistoimi *loukkasi* aiempaa panttioikeutta, ei pelkästään siitä, että aiempi panttioikeus oli olemassa. Niinpä myös vilpittömän mielen vaatimus kohdistuu määräämistoimen loukkaavuuteen.

⁵⁸ Ks. myös *Tammi-Salminen* LM 1998 s. 446–453.

⁵⁹ Ratkaisu koski säästöpankin hallituksen jäsenen ja toimitusjohtajan korvausvastuuta pankille luotonannosta aiheutuneista vahingoista sekä korvauksen sovittelua. Ratkaisun perusteluissa todetaan muun muassa: ”Kun A (toimitusjohtaja) on tiennyt, että X:llä oli asunto-osakeyhtiön omistamaan maapohjaan ensisijaiset kiinnitykset, hänen olisi tullut varmistua siitä, että Y:lle saatiin vakuudeksi maapohjaan kiinnitetyt haltijavelkakirjat. – He (hallituksen jäsenet) eivät kuitenkaan ole tulleet X:llä asunto-osakeyhtiön omistamaan maapohjaan olleista kiinnityksistä. Kun takauksen vakuudeksi ovat luottoesittelyn mukaan tulleet [asunto-osakeyhtiön] osakkeet, hallituksen jäsenet ovat voineet luottaa siihen, että takauksen vakuudet olivat kunnossa. Ei voida vaatia, että he olisivat maallikkoina tulleet ajatelleeksi sitä, ettei osakkeiden panttaus ilman maapohjaan kiinnitettyjä haltijavelkakirjoja turvannut pankin asemaa velkojana pakkorealisaatiossa.” (lyh. *ETS*)

maisen luotonantajan on tunnettava riski arvon kaksoispanttauksesta, tukee myös Rahoitustarkastuksen määräys 103.2 joukkovelkakirjalainojen turvaavista vakuuksista (annettu 14.1.1994, voimassa 14.2.1994 lukien), jossa edellytetään, että kun vakuudeksi on annettu asunto-osakeyhtiön osakkeita, luottolaitos varmistautuu riittävässä laajuudessa siitä, että asunto-osakeyhtiön kiinteistöä eivät samanaikaisesti rasita kolmannen osapuolen hallussa olevat haltijavelkakirjat yhtiön osakkeiden arvoa vaarantavalla tavalla.

Jos ammattimaisen luotonantajan edellytetään tuntevan arvon kaksoispanttauksen riskin, se merkitsee kuitenkin samalla, että jos primuksena on ammattimaista luotonantotoimintaa harjoittava osakepanttivelkoja, myös hänen täytyy tietää panttiinsa liittyvä riski. Tällöin hänen on osattava varautua ainakin siihen, että hänen oikeutensa väistyy ainakin sellaisen sekunduksena olevan kiinteistöpanntivelkojen oikeuden edestä, joka ei tiedä osakekannan panttauksesta. Hän on toisin sanoen ottanut *tietoisien riskien käyttäessään puutteellisen suojan tuottavaa vakuusjärjestelyä*. Tämän vuoksi sekunduksen selonottovelvollisuuteen sekä kompetenssinrajoitusehdon olemassaolosta että aikaisemmasta osakepanttauksesta tulee suhtautua varauksellisesti. Selonottovelvollisuuden olemassaolo ja sen laajuus perustuu jälleen viime kädessä siihen, mitä vaihdannan edun aspektia halutaan painottaa. Mitä enemmän painotetaan rehellisen vaihdannan suojaamista, sitä suuremman painoarvon kollisionratkaisussa saa sekunduksena olevan ammattimaisen luotonantajan erityinen selonottovelvollisuus. Vastaavasti mitä enemmän painotetaan tehokkaan vaihdannan suojaamista, sitä enemmän korostuu näkökoh- ta, jonka mukaan primuksena oleva ammattimainen luotonantaja saa kantaa tietoi- sen riskinoton seuraukset. Nähdäkseni jonkinasteinen selonottovelvollisuus voi- daan asettaa ainakin luotonannossa ammattimaisesti toimivalle taholle toiminta- ympäristössä, jossa kompetenssinrajoitusehtojen käyttäminen kuuluu vakiintu- neeseen käytäntöön.

4. Oikeus vahingonkorvaukseen kolmannelta

4.1. LÄHTÖKOHDAT

Edellä todettiin, että vaikka primuksen oikeuden ei lähtökohtaisesti normaalien kollisionratkaisusääntöjen nojalla katsottaisi sitovan sekundusta, primusta voidaan kuitenkin suojata sekunduksen oikeuden haitallisilta vaikutuksilta silloin, kun sekundus on tehnyt primuksen oikeutta loukkaavan sopimuksen tarkoituksessa vahingoittaa tämän oikeutta tai kun sekundus on toiminut primuksen oikeuden suhteen välinpitämättömästi niin, että hänen toimintansa on hyvän tavan vastaista. Tällöin sekunduksen oikeutta voidaan pitää primuksen oikeutta loukkaavin osin tehottomana. Primuksella saattaa olla tällaisissa tilanteissa mahdollista vaihtoehtoisesti suojautua myös vaatimalla *vahingonkorvausta* sekundukselta.

Yleensä primukselle sekunduksen ja omistajan välisestä sopimuksesta aiheutunut vahinko on niin sanottu *puhdas varallisuusvahinko*. Puhtaalla varallisuusvahingolla tarkoitetaan sellaista varallisuusvahinkoa, joka ei ole yhteydessä henkilötai esinevahinkoon.¹ Panttioikeus omaisuuteen, jota rasittaa aiemman luotonantajän suojaksi perustettu panttauskielto, ei aiheuta tälle muunlaista kuin mahdollista taloudellista vahinkoa. Niinpä silloin, kun primuksen oikeus perustuu omistajan kompetenssia rajoittavaan ehtoon, hänelle syntyvä vahinko voi olla vain puhdas varallisuusvahinko.

Puhtaan varallisuusvahingon korvattavuus on sopimuksenulkoisen vahingonkorvausvelvollisuuden eli deliktivastuun² perusteella rajoitetumpi kuin henkilö- ja esinevahinkojen tai niihin liittyvien varallisuusvahinkojen korvattavuus. Tässä käsiteltävien tilanteiden osalta lähtökohtana sekunduksen vahingonkorvausvastuun määräytymisessä on *sopimuksenulkoisen vahingonkorvausvastuu*, koska primus ja tälle vahingon oikeudellaan aiheuttava sekundus eivät yleensä ole keskenään sopimussuhteessa.

Kuten edellä on todettu, joissakin tilanteissa saattaa kuitenkin olla niin, että primus ja sekundus ovat keskenään *sopimussuhteessa*. Näin voi olla esimerkiksi, kun primus ja sekundus ovat molemmat luotonantajina syndikoidussa luotossa tai kun heidän välillään luotonantajina muutoin on syntynyt sopimussuhde. Tällöin sekunduksen vastuuta arvioidaan *sopimusperusteisen vahingonkorvausvastuun* kriteereillä. Silloin myös puhdas varallisuusvahinko korvataan ilman erityisiä rajoituksia. Primuksella on tällöin normaali sopimusosapuolen oikeus saada positiivisen sopimusedun mukainen korvaus sekundukselta, joka on syyllistyi-

¹ Kyseisestä vahinkotyyppistä on käytetty myös nimityksiä taloudellinen vahinko ja varallisuusvahinko. Ks. *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 232 ja *Hemmo* 1998 s. 57.

² Terminologiasta ks. *Hemmo* 1998 s. 1 erit. alav. 3.

nyt sopimusrikkomukseen ja siten aiheuttanut primukselle vahinkoa.

Lisäksi primuksen ja sekunduksen suhteessa voi silloinkin, kun kysymys ei ole sopimussuhteesta, olla sellaisia *sopimuksenkaltaisia piirteitä*, joilla on merkitystä sekunduksen vahingonkorvausvastuun ulottuvuutta arvioitaessa. Sopimuksenkaltaiset piirteet voivat joko perustaa VahL 5:1:n puhtaan varallisuusvahingon korvattavuudelta edellyttämän erittäin painavan syyn tai antaa perusteen tilanteen arvioimiselle myös sopimusperusteisen vahingonkorvausvastuun kriteerein. *Hemmon* mukaan tällainen sopimuksenkaltaisuusperuste edellyttää joko sopimuksen valmistelutoimia tai sitä, että kolmannen henkilön taloudelliset intressit ovat läheisessä yhteydessä voimassa olevaan sopimukseen.³

4.2. VAHL 5:1:N ERITTÄIN PAINAVIEN SYIDEN KRITEERI

4.2.1. Yleistä

Sopimuksenulkaisen vahingonkorvausvastuun perusteista säädetään VahL:ssa sekä eräissä erityislaeissa. Tässä yhteydessä sovellettavaksi tulevat nimenomaan VahL:n säännökset. VahL 2:1.1:n pääsäännön mukaan jokainen vastaa tahallaan tai tuottamuksellisesti aiheuttamastaan vahingosta. Tämä pääsääntö ei lain mukaan kuitenkaan koske puhtaita varallisuusvahinkoja. Niiden osalta korvausvelvollisuus voi puuttua, vaikka vahinko olisi aiheutettu tahallisuudesta. Puhtaan varallisuusvahingon korvattavuudesta säädetään erikseen VahL 5:1:ssä. Säännös edellyttää korvattavuudelta, että vahinko on aiheutettu rikollisella teolla tai julkista valtaa käytettäessä taikka että sen korvaamiselle on olemassa erittäin painavia syitä.⁴

Panttauskompetenssinrajoituksen vastaisesti saadun panttioikeuden panttivelkojalle perustama korvausvastuu on siis lähtökohtaisesti mahdollinen vain, kun jokin VahL 5:1:n edellytyksistä täyttyy. Käytännössä ainoa mahdollisuus saada korvausta perustuu siihen, että vahingonkorvaukseen katsotaan olevan erittäin painavia syitä.⁵

VahL 5:1:n edellytys vahingon aiheutumisesta julkista valtaa käytettäessä ei yleensä voi täytyä käsillä olevien panttauskompetenssinrajoitusten rikkomisen osalta. Myöhempi pantinsaaaja ei yleensä ylipäänsä ole henkilö, joka käyttää julkista valtaa, ja vaikka pantinsaaaja tällainen julkista valtaa käyttävä henkilö olisikin,

³ Ks. lähemmin *Hemmo* 1998 s. 77–82.

⁴ Sivullisuhteita tarkasteltaessa on huomattava myös, että esinevahingonkin korvaaminen on rajallista siinä mielessä, että kolmannelle aiheutunutta vahinkoa ei yleensä korvata. Rajoitettujen esineoikeuksien haltijoita, kuten käyttöoikeudenhaltijaa tai pantinhaltijaa, ei kuitenkaan ole pidetty tällaisina kolmansina. Ks. lähemmin *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 229–231 sekä *Tuomisto* 1993 s. 37–38.

⁵ Erittäin painavien syiden kriteeri on yleisestikin VahL 5:1:n edellytyksistä tärkein, koska sen avulla voidaan muokata puhtaan varallisuusvahingon korvattavuuden alaa. Toinen mahdollisuus on ulottaa sopimusperusteista vahingonkorvausvastuuta laajemmalle.

panttioikeuden syntymiseen liittyvä menettely ei ole julkisen vallan käyttöä.⁶

Myöskään vahingon aiheutuminen rikollisella teolla ei tule normaalisti mahdollisena vahingonkorvaukseen oikeuttavana perusteena kysymykseen. Tämä korvausperuste ei aktualisoidu edes arvon kaksoispanttauksen primukselle aiheuttavan vahingon osalta, jos osakepanttilivelkojana olevan, yhtiön kompetenssinrajoituksesta sopineen primuksen vahinko syntyy myöhemmän panttioikeuden perustamisesta yhtiön omaisuuden muodostavaan kiinteistöön. Tämä johtuu osin siitä jo edellä todetusta seikasta, että on ylipäänsä epäselvää, täyttääkö arvon kaksoispanttaus RL 28:12:n vakuusoikeuden loukkauksen tunnusmerkistön. Vaikka arvon kaksoispanttaus täyttäisikin vakuusoikeuden loukkauksen tunnusmerkistön, kriteeri ei sovellu, koska tällöinkään rikokseen ei olisi syylistynyt myöhempi kiinteistöpanttilivelkoja vaan luotonsaaja, jolta primus olisi oikeutettu saamaan vahingonkorvausta sopimusrikkomuksesta muutoinkin. Selvää on lisäksi, että pelkän kompetenssia rajoittavan sitoumuksen rikkomisen perustamalla tai saamalla panttioikeus ei voi täyttää RL 28:12:n tunnusmerkistöä. Tämä johtuu siitä, että kompetenssinrajoitus ei ole RL 28:12:n tarkoittama vakuusoikeus.⁷

Erittäin painavien syiden kriteerin tarkoituksena on ilmeisesti ollut rajata korvausvelvollisuus poikkeuksellisiin tilanteisiin. Esimerkiksi lain esityöt eivät kuitenkaan selvennä, millaisia nämä poikkeukselliset tilanteet olisivat.⁸ Myöskään VahL 5:1:n soveltamisalaa koskevassa oikeuskäytännössä ei korvauskelpoisuuden osalta ole syntynyt selkeää linjaa.⁹

4.2.2. Hyvän tavan vastaisuus

Yleisenä esimerkkinä tilanteesta, jossa erittäin painavat syyt voivat olla käsillä, on oikeuskirjallisuudessa sekä oikeuskäytäntöä tulkiten että siitä itsenäisenä argumenttina mainittu vahingon aiheutuminen hyvän tavan vastaisen menettelyn joh-

⁶ Sinänsä julkisen vallan käytön käsitettä ei VahL:n tulkinnassa ole rajattu niin tiukasti kuin hallinto-oikeudessa. Hallinto-oikeudellisen julkisen vallan käytön määritelmästä ja suhteesta VahL:n tulkinnassa omaksuttuun ks. *Mäenpää* 2000 s. 154–155 ja myös s. 516–517.

⁷ Kyseinen säännös koskee vain pantti- tai pidätysoikeuden loukkaamista (panttioikeutena pidetään myös yritysikiinnitystä), ks. *HE 1988:66* s. 47. Ks. myös KKO 1998:131 ja KKO 1999:92, joissa RL 28:12:n mukaista vakuusoikeuden loukkausta ei katsottu tapahtuneen, kun julkivarmistusta ei ollut tapahtunut eikä tehokasta panttioikeutta eli vakuusoikeutta, jota olisi voitu loukata, siten ollut vielä syntynyt, ja *Havansi* 1992a s. 102. Vrt. *KTM 1996:20* s. 77, jossa KTM:n kovenanttityöryhmässä kerrotaan pohdittu, olisiko luotonsaajan panttauskompetenssinrajoitusehdon rikkomisen ”luonteeltaan rikoslain mukainen vakuusrikkomus”. RL:ssa ei ole vakuusrikkomus-nimistä rikosta eikä RL 28:12:n lisäksi mitään muuta rikostunnusmerkistöä, jonka kriteerit menettelyn voisi ajatella täyttävän. RL:n mukaisella vakuusrikkomuksella onkin ilmeisesti tarkoitettu RL 28:12:n mukaista vakuusoikeuden loukkausta. Kyseinen lähde ei kerro, päädyttiinkö pohdinnassa johonkin tulokseen ja jos päädyttiin, niin millaiseen.

⁸ VahL 5:1:n erittäin painavan syyn kriteerin syntytaustasta ja vaiheista lainvalmistelussa ks. esim. *Kaivola – Nybergh – Ståhlberg* DL 1993 s. 415–416.

⁹ Ks. *Kaivola – Nybergh – Ståhlberg* DL 1993 s. 417–419, *Hemmo* 1998 s. 75 ja *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 234–236.

dosta. Hyvän tavan vastaisen menettelyn kriteeriin liittyy ajatus teon moitittavuuden merkityksestä vahingonkorvausvastuun syntymiselle.

Erittäin painavasta syystä on kysymys ainakin silloin, kun oikeustoimi on tehty tahallisuudessa vahingoittamistarkoituksessa.¹⁰ Erittäin painavat syyt voivat olla käsillä, vaikka ei voitaisikaan ainakaan suoraan näyttää, että tarkoituksena oli vahingoittaa toisen taloudellisia intressejä, jos vahinkoa aiheuttaneen on kuitenkin täytynyt ymmärtää, että hänen menettelystään varsin todennäköisesti aiheutuu vahinkoa, ja jos menettelytapaa, jolla vahinko aiheutetaan, pidetään epälojalina. Myös tällöin kysymys on hyvän tavan vastaisesta menettelystä.¹¹

Oikeuskäytännössä erittäin painavana syynä vahingonkorvauksen myöntämiseen puhtaasta varallisuusvahingosta on pidetty menettelyä, joka on SopMenL 1 §:n elinkeinotoiminnassa edellyttävän hyvän liiketavan tai muutoin toisen elinkeinonharjoittajan kannalta sopimattoman menettelyn vastaista (KKO 1997:181). Erittäin painavana syynä on pidetty myös menettelyn tietyn alan tavan vastaisuutta, esimerkiksi hyvän lehtimiestavan (KKO 1991:79) tai hyvän asianajajatavan (KKO 1992:44) vastaisuutta. Vastaavasti voidaan ajatella erittäin painavan syyn mahdollisesti olevan olemassa, kun on menetelty pankkien välisen hyvän pankkitavan vastaisesti.

On mahdollista, että VahL 5:1:n edellyttämät erittäin painavat syyt voivat olla käsillä, kun on kysymys oikeuden väärinkäytöstä aiemmin jaksossa III kuvatuilla tavoilla. On kuitenkin huomattava, että hyvän tavan vastaisuus ei aina ole perustanut VahL 5:1:n mukaista erittäin painavaa syytä.¹² Hyvän tavan vastaisuus ei meillä olekaan ainakaan selkeästi niin laaja kriteeri varallisuusvahingon korvatuudelle kuin esimerkiksi Saksassa, jossa BGB 826 §:n yleislausekkeen mukaan, mikäli henkilö vastoin hyviä tapoja vahingoittaa toista, hän on velvollinen korvaamaan näin aiheutuneen vahingon.¹³ Vahingonkorvausvelvollisuuden syntymistä aina silloin, kun vahinko on aiheutunut hyvän tavan vastaisen menettelyn johdosta, on kuitenkin perusteltua puoltaa *de sententia ferenda*.¹⁴

Vastaavanlaisia luotonantajan suojamahdollisuuksia kuin meillä on myös Ruotsin oikeudessa. Ruotsin vahingonkorvauslain (SkL) 2:4:n mukaan edellytys puhtaana varallisuusvahingon korvaamiselle on, että se on aiheutettu rikoksella.¹⁵ SkL ei tunne VahL:n erittäin painavan syyn edellytystä. Tästä huolimatta oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin esitetty esimerkiksi, että jos saamisvelallinen ja myöhempi oikeudenhaltija ovat syyllistyneet kollusiiviseen menette-

¹⁰ Saxén 1975 s. 73 ja Routamo – Ståhlberg 2000 s. 53.

¹¹ Saxén 1975 s. 74.

¹² Ks. KKO 1991:32 ja Kaivola – Nybergh – Ståhlberg DL 1993 s. 418 sekä Routamo – Ståhlberg 2000 s. 235.

¹³ Varallisuusvahinkojen korvaamisesta Saksan oikeuden mukaan ks. lähemmin esim. Hemmo 1998 s. 58–59 viitteineen. BGB 826 §:stä ks myös edellä jaksossa III 2.1. esitettyä.

¹⁴ Ks. myös Hemmo 1998 s. 75, jonka mukaan hyvän tavan vastaisesta menettelystä pitäisi pääsääntöisesti seurata vahingonkorvausvelvollisuus.

¹⁵ Lisäksi SkL 3:2.1:n mukaan valtion ja kuntien vastuu ulottuu myös varallisuusvahinkoihin.

lyyn, oikeudenhaltija olisi vahingonkorvausvelvollinen menettelyn vuoksi vahinkoa kärsineelle, vaikka menettely ei täyttäisikään mitään rikostunnusmerkistöä.¹⁶

4.2.3. Sopimussuhteen häiritseminen

Erittäin painavan syyn edellytyksen täittyminen voitaisiin perustaa myös olemassa olevien sopimusten kunnioittamisen vaatimuksen rikkomiseen. Tällöinkin on kysymys hyvän tavan vastaisesta menettelystä. Oppi sopimussuhteen häiritsemisestä vahingonkorvausvastuun perusteena on tunnettu erityisesti common law -maissa. Sitä on käytetty hyväksi myös tarkasteltaessa kompetenssinrajoitusedolla suojautuneen luotonantajan mahdollisuuksia vahingonkorvauksen perimiseen myöhemmältä panttivelkojalta.

Vaikka kompetenssinrajoituksen vastaisesti perustettu panttioikeus ei olisikaan tehoton rajoituksella suojautunutta velkojaa vastaan edes silloin, kun panttivelkoja tiesi aiemmasta kompetenssinrajoituksesta,¹⁷ hän voi common law -maissa silti saada suojaa myöhempää panttivelkojaa vastaan sillä perusteella, että panttivelkoja on syyllistynyt siviilioikeudelliseen rikkomukseen. Se tunnetaan angloamerikkalaisessa oikeudessa käsitteellä *tort*. Sillä ei ole suoraa vastinetta pohjoismaisissa tai yleensä romaanis-germaanisissa oikeusjärjestyksissä, mutta yleensä se on käännetty oikeudenvastaiseksi teoksi ja siitä seuraava vastuu deliktiperusteiseksi vastuuksi.¹⁸

Tässä yhteydessä relevantti *tort* koskee henkilön olemassaolevien oikeuksien loukkausta. Sen keskeisin muoto liittyy henkilön sopimukseen perustuvien oikeuksien loukkaamiseen ja se tunnetaan nimillä *tort of interference with contrac-*

¹⁶ Ks. esim. *Hessler* 1973 s. 463 ja *Rodhe* 1985 s. 332. *Hesslerin* (1973 s. 495) mukaan vahingonkorvausvelvollisuuden perustana voisi tällöin pitää jonkinlaista vastinetta takaisinsaantisäännösten historiallisena taustana olevalle roomalaisen oikeuden *actio pauliana* -säännölle, jonka mukaan sopimus peräytyy, jos se aiheutti vahinkoa velkojille ja jos velallisen tarkoituksena oli aiheuttaa vahinkoa ja kolmas oli tästä tietoinen. Shikaaninomaisessa tarkoituksessa tehtyjen oikeustoimien osalta puhtaan varallisuusvahingon korvattavuutta on puoltanut esim. *Karlgren* 1972 s. 109–110. Ks. lisäksi *Hellner* 1995 s. 71–75.

¹⁷ Myös common law -maiden oikeudessa on vallinnut epäselvyys siitä, saako luotonantaja suojaa luottosopimukseen sisältyvän kompetenssinrajoituksen perusteella (siitä tietoista) myöhempää panttivelkojaa kohtaan vai ei. Ks. kysymyksestä esim. *Gilmore* 1965 s. 999–1019 ja *Goode* 1989 s. 17–23.

¹⁸ Ks. esim. termin ja siihen liittyvien käsitteiden saksankielisiä ja ranskan-kielisiä käännöksiä *Herbst* 1966 s. 1052 ja suomenkielistä käännöstä *Joutsen* 1985 s. 545. Ks. myös *Zweigert – Kötz* 1996 s. 597–716, erit. s. 598–599 ja s. 607–618. *Huhtamäki* (1993 s. 209) on kääntänyt *tortin* sopimussuhteen ulkopuoliseksi vahingonkorvausoikeudeksi. Käännös ei ole täysin täsmällinen. *Tort* sinänsä tarkoittaa tekoa, josta vastuu seuraa. Vaikka vahingonkorvausvelvollisuus loukatulle taholle on keskeinen vastuun ilmentymistapa, se voi ilmetä myös muulla tavoin. Ks. *Markesinis – Deakin* 1996 s. 735–738, jossa käsitellään erilaisia kieltotuomioita (*injunctions*), joiden tarkoitus on estää teon tekeminen tai sen jatkaminen. Tortiin ja sopimukseen perustuvan vastuun eroista ks. lähemmin s. 7–12 ja *tort*-vastuun muista yleisistä edellytyksistä s. 16–22.

tual relations, tort of inducement of breach of contract tai *tort of procuring a breach of contract*. Se luo kolmansille velvollisuuden kunnioittaa myös sellaisiin sopimuksiin perustuvia oikeuksia, jonka osapuolia he eivät ole.

Keskeinen oikeustapaus, johon tämä *tort* perustuu, on englantilainen ratkaisu *Lumley v. Gye* (1853). Ratkaisu on yksi siteeratuimmista common law -oikeusjärjestelmässä ja sillä on ollut tämän järjestelmän piirissä laajakantoista valtioiden rajat ylittävää merkitystä. Ratkaisuun on perustettu sääntö, jonka mukaan A, joka tietoisesti suostuttelee B:n rikkomaan sopimuksensa C:n kanssa, on vastuussa tästä C:lle aiheutuneesta vahingosta.

Tapauksessa L oli tehnyt sopimuksen oopperalaulaja W:n kanssa siitä, että tämä laulaa L:n teatterissa. Tämän jälkeen G oli tarjonnut W:lle mahdollisuutta laulaa omassa teatterissaan korkeammalla palkkiolla kuin mitä W oli L:n kanssa sopinut. G oli ollut tietoinen L:n ja W:n välisen sopimuksen ehdoista. L:llä katsottiin olevan oikeus saada vahingonkorvausta G:ltä.

Ratkaisussa *Lumley v. Gye* kolmannen vahingonkorvausvastuu syntyi silloin, kun tämän toiminta (1) suoraan loukkasi sopimusta. Lisäksi vastuun syntymiseltä edellytettiin, että kolmannen toiminta (2) johti oleellisen sopimusvelvoitteen rikkomiseen.¹⁹ Kriteerit ovat kuitenkin myöhemmin lieventyneet. Vastuu voi syntyä ensinnäkin jo, kun toiminta loukkaa sopimukseen perustuvaa oikeutta epäsuorasti.²⁰ Toiseksi vastuu voi syntyä, vaikka sopimusrikkomusta ei sinänsä tapahtuisikaan, jos toiminta vain on haitannut sopimusvelvoitteiden täyttämistä ja aiheuttanut sillä tavoin taloudellisen menetyksen.²¹

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että yllä mainittuun perusteeseen nojautuva *tort*-vastuu kohtaisi myös sellaista panttivelkojaa, joka on saanut pantin niin, että se loukkaa velallisen aiemmin tekemää sopimusta. Jotta *tort*-vastuu soveltuisi kompetenssinrajoitukseen liittyvän oikeuden loukkaukseen, se ei usein edes tarvitse yllä esitettyjä vastuuedellytyksiin tehtyjä laajennuksia. Panttioikeuden perustaminen loukkaa suoraan aiemman velkojan sopimusta velallisen kanssa. Lisäksi se johtaa sopimusrikkomukseen, jos velallisen suoritus jää saamatta.²²

Panttioikeuden perustaminen vastoin aiempaan sopimukseen perustuvaa panttauskompetenssinrajoitusta on siten tyypiltään toimintaa, joka voi perustaa *tort*-vastuun. Jotta vastuu kohtaisi panttivelkojaa, edellytetään kuitenkin vielä, että hänellä oli tarkoitus toimia kolmannen tekemän sopimuksen vastaisesti. *Tort*-vastuu kohtaa sopimusta rikkonutta vain, kun hän on tarkoittanut loukata kolmannen sopimukseen perustuvia oikeuksia. Kuten edellä on esitetty, tämän tarkoituksen katsotaan ilmenevän kuitenkin jo siitä, että henkilö on tiennyt sopimuksesta ja siitä, että hänen toimintansa loukkaa kolmannen sopimukseen perustuvia oikeuk-

¹⁹ *Markesinis – Deakin* 1996 s. 383.

²⁰ *Markesinis – Deakin* 1996 s. 383–385.

²¹ *Markesinis – Deakin* 1996 s. 385–387.

²² *Stone* JIBL 1991 s. 311.

sia. Nykyaikainen tort-vastuu ei edellytä, että henkilöllä olisi ollut nimenomainen tarkoitus vahingoittaa kolmatta tai että vahingoittamistarkoitus olisi ollut hänen toimintansa yksinomaista tai pääasiallisena motiivina. Toisaalta tort-vastuu ei perustu myöskään pelkästään henkilön huolimattomuuteen. Vastuun syntyminen edellyttää, että henkilö joko (1) tiesi, että hänen toimintansa aiheuttaa aikaisemman sopimukseen perustuvan oikeuden toteutumatta jäämisen, tai että hän (2) ei välitä siitä, miten hänen toimintansa vaikuttaa kyseiseen oikeuteen. Jälkimmäisessä tapauksessa vastuu syntyy siis, jos henkilö suhtautuu tekonsa seurauksiin välinpitämättömästi eli jos hän tietää, että hän toiminnallaan luo riskin sopimusrikkomuksen tapahtumisesta, eikä välitä siitä, toteutuuko riski vai ei.²³

Luottosopimusten yhteydessä sovittujen kompetenssinrajoitusten osalta tort-vastuun syntyminen edellyttää siten, että pantinsaaja tiesi ottavansa pantin kompetenssinrajoituksen vastaisesti. Oikeuskirjallisuudessa on osin oikeuskäytäntöön nojautuen puollettu tulkintaa, jonka mukaan vastuun syntyminen ei edellytä, että pantinsaaja olisi tiennyt rajoitusehdon tarkan sisällön, jos hän kuitenkin tietää ehdon olemassaolosta tai ainakin aiemmasta luottosopimuksesta sen verran, että hänen on aihetta epäillä panttioikeuden perustamisen loukkaavan tätä sopimusta. Tulevalla panttivelkojalla onkin tällaisissa olosuhteissa tietynasteinen selonottovelvollisuus. Velkojan on vastuun välttääkseen selvitettävä kompetenssinrajoituksen tarkempi sisältö ja varmistuttava, että se ei ole ristiriidassa perustettavan panttioikeuden kanssa.²⁴ Toisaalta silloin, kun panttivelkoja ei alun alkaenkaan tiedä, että velallinen olisi sitoutunut kyseiseen ehtoon, hänellä ei ole velvollisuutta aktiivisesti selvittää ehdon olemassaolo,²⁵ ellei kyse ole sellaisesta toimintaympäristöstä, jossa kompetenssinrajoituksia käytetään yleisesti.²⁶ Tort-vastuu voi edellä mainituilla perusteilla syntyä panttivelkojalle siitä huolimatta, että hänen tarkoituksensa oli ainoastaan saada vakuus omalle velalleen, sillä mikäli hän tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää kompetenssinrajoituksesta, hänen voidaan olettaa suhtautuneen välinpitämättömästi siihen, loukkaako hän kolmannen sopimukseen perustuvaa oikeutta.²⁷

Vaikka velkoja tietäisikin kompetenssinrajoitusehdosta ja siitä huolimatta ottaisi pantin, voitaisiin kuitenkin ajatella, että ehdon rikkominen perustuu ensisijaisesti velallisen käyttäytymiseen eikä velkojan käyttäytymiseen, ja siten vastuukin sopimusrikkomuksen seurauksista kompetenssinrajoitusehdon vaatineelle velkojalle kohtaisi yksin velallista. Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin toisaalta todettu, että se, että velallinen on valmis rikkomaan sopimusta, ei yksin aiheuta sopimusrikkomusta, vaan myös velkojan on haluttava panttia siitä huolimatta, että se on velallisen tekemän sopimuksen vastainen.²⁸

²³ *Markesinis – Deakin* 1996 s. 381–382.

²⁴ *Han* SJLS 1996 s. 424–425. Ks. myös *Bjerre* Cornell LR 1999 s. 329–331.

²⁵ *Stone* JIBL 1991 s. 313–314.

²⁶ *Arkins* JIBL 2000 s. 203–204.

²⁷ *Stone* JIBL 1991 s. 314–315.

²⁸ *Stone* JIBL 1991 s. 315–318, *Han* SJLS 1996 s. 424.

Myös Norjassa ja Tanskassa opille sopimussuhteiden häiritsemisestä vahingonkorvausvastuun perustana on annettu merkitystä.²⁹ Tästä huolimatta panttauskompetenssinrajoituksen suojakseen vaatineen velkojan mahdollisuuteen saada rajoitusta loukanneelta kolmannelta vahingonkorvausta tällä perusteella on suhtauduttu pidättyvästi.³⁰ Suhtautumisen taustalla voidaan nähdä edellä esitetty näkemys siitä, että ehdon rikkominen perustuu ensisijaisesti velallisen käyttäytymiseen eikä velkojan käyttäytymiseen, minkä vuoksi on perusteltua, että vastuu sopimusrikkomuksen seurauksista kompetenssinrajoitusehdon vaatineelle velkojalle kohtaa yksin velallista.

Meillä kyseisellä opilla on ollut vähemmän merkitystä.³¹ Oikeuskäytännössä sitä ei havaintojeni mukaan tunneta. Estettä sen käyttämiselle erittäin painavien syiden täyttymisen harkinnassa ei kuitenkaan ole. Oikeuskirjallisuudessa siihen onkin viitattu.³² Vahingonkorvausvelvollisuuden perustamiselle sopimussuhteen häiritsemiseen saadaan myös lainsäädännöllistä tukea KK 13:2:stä. Säännöksen mukaan se, joka ”vuokralle ottaa minkä tiesi toiselle vuokratuksi” on velvollinen korvaamaan syntyneen vahingon. Sen voidaan ajatella ilmentävän laajempaa periaatetta, jonka mukaan toisen oikeuksia tietoisesti loukkaavalla on vastuu aiheuttamastaan vahingosta.

Sopimussuhteen häiritsemiselle annettu merkitys perustuu viime kädessä siihen, millainen painoarvo velvollisuudelle kunnioittaa olemassa olevia sopimuksia annetaan suhteessa vaihdannan subjektien yleiseen toimintavapauteen.³³ Kysymys pelkistyy tällöin jälleen siihen, miten rehellisen ja tehokkaan vaihdannan edistämistä painotetaan toisiinsa nähden. Pohdittaessa sopimussuhteen häiritsemistä koskevan opin merkitystä tässä esitettyjen näkökohtien valossa on kiinnitettävä huomiota siihen seikkaan, että puhtaan varallisuusvahingon suppeahko korvattavuus ylipäänsä sopimussuhteiden ulkopuolella johtuu tehokkaan vaihdannan edistämispyrkimyksistä.

Sopimussuhteen ulkopuolella syntyneen puhtaan varallisuusvahingon korvaaminen on nähty vahingon aiheuttajan toimintavapauden rajoituksena. Yhteiskuntamuodossa, jonka taloudellinen rakenne perustuu vapaille markkinoille ja kilpailulle, henkilön toimintavapauteen on katsottu kuuluvan lähtökohtaisesti oikeus aiheuttaa toiselle taloudellista vahinkoa jopa tahallisesti. Tämän vuoksi on pidetty perusteltuna, että esimerkiksi liiketoiminnassa vahingonkorvausvastuuta ei aina

²⁹ Ks. lähemmin esim. *Ussing* 1946 s. 528–551, *Fleischer* LoR 1964 s. 449–463, *Arnholm* 1974 s. 332–350, *Augdahl* 1978 s. 407–431 ja *Krüger* 1991 s. 68–70.

³⁰ Ks. esim. *Krüger* 1991 s. 652 alav. 17: ”Betraktningen vil iallfall i forretningsforhold ofte bli at det primært får bli A’s sak å vurdere sitt forhold til B når han inngår i et avtaleforhold med C som forstår at dette vil skade B. Formodentlig av denne grund vil avtaler om ’negative pantsettelse’ ikke virke overfor den som blir tilsagt pantesikkerhet på tross av slike forbud.”

³¹ Myöskään Ruotsissa opilla ei ole ollut vahvaa jalansijaa, ks. *Kleineman* 1987 s. 235 ja s. 284. Ks. kuitenkin *Bernitz* JJ 1988 s. 59–70, jonka mukaan vahingonkorvausvastuu voidaan useissa erityisestti kilpailuoikeudellisissa tilanteissa perustaa kyseiseen oppiin.

³² Ks. *Saxén* 1975 s. 74–75 ja *Hemmo* 1998 s. 228–233 sekä myös *Hakulinen* 1965a s. 253–254.

³³ Ks. *Hemmo* 1998 s. 229.

synny menettelystä, jonka seurauksena toisen varallisuusasema huononee.³⁴ Myöskään oikeuksien kollisiotilanteessa, jossa joku kärsii vahinkoa siitä, että toinen käyttää laillista oikeuttaan, ei tämän vuoksi voi normaalisti syntyä korvausvelvollisuutta.³⁵ Tähän toimintavapauden rajoitusargumenttiin liittyy vahvasti myös toinen puhtaan varallisuusvahingon rajallisen korvauskelpoisuuden perustelu. Sen mukaan laaja korvausvelvollisuus johtaisi hallitsemattomiin vastuun lisäyksiin. Henkilö ei siten voisi ennakoida mahdollisia vastuitaan. Tämä voisi puolestaan seurannaisvaikutuksena johtaa tosiasiallisen toimintavapauden rajoitukseen.³⁶

Tehokkaan vaihdannan edistämiseen liittyvä (omistajan) toimintavapauden turvaaminen on normien taustalla oleva tekijä, joka rajoittaa sekä oikeuden sitovuutta sivullisiin että korvausvelvollisuutta sivullisen oikeuden vahingoittamisesta: Primuksen oikeus ei sido, jos se on epätarkoituksenmukainen eli rajoittaa liikaa sekunduksen ja omistajan toimintavapautta. Samoin oikeuden vahingoittamisesta ei seuraa korvausvelvollisuutta, jos se rajoittaisi liikaa muitten vaihdannan subjektien toimintavapautta.³⁷

Henkilön oikeudellisen toimintavapauden rajoittaminen on lähtökohtaisesti jo lojaliteettivelvollisuuteen liittyvien periaatteiden perusteella perustellumpaa sopimussuhteessa, jossa osapuolilla on muutoinkin pidemmälle meneviä velvollisuuksia kuin toisiinsa nähden täysin vieraiden osapuolten välillä. Toimintavapauden rajoittamista puhtaan varallisuusvahingon aiheuttaman vahingonkorvausvelvollisuuden perusteella voidaan nähdä perustelluksi myös silloin, kun osapuolten välillä on muu erityinen sopimuksenkaltaisen vastuusuhte, jolloin heillä on myös huolenpitovelvollisuus toistensa intresseistä.

Varallisuusvahingon rajallista korvausvelvollisuutta sopimussuhteen ulkopuolella voidaan taloudellisen vaihdannan näkökulmasta perustella myös vahingonkäräjän aktiivisuuteen liittyvillä argumenteilla. Voidaan edellyttää, että jokaisen on itse turvattava asemansa esimerkiksi sopimusjärjestelyillä. Tällä argumentilla on merkitystä vastuun rajoittajana silloin, kun vahingonkäräjä voi saada korvausta sopimuskumppaniltaan, mutta sillä ei voi olla sellaista yleistä kantavuutta, että oikeus vahingonkorvaukseen sulkeutuisi pois, jos vahinko on aiheutettu teolla, jota ei voida pitää hyväksyttävänä.³⁸ Yleisestikin mahdollisuus korvausvastuuseen

³⁴ Ks. *Hakulinen* 1965a s. 250 ja *Hemmo* 1998 s. 96 ja s. 102–103. Ks. myös esim. *Karlgren* 1972 s. 102: ”Hela det nuvarande samhällsskicket, med dess alltjämt så omfattande möjligheter till fri konkurrens och företagsamhet, bygger på att det i största utsträckning är tillåtet, ja att det är för samhället nyttigt, att vi tillfoga varandra skador.”

³⁵ *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 52–53.

³⁶ Ks. *Hemmo* 1998 s. 103–106.

³⁷ Vahingonkorvausvastuun syntymisen yleisenä edellytyksenä on, että teko on oikeudenvastainen. Toimintavapauden rajojen sisälle jäävä menettely ei ole oikeudenvastainen. Oikeudenvastaisuuden, hyvän tavan vastaisuuden ja VahL 5:1:n erittäin painavien syiden kriteerien välisestä suhteesta ks. *Hakulinen* 1965a s. 250, *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 52 ja *Hemmo* 1998 s. 97–102.

³⁸ Ks. keskustelusta lähemmin *Hemmo* 1998 s. 107–109. Ks. myös *Routamo – Ståhlberg* 2000 s. 53.

VahL 5:1:n erittäin painavien syiden perusteella heijastaa myös rehellisen vaihdannan edistämisen vaatimukselle annettua merkitystä.

Varallisuusvahingon poikkeuksellisen korvattavuuden taustalla on myös ajatus siitä, että henkilön oikeuksien omistamiinsa esineisiin katsotaan olevan suojanarvoisempia tai tarvitsevan suojaa enemmän kuin henkilön muunlaiset varallisuusetuudet, kuten esimerkiksi henkilön oikeudet ja odotukset, jotka perustuvat vielä täyttämättä oleviin sopimuksiin. Toisin kuin puhdas varallisuusvahinko esinevahinko korvataan VahL:n pääsäännön mukaan. Tämä ero ei ole aina perusteltu. Ensinnäkin vahinkoa kärsinyt henkilö saattaa tarvita suojaa yhtä hyvin silloin, kun kolmas on loukannut hänen esineeseen kohdistuvaa oikeuttaan, kuin silloin, kun hänen sopimuksiin perustuvat oikeutensa ovat jääneet saamatta kolmannen toiminnan vuoksi. Myös yleisen (kansan)taloudellisen intressin osalta voidaan todeta, että aineettomien varallisuusarvojen taloudellinen merkitys on jatkuvasti kasvamassa. Tämän vuoksi myöskään eroa esinevahinkojen ja puhtaiden varallisuusvahinkojen korvattavuuden välillä ei välttämättä ole perusteltua pitää yllä. Merkityksen antaminen sopimussuhteen häiritsemistä koskevalle opille on yksi keino lieventää vahinkotyyppien korvaamisen eroja. Sille tulisi myös tehokkaan vaihdannan kannalta antaa sitä enemmän merkitystä mitä vähemmän esine- ja varallisuusvahingon eroa halutaan korostaa.³⁹

Tässä yhteydessä on kiintoisaa kiinnittää jälleen huomiota myös esineoikeudessa käytyyn keskusteluun esineen käsitteestä. Erityisesti tässä yhteydessä on huomattava, että vaikka esineen käsitteen katsottaisiinkin huolimatta aineettomien varallisuusobjektien arvon ja merkityksen lisääntymisestä koskevan edelleenkin vain fyysisesti havaittavissa olevia yksilöityjä aineellisia kohteita, se ei merkitse, että näitä ryhmiä pitäisi kohdella eri tavalla kollisionratkaisutilanteissa.

Varhaisemman oikeuskirjallisuuden mukaan vahingonkorvausvastuu on voinut perustua sopimussuhteen häiritsemiseen vain silloin, kun toisen sopimussuhteeseen on puututtu tarkoituksessa vahingoittaa sopimuspuolta.⁴⁰ Kun sopimussuhteen häiritsemistä koskevalle opille annetaan enemmän merkitystä, vahingonkorvausvastuu voidaan perustaa jo siihen, että sopimussuhteeseen on puututtu tietoisena siitä, että kyseinen puuttuminen estää sopimuksen täyttämisen.

4.3. LOPPUTULOS

Luotonantajalla voi olla oikeus suojaautua kompetenssinrajoitusehtoa rikkovan panttauksen haitallisilta vaikutuksilta myös vaatimalla vahingonkorvausta ehtoa rikkoneelta velkojalta. Tämä on mahdollista ainakin silloin, kun velkoja on tehnyt

³⁹ Ks. *Hemmo* 1998 s. 88–89 ja myös s. 230–232.

⁴⁰ Ks. *Hakulinen* 1965a s. 253–254 ja *Saxén* 1975 s. 74–75.

aiemman luotonantajan oikeutta loukkaavan sopimuksen *tarkoituksessa vahingoittaa* tämän oikeutta. Lisäksi se on perusteltua myös silloin, kun myöhempi pantinsaaja on toiminut aiemman luotonantajan oikeuden suhteen *välinpitämättömästi* ja loukannut olemassa olevaa sopimusta niin, että hänen toimintansa on *hyvän tavan vastaista*. Katson, että tällöin VahL 5:1:n puutaan varallisuusvahingon korvattavuudelta edellyttämä erittäin painavan syyn kriteeri täyttyy edellä esitetyin perustein. Tällöin on yleensä myös kyse tilanteista, jolloin myöhempi sekunduksen hyväksi tapahtunut panttaus voidaan julistaa pätemättömäksi panttauksella loukattua primusta kohtaan. Vahingonkorvausvastuu voi kuitenkin syntyä myös tilanteissa, joissa pätemättömyysseuraus ei syystä tai toisesta tule kyseeseen.

Mahdollisuus vahingonkorvausvastuuseen joutumisesta saattaa olla omiaan ehkäisemään luotonantajia tällaisiin kiellonvastaisiin toimiin ryhtymisestä siltä periaatteelliselta kannalta, että velkoja ei halunne jälkeensä joutua myös velalliseksi. Toisaalta kun menettelyllä loukattu velkoja on oikeutettu saamaan vahingonkorvauksena ainoastaan summan, joka muodostuu erotuksesta hänen tosiasiallisesti saamansa suorituksen ja sen summan välillä, jonka hän olisi saanut, jos kompetenssinrajoitusehtoa ei olisi rikottu, vahingonkorvauksen määrä saattaa olla vain pieni osa rajoituksen vastaisesti saadun vakuuden arvosta. Näin on silloin, kun panttioikeudella loukattu velkoja on ollut vakuudeton. Tällaisessa tilanteessa saattaa edelleen olla taloudellisesti kannattavaa ottaa pantti kompetenssinrajoitusta tietoisestikin rikkoen.⁴¹ Tältä taloudelliselta kannalta katsottuna ratkaisu kiellonvastaiseen toimintaan ryhtymisestä tai siitä pidättäytymisestä onkin siten pitkälti rahoitusta tarvitsevan käsissä.

⁴¹ Ks. *Sen SJLJ* 1996 s. 431.

5. Oikeudellisen määräämistoimen peräyttäminen takaisinsaannilla

5.1. YLEISTÄ

Edellä takaisinsaantilainsäädännön merkitystä panttauskompetenssinrajoitusten vastaisesti perustetun panttioikeuden tehokkuudelle on käsitelty lainsäädännön taustalla olevien yleisten periaatteiden osalta. Erityistä huomiota kiinnitettiin säännösten heijastamaan velkojien väliseen huolenpitovelvollisuuteen, jonka lainminlyöntiä pantin ottaminen saattoi merkitä ja johon panttioikeuden tehottomuus aiempaa luotonantajaa vastaan saatettiin joissain tilanteissa perustaa.¹ Seuraavassa tarkastellaan lyhyesti luotonantajan mahdollisuutta saada suojaa myöhempää panttivelkojaa kohtaan suoraan takaisinsaantilainsäädännön nojalla eli mahdollisuutta saattaa myöhempi panttioikeus tehottomaksi luotonantajaan nähden peräyttämällä panttaus. Tarkoitus on tuoda esiin lähinnä erityispiirteitä, joita tilanteeseen saattaa liittyä silloin, kun luotonantajan asemaa turvaavaa luotonsaajan panttauskompetenssinrajoitusta on rikottu. Luotonantaja voi nostaa takaisinsaatikanteen esimerkiksi velallisen konkurssissa. Hän voi vaatia sitä myös yrityksen saneerauksen tai ulosmittauksen yhteydessä.²

Takaisinsaannilla tarkoitetaan pätevien ja muutoin velkojia sitovien määräämistöimien julistamista tehottomaksi heitä kohtaan TakSL:sta ilmenevillä perusteilla.³ Takaisinsaanti ei yleensä ole tarpeen, jos määräämistöimi on jollakin muulla perusteella pätemätön tai tehoton velkojia kohtaan. Mahdollisuus panttauskompetenssinrajoituksen vastaisesti tehdyn panttauksen peräyttämiseen takaisinsaannilla onkin lähtökohtaisesti merkityksellinen vain silloin, kun panttausta ei voida julistaa tehottomaksi jo edellä käsitellyillä perusteilla. Takaisinsaanti on siten eräänlainen viimeinen keino (*ultima ratio*) velkojien suojan toteuttamiseksi.⁴ Takaisinsaantiin on kuitenkin mahdollista turvautua, vaikka määräämistöimi voitaisiin julistaa tehottomaksi muullakin perusteella.

Riski velallisen panttauskompetenssia rajoittavan, luottosopimuksen yhteydessä sovitun ehdon rikkomisesta lieenee suurin tilanteessa, jossa – sittemmin realisoituva tai realisoitumatta jäävä – konkurssiuhka on olemassa. Tällöin velallisella on lisäpääoman tarve, mutta vallitseva taloudellinen tilanne ei kannusta mahdollisia

¹ Ks. jaksot III 2.4.3.4. ja III 2.5.

² Takaisinsaanti on lisäksi mahdollinen yksityishenkilön velkajärjestelyssä. Tämä vaihtoehto ei kuitenkaan ole käsillä olevan teeman osalta relevantti, koska tarkastelun kohteena on yritysrahoituksen piirissä käytettävä järjestely.

³ Määritelmä on *Tuomiston* (1995 s. 1).

⁴ *Zitting* 1989 s. 94.

luotonantajia ainakaan vakuudettomaan luotonantoon.⁵ Tässä tarkastellaan lyhyesti luotonantajan asemaa tällaisessa tyyppitilanteessa, jossa velallinen on konkurssiriskin toteutumisen uhatessa perustanut kompetenssinrajoituksen vastaisesti panttioikeuden joko vanhasta tai uudesta velastaan⁶ ja on sittemmin joutunut konkurssiin.

Velallinen ryhtyy velkojiaan loukkaaviin toimenpiteisiin todennäköisimmin juuri hieman ennen konkurssia. Tällöin myös vararikkotilanteen uhkasta tietoiset velkojat niihin vastaavasti todennäköisimmin painostavat. Nämä toimenpiteet voivat vaarantaa konkurssimenettelyn tarkoituksen eli velallisen koko omaisuuden käytön velkojien saamisen suorittamiseen yhdenvertaisesti. Konkurssimenettelyn tarkoituksen toteutumista ja velkojien edun turvaamista pyritään toteuttamaan takaisinsaanti-instituution avulla viime kädessä estämällä tällaisten toimenpiteiden vaikutukset. Takaisinsaantisäännösten ensisijaisena toteutumistapana tulisi kuitenkin olla velallisen ja velkojien pidättäytyminen epälojaaleina pidettävistä järjestelyistä laissa olevan takaisinsaantiuhkan vuoksi.⁷ Takaisinsaantisäännösten voidaan tällä tavoin nähdä myös määrittävän rehellisen vaihdannan rajat ja olevan siten ohje rehelliselle vaihdannalle.

Koska takaisinsaantisäännöstö ylittää normaalit (esineoikeudelliset) velkojan suojan rajat, se luo vaihdantaan epävarmuutta. Tältä kannalta sen voidaan nähdä haittaavan tehokasta vaihdantaa. Toisaalta takaisinsaantilainsäädäntö voidaan nähdä myös tehokkaan vaihdannan edistäjänä siltä kannalta, että luottoelämän toimivuus edellyttää velkojien saatavien olevan niin hyvin turvattuja konkurssissa, että konkurssin tarkoitus toteutuu. Juuri tähän takaisinsaantilainsäädännöllä pyritään. Takaisinsaantisäännöksillä onkin pyritty löytämään tasapaino esiin nousevien vaihdannan intressin eri aspektien eli yhtäältä velkojien suojan ja toisaalta vaihdannan varmuuden välillä.

5.2. SOVELLETTAVISTA SÄÄNNÖKSISTÄ

Panttauskompetenssinrajoituksella turvatulla velkojalla voi olla mahdollisuus saada konkurssissa suojaa myöhempää panttivelkojaa vastaan erityisesti TakSL 5 §:n yleisen takaisinsaantiperusteen nojalla. TakSL 5 §:n peräyttämiseksi asettamat edellytykset voidaan jakaa oikeustoimi-, vahinko-, sopimattomuus- ja subjektiiviseen kriteeriin sekä edellytykseen vararikkokytkenästä eli velallisen maksukyvttömyydestä. Lisäksi edellytetään, että oikeustointa ei ole tehty aiemmin kuin viittä vuotta ennen TakSL 2 §:ssä tarkoitettua määräpäivää, paitsi jos velallisen TakSL 3 §:n mukainen läheinen on ollut sen osapuolena.

⁵ Ks. myös *Bjerre* Cornell LR 1999 s. 338 sekä lisäksi esim. *Scott* Columbia LR 1986 s. 946 ja *Adler* J. Leg. Stud. 1993 s. 80.

⁶ Tarkastelun ulkopuolelle jää siten tilanne, jossa vakuus on annettu vieraasta velasta.

⁷ Ks. *KM 1978:37* s. 472–475, s. 479–480 ja s. 484 sekä *HE 1990:102* s. 13–14.

Tässä yhteydessä on tärkeintä tarkastella *vahinko- ja sopimattomuuskriteereitä*, koska käsillä olevassa tilanteessa keskeisimmät soveltumisongelmat koskevat niiden täyttymistä. Lisäksi tarkastellaan lyhyesti *subjektiivisen kriteerin* eli velallisen vastapuolen vilpillisen mielen merkitystä. Subjektiivinen kriteeri takaisinsaannin edellytyksenä liittyy ainoastaan TakSL 5 §:ään. Muut takaisinsaantiperusteet ovat objektiivisia. Niiden soveltuminen ei toisin sanoen edellytä palautusvelvollisen vilpillistä mieltä.

Oikeustoimikriteeriä ei tarkastella erikseen, koska sen täytyminen ei ole tässä yhteydessä ongelmallista.⁸ Vararikkokytkenällä takaisinsaannin edellytyksenä tarkoitetaan, että menettely tapahtui velallisen ollessa maksukyvytön tai että se osaltaan johti maksukyvyttömyyteen. Edellytys velallisen maksukyvyttömyydestä tai määräämistoimen vaikutuksesta siihen otetaan tässä annettuna eli tarkastellaan tilannetta, jossa tämä edellytys on täyttynyt.⁹

Silloin kun panti on annettu omasta vanhasta velasta, se saattaa olla mahdollista peräyttää myös vakuuden takaisinsaantia nimenomaisesti koskevan TakSL 14 §:n nojalla. Peräyttäminen edellyttää, että vakuus on annettu aikaisintaan kolme kuukautta ennen konkurssia. Jos vakuus on annettu TakSL 3 §:ssä tarkoitetulle läheiselle, takaisinsaantiaika on kaksi vuotta. Omasta velasta annettu vakuus peräytyy TakSL 14 §:n perusteella paitsi silloin, kun vakuus on annettu vanhasta velasta, myös silloin, kun vakuuden julkivarmistus ei ole tapahtunut viivyttämättä.

Aiemmin sovitulla velallisen panttauskompetenssinrajoituksella ei ole erityistä merkitystä TakSL 14 §:n kriteerien täyttymiselle. Soveltamisedellytykset eivät eroa tilanteesta, jossa vastaavanlaista kompetenssinrajoitusta ei ole sovittu. Tämän vuoksi TakSL 14 §:n yleisiä soveltumisedellytyksiä ei tässä tarkastella lähemmin.¹⁰

Edellä on jo käsitelty kysymystä vakuuden peräyttämisestä arvon kaksoispanttaustilanteessa silloin, kun osakekantapantin vakuudeksi antanut velallinen on asetettu konkurssiin ja velallisen omistama yhtiö on takaisinsaantiaikana perustanut panttioikeuden omaisuuteensa.¹¹ Kuten todettiin, peräyttäminen TakSL:n

⁸ TakSL 5 §:n takaisinsaantiperusteen soveltamisala on tältä osin laaja. Kuten jo edellä on käynyt ilmi, sitä voidaan soveltaa paitsi oikeustoimiin myös menettelyyn, järjestelyyn tai muuhun toimenpiteeseen, joka on vaikutuksiltaan oikeustoimeen rinnastettava. Tulkintaongelmia eivät siten aiheuta varsinaiset oikeustoimet, kuten tässä luottosopimus ja vakuudenanto, vaan se, millainen menettely on vaikutuksiltaan oikeustoimeen rinnastettava. Keskustelua on käyty esimerkiksi passiivisuuden peräyttämismahdollisuuksista. Ks. lähemmin *Tuomisto* 1995 s. 42–45 lähdeviitteineen.

Alkuperäisessä ehdotuksessa hallituksen esitykseksi TakSL 1 §, jossa oikeustoimeen rinnastettavista menettelyistä säädetään, olisi laajentanut oikeustoimen käsitettä sinänsä tai ainakin saattanut antaa sellaisen vaikutelman. Laintarkastuskunnan lausunnon perusteella ehdotettua lainkohtaa muutettiin niin, että oikeustoimen käsitteeseen ei puututtu, vaan säännösten soveltamisalaa laajennettiin muutoin. Ks. *OLJ* 1988:7 s. 212 ja vrt. *LTK* 1989:3 s. 8–9 sekä *HE* 1990:102 s. 89.

⁹ Edellytyksen täyttymisestä ks. lähemmin *HE* 1990:102 s. 18–19 ja s. 48 sekä *Tuomisto* 1995 s. 22–27 ja s. 58.

¹⁰ Ks. niistä lähemmin *Tuomisto* 1995 s. 197–284.

¹¹ Ks. jaksot I 2.1.2.3. ja III 3.3.

säännösten nojalla edellyttäisi tällaisessa tilanteessa, että yhtiö ja sen omistaja samastettaisiin, jolloin myöhempi panttioikeus katsottaisiin annetuksi konkurs-sivelallisen omaisuudesta. Kysymykseen ei enää tässä yhteydessä ole syytä lähemmin puuttua.

5.3. VAHINKOKRITEERI

Takaisinsaannin yleisenä edellytyksenä on, että oikeustoimesta on aiheutunut vahinkoa.¹² Vahingolla tarkoitetaan tässä yhteydessä, että määräämistoimi joko yksinään tai yhdessä muiden seikkojen kanssa *voisi vähentää*¹³ velkojen jako-osuutta konkurssissa. Vahinkokriteerin edellyttämä jako-osuusvaikutus voi tapahtua (1) suosimalla velkojaa toisten velkojen kustannuksella, (2) siirtämällä omaisuutta pois velkojen ulottuvilta tai (3) lisäämällä velkoja velkojen vahingoksi.¹⁴

Tarkasteltavassa tyyppitapauksessa panttioikeus saatetaan perustaa velkojalle tilanteessa, jossa aiemmilla velkojilla ei ole ainakaan sopimusperusteista vakuutusta. Jako-osuusvaikutus voi tällöin ilmetä ennen kaikkea niin, että panttioikeuden perustaminen suosii yhtä velkojaa toisten velkojen kustannuksella (1). Määräämistoimi ei välttämättä vähennä jaettavissa olevaa kokonaisvarallisuutta, kuten muissa vahinkotyypeissä (2–3), mutta se vaikuttaa velkojen keskinäisiin suhteisiin: velkojen välinen riskipositio muuttuu yksipuolisesti yhden velkojan hyväksi.

Vahinkovaatimus täyttyy, jos ainakin yhdelle velkojalle voi aiheutua haitallinen jako-osuusvaikutus.¹⁵ Vahinkokriteerin täyttymiseen riittää, että oikeustoimi on sinänsä luonteeltaan vahingollinen ja että se *tyypillisesti aiheuttaa vahinkoa*. Tosiasiallisesti vahinkoa ei yksittäistapauksessa ole tarvinnut aiheutua. Toisaalta kriteeri ei täyty, mikäli määräämistoimi *ei ole voinut aiheuttaa vahinkoa*.¹⁶

Jos panttioikeus on perustettu *vanhasta velasta*, jolloin myös TakSL 14 §:n vakuuden peräyttämistä koskevan takaisinsaantiperusteen tunnusmerkistö täyttyy (edellytyksin, että panttioikeuden perustaminen jää säännöksessä asetetun kriitti-

¹² Edellytystä ei ole sen itsestään selvän luonteen vuoksi kirjattu yleisesti lakiin. TakSL:n esitöissä yleinen vahinkokriteeri on vahvistettu lausumalla, että takaisinsaanti ei ole mahdollinen, ellei velkojille ole aiheutunut vahinkoa. Esitöissä viitataan myös KS:n aikaiseen ratkaisuun KKO 1986 II 133 (ks. myös KKO 1989:137), jossa velallisen konkurssipesän ajama takaisinsaantikanne hylättiin, kun velallisen varallisuusasema ei ollut kyseessä olleen maksujärjestelyn johdosta heikentynyt velkojen vahingoksi. Esitöiden mukaan TakSL:n säätäminen ei merkinne muutosta tähän oikeustilaan, *HE 1990:102 s. 7 ja s. 18*. Vahinkoedellytyksestä yleisesti ks. *Leppänen 1992*.

¹³ *HE 1990:102 s. 17–18*: ”– on ollut omiaan vähentämään –”.

¹⁴ *Havansi* (1992b s. 275) on jakanut takaisinsaannin varainpalautusluonteiseen ja tasa-arvopalautusluonteiseen takaisinsaantiin. Samanlaista jaottelua on käyttänyt myös norjalainen *Huser 1992 s. 483*. Varainpalautusluonteisella takaisinsaannilla pyritään saamaan kaikki omaisuus konkurssimenettelyn piiriin ja tasa-arvopalautusluonteisella takaisinsaannilla puolestaan saattamaan kaikki velkojat yhdenvertaiseen asemaan, ks. *Havansi 1992b s. 318 ja Huser 1992 s. 483*. Takaisinsaanti ensimmäisen vahinkotyyppin tilanteissa on tasa-arvopalautusluonteista, muiden vahinkotyyppien tilanteissa varainpalautusluonteista.

¹⁵ Ks. KKO 1992:10 sekä *Tuomisto 1995 s. 52*. Ks. myös *HE 1990:102 s. 17*.

¹⁶ Ks. lähemmin *Tuomisto 1995 s. 45–51 ja vrt. Leppänen 1992 s. 46–51 ja s. 62–65*.

sen ajan sisälle), on yleensä selvää, että vahinkokriteeri täyttyy. Kuten muutkin objektiiviset takaisinsaantiperusteet, TakSL 14 § koskee tilanteita, joiden tyypillisesti on ajateltu olevan velkojille vahingollisia.¹⁷

Sen sijaan jos panttioikeus on perustettu *uudesta velasta*, vahinkokriteerin tähtyminen ei aina ole selvää. Vaikka uusi velkoja saakin panttioikeudella etuoikeutetun aseman konkurssissa muihin velkoihin nähden, tämä ei välttämättä aiheuta vahinkoa muille velkojille, koska velallisen varallisuus kasvaa uuden luoton verran. Kyseessä ei ole velkojille tyypillisesti vahingollinen tilanne. Tämän vuoksi myöskään TakSL 14 § ei sovellu uudesta velasta annetun vakuuden peräyttämiseen. Velkojan jako-osuus saattaa kuitenkin vähentyä ja vahinkokriteeri täyttyä, jos luottovarot on käytetty hyödyttömästi. Jos tällaisesta omaisuuden vähentymisestä on kysymys, lähestytään vahinkotyyppiä, jossa velkoja on lisätty velkojen vahingoksi (3).¹⁸ Tällöin peräyttäminen saattaa olla mahdollista TakSL 5 §:n perusteella. Sen soveltaminen – toisin kuin objektiivisten takaisinsaantisäännösten, kuten TakSL 14 §:n – edellyttää, että oikeustoimen tyypillinen jako-osuuteen kohdistuva vaikutus pystytään näyttämään. Näyttöä ei kuitenkaan tarvitse esittää konkreettisesta vaikutuksesta jako-osuuteen.¹⁹

5.4. TAKSL 5 §:N SOPIMATTOMUUSKRITEERI

Sen lisäksi, että menettely on ollut ainakin yhdelle velkojalle vahingollinen, takaisinsaanti TakSL 5 §:n nojalla edellyttää, että menettelyä voidaan pitää sopimattomana.²⁰ Sopimattomuus on joustava, takaisinsaantia rajoittava kriteeri. Rajoittava merkitys ilmenee siinä, että sen nojalla voidaan peräyttää ainoastaan sellaisia määräämistoimia, jotka olosuhteista päätellen on tehty mahdollisen konkurssin vaikutusten kiertämiseksi.²¹ Sopimattomuuden on mainittu tässä yhteydessä olevan toisaalta *kohtuuttoman*²² toisaalta *epälojaalin*²³ synonyymi. Juuri sopimattomuuskriteerissä tulee esiin vaatimus peräytettävän menettelyn hyvän tavan vastaisesta luonteesta.

¹⁷ Vrt. kuitenkin jaksossa II 5.4.4.2. lyhyesti viitattuun keskusteluun, jossa on kritisoitu sitä, että vanhasta velasta annetun vakuuden peräyttämisen osalta ei tunneta vastaavanlaista määräämistöimen tavanomaisuuteen liittyvää poikkeusmahdollisuutta kuin velan maksun peräyttämisen osalta.

¹⁸ Ks. myös Tuomisto 1995 s. 55.

¹⁹ Ks. Tuomisto 1995 s. 50.

²⁰ Sopimattomuus ei siten suoraan ilmene vahingollisuudesta, vaikka niiden välistä yhteyttä onkin korostettu. *Havansi* (1992b s. 318) ilmaisee vahingon ja sopimattomuuden yhteyden siten, että oikeustoimen tulee olla sopimaton paitsi *in abstracto* TakSL 5 §:ssä mainittujen vahinkotyyppien mukaisesti myös sopimaton *in concreto*, mikä tarkoittaa, että oikeustoimi on tehty epälojaalisti, niin että tekijöiden tarkoituksena on ollut kiertää konkurssin vaikutuksia.

²¹ *HE 1990:102* s. 48.

²² Ks. esim. *KM 1978:37* s. 494–496.

²³ Näin esim. *Havansi* 1992b s. 318 ja *Lennander* 1994 s. 31 ja s. 151–152.

Sopimattomuuskriteerin on katsottu täyttyvän etenkin silloin, kun muut TakSL 5 §:n kriteerit täyttyvät erityisen selkeästi tai kun tekohetki on ollut verraten lähellä sitä seuraavaa konkurssia.²⁴ Tämän lisäksi on kuitenkin edellytetty lisäperusteluja. Tällaisena lisäperusteluna pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä on noussut esiin esimerkiksi velkojan suorittama painostus.²⁵ Sopimattomuuden rajoja määrittävät myös rikostunnusmerkistöt ja objektiivisten takaisinsaantiperusteiden tunnusmerkistöt. Ainakin mikäli niiden edellytykset täyttyvät (aikakriteeriä mahdollisesti lukuun ottamatta), menettelyä voidaan pitää sopimattomana. Viime kädessä sopimattomuusarvioinnissa on kysymys intressipunninnasta edunsaajan ja velkojien intressin välillä.²⁶

Vakuudenanto vanhasta velasta voi täyttää sopimattomuuskriteerin, koska menettely voisi täyttää myös TakSL 14 §:n objektiivisen takaisinsaantiperusteen kriteerin. Sen sijaan vakuudenannon uudesta velasta ei yleensä katsota täyttävän sopimattomuuskriteeriä, koska velallinen on tällöin saanut luottosummassa vastikkeen vakuudenannolle. Poikkeuksina on mainittu tilanteet, joissa luotonantoon on ryhdytty tarkoituksin lykätä konkurssia niin, että mahdollista saman luotonantajan aiempaa määräämistointia ei voida enää peräyttää, tai kun luotonanto tapahtuu niin, että luotonantaja on tietoinen luoton käytöstä muita velkojia hyödyttämättömiin tarkoituksiin.²⁷ Panttioikeuden perustaminen uudestakin velasta voi siten olla sopimatonta esimerkiksi silloin, kun luottosummalla on hankittu omaisuutta ylihintaan ja luotonantaja on ollut tästä tietoinen.

²⁴ HE 1990:102 s. 48.

²⁵ Oikeuskirjallisuudesta ks. esim. *Lennander* 1994 s. 165 ja s. 167 viitteineen. Velkojan painostukselle annettu merkitys korostaa myös takaisinsaannin velallista suojaavaa funktiota. Toisaalta tästä ei saa muodostua estettä velkojan normaaleille perimistoimille. Tästä syystä velkojan painostukselle annettavaan merkitykseen sopimattomuutta harkittaessa on suhtautunut kriittisesti *Walin* 1987 s. 127 ja s. 154. *Walinin* mukaan painostus on pikemminkin indisio siitä, että velkoja epäilee velallisen maksukykyä, kuin siitä, että hän toimisi sopimattomasti. *Walin* korostaa sitä, että perimiskeinot ovat sinänsä positiivisia toimenpiteitä, joilla ylläpidetään maksamismoraalia. Tästä huolimatta on nähdäkseni perusteltua, että velkojien käyttäytymiselle annetaan merkitystä harkittaessa oikeustoimen sopimattomuutta. Merkityksen antamisen ei kuitenkaan tarvitse tarkoittaa, että oikeustoimi voitaisiin aina velkojan periessä saataviaan peräyttää. Normaali velan periminen ei voi olla sopimatonta.

Velallista painostamalla saatu maksu on peräytetty esim. ruotsalaisessa ratkaisussa NJA 1985 s. 29. Kotimaisesta oikeuskäytännöstä ks. KKO 1999:38, jossa katsottiin, että yleisesti noudatettuun perimistapaan turvautuminen ei tehnyt menettelyä sopimattomaksi, kun kyseessä oli selvien ja riidattomien saatavien periminen. Tällöin on kysymys tavanomaisesta liiketoiminnasta. KKO:n perusteluista voidaan päätellä, että merkitystä on annettu sille, että perimistoimia ei katsottu tehdyn tarkoituksessa kiertää konkurssin vaikutuksia. KäO ja HO, joka ei muuttanut KäO:n tuomiota, olivat puolestaan pitäneet menettelyä sopimattomana. Ne katsoivat perimistointien olleen poikkeuksellisen tehokkaita. Velkojan katsottiin täytyneen ymmärtää, että perittyjen maksujen suorittaminen johti muiden velkojien vaateiden maksamatta jättämiseen. Ne katsoivat myös, että velkojan olisi tullut ottaa selvää maksujen vaikutuksesta muiden velkojien asemaan. Laiminlyödessään tämän sen katsottiin menetelleen tavalla, joka sai aikaan maksujen peräyttämisen.

Muista lisäedellytyksistä, joita on mainittu lainvalmistelutöissä sekä joita on tullut esiin pohjoismaisessa oikeuskäytännössä, ks. kootusti *Tuomisto* 1995 s. 63–71.

²⁶ Ks. *Huser* 1992 s. 500.

²⁷ *Tuomisto* 1995 s. 198–199.

Panttioikeuden perustaminen vanhasta velasta täyttää sopimattomuuskriteerin riippumatta siitä, rajoittiko velallisen panttauskompetenssia hänen sitoumuksensa aiemmalle luotonantajalle vai ei. Edellä mainitussa esimerkissä myös panttioikeuden perustaminen uudesta velasta saattoi täyttää sopimattomuuskriteerin siitä riippumatta, oliko velallinen aiemmin sopinut luotonantajansa kanssa panttauskompetenssinsa rajoituksesta. Normaalisti sopimattomuuskriteeri ei kuitenkaan usein täyty uuden velan yhteydessä perustetun panttioikeuden osalta. Tämän vuoksi voidaankin kysyä, voisiko sopimattomuuskriteeri täytyä sillä perusteella, että luotonantaja tietoisena konkurssiuhasta ja myös panttauskompetenssinrajoituksesta ja sen tavoitteesta turvata kaikille velkojille yhdenvertainen asema konkurssissa silti vaatii vakuutta ja varmistaa itselleen muita velkojia paremman aseman.

Tätä arvioitaessa on huomattava, että sopimattomuuskriteerin tarkoituksena on rajata peräyttämisen vain sellaisiin määräämistoiimiin, jotka on tehty tarkoituksessa kiertää konkurssin vaikutuksia. Vakuuden antaminen ja vastaanottaminen velallisen aiemman panttauskompetenssinrajoituksen vastaisesti ei sellaisenaan välttämättä ilmennä tällaista tarkoitusta. Jos kuitenkin velkojan rajoitukseen perustuvaa *luottamusta velkojien tasa-arvoisesta kohtelusta konkurssissa pidetään relevanttina oikeusjärjestyksessä suojanarvoisena intressinä*, panttioikeuden vaatiminen ja saaminen panttauskompetenssinrajoituksesta tietoisena voi vaikuttaa sopimattomuusarviointiin niin, että TakSL 5 §:n kriteerit täyttyvät, jos konkurssipesässä ei ole omaisuutta, joka vastaisi velallisen saamaa luottoa.

Sopimattomuuskriteeri ei kuitenkaan ilmeisesti voi täytyä, jos vakuusluotonantoon panttauskompetenssinrajoitusta rikkoen on ryhdytty velallisen yritystoiminnan tervehdyttämistarkoituksessa.²⁸ Yritystoiminnan tervehdyttämiseksi myönnetty luotot tai niiden uudelleen järjestelyt saattavat konkurssiriskitilanteessa olla mahdollisia vain vakuutta vastaan.²⁹

Vaikka myöhemmän panttivelkojan toiminta vastoin panttauskompetenssinrajoitusta siitä tietoisena voi olla hyvän tavan vastaista *aiempaan luotonantajaan* nähden, menettelyä ei silti välttämättä voi peräyttää takaisinsaantiperusteilla, jotka edellyttävät menettelyn hyvän tavan vastaisuutta *yleisen velkojasuojan* näkökulmasta.

²⁸ Tuomisto 1995 s. 70 ja myös s. 4 ja s. 72.

Tervehdyttämissuunnitelmien merkitys on hieman toisessa yhteydessä ollut oikeuskäytännössä esillä tuoreessa ratkaisussa KKO 2000:125 (ään.). Siinä kysymys siitä, peräytyivätkö tavarantoimittaja-velkojalle suoritettut maksut TakSL 5 §:n perusteella, ratkesi pitkälti sen perusteella, katsottiinko velkojan voineen luottaa siihen, että maksut eivät velallisen tervehdyttämissuunnitelmien vuoksi koidu muiden velkojien vahingoksi. Ks. ratkaisusta myös jaksossa III 5.5.

²⁹ Ks. myös yleisemmin luotonannon yhteydessä sovittavien panttauskompetenssinrajoitusten haitallisesta vaikutuksesta velallisyriityksen tervehdyttämismahdollisuuksiin kriittisissä tilanteissa *McDaniel* BL 1983 s. 873–876 ja s. 879–881.

5.5. TAKSL 5 §:N SUBJEKTIIVINEN KRITEERI

TakSL 5 §:n subjektiivisen kriteerin täyttymisellä tarkoitetaan ensinnäkin vaatimusta, että menettelyn toinen osapuoli tiesi tai että hänen olisi pitänyt tietää menettelyn vaikutuksista velallisen taloudellisille oloille eli että velallinen oli menettelyyn ryhtyttyäessä maksukyvyttö tai että menettely (osaltaan) johti maksukyvyttömyyteen. Toiseksi subjektiivisen kriteerin tähtyminen edellyttää, että osapuoli tiesi seikoista, joiden vuoksi menettely oli sopimaton. Tietoisuus ei kuitenkaan edellytä, että osapuoli itse pitäisi menettelyä sopimattomana.³⁰ Osapuolella ei ole yleistä selonottovelvollisuutta, mutta tietyt olosuhteet voivat saada aikaan erityisen selonottovelvollisuuden.³¹

Vanhasta velasta annetun vakuuden tekee yleensä sopimattomaksi juuri se, että se on annettu vanhasta velasta. Tällöin subjektiivinen kriteeri tähtyy, kun pantinsaaja tietää, että vakuus annetaan vanhasta velasta. Uudesta velasta annetun vakuuden osalta sopimattomuus perustuu seikkoihin, jotka vaikuttavat siihen, että vastike ei tule kokonaan muitten velkojen eduksi. Tällöin subjektiivinen kriteeri tähtyy, kun pantinsaaja tietää tällaisesta luoton käyttötarkoituksesta.

5.6. LOPPUTULOS

Panttauskompetenssinrajoituksen vastaisesti annettuun vakuuteen on edellä mainituin edellytyksin mahdollista puuttua takaisinsaannilla TakSL 5 tai 14 §:n perusteella. TakSL 14 §:n osalta peräyttämisen edellytykset ovat samanlaiset kuin tilanteissa, joissa velallisen panttauskompetenssia ei ole rajoitettu erityisellä sopimusehdolla. Kompetenssinrajoituksen vastaisesti perustettu panttioikeus on siten mahdollista peräyttää tilanteissa, joissa se on annettu vanhasta velasta tai joissa julkivarmistusta ei ole suoritettu ilman aiheetonta viivytystä.

Kompetenssinrajoituksen vastaisesti tehty panttaus saattaa sen sijaan lisätä mahdollisuutta peräyttää se TakSL 5 §:n nojalla verrattuna tilanteeseen, jossa velallisen panttauskompetenssia ei olisi sopimuksin rajoitettu. Näin on, jos rajoituksella turvatus velkojan luottamusta rajoituksen turvaamaan velkojen väliseen

³⁰ HE 1990:102 s. 49.

³¹ Ks. lähemmin *Tuomisto* 1995 s. 73–75 viitteineen. KKO:n käytännössä kysymys selonottovelvollisuudesta on ollut esillä esimerkiksi ratkaisussa KKO 2000:125 (ään.). Siinä keskeinen kysymys oli, katsottiinko velalliselta suorituksen saaneen tavarantoimittaja-velkojan voineen luottaa siihen, että maksut eivät velallisen tervehdyttämissuunnitelmien vuoksi koidu muiden velkojen vahingoksi. Enemmistön mukaan velkojan olisi tullut tiedustella, olivatko muiden velkojen saatavat turvattuja ainakin tietämiltään velallisen rahoittajapankeilta. Velkoja oli kuitenkin tyytynyt vain tiedustelemaan muilta tavarantoimittajilta, olivatko nämä saaneet suorituksen saatavilleen. Enemmistö katsoikin, että velkojan olisi maksut vastaanottaessaan pitänyt tietää, että maksut aiheuttivat muille velkojille vahinkoa ja että maksuilla suositettiin sopimattomasti yhtiötä muiden velkojen kustannuksella. Vähemmistön mukaan velkojalla ei sen sijaan ollut aihetta ryhtyä ottamaan selkoa siitä, olivatko maksut sopimattomia muiden velkojen kannalta. Ks. myös KKO 1995:208.

tasa-arvoon pidetään oikeusjärjestyksessä suojanarvoisena intressinä, ja panttivelkoja on rajoituksesta tiennyt. On kuitenkin huomattava, että takaisinsaanti TakSL 5 §:n perusteella edellyttää, että velkojan oikeutta loukkaava panttinto on tapahtunut hyvän tavan vastaisesti tarkoituksessa kiertää konkurssin vaikutuksia. Vaikka panttivelkoja olisi tiennyt toimivansa vastoin velallisen aiempaa sitoumusta, hänen tarkoituksenaan ei välttämättä ole ollut kiertää konkurssin vaikutuksia.

IV NÄKÖKOHTIA SÄÄDETTÄVÄN LAIN KANNALTA

1. Julkistaminen laajemman sivullissitovuuden lähtökohtana

Edellä on esitetty, että luottosopimuksen yhteydessä sovittuihin kompetenssinrajoitusehtoihin perustuvaa luotonantajan oikeutta voidaan pitää lähtökohtaisesti tarkoituksenmukaisena oikeutena. Tämän vuoksi on oikeuspoliittisesti perusteltua, että kompetenssinrajoitusehdot voivat sitoa myöhempää pantinsaajaa tai luovutuksensaajaa. Sitovuus tarkoittaa, että myöhemmän oikeudenhaltijan oikeus on tehoton kompetenssinrajoitusehdolla suojattua luotonantajaa kohtaan.

Vaihdannan intressit kuitenkin edellyttävät pääsääntöisesti tarkoituksenmukaisenkin oikeuden sivullissitovuudelta oikeuden julkisuutta. Se tarkoittaa, että sivullisten, joiden asemaan oikeus voi vaikuttaa, täytyy voida havaita tämä oikeus ja varautua sen vaikutuksiin. Myös kompetenssinrajoitusehdon sitovuus myöhempään pantinsaajaan tai luovutuksensaajaan nähden edellyttää ehdon julkisuutta.

Sellaisten varallisuuskohteiden osalta, joista pidetään rekisteriä, tarkoituksenmukaisina pidetyt oikeudet on yleensä mahdollista julkistaa oikeudenhaltijan aktiivisin toimenpitein kirjaamalla ne rekisteriin. Kuten edellä on esitetty, kompetenssinrajoitusehto on *de lege lata* kuitenkin mahdollista kirjata vain silloin, kun sen kohteena ovat arvo-osuudet.¹ Muita varallisuuskohteita koskevia ehtoja ei ole mahdollista kirjata. Ehtojen kirjaamisen mahdollistaminen edellyttäisi tältä osin säädösmuutoksia.

Muiden kuin rekisteröitävien varallisuuskohteiden osalta oikeudenhaltijoiden ei juuri ole mahdollista julkistaa oikeuksiaan. Kirjaaminen on yleensä ainoa käytännössä ajateltavissa oleva tapa julkistaa kompetenssia rajoittava ehto. Lähinnä ainoastaan yksilöityihin arvopapereihin kohdistuva kiello voitaisiin merkitä suoraan niihin, jolloin mahdollinen pantinsaaja saisi viimeistään panttauksen julkivarmistushetkellä tiedon kiellosta. Kompetenssinrajoitusten kattava julkistaminen kirjaamalla edellyttäisikin kokonaan uudenlaista rekisterijärjestelmää.

Sitovuudelta yleensä edellytettävä julkisuus voi syntyä myös ilman oikeuden nimenomaista julkistamistoimenpidettä. Julkisuusvaatimus nimittäin tosiasiallisesti täyttyy myös silloin, kun sivullinen on ehdosta syystä tai toisesta tietoinen, vaikka oikeudenhaltija ei olisi ryhtynyt yllä mainittuun julkistamistoimenpiteeseen tai vaikka mikään julkistamistoimenpide ei edes olisi ollut mahdollinen. Vaikka oikeudenhaltija voi saada suojaa oikeudesta tietoista seuraajaa kohtaan

¹ Kuten myös edellä on esitetty, niidenkään osalta kirjaaminen ei toteuta julkisuusperiaatetta parhaimmalla mahdollisella tavalla, sillä arvo-osuusrekisteri on salainen. Mahdolliset tulevat arvo-osuuden pantiksisaajat tai luovutuksensaajat eivät voi saada arvo-osuutta koskevista rajoituksista tietoja suoraan rekisteristä ilman arvo-osuuden haltijan suostumusta.

riippumatta siitä, onko oikeus julkistettu esimerkiksi kirjaamalla, on kuitenkin perusteltua pyrkiä siihen, että tarkoituksenmukaiset oikeudet on mahdollista nimienomaisesti julkistaa. Jos nimittäin oikeudenhaltijalla ei ole edes mahdollisuutta julkistaa oikeuttaan, sivullisen tietoisuuteen perustuva sitovuus tuottaa oikeudelle vain hyvin sattumanvaraista suojaa.

2. Ehdon julkistaminen kirjaamalla

Kauppa- ja teollisuusministeriö asetti 2.4.1996 kovenanttityöryhmän, jonka tehtävänä oli selvittää mahdollisuuksia luottosopimusten erityisehtojen (kovenanttien) käytön edistämiseen pk-yritysten rahoituksessa. Työryhmä on marraskuussa 1996 julkaistussa raportissaan ottanut esiin kysymyksen julkisen panttirekisterin perustamisesta. Tällaiseen panttirekisteriin voitaisiin raportin mukaan kirjata luoton-saajan panttauskompetenssinrajoitukset, jolloin mahdolliset myöhemmät pantti-velkojat saataisiin tietoisiksi kompetenssinrajoituksesta ja rajoitusten vastaisia panttauksia voitaisiin siten vähentää.¹

Raportissa ei kuitenkaan lähemmin tarkastella panttirekisteriä. Työryhmä ei katsonut vielä tarkoituksenmukaiseksi esittää panttirekisterin perustamista tai mahdollisuutta tiedon julkistamiseen kompetenssinrajoitusehdoista muullakaan tavoin. Työryhmän mukaan erityisehtojen käytön yleistymisen myötä mahdollisen panttirekisterin perustamisen tarpeellisuutta ja toteuttamismalleja tulisi kuitenkin tulevaisuudessa selvittää yksityiskohtaisemmin.² Oikeusministeriö on lausunnon-saan kyseisestä raportista suhtautunut panttirekisteriin ja sen mahdollistamaan kompetenssinrajoitusehtojen sivullissitovuuteen verraten varauksellisesti.³

Mikäli tartutaan kovenanttityöryhmän pohtimaan mahdollisuuteen perustaa panttirekisteri, voidaan ajatella, että siihen otettaisiin mallia esimerkiksi Norjan ja Tanskan irtaimistorekisteristä. Niissä myös muihin kuin rekisteröitäviin irtaimiin esineisiin kohdistuva oikeus voidaan kirjata irtaimistorekisteriin, jos kirjaamisen oikeusvaikutuksista on säädetty laissa tai jos kirjaaminen on lain mukaan pakolli-nen (Norjan TL 34 § ja Tanskan TL 43 §). Irtaimistorekisteriin kirjaamisen oikeusvaikutukset ovat samanlaiset kuin muihinkin rekistereihin tehdyn kirjaami-sen. Irtaimistorekisteri eroaa muista rekistereistä kuitenkin rakenteeltaan siten, että kirjaamisyksikkönä eivät ole esineet, joihin oikeus kohdistuu, vaan henkilöt, joiden omaisuuteen oikeus kohdistuu.⁴ Tällöin rekisteristä ei voi saada selville, kohdistuuko esimerkiksi tiettyyn koneeseen oikeus vai ei. Sen sijaan rekisteristä ilmenee, mitä oikeuksia kohdistuu (oikeus)henkilö X:n omaisuuteen.⁵ Tällä taval-la rakentunut rekisteri mahdollistaisi myös yleisten, velallisen koko omaisuuteen kohdistuvien oikeuksien kirjaamisen.

¹ Raportissa puhutaan julkisesta *panttirekisteristä* ja *panttien* julkisuudesta, ks. *KTM* 1996:20 s. 77. Ymmärtääkseni tarkoitus on kuitenkin ollut pohtia mahdollisuutta julkistaa *kompetenssinrajoitus*.

² *KTM* 1996:20 s. 77.

³ Lausunto kovenanttityöryhmän loppuraportista 19.12.1996 4037/43/96 OM.

⁴ Poikkeuksen muodostavat moottoriajoneuvot.

⁵ Rekisteristä ks. lähemmin Norjan osalta esim. *Sandvik – Krüger – Giertsen* 1982 s. 198–200 ja *Falkanger* 2000 s. 522–526 ja Tanskan osalta esim. *Willumsen* 1997 s. 420–451.

Luottosopimukseen liittyvää panttauskompetenssinrajoitusta ei kuitenkaan Norjassa ja Tanskassa voi kirjata irtaimistorekisteriin, sillä – kuten yllä jo todettiin – niissä oikeus kirjataan irtaimistorekisteriin vain, jos kirjaamisen oikeusvaikutuksista on säädetty laissa tai jos kirjaaminen on lain mukaan pakollinen. Luottosopimukseen liittyvä panttauskompetenssinrajoitus ei kuulu tällaisten edellytysten piiriin.⁶

Sivullissitovuuden vahvistaminen olisi mahdollista ainakin osin jo olemassa olevia kirjaamisjärjestelmiä hyväksi käyttäen. Tällaista mahdollisuutta kovenantti-työryhmä ei ole pohtinut. Olemassa olevia rekistereitä hyväksi käyttäen olisi teknisesti mahdollista esimerkiksi kirjata kiinteistöjä koskevat ehdot lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin. Kompetenssinrajoitus olisi mahdollista säätää kirjattavaksi esimerkiksi MK 14:1:n mukaisena erityisenä oikeutena tai niihin sikäli rinnastuvana oikeutena, että kirjauksella olisi soveltuvien osin samat oikeusvaikutukset kuin lainhuudolla MK 13 luvun mukaan.⁷ Vastaavasti myös kirjattavia irtaimia esineitä koskevat ehdot voitaisiin kirjata niitä koskevaan rekisteriin.

Kuten edellä on todettu, Norjassa ja Tanskassa kiinteistöä koskevien panttauskompetenssinrajoitusten kirjaaminen on mahdollista. Kirjaamisella panttauskompetenssinrajoitus saa sivullissitovuuden myöhempää sopimusperusteista pantinsaajaa kohtaan. Panttauskompetenssinrajoituksen kirjaaminen ei kuitenkaan anna suojaa legaalaisia panttioikeuksia kohtaan.⁸ Panttauskompetenssinrajoituksen kirjaaminen ei myöskään estä kiinteistön luovutusta eikä sido tällaista myöhempää luovutuksensaajaa, ellei tämä ota vastattavakseen velvoitetta, jonka suorittamisen turvana sitoumus on.⁹

Koska kirjaamisessa edellä mainittuihin jo olemassa oleviin rekistereihin noudatetaan spesialiteetti- eli täsmällisyysperiaatetta, yleisenä kirjaamisen edellytyksenä on tällöin, että rajoitus koskee yksilöityä kohdetta. Yksilöimätöntä kohdetta koskevan kompetenssinrajoituksen kirjaaminen ei siten ole edellä mainittuja rekistereitä käytettäessä mahdollista. Velallisen koko omaisuutta tai osaa siitä koskeva kompetenssinrajoitus voisi olla mahdollista kirjata käyttämällä hyväksi yritys kiinnitysrekisterin suomia mahdollisuuksia. Yrityskiinnitysrekisteriin olisi mahdollista kirjata myös elinkeinonharjoittajan sitoumus olla perustamatta yritys kiinnitystä elinkeinotoiminnassa käytössä olevaan omaisuuteensa tai sen osaan (YrKiinL 5.2 §).

⁶ Norjan osalta ks. *Brækhus* 1994 s. 296, *Opperud* 1994 s. 47 alav. 121 sekä kirjattavista ja kirjaamiskelpoisista oikeuksista (keskeisiä kirjattavia oikeuksia ovat panttioikeudet) esim. *Falkanger* 2000 s. 522–524 ja Tanskan osalta *Willumsen* 1997 s. 420.

⁷ Pankkien piirissä on meillä virinnyt keskustelua tarpeesta kirjata kiinteistöä koskeva ehto ennen kaikkea arvon kaksoispanttauksen estämiseksi ja osakepantti arvon säilyttämiseksi. Pankkitoiminnassa on pidetty tarpeellisenä, että MK:ta muutettaisiin niin, että silloin, kun kiinteistön omistavan yhtiön osake tai osakkeita on pantattu, kiinteistön omistavan yhtiön vallintarajoitussitoumus saataisiin kirjata lainhuuto- ja kiinnitysrekisteriin.

⁸ *Krüger* 1991 s. 69 alav. 13 ja *Brækhus* 1994 s. 297.

⁹ *Opperud* 1994 s. 47–48.

Ruotsissa oli yrityskiinnityslainsäädännön valmistelun yhteydessä esillä mahdollisuus kirjata yrityskiinnitysrekisteriin myös velallisen sitoumus olla antamatta vakuudeksi elinkeinotoiminnassa käytössä olevaa omaisuuttaan. Lainvalmistelu ei kuitenkaan tuottanut tältä osin tulosta. Mahdollisuudesta luovuttiin, koska ehdotuksen katsottiin menevän liian pitkälle ja koska kompetenssinrajoitusehdolla turvatun luotonannon katsottiin toimivan ilman ehtojen esineoikeudellista suojaa.¹⁰

¹⁰ Ks. *SOU 1981:76* s. 72.

3. Ehdon julkistamisesta muulla tavoin

Toinen mahdollisuus saada myöhemmät panttivelkojat tietoisiksi velallisen omaisuuteen kohdistuvista – millaisista tahansa – kompetenssinrajoituksista, on julkistaa ne (sekä mahdollisesti myös muut luottoon liittyvät erityisehdot) velallisen tilinpäätöstiedoissa. Käytännössä luottosopimuksen erityisehtoja käytetään vain, kun velallisena on yhtiö, jonka on laadittava tilinpäätös.¹ Myös kovenanttityöryhmä on raportissaan kiinnittänyt huomiota tähän mahdollisuuteen yleisesti kaikkien luottosopimusten erityisehtojen osalta. Raportissa ei kuitenkaan puututa siihen lähemmin, vaan todetaan ainoastaan, että luottosopimusten erityisehtojen ilmoitusvelvollisuuteen esimerkiksi tilinpäätöksen liitetietojen yhteydessä liittyviä kysymyksiä tulisi tarvittaessa selvittää yksityiskohtaisemmin.²

Kompetenssinrajoitusehtojen julkistaminen tilinpäätöstiedoissa tarkoittaisi, että myöhemmät luotonantajat eli potentiaaliset kompetenssinrajoitusehdon vastaisen panttauksen osapuolet tulisivat tutustuessaan luotonantajien tilinpäätöstietoihin tosiasiallisesti tietoisiksi myös kompetenssinrajoituksesta. Kompetenssinrajoitusehtojen sitovuus myöhempään panttivelkojaan nähden voitaisiin tällöin perustaa panttivelkojan tietoisuuteen. Ehtojen julkisuus ja myöhemmän potentiaalisen panttivelkojan mahdollinen tietoisuus syntyy tällöin kuitenkin vasta viiveellä, koska tilinpäätöstiedot ilmoitetaan vasta viiveellä.

Jäljennös tilinpäätöksestä on KPL 3:9:n mukaan aina ilmoitettava rekisteröitäväksi patentti- ja rekisterihallitukselle, kun yritystoimintaa harjoittaa osakeyhtiö, sellainen avoin yhtiö tai kommandiittiyhtiö, jonka vastuunalaisena yhtiömiehenä on osakeyhtiö taikka sellainen avoin tai kommandiittiyhtiö, jonka vastuunalaisena yhtiömiehenä on osakeyhtiö, osuuskunta, keskinäinen vakuutusyhtiö tai vakuutusyhdistys sekä yhtiömuodosta riippumatta tietyn liiketoiminnan suuruuden ylittävä kirjanpitovelvollinen. Säännöksen mukaan tilinpäätös on ilmoitettava rekisteröitäväksi kuuden kuukauden kuluessa tilikauden päättymisestä. Määräajoista on kuitenkin erikseen säädetty osakeyhtiöiden ja osuuskuntien osalta. Osakeyhtiöiden on OYL 11:14:n mukaan ja osuuskuntien OKL 79 c §:n mukaan ilmoitettava tilinpäätös rekisteröitäväksi kahden kuukauden kuluessa tuloslaskelman ja taseen vahvistamisesta. Rekisteröitäväksi ilmoitettu tilinpäätös julkistetaan KRL 25 §:n mukaisesti. KPL 3:10:n mukaan yhtiö voi myös itse julkistaa tilinpäätöksen tai lyhennelmän siitä.

Mitään estettä kompetenssinrajoitusten ottamiseen esimerkiksi tilinpäätöksen liitetiedoksi ei ole. Kirjanpitolainsäädäntö ei kuitenkaan edellytä kompetenssin-

¹ Jäljempänä esitettävän yhteydessä on kuitenkin otettava huomioon KPL:iin kaavailut muutokset, joilla pienyritysten kirjanpito- ja tilinpäätösvaatimuksia tullaan keventämään.

² KTM 1996:20 s. 77–78.

rajoitusten ottamista tilinpäätöstietoihin. KPA 2:7 edellyttää liitetietona esitettävän vakuusvelat, vakuudet ja vastuusitoumukset. Koska kompetenssinrajoitusehto ei ole vakuus eikä sitä välttämättä voida pitää asetuksessa tarkoitettuna vastuusitoumuksenakaan, KPA 2:7 ei edellytä sen esittämistä tilinpäätöksen liitetietona. Myöskään AML ja sen 2 luvun laaja tiedonantovelvollisuus, joka koskee yhtiöitä, joiden osakkeita noteerataan pörssissä, ei ainakaan nimenomaisesti edellytä kompetenssinrajoitusehtojen tai muiden luottosopimuksen erityisehtojen ilmoittamista tilinpäätöstiedoissa.

Käytännössä ehtoja ei ilmeisesti ole otettu tilinpäätöstietoihin ja on todennäköistä, että niitä ei niihin vastaisuudessakaan ilman velvoittavaa säännöstä oteta. Toisin kuin velkojan aktiivisuudesta riippuva ehdon kirjaaminen, niiden julkistaminen tällä tavoin edellyttää velallisen toimenpiteitä eikä tämän intressissä välttämättä ole julkistaa ehtoa. Niinpä jos kompetenssinrajoitusten ilmoittamista tilinpäätöstiedoissa pidetään sopivana tapana saada myöhemmät luotonantajat eli potentiaaliset panttivelkojat tietoisiksi niistä, voitaisiin ilmoittamisvelvollisuutta koskeva määräys sisällyttää esimerkiksi yllä mainittuun KPA 2:7:ään. Tällaista vaihtoehtoa voidaan kuitenkin nähdäkseni pitää vasta toissijaisena keinona laajentaa ehtojen julkisuutta. Selkeämpää olisi mahdollistaa nimenomaan rajoitusehdon kirjaaminen.

4. Lopuksi

Kompetenssinrajoitusehtojen julkistamismahdollisuuksia tulisi tulevaisuudessa miettiä ainakin, mikäli niiden ja muiden luottosopimuksen erityisehtojen käyttöä halutaan kotimaisessa luotonannossa edistää.¹ Realistisimpana vaihtoehtona on tällöin kehittää jo olemassaolevia julkistamisjärjestelmiä niin, että kompetenssinrajoitusehtojen kirjaaminen on niissä mahdollista. Erillinen ”panttirekisteri” vaikuttaa tällä hetkellä hyvin kaukaiselta tavoitteelta. Vaikka sitä Norjan ja Tanskan irtaimistorekisterin tapaan rakennettuna (kirjaamisyksikköinä henkilöt, rekisterimerkinnöillä julkinen luotettavuus) voidaan pitää parhaimpana vaihtoehtona siltä kannalta, että siinä olisi mahdollista julkistaa millaiset tahansa kompetenssinrajoitukset, sen perustamiselle ei liene välittömiä tarpeita.

Etenkin kotimaisessa luotonannossa tarvetta kompetenssinrajoitusten julkistamiseen on ollut lähinnä kiinteistöön kohdistuvien, osakepantti arvoa turvaavien kompetenssinrajoitusten osalta. Tällaisten ehtojen kirjaamismahdollisuus voidaan haluttaessa luoda lisäämällä rajoitus MK:n mukaan kirjaamiskelpoiseen oikeuteen. Myös yritysikiinnityksen arvoa turvaavien kompetenssinrajoitusten kirjaamismahdollisuus yritysikiinnitysrekisteriin voitaisiin toteuttaa ilman suuria kirjaamisjärjestelmään kohdistuvia muutoksia.

Kansainvälisen luotonannon piirissä mahdollisuudella kirjata ehtoja rekisteriin saattaa olla vähäisempi merkitys. Tämä johtuu siitä, että kompetenssinrajoitusehtojen käytön yksi käytännöllinen syy periaatteellisten velkojen tasa-arvoa korostavien näkökohtien lisäksi on ollut halu käyttää joustavia menettelytapoja, välttää panttioikeuden perustamisen edellyttämät yhteydenotot viranomaisiin ja myös panttioikeuden perustamisesta aiheutuvat kustannukset.² Vakuus- ja kirjaamisjärjestelmien erilaisuus ja luotonantajien epätietoisuus kunkin valtion järjestelmän sisällöstä on myös ollut yksi syistä sivuuttaa ne. Jotta kirjaamismahdollisuudella voisi olla tällaisissa luottosuhteissa tosiasiallista merkitystä, kirjaamisjärjestelmät ja -käytännöt tulisi ensin yhdenmukaistaa. Vaikka tällaisia yhtenäistä-

¹ Ks. myös *Bjerre Cornell LR 1999*, joka on Yhdysvaltain oikeuden osalta esittänyt kritiikkiä erilaisia oikeuskäytännössä ja oikeustieteessä kehitettyjä, edellä tässä tutkimuksessa esitettyjä vastaavia keinoja kohtaan, joilla panttauskompetenssinrajoituksen vaikutuksia vilpillisessä mielessä olleeseen myöhempään pantinsaaajaan on pyritty perustelemaan. Hänen mukaansa huomattavasti parempi vaihtoehto olisi luoda mahdollisuus kirjata kompetenssinrajoitus ja kytkeä siihen rajoituksen vaikutukset sivullisiin.

² Vrt. kuitenkin *Bjerre Cornell LR 1999*, joka on Yhdysvaltojen oikeuden osalta pitänyt mahdollisuutta kirjata panttauskompetenssinrajoitus tärkeänä ja esittänyt kirjaamismahdollisuuden luomista de lege ferenda siitä huolimatta, että on todennut panttauskompetenssinrajoitukseen liittyvien kustannusten sen vuoksi jonkin verran nousevan (s. 339). Bjerren ehdotuksen sisällöstä ks. erit. s. 344–376.

mispyrkimyksiä tällä hetkellä onkin,³ järjestelmien mahdollinen yhdenmukaistaminen ei tapahtune kovinkaan nopeasti.

Esineoikeudellinen sääntely on pitkälti jäänyt sivuun esimerkiksi EU:n piirissä tapahtuvasta harmonisointikehityksestä. Sääntelyn yhtenäistämisen ei ole esineoikeuden osalta – toisin kuin esimerkiksi velvoiteoikeuden osalta – katsottu edes olevan välttämätöntä yhteismarkkinoiden toteuttamiseksi, jota EU:n yksi tavoite pääomien vapaasta liikkuvuudesta edellyttää.⁴ Myös esineoikeudellisen sääntelyn eroavuudet voivat kuitenkin olennaisesti haitata EU:n yhteismarkkinoiden toteuttamista. EU:n jäsenmaiden oikeusjärjestysten eroaminen toisistaan esimerkiksi vakuuksia koskevan sääntelyn osalta vaikeuttaa maan rajat ylittävää luotonantoa ja siten pääomien vapaata liikkuvuutta, koska ne vaikeuttavat tällaisen luotonannon vakuusjärjestelyjä.⁵

Pääomien vapaata liikkuvuutta on EU-sääntelyssä pyritty tähän mennessä turvaamaan lähinnä puuttumalla rahoitustoiminnan muodollisiin edellytyksiin, kuten esimerkiksi rahoitustoiminnan aloittamiselle ja rahoituspalvelujen tarjoamiselle asetettuihin edellytyksiin. Muut rahoitukseen liittyvät, sitä materiaalisesti koskevat normit on jätetty pitkälti kunkin jäsenvaltion oman lainsäädännön varaan.⁶ Vakuusoikeuksia koskevan harmonisoinnin puuttuminen lienee kuitenkin enemmän puuttuvan yhteisymmärryksen ja asiallisten erimielisyyksien kuin harmonisoinnin tarpeen puuttumisen tai vähättelyn syytä.⁷ Tulevaisuudessa lainsäädännön yhtenäistämispyrkimykset saattavatkin

³ Ks. esim. keskustelua niin sanotusta eurohypoteekista, *Stöcker* 1992 ja *Wehrens* 1998.

⁴ Ks. esim. *Letto-Vanamo* LM 1995 s. 707 ja *sama* 1998 s. 46 sekä myös *Kartio* 2000 s. 41.

⁵ Ks. myös *Tuomisto* 1988 s. 7 alav. 13 ja *Klauer* 1998 s. 163.

⁶ Ks. kuitenkin *Klauer* 1998 s. 162–163.

⁷ Esimerkkinä tästä voidaan mainita kaupallisissa toimita tapahtuvien maksuviivästysten torjumisesta annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin (2000/35/EY) omistuksenpidätysehtoa koskevan 4 artiklan muotoutuminen. Talous- ja sosiaalikomitea piti komission direktiiviehdotuksesta (KOM 1998 126 lopull., ks. EYVL C 168, 3.6.1998 s. 13) antamassaan lausunnossaan (ks. EYVL C, 28.12.1998 s. 50) yhteisötasosta omistusoikeuden siirtymisen lykkäyslauseketta tärkeänä. Sen mukaan tällainen lauseke vaikuttaisi myönteisesti sopimussuhteisiin ja lyhentäisi maksuviivästymiä. Sen mukaan komission ehdotuksesta tuli kuitenkin poistaa alakohta, jolla rajoitetaan omistusoikeuden siirtymisen lykkääminen koskemaan vain yhdessä erässä suoritettavia velkoja. Komission alkuperäinen ehdotus olisi merkinnyt olennaista muutosta omistuksenpidätysehdon käyttöalaan.

Myös parlamentti teki komission ehdotukseen tarkistuksia (A4-0303/98, ks. EYVL C 313, 12.10.1998 s. 142). Sen lisäksi, että parlamentti poisti yllä mainitun omistuksenpidätysehdon käyttöä osamaksukaupassa rajoittavan kohdan, jota myös talous- ja sosiaalikomitea esitti poistettavaksi, se lisäsi ehdotukseen 4 artiklaksi muun muassa lauseen, jonka mukaan jäsenvaltioiden tulee säätää, että omistusoikeuden siirtymisen lykkäyslauseke sitoo kolmansia osapuolia myös velallisen tehdessä konkurssin.

Neuvosto ei puolestaan hyväksynyt komission muutettua ehdotusta (KOM 1998 615 lopull., EYVL C 374, 3.12.1998 s. 4) muun muassa siitä syystä, että omistuksenpidätystä koskevien lausekkeiden pelättiin vaikuttavan jäsenvaltioiden kansalliseen omaisuus- ja maksukyvyttömyyslainsäädäntöön, johon direktiivi ei saisi vaikuttaa, ja se poisti omistuksenpidätystä koskevan artiklan kokonaan (yhteinen kanta 36/1999, ks. EYVL C 284, 6.10.1999 s. 1). Direktiivin lopullinen sisältö, johon kuuluu myös omistuksenpidätystä koskeva lauseke ilman rajoitusta vain yhdessä erässä suoritettaviin velkoihin ja ilman parlamentin laajentavia lisäyksiä, muotoutui vasta sovittelukomiteassa.

kohdistua myös esineoikeudelliseen ainekseen siltä osin kuin on kysymys vakuusoikeuksista.⁸ Vakuusjärjestelyjen osalta tässä mahdollisessa eurooppalaisessa yhdentymiskehityksessä on kuitenkin hieman paradoksaalista se, että uudet Euroopassa yleisesti käytössä olevat rahoitus- ja vakuusjärjestelymallit on pitkälti haettu Yhdysvalloista ja ne ovat tulleet osaksi varallisuusoikeudellista järjestelmää ilman lainsäädäntötoimenpiteitä.⁹

⁸ Ks. myös *Klauer* 1998 s. 163–164. Osaltaan vakuusoikeutta ja esineoikeutta laajemminkin koskevia yleisiä yhtenäistämisyhtymisiä sisältyy myös Euroopan siviililakikirjaa koskevaan hankkeeseen. Ks. niistä lähemmin esim. (lähinnä saksalaisesta näkökulmasta) *Drobnig* 1998 ja *Dalhuisen* 1998 sekä yleisesti *Hondius* 1998. Siviililakikirjaa on pidetty direktiivejä parempana keinona yhtenäistää oikeutta, ks. *Müller-Graff* 1998.

⁹ Ks. yleisemmin tästä amerikkalaisten ilmiöiden, käytäntöjen ja oikeuden reseptiosta ja sen syistä *Wiegand* Am. J of Comp. L 1991 s. 229–148.

Zusammenfassung

VERTRAG, KOMPETENZ UND DRITTE

Vermögensrechtliche Untersuchung über die Verbindlichkeit von Negativklauseln gegenüber Dritten

I Die Rahmen der Untersuchung

Gegenstand dieser Untersuchung sind die sogenannten negative pledge -Klauseln (in der Folge Negativklauseln), d.h. in der Unternehmensfinanzierung verwendbare Vertragsbedingungen, wodurch die Fähigkeit des Kreditgebers, über sein Vermögen zu verfügen, eingeschränkt wird. Im Allgemeinen wird dadurch die Kompetenz des Kreditnehmers beschränkt, sein Vermögen zu verpfänden. Oft wird auch die Kompetenz eingeschränkt, Eigentum zu veräußern. Die Untersuchungsaufgabe besteht darin, die Verbindlichkeit solcher Bedingungen ultra partes in Bezug auf eine solche Person darzustellen, für die der Eigentümer das Recht bedingungswidrig eingeräumt hat.

Die Frage nach der Verbindlichkeit der Klauseln gegenüber Dritten ist bisher unklar gewesen. Es bestand der Bedarf danach, die Verbindlichkeit zu klären, da die zunehmende Anwendung der Klauseln in der Kreditpraxis anzunehmen ist und die Rechtswirkungen für Dritte letztendlich entscheidend sind für ihre Anwendungsfähigkeit zur Sicherheit des Kreditgebers.

Die Untersuchungsmethode wird rechtswissenschaftlich begründet. Wegen der Lückenhaftigkeit und Auslegungsoffenheit der Gesetzgebung und der Mangelhaftigkeit der Rechtspraxis ist es unerlässlich, die Beantwortung der Frage in Rechtsprinzipien und rechtspolitischen (realen) Argumenten zu suchen. Als zentrale Grundlage für die Wahl einer Lösungsalternative ergibt sich das Interesse des Geschäftsverkehrs. In dieser Untersuchung verstehen wir unter Förderung des Interesses des Verkehrs effektive und ehrliche Förderung und Sicherstellung desselben. Die Förderung von effektivem und ehrlichem Verkehr ist nicht nur ein rechtspolitischer Gesichtspunkt, sondern auch ein Zweck und Wert, der mittels der zentralen vermögensrechtlichen Prinzipien erreicht bzw. verwirklicht werden soll.

In Kapitel 2. wird Anwendungsbereich, Anwendungszweck und Inhalt der Klauseln beleuchtet. Der typische Anwendungsbereich der Klauseln ist Kreditvergabe ohne Sicherung. Dabei werden diese in der Regel zusammen mit anderen Nebenklauseln (covenants) des Kreditvertrags angewendet. Der Zweck der Klauseln besteht darin, die Gleichbehandlung der Gläubiger abzusichern. Ein anderer Anwendungsbereich der Klauseln ist die Sicherungskreditgewährung. Hier dienen sie zur Sicherstellung des Sicherungswertes in dem Fall, wenn die

Sicherung mit besonderen rechtlichen Risiken belastet ist. Ihr Zweck ist dann, die vorrangige Stellung des Kreditgebers gegenüber den übrigen Gläubigern zu sichern. Im internationalen Vergleich ist die Klausel bei der Sicherungskreditgewährung angewendet worden, insbesondere um den Wert vom Typ einer Unternehmenshypothek zu sichern. In Finnland ist sie bei der Sicherungskreditgewährung als Zusatzsicherung insbesondere für den Aktienstamm pfand angewendet worden.

In Kapitel 3. wird die Stellung der Kompetenzbeschränkungsbedingungen im System der Vermögensrechte dargestellt. Anders als z.B. in Schweden sind die verschiedenen Kompetenzbeschränkungen des Eigentümers nicht deckend als eine eigene Gruppe von beschränkten Rechten systematisiert worden.

II Sachenrechtliche Grundlagen einer Kollisionsentscheidung

In diesem Abschnitt wird die Frage erörtert, welcher sachenrechtliche Kollisionsentscheidungsgrund angewendet wird bei einer Kollision, wo ein durch die Negativklausel gesicherter Kreditgeber als Primus und als Sekundus ein Pfandnehmer oder Übereignungsempfänger, dessen Recht klauselwidrig begründet ist, einander gegenüberstehen. Gewöhnlich wurde die Wirkung der Beschränkungen der Eigentümerkompetenz auf Drittverbindlichkeit negativ beurteilt. Die negative Einstellung wurde letztlich durch verschiedene, mit dem Verkehrsinteresse verknüpfte Aspekte begründet. Zentrales Thema dieses Abschnittes ist die Ermittlung, ob diese traditionelle Einstellung hinsichtlich der Negativklauseln begründet ist.

Es werden hier auf allgemeiner Ebene die Grundlagen von Kollisionsentscheidungen in ungewissen Fällen untersucht aus der Sicht der Allgemeinen Lehren (der Kollisionsentscheidungsgründe) und der Rechtspolitik. Zuvor wird in Kapitel 2. die Individualisierung des Rechts als Voraussetzung für den Schutz Dritter erörtert. Nach herrschender Auffassung setzt die Drittverbindlichkeit in der Regel die Individualisierung des Rechtsgegenstands voraus, wenn das Recht des Rechtsnachfolgers oder des Gläubigers auf einen individualisierten Gegenstand bezogen ist. Die Individualisierungsforderung ist jedoch nicht immer eine ausnahmslose Voraussetzung für den Schutz Dritter. Dieser Umstand ist in der vorliegenden Untersuchung von Bedeutung, weil die im Zusammenhang mit Kreditverträgen vereinbarten Kompetenzbeschränkungen sich nicht immer auf individualisierte Gegenstände beziehen. In dem Kapitel werden die Grundlagen der Individualisierungsforderung und Ausnahmen von dieser Forderung näher beleuchtet, und Gesichtspunkte dargestellt für das Begründetsein der Forderung als Voraussetzung für die Drittverbindlichkeit von Kompetenzbeschränkungen.

Die Individualisierungsforderung beruht einerseits auf dem Schutzbedarf der Interessen Dritter und andererseits – allgemeiner – auf dem Anspruch, das

Geschäftsverkehrsinteresse zu fördern und v.a. die Klarheit der Rechtslage zu wahren.

Die Grundlagen für die Individualisierungsforderung sind demnach verknüpft mit den allgemeinen Forderungen nach Sicherheit und Zügigkeit des Geschäftsverkehrs. Vor allem der Bedarf nach der Anwendung neuer Sicherungsregelungen hat neue wirtschaftliche Aspekte hervorgerufen, aufgrund deren es begründet ist, die Individualisierungsforderung flexibel zu gestalten. Es kann begründet sein, bei der Individualisierungsforderung und der Verwirklichung ihrer Zwecke nachgiebig zu sein, wenn diesen ausreichend hohe Interessen entgegenstehen und dennoch auch die genannten Zwecke hinlänglich berücksichtigt werden können. In der vorliegenden Untersuchung kommen wir zu dem Ergebnis, dass eine Kompetenzbeschränkung, die auf einen anderen als den individualisierten Gegenstand gerichtet ist, verbindlich für den Dritten sein kann, aber nur, falls dieser von der Beschränkung Kenntnis hatte.

In Kapitel 3. werden die den in Frage stehenden Kollisionstypus betreffenden vorrangigen Entscheidungsprinzipien dargestellt sowie allgemeine Gesichtspunkte, die die Wahl des Entscheidungsprinzips beeinflussen. Alternative Entscheidungsprinzipien sind das Prinzip der Zeitpriorität (Verbindlichkeitsprinzip) und das der Unverbindlichkeit. Bei Anwendung des ersteren ist davon auszugehen, dass das Recht des Primus den Sekundus bindet, während dies bei Anwendung des zweiten nicht der Fall ist.

Wir gelangen zu dem Ergebnis, dass es begründet ist, bei Nachfolgekollisionen in erster Linie die Zeitpriorität als Entscheidungsprinzip aufzustellen. Diese Lösung beruht darauf, dass die Rechte hinsichtlich des Verkehrs und der Kreditgabe zweckmässig sind, weshalb man davon ausgehen kann, dass die Verpflichtung für Dritte begründet ist. In einer Situation, wo sowohl die Rechte des Primus als auch des Sekundus zweckmässig sind, bildet der Grundsatz der Zeitpriorität die bessere Alternative, weil im Verlustfall bei der Kollision dem Primus mehr Nachteile entstehen würden. Jedoch ist es begründet, den Unverbindlichkeitsgrundsatz dann anzuwenden, wenn das Recht des Primus nachweislich unzweckmässig ist.

In Kapitel 4. werden die Möglichkeiten untersucht, von der durch den Grundsatz des Ausgangspunktes begründeten Kollisionsentscheidung abzuweichen. Die Umstände, mit der diese Möglichkeit verbunden ist, spiegeln häufig die dem Publizitätsgrundsatz gegebene Bedeutung wider. Das Abweichen von der Zeitpriorität ist i.d.R. dann möglich, wenn der Sekundus guten Glaubens war an dem Recht des Primus und vor dem Primus Publizitätsmassnahmen seines Rechts ergriffen hat. Das Abweichen vom Unverbindlichkeitsgrundsatz wiederum kann dann möglich sein, wenn der Sekundus um das Recht des Primus wusste.

In Kapitel 5. werden die auf die Wahl des Entscheidungsgrundsatzes einwirkenden Gesichtspunkte eigens hinsichtlich der Negativklauseln betrachtet. Es werden hier zunächst in der Rechtsliteratur vorgebrachte Argumente untersucht, die die Bedingungen für vertragliche Verfügungsbeschränkungen bei

Veräusserungsmassnahmen betreffen. Gemäss dieser Argumente würde die Drittverbindlichkeit der die Kompetenz des Eigentümers beschränkenden Bedingungen den Geschäftsverkehr im allgemeinen beeinträchtigen sowie die Interessen der verschiedenen am Geschäftsverkehr Beteiligten verletzen. In dieser Hinsicht sieht man also an, dass die Bedingungen für die Kompetenzbeschränkung ein unzweckmässiges Recht begründen.

Im Anschluss daran wird aus der Sicht der vorliegenden Abhandlung beurteilt, ob diese Argumente zutreffend sind. Es sollen Gesichtspunkte vorgebracht werden, aufgrund deren die in der Rechtsliteratur auftretende Einstellung unbegründet ist. Die Argumente gelten nicht für die dem Kreditnehmer bei der Kreditgewährung auferlegten Kompetenzbeschränkungsbedingungen, da ihr Zweck und die Funktionsumgebung, wo sie angewendet werden, sich von dem bei der Veräusserung zu vereinbarenden Zweck und Funktionsbereich der Kompetenzbeschränkungen unterscheiden.

Am Ende des Abschnittes wird die Zweckmässigkeit der Negativklausel mit derjenigen des Pfandrechts verglichen. Es gilt aufzuzeigen, dass es nicht begründet ist, die Drittverbindlichkeit der Negativklausel abzulehnen aufgrund dessen, dass sie die Anwendung des Pfandrechts, das als zweckmässiges Recht angesehen wird, verhindert. In dieser Abhandlung wird die in der ökonomischen Analyse des Rechts geführte Diskussion über die wirtschaftliche Effektivität von Sicherungen genutzt. Die Diskussion wird angewendet um aufzuzeigen, dass beide Mittel zum Schutz des Kreditgebers zu einem wirtschaftlich sowohl effektiven als auch ineffektiven Resultat führen können. Wir gelangen zu der Schlussfolgerung, dass beide Schutzmittel des Gläubigers als zweckmässig präsumiert werden können.

In Kapitel 6. kommen wir zurück auf die in Kap. 4. erörterte Möglichkeit, von der vorrangigen Kollisionslösung abzuweichen aufgrund der Publizität des Rechts. Insbesondere wird die Bedeutung der Kenntnis als auf die Verbindlichkeit des Rechts einwirkende Grundlage betrachtet. In diesem Kapitel werden umfassend sowohl die Argumente, die für die allgemeine Verbindlichkeitswirkung der Kenntnis sprechen als auch diejenigen, die dagegen sprechen, umfassend detailliert. Die allgemeine Verbindlichkeitswirkung der Kenntnis kann sowohl mit moralischen, mit der Förderung von ehrlichem Verkehr verknüpften Argumenten (d.h. der in Kenntnis des Rechts des anderen Stehende verdient keinen Schutz), als auch mit wirtschaftlichen, mit der Förderung des effektiven Verkehrs zusammenhängenden Argumenten (d.h. der in Kenntnis des Rechts des anderen Stehende bedarf keines Schutzes) begründet werden. Andererseits kann man mit den für den wirtschaftlich effektiven Verkehr sprechenden Argumenten auch begründen, dass der Kenntnis überhaupt keine Bedeutung zukommt als auf die Verbindlichkeit einwirkende Grundlage (Sicherheit des Geschäftsverkehrs).

Zusätzlich zu diesen Auffassungen werden Gesichtspunkte dargestellt, gemäss denen die Kenntnis eine Verbindlichkeitsgrundlage hinsichtlich gewisser Rechte

sein kann. So kann man der Zweckmässigkeit des Rechts (d.h. die Kenntnis kann nur dann eine Verbindlichkeitsgrundlage sein, wenn das Recht des Primus hinsichtlich des Verkehrs und der Kreditgewährung zweckmässig ist) Bedeutung beimessen, oder der Frage, welche Bedeutung dem objektiven Moment zukommt, das den Schutz des Recht verstärkt (d.h. die Kenntnis kann nur dann eine Verbindlichkeitsgrundlage bilden, wenn es der Zweck des das Recht verstärkenden Moments gewesen wäre, dem Recht Publizität zu verschaffen, aber nicht in dem Fall, wenn der Zweck des objektiven Moments gewesen wäre, die Reife des Rechts auszudrücken).

Die Bedeutung der Kenntnis als Verbindlichkeitsgrundlage hängt davon ab, welchen Aspekt der Geschäftsverkehrsförderung – die Förderung von effektivem oder ehrlichem Verkehr – man bei der Anwendung mehr betonen will. Je mehr die ehrliche Förderung betont wird, desto mehr Bedeutung kommt der Kenntnis als Verbindlichkeitsgrundlage zu. In dieser Untersuchung wird die Auffassung von der Förderung effektiven Verkehrs vertreten, dass nur zweckmässige Rechte Dritte binden können. Dieser Gesichtspunkt beschränkt also die Erstreckung der Verbindlichkeitswirkung der Kenntnis des Sekundus auf solche Rechte des Primus, die als zweckmässig angesehen werden.

Nach der Erörterung des Niveaus der Kollisionsentscheidungsprinzipien werden die Kollisionen in Kapitel 7. detailliert untersucht, ausgehend von den Entscheidungsregeln. Die Verbindlichkeit der Negativklauseln wird getrennt betrachtet hinsichtlich der Bedingungen betreffend Immobilien- und Mobiliarvermögen. Bei Immobilienvermögen gelangen wir zu dem Schluss, dass die erstrangige Kollisionsentscheidungsgrundlage die Unverbindlichkeit ist. Davon kann jedoch abgewichen werden aufgrund der Kenntnis des Sekundus. Bei Mobiliarvermögen hingegen gelangen wir zu dem Schluss, dass die vorrangige Kollisionsentscheidungsgrundlage die Zeitpriorität bildet, wovon allerdings abgewichen werden kann aufgrund guten Glaubens des Sekundus.

In der Praxis können die in der Negativklausel enthaltenen Kompetenzbeschränkungen nur selten den Sekundus binden, unabhängig davon, ob es sich um eine Beschränkung von Immobilien- oder Mobiliarvermögen handelt. Dies beruht darauf, dass die Beschränkungen nicht offengelegt werden können durch Eintragung, abgesehen von einer evtl. Wertanteile betreffenden Ausnahme. In diesem Fall konnte der Sekundus im Allgemeinen keine Kenntnis bekommen von der Beschränkung, weshalb diese für ihn nicht verbindlich ist.

III Den sachenrechtlichen Schutz ergänzende Rechtsschutzmittel

Dieser Abschnitt bildet die Ergänzung zu dem vorherigen Abschnitt, indem wir uns mit den Grundlagen der Kollisionsentscheidungen befassen aus der Sicht der Prinzipien betreffend das Verbot von Rechtsgeschäften wider die guten Sitten und von Rechtsmissbrauch. Diese Prinzipien sind von besonderer Bedeutung für die

Stellung des Kreditgebers, der den Schutz der Negativklausel gefordert hat, falls er nicht aufgrund der normalen Kollisionsentscheidungsprinzipien Schutz erhält gegenüber einem späteren Pfandgläubiger oder Übereignungsempfänger. Mit Hilfe dieser Prinzipien kann der Schutz des Kreditgebers erweitert werden.

In Kapitel 1. werden die Grundlagen untersucht, die hinter dem Verbot von Verstoss gegen die guten Sitten und von Rechtsmissbrauch stehen. Rechtspolitisch können die Verbote sowohl durch die Moralgesichtspunkte im Zusammenhang mit der Förderung von ehrlichem Verkehr als auch mit wirtschaftlichen Gesichtspunkten, die mit der Förderung von effektivem Verkehr verknüpft sind, begründet werden.

In Kapitel 2. werden das Verbot von Verstössen gegen die guten Sitten und des Rechtsmissbrauchs sowie die Bedeutung des Verbots für die Entscheidung in o.a. Kollisionssituation untersucht. Zuerst soll der Inhalt der Verbote bestimmt werden, und danach wird die Bedeutung des Verbots bei einer Kollision untersucht, wo der Primus sich seine Stellung als Kreditgeber durch Negativklausel abgesichert hat.

Das Verbot von Verstoss gegen die guten Sitten und von Rechtsmissbrauch betrifft vor allem Verfügungstätigkeit, die vorsätzlich zum Schaden des Dritten vorgenommen wird. Die Verbote erstrecken sich neben diesem "aktiven" Verstoss gegen die guten Sitten auch auf den "passiven" Verstoss dagegen. Eine Person kann nämlich in gewissen Situationen eine Sorgfaltspflicht haben für die Wahrung der Interessen eines Dritten, und die Verletzung dieser Sorgfaltspflicht kann zu einem Verstoss gegen die guten Sitten führen. Eine solche Sorgfaltspflicht (Loyalitätspflicht) besteht zwischen den Vertragsparteien. In dieser Abhandlung soll mittels Beispielen (Entscheidungsnormen für Kollisionen zwischen Erst- und Sekundärpfandgläubiger, Normen betreffend die Kollisionen zwischen dem Käufer einer Wohnungsaktie und dem Kreditgeber des Gründers sowie die Normen des Konkursanfechtungsgesetzes betreffend die Beziehungen zwischen den Gläubigern) aufgezeigt werden, dass eine solche Pflicht auch ausserhalb der Vertragsverhältnisse vorkommen kann, wenn zwischen den Personen eine andere rechtlich bedeutende Beziehung besteht.

Aufgrund dieser Beispiele wird in dieser Abhandlung vorgebracht, dass Kreditgeber – die im berufsmässigen Kreditgewährungsumfeld tätig sind, die beteiligt sind an der Praxis, wo die Stellung des Kreditgebers durch die Negativklausel gesichert wird, die also vertraut sind mit den Risiken dieser Praxis – die Sorgfaltspflicht haben für die Wahrung der Interessen der anderen Kreditgeber. Die Sorgfaltspflicht zeigt sich darin, dass der Kreditgeber sich einer Pfändung enthalten muss, die gegen eine in seiner Kenntnis stehende frühere Verbindlichkeit mit Negativklausel wäre, und dass er sich in gewissen Grenzen auch über die Existenz einer solchen Beschränkungsklausel informieren muss.

In Kapitel 3. wird das Verbot des Missbrauchs von formal gesonderter Rechtssubjektivität näher betrachtet. Formal gesonderte Rechtssubjektivität kann z.B. als Mittel zur Vermeidung der Rechtswirkungen des Vertrags eingesetzt

werden. Das Verbot des Missbrauchs von formal gesonderter Rechtssubjektivität kann in diesem Fall die durch Vertrag verletzte Partei zum Beispiel so schützen, dass der Vertrag, abweichend von der Hauptregel, auch einen Dritten verpflichten kann. Der Missbrauch von formal gesonderter Rechtssubjektivität kann auch eine Grundlage dafür sein, in der rechtlichen Beurteilung dem wirtschaftlichen Eigentum anstelle des rechtlichen Eigentums Bedeutung beizumessen. Es handelt sich um wirtschaftliches Eigentum, wenn eine Person die tatsächliche Verfügungsgewalt über das Eigentum hat.

Hinsichtlich des Gegenstands dieser Abhandlung hat das Verbot des Missbrauchs der formalen Rechtssubjektivität eine spezielle Bedeutung bei Kollisionen, wo der Primus ein Aktienstammpfandgläubiger ist, der sein Pfandungsrecht durch eine die Immobilie der Gesellschaft betreffende Negativklausel geschützt hat, und der Sekundus ein Gläubiger ist, der das gegen die Verbindlichkeit verstossende Immobilienpfandrecht an der Immobilie der Gesellschaft erhalten hat. Die Verbote erweitern die Sorgfaltspflicht für die Interessen des Aktienpfandgläubigers, der Vertragspartner des Aktionärs war, und erstrecken sich auch auf den Bereich der im Eigentum des Aktionärs stehenden Gesellschaft und auf das wirtschaftliche Eigentum des Aktionärs.

In Kapitel 4. wird die Möglichkeit des Primus untersucht, vom Sekundus Schadenersatz zu erhalten, und in Kapitel 5. die Möglichkeit des Primus, zurückzutreten von dem ihn verletzenden Rechtsgeschäft durch Konkursanfechtungsklage. Dieser Rechtsmittelschutz kann ergriffen werden, wenn der Sekundus gegen die guten Sitten verstossen hat.

IV Gesichtspunkte im Hinblick auf ein zu erlassendes Gesetz

Wir sind zu der Schlussfolgerung gelangt, dass ein auf Negativklausel beruhender Schutz des Kreditgebers vorrangig als zweckmässiges Recht angesehen werden kann. Aus diesem Grund ist es rechtspolitisch begründet, dass die Klausel auch einen späteren Pfandgläubiger oder Übereignungsempfänger bindet. Die Interessen des Geschäftsverkehrs setzen jedoch i.d.R. hinsichtlich der Drittverbindlichkeit auch ein zweckmässigen Rechts die Publizität des Rechts voraus. Eine deckende Publizität der in Frage stehenden Bedingungen würde die Möglichkeit voraussetzen, diese ins Register einzutragen. Eine solche Registriermöglichkeit ist jedoch im Allgemeinen unbekannt. Infolgedessen schlagen wir hier vor, eine Eintragungsmöglichkeit *de lege ferenda* zu schaffen.

Die Registrierung könnte teilweise durch Nutzung der vorhandenen Register durchgeführt werden. Eine vollständige Registrierung wäre allerdings erst durch die Änderung des gesamten Registersystems durchführbar. Als andere Möglichkeit, die Bedingung zu publizieren, wird die Möglichkeit erörtert, sie als Anlage zu der Schlussabrechnung offenzulegen.

Die Möglichkeit zur Registereintragung ist vor allem bei der inländischen Kreditgewährung wichtig. Für die internationale Kreditgewährung hat sie eine geringere Bedeutung. Damit die Registriermöglichkeit auch hier tatsächlich von Bedeutung wäre, müssten die Registrierverfahren und -methoden zuvor in Einklang gebracht werden.

Oikeustapaushakemisto

KKO

- KKO 1923 p. II 1192 s. 202
 KKO 1927 I 67 s. 88
 KKO 1928 II 2 s. 202, 208
 KKO 1929 II 468 s. 202, 208
 KKO 1929 II 638 s. 291
 KKO 1929 II 639 s. 291
 KKO 1929 II 640 s. 291
 KKO 1930 II 511 s. 157
 KKO 1930 II 655 s. 157
 KKO 1931 II 347 s. 202
 KKO 1931 II 482 s. 264–266
 KKO 1931 II 585 s. 252–253, 258
 KKO 1932 I 51 s. 202
 KKO 1932 I 64 s. 157
 KKO 1932 I 70 s. 157
 KKO 1933 I 53 s. 254
 KKO 1933 II 150 s. 220
 KKO 1933 II 171 s. 202
 KKO 1933 II 268 s. 202
 KKO 1935 II 544 s. 202
 KKO 1936 I 23 s. 37
 KKO 1937 II 61 s. 202
 KKO 1944 II 145 s. 202
 KKO 1947 I 3 s. 205
 KKO 1948 II 26 s. 220
 KKO 1949 II 369 s. 202
 KKO 1950 II 454 s. 202
 KKO 1954 II 123 s. 256
 KKO 1955 II 68 s. 255
 KKO 1958 II 16 s. 86
 KKO 1958 II 43 s. 290
 KKO 1961 II 36 s. 274
 KKO 1961 II 100 s. 254–255, 277
 KKO 1962 II 80 s. 255
 KKO 1963 II 27 s. 55–56, 277, 291
 KKO 1963 II 110 s. 202
 KKO 1964 II 29 s. 277
 KKO 1966 II 95 s. 277, 291
 KKO 1967 II 27 s. 279
 KKO 1968 II 53 s. 202, 208
 KKO 1968 II 61 s. 277
 KKO 1968 II 71 s. 202
 KKO 1969 II 3 s. 9, 13, 119
 KKO 1969 II 36 s. 85–86
 KKO 1970 II 40 s. 202
 KKO 1970 II 82 s. 277
 KKO 1973 II 19 s. 262
 KKO 1973 II 20 s. 202
 KKO 1975 II 89 s. 255
 KKO 1976 II 71 s. 277
 KKO 1977 II 93 s. 202
 KKO 1978 II 67 s. 157
 KKO 1982 II 75 s. 205
 KKO 1982 II 184 s. 59, 299
 KKO 1983 II 101 s. 274–275
 KKO 1983 II 132 s. 121
 KKO 1983 II 185 s. 59, 299, 300
 KKO 1985 II 131 s. 202, 208
 KKO 1986 II 118 s. 278
 KKO 1986 II 133 s. 323
 KKO 1986 II 136 s. 56, 277
 KKO 1987:5 s. 266
 KKO 1988:12 s. 213
 KKO 1988:13 s. 271
 KKO 1989:53 s. 271
 KKO 1989:137 s. 323
 KKO 24.8.1989 n:o 2240 S 86/993 s. 292
 KKO 1991:32 s. 312
 KKO 1991:79 s. 312
 KKO 1991:148 s. 263
 KKO 1991:186 s. 291
 KKO 1992:10 s. 323
 KKO 1992:44 s. 312
 KKO 1992:121 s. 265
 KKO 1992:145 s. 263
 KKO 1992:157 s. 202, 208
 KKO 1992:188 s. 213
 KKO 1992:190 s. 55, 277
 KKO 1995:15 s. 16
 KKO 1995:28 s. 49, 50, 89
 KKO 1995:67 s. 220
 KKO 1995:123 s. 213, 265
 KKO 1995:131 s. 302–303
 KKO 1995:133 s. 36

KKO 1995:208 s. 327
 KKO 1996:2 s. 291–292
 KKO 1996:113 s. 36
 KKO 1997:6 s. 218
 KKO 1997:17 s. 291
 KKO 1997:146 s. 13, 25, 54,
 57–58, 264, 303–307
 KKO 1997:181 s. 312
 KKO 1998:47 s. 58, 277–278
 KKO 1998:131 s. 264, 311
 KKO 1999:12 s. 307
 KKO 1999:24 s. 56
 KKO 1999:38 s. 325
 KKO 1999:92 s. 264, 311
 KKO 1999:111 s. 178, 223, 241
 KKO 2000:125 s. 326

HO:t

HHO 27.7.1988 A 88/115 s. 265
 HHO 5.10.1995 S 93/2204
 (Finlex: HelHO 1995:6) s. 55
 HHO 12.10.1995 R 94/518 s. 54, 60

IHO 18.6.1998 S 98/151 s. 187, 194

THO 28.11.1986 S 86/7 s. 291
 THO 21.4.1989 S 88/18 s. 291
 THO 8.12.1989 S 89/13 s. 291
 THO 29.6.1994 S 93/456 s. 60
 THO 20.1.1995 R 94/321 s. 60

VHO 15.11.1990 S 90/150
 (Finlex: VaaHO 1991:15) s. 50
 VHO 10.11.1999 S 99/55 s. 302

Ruotsi

NJA 1924 s. 329 s. 166
 NJA 1925 s. 80 s. 166

NJA 1940 s. 297 s. 166
 NJA 1974 s. 376 s. 118
 NJA 1976 s. 618 s. 57
 NJA 1980 s. 311 s. 57
 NJA 1985 s. 29 s. 325
 NJA 1985 s. 97 s. 206
 NJA 1985 s. 117 s. 300
 NJA 1992 s. 717 s. 57
 NJA 1993 s. 468 s. 118, 194
 NJA 1998 s. 135 s. 194
 NJA 1999 s. 426 s. 57

Norja

NRt 1994 s. 775 s. 269, 270

Tanska

UfR 1966 s. 145 H s. 295
 UfR 1977 s. 526 H s. 300
 UfR 1986 s. 697 V s. 300
 UfR 1987 s. 713 V s. 9, 206

Saksa

BGH, Urt. v. 2.6.1981, NJW 1981 s. 2184
 s. 260

EY:n tuomioistu

Asia C–367/96, *Alexandros Kefalas v. Elliniko Dimosio (Kreikan valtio) ja Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, Kok. 1998 s. I-2843 s. 250
 Asia C–373/97, *Dionysios Diamantis v. Elliniko Dimosio (Kreikan valtio) ja Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, Kok. 2000 s. I-1705 s. 251

Asiasanahakemisto

Asiasanahakemisto täydentää sisällysluetteloa. Tämän vuoksi sisällysluetteloon merkityissä otsikoissa esiintyviä sanoja on otettu hakemistoon vain, jos samaa asiaa on käsitelty muuallakin kuin asianomaisessa jaksossa. Teoksessa jatkuvasti esiintyvät termit on jätetty pois.

- absoluuttinen kompetenssinrajoitusehto s. 61
- abstraktioperiaate s. 109
- ainesosa- ja tarpeistosuhde s. 302
- ainesosien ja tarpeiston määräitys s. 205
- AL:n vallinnanrajoitukset s. 80–81, 115, 220
- alus
 - aluskiinnitys s. 130, 276
 - alusta koskeva kompetenssinrajoitusehto s. 66, 223
- ammattimainen luotonanto s. 9, 216, 274, 283, 284, 286, 307–308
- analogia s. 12, 80, 186, 193–194, 196, 213, 219, 222, 258
- analyttinen esineoikeus/siviilioikeus s. 16, 20, 21–23, 137, 297–298
- arava s. 185
- argumentteja kehittävä dogmatiikka s. 21
- arvon kaksoispanntaus (jakson III 3.5. lisäksi) s. 52–60, 303–305, 311, 322, 334
- arvo-osuusjärjestelmä (jakson II 7.3.3. lisäksi) s. 191
- arvopaperisalkun panttaus s. 90
- arvopaperistaminen s. 25
- asumisoikeus s. 185
- asunto-osakeyhtiö s. 52–58, 246, 254–255, 265–266, 272–280, 299–308
- autokiinnitys s. 130, 223, 276
- betingelse-oikeus s. 71–73, 199
- common law -järjestelmä s. 38, 121, 260, 284, 313–315
- cross default -ehto, ks. ristiineräännyttämisehto
- denuntiaatio, käsite s. 103
- dolus determinatus s. 259
- dolus directus s. 259
- dolus eventualis s. 259
- dynaaminen suoja, käsite s. 68
- dynaamisen varallisuus-oikeuden malli s. 25–26, 27, 113, 115, 116, 118, 123
- EBRD:n mallilaki s. 120, 130
- ehdollinen kompetenssinrajoitusehto s. 60, 61–65, 220
- ei-vapaaehtoiset velkojat (nonadjusting creditors) s. 118, 132, 141, 145
- ekstinktio
 - irtaimisto-oikeudessa s. 104, 218–222, 227, 228, 233, 234
 - kiinteistöoikeudessa s. 105, 176, 188, 189, 194
 - yleistä s. 101–102, 153, 154, 160, 258
- ekstinktioperiaate s. 49, 159, 219
- empiria s. 16, 19, 146, 150
- erityinen oikeus
 - kompetenssinrajoitusehdon kirjaamiskelpoisuus erityisenä oikeutena s. 192, 334
 - MK:n erityisen oikeuden käsite (jakson I 3.2.2. lisäksi) ja sivullissitovuus s. 105, 114–115, 155, 194–208
- erityisehto, käsite s. 37–45
- esineoikeudellinen momentti
 - objektiivinen esineoikeudellinen momentti, käsite s. 103–104
 - subjektiivinen esineoikeudellinen momentti, käsite s. 110
- esineoikeudellinen tyypipakko s. 94–95, 97, 98, 113, 120
 - kirjaamisoikeudellinen tyypipakko, ks. luettelointiperiaate
- esisopimus s. 173, 178, 203, 205, 209, 210, 223, 241, 253, 257
- etenevä sivullissuhde, käsite s. 79–81
- etuosto-oikeus s. 72, 73, 185, 223
- EY, EU s. 6, 9, 34, 37, 59, 128, 250–251, 339–340

factoring s. 25, 36, 48, 88, 133, 225, 266, 271
fideikomissi, ks. sääntöperintö

grynderi, ks. perustajarakentaminen

hallinnanjakosopimus s. 205
hallinnan kolmoisfunktio s. 104
heikko oikeus, käsite s. 28
hyväksyminen sitovuusperusteena s. 102, 153–154, 167, 202–203, 260

ilma-alus
– ilma-aluskiinnitys s. 130, 276
– ilma-alusta koskeva kompetenssinrajoitusehto s. 66, 223

intressitaho, käsite s. 23–24
ipso facto -ehto s. 64
irtaimistokiinnitys s. 88
irtaimistorekisteri s. 333–334, 338

joukkovelkakirjalainat
– kiinnitysluottopankkien joukkovelkakirjalainat s. 88
– kompetenssinrajoitusehdot joukkovelkakirjalainoissa s. 44
– Rahoitustarkastuksen määräys s. 308

julkinen luotettavuus, kirjaamisrekisterin s. 105–107, 109, 110, 164, 190, 199, 208, 210, 214, 227, 231, 338

julkisuusvaikutus, hallinnan ja kirjaamisen s. 106, 164, 189–190, 197, 199

jälkipanttioikeus (jakson III 2.4.3.2. lisäksi) s. 46

kahden velkakirjan järjestelmä s. 275–277
Kaldor – Hicks-tehokkuus s. 18–19, 134, 142, 146
kassavirtapohjainen vakuusajattelu s. 34–45
kiinnitysluottopankki s. 34, 88
kiinteistöleasing s. 25, 185–186, 249, 295–296
kiinteistönkaupan kielletyt ehdot s. 9, 71, 184–188, 198–200
kiinteistöosakeyhtiö s. 53–54, 303
kilpailunrajoitus s. 9, 114
kokonaisjärjestely, käsite s. 23–25
kolluusio (jakson III 2.2.2. lisäksi) s. 50, 156, 209, 257–259, 261, 271, 283–284, 312–313
konkurrenssiperiaate s. 83, 128
konsernivakuus s. 57–58, 60

konstitutiivinen vaikutus, rekisterimerkintöjen s. 106, 109
kovenantti, ks. erityisehto
kovenanttityöryhmä s. 45, 311, 333–334, 336
kypsyysfunktio s. 171–177
käsitelainoppi s. 22

legaalinen panttioikeus s. 105, 133, 187, 334
lex mercatoria s. 38
lex rei sitae s. 12
lojaliteetti(periaate/velvollisuus) s. 124, 242, 248, 250, 263–268, 272, 280, 304, 305, 317
luettelointiperiaate s. 108–110, 190–192, 229–230, 234
lunastusoikeus
– irtaimen oikean omistajan s. 219–220
– kiinteistöjä koskevan sitovuus inter partes s. 184–188
– kirjaamiskelpoisuus arvo-osuusjärjestelmässä s. 229, 232
– käsite s. 70, 72, 73
luontoissuoritusvelvollisuus s. 38, 62–64
luottolegitimaatio s. 117
luottosopimuksen irtisanominen s. 7–8, 41, 62–63, 146, 147, 284
lykkäävä ehto, ks. omistuksenpidätys

maa-ainesten otto-oikeus s. 267
Modigliani – Miller-hypoteesi s. 134–135, 142

nimivakuus s. 39
numerus clausus, ks. esineoikeudellinen tyyppipakko

objektiivinen momentti, ks. esineoikeudellinen momentti
oikeushenkilöllistyminen s. 162
oikeusperiaate, käsite s. 14–16
oikeuspoliittiset argumentit, käsite s. 14–21
oikeustaloustiede (jakson II 5.4.4. lisäksi) s. 17–19, 31, 38, 118, 124–129, 181, 291
omaisuuden käyttöfunktio s. 25–27, 122, 125
omaisuuden rahoitusfunktio s. 27, 122
omaisuuden vaihdantafunktio s. 26–27, 113
omistajan hallintaoikeus, käsite s. 68
omistajan kompetenssi, käsite s. 68–69
omistuksenpidätys s. 10, 28, 90, 104, 121, 132, 185–186, 188, 221, 228, 232, 272, 339
omistuksen sosiaalinen sidonnaisuus s. 74, 127
on first demand -takuu s. 263

optio s. 73, 124, 168, 229
osakassopimus s. 7, 124, 224–225, 232, 253

pakkokiinnitys s. 63–64
pankkikriisi s. 35
pantin jakamattomuuden periaate s. 272
panttaussitoutumus
– sitovuus kolmanteen s. 166, 172–176, 203, 205, 222, 245, 261
– sopimuksena kolmannen vahingoksi s. 11, 130–131
– suhde ehdolliseen panttauskompetenssin rajoitukseen s. 62
– suhde RL 28:12:ään s. 264
– suhtautuminen sen sivullissitovuuteen argumenttina s. 200, 210–212, 222

panttilainauslaitos s. 34, 37

Pareto-tehokkuus s. 18–19, 134, 142, 146

pari passu -ehto s. 42

passiivisuus

- hyvän tavan vastaisena menettelynä s. 249, 261–262
- oikeustoimeen rinnastettavana menettelynä s. 249, 322
- sitovuuteen vaikuttavana perusteena s. 101, 102, 173

perinnönjakosopimus s. 187, 194

perusoikeudet s. 19–20, 30, 32, 127, 245, 250–251, 263, 282

perustajarakentaminen (jakson III 2.4.3.3. lisäksi) s. 55, 185, 246, 255, 278, 284, 285, 286, 300

pk-yritykset s. 9, 12, 44–45, 333, 336

preferenssiperiaate s. 83, 88–89

presumptiivinen positivismi s. 14, 209

projektirahoitus s. 44, 149

purkava ehto (ks. myös omistuksenpidätys) s. 121, 185–186

pätevöitymisvaikutus s. 106

päämies-agenttisuhde s. 136–137

pääomien vapaa liikkuvuus s. 339

rahoitusleasing s. 51, 218

Rahoitustarkastus s. 8, 35, 39, 308

reaaliset argumentit, ks. oikeuspoliittiset argumentit

rehellinen vaihdanta, käsite s. 30–32

reilu vaihdanta, käsite s. 30–32

res extra commercium s. 113

rinnakkainen sivullissuhde s. 81

riskipositio, käsite s. 23–24

ristiineräännättämisehto s. 8, 41, 44, 284

RS-järjestelmä s. 246, 273, 278–279

salainen omistus s. 23, 205–206, 208–209

samastus (jakson III 3.2. lisäksi) s. 24, 56, 59, 267, 294–303, 322–323

sivuvälvoite(määräys), ks. erityisehto

sopimussakko s. 7–8

sopimusvakuus, ks. erityisehto

sopimusvapaus s. 126–129, 168, 184–186

soranotto-oikeus s. 208

sosiaalinen siviilioikeus s. 27, 127–128

sovittelu s. 9, 10, 82, 250

spesialiteettiperiaate, ks. täsmällisyysperiaate

staatinen suoja, käsite s. 68

staatisen varallisuus oikeuden malli s. 25–26

subjektiivinen momentti, ks. esineoikeudellinen momentti

surrogaatti(periaate) s. 89–90

syndikoidut luotot s. 37, 43–44, 285, 287, 309

synteesin merkitys kollisionsratkaisussa s. 21–23, 29, 92, 126, 169–170, 211, 232

sääntöperintö s. 114

takaisnostoehto s. 73, 117, 185–186, 188

takaisinsaanti (jaksojen III 2.4.3.4. ja III 5. lisäksi) s. 59, 65, 84, 85, 131, 146–147, 154, 244, 245, 256, 286, 293, 299–301

takaus s. 5–6

takautuva sivullissuhde, käsite s. 79–81

taloudellinen omistusoikeus (jakson III 3.3. lisäksi) s. 52, 59, 267, 289, 305

taloudelliset tunnusluvut s. 41

tapa s. 273

tarkoituksenmukainen oikeus, käsite s. 27–30

tehokas vaihdanta, käsite s. 30–31

todistustaakka s. 154–155

toimintaympäristö, käsite s. 23–25

tort-vastuu s. 313–315

Treu und Glauben s. 110, 160, 165, 250

tulevaisuudessa ansaittava saatava s. 36

turvaamistoimi s. 55

täsmällisyysperiaate s. 84–91, 131, 230, 334

ulosmittaus- ja konkurssivelkojat

- kompetenssinrajoitusehtojen sitovuus s. 5, 79, 117–118, 122–123
- käsite s. 79

ulosmittauskielto s. 72, 73, 118

- vahva oikeus, käsite s. 28
- vaihdannan intressi, käsite s. 19–21
- vakavaraisuusvaatimukset s. 34
- vakuusfunktio s. 4, 7, 66
- vakuusluovutus s. 103–104, 133, 188, 249, 298
- vakuusoikeuden loukkaus
 - RL 28:12 s. 59–60, 264, 311
 - siviilioikeudellinen s. 264, 304
- vakuus vanhasta velasta
 - arvon kaksoispanntausriskin perustajana s. 53
 - takaisinsaannin kannalta s. 321–327
 - taloudellisen tehokkuuden kannalta s. 144, 146–147
- valeoikeustoimi s. 298
- valvontateoriat s. 138–139, 142–144, 148, 150
- vangin dilemma s. 242–243
- vekseli s. 258–259, 262
- veroparatiisiyhtiöt s. 297
- vierasvelkavakuus s. 43, 53, 55–58, 60, 213, 274–278, 299–300
- vuokraoikeuden perustaminen/muuttaminen vakuusoikeutta loukaten s. 54, 60, 264–266
- välipääoma s. 42–43
- yhdenyhtiö s. 294, 296, 299
- yksityisautonomia s. 126–129, 247–251
- yleispanntaussitumus s. 268–272
- yleispanntti s. 87
- yrityskiinnitys (jakson I 2.1.2.2. lisäksi) s. 18, 88–89, 91, 92, 130, 132, 143, 147, 225–226, 276–277, 311, 334–335, 338

Yritysrahoituksessa on jo pitkään käytetty ns. negative pledge -sitoumuksia, joilla luotonsaaja pidättäytyy luotonantajan asemaa heikentävistä panttaus- tai luovutus-toimista. Tutkimuksessa selvitetään tällaisten sitoumusten oikeusvaikutuksia sivullisiin, ennen kaikkea panttaustoimia rajoittavan ehdon sitovuutta myöhempiä pantinsaajia kohtaan. Vastaus tähän kysymykseen viime kädessä ratkaisee sitoumusten käyttökelpoisuuden luotonantajan turvana. Vaikka kysymys on tärkeä, sitä ei oikeuskirjallisuudessa ole aiemmin käsitelty. Tutkimuksessa kysymystä lähestytään varallisuus-oikeuden yleisten oppien ja erilaisten oikeuspoliittisten näkökohtien pohjalta. Tutkimus osallistuu siten samalla keskusteluun esineoikeudellisen sivullissuojan perusteista.

Luotonantajan esineoikeudellisen suojan lisäksi tutkimuksessa käsitellään sitä täydentäviä oikeussuojakeinoja, kuten luotonantajan mahdollisuutta vedota suojakseen hyvän tavan vastaisen menettelyn ja oikeuden väärinkäytön kieltoon liittyviin periaatteisiin, saada vahingonkorvausta kolmannelta tai kohdistaa tähän takaisin-saantivaatimus. Tutkimuksessa esitetään myös näkökohtia säädettävän lain kannalta.

