SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 321

Jari Vaitoja

VÄITTÄMISTAAKKA, TUOMARIN KYSELY-VELVOLLISUUS JA PAKOTTAVAAN YKSITYIS-OIKEUDELLISEEN SÄÄNTELYYN PERUSTUVIEN VAATIMUSTEN TUTKIMINEN SIVIILIPROSESSISSA

Väittämistaakka, tuomarin kyselyvelvollisuus ja pakottavaan yksityisoikeudelliseen sääntelyyn perustuvien vaatimusten tutkiminen siviiliprosessissa

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 321

Jari Vaitoja

Väittämistaakka, tuomarin kyselyvelvollisuus ja pakottavaan yksityisoikeudelliseen sääntelyyn perustuvien vaatimusten tutkiminen siviiliprosessissa

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Porthanian salissa PIV, perjantaina 7.11.2014 klo 12.

With an English abstract

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS • HELSINKI 2014

Tilausosoite
Suomalainen Lakimiesyhdistys
Kasarmikatu 23 A 17
00130 Helsinki
p. 09 6120 300
toimisto@lakimiesyhdistys.fi
www.lakimiesyhdistys.fi

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-457-1

© 2014 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Jari Vaitoja
ISSN-L 0356-7206
ISSN 0356-7206
ISBN 978-951-855-339-0
Oy Nord Print Ab, Helsinki 2014

”Jokaisessa vankeudessaolonsa vaiheessa Winston oli tiennyt tai ainakin kuvitellut tietävänsä, millä taholla ikkunatonta rakennusta hän oli. Kenties ilmanpaineessa oli pieniä eroja.”

George Orwell: Vuonna 1984
(suom. Oiva Talvitie)

Alkusanat

Katsoessani valmista työtä huomaan, että kirjassa käsitellään valituilta osin useitakin siviiliprosessioikeuden perustaviin kuuluvia aihekokonaisuuksia. Myös pakottavia vaikutuksia sisältävä sääntely on periaatteelliselta merkitykseltään keskeinen yksityisoikeudellisena instituutiona. Mistähän tämä johtuu paitsi tietysti tutkimuksen teemasta? Käsitykseni on, että juridiikassa melkein kaikki asiat palautuvat ja että ne pitääkin palauttaa puhtaaseen asia-argumentaatioon. Juridis-tekninen puoli on harvoin kiinnostava sellaisenaan. Normien taustalla on tietysti kysymys siitä, mitä lainsäätäjä on ymmärtänyt tai mihin se on pyrkinyt jollakin oikeusohjeella tai kuinka ns. laaja oikeusyhteisö on asian ymmärtänyt. Vielä perustavampia ongelmia kuitenkin ovat kuinka asia ylipäänsä voitaisiin ratkaista ja minkälaisia perusteluja eri vaihtoehtojen tueksi olisi esitettävissä.

Ajattelen, että juuri näiden perustavampien syiden tulisi olla näkyvästi esillä melkeinpä kaikessa voimassa olevaa oikeutta koskevassa tutkimuksessa. Vaikka oikeusnormit voivat tehdä ainakin lyhyellä tähtäimellä tyhjäksi pelkän järkeilyn, pidemmän päälle juridiset tulkinnat on voitava perustella asiasyin. Argumentaatio saattaa sitten olla joko vähän suppeampaa ja pinnallisempaa tai vähän perusteellisempaa ja syvällisempää. Tässä tutkimuksessa on valittu useassa kohdin se vähän perusteellisempi ja syvempään tarkasteluun pyrkivä vaihtoehto. Ja kun toimeen ryhtyy, kannattaa valita aihe, joka on omasta mielestä riittävän merkityksellinen.

Käsikirjoitusta ovat eri vaiheissa lukeneet ja kommentoineet professori Dan Frände ja professori Juha Lappalainen, joilta olen saanut runsaasti kannustavaa palautetta. Väitöskirjan esitarkastajat professori Tuula Linna ja OTT, VT Tuomas Hupli ovat samoin esittäneet lukemansa perusteella arvokkaita kommentteja. Kirjoitusvaiheessa olen vuosien varrella keskustellut tutkimuksen teemoista VTM Timo Anderssonin kanssa. Heille kaikille esitän kiitokseni.

Suomen Kulttuurirahasto, Aili ja Brynolf Honkasalon rahasto, Työsuojelurahasto, Jenny ja Antti Wihurin rahasto, Alfred Kordelinin säätiö ja Ella ja Georg Ehrnroothin säätiö ovat tukeneet tutkimusta apurahoin. Suomalaista Lakimiesyhdistystä kiitän siitä, että se on ottanut kirjan julkaistavakseen. Kustannustoimittaja Pipsa Kostamo on huolehtinut toimitustyöstä lujalla ammattitaidollaan. Helsingin yliopisto on tukenut hanketta usean vuoden ajan viranhoitojen vastineena palkanmaksulla, mistä samoin kuin henkisestä selkänojasta on aiheellista kiittää professori Erkki Havansia.

Lopuksi kiitän OTL Kjel Sevónia, OTK, VT Lenita Häggblomia ja Dan Frändeä siitä ennakkoluulottomasta ja kannustavasta mutta rennon tärkeile-

mättömästä ilmapiiristä, joka aikanaan vallitsi heidän vetämässään prosessioikeuden pro gradu-seminaarissa. Tylsemmässä ryhmässä en luultavasti olisi koskaan innostunut tätä jatkotutkimusta tekemäänkään.

Tryffelikoira Toffo on käyttänyt isäntäänsä virkistävillä kävelyretkillä varsinkin niinä aikoina, jolloin kiireet kirjan viimeistelyssä eivät vielä olleet kaikkein pahimmillaan.

Porthaniassa 4. lokakuuta 2014

Jari Vaitoja

Sisällys

ALKUSANAT VII

SISÄLLYS IX

LÄHTEET XXV

LYHENTEITÄ XXXV

1 JOHDANTO 1
1.1 Tutkimustehtävästä 1
1.2 Tutkimuksen metodista ja rakenteesta 4

2 OIKEUSPERIAATTEISTA JA PERIAATEKESKUSTELUSTA 9
2.1 Yleistä 9
2.2 Sääntöjen ja periaatteiden erottelusta lähemmin 9
2.3 Tarve ratkaisutoiminnan kontrolloitavuuteen yhtenä periaatekeskustelun motiivina 10
2.4 Väite kontrollitavoitteen epäonnistumisesta 11
2.5 Periaatekeskustelun sisältämä kansalaisen oikeuksia korostava painotus 12
2.6 Miksi yksilölliset oikeudet tulisi asettaa yhteisöllisten päämäärien edelle? 14

3 VÄITTÄMISTAAKKA JA VASTUU TOSIASIA-AINEISTON ESILLE TULEMISESTA 17
3.1 Kysymyksenasettelusta 17
3.1.1 Vastuu oikeudenkäyntiaineistosta 17
3.1.2 Vetoamisvelvollisuuden sisältö ja tuomarin virallisvelvollisuudet 20
3.2 Oikeudenkäyntiaineistosta 20
3.3 Väittämistaakka ja oikeudenkäyntiaineiston esittämistä koskeva vastuunjako 25
3.3.1 Yleisiä näkökohtia 25
3.3.2 Missä merkityksessä väittämistaakka muodostaa lähtökohdan oikeudenkäyntiaineiston esittämistä koskevan vastuun jaolle? 26
3.3.3 Väittämistaakkasäännön oikeuspoliittisia lähtökohtia 30
3.3.4 Eräitä vastuunjaon ilmenemismuotoja ja niiden suhde väittämistaakkaan 32
3.3.4.1 Asianosaisen ns. informointitaakka 32

3.3.4.2 Normien epäselvyydestä johtuva riski 32
3.3.4.3 Ns. laaja oikeudenkäyntiaineisto muodostaa pohjan tuomarin kyselyvelvoitteille 33
3.3.4.4 Asianosainen on vastuussa vetoamislausumin tehdyistä valinnoista 34
3.4 Vetoamisvelvollisuuden kohde ja miten se saadaan selville 34
3.4.1 Johdanto 34
3.4.2 Oikeustosiseikat – mitä ne ovat? 35
3.4.2.1 Mitä oikeustosiseikoilla tarkoitetaan? 35
3.4.2.2 Mitä oikeustosiseikat ovat ontologisessa mielessä? 36
3.4.2.3 Kuinka oikeustosiseikoista saadaan tietoa? 39
3.5 Vetoamisvelvollisuuden jakamisesta 41
3.5.1 Järjestelmän peruslähtökohtia 41
3.5.1.1 Taustaa 41
3.5.1.2 Väittämistaakkaratkaisu sisältää kannanoton aineelliseen oikeusongelmaan 41
3.5.1.3 Taakan jakoon ei lähdetä ”puhtaalta pöydältä”.. 43
3.5.1.4 Tosiasioiden suksessiivinen relevanssi ja relevanssin eteneminen 43
3.5.1.5 Mistä väittämistaakan jakautuminen tiedetään? 45
3.5.2 Oppi tosiasioiden suksessiivisesta relevanssista ja opin perustelut Karl Olivecronan mukaan 46
3.5.2.1 Tarve rajata oikeudenkäyntiaineistoa 46
3.5.2.2 Miksi suksessiivista relevanssia tarvitaan? 47
3.5.2.3 Olivecronan näkemys siitä, kuinka suksessiivisen relevanssin jako voitaisiin tuntea 48
3.5.2.4 Menettelyllisen siviilioikeuden vaatimus 50
3.5.3 Kantajan ja vastaajan vetoamisvelvollisuuden kohdistuminen ja epäsymmetria 52
3.5.3.1 Yleistä 52
3.5.3.2 Kantajan ja vastaajan velvoitteiden eroavuudet 53
3.5.3.3 Eroavuuksien lähempi tarkastelu 54
3.5.4 Oikeustoimen kohtuuttomuus ja pätemättömyys vetoamisvelvollisuuden jaon kohteina – kuka on vetoamisvelvollinen? 59
3.5.5 Tosiasiaväitteiden yksilöintivelvollisuus osana velvoitteiden jakoa 62
3.6 Kuinka oikeus- ja todistustosiseikat erotetaan toisistaan? 62

3.6.1 Yleistä tosiasioiden vahvistamisen ja niiden oikeudellisen arvioinnin erottelusta 62
3.6.2 Erottelun perusteet puhuttaessa vetoamisvelvollisuuden kohteesta 64
3.6.3 Oikeus- ja todistustosiseikkojen erottelu silloin, kun puhutaan näyttövelvollisuuden kohteesta..... 67
3.6.4 Arviointia 71
3.6.5 Kohtuuttomuudesta näyttötaakan kohteena 72
3.6.6 Päätelmät vetoamisvelvollisuuden kannalta..... 74
3.6.6.1 Yhteenvetoa 74
3.6.6.2 Joissakin asiayhteyksissä kohtuus saattaa olla luonnehdittavissa näyttöongelmaksi 74
3.7 Vetoamisvelvollisuuden kohteena olevien tosiasiaväitteiden lähempää tarkastelua 75
3.7.1 Johdanto 75
3.7.2 Vetoamisvelvollisuuden rajaamisesta vain empiirisesti havaittavia faktoja koskeviin väitteisiin 76
3.7.2.1 Missä merkityksessä normit (ainakin) ovat vetoamisvelvollisuuden ulkopuolella?..... 76
3.7.2.2 Vetoamisvelvollisuuden kohteena olevat ilmiöt ja kuinka tarkasti niitä koskevat väitteet pitää yksilöidä?..... 77
3.7.2.3 Abstrakteja termejä sisältävät tunnusmerkistöt väittämistaakkaoppien mukaan..... 79
3.7.2.4 Abstraktien termien käyttö vetoamislausumissa on välttämätöntä..... 80
3.7.2.5 Milloin tosiasiaväitteiden yksilöinniltä tulisi edellyttää oikeudellisia luonnehdintoja?..... 82
3.7.3 Kuinka määritellä vetoamisvelvollisuuden ulottuvuus silloin, kun faktatunnusmerkistö sisältää avoimen termin?..... 88
3.7.3.1 Johdanto..... 88
3.7.3.2 Voidaanko vetoamisvelvoite täyttää vain abstrakteja termejä sisältävin lausumin?..... 89
3.7.3.3 Kysymyksen erityinen pulmallisuus..... 90
3.7.4 Kohtuuttomuudesta vetoamisvelvollisuuden kohteena 90
3.7.4.1 Kohtuus avoimena terminä 90
3.7.4.2 Kohtuullistamiskysymystä jäsentävää käsitteistöä 91
3.7.4.3 Tosiasiaväitteiden täsmentämisvelvoite..... 92
3.7.5 Kuinka vetoamisvelvollisuuden ulottuvuutta tulisi arvioida avointen tunnusmerkistöjen osalta? 97

3.7.5.1 Vetoamisvelvollisuuden ulottuvuudelle ei ole yksiselitteistä kriteeriä ... 97
3.7.5.2 Tarve konkretisointeihin ja pitkälle viedyn yksilöintivelvollisuuden haitat ... 98
3.7.5.3 Johtopäätökset ... 100
3.7.5.4 Päätelmiä tutkimustehtävän kannalta ... 103
3.7.6 Vetoamisvelvoitteen kohdentuminen ja jako osapuolten välillä ... 104
3.8 Asianosaisen yksilöintivelvoitteiden ja tuomioistuimen virallistutkinnan suhde ... 106
3.8.1 Seikat, joista ei voida sopia ja muut ilman asianosaisen väitettä tutkittavat seikat ... 106
3.8.2 Tuomioistuimen tutkimisvelvollisuus eräissä passiivisuuteen tai asianosaisen yksipuoliseen toimeen liittyvissä tilanteissa ... 112
3.8.3 Mitä viran puolesta tutkimisella on saatettu tarkoittaa? ... 115

4 VETOAMISTOIMET JA NIIDEN TULKINTA ... 119
4.1 Kuinka vetoamistoimia tulkitaan? ... 119
4.1.1 Mitä vetoamistoimella tarkoitetaan? ... 119
4.1.2 Mihin tulkintateoriaa tarvitaan? ... 120
4.1.3 Tulkinta oikeusongelmana ... 121
4.1.4 Objektiivinen tulkintatapa prosessilainopin mukaan ... 122
4.1.5 Tulkintatilanteita koskevaa oikeuskäytäntöä ... 125
4.2 Aineellinen sääntely tulkintaperusteena? ... 128
4.2.1 Ratkaisujen ilmentämät kaksi tyyppitilannetta ja niiden arviointi oikeuskirjallisuudessa ... 128
4.2.2 Ratkaisujen arviointi prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa ... 130
4.2.3 Vastaaja-asema syynä taakkojen lieventymiseen? ... 131
4.2.4 Mitä ratkaisuista voidaan päätellä? ... 132
4.2.4.1 Yleistä ... 132
4.2.4.2 Ratkaisujen arviointia menettelyllisten oikeuksien yhteensovittamisen näkökulmasta ... 134
4.2.4.3 Ratkaisujen merkitys tosiasiaväitteitä koskevan vastuunjaon näkökulmasta ... 137
4.3 Kuinka vetoamistoimia tulisi tulkita? ... 138
4.3.1 Johdanto ... 138
4.3.2 Sallitusta ja käytettävissä olevasta tulkinta-aineistosta ... 138
4.3.3 Tulkintatilanteen merkitys: jälkikäteisen tulkinnan olosuhteet poikkeavat reaaliaikaisista ... 142

4.3.4 Tulkinta virallistutkinnan keinona? ... 145
4.3.4.1 Yleistä ... 145
4.3.4.2 Tulkinnan ja kyselyvelvoitteiden yhteensovittamisesta ... 146
4.3.4.3 Vastapuolen kuulemisoikeudesta ... 148
4.3.4.4 Milloin vetoamisvelvollista ei tarvitse kuulla? ... 148

5 PREKLUUSIOSTA PROSESSUAALISENA SANKTIONA ... 151
5.1 Johdanto ... 151
5.1.1 Vetoamisoikeuden menettäminen ... 151
5.1.2 Prekluusiosäännökset ... 152
5.1.3 Jakson kysymyksenasettelusta ... 153
5.2 Prekluusiouhan ulottuvuuteen liittyviä kysymyksiä ... 154
5.2.1 Tosiasiaväitteistä prekluusiouhan kohteena ... 154
5.2.1.1 Mitä vetoamisella tarkoitetaan prekluusion yhteydessä? ... 154
5.2.1.2 Edellyttääkö prekluusiouhan torjuminen väittämistaakan täyttävää tosiasiaväitteiden yksilöintiä? ... 156
5.2.2 Todistelusta prekluusiouhan kohteena ... 159
5.2.2.1 Todistuskeinot ... 159
5.2.2.2 Ulottuuko prekluusiouhka todistusteemoihin? ... 160
5.3 Pätevästä aiheesta ja prekluusion yleisistä soveltamisedellytyksistä ... 173
5.3.1 Asianosaisen menettelyyn kohdistuva moite keskeisenä oletuksena ... 173
5.3.1.1 Mitä on luettava prekluusion yleisiin edellytyksiin? ... 173
5.3.1.2 Asianosaisen menettelyn arviointi tarkasteltaessa aiheen pätevyyttä ... 174
5.3.1.3 Jakson kysymyksenasettelusta ... 176
5.3.1.4 Prekluusiouhka ja uhan aktualisoituminen ... 176
5.3.1.5 Pätevä aihe poikkeuksena ja anteeksiantoperusteena ... 177
5.3.2 Todistustaakka aiheen pätevyydestä ... 178
5.3.2.1 Yleistä ... 178
5.3.2.2 Näyttövelvoitteen kohde ja mahdollisuus näyttövelvollisuuden osittaiseen kääntämiseen ... 178
5.3.2.3 Faktaolosuhteet, joiden osalta todistustaakka tulisi kääntää ... 180

5.3.2.4 Näyttövelvollisuuden vaikutusta lieventäviä näkökohtia 182
5.3.3 Prekluusiouhan asteittainen ankaroituminen 184
5.3.4 Kyselytoiminnan merkityksen korostaminen 186
5.3.4.1 Kyselytoiminnasta oikeuskirjallisuuden ja lainvalmisteluaineiston valossa 186
5.3.4.2 Kyselyvelvoitteiden laiminlyönti prekluusion estävänä perusteena; alustavaa arviointia 187
5.4 Prekluusion edellytyksistä tyyppitilanteiden valossa 188
5.4.1 Pätevä aihe -kriteerin yhteydessä tarkastellut kysymykset lain esitöissä ja oikeuskirjallisuudessa 188
5.4.2 Alustavaa arviointia 191
5.4.3 Tyyppitilanteita moitittavuusedellytyksen näkökulmasta 194
5.4.3.1 Ei mahdollisuutta toimia toisin 194
(1.) Mahdottomuus tietää tosiasiasta tai todisteesta ennen kuin määräajan jälkeen 194
(2.) Ns. jälkisattumus 195
(3.) Tuomioistuimen kieltäytyminen ottamasta vastaan todistetta tai tosiasiaväitettä 195
5.4.3.2 Erityisperusteita, jotka poistavat moitteen tai lieventävät sitä 196
(4.) Kieltoa lievempi tuomarin ohjeistus tai suositus 197
(5.) Tarve vedota vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen aiheutuu siitä, että vastapuolen sallitaan vedota uuteen tosiasiaväitteeseen tai todisteeseen 198
(6.) Tarve uuteen vetoamislausumaan johtuu viran puolesta tutkitusta tosiseikasta tai viran puolesta hankitusta todisteesta 199
(7.) Vetoaminen uuteen aineistoon on tarpeen muuttuneen oikeuskäytännön johdosta 201
5.4.3.3 Yleisesti soveltuvat perusteet, joiden nojalla moite lievenee tai poistuu 202
(8.) Hyväksyttävä tietämättömyys asiaintilan tai todisteen olemassaolosta 202
(9.) Hyväksyttävä tietämättömyys asiaintilan tai todisteen merkityksestä 205
(10.) Prosessitaloudelliset syyt 206
(11.) Prosessuaalinen tilanne muutoin 208

5.4.3.4 Virallistutkinnan tai yleisen kyselyvelvollisuuden laiminlyönti 211
(12.) Asianosaisen tahdosta riippumattoman tutkimisvelvoitteen laiminlyönti 213
(13.) Prosessuaalisesti tahdonvaltaisia kysymyksiä koskevan tutkimisvelvoitteen laiminlyönti 215
(14.) Yleisen kyselyvelvollisuuden laiminlyönti 215
5.4.3.5 Vetoamisvelvollisuus puuttuu tai ei ole vielä ehtinyt aktualisoitua 217
(15.) Suksessiivisen relevanssin eteneminen 218
(16.) Vetoamisvelvoitteen täsmentyminen vastapuolen lausumien johdosta 219
(17.) Kanteen osittainen myöntäminen tai myöntämisen peruuttaminen 219
(18.) Tosiseikan tunnustaminen (tai tunnustamisen peruuttaminen) 220
5.4.4 Yleisen kyselyvelvollisuuden laiminlyönnin oikeusvaikutuksista 220
5.4.5 Prekluusion edellytysten kokoavaa jäsentelyä 222
5.4.5.1 Yksilöity velvoite ja sen aktualisoituminen 222
5.4.5.2 Täysi mahdottomuus toimia toisin 224
5.4.5.3 Moitittavuuden poistavat tai sitä lieventävät perusteet 224
5.4.5.4 Aiheen pätevyysperuste vai puute prekluusion yleisissä soveltamisedellytyksissä? 225
5.5 Suhtautuminen prekluusion edellytyksenä olevia tosiasioita koskevaan epävarmuuteen 228
5.5.1 Yleistä 228
5.5.1.1 Prekluusion yleisiin soveltamisedellytyksiin vaikuttavat asiaintilat 228
5.5.1.2 Näyttövelvollisuuden asettaminen asianosaiselle aiheen pätevyysperusteita koskevana perusratkaisuna 228
5.5.1.3 Prekluusion edellytyksiä koskevasta tiedosta ja tiedon lähteistä 230
5.5.2 Prosessinsisäiset ja prosessinulkoiset olosuhteet 231
5.5.3 Vetoamislausumia ja prosessuaalisia olosuhteita koskevan informaation lähteistä 233
5.6 Prekluusion edellytyksiä koskevasta näyttötaakasta ja -vaatimuksesta 236

5.6.1 Asianosaisen omien lausumien sisältö 236
5.6.2 Vetoamisvelvoitteiden sisältö nähdään vain oikeusriidan olosuhteiden valossa 240
5.6.3 Muiden asianosaistahojen lausumat 240
5.6.4 Tapaukseen soveltuvien faktaperusteiden väitteenvaraisuus 242
5.6.5 Määräämisoikeuden käyttäminen, jos tuomarin tutkimisvastuun piiriin kuuluva faktaperuste on prosessuaalisesti tahdonvaltainen 242
5.6.6 Tuomarin yleisen kyselyvelvollisuuden laiminlyönti 243
5.6.7 Muista prekluusion tyypillisesti estävistä perusteista 244
(1.) Mahdottomuus tietää tosiasiasta tai todisteesta riittävän ajoissa 244
(2.) Ns. jälkisattumus 245
(3.) Tuomioistuimen kieltäytyminen ottamasta vastaan todistetta tai tosiasiaväitettä 246
(4.) Kieltoa lievempi tuomarin ohjeistus 246
(5.) Tarve vedota vaihtoehtoiseen perusteeseen aiheutuu siitä, että vastapuolen sallitaan vedota uuteen tosiseikkaan tai todisteeseen 247
(6.) Vetoamatta olevan väittämän tutkiminen (tai todisteen hankkiminen) viran puolesta ja tästä aiheutuva tarve uuteen lausumaan 248
(7.) Vetoaminen uuteen aineistoon on tarpeen muuttuneen oikeuskäytännön johdosta 249
(8.) Hyväksyttävä tietämättömyys asiaintilan tai todisteen olemassaolosta 250
(9.) Hyväksyttävä tietämättömyys asiaintilan tai todisteen merkityksestä 250
(10.) Prosessitaloudelliset syyt 251

6 ERITYISIÄ SUOJELUTAVOITTEITA SISÄLTÄVÄSTÄ YKSITYISOIKEUDELLISESTA SÄÄNTELYSTÄ 253
6.1 Yleistä 253
6.2 Pakottavasta sääntelystä 254
6.2.1 Mitä sääntelyn pakottavuudella tarkoitetaan? 254
6.2.2 Kuinka pakottava sääntely tunnistetaan? 255
6.2.3 Vahingonkorvauslain eräiden vastuusäännösten pakottavuusvaikutukset? 256
6.2.4 Pakottavien oikeusvaikutusten lähempää tarkastelua 257
6.2.4.1 Pakottavuuden astevaihtelut 257

6.2.4.2 Yhteisen sopimustahdon sivuuttaminen ja suojatun oikeus luopua oikeussuojasta 260
6.2.4.3 Oikeustoimilain yleiset pätemättömyyssäännökset 260
6.2.4.4 Positiivisia sopimussisältöjä asettavat säännökset 261
6.2.4.5 Oikeustoimilain 36 § 261
6.2.5 Pakottavat säännökset vähimmäisoikeuksia luovina normeina 262
6.3 Yksityisoikeudellisten suojelutavoitteiden prosessuaalisista vaikutuksista 265
6.3.1 Perustelevatko suojeluintressit prosessuaalisia vaikutuksia? 265
6.3.2 Rajausongelma? 269
6.3.3 Yleiskatsaus pakottavan sääntelyn alaan 270
6.3.4 Joitakin vertailuja – vähimmäisoikeuksien suoja eräissä tilanteissa 272
6.3.4.1 Kansainvälinen pakottavuus ja muut lainvalintaa koskevien sopimusten rajoitukset 272
6.3.4.2 Oikeuspaikkasopimusten kotimainen ja kansainvälinen (vrt. OK 10:25) sitovuus 274
6.3.4.3 Kuluttajaa suojaavien tosiasiaperusteiden tutkiminen EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan 275
6.3.5 Pakottavan sääntelyn suojaamien oikeuksien tutkinnasta oikeuskirjallisuuden ja virallislähteiden mukaan 276
6.3.6 Arviointia ja suosituksia 280
6.3.7 Virallisvelvoitteiden mahdollisia indikaattoreita 286
a. Sopimusehdon tyyppikohtuuttomuus 287
b. Sopimusehdon luonne vakioehtona 288
c. Sopimusehdon sisällöstä ei ole neuvoteltu 289
d. Heikomman ja vahvemman osapuolen välinen oikeussuhde 289
e. Pätemättömyys- tai kohtuullistamisperusteen soveltuminen tapauksen olosuhteisiin 291

7 TUOMARIN KYSELYVELVOLLISUUS JA VASTUU OIKEUDENKÄYNTIAINEISTOSTA 295
7.1 Johdanto 295
7.1.1 Tutkimuksen loppuosan kysymyksenasettelusta 295
7.1.1.1 Yleistä 295

7.1.1.2 Kyselytoiminnan oikeudellinen kontrolloitavuus ja asianosaisten oikeusasema 296
7.1.1.3 Kyselytoiminnan vapausvaikutukset 297
7.1.1.4 Kyselytoiminnan oikeuspoliittinen perusta 298
7.1.2 Lainsäätäjän tuomarin kyselytoiminnalle asettamista tehtävistä – alustavia huomautuksia 298
7.1.3 Kyselytoiminnan teknisistä funktioista 301
7.1.3.1 Selventävä, täydentävä ja rajoittava kyselytoiminta 301
7.1.3.2 Informatiivinen prosessinjohto 302
7.1.3.3 Prosessinjohtoa ei voida rajata vain epäsuoriin toimiin 303
7.2 Alustavia havaintoja prosessinjohtoon kuuluvien ratkaisujen oikeudellisesta luonteesta 304
7.3 Tuomarin kyselytoimista oikeuksien teorian valossa 309
7.3.1 Mitä tarkoitetaan puhuttaessa asianosaisen oikeuksista? – Oikeuden käsitteen merkityksestä valintateorian ja intressiteorioiden mukaan 309
7.3.2 Aktiiviset ja passiiviset oikeudet 313
7.3.3 Tuomarin kyselyvelvollisuudet asianosaisten oikeuksien näkökulmasta 314
7.3.4 Autettavana olevan tahon vastapuolen oikeuksien tehottomuus 319
7.3.5 Aineellisen oikeuden toteutukseen liittyvä menettelyllinen oikeus hyvinvointivaltiollisena oikeutena 319
7.3.6 Periaateluonteiset oikeudet 320
7.4 Vaikuttaako kyselytoiminta rajoittavasti asianosaisten vapauksiin? 321
7.4.1 Sopimusvapaudesta yksityisoikeudellisissa suhteissa 321
7.4.1.1 Sopimusvapaus suhteessa sopimuskumppaniin ja julkiseen tahoon 321
7.4.1.2 Pakottavan sääntelyn vapausvaikutuksista 323
7.4.1.3 Sopimusvapauden palautuminen oikeudenkäynnin aikana 326
7.4.2 Miten tuomarin kyselytoiminta kaventaa asianosaisten autonomiaa? 327
7.4.2.1 Autonomiasta tavoiteltavana päämääränä 327
7.4.2.2 Asioiden spontaani järjestyminen ja kyselytoiminta 328
7.4.2.3 Asianosaisten näkökulmasta suunnittelu rajoittaa kilpailunvapautta 332

7.4.3 Kyselytoiminnan vaikutuksista asianosaisten vapausasemiin 333
7.4.4 Mielivalta vapaudenrajoituksena 334
7.5 Tuomarin kyselytoiminnan oikeutuksen yleisistä perusteista 336
7.6 Kyselytoiminnan oikeutusta rajoittavista näkökohdista oikeuskirjallisuuden mukaan 338
7.6.1 Yleistä 338
7.6.2 Vasta-argumenttien lähempää tarkastelua 339
a. Näkemys, jonka mukaan asianosaiset tuntevat oikeusriitaan vaikuttavat olosuhteet tuomaria paremmin 339
b. Perustava vaikeus edistää oikean ratkaisun tavoitetta 340
c. Asianosainen voisi kieltäytyä vetoamasta vaihtoehtoiseen perusteeseen tai vaatimukseen 341
d. Yhteiskunnalla ei ole intressiä riita-asiassa annettavan ratkaisun lopputulosta kohtaan 342
e. Kyselytoiminta heikentää asianosaisen ja hänen asiamiehensä motivaatiota perehtyä asiaan riittävän huolellisesti 343
f. Prekluusion sanktiovaikutuksen heikkeneminen 344
g. Pääkäsittelyn keskitystavoitteen vaarantuminen 345
h. Prosessitaloudelliset haittavaikutukset 345
i. Tuomarilta edellytettävä puolueettomuus 346
j. Vaara oikeuskäytännön epäyhtenäisyydestä 347
7.7 Oikeutusperusteiden lähempää tarkastelua 348
7.7.1 Aluksi 348
7.7.2 Kyselytoiminnan oikeutusta rajoittavista julkisista intresseistä 349
7.7.2.1 Kyselyjen prosessitaloudelliset haittavaikutukset 349
7.7.2.2 Tarve menettelylliseen joustoon perusteena vastustaa asianosaisen juridisia oikeuksia? 353
7.7.3 Kyselyjä puoltavat julkiset intressit 353
7.7.4 Aineellisen oikeusturvaintressin toteutus 354
7.7.5 Hyötyvän (autetun) vastapuolena olevan oikeudet 356
7.7.5.1 Mitä puolueettomuusvaatimus edellyttää? 356
7.7.5.2 Hyväksyttävän kyselytoiminnan käytännön toteutus, mielivallan vaara 358
7.7.5.3 Vaara lisäkustannusten aiheutumisesta 361
7.8 Aineellinen prosessinjohto – tuomarin vapaata harkintaa vai oikeudellisesti sidottua toimintaa? 363
7.8.1 Johdanto 363

7.8.2 Mitä harkinnan oikeudellisella sidonnaisuudella saatettaisiin tarkoittaa? ... 364
7.8.3 Harkinnan sidonnaisuus oikeuskirjallisuuden valossa ... 365
7.8.4 Sisältyykö prosessinjohtovaltuuksiin vapaata harkintaa? ... 368
7.9 Kyselyvelvoitteiden laiminlyönnin tai -valtuuksien ylittämisen oikeusseuraamuksista ... 371
7.9.1 Laiminlyönnin mahdollisia seuraamuksia ... 371
7.9.2 Ratkaisujen sidonnaisuudesta oikeuskäytännön valossa ... 373
7.9.3 Miten laiminlyöntejä tulisi arvioida? ... 377
7.9.4 Sallitun ylittävän kyselytoiminnan oikeusseuraamuksista ... 379

8 KYSELYVELVOLLISUUDEN ULOTTUVUUS OIKEUSKIRJALLISUUDEN JA LAINVALMISTELUAINEISTON MUKAAN ... 383
8.1 Johdanto ... 383
8.2 Tarkasteltavien tilanteiden kolmijako ... 383
8.3 Epäselvät vetoamislausumat ... 386
8.4 Epätäydelliset vetoamislausumat ... 389
8.5 Kyselytointen ulottuminen vetoamislausumien ulkopuolelle jääneisiin faktaperusteisiin ... 393
8.5.1 Johdanto ... 393
8.5.2 Vetoamisvelvollinen on maininnut vaihtoehtoisen faktaperusteen muodostavista tosiasioista ... 395
8.5.3 Vaihtoehtoinen faktaperuste ilmenee muusta oikeudenkäyntiaineistosta ... 397
8.5.3.1 Tyyppitapauksen tunnusmerkistö ... 397
8.5.3.2 Tuomarin kyselytoimille asetetut lisäedellytykset ... 399
8.5.4 Suhtautuminen vaihtoehtoisesta faktaperusteesta kertovaan alustavaan evidenssiin ... 402
8.5.5 Oikeudenkäyntiaineisto ei anna aihetta otaksua, että tapaukseen soveltuu jokin vaihtoehtoinen faktaperuste ... 405
8.6 Suhtautuminen pääkäsittelyn aikana harjoitettavaan kyselytoimintaan ... 407
8.6.1 Asian tarkastelu lainvalmistelussa ja oikeuskirjallisuudessa ... 407
8.6.2 Arviointia ... 410
8.6.3 Väitteiden uudistaminen erityisongelmana ... 413
8.7 Arviointia ... 415

8.7.1 Argumentaatio ja rajankäynneissä hyödynnetyt kriteerit 415
8.7.1.1 Nojautuminen tyyppitapausten tunnusmerkkeihin ja sen vaikutus argumentaatioon..... 415
8.7.1.2 Tyyppitapausten riittämättömyys ohjaustehtävässä ja tarve kyselyratkaisujen tapauskohtaiseen hyväksyttävyyteen 418
8.7.2 Sääntelyn mahdollisuuksien rajallisuus ja kuinka siihen tulisi suhtautua 420
8.7.2.1 Sääntelyn suhteellinen tehottomuus 420
8.7.2.2 Kyselytoiminnan tapauskohtaista hyväksyttävyyttä on mahdollista vahvistaa 422
8.7.2.3 Toiminnan oikeuttaminen vastapuolen oikeuksien näkökulmasta..... 425
8.7.3 Vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaoloa ja soveltumista koskeva tietämys kyselyvelvoitteita perustelevana olosuhteena..... 426
8.7.3.1 Johdanto..... 426
8.7.3.2 Kuinka torjuvaa asennetta on perusteltu tai voidaan perustella? 427
8.7.3.3 Faktatietämyksen rooli osana prekluusion edellytyksiä..... 429
8.7.3.4 Faktatietämys kyselytoiminnan oikeudellisen kontrolloitavuuden näkökulmasta..... 430
8.8 Keskeistä oikeuskäytäntöä..... 434

9 OIKEUSPERIAATTEET JA NIIDEN SOVELTAMINEN TUOMARIN KYSELYTOIMINTAAN 437
9.1 Tarkasteltavana oleva oikeusongelma..... 437
9.2 Ratkaisuharkintaan vaikuttavat oikeusperiaatteet..... 439
9.2.1 Mitä ne ovat?..... 439
9.2.2 Periaatteiden jaottelu yksityisiä ja kollektiivisia intressejä edistäviin 439
9.2.3 Periaatteet optimointikäskyinä..... 440
9.2.4 Periaatteiden lähtökohtainen etusijajärjestys 441
9.3 Periaatteiden soveltamisesta konkreettisiin ongelmatilanteisiin 442
9.3.1 Aineellisen oikeusturvaintressin toteutus..... 442
9.3.1.1 Periaatteen velvoittavuus 442
9.3.1.2 Periaatteen soveltamiseen vaikuttavat asiaintilat..... 444
9.3.2 Menettelyllinen reiluus..... 450

9.3.2.1 Periaatteen velvoittavuus 450
9.3.2.2 Periaatteen soveltamiseen vaikuttavat olosuhteet 452
9.3.3 Yksityisoikeudellisen sääntelyn ohjaustavoitteiden toteutus (sääntelyn yhteiskunnallisen ohjausvaikutuksen tehostaminen) 453
9.3.3.1 Yleistä 453
9.3.3.2 Periaatteen relevanssi pakottavan sääntelyn tilanteissa 455
9.3.4 Prosessitaloudellinen tehokkuus 456
9.3.4.1 Periaatteen velvoittavuus 456
9.3.4.2 Soveltamiseen vaikuttavat olosuhteet 458
9.4 Kyselyvelvoitteiden tarkastelua muutamissa tyyppitilanteissa 459
9.4.1 Soveltamistilanteiden pääasiallinen ryhmittely 459
9.4.2 Vetoamislausuman tulkinnanvaraisuus 460
9.4.3 Yksilöinneiltään epätäydelliset vetoamislausumat 463
9.4.4 Vaihtoehtoinen faktaperuste on kokonaan vetoamatta 466
9.4.4.1 Johdanto 466
9.4.4.2 Tyyppitilanteiden tarkastelua 466
(1.) Vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta on täysi varmuus (täysi näyttö) 466
(2.) Vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaoloa saatetaan pitää todennäköisenä 469
(3.) Vaihtoehtoinen faktaperuste soveltuisi, jos asiaa arvioitaisiin valmistelun aikana käytettävissä olevan tosiasia-aineiston perusteella 471
(4.) Laajaan oikeudenkäyntiaineistoon sisältyy konkreettista näyttöä asiaan soveltuvan vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta 474
(5.) Vaihtoehtoisella faktaperusteella on ”tapana esiintyä” vastaavan kaltaisissa olosuhteissa 477
(6.) Vetoamisvelvollinen on maininnut vaihtoehtoisesta faktaperusteesta muussa kuin vetoamistarkoituksessa 478
(7.) Vaihtoehtoinen faktaperuste sisältää vedotun kanssa yhteisiä edellytyksiä 480
9.4.5 Kyselyvelvollisuuden ulottuvuus käräjäoikeuden pääkäsittelyn aikana 484
10 SÄÄNTELYN UUDISTUSTARPEIDEN ARVIOINTIA 489

11 LOPUKSI 497
11.1 Vetoamisvelvoitteiden järjestelmästä ihmis- ja perusoikeuksien näkökulmasta 497
11.2 Keskeiset tutkimustulokset 502

ABSTRACT 525

OIKEUSTAPAUKSET 529

ASIAHAKEMISTO 533

Lähteet

Aalto, Jorma S.: Tuomarin kyselyvelvollisuudesta siviiliprosessissa. LM 1962 s. 568–597.

Aaltonen, Anna-Kaisa: Lapsioikeus ja lapsen oikeus tuomioistuimissa. Helsinki 2009.

Aarnio, Aulis: Laintulkinnan teoria. Porvoo 1989.

Aasland, Gunnar: Rettens stilling till parternes anførsel i tvistemål. TfR 1967 s. 157–200.

Aho, Matti L: Varallisuusoikeudellisen oikeustoimen tulkinnasta. Porvoo 1968.

Aho, Matti L: Näkökohtia oikeustoimen kohtuullistamisesta. LM 1982 s. 524–540.

Ala-Uotila, Mika: Asianajosta hovioikeudessa riitajutussa. DL 1995 s. 480–509.

Ala-Uotila, Mika: Euroopan ihmisoikeussopimuksesta hovioikeusprosessissa. DL 1997 s. 291–305.

Alexy, Robert: Theorie der Grundrechte. Frankfurt am Main 1986.

Alexy, Robert: Individuelle Rechte und kollektive Güter, teoksessa Alexy, Robert: Recht, Vernunft, Diskurs. Studien zur Rechtsphilosophie. Frankfurt am Main 1995, s. 232–261.

Aurejärvi, Erkki: Vekselit. Tutkimus vekselin muodosta ja sisällöstä sekä vekselisaatavan perimisestä. Helsinki 1979.

Bayles, Michael D.: Procedural justice: allocating to individuals. Dordrecht 1990.

Bergholtz, Gunnar: Ratio et auctoritas: ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål. Lund 1987.

Berlin, Isaiah: Kaksi vapauden käsitettä, teoksessa Berlin, Isaiah: Vapaus, ihmisyys ja historia. Helsinki 2001, s. 44–102.

Bernitz, Ulf: Standardavtalsrätt. 7. uppl. Stockholm 2008.

Bogdan, Michael: Tillämplighet av avtalslagen 36 § i internationella rättsförhållanden. Lov og Rett 1996 s. 114–122.

Bogdan, Michael: Svensk internationell privat- och processrätt. 7. uppl. Stockholm 2008.

Bolding, Per Olof: Bevisbördan och den juridiska tekniken. Uppsala 1951.

Bolding, Per Olof: Bevisbörda och beviskrav. Lund 1983.

Bolding, Per Olof: Går det att bevisa? Perspektiv på domstolsprocessen. Stockholm 1989.

Boman, Robert: Åberopsbördan i bilmål. SvJT 1960 s. 387 ss.

Boman, Robert: Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål. Stockholm 1964.

Boman, Robert: Arvostelu Finn Taksoe-Jensenin teoksesta Materiel procesledelse i borgerlige sager. TfR 1979 s. 345–362.

Boman, Robert: Arvostelu teoksesta Lindell, Bengt: Sakfrågor och rättsfrågor. TfR 1988 s. 411–433.

Brolin, Thore – Rehnström, Åke – Widebeck, Magnus: Tvistemålsprocessen I. En handledning för förberedelsen. 4. uppl. Göteborg 2008. (*Brolin – Rehnström – Widebeck* 2008a)

Brolin, Thore – Rehnström, Åke – Widebeck, Magnus: Tvistemålsprocessen II. En handledning för huvudförhandling. 3. uppl. Göteborg 2008. (*Brolin – Rehnström – Widebeck* 2008b)

Campbell, Kenneth: Legal Rights. Stanford Encyclopedia of Philosophy, http://plato.stanford.edu/entries/legal-rights/ (29.7.2012).

Cars, Thorsten: Om resning i rättegångsmål. Stockholm 1959.

Carter, Ian: Positive and negative liberty. Stanford Encyclopedia of Philosophy, http://plato.stanford.edu/entries/liberty-positive-negative/ (24.7.2012).

Dworkin, Ronald: Taking Rights Seriously. Cambridge, Mass. 1977.

Dworkin, Ronald: Rights as Trumps, teoksessa Waldron, Jeremy (ed.): Theories of Rights. Oxford 1984, s. 153–167.

Ekelöf, Per Olof: Juridisk slutledning och terminologi. TfR 1945 s. 211–272.
Ekelöf, Per Olof: Processuella grundbegrepp. Stockholm 1956.
Ekelöf, Per Olof: Advokaterna och domarens materiella processledning. TSA 1962 s. 210–224.
Ekelöf, Per Olof: Den materiella processledningen i förmögenhetsrättsliga mål vid våra allmänna underrätter, teoksessa Rättegången i arbetstvister. Lagkommentar och uppsatser utgivna av Arbetsrättsliga föreningen. Uddevalla 1979, s. 263–285.
Ekelöf, Per Olof: Materiell processledning och medling – två debattämnen på Domstolsverkets seminarier i processrätt för domare. SvJT 1979 s. 546–567.
Ekelöf, Per Olof: Materiell processledning on medling – än en gång. SvJT 1981 s. 373–386.
Ekelöf, Per Olof: Rättegång IV. 5. uppl. Stockholm 1982.
Ekelöf, Per Olof: Civilrätt och civilrättskipning, teoksessa Festskrift till Jan Hellner, Stockholm 1984, s. 229–252.
Ekelöf, Per Olof: Rättegång II. 7. uppl. Stockholm 1985.
Ekelöf, Per Olof: Samhällsåskådning och civilprocess – än en gång, teoksessa Festskrift till Lars Welamson. Malmö 1988, s. 119–135.
Ekelöf, Per Olof: Rättegång V. 6. uppl. Lund 1990.
Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert: Rättegång I. 7. uppl. Lund 1990.
Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert: Rättsmedlen. 11. uppl. Uppsala 1990.
Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert: Rättegång IV. 6. uppl. Göteborg 1992. (7. uppl. *Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik – Heuman, Lars:* Rättegång IV. Stockholm 2009.)
Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik: Rättsmedlen. 12. uppl. Uppsala 2008.
Ervasti, Kaijus: Riitaprosessiuudistuksen arviointi: lakimiesten ja tuomioistuimen kansliahenkilökunnan käsityksiä ja kokemuksia uudesta riita-asioiden menettelystä Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja: 154. Helsinki 1998.
Ervo, Laura: Suomalaisen prosessin kompastuskivet Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännössä. Teoksessa Männistö, Jarkko (toim.) Prosessioikeudellisia erityiskysymyksiä: juhlajulkaisu Antti Jokela 26.1.2005. Turun yliopisto, oikeustieteellinen tiedekunta, 2004, s. 11–29.
Ervo, Laura: Oikeudenmukainen oikeudenkäynti. Helsinki 2005.
Ervo, Laura: Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus. Käsikirja lainkäyttäjälle. Juva 2008.
Finnis, John: Natural Law and Natural Rights. Oxford University Press 1980.
Fitger, Peter – Renfors, Cecilia: Processrätt II. 4. uppl. Stockholm 2001.
Frände, Dan: Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Ekenäs 1989.
Frände, Dan: Tuomitsemiskynnyksestä suomalaisessa rikosprosessioikeudessa. LM 1998 s. 1247–1254.
Gomard, Bernhard, under medvirken af Michael Kistrup: Civilprocessen. 5. udg. Kobenhavn 2000.
Grönfors, Kurt: Några synpunkter på tvingande rättsregler i civilrätten, teoksessa FS till Håkan Nial. Stockholm 1966, s. 204–225.
(*Grönfors, Kurt:* Avtalslagen. 2. uppl. Stockholm 1989.)
(*Grönfors, Kurt;* under medverkan av Rolf Dotevall: Avtalslagen. 3. uppl. Stockholm 1995.)
Grönfors, Kurt – Dotevall, Rolf: Avtalslagen. 4. uppl. Stockholm 2010.
Halila, Heikki: Oikeustapauskommentti KKO 1998:122, teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein II/1998. Helsinki 1999, s. 266–270.
Halila, Jouko: Tunnustamisesta. Helsinki 1950.
Halila, Jouko: Todistustaakan jaosta silmällä pitäen erityisesti varallisuusoikeudellisia oikeussuhteita. Porvoo 1955.
Halila, Jouko – Ylöstalo, Matti: Saamisen lakkaamisesta. Helsinki 1979.

Hart, H. L. A: Legal Rights, s. 162–193, teoksessa Hart, H. L. A.: Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory. Clarendon Press, Oxford 1982. (Julkaistu aiemmin nimellä Bentham on Legal Rights, teoksessa Simpson, AWB. (ed.): Oxford Essays in Jurisprudence. Clarendon Press 1973.)

Hart, H. L. A.: Are There Any Natural Rights?, teoksessa Waldron, Jeremy (ed.): Theories of Rights. Oxford University Press 1984, s. 77–90. (Julkaistu aiemmin: The Philosophical Review, Vol. LXIV No. 2. April 1955, s. 175–191.)

Havansi, Erkki: Virallisen vastaväittäjän lausunto Juha Lappalaisen väitöskirjasta Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa. LM 1986 s. 1116–1128.

Havansi, Erkki: Taakkaa kerrakseen, teoksessa Asianajajan työkentältä – Från advokatens arbetsfält. Helsinki 1994, s. 90–99. (*Havansi* 1994a)

Havansi, Erkki: Uusi turvaamistoimilainsäädäntö selityksineen. 2. painos. Helsinki 1994. (*Havansi* 1994b)

Havansi, Erkki: Oikeudenkäynti ja pakkotäytäntö: prosessioikeuden oikeusdogmaattiset perusteet. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta. Helsinki 2007.

Hayek, F. A.: Law, Legislation and Liberty. A new statement of the liberal principles of justice and political economy. Volume 1. Rules and order. London 1973.

Hayek, F. A.: Kohtalokas ylimieli. Helsinki 1998.

HE 187/1973. Hallituksen esitys Eduskunnalle vahingonkorvausta koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 247/1981. Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeustoimen kohtuullistamista koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 154/1990. Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren pöytäkirjaa ja tuomiota koskevien säännösten muuttamisesta riita-asioissa.

HE 15/1990. Hallituksen esitys Eduskunnalle riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 360/1992. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi kuluttajansuojalain muuttamisesta ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 32/2001. Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien riita-asian valmistelua, pääkäsittelyä sekä hakemusasioiden käsittelyä koskevien säännösten muuttamisesta.

HE 218/1994. Hallituksen esitys Eduskunnalle laeiksi kuluttajansuojalain 3 ja 4 luvun, varallisuusoikeudellisista oikeustoimista annetun lain 36 §:n, huoneenvuokralain 5 §:n ja maanvuokralain 4 §:n muuttamisesta.

HE 103/1998. Hallituksen esitys eduskunnalle Itävallan, Suomen ja Ruotsin liittymisestä sopimusvelvoitteisiin sovellettavaa lakia koskevaan yleissopimukseen sekä sen tulkintaa Euroopan yhteisöjen tuomioistuimessa koskevaan ensimmäiseen ja toiseen pöytäkirjaan tehdyn yleissopimuksen eräiden määräysten hyväksymisestä sekä eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.

HE 187/2002. Hallituksen esitys Eduskunnalle velan vanhentumista ja julkista haastetta koskevan lainsäädännön uudistamisesta.

HE 78/2000. Hallituksen esitys Eduskunnalle tuomarin esteellisyyttä koskevaksi lainsäädännöksi.

HE 79/1993. Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi alioikeusuudistuksen siirtymäsäännöksistä sekä eräiksi muiksi alioikeusuudistuksen voimaanpanoon liittyviksi laeiksi.

Helin, Markku: Lainoppi ja metafysiikka. Vammala 1988.

Helin, Markku: Institutionaaliset tosiasiat. EIF VII. Helsinki 1999, s. 215–216

Hemmo, Mika: Vahingonkorvauksen määräytymisestä sopimussuhteissa: siviilioikeudellinen tutkimus. Vammala 1994.

Hemmo, Mika: Vahingonkorvauksen sovittelu ja moderni korvausoikeus. Vammala 1996.

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus I. 2. painos, Helsinki 2003. (*Hemmo* 2003a)

Hemmo, Mika: Sopimusoikeus II. 2. painos, Helsinki 2003. (*Hemmo* 2003b)
Hellners, Trygve: Arvostelu teoksesta Bengt Lindell: Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken. SvJT 1995 s. 847–858.
Heuman, Lars: Specialprocess – Utsökning och konkurs. 3. uppl. Stockholm 1991.
Heuman, Lars: Preklusionsrisken vid bevissäkringspassivitet. SvJT 1993 s. 246–270.
Heuman, Lars: Bevisbörda och beviskrav i tvistemål. Stockholm 2005.
Hirvonen, Juhani: Teema-prekluusio. DL 1995, s. 429–450
Hoffrén, Mia – Vuorenpää, Mikko: Vahingonkorvaus, hinnanalennus ja vaatimistaakka. LM 2009 s. 779–798.
Hohfeld, Wesley Newcomb: Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning. Edited by Walter Wheeler Cook with a New Foreword by Arthur L. Corbin. New Haven 1964. (Samanniminen artikkeli on julkaistu ensimmäisen kerran: 23 Yale Law Journal 28, 1913.)
Hovioikeuden jatkokäsittelyjärjestelmän laajentaminen. Oikeusministeriön julkaisu 10/2014. (OM 10/2014)
Huovila, Mika: Periaatteet ja perustelut. Tutkimus käräjäoikeuden tuomion faktaperusteluista prosessuaalisten periaatteiden valossa arvioituna. Helsinki 2003.
Hupli, Tuomas: Konkurssitakaisinsaanti oikeudenkäyntinä. Helsinki 2006.
Hyden, Håkan: Ram eller lag? Civildepartementet, stat – kommunberedningen, Ds C 1984:12. Stockholm 1984.
Häyhä, Juha: Oikeustoimen pätemättömyys. EIF I. Helsinki 1994, s. 545–547.
Jauernig, Othmar: Zivilprozessrecht. 28. Aufl. München 2003.
Jokela, Antti: Kommentteja oikeudenkäyntikuluista, prekluusiosta ja sovinnosta käytyyn keskusteluun. DL 1995 s. 763–773
Jokela, Antti: Uusi hovioikeusmenettely. Helsinki 1998.
Jokela, Antti: Oikeudenkäynti III. Helsinki 2004.
Jokela, Antti: Oikeudenkäynti I. Oikeudenkäynnin perusteet. 2. painos. Helsinki 2005.
Jokela, Antti: Hovioikeusmenettely. Helsinki 2010.
Jonkka, Jaakko: Syytekynnys. Vammala 1991.
Jonkka, Jaakko: Todistusharkinnasta. Helsinki 1993.
Kaisto, Janne: Sopimusvapaus, laki ja maksusuoja. Helsinki 2001.
Kaisto, Janne: Pätemättömyys ja sovittelu prosessuaaliselta kannalta, teoksessa Business law forum 2007. Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja. Helsinki 2007, s. 45–128.
Kaisto, Janne: Kanne, vaatimistaakka ja aineellinen varallisuusoikeus, teoksessa Business law forum 2010. Helsingin yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja. Helsinki 2010, s. 145–224.
Kaisto, Janne – Kallio, Ilari: Työsopimuksen tunnusmerkit. Hämeenlinna 2011.
Kallenberg, Ernst: Svensk Civilprocessrätt II. Lund 1927.
Kavonius, Petter: Oikeusperiaatekin velvoittaa! Tutkimus oikeusperiaatteen velvoittavuuden ja voimassaolon perusteista. Helsinki 2001.
Klami, Hannu Tapani: Todistusteema. EIF IV. Helsinki 1995, s. 713–714.
Klami, *Hannu Tapani*: Normitehokkuus. EIF VII. Helsinki 1999, s. 520–523.
Klami, Hannu Tapani: Subjektiivinen oikeus. EIF VII. Helsinki 1999, s. 1080–1081.
Klami, Hannu Tapani: Todistusratkaisu. Helsinki 2000.
Klami, Hannu Tapani – Kuisma, Eira: Suomen kansainvälinen yksityisoikeus. 3. p. Helsinki 2000.
Klami, Hannu Tapani – Marklund, Mikael – Rahikainen, Marja – Sorvettula, Johanna: Täysi näyttö: teoriaa, asenteita ja todellisuutta. LM 1988 s. 467–489.

Klami, Hannu Tapani – Sorvettula, Johanna – Hatakka, Minna: Tarvitaanko todistustaakkaa? DL 1990 s. 1–21.
Koskelo, Pauliine – Lehtimäki, Liisa: Yksityishenkilön velkajärjestely. 2. painos. Helsinki 1997.
Koulu, Risto: Arvostelu teoksesta Bengt Lindell, Processuell preklusion. JFT 1995 s. 66–73.
Koulu, Risto: Saneerausohjelman vahvistaminen. Vammala 1995.
Koulu, Risto: Yrityksen saneeraus, teoksessa Koulu, Risto – Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Velkajärjestelyn ja saneerauksen pääpiirteet. Helsinki 1999, s. 86–176.
Kröger, Tarja: Sopimusvapaus työntekosopimuksissa. Helsinki 1995.
Kuusimäki, Matti: Oikeustosiseikat ja todistustosiseikat – ystäviä vai vihollisia? DL 1994 s. 429–442.
Lager, Irma: Tuomionpurun edellytyksistä siviili- ja hallintoprosessissa. Helsinki 1972.
Lagerspetz, Eerik: Onko vapaus kieltojen puuttumista? Teoksessa Gylling, Heta – Kivinen, S. Albert (toim.): Kielto. Helsinki 2004.
Lagerspetz, Eerik: Hans Kelsen ja oikeuden maailma, teoksessa Lagerspetz, Eerik: Oikeusajattelun vuosisata. Turku 2009, s. 35–56.
Lappalainen, Juha: Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutuissa. Prosessioikeudellinen tutkimus. Vammala 1986.
Lappalainen, Juha: Oikeustosiseikka ja todistustosiseikka prosessioikeudellisina peruskäsitteinä. LM 1986 s. 756–770.
Lappalainen, Juha: Eräs vastaajan väittämistaakkaa koskeva oikeustapaus. LM 1990 s. 247–258
Lappalainen, Juha: Principen jura novit curia och domarens processledning. JFT 1993 s. 36–43.
Lappalainen, Juha: Alioikeusuudistus 1987–1993. Helsinki 1994. (*Lappalainen* 1994a)
Lappalainen, Juha: Oikeudenkäyntiaineisto uudessa hovioikeusprosessissa, teoksessa Asianajajan työkentältä – Från advokatens arbetsfält. Helsinki 1994, s. 196–214. (*Lappalainen* 1994b)
Lappalainen, Juha: Siviiliprosessioikeus I. Helsinki 1995.
Lappalainen, Juha: Oikeustapauskommentti KKO 1997:105. LM 1998 s. 132–138.
Lappalainen, Juha: Milloin hovioikeudessa on kysymys käräjäoikeudessa vastaanotetun suullisen todistelun uskottavuudesta? – OK 26:15,1:n tulkintaa, teoksessa Juhlajulkaisu Jukka Peltonen 60 vuotta. Helsinki 1999.
Lappalainen, Juha: Siviiliprosessioikeus II. Helsinki 2001.
Lappalainen, Juha: Siviilijutun käsittely käräjäoikeudessa vuoden 2002 uudistuksen mukaan. Helsinki 2002.
Lappalainen, Juha: Oikeusvoima siviiliprosessissa. Teoksessa Frände, Dan – Havansi, Erkki – Helenius, Dan – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Virolainen, Jyrki: Prosessioikeus. Helsinki 2012, s. 744–761.
Lappalainen, Juha: Todistustaakka siviiliprosessissa. Teoksessa Frände, Dan – Havansi, Erkki – Helenius, Dan – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Virolainen, Jyrki: Prosessioikeus. Helsinki 2012, s. 690–700.
Lappalainen, Juha: Siviilijutun käsittely. Teoksessa Frände, Dan – Havansi, Erkki – Helenius, Dan – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Virolainen, Jyrki: Prosessioikeus. Helsinki 2012, s. 963–1034.
Lappi-Seppälä, Tapio: Rangaistuksen määräämisestä I: Teoria ja yleinen osa. Vammala 1987.
Laukkanen, Sakari: Tuomarin rooli. Vammala 1995.
Laukkanen, Sakari: Selvä ja täsmällinen tuomio. Selvitys käräjäoikeuden tuomion kirjoittamisesta. Oikeusministeriön julkaisuja 2002:2. Helsinki 2002.
Laumen, Hans-Willi: Das Rechtsgespräch im Zivilprozess Prozessrechliche Abhandlungen Heft 58. Köln 1984.
LaVM 1996:19. Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 180/1996) laiksi velkajärjestelystä annetun lain muuttamiseksi.

LaVM 1997:19. Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 33/1997) oikeudenkäymiskaaren muutoksenhakua hovioikeuteen ja asian käsittelyä hovioikeudessa koskevien säännösten sekä eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta.
LaVM 2002:12. Lakivaliokunnan mietintö hallituksen esityksestä (HE 32/2001) laiksi oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien riita-asiain valmistelua, pääkäsittelyä sekä hakemusasioiden käsittelyä koskevien säännösten muuttamisesta.
Leppänen, Tatu: Vahinkoedellytys konkurssitakaisinsaannissa. Helsinki 1992.
Leppänen, Tatu: Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. Prosessioikeudellinen tutkimus. Vammala 1998.
Leppänen, Tatu – Välimaa, Asko: Muutoksenhaun pääpiirteet. 4. painos. Helsinki 1998.
Liljenfeldt, Robert: Prekluusiosta sekä oikeustosiseikkojen ja todisteiden kartoittamisesta etukäteen. DL 1994 161–178.
Liljenfeldt, Robert: Kokemuksia hovioikeusuudistuksesta. DL 1999 s. 425–435
Lindblom, Per Henrik: Processhinder. Om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt. Stockholm 1974.
Lindblom, Per Henrik: Eriävä mielipide. SOU 1982:26 s. 616–618.
Lindblom, Per Henrik: Miljöprocess II. Stockholm 2002.
Lindell, Bengt: Sakfrågor och rättsfrågor. Uppsala 1987.
Lindell, Bengt: Partsautonomins gränser. Uppsala 1988.
Lindell, Bengt: Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken. Stockholm 1993.
Lindell, Bengt: Civilprocessen. Stockholm 1998.
Lindell, Bengt: Civilprocessen – rättegång samt skiljeförfarande och medling. 3. uppl. Uppsala 2012.
Linna, Tuula: Hakemuslainkäyttö. Helsinki 2009.
Liukkunen, Ulla: Lainvalinta kansainvälisissä työsopimuksissa: erityisesti lähetettyjen työntekijöiden kannalta. Helsinki 2000. (2. painos. Helsinki 2002.)
Liukkunen, Ulla: The role of mandatory rules in international labour law: a comparative study in the conflict of laws. Jyväskylä 2004.
Liukkunen, *Ulla*: Sopimussuhteita koskeva lainvalinta. Helsinki 2012.
Lyons, David: The Correlativity of Rights and Duties. Nous 4 (1970) s. 45–55.
Länsineva, Pekka: Perus- ja ihmisoikeudet yksityisten välisissä oikeusriidoissa. DL 2011 s. 456–466.
MacCormick, D. N.: Rights in Legislation, teoksessa Hacker, P. M. S. – Raz, J. (ed.): Law, Morality and Society. Oxford 1977, s. 189–209.
Makkonen, Kaarle: Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakenneanalyyttinen tutkimus. Helsinki 1981.
Makkonen, Kaarle: Luentoja yleisestä oikeustieteestä. Helsinki 1998.
Mononen, Marko: Sopimusoikeuden materiaalisuudesta. Helsinki 2001.
Musielak, Hans Joachim: Grundkurs ZPO. München 2004.
Muutoksenhakutoimikunnan osamietintö 25.10.2001. Komiteanmietintö 2001:10.
Männistö, Jarkko: Theory of Preclusion. Forssa 2013.
Möller, Gustaf: Domstolen och icke åberopade omständigheter. JFT 1984 s. 332–349.
Möller, Gustaf: Om jämkning av skiljeavtal. JFT 1996 s. 441–462.
Möller, Gustaf: Välimiesmenettelyn perusteet. Helsinki 1997.
Niemi, Johanna: Valitus hovioikeuteen, teoksessa Frände, Dan – Havansi, Erkki – Helenius, Dan – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Virolainen, Jyrki: Prosessioikeus. Helsinki 2012, s. 1127–1168.

Niemi, Matti Ilmari: Hohfeld ja oikeuksien analyysit. Käsiteparit ja niiden tulkintoja osana analyyttisen oikeusteorian perintöä. Rovaniemi 1996.
Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Luonnollisen henkilön velkavastuu insolvenssioikeudessa. Vammala 1995.
Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Yksityishenkilön velkajärjestely, teoksessa Koulu, Risto – Niemi-Kiesiläinen, Johanna: Velkajärjestelyn ja saneerauksen pääpiirteet. Helsinki 1999, s. 12–85.
Niiniluoto, Ilkka: Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus. Keuruu 1980.
Niiniluoto, Ilkka: Maailma 3:n oliot, teoksessa Olio – Suomen Filosofisen Yhdistyksen järjestämä kotimainen tutkijakollokvio Helsinki 11.–12.1.1984. Helsingin yliopiston Filosofian laitoksen julkaisuja 1984:3. Helsinki 1984, s. 120–141.
NOU 2001:32 Rett på sak. Lov om tvisteløsning (tvisteloven). Norges offentlige utredninger.
Nordh, Roberth: Processens ram i tvistemål. Om yrkande och grunder, ändring av talan m.m. Uppsala 2001. (3. uppl. Uppsala 2012.)
Norrgård, Marcus: Om förhållandet mellan processekonomi och rättvisa. JFT 2000 s. 87–104.
Norrgård, Marcus: Interimistiska förbud i immaterialrätten. Helsingfors 2002.
Nylund, Anna: Tillgången till den andra instansen i tvistemål. Vammala 2006.
Ot.prp. nr. 51/2004–2005. Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven).
Oikeudenkäyntiavustajien kelpoisuus ja valinta. Oikeusministeriö. Työryhmämietintö 2009:17
Oikeustoimilakitoimikunnan mietintö (KM 1990:20).
OLJ 4/2000. Riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn kehittäminen. Työryhmän mietintö.
Olivecrona, Karl: Bevisskyldigheten och den materiella rätten. Uppsala 1930.
Olivecrona, Karl: Domen i tvistemål. Lund 1943.
Olivecrona, Karl: Rätt och dom. 2. uppl. Stockholm 1966.
Olsson, Hans Gustaf: Förberedelse i tvistemål. Stockholm 1964.
Oppenheim, Felix: Dimensions of freedom. An analysis. New York 1961.
Ovaskainen, Seppo: Väittämistaakasta siviiliprosessissa. Helsinki 1989.
Palomäki, Petteri: Velkajärjestelyasian dispositiivisuudesta. LM 1996 s. 1204–1216.
Pettit, Philip: Freedom as Antipower, Ethics, Vol. 106 (1996) s. 576–604.
Pettit, Philip: Keeping Republican Freedom Simple: On a Difference with Quentin Skinner. Political theory, Vol. 30 (2002) pp. 339–356
Pikkujämsä, Mikko: Asianajajan ajatuksia prosessi-ilmiöistä, DL 1999 s. 679–690
Pålsson, Lennart: Romkonvention. Tillämplig lag för avtalsförpliktelser. Stockholm 1998.
Pölönen, Pasi: Henkilötodistelu rikosprosessissa. Vammala 2003.
Pöyhönen, Juha: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Vammala 1988.
Pöyhönen, Juha: Sopimuksen sovittelu. EIF I. Helsinki 1994, s. 750–752.
Pöyhönen, Juha: Voimassaolo. EIF VII. Helsinki 1999, s. 1292–1295.
Raitio, Juha: Eurooppaoikeus ja sisämarkkinat. 3. uudistettu painos. Helsinki 2013.
Ramberg, Jan: Allmän avtalsrätt. 4. uppl. Stockholm 1996. (*Ramberg, Jan – Ramberg Christina*: Allmän avtalsrätt. 8. uppl. Stockholm 2010.)
Reg. prop. 1975/76:81. Regeringens proposition om ändring i lagen (1915/218) om avtal och andra rättshandlingar på förmögenhetsrättens område, m.m.
Reg. prop. 1983/84:78. Regeringens proposition 1983/84:78 om ändringar i rättegångsbalken m.m.
Reg. prop. 1986/87:89. Regeringens proposition 1986/87:89 om ett reformerat tingsrättsförfarande.
Reg. prop. 1988/89:95. Regeringens proposition 1988/89:95 om ändringar i rättegångsbalken m.m.
Reg. prop. 1997/98:14. Regeringens proposition 1997/98:14 Romkonventionen – tillämplig lag för avtalsförpliktelser.

Rodhe, Knut: Lärobok i obligationsrätt. 6. uppl. Stockholm 1986.
Saarnilehto, Ari: Vakioehtojen sovittelusta oikeuskäytännön valossa, teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.): Maksupalvelusopimuksista ja muista vakiosopimuksista. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja. Kokoomateosten sarja C, n:o 8. Turku 1990, s. 79–129.
Saarnilehto, Ari: Kuittaus. EIF I. Helsinki 1994, s. 329–332.
Saarnilehto, Ari: Todistustaakasta vahingonkorvausasioissa. Teoksessa Saarnilehto, Ari (toim.) Ehdon sovittelusta, todistelusta, vahingonkorvauksesta, s. 53–102. Turun yliopisto, 2010.
Saloheimo, Jorma: Puolipakottava työlainsäädäntö ja työehtosopimus. LM 1991 s. 653–675.
Saranpää, Timo: Väittämistaakasta. Pieniä kertomuksia oikeustosiseikoista ja niihin vetoamisesta siviiliprosessissa. Rovaniemi 2005.
Saranpää, Timo: Näyttöenemmyysperiaate riita-asiassa. Vammala 2010.
Saranpää, Timo: Siviiliprosessuaalista todistustaakkaa koskeva aineellinen prosessinjohto. LM 2011 s. 504–526.
Savolainen, Matti: Lapsen huolto ja tapaamisoikeus. Vammala 1984.
Schei, Tore – Bårdsen, Arnfinn – Nordén, Dag Bugge – Reusch, Christian H. P. – Oie, Toril M: Tvisteloven. Kommentarutgave. Bind 1, §§ 1-1 til 20-12. 2. utgave. Oslo 2013.
Scheinin, Martin: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Valtiosääntöoikeudellinen tutkimus kansainvälisten ihmisoikeussopimusten valtionsisäisestä voimassaolosta sekä ihmisoikeus- ja perusoikeusnormien sovellettavuudesta Suomen oikeusjärjestyksessä. Vammala 1991.
Sjöström, Bertil: Om tredskodom enligt finsk och svensk civilprocessrätt. Helsingfors 1916.
Sjöström, Bertil: Muodollisesta prosessinjohdosta alioikeudessa tavallisissa riita- ja rikosasioissa Suomen oikeuden mukaan. Suomentanut ja lisäyksin varustanut Paavo Alkio. Turku 1948.
Skinner, Quentin: Kolmas vapauden käsite. Tampere 2003.
Skoghøy, Jens Edvin A.: Tvistemål. 2. utg. Oslo 2001.
Smith, Eva: Civilproces: grundlæggende regler og principper. 4. udgave. Kobenhavn 2000.
SOU 1982:26. Statens offentliga utredningar 1982:26. Översyn av rättegångsbalken 1. Processen i tingsrätt. Del B. Motiv mm. Stockholm 1982.
Strömholm, Stig: Allmän rättslära. Lund 1988.
Stürner, Rolf: Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess. Tübingen 1982.
Taksoe-Jensen, Finn: Materiel procesledelse. Kobenhavn 1976.
Tapanila, Antti: Tuomarin esteellisyys. Vammala 2007.
Taxell, Lars Erik: Avtal och rättskydd. Åbo 1972.
Telaranta, K. A.: Sopimusoikeus. Helsinki 1990.
Tirkkonen, Tauno: Suomen siviiliprosessioikeus I. 2. painos. Porvoo 1974.
Tuck, Richard: Natural rights theories: their origin and development. Cambridge 1979.
Tuori, Kaarlo: Oikeus, valta ja demokratia. Helsinki 1990.
Tuori, Kaarlo: Sosiaalioikeus. 3. painos. Porvoo 2004. (4. painos, *Tuori, Kaarlo – Kotkas*, Toomas: Sosiaalioikeus. Helsinki 2008.)
Tuori, Kaarlo: Kriittinen oikeuspositivismi. Helsinki 2000.
Tähti, Aarre: Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa. Vammala 1995.
Uitto, Tero: Velkajärjestely. Helsinki 2010.
Vaitoja, Jari: Oikeustapauskommentti KKO 1998:81, teoksessa Timonen, Pekka (toim.): KKO:n ratkaisut kommentein I/1998. Helsinki 1998, s. 534–537.
Vaitoja, Jari: Voidaanko oikeustieteellisen asiantuntijalausunnon laatinut velvoittaa oikeudenkäynnin aikana suullisesti kuultavaksi? s. 537–559. Teoksessa Havansi, Erkki – Koulu, Risto – Lindfors, Heidi (toim.) Oikeudenkäyntejä ja tuomioistuimia: juhlakirja Juha Lappalainen 60 vuotta. Helsinki 2007.
Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeusuudistus ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset. LM 1996 s. 788–815.

Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeuksien soveltamisala. Teoksessa Hallberg, Pekka ym. Perusoikeudet. Juva 2011 s. 89–137
Virolainen, Jyrki: Materiaalisesta prosessinjohdosta. LM 1983 s. 148–173.
Virolainen, Jyrki: Väittämistaakasta vähäisen. LM 1985 s. 1001.
Virolainen, Jyrki: Oikeustapauskommentti KKO 1986 II 163. LM 1987 s. 575–580.
Virolainen, Jyrki: Materiaalinen prosessinjohto. Helsinki 1988.
Virolainen, Jyrki: Oikeustapauskommentti KKO 1990:1. LM 1990 s. 1050–1056.
Virolainen, Jyrki: Alioikeusuudistus I. Rovaniemi 1992.
Virolainen, Jyrki: Lainkäyttö. Helsinki 1995.
Virolainen, Jyrki: Uusi alioikeusprosessi riita-asioissa: ongelmakohtia käytännön valossa. DL 1995 s. 329–378.
Virolainen, Jyrki: Väittämistaakasta vieläkin vähäisen. LM 2000 s. 1155–1169
Virolainen, Jyrki: Åberopsbörda och jämkning av avtalsvillkor. JFT 2006 s. 187–206.
Virolainen, Jyrki: Väittämistaakan keventäminen välimiesmenettelyssä ei ole perusteltua. Ratkaisun KKO 2008:77 kriittistä tarkastelua, teoksessa juhlajulkaisu Risto Koulu. Helsinki 2009, s. 691–705.
Virolainen, Jyrki: Periaatteet prosessioikeudessa, teoksessa Frände, Dan – Havansi, Erkki – Helenius, Dan – Koulu, Risto – Lappalainen, Juha – Lindfors, Heidi – Niemi, Johanna – Rautio, Jaakko – Virolainen, Jyrki: Prosessioikeus. Helsinki 2012, s. 119–234.
Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri: Pro & contra. Tuomion perustelemisen keskeisiä kysymyksiä. Helsinki 2003.
Vuorenpää, Mikko: Jutun palauttaminen. Oikeustieto 5/2007 s. 12–14.
Vuorenpää, Mikko: Prosessioikeuden perusteet. Prosessin yleisiä lähtökohtia sekä menettely käräjäoikeuden tuomioon asti. Helsinki 2009.
Välimaa, *Asko*: Nya trender inom nordisk civilprocess: förslag till utvecklandet av förfarandet i Finland. JFT 2001 s. 179–189
Waldron, Jeremy: Introduction, teoksessa Waldron, Jeremy (ed.): Theories of Rights. Oxford 1984, s. 1–20.
Welamson, Lars: Konkursrätt. Stockholm 1961.
Welamson, Lars: Rättegång VI. 3. uppl. Stockholm 1994.
Wellman, Carl: Welfare Rights. Totowa (NJ). Rowman & Allanheld 1982.
Westberg, Peter: Domstols officialprövning. Lund 1988.
Westberg, Peter: Förfalskade inköpsnotor: kritiska funderingar kring ett HD-fall om bevisbördan i tvistemål. JT 1992/93 s. 155-168.
Westberg, Peter: Kasuistiska marginalanteckningar eller en sedvanerättslig arkipelag – några reflektioner över underrättens normbildning i frågor om materiell processledning i tvistemål. JT 1995–96 s. 74–93.
Westberg, Peter: Processtaktik och bevisbörda i dispositiva tvistemål, teoksessa Festskrift till Per Henrik Lindblom. Uppsala 2004, s. 731–754.
Wilhelmsson, Thomas: Om styrning av försäkringsvillkor. En rättsvetenskaplig studie angående avtalsfriheten vid frivillig skadeförsäkring. Helsinki 1977.
Wilhelmsson, Thomas: Sopimusvapaudesta. Oikeustiede–Jurisprudentia 1978 s. 13–30.
Wilhelmsson, Thomas: Social civilrätt. Om behovsorienterade element i kontraktsrättens allmänna läror. Helsingfors 1987.
Wilhelmsson, Thomas: Sopimusvapaus. EIF V. Helsinki 1994, s. 774–780.
Wilhelmsson, Thomas: Standardavtal. 2. uppl. Helsingfors 1995.
Wilhelmsson, Thomas: Vakiosopimus. Helsinki 2008.
Wrede, Rabbe Axel: Finlands gällande civilprocessrätt 2. 4. uppl. Helsingfors 1943.
Zahle, Henrik: Om det juridiske bevis. Kobenhavn 1976.

Zuckert, Michael P.: Do natural rights derive from law? Aquinas, Hobbes and Locke on natural rights, teoksessa Zuckert, Michael P.: Launching liberalism on Lockean political philosophy. Lawrence. University Press of Kansas 2002, s. 169–200.

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

Ämmälä, Tuula: Suomen kuluttajaoikeus. Helsinki 2006.

Lyhenteitä

art.	artikla
DL	Defensor Legis
EIF	Encyclopaedia iuridica Fennica
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EU	Euroopan unioni
HE	hallituksen esitys
HO	hovioikeus
HTL	laki lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta 8.4.1983/361
I-SHO	Itä-Suomen hovioikeus
JFT	Tidskrift utgiven av Juridiska föreningen i Finland
JT	Juridisk tidskrift vid Stockholms Universitet
KKO	korkein oikeus
KL	kauppalaki 27.3.1987/355
KM	komiteamietintö
KSL	kuluttajansuojalaki 20.1.1978/38
KäO	käräjäoikeus
LaVM	lakivaliokunnan mietintö
LM	Lakimies
NJA	Nytt juridiskt arkiv (Ruotsi)
NOU	Norges offentlige utredninger
OikTL	laki varallisuusoikeudellisista oikeustoimista 13.6.1929/228
OK	oikeudenkäymiskaari 1.1.1734/4
OLJ	Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu
Ot.prp.	Odelstingsproposisjon (Norja)
PL	Suomen perustuslaki 11.6.1999/731
RB	Rättegångsbalken 18.7.1942 (Ruotsi)
Reg. prop.	Regeringens proposition (Ruotsi)
RL	rikoslaki 19.12.1889/39
Rt.	Norsk Retstidende
SOU	Statens offentliga utredningar (Ruotsi)
SvJT	Sveriges juristtidning
TfR	Tidskrift for Retsvidenskap
TLL	tieliikennelaki 3.4.1981/267
TSA	Tidskrift för Sveriges Advokatssamfund
TSL	työsopimuslaki 26.1.2001/55 (tai vanhempi kumottu työsopimuslaki 30.4.1970/320)
UK	ulosottokaari 15.6.2007/705
VahL	vahingonkorvauslaki 31.5.1974/412
VanhL	laki velan vanhentumisesta 15.8.2003/728
VeroTPL	laki verojen ja maksujen täytäntöönpanosta 15.6.2007/706
VJL	laki yksityishenkilön velkajärjestelystä 25.1.1993/57
VML	laki välimiesmenettelystä 23.10.1992/967
YrSanL	laki yrityksen saneerauksesta 25.1.1993/47
ZPO	Zivilprozessordnung 12.9.1950 (Saksa)

1 Johdanto

1.1 TUTKIMUSTEHTÄVÄSTÄ

Tutkimuksen kohteena ovat laajasti ottaen erilaiset asianosaisen ja tuomioistuimen toimimisvelvoitteet, jotka liittyvät yhtäältä oikeudenkäynnin riitakysymysten rajaamiseen ja toisaalta tarvittavan oikeudenkäyntiaineiston, erityisesti oikeusvaikutuksia perustelevien faktaväitteiden esille tuomiseen. Tarkasteltavana ovat nimenomaan tilanteet, joissa ns. pakottava yksityisoikeudellinen sääntely saattaisi tulla sovellettavaksi.

Oikeudenkäynnin sääntöjen näkökulmasta vaatimusten esille tulemiseen vaikuttaa asianosaisen velvollisuus erityisellä tavalla vedota niihin tosiasioihin, joiden asianosainen katsoo vaikuttavan hänen edukseen. Tätä velvollisuutta kutsutaan vakiintuneesti väittämistaakaksi. Vetoamisvelvollisuudesta seuraa, että asianosaisen vetoamislausumat rajaavat sen tosiasia-aineiston, joka voidaan asettaa jutussa annettavan oikeudellisen ratkaisun perustaksi. Väitteiden prekluusiouhka puolestaan asettaa vetoamistoimille ajallisia edellytyksiä. Jos asianosainen ei huomaa vedota riittävän aikaisessa vaiheessa, hän saattaa menettää vetoamisoikeutensa. Näiden formaalien elementtien aiheuttamaa vaaraa oikeudenmenetyksistä on pyritty lieventämään tuomarille asetettujen kyselyvelvoitteiden avulla.

Lähemmin määritellen tutkimuksen päämääränä on tutkia asianosaisten ja tuomioistuimen vastuunjakoa yksityisoikeudellisiin kohtuullistamissäännöksiin tai muuhun ns. pakottavaan yksityisoikeudelliseen sääntelyyn perustuvien väitteiden (ja tätä kautta vaatimusten) esille tuomisessa. Selvitettävänä on väittämistaakan, prekluusiosääntelyn ja tuomarin kyselyvelvoitteiden ilmeneminen silloin, kun oikeusriitaan voisi soveltua pakottavaa sääntelyä.

Pakottavia normeja sisältyy esimerkiksi sopimusten yleisiä sitovuusehtoja asettaviin säännöksiin sekä työoikeudelliseen ja kuluttajaoikeudelliseen sääntelyyn. Pakottavuusvaikutuksia on niin ikään yleisillä kohtuullistamissäännöksillä kuten oikeustoimilain 36 §:llä tai vahingonkorvauslain 2 luvun 1.2 §:llä. Viimeksi mainittuihin nojautuvat vaatimukset otetaan tutkimuksessa erityisen tarkastelun kohteeksi. Tämä johtuu paitsi näiden säännösten periaatteellisesti painavasta merkityksestä myös soveltamisharkintaan vaikuttavan tosiasia-aineiston laaja-alaisuudesta. Kumpikin näkökohta on kiinnostava ajatellen vetoamisvelvoitteiden järjestelmän perusteita. Kohtuullistamissäännökset ovat esimerkki sellaisesta faktaedellytysten osalta avoimesta tunnusmerkistöstä, jonka kohdalla vetoamisvelvoitteiden lähemmän sisällön määrittäminen on erityisen pulmallista. Tämä on näkökohta, jonka merkitys tavallaan kumuloituu tarkas-

teltaessa vaikkapa vetoamisoikeuden prekludoitumisen edellytyksiä tai tuomarin kyselyvelvoitteiden ilmenemistä. Yleislausekkeiden tai avointen tunnusmerkistöjen erityispiirteet eivät tähän asti ole olleet laajemman huomion kohteena vetoamisvelvoitteita käsittelevässä kirjallisuudessa.

Keskeisenä keinona lieventää vetoamisvelvoitteiden haitallisia vaikutuksia on nähty tuomarin kyselytoiminta. Samaan näkemykseen päädytään pääasiallisesti myös tässä tutkimuksessa. Tuomarin kyselytoimintaan liittyy kuitenkin tiettyjä ongelmia, jotka kytkeytyvät toiminnan oikeudelliseen kontrolloitavuuteen, viime kädessä siihen, missä määrin toimintaa voidaan ylipäänsä arvioida oikeudelliselta kannalta.

Pulmia aiheuttaa toisaalta asianosaistahojen käytettävissä olevat oikeussuojakeinot, oikeusaseman epävarmuus suhteessa tuomioistuimeen. Vaikka tuomarilla sanotaan olevan kyselyvelvollisuus, ei ole varmaa, että asianosaisella on käytettävissään tehokkaita oikeussuojakeinoja, jos kyselytoimet laiminlyödään.

On kylläkin pelättävissä, että vetoamisvelvoitteen täsmällisestä sisällöstä tai vetoamisoikeuden menettämisen edellytyksistä ei helposti voida saavuttaa yksiselitteistä käsitystä. Nämäkin voivat jäädä tuomarin verrattain vapaan harkinnan varaan. Prosessuaalinen sääntely tutkimuksen kohdealueella on luonteeltaan joustavaa. Se näyttää antavan tuomarille laajalti valtuuksia prosessin kulun ohjaamisessa ja verrattain vaikeasti kontrolloitavissa olevaa harkintavaltaa.

Vaikka tutkimuksen pääasiallinen painopiste on pakottavaan (erityisiä suojelutavoitteita sisältävään) sääntelyyn nojautuvissa faktaväitteissä, tutkimuksen kysymyksenasettelut ovat yleisprosessuaalisia. Ne ulottavat vaikutuksensa täysin tahdonvaltaisiakin kysymyksiä koskevaan oikeudenkäyntiin. Tarkastellaanhan tutkimuksessa esimerkiksi väittämistaakan käsitteellisiä perusteita. Samoin vaikkapa tuomarin kyselyvelvoitteita koskeva esitys soveltuu siviiliprosessiin aivan yleisestikin. Tarve kyselyjen kautta saatavaan apuun ei rajoitu mitenkään lähtökohtaisesti pakottavan sääntelyn tilanteisiin. Usein kyselyjä puoltavat syyt ovat yhtä vahvoja, vaikka vedottuun nähden vaihtoehtoinen faktaperuste nojautuisi siviilioikeudellisessa mielessä kokonaan tahdonvaltaiseen sääntelyyn.

Oikeudenkäynnin asianosainen on usein korostuneesti avun tarpeessa silloin, jos hän esiintyy ilman avustajaa. Tämä ei ole täysin harvinaista, vaikka ylivoimaisesti yleisimpänä lähtökohtana onkin se, että nykyprosessissa (varsinkin ns. täysimittaiseen käsittelyyn edenneissä riita-asioissa) asianosaisilla on avustaja. Lainsäätäjän saatetaan sanoa jopa edellyttäneen avustajan käyttämistä varsinkin laajoissa riita-asioissa. Menettelysäännökset on nimittäin laadittu lähtökohdiltaan siinä määrin vaativiksi, että ilman avustajaa asianosainen ei voisi luottaa selviytyvänsä niiden asettamista vaatimuksista.

Tutkimuksessa ajatellaan kuitenkin lähtökohtaisesti oikeudenkäyntiä, jossa kummallakin oikeusriidan osapuolista on asiantunteva avustaja. Tämä johtuu osin juuri mainitusta lähtökohdasta; vain harvoin asianosaiset tosiasiassa esiin-

tyvät ilman avustajaa ns. laajoissa riita-asioissa. Mutta ennen kaikkea tämä lähtökohta aiheutuu siitä, että monistakin syistä johtuen avustajan käyttö ei poista vetoamisvelvoitteiden täyttämiseen tai tulkintaan liittyviä ongelmia. Myös avustaja saattaa erehtyä vetoamisvelvoitteiden sisällön suhteen – tai niiden faktaolosuhteiden suhteen, jotka olisivat jutussa oikeudellisesti merkityksellisiä. Kun pakottavaa yksityisoikeudellista sääntelyä sovelletaan pääasiallisesti sellaisissa oikeusriidoissa, joissa sovinto on (ainakin muiden samanaikaisesti käsiteltävien kysymysten suhteen) sallittu, tutkimuksen kohteena on ns. dispositiivisissa riita-asioissa noudatettava menettely.

Tutkimuksessa tarkastellaan ns. laajoissa riita-asioissa noudatettavia yleisiä menettelynormeja, summaariset prosessit eivät ole tutkimuskohteena. Tuomarin virallisvastuu summaarisessa prosessissa muodostaa ison ongelmakentän ja sen ottaminen mukaan veisi tutkimusta eri suuntaan kuin mihin nyt käsillä oleva tutkimus keskittyy. Laajassa prosessissa noudatettavan menettelyn kannalta keskeistä on tutkia asianosaisen vetoamisvelvoitteiden lähempää sisältöä, vetoamisoikeuden menettämisen edellytyksiä ja tuomarin kyselyvelvollisuutta. Tutkimus keskittyy näiden instituutioiden perusteiden ja niiden soveltamisessa esiintyvien ongelmatilanteiden melko syvälliseen tarkasteluun. Näistä kolmesta prosessuaalisesta osa-alueesta yksikään ei ole samassa merkityksessä olennainen silloin, kun toinen jutun asianosaisista on passiivinen.

Tuomarin virallisvelvoitteita ei tässä tutkimuksessa tarkastella lähemmin Euroopan ihmisoikeussopimuksen näkökulmasta. On kuitenkin syytä korostaa, että oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksen taustalla olevat kysymykset ovat asiallisesti ottaen hyvin pitkälti yhteneviä sen yleisen access to justice -problematiikan kanssa, josta tässä tutkimuksessa on keskeisesti kyse. Oikeuksiin pääsyn edellytyksiä tarkastellaan kansallisen oikeuden näkökulmasta. Pyrkimyksenä on ennen kaikkea analysoida sitä asia-argumentaatiota, joka on esitettävissä eri suuntiin käyvien ratkaisuvaihtoehtojen tueksi. Tältä osin oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukseen (EIS 6 artikla) viitataan keskeisenä normatiivisena lähteenä, joka tukee tässä työssä omaksuttuja lähtökohtia. Näihin kuuluu ennen kaikkea näkemys, että kansalaisen oikeusturvaodotusta ei tulisi voida kevyin perustein sivuuttaa julkisiin intresseihin kuten kustannussäästöihin nojautuen – samoin lähtökohta, jonka mukaan oikeusturvaintressi tulisi asettaa lähtökohtaisesti etusijalle, jos tarkasteltavana oleva oikeusohje on tulkinnanvarainen.

Syvällinen perehtyminen siihen, milloin Euroopan ihmisoikeussopimus saattaisi suorastaan edellyttää määrätyn kaltaisia ratkaisuja, ei ole tarkoituksenmukaista. Tämä johtuu ennen kaikkea työekonomiasta mutta myös siitä, ettei esimerkiksi ihmisoikeustuomioistuimen oletettavasta suhtautumistavasta voitaisi useinkaan saavuttaa suurempaa varmuutta. EIT:n ratkaisukäytännössä ei juurikaan ole otettu kantaa väittämistaakkaa, prekluusiota tai tuomarin kyselyvelvollisuutta koskeviin ongelmiin.

1.2 TUTKIMUKSEN METODISTA JA RAKENTEESTA

Tutkimus on pääosiltaan lainopillinen eli sen päämääränä on oikeusnormien tulkinta ja systematisointi. Keskeisiin tutkimusongelmiin lukeutuvat mm. väittämistaakan ulottuvuus, suhtautuminen kyselyvelvoitteiden laiminlyöntiin prekluusion estävänä perusteena ja prekluusion edellytysten systemaattinen jäsentely laajemminkin – samoin kysymys vetoamislausumien tulkinnasta ja ennen kaikkea kyselyvelvollisuuden ulottuvuus ja kyselyvelvoitteiden mahdollisten laiminlyöntien oikeusseuraamusten tarkastelu.

Toiselta puolen tutkimukseen sisältyy kohtalaisen laajasti oikeuspoliittista tarkastelua. Sitä liittyy väistämättäkin tärkeimpien tutkimusongelmien tarkasteluihin, johtuen jo tutkimuksen keskeisongelmiin soveltuvan sääntelyn avoimuudesta.

Melko laajasti pohditaan muun muassa vetoamisvelvoitteiden lieventämisen oikeuspoliittisia perusteita pakottavan sääntelyn tilanteissa (luku 6) samoin kuin tuomarin kyselytoiminnan oikeutusta ja toiminnan laajuuteen oikeuspoliittisessa arvioinnissa vaikuttavia näkökohtia (jaksot 7.5–7.7). Näissä tarkasteluissa oikeuspoliittiseen perusteluun sekoittuvat – tai niiden ylitsekin vaikuttavat – asianosaisten periaateluonteisiin oikeuksiin liittyvät perustelut.

Moniin kysymyksiin liittyy väistämättömiä oikeusteoreettisia ulottuvuuksia. Tällaisia ovat esimerkiksi kysymys väittämistaakan sisällöstä tai oikeus- ja tosiasiakysymysten erottelusta osana vetoamisvelvoitteiden määräytymistä (luvussa 3) tai tuomarin kyselyvelvoitteista hyötyvän asianosaisen oikeuksien tarkastelu. Luvussa 7.3 pohditaan ns. oikeuksien teorian pohjalta, missä merkityksessä on järkevää puhua asianosaisilla olevista oikeuksista suhteessa tuomarin kyselyvelvollisuuteen. Luvun 7.4 aiheena on puolestaan kysymys siitä, millä tavoin tuomarin kyselytoiminta kaventaa asianosaisten vapauksia prosessin aikana. Pääasiallisesti oikeuspoliittisten ja -teoreettisten tarkastelujen tehtävänä on palvella voimassa olevan oikeuden sisällön jäsentämis- ja selvittämistehtävää.

Tutkimus jäsentyy siten, että toisessa luvussa luodaan lyhyt katsaus keskusteluun oikeusperiaatteista. Tutkimuksessa omaksutaan nimittäin näkemys, jonka mukaan ns. kiperissä tulkintatilanteissa joudutaan yleisesti nojautumaan periaateluonteisiin argumentteihin, oikeusperiaatteiden punnintaan. Kun näissä tilanteissa on vaarana yleishyödyllisten tavoitenäkökohtien yksipuolinen vaikutus, tulisi oikeusperiaatteet oman näkemykseni mukaan nähdä keinona jäsentää kansalaisten yksilöllisten oikeuksien ja yhteisöllisten intressinäkökohtien keskinäissuhteita. Toisaalta niiden avulla tulisi puolustaa yksilöllisiä oikeuksia suhteessa tavoiteargumentteihin. Tässä tutkimuksessa oikeusperiaatteet nähdään keinona ulottaa oikeudellinen arviointi sellaisille viranomaistoiminnan alueille, jotka ovat väljästi säänneltyjä.

Oikeusperiaatteiden punnintaa sovelletaan vasta tutkimuksen 9. luvussa, tar-

kasteltaessa kyselyvelvollisuuden ulottuvuutta. Yksittäisen kansalaisen oikeuksien ja julkisten intressien ristiriita on kuitenkin siinä määrin keskeinen näkökulma tutkimustehtävien kannalta, että sen yhteys periaatekeskusteluun on perusteltua tuoda esiin jo alussa. Koko tutkimuksen peruslähtökohtana on tarkasteltavana olevan sääntelyn (vetoamisvelvoitteiden järjestelmä ja tuomarin kyselytoiminta) avoimuus ja sen aiheuttamat ongelmat oikeusturvan näkökulmasta. Lisäksi edeltävissä luvuissa esiintyy yksittäisiä mutta tärkeitä viittauksia periaateluonteisiin oikeuksiin ja normeihin.

Luvussa 3 määritellään aluksi, mitä tutkimuksessa tarkoitetaan, kun puhutaan oikeudenkäyntiaineiston esille tuomista koskevasta vastuunjaosta (3.1 ja 3.3). Tämän jälkeen tarkastellaan sitä peruskäsitteistöä, joka on ollut käytössä keskusteltaessa väittämistaakasta ja vetoamisvelvoitteista (ks. erityisesti 3.2 ja 3.4). Tämän käsitteistön samoin kuin vetoamisnormien pääpiirteittäisen sisällön tuntemus on edellytys, jotta voidaan keskustella mm. prekluusiouhan tai vetoamisperusteisiin kohdistuvien tuomarin kyselyvelvoitteiden sisällöstä.

Lähempään tarkasteluun otetaan erityisesti kysymys vetoamisvelvoitteiden kohteena olevien tosiasioiden – tai paremmin tosiasiaväitteiden – määräytymisestä. Keskeisenä pulmana on se, kuinka vetoamisvelvollinen voi tietää, mihin faktaväitteisiin hänen tulee vedota ja millä tavoin (millaisin väitteitä koskevin yksilöinnein) hän voi täyttää vetoamisvelvollisuutensa. Tähän liittyy eräitä hankalia ongelmia. (Ks. 3.4–3.7.)

Väittämistaakkaopit nojautuvat kestämättömään näkemykseen, jonka mukaan vetoamisvelvollisuus voitaisiin kohdistaa ainoastaan ns. empiirisen havaintomaailman tosiasioihin. Tosiasioiden juridinen luonnehdinta kuuluisi vastaavasti tuomarin vastuulle ja jäisi kokonaan vetoamisvelvollisuuden ulkopuolelle. Ymmärrettävä keskustelu oikeusriidasta ja sen pohjana olevista tapahtumista ja olosuhteista edellyttää väistämättä abstraktien termien käyttöä ja ne ovat välttämättömiä myös vetoamislausumissa. Siksi vetoamisvelvollisuuden sisällön määrittely muodostuu merkittävässä määrin vaikeammaksi tehtäväksi kuin mitä saatettaisiin päätellä yksinkertaistetun fakta/normi-erottelun valossa. Keskeisenä syynä tähän on oikeudellisen kielen eriytyneisyys. Normien tosiasiatunnusmerkistöt ovat enemmän tai vähemmän abstrakteja, eikä niitä laadittaessa edes kyettäisi välttämään abstrakteja ilmaisuja. (Ks. 3.4 ja 3.7.)

Vetoamisvelvollisuuden konkreettinen sisältö ei toisaalta ole useimmiten millään tavoin yksinkertainen ongelma. Hyväkään aineellisen oikeuden tuntemus ei yksin riitä, vaan vetoamisvelvollisen (samoin kuin tuomarin) olisi tiedettävä, millä tavoin oikeudelliset instituutiot ja niitä vastaavat tosiasiat hahmotellaan vetoamisvelvoitteiden kannalta, kuinka vetoamisvelvollisuus jakautuu asianosaisten kesken (ks. 3.5) tai milloin kyse on vain ns. todistustosiseikasta, johon ei tarvitse vedota (ks. 3.6). Lisäksi vetoamisvelvoitteiden määrittäminen edellyttää tietoa siitä, mitkä oikeustosiseikoista tutkitaan viran puolesta (ks. 3.8).

Tutkimusteemojen kannalta on keskeistä, ettei vastausta näihin kysymyksiin saada useinkaan minkäänlaisen muodollis-loogisen päättelyn avulla. Niistä ei ole suoria säännöksiä, eivätkä yksinkertaiset oikeusohjeet kykenisi ratkaisemaan käytännössä esiintyviä ongelmia. Vetoamisvelvollisuuden ulottuvuutta koskeva juridiikka on oma maailmansa, joka koostuu oikeuskirjallisuuden suosittelemista linjauksista, tavanomaisesta oikeudesta ja jossakin määrin myös korkeimman oikeuden ennakkoratkaisuista.

Vetoamisvelvollisuuden ulottuvuus on ongelmallinen erityisesti silloin, kun aineellisoikeudellisen säännöksen sisältämä faktatunnusmerkistö on ilmaistu käyttäen abstrakteja termejä tai kun faktatunnusmerkistö perustuu kirjoittamattomaan oikeuteen. Jaksossa 3.7 tarkastellaan vetoamisvelvollisuuden jakoa ja sisältöä tällaisissa tilanteissa, esimerkiksi puhuttaessa sopimusehtojen kohtuuttomuudesta tai pätemättömyydestä. Tutkimuksessa päädytään näkemykseen, ettei mikään yksiselitteinen kriteeri kykene ratkaisemaan, mihin väitteisiin vetoamisvelvollisuus tällöin kohdistuu tai millä tavoin ja kuinka tarkasti tosiasiaväitteet tulisi yksilöidä.

Kolmannen luvun loppupuolella otetaan vielä esille kysymys tuomarin velvollisuudesta tutkia määrättyjen faktaolosuhteiden oikeudellinen merkitys viran puolesta. Tällöin tarkastellaan, millaisia faktaolosuhteita on sääntelyn, oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön valossa tutkittu viran puolesta. Tältä pohjalta hahmotellaan toisaalta, mitä kaikkea tosiasioiden virallistutkinnalla saatetaan tarkoittaa ja kuinka virallisvelvoitteet voidaan suhteuttaa asianosaisen vetoamisvelvollisuuteen. (Ks. 3.8.)

Tutkimuksen neljännen luvun teemana on asianosaisen faktaväitteiden tulkinta, toisin sanoen kysymys siitä, milloin johonkin faktaväitteeseen saatetaan katsoa vedotun. Erityisesti tarkastellaan mahdollisuutta lieventää vetoamisvelvoitteita tulkinnan avulla juuri pakottavan sääntelyn tilanteissa. Tämä on saanut kannatusta oikeuskäytännössä ja sopimusoikeudellisen oikeuskirjallisuuden puolella.

Luvussa 5 tutkitaan tosiasiaväitteiden prekluusiouhkaa, pääsääntöisesti siltä kannalta, millä tavoin tuomarin virallisvelvoitteiden (ml. kyselyvelvollisuus) laiminlyöntiin tulisi suhtautua prekluusion mahdollisesti estävänä perusteena. Toisaalta kysytään, edellyttääkö tosiasiaväitteen prekluusio, että asianosainen on laiminlyönyt jonkin hänelle asetetun prosessuaalisen velvollisuuden. Onko kyse täysin samasta vetoamisvelvollisuudesta, jota väittämistaakan täyttäminen edellyttää? Siksi luvussa tarkastellaan erilaisia prekluusion edellytyksiä ja ns. aiheen pätevyysperusteita sekä näiden sijoittumista prekluusionormien systematiikassa.

Luku alkaa prekluusiouhan ulottuvuuteen liittyvillä kysymyksillä. Rajausten kannalta keskeinen ongelma on se, koskeeko prekluusiouhka vaatimusten perusteena olevien tosiasiaväitteiden lisäksi todistusteemoja. Voisiko asianosainen

toisin sanoen menettää oikeutensa esittää nimeämälleen todistajalle kysymyksiä sellaisten tosiasiaväitteiden tueksi, joita hän ei ole ilmoittanut todistusteemoiksi? (Ks. 5.2.2.)

Jaksossa puolustetaan näkemystä, jonka mukaan tosiasiaväitteeseen kohdistuvan vetoamisoikeuden menettäminen edellyttää poikkeuksetta ajatusta konkreettisen vetoamisvelvollisuuden laiminlyönnistä. (Ks. 5.3 ja 5.4.) Näin tulisi olla ainakin käräjäoikeudessa ja hovioikeudessa noudatettavassa menettelyssä. Toisin kuin voisi ehkä luulla, kyse ei ole itsestäänselvyydestä, sillä hovioikeusprekluusio ei lain sanamuodon tai kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa useimmiten esiintyvän katsomuksen mukaan edellytä vetoamisvelvollisuutta. Lisäksi sellaiset olosuhteet, joiden katsotaan estävän tosiasiaväitteen prekluusion, on saatettu luokitella oikeuskirjallisuudessa ns. aiheen pätevyysperusteiksi riippumatta esimerkiksi siitä, onko asianosaisen vetoamisvelvollisuus vielä aktualisoitunut tai perustuuko uusi väite esimerkiksi johonkin alioikeusprosessin jälkeen sattuneeseen tapahtumaan.

Systematiikalla on merkitystä oikeusongelmiin liittyvää argumentaatiota ohjaavan tosiasiallisen vaikutuksensa takia. Mutta systematiikka on tärkeä myös siksi, että näyttövelvollisuus aiheen pätevyydestä on asetettu laissa vetoamisvelvollisen kannettavaksi. (Ks. OK 5:22, OK 6:9, OK 25:17.) Näyttövelvollisuus muista prekluusion edellytyksenä olevista asiaintiloista jaetaan sitä vastoin lähinnä asiaa koskevien yleisten periaatteiden nojalla. (Ks. 5.3.)

Luvun päätteeksi tarkastellaan vielä lähemmin sitä, kuinka näyttöepävarmuus niistä olosuhteista, jotka ovat prekluusion edellytyksenä, tulisi jakaa. Nähdäkseni perustava erottelu on syytä tehdä sen suhteen, puhutaanko asianosaisten aineellisoikeudelliseen sopimussuhteeseen liittyvistä olosuhteista vai oikeudenkäynnin aikana tapahtuneista asioista, kuten puolin ja toisin esitetyistä vetoamislausumista tai tuomarin toimenpiteistä. (Ks. 5.5 ja 5.6)

Tutkimuksen kuudennen luvun kysymyksenasettelut liittyvät yksityisoikeudellisten kohtuullistamisperusteiden ja laajemminkin yksityisoikeudellisia pakottavuusvaikutuksia sisältävään sääntelyyn nojautuvien faktaperusteiden erityisluonteen perustelemiseen vetoamisvelvoitteiden ja tuomarin kyselyvelvoitteiden näkökulmasta eli toisin sanoen siihen, tulisiko vetoamisvelvoitteita tai niiden käytännön haittavaikutuksia pyrkiä lieventämään tuomarin kysely- tai muiden virallisvelvoitteiden avulla.

Luvussa 7 tarkastellaan aluksi muutamia näkökohtia, jotka liittyvät oikeudellisen sääntelyn mahdollisuuksien rajoitteisiin tuomarin kyselytoiminnan ohjaamisessa. Pääasiallisena kysymyksenä on kuitenkin tuomarin kyselytoiminnan oikeutusperusta asianosaisten menettelyllisten oikeuksien (menettelyyn kohdistuvien asianosaisten oikeutettujen odotusten) ja oikeuspoliittisten tavoitteenasettelujen näkökulmasta.

Kahdeksannen luvun aiheena on, millä tavoin tuomarin kyselyoikeuksien

ja -velvoitteiden rajoja on pyritty määrittelemään lainvalmisteluaineistossa ja oikeuskirjallisuudessa. Luvussa selostetaan kuvailevasti rajankäynteihin ehdotettuja suuntaviivoja ja näiden perusteita. Päätteeksi arvioidaan esitettyä argumentaatiota ja perustellaan alustavia johtopäätöksiä.

Luvussa 9 esitetään oma ehdotus siitä, millä tavoin kyselyvelvoitteiden rajoja tulisi arvioida voimassa olevan oikeuden näkökulmasta. Keskeisenä ongelmana on se, kuinka oikeudenkäynnin tapauskohtaiset olosuhteet voidaan ottaa parhaiten mukaan kyselytoiminnan oikeudelliseen arviointiin. Tavoitteena on toisaalta yleensäkin oikeudellisen kontrollin ulottaminen tuomarin prosessinjohtoon toiminnan reuna-alueilla. Ratkaisuehdotus perustuu harkintaan vaikuttavien oikeusperiaatteiden hahmottelemiseen ja periaatteiden punnintamallin hyödyntämiseen. (Ks. 9.1–9.3.) Lopuksi kysymyksenasettelua pyritään konkretisoimaan soveltamalla mallia eräisiin tyyppitapauksiin. (Ks. 9.4.)

Tutkimuksen lopuksi arvioidaan vielä lyhyesti vetoamisvelvoitteiden järjestelmän perusratkaisuja sääntelyn mahdollisten uudistustarpeiden kannalta (luku 10). Luvussa 11 tarkastellaan väiteaineiston riittävyyttä koskevaa vastuunjakoa niin ikään lyhyesti perus- ja ihmisoikeuksien näkökulmasta ja esitetään yhteenveto pääasiallisista tutkimustuloksista.

2 Oikeusperiaatteista ja periaatekeskustelusta

2.1 YLEISTÄ

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa on viime vuosien aikana saanut laajaa kannatusta ajatus, jonka mukaan oikeusnormit jakautuvat kahteen toisistaan perustavalla tavalla poikkeavaan ryhmään, sääntöihin ja periaatteisiin. Normijaottelulle on tunnetusti ominaista sääntöjen ymmärtäminen soveltamisalaltaan lähtökohtaisesti tarkkarajaisina ja vaikutukseltaan ehdottomina (joko–tai-tyyppisinä). Periaatteet on nähty optimointikäskyinä, jotka asettavat velvoitteen jonkin asiaintilan edistämisestä oikeudellisten ja tosiasiallisten rajoitusten (olosuhteiden) puitteissa, mahdollisimman suuressa määrin.[1]

Myös tässä tutkimuksessa nojaudutaan tähän normijaotteluun. Jaottelua hyödynnetään erityisesti tarkasteltaessa kysymystä tuomarin kyselyvelvoitteiden perusteista ja ulottuvuudesta luvussa 9.

2.2 SÄÄNTÖJEN JA PERIAATTEIDEN EROTTELUSTA LÄHEMMIN

Kotimaisessa periaatekeskustelussa on yleensä hyväksytty seuraavanlaisia oletamuksia: Oikeussääntöjen ja oikeusperiaatteiden välillä on nähty laadullinen tai ainakin merkittävä aste-ero, joka liittyy erityisesti niiden vaikutustapaan. Säännöt soveltuvat joko–tai-luonteisesti, millä tarkoitetaan, että säännön soveltuessa tilanteeseen sen määräämä asiaintila (kielto, käsky tai salliminen) on toteutettava sellaisenaan. Oikeusperiaatteet sitä vastoin ovat optimointikäskyjä, joilla sanotaan olevan painoulottuvuus. Niiden sisältämä asiaintila on toteutettava enemmässä tai vähemmässä määrin.

Normityyppien välinen eroavuus näkyy parhaiten kahden säännön ja toisaalta kahden periaatteen konfliktitilanteessa. Kahdesta sisällöltään ristiriitaisesta säännöstä vain toista voidaan soveltaa tapaukseen. Konfliktin ratkaisemiseen käytetään useimmiten erilaisia, luonteeltaan formaaleja metasääntöjä, kuten myöhemmin säädetyn lain etusijasääntöä (lex posterior). Näitä ennen ristirii-

[1] Tutkimuksista, joissa jaottelun perusteita selostetaan laajemmin, mainittakoon (esimerkkeinä) *Lappi-Seppälä* (1987), *Pöyhönen* (1988), *Frände* (1989), *Jonkka* (1990) ja *Scheinin* (1991). Siviiliprosessioikeuden alalla jaottelua on hyödyntänyt erityisesti *Norrgård* (2002), samoin *Leppänen* (1998) hyväksyy erottelun. *Huovila* (2003) nojautuu keskeisesti oikeusperiaatteisiin tuomioiden perusteluja koskevassa yleisprosessuaalisessa tutkimuksessaan.

dan eliminointi tosin yleensä onnistuu jo kielellisen tulkinnan avulla. Periaatekonflikti sitä vastoin ratkeaa ns. periaatepunninnan tuloksena.[2] Toisen eri suuntiin vaikuttavista periaatteista sanotaan tällöin olevan painoarvoltaan suurempi po. konkreettisessa tapauksessa.

Periaatekonfliktien ratkaisemiseen kehitellyn punnintamallin mukaan voidaan ennen konkreettista soveltamista määrittää periaatteiden kesken vain lähtökohtainen (ns. prima facie) etusija, joka kertoo lähinnä sen, kummalle puolelle perusteluvelvollisuus asettuu konkreettisessa ristiriitatilanteessa. Lähtökohtaisen etusija-aseman on sanottu merkitsevän, että po. periaate on joustavuudeltaan toista periaatetta jäykempi, jolloin sen painoarvo vaihtelee vähemmän konkreettisessa soveltamistilanteessa.[3]

2.3 TARVE RATKAISUTOIMINNAN KONTROLLOITAVUUTEEN YHTENÄ PERIAATEKESKUSTELUN MOTIIVINA

Yksi tärkeimmistä syistä, jolla nojautumista oikeusperiaatteisiin on perusteltu, on pyrkimys saattaa oikeudellista päätöksentekoa ja oikeusajattelua aiempaa laajemmin ja vahvemmin oikeudellisen kontrollin piiriin. Oikeudellisen keskustelun ulottaminen ns. kiperiin tapauksiin (vrt. väljästi säännellylle alueelle) edellyttää Dworkinin mukaan tukeutumista periaatetyyppisiin normeihin. Dworkin katsoo, että oikeusjärjestyksen näkeminen korostetusti tai ainoastaan sääntöjen järjestelmänä johtaa käytännössä vapaan harkintavallan myöntämiseen tuomarille määrätyllä sääntöjen tavoittamattomiin jäävällä alueella.[4]

Samaan pyrkimykseen viitataan usein myös kotimaisessa keskustelussa.[5]

---

[2] Ks. *Alexy* 1986 s. 78 ss.

[3] Ks. *Jonkka* 1991 s. 253.

[4] Ks. *Dworkin*1977 s. 38–39.

[5] *Lappi-Seppälä* (1987 s. 29) tuo korostetusti esiin pyrkimyksen rangaistuksen mittaamista koskevien ratkaisujen oikeudellistamiseen. Pyrkimyksenä mainitaan lopullinen irtaantuminen vapaan harkinnan dogmista. Mittaamiskysymyksiä koskien on vanhastaan esiintynyt vallitsevana näkemyksiä tuomarin harkinnan vapaudesta.

Jonkka (1991 s. 167) mainitsee yhtenä perusteluna mahdollisuuden ”kontrolloida ratkaisijan harkintaa silloinkin kun se ei ole muodollisten tunnusmerkistöjen sitomaa”.

Myös Pöyhösen mainitsemana perusteluna on sitoa päätöksentekijän harkintaa. Sovittelu on käytännössä mahdollista toteuttaa ainoastaan luopumalla yksityiskohtaisista tunnusmerkistöistä. Jotta oikeudenkäytön kontrolloitavuus voitaisiin säilyttää, harkinta on ”välttämättä sidottava oikeusperiaatteisiin”. (*Pöyhönen* 1988 s. 366)

Scheinin (1991 s. 37) sivuaa kontrollitehtävää todetessaan hallintoviranomaisen ”vapaaksi harkinnaksi” luonnehditun ratkaisuvalan olevan perusoikeus- ja ihmisoikeusnormien ohjaamaa. Ohjausvaikutuksen ”tunnistamiseksi” perinteistä sääntökeskeistä tapaa ymmärtää oikeusjärjestys on tarpeen täydentää periaatteilla.

Ks. myös *Kavoniuksen* seikkaperäistä esitystä oikeusperiaatteiden hyödyllisistä ominaisuuk-

Oikeusperiaatteiden on nimittäin nähty auttavan ratkaisuharkintaan vaikuttavien osatekijöiden nyansoinnissa. Periaatteiden tehtävänä on mm. auttaa jäsentämään oikeudellista tietoa ja tarvittavia kysymyksenasetteluja.[6] Periaatteiden avulla on nähty mahdollisena käsitellä rationaalisesti erityisesti sellaisia yksittäisiä päätösharkintaan vaikuttavia näkökohtia, jotka muutoin jäisivät tapauskohtaisiksi (ns. reaalisiksi) argumenteiksi.

2.4 VÄITE KONTROLLITAVOITTEEN EPÄONNISTUMISESTA

Oikeusperiaateajattelua on toisaalta kritisoitu kontrollitavoitteen epäonnistumisesta. Syynä on epäilys periaatetyyppisten normien oikeudellisuudesta ylipäänsä tai ainakin mahdollisuuksista säilyttää riittävää rajaa oikeudellisten ja ei-oikeudellisten argumenttien välillä periaatenormeja sovellettaessa. Tähden mukaan oikeuden ja moraalin välisen rajan madaltaminen saattaa helposti johtaa siihen, että politiikka (yhteiskunnalliset tavoitteenasettelut) tunkeutuu oikeuden puolelle. Epävarmaksi päinvastoin jää se, missä määrin ”poliittissävyistä” päätöksentekoa kyetään oikeusperiaatteiden avulla sääntelemään.[7]

Pelko siitä, että poliittisten tavoitteenasettelujen vaikutus lainkäyttöratkaisuihin voisi periaateargumenttien kautta kasvaa, ei varmastikaan ole täysin aiheeton. Varsinkin sellaisilla elämänalueilla, jotka on tähän asti säännelty joko laintasoisesti tai vaikkapa oikeuskäytännön kautta tarkkarajaisin säännöin, argumentaation laajentaminen voi ymmärrettävästi johtaa lainkäyttäjän harkintavallan kasvuun. Vastaavasti vaara tästä haittavaikutuksesta on vähäisempi silloin kun liikutaan väljästi säännellyllä alueella.

> Joka tapauksessa on selvää, että teoria (optimointikäskyiksi ymmärretyistä oikeusperiaatteista ja niiden punninnasta) tarjoaa ainoastaan mallin, jonka pohjalta ratkaisujen perusteista voidaan ryhtyä keskustelemaan. Laajeneeko oikeudellisen kontrollin ala vai lisääntyykö päinvastoin lainsoveltajan harkintavalta, jää riippumaan keskustelun sisällöstä.

Kysymykseen oikeuden ja politiikan suhteesta liittyy nähdäkseni kaksikin tärkeää näkökohtaa, nimittäin (1) kysymys lainkäytön (ratkaisutoiminnan) oikeudellisesta sidonnaisuudesta ja (2) yhteisöllisten ja yksilöllisten päämäärien suh-

---

sista. (*Kavonius* 2001 s. 39) Kontrollitehtävän merkityksestä sääntö/periaate -erottelun omaksumisen puolesta esitettynä argumenttina ks. myös *Tähti* 1995 s. 99.

[6] Ks. *Kavonius* 2001 s. 36.

[7] Ks. *Tähti* (1995 s. 99), joka päätyy asian suhteen varsin skeptiseen näkemykseen (vrt. s. 139–142).

teesta ratkaisuharkintaan vaikuttavina argumentteina. Myös viimeksi mainittu ulottuvuus on erityisen keskeinen periaatekeskustelun alkuperäisenä lähtökohtana.[8]

2.5 PERIAATEKESKUSTELUN SISÄLTÄMÄ KANSALAISEN OIKEUKSIA KOROSTAVA PAINOTUS

Voidaan sanoa, että periaatekeskustelun taustalla on erityinen – vaikkakin verrattain lievä – yksittäisen kansalaisen oikeuksia korostava painotus, joka ilmenee suhtautumisessa yksilöllisiin ja yhteisöllisiin päämääriin. Joitakin merkkejä tästä näkyy kotimaisessa keskustelussa. Keskustelun lähtökohtana olleissa teorioissa korostus on kuitenkin merkittävästi vahvempi.

Painotuksessa on kyse näkemyksestä, jonka mukaan yksityiselle kansalaiselle tulisi turvata suhteessa julkiseen tahoon ainakin joitakin oikeuksia, jotka ovat riippumattomia yhteiskunnallisten tavoitteenasettelujen toteuttamisesta.[9] Tämän vakaumuksen vaikutus yltää ns. oikeudellisesti kiperiin tulkintatilanteisiin, väljästi säännellylle alueelle, jolla rajaa ratkaisuperusteiden oikeudellisuuden ja ei-oikeudellisuuden välillä saatetaan pitää enemmän tai vähemmän epävarmana.

> Ajattelutapa ilmenee mm. Dworkinin vertauksessa, jonka mukaan (oikeusperiaatteiden takaamat) oikeudet ovat kansalaisen ”valttikortteja”, takeita julkisen tahon harjoittamaa mielivaltaa vastaan.[10] Oikeusperiaatteiden tarkoituksena on torjua yhtäältä ratkaisujen mielivaltaisuus, toisaalta ratkaisujen perusteleminen ns. politiikkanäkökohdilla.

Dworkinin ja Alexyn teorioissa näkökulma ilmenee kansalaisten yksilöllisiä intressejä puolustavien periaatenäkökohtien (arvopäämäärien) asettamisena yhteisöllisiä intressejä palvelevien näkökohtien (tavoitteet, politiikat) edelle. Dworkinilla painotus on vahvempi, johtuen hänen yksilöllisille päämäärille (arvoperiaatteille) antamansa etusija-aseman ehdottomuudesta.[11] Alexyn teoriassa etusija-asema sitä vastoin on ainoastaan lähtökohtainen (ns. prima facie -etusija).[12]

---

[8] Näistä kumpikin liittyy suoraan nimenomaan yksittäisen kansalaisen ja julkisen tahon relaatioon. Luonnollisesti vielä kolmas huomionarvoinen näkökohta on kansalaisen oikeusturvan toteutusta koskeva odotus. Nojautumista periaatetyyppiseen argumentaatioon (oikeudellisen keskustelun laajentamista) saatetaan perustella oikeudenmukaisuuden edistämisellä yksityisten toimijoiden välisissä oikeussuhteissa.

[9] Vrt. liberalistiseen näkemykseen, jonka mukaan yhteiskuntamoraalin on vähintäänkin joltakin osin perustettava yksilönoikeuksille. *Waldron* 1984 s. 2–3.

[10] *Dworkin* 1984 s. 153 ss.

[11] *Dworkin* 1977 s. 81 ss.

[12] Ks. *Alexy* 1995 s. 260–261 tai *Alexy* 1986 s. 98–99.

Joka tapauksessa myös Alexy korostaa yksilöllisten ja kollektiivisten intressien vastakkainasettelua ja tarvetta ratkaista näiden välisiä konfliktitilanteita. Voidaan sanoa, että teoria asettaa paitsi perusteluvelvollisuuden myös eräänlaisen argumentaatiokynnyksen yhteisöllisten päämäärien kannettavaksi silloin, kun yksityiskohtainen sääntely puuttuu tai oikeustila on muutoin epäselvä. Oikeusperiaatteen suojaa nauttivien asianosaisintressien sivuuttaminen edellyttää tällöin erityisen vahvoja perusteluja.

Kotimaisessa keskustelussa yksilönoikeuksia puolustava painotus on laimentunut merkittävästi. Tämä näkyy siten, että periaatteiden punnintamallia (sääntöjen ja periaatteiden erottelua) hyödyntävissä lainopillisissa tutkimuksissa ei useimmiten ole pidetty tarpeellisena tehdä erottelua yksilöllisiä oikeuksia ja toisaalta yhteisöllisiä tavoitepäämääriä perustelevien periaatteiden (tai periaateargumenttien) kesken. Näin ollen ei myöskään aseteta yksilöllisiä oikeuksia edes lähtökohtaiselle etusijalle tavoitepäämääriin verrattuna.[13]

Sitä, millä tavoin pyrkimys yksilönoikeuksien turvaamiseen ilmenee käytännön sovelluksissa, on vaikeampi arvioida. Yleisvaikutelmana kuitenkin on, että ainakin muutamissa tapauksissa tarkasteluilla on taipumus päätyä yksilöllisiä oikeuksia puolustaviin tuloksiin.[14]

Toisaalta on selvää, että periaatekeskustelun sovelluksille on muitakin motiiveja kuin ratkaisutoiminnan kontrolloitavuuden kohentaminen. Näistä tärkeimmät liittyvät ratkaisujen sisällölliseen oikeudenmukaisuuteen mutta li-

---

[13] Esimerkiksi *Fränden* (1989 s. 51) mukaan operointi kollektiivisilla ja yksilöllisillä periaatteilla ei ole välttämätöntä *yleisellä tasolla*, koska kollektiivisella ja yksityisellä on taipumus lähemmässä tarkastelussa palautua toisiinsa (ja näiden erillään pitäminen vaatisi laajaa argumentaatiota).

Pöyhönen (1988 s. 56–57) puolestaan ilmoittaa, ettei hän sitoudu arvoperiaatteiden ensisijaisuusteesiin. Syynä on se, että oikeudet voivat perustua myös tavoiteperiaatteisiin. Pöyhösen soveltamat periaatteet eivät toisaalta noudata yksilöllisten ja kollektiivisten periaatteiden jaottelua myöskään käsitteellisesti.

Lappi-Seppälä (1987 s. 160–161) suhtautuu varauksellisesti erottelun hyödyllisyyteen ja sen teoreettisiin perusteisiin.

Norrgårdin (2002) siviiliprosessioikeuden alalla soveltamat periaatteet eivät noudata yksilöllisten oikeuksien ja yhteisöllisten päämäärien erottelua. Sama koskee *Leppäsen* (1998) viittaamia periaatteita lukuun ottamatta menettelyllisen reiluuden periaatetta, jonka suojaamat intressit ovat selkeästi yksilöllisiä.

[14] Niinpä esimerkiksi Fränden rikosoikeudellisen laillisuusvaatimuksen sisältöä koskevissa tarkasteluissa lähinnä (rikoksesta syytetyn) yksityisiä oikeuksia puolustaviksi luonnehdittavissa olevat periaateargumentit (ennustettavuusperiaate) saavat voimakkaan roolin. Ne nimittäin perustelevat neljää sääntötyyppistä oikeusnormia. Esiteltävien periaatteiden tapauskohtaista punnintaa suoritetaan po. sääntöjen merkitystä ja ulottuvuutta koskeviin tulkintakysymyksiin.

Käsitteellisesti Fränden konkreettisesti soveltamat periaatteet (ennakoitavuus, yhdenvertaisuus, yhteiskuntamoraali ja yhteiskunnallinen hyöty) näyttävät istuvan yksilöllisten ja kollektiivisten päämäärien erotteluun.

Huolimatta kriittisestä suhtautumisestaan erottelun perusteisiin Lappi-Seppälä mainitsee arvoperiaatteilla olevan ”prima facie etusija siinä mielessä, että välitön preventioargumentointi etenkin rangaistustasoa koskevissa kysymyksissä edellyttää erityisiä perusteita tai poikkeustilannetta”. (Ks. *Lappi-Seppälä* 1987 s. 161 alav. 39)

säksi juuri yhteiskunnallisten tavoitepäämäärien edistämiseen.[15] Sovellettavat oikeuslähteet ovatkin usein varsin tyypillisiä tavoiteperiaatteita.

Saatetaankin puhua ratkaisutoiminnan yleisen sisällöllisen rationaalisuuden kohentamisesta keskustelun leimallisena piirteenä. Rationaalisuuspyrkimys vaikuttaa vähintäänkin yhtä tärkeältä, ellei tärkeämmältä, näkökohdalta kuin asianosaisten oikeuksien turvaaminen suhteessa julkiseen tahoon. Näin on varsinkin, kun yksilöllisten ja yhteisöllisten päämäärien erotteluun on otettu tietoisesti etäisyyttä.

2.6 MIKSI YKSILÖLLISET OIKEUDET TULISI ASETTAA YHTEISÖLLISTEN PÄÄMÄÄRIEN EDELLE?

Jäljempänä (luvussa 9) katsotaan, että yksityiset ja yhteisölliset periaateargumentit on perusteltua erottaa toisistaan. Samoin lähdetään näkemyksestä, jonka mukaan yksilöllisiä oikeuksia puoltaville periaatteille tulee ainakin yleisellä tasolla myöntää etusija verrattuna yhteisöllisiä päämääriä perusteleviin periaatteisiin. Tämä pätee yleisesti ottaen kaikkeen oikeudelliseen ratkaisutoimintaan.

> Se, missä määrin konkreettiset kysymyksenasettelut on perusteltua hahmottaa tämän erottelun varassa, saattaa kylläkin vaihdella oikeudenalasta ja po. ongelmista riippuen. Tarkasteltaessa voittopuolisesti vain yksityisten tahojen keskinäisiä oikeussuhteita erottelun käyttöarvo on vähäisempi kuin silloin, kun puheena oleviin ongelmiin liittyy yksityisten asianosaisten lisäksi julkinen taho. (Vrt. esimerkiksi prosessi-, rikos- tai julkisoikeudelliset kysymykset, joihin useimmiten liittyy yksityisen ja julkisen tahon välinen oikeussuhde jonkin verran konkreettisempana kuin yksityisoikeuden puolella.)

Näkemystä voidaan perustella ensinnäkin tarpeella suojata yksityistä kansalaista mielivaltaiselta päätöksenteolta. Yksityisten ja kollektiivisten päämäärien erottelu ja oikeusargumenttien ensisijaisuus on yksi keino, jonka avulla lainkäyttäjän harkintavaltaa saatetaan rajata. Tällaiseen käytännölliseen tarkoitukseen yksilöllisten oikeuksien ja yhteisöllisten päämäärien (tai hyvien) jaottelu on erinomaisen kelvollinen.[16]

---

[15] Esimerkiksi *Jonkka* mainitsee perusteluna pyrkimyksen ohjata syyteharkintaratkaisuja ”mahdollisimman hyvin toteuttamaan rikosprosessin yleisiä arvo- ja tavoitepäämääriä” (*Jonkka* 1991 s. 346). Periaatetyyppisten normien tunnustaminen antaa nimittäin mahdollisuuden ”erisuuntaisten perusteiden huomioon ottamiseen ja painoarvojen punnintaan juridisessa päätöksenteossa” (*Jonkka* 1991 s. 166).

Vastaavasti *Lappi-Seppälä* (1987 s. 29) mainitsee myös pyrkimyksen argumentaation rikastuttamiseen. Ks. myös *Kavonius* (2001 s. 39–41), joka puhuu oikeudellisen päätöksenteon ”arvojen ja tavoitteidenmukaisuuden” edistämisestä oikeusperiaatteiden keskeisenä funktiona.

[16] Jaottelu on vakiintunut ja runsaasti käytetty niin oikeudellisissa kuin yhteiskuntapoliittisessa

Perusteluna saatetaan toisaalta esittää perustaltaan oikeusvaltiollinen näkemys, jonka mukaan yhteiskunnallisten päämäärien edistäminen kuuluu ensi sijassa lainsäätäjän tehtäviin, ei lakeja soveltavan viranomaisen valtuuksiin. Lain soveltamisvaiheessa sitä vastoin on erityinen tarve suojata yksityistä kansalaista (vrt. oikeuslaitoksen asiakasta) politiikka-argumenttien ylivallalta.[17]

Tämä näkemys on hyvin perusteltu, sillä viranomaistoimintaan täysin epäilyksettä liittyy jo yleisen elämänkokemuksen mukaan riittävän vakava vaara yksittäisen kansalaisen intressien sivuuttamisesta. Vaara korostuu, jos viranomaisen tehtäväksi annetaan valvoa määrättyjen julkisten tavoitteenasettelujen toteutusta. Toiselta puolen julkisella taholla on lainsäädännön kautta riittävä mahdollisuus julkisia intressejä puolustaviin toimiin. Jos julkiset intressit näyttävät liiaksi syrjäytyvän lainkäytössä, eduskunta kykenee muuttamaan lakeja tai täsmentämään niitä tahtomaltaan osin.

Saatetaan viitata myös yleiseen kehitykseen, jossa sääntelyn ala on laajentunut ja erityisesti jossa yhä useampia asioita ja elämänalueita joudutaan sääntelemään avoimin normein. Sääntelyn avoimuus (ns. sääntelyn aineellistumiskehitys) sekä sääntelyn alan laajeneminen (oikeudellistuminen) korostaa tarvetta lainsoveltajan vallan rajaamiseen.

Puhuttaessa oikeudenkäyntimenettelystä saatetaan nojautua lisäksi Euroopan ihmisoikeussopimuksen (6 artiklan) ja Suomen perustuslain (21 §:n) vaatimuksiin oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudesta. Perus- ja ihmisoikeusnäkökohdat puoltavat rajojen asettamista sille, missä määrin asianosaisten intressejä saatetaan syrjäyttää yleisten tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien hyväksi.

Edellä sanottu koskee yksilöllisten ja kollektiivisten päämäärien suhdetta yleisesti. Onko periaateargumentit perusteltua muotoilla vastaamaan po. erottelua myös konkreettisia tulkintaongelmia käsiteltäessä? Kuinka etusija näiden kesken määräytyy? Näitä kysymyksiä tarkastellaan lähemmin jäljempänä. (Ks. luku 9.)

---

keskustelussa. Juridiikassa tavanomaisesti hyödynnettäviin käsitteisiin verrattuna erottelu on vähintäänkin yhtä kestävä. Ks. myös *Alexy* 1995 s. 239, joka huomauttaa, että erotteluun on nojauduttu miltei kaikilla käytännöllisen tieteen aloilla.

[17] Ks. *Tuori* 2000 s. 201–202; *Dworkin* 1984 s. 153–167.

3 Väittämistaakka ja vastuu tosiasia-aineiston esille tulemisesta

3.1 KYSYMYKSENASETTELUSTA

3.1.1 Vastuu oikeudenkäyntiaineistosta

Väittämistaakaksi kutsutaan sääntöä, jonka mukaan tuomioistuin voi asettaa oikeudellisen ratkaisunsa perustaksi ainoastaan sellaisia tosiasioita, joihin asianosainen on vedonnut vaatimuksensa tueksi (OK 24:3.2). Vetoamisella puolestaan on tarkoitettu nimenomaista tointa, jolla asianosainen kaikesta esillä olevasta oikeudenkäyntiaineistosta yksilöi ne tosiasiat, joiden tämä katsoo puoltavan omia vaatimuksiaan ja vaatii niiden asettamista ratkaisun perustaksi. Asianosaisen voidaan eräässä mielessä sanoa olevan juridisesti vastuussa siitä, että ne tosiasiat (lähinnä ns. empiirisen havaintomaailman asiaintilat), jotka ovat hänelle edullisia, tulevat jutussa tutkituiksi. Vastaavasti katsotaan olevan sellaista oikeudenkäyntiaineistoa – ennen kaikkea oikeusohjeet – jonka huomioon ottamisesta tuomioistuin on yksinomaan vastuussa.

Asianosaisen vastuu ns. tosiasia-aineiston esille tulemisesta on kuitenkin jo käsitteellisesti esitettynä melko mutkikas asia. Jäljempänä otetaan lähempään tarkasteluun muun muassa tuomarin kyselyvelvoitteiden ja virallistutkinnan vaikutus. Merkitseekö esimerkiksi tuomarin kyselyvelvollisuus asianosaisen näkökulmasta sitä, että vastuu tosiasia-aineiston tutkituksi tulemisesta jossakin konkreettisessa tilanteessa olisikin tuomarilla? Tämän luvun aiheena on kysymys, millä tavoin nimenomaan väittämistaakka määrittää tuomioistuimen ja asianosaisen vastuunjakoa tosiasia-aineiston esille tuomisessa.

Jo aluksi on syytä huomauttaa eräästä näkökohdasta. Väittämistaakan ominaispiirteisiin kuuluva ajatus on, että ilman erityistä vetoamista (yksilöintiä merkitsevää tointa) joitakin tosiasioita jätetään tutkimatta. Tästä seuraa kaksi asiaa. (1) Sellaisten *tosiasioiden olemassaoloon, jotka näyttävät esillä olevan aineiston pohjalta mahdollisilta, ei ilman vetoamista ryhdytä ottamaan kantaa*. Ehkä kaikkein olennaisin tai havainnollisin vaikutus on kuitenkin se, että (2) *edes sellaisten (konkreettisten) tosiasioiden oikeudellista merkitystä, jotka tiedetään olemassa oleviksi, ei tutkita*. Mikäli jokin tosiseikka, esimerkiksi se, että saatava on vanhentunut eli syntynyt yli kolme vuotta ennen haastehakemuksen jättämistä eikä vanhentumisen katkaisemista merkitseviä toimia ole suoritettu, tutkittaisiin ainoastaan siksi, että siitä katsottaisiin olevan riittävä näyttö, tämän

tosiseikan ei sanottaisi olevan väittämistaakan kohteena.[1]

Väittämistaakkasäännön avulla pyritään saavuttamaan selkeyttä oikeusriidan käsittelyn ja ratkaisemisen edellyttämiin kysymyksenasetteluihin. Tämä tapahtuu rajaamalla tosiasia-aineistoa mainitulla tavoin kahdella tasolla. Näyttökysymystä edeltää asiaintiloja koskevien väitteiden määrittäminen, joka pohjautuu osapuolten vetoamislausumiin. Saatetaan helposti ymmärtää, että jollakin tavoin tapahtuva oikeusriidan rajaaminen on suorastaan välttämätöntä, jotta oikeusriitaa voidaan ylipäänsä ryhtyä käsittelemään – tai että se ainakin suuresti helpottaa asioita. Jos tuomioistuimen ei tarvitse kovin aktiivisesti osallistua tähän rajaamiseen, tämäkin saattaa olla eduksi tehokkuuden näkökulmasta.

Selvästikin jo tiedossa olevien asiaintilojen jääminen ratkaisuharkinnassa huomioon ottamatta sitä vastoin tuntuu ainakin intuitiivisesti vaikeammalta ymmärtää. ”Tiedossa olevien” asiaintilojen piiriä ei kuitenkaan käytännössä ole usein helppoa ja yksinkertaista määrittää. Siksi väittämistaakkasääntö tarjoaa ratkaisua tähänkin ongelmaan. Vetoamistoimin tulevat yksilöidyiksi paitsi näyttöä edellyttävät myös sitä edellyttämättömät asiaintiloja koskevat väittämät.

Puhuttaessa *oikeudenkäyntiaineiston esille tulemista koskevasta vastuusta* viitataan tässä yksinkertaisesti oikeudenkäynnin toimijoiden velvollisuuteen huolehtia siitä, että jokin oikeudellisen ratkaisun kannalta relevantti näkökohta (tosiasia, normi, normin tulkintaan vaikuttava tekijä, näytön arviointiin vaikuttava kokemussääntö tms.) tulee otetuksi huomioon. Koska väittämistaakan on katsottu kohdistuvan nimenomaan konkreettisiin tosiasioihin, keskeisin huomio kiinnittyy vastuuseen tosiasia-aineistosta. *Velvollisuudesta* puhutaan lähinnä silloin, kun toiminnan laiminlyömiseen liittyy tai ainakin voisi liittyä jokin laiminlyöntiin syyllistyneen kannalta negatiivisena pidettävä seuraus.[2] On mahdollista, että asianosaisella tai tuomioistuimella on oikeus mutta ei velvollisuutta toimia. Vastuuta jostakin saattaisi olla yhtä aikaa useammalla kuin yhdellä toimijalla. Kun puhutaan *vastuunjaosta*, tarkoitetaan tällaisessa tilanteessa viimekätistä vastuuta silloin, kun yksikään/kumpikaan toimijoista ei ole täyttänyt velvoitettaan.

Oikeuskirjallisuudessa esiintyy myös termi oikeudenkäyntiaineiston esittämistä tai hankkimista koskeva *työnjako*. Työnjaosta puhutaan jatkossa epämääräisemmässä merkityksessä. Sillä saatetaan tarkoittaa joko viimekätistä

---

[1] Vetoamisvelvollisuus koskee myös ns. notorisia tosiasioita eli seikkoja, joiden katsotaan olevan yleissivistyksen tai yleisen elämänkokemuksen perusteella siinä määrin luotettavasti tosia, ettei niistä olisi tarpeen esittää näyttöä. Esimerkkinä notorisesta seikasta *Leppänen* (1998 s. 195) mainitsee Hämeenlinnan kaupungin sijainnin Helsingin pohjoispuolella.

[2] Ongelmana on tietysti se, että seuraamus saattaa tuomioistuimen kohdalla olla hyvinkin teoreettinen. Puhtaasti ideaalisista normeista tai velvollisuuksista puhumista koetetaan aivan erityisesti välttää. Tuomarin velvollisuuksien ja toimintavaltuuksien (oikeuksien) suhdetta pohditaan enemmän prosessinjohtoa koskevassa osuudessa.

velvollisuutta, toissijaista velvollisuutta tai pelkkää oikeutta tiettyyn toimeen. Tutkimustehtävän kannalta keskeinen on nimenomaan tuomioistuimen ja asianosaisen välinen vastuunjako. Vastuun jakautumiseen asianosaisten kesken vaikuttaa se, miten väittämistaakka on jaettu (ks. luku 3.5).

Tuomioistuin on velvollinen perustamaan ratkaisunsa omasta aloitteestaan sellaiseen tosiasia-aineistoon, joka ei kuulu vetoamisvelvollisuuden piiriin. Niinpä tuomioistuimen on aina tutkittava tällaisen seikan oikeudellinen merkitys pitäessään seikkaa näyttövaatimuksen edellyttämällä varmuudella näytettynä. Jos näyttökysymys ja/tai tosiseikan oikeudellinen relevanssi on ennalta epävarma, kysymys tuomioistuimen velvollisuudesta ryhtyä ottamaan kantaa näihin asioihin mutkistuu. Kyse on tällöinkin tuomioistuimen tutkimisvelvollisuuden – ei kuitenkaan samanaikaisesti asianosaisen oikeudellisen vetoamisvelvollisuuden – rajoista. Tuomioistuimen tutkimisvelvollisuuden rajat joudutaan määrittelemään myös asianosaisen vetoamisvelvoitteista riippumatta. Tätä ongelmaa ei kuitenkaan tarkastella tässä luvussa. Siihen palataan tuomarin kyselyvelvoitteita koskevissa luvuissa.

Tämän luvun keskeisiin kysymyksiin kuuluu se, *missä merkityksessä väittämistaakka rajaa oikeudellista vastuunjakoa toiseen suuntaan*. Merkitseekö asianosaisen velvollisuus vedota johonkin tosiasiaan myös sitä, että tämä on viime kädessä (ja kaikissa olosuhteissa) vastuussa seikan tulemisesta tutkituksi? Ongelmassa on kyse väittämistaakan ja tuomarin prosessinjohtovelvoitteiden suhteesta, jota tarkastellaan vain alustavasti. Tällöin tehdään alustavia rajankäyntejä suhteessa tuomarin kyselyvelvoitteiden vaikutuksiin. Kyselyvelvoitteiden merkityksen lähempi tarkastelu jätetään kuitenkin myöhempään vaiheeseen (ks. erityisesti luku 8). Erityisesti pyritään erottelemaan väittämistaakkasäännön oikeudelliset ja tosiasialliset vaikutukset toisistaan (ks. jaksot 3.3.2–3.3.4).

Alustavasti voidaan todeta, että tuomarin kyselyvelvollisuus edellyttää velvoitteen kohteena olevan aineiston tulemista hänen tietoonsa. Samoin asianosainen saattaa tehdä vetoamistoimia ainoastaan oman tietämyksensä pohjalta. Oikeudenkäyntiaineiston esittämistä koskevasta vastuusta saatetaankin puhua ainakin kahdessa merkityksessä: (i) vastuuna saattaa jokin (olemassa oleva tai mahdollinen) tosiasia oikeudenkäynnin osallistujien huomion kohteeksi sekä (ii) vastuuna saattaa jo huomatuksi tullut tosiasia oikeudellisen arvioinnin kohteeksi. Vetoamisvelvollisuudessa on varsinaisesti kyse viimeksi mainitusta eli velvollisuudesta yksilöidä ne tosiasiat, jotka asianosainen haluaa otettaviksi huomioon.

3.1.2 Vetoamisvelvollisuuden sisältö ja tuomarin virallisvelvollisuudet

Asianosaisten ja tuomarin velvoitteiden rajankäynti edellyttää vetoamisvelvoitteen sisällön lähempää tarkastelua. Tässä joudutaan vetoamisvelvoitteen kohteen ja ulottuvuuden käsitteelliseen jäsentämiseen. Se, mihin asianosaisen pitää vedota, muodostaa lähtökohdan myös tuomarin kyselyvelvoitteita (luvut 7–9) koskeville tarkasteluille. Lisäksi se on ennakkoluonteinen ongelma määriteltäessä tosiasiaväitteiden prekluusiouhkaa (vrt. luku 5).

Millä tavoin väitteet on yksilöitävä vaikuttaa luonnollisesti siihen, kuinka raskaaksi tai kevyeksi vetoamisvelvoite muodostuu asianosaisen näkökulmasta. Merkitystä on toisaalta sillä, kuinka yksiselitteisesti vetoamisvelvoitteen sisältö ylipäänsä on määriteltävissä tai mitä pulmia asiaan liittyy. Keskeisenä näkökulmana on se, kuinka asianosainen voi tietää, mihin faktaväitteisiin hänen tulee konkreettisessa oikeusriidassa vedota ja miten hänen tulee yksilöidä väitteensä, jotta vetoamisvelvollisuus täyttyisi. Näitä kysymyksiä joudutaan pohtimaan melko seikkaperäisesti, sillä vetoamisvelvoitteiden konkreettinen sisältö on huomattavasti vaikeampi ja monitahoisempi ongelma kuin mitä voisi ajatella ensi silmäyksen perusteella. (Ks. luvut 3.4–3.7.)

Luvun päätteeksi tarkastellaan vetoamisvelvoitteiden soveltamisalaa suhteessa virallistutkintaan. Tuolloin kysytään, millaiset ongelmat ovat vakiintuneen käsityksen mukaan jääneet vetoamisvelvollisuuden ulkopuolelle, perustuipa vakiintunut näkemys sääntelyyn, oikeuskäytäntöön tai oikeuskirjallisuuteen (ks. 3.8.1). Pitemmälle menevänä pyrkimyksenä on pohjustaa argumentaatiota, joka koskee pakottavasti säänneltyjen tosiasiaperusteiden tutkintaan kohdistuvia virallisvelvoitteita (vrt. luku 6). Pakottavasti säännellyt faktaperusteet ovat perinteisen käsityksen mukaan väitteenvaraisia. Siksi huomio kiinnittyy siihen, millä tavoin virallistutkintaa on yleisesti perusteltu. Luvussa 3.8.2 otetaan tarkasteltavaksi tuomarin velvollisuus hylätä selvästi perusteettomia tai hyväksyä selvästi perusteltuja vaatimuksia muun muassa poissaolotilanteissa. Myös tämä tuomarin velvollisuus muodostaa poikkeaman asianosaisen vetoamisvelvollisuudesta. Lopuksi hahmotellaan tuomarin velvoitteiden ja asianosaisen vetoamisvelvollisuuden keskinäissuhteita kysymällä, mitä viran puolesta tutkimisella on saatettu tarkoittaa (3.8.3).

3.2 OIKEUDENKÄYNTIAINEISTOSTA

Eräänlaisena johdantona aiheen lähemmille tarkasteluille on aluksi syytä selostaa lyhyesti väittämistaakkaoppien peruskäsitteistöä, joka liittyy nimenomaan oikeudenkäyntiaineiston jäsentämiseen.

Oikeudenkäyntiaineistosta puhuttaessa tehdään usein jaottelu asianosaisten vaatimuksiin, niiden tueksi huomioon otettaviin tosiseikkoihin, kokemuslauseisiin sekä oikeusohjeisiin.[3] *Laajassa merkityksessä* oikeudenkäyntiaineistolla saatetaan tarkoittaa kaikkea oikeudenkäynnin aikana suullisesti tai kirjallisesti esitettyä tai asiakirjoista luettavissa olevaa aineistoa.[4] Kaikkea oikeudenkäyntiaineistoksi kutsuttavaa ei millään erityisellä tavalla tuoda esiin oikeudenkäynnin aikana. Esimerkiksi oikeusohjeet tai kokemuslauseet saattavat usein esiintyä enintään tuomion perusteluissa.[5]

Suppeammassa merkityksessä on voitu puhua sellaisesta aineistosta, jonka tuomioistuin voi ottaa huomioon ratkaisussaan. Tällaisesta aineistosta on käytetty nimitystä *laillinen oikeudenkäyntiaineisto.*[6] Puhutaan myös ratkaisuaineistosta.[7] Väittämistaakan sanotaan rajaavan tällaista oikeudenkäyntiaineistoa, lähinnä tosiasiaväittämiä, jotka voivat tulla jutussa tutkittaviksi. Väittämistaakassa on kysymys pohjimmiltaan siitä, onko asianosaisen ilmoitettava tahtonsa vedota siihen aineistoon, johon tuomio voidaan perustaa.

Vetoamisvelvollisuuden sanotaan kohdistuvan *oikeustosiseikkoihin*, joilla määritelmän mukaan tarkoitetaan oikeusseuraamuksen kannalta välittömästi relevantteja tosiseikkoja.[8] Oikeustosiseikan olemassaoloa saattaa sellaisenaan vastata jokin oikeudellinen seuraamus. Toisaalta oikeudellinen seuraamus saattaa liittyä vasta useampaan tosiasiaan. Tällöin on puhuttu oikeustosiseikan momenteista tai osatekijöistä. Tutkimusteeman kannalta mielenkiintoisia ovat puolestaan ns. avoimet tunnusmerkistöt, jollainen on esimerkiksi kohtuus/kohtuuttomuus.[9]

Niitä tosiseikkoja, joiden avulla oikeustosiseikan olemassaolo voidaan päätellä, kutsutaan *todistustosiseikoiksi*. Todistustustosiseikkojen oikeudellisen vaikutuksen sanotaan olevan ainoastaan välillistä.[10] Oikeustosiseikat puolestaan ovat todistelun kohteena. Todistusharkinnan ollessa vapaata ei väittämistaakka koske todistustosiseikkoja. Myös kokemussäännöt liittyvät todisteluun ja ovat väittämistaakan ulkopuolella. Kokemussäännöllä tarkoitetaan kahden

---

[3] *Virolainen* LM 1983 s. 149, *Lappalainen* LM 1986 s. 756.
[4] Ks. *Virolainen* LM 1983 s. 149.
[5] Ainakaan kaikkia ratkaisuharkintaan vaikuttavia kokemussääntöjä, jotka usein ovat yleiseen elämänkokemukseen perustuvaa tietoa, ei mitenkään erityisellä tavalla tuoda julki oikeudenkäynnin aikana muutoin kuin tuomion perusteluissa, jos niissäkään. Silti ne ovat sallittuja perusteluja. Sama koskee käytännössä suurta osaa normi-informaatiosta.
[6] Ks. *Lappalainen* 1995 s. 54.
[7] *Virolainen* 1988 s. 322.
[8] Ks. esimerkiksi *Lappalainen* LM 1986 s. 757.
[9] Myöhemmin kysytään mm., kuinka tarkasti tällaista avointa lauseketta vastaaviin tosiseikkoihin (tai niiden momentteihin) on vedottava. Kysymyksellä on laajoja vaikutuksia, kun otetaan huomioon avointen tunnusmerkistöjen tai avointen termien lisääntyvä määrä lainsäädännössä.
[10] Ks. esimerkiksi *Lappalainen* LM 1986 s. 757.

tosiasian välisiä riippuvuussuhteita koskevaa hypoteesia tai yleistystä.[11]

Väittämistaakka ei koske myöskään oikeusohjeita tai tosiasioiden oikeudellista luonnehdintaa.[12] Tämä painotus liittyy siihen verrattain jyrkkään rajankäyntiin, joka on tehty tosiasioiden ja normien välillä. Oikeustosiseikoilla on ymmärretty lähinnä ns. havaintomaailmaan kuuluvia asiaintiloja ja tapahtumainkulkuja, ei sitä vastoin juridisiksi konstruktioiksi sanottuja käsitteitä.[13] Tämän rajankäynnin toimivuuteen liittyy määrättyjä pulmia, joita tarkastellaan erityisesti luvussa 3.7. Oikeuskirjallisuudessa on toisaalta esitetty näkemyksiä, joiden mukaan vedotut tosiasiat tulisi joissakin tilanteissa nimenomaisesti liittää oikeusperusteisiin. Kyse on ollut velvollisuudesta yksilöidä (ns. kvalifioida) tosiasiaväite siten, että se normitasolla erottuu lähellä olevaa normia vastaavasta oikeustosiseikasta.[14]

Vastaajan puolustautumiskeinoihin kuuluu oikeudellisten väitteiden vastustamisen ohella mahdollisuus kiistää kantajan vetoaman perusteen olemassaolo. Asianosaisella ei kuitenkaan ole katsottu olevan velvollisuutta kiistää jo vastapuolen vetoamaksi tulleiden tosiasioiden olemassaoloa. Tämä merkitsee sitä, ettei kiistämättä jätettyä tosiasiaväitettä aseteta ilman muuta osaksi ratkaisun faktaperusteluja. Nimenomainen tosiasiaväitteen kiistäminen ei näin ollen ole edellytys tarpeelle ryhtyä tutkimaan näyttökysymystä.[15]

Väittämistaakkaoppien perusajatuksen mukaan – oikeusriidan määrittyminen asianosaisten vuorollaan esittämien tosiasiaväitteiden kautta – oikeustosiseikat on puolestaan jaettu kannetta perustaviin tosiseikkoihin sekä eriasteisiin vastatosiseikkoihin.[16] Ajatukseen kuuluu oikeudenkäyntiaineiston (tyypillisten väitteiden) jäsentäminen tavallaan jo ennakolta sellaisiin osioihin, jotka tulevat vuorollaan vetoamisvelvoitteen alaisiksi. Niitä tosiasioita, joihin kantajan vähintäänkin tulee vedota, jotta kanne voisi menestyä, kutsutaan *kanteen perustunnusmerkistöön* kuuluviksi tosiasioiksi. *Vastatosiseikaksi* taas kutsutaan seikkaa, jonka olemassaolosta seuraa, ettei vastapuolen vetoamalla seikalla ole samaa oikeudellista merkitystä kuin sillä olisi ilman vastatosiseikan olemas-

---

[11] Ks. *Pölönen* 2003 s. 118; *Laukkanen* 2002 s. 65. Oikeudenkäynnissä hyödynnettävät kokemussäännöt saattavat liittyä yhtä hyvin luonnontieteellisiin kausaliteetteihin kuin ihmisten käyttäytymisessä havaittuihin säännönmukaisuuksiin.

[12] *Ekelöf* TfR 1945 s. 226; *Boman* 1964 s. 9–10; *Lappalainen* LM 1986 s. 764

[13] Samalla on muistettava, että kysymys on aina *tulkituista* tosiseikoista, sillä tuomari vertaa omasta näkökulmastaan asianosaisten vetoamisia oikeudellisiin normeihin. Asianajaja puolestaan esittää tosiseikat normeista tietämäänsä ajatellen.

[14] Ks. esimerkiksi *Ovaskainen* 1989 s. 74 ja 69. Vetoamisvelvollisuuden tarkempaa sisältöä pohditaan myöhemmin kysymällä mm. (1) kuinka tarkasti (konkreettisiin) oikeustosiseikkoihin pitää vedota ja (2) pitääkö vetoamisia yksilöidä oikeudellisella tasolla. Vetoamiselta vaadittavaan tarkkuuteen liittyvä kysymys on vielä (3) riittäisikö missään tilanteessa vetoaminen tosiseikastoon pelkästään abstraktilla normitasolla. (Ks. luku 3.7.)

[15] *Lappalainen* LM 1990 s. 252–253. Selityksenä on tällöin viitattu siihen, ettei kiistäminen laajenna oikeudenkäynnin kohdetta.

[16] Ks. *Olivecrona* 1966 s. 208–209.

saoloa. Vastatosiseikkaan saattaa joutua vetoamaan myös kantaja, esittäessään oman näkemyksensä kanteeseen annetun vastauksen johdosta.[17] Kanneperusteiden lisäksi väittämistaakan sanotaan kohdistuvan kulloinkin vetoamisvuorossa oleviin vastatosiseikkoihin.[18]

Niiden tosiseikkojen lisäksi, joihin oikeusseuraamukset välittömästi liittyvät, on tietenkin asianosaisen *vaatimus* varsin keskeinen osa oikeudenkäyntiaineistoa. Vaatimus-termillä saatetaan tarkoittaa joko vain vaatimuksen ns. seuraamusosaa tai sillä voidaan viitata lisäksi vaatimuksen perusteisiin. Olennaista on kuitenkin se yksinkertainen tosiasia, että samoilla perusteilla on mahdollista esittää erisuuruisia tai -laatuisia vaatimuksia. Sääntöä, joka kieltää tuomitsemasta määrällisesti enemmän tai laadullisesti muuta kuin mitä asianosainen on vaatinut, kutsutaan *vaatimistaakaksi*[19] (OK 24:3.2). Asianosaisen näkökulmasta vaatimistaakka asettaa velvollisuuden päättää oikeussuojavaatimuksensa laadusta ja laajuudesta. Jos kantaja on vaatinut vastaajaa palauttamaan jonkin irtaimen esineen, tuomioistuin ei voi velvoittaa vastaajaa korvaukseen esineen arvosta, vaikka esine olisi tuhoutunut.[20]

Oikeussuojavaatimuksen laajuutta koskeva ongelma on useimmiten laatua koskevaa ongelmaa helpompi. Yleisen rahasuoritusvaatimuksen suuruus määrittää yksiselitteisesti sen, millainen suoritusvelvollisuus vastaajan maksettavaksi voidaan enintään määrätä. Se, milloin tuomittaisiin laadullisesti ”muuta” kuin mitä asianosainen on vaatinut, aiheuttaa enemmän pulmia.[21] Tämän tutkimuksen kannalta on huomionarvoista, että vetoamisvelvollisuuden on katsottu vakiintuneesti kohdistuvan myös vaatimukseen oikeustoimen julistamisesta pätemättömäksi, jättämisestä huomioon ottamatta tai kohtuullistamisesta. Vaikkapa pelkän rahamaksuvaatimuksen esittämistä vastapuolta kohtaan ei ole toisin sanoen pidetty vaatimuksen yksilöinnin osalta riittävänä.[22]

Vaatimistaakka koskee paitsi kantajan myös vastaajan vaatimuksia. Jos vastaaja myöntää kantajan vaatimukset joiltakin osin, toimi sitoo tuomioistuin-

---

[17] Tällöin puhutaan ns. toisen asteen vastatosiseikasta. Jos kantaja vaatii vastaajan velvoittamista suorittamaan tavaran kauppaan perustuvan saatavansa, vastaaja saattaa riitauttaa kantajan vaatimuksen vetoamalla tavaran virheeseen. Kantaja saattaisi puolestaan väittää, että vastaaja on laiminlyönyt velvollisuutensa reklamoida määräajassa tavaran virheellisyydestä. Ks. *Ekelöf* V 1990 s. 23.

[18] Tosiasiaväitteiden suksessiivista relevanssia tarkastellaan lähemmin jaksossa 3.5.1.

[19] Vaatimistaakka-termi on väittämistaakkaa uudempi. Suomessa sen on ottanut käyttöön *Virolainen*, joka mainitsee omaksuneensa sen Tanskasta, missä *Taksoe-Jensenin* käyttämä vastaava termi on ollut ”påstandsbyrde”. Ruotsissa *Westberg* on käyttänyt termiä ”yrkandebörda” erotuksena termistä ”åberopsbörda”. Ks. *Virolainen* LM 1990 s. 1051, *Taksoe-Jensen* 1976 s. 6 ja 394.

[20] Ks. *Westberg* 1988 s. 65–66; *Virolainen* LM 1990 s. 1051.

[21] Vrt. esimerkiksi keskusteluun siitä, pitääkö ostajan erotella irtaimen esineen myyjään kohdistamansa kanteen vaatimusosassa toisistaan hinnanalennusta ja vahingonkorvausta koskeva seuraamusvaatimus; *Hoffrén – Vuorenpää* LM 2009 s. 779–798 ja sen johdosta *Kaisto* 2010.

[22] Ks. esimerkiksi *Virolainen* JFT 2006 s. 202; *Kaisto* 2010 s. 199. Jäljempänä esitettävällä tavoin vaatimuksia on kuitenkin määrätyissä olosuhteissa tulkittu vaatijan kannalta suopeasti. Oikeuskäytännöstä ks. KKO 1990:148, KKO 1992:12 tai KKO 2008:77.

ta. Jos vastaaja jättää lausumatta kantajan vaatimuksen oikeutuksesta, tämä ei kylläkään ole riittävä syy vaatimusten hyväksymiseen.[23] Vastaajalla on toisaalta mahdollisuus esittää omia vaatimuksiaan ja perustella niitä tosiasiaväittein. Esimerkiksi velkavaatimusta vastustetaan toisinaan esittämällä kuittausvaatimus eli väittämällä, että vastaajalla on kantajalta sellainen saatava, joka voidaan aineellisten säännösten nojalla kuitata kantajan vaatimusta vastaan. Jos vastustamisperuste liittyy vaikkapa kantajan vetoaman sopimuksen kohtuuttomuuteen tai pätemättömyyteen, myös vastaajan on vaadittava näitä oikeusseuraamuksia.[24]

Suomessa noudatettavan väittämis- ja vaatimistaakan sanotaan olevan subjektiivista, millä tarkoitetaan sitä, että vetoamisvelvollisen itsensä on vedottava tosiasiaväitteeseen ja vaadittava oikeusseuraamusta. Esimerkiksi vastapuolen mainintaa vetoamisvelvollisuuden kohteena olevista tosiasioista ei lueta vetoamisvelvollisen hyväksi.[25] Mutta edes ns. myötäpuolena olevan asianosaisen lausumat eivät täytä muiden vetoamisvelvollisten velvoitetta, vaan jokaisen on vedottava omasta puolestaan. Niinpä esimerkiksi jokaisen takausvelallisista pitää vaatia sopimuksen kohtuullistamista.[26]

Vaatimis- ja väittämistaakalla on ymmärrettävästi läheinen toiminnallinen yhteys. Kummankin tehtäviin kuuluu paitsi rajata oikeusriidan kohdetta myös vastapuolen puolustautumismahdollisuuksien turvaaminen. Niiden haittavaikutuksena on toisaalta vaara aineellisista oikeudenmenetyksistä. Vastaava liityntä on jäljempänä tarkasteltavilla tuomarin kyselyvelvoitteilla, siltä osin kuin kyselytointen kohteena olisivat asianosaisen vetoamat vaatimukset tai tosiasiaperusteet.

Väittämistaakkaa käsittelevissä kirjoituksissa puhutaan usein *tosiasioista*, *asiaintiloista* tai *tosiseikoista*. Tässä tutkimuksessa näitä käsitteitä käytetään toistensa synonyymeina. Joskus saatetaan kirjallisuudessa tutun tavan mukaisesti mainita vain *seikoista* tai *faktaolosuhteista*. Näiden kaikkien merkitys on lähinnä yleiskielen mukainen eli kyse on tosiasioista[27] erotuksena esimerkiksi normeista tai kokemussäännöistä.

---

[23] Ks. esimerkiksi KKO 2000:96.

[24] KKO 1990:148.

[25] Ks. esimerkiksi *Virolainen* JFT 2006 s. 200–201.

[26] Ks. KKO 1990:148, jossa neljän takausvelallisen vetoamista takaussopimuksen kohtuuttomuuteen ja vaatimusta sopimuksen kohtuullistamisesta ei luettu kahden sellaisen takausvelallisen hyväksi, jotka olivat jääneet kokonaan saapumatta alioikeuteen ja joiden ei korkeimman oikeuden mukaan voitu katsoa vaatineen takaussitoumuksen kohtuullistamista.

[27] Termit eivät ole spesifisiä esimerkiksi siinä merkityksessä, että niitä käytettäessä otettaisiin ontologisia kantoja siihen, minkälaisista ilmiöistä todellisuus koostuu. Niinpä tosiseikka saattaa olla yhtä hyvin tyypillinen empiirisesti havaittava asia kuten se, että määrätty henkilö on allekirjoittanut sopimuspaperin, mentaalinen ilmiö kuten henkilön tietoisuus jostakin asiasta (kuten sopimuskumppanin erehdyksestä/harkintakykyä alentavasta olosuhteesta) tai perustaltaan sopimuksenvarainen seikka kuten omistusoikeus tai sopimuksen sisältö.

Oikeustosiseikoista puhutaan sitä vastoin lähinnä prosessiteknisessä merkityksessä. Tällöin tarkoitetaan sellaisia faktaolosuhteita, jotka ovat tai voisivat olla vetoamisvelvollisuuden kohteena. Kaikkiin oikeustosiseikan asemassa määritelmän mukaisesti oleviin faktoihin ei nimittäin tarvitse vedota. Jos tekstissä kerrotaan vetoamisvelvollisuuden kohteena olevista oikeustosiseikoista, tarkoitetaan niitä tosiasiaolosuhteita, joita tarkastellaan yhtenä kokonaisuutena silloin, kun väittämistaakkanormien ja aineellisten normien valossa pyritään määrittelemään, kenellä on vetoamisvelvollisuus ja mihin tosiasioihin velvoite kohdistuu. Oikeustosiseikan synonyymina käytetään termejä *faktaperuste* tai *tosiasiaperuste*.

3.3 VÄITTÄMISTAAKKA JA OIKEUDENKÄYNTI-AINEISTON ESITTÄMISTÄ KOSKEVA VASTUUNJAKO

3.3.1 Yleisiä näkökohtia

Väittämistaakkaa noudatetaan OK 24:3:n mukaan asiassa, jossa sovinto on sallittu (ns. dispositiivisessa asiassa). Säännös on otettu oikeudenkäymiskaareen vuoden 1993 alioikeusuudistuksen yhteydessä. Oikeuskäytännössä väittämistaakka on omaksuttu jo tätä aikaisemmin. Oikeuskirjallisuudessa vakiintuneen käsityksen mukaan väittämistaakkaa ei ole samalla tavoin noudatettu asioissa, joissa sovinto ei ollut sallittu, eli ns. indispositiivisissa asioissa. Kun myös indispositiivisissa asioissa väittämistaakkaa kuitenkin saatetaan noudattaa, ei säännös ilmoita väittämistaakan koko soveltamisalaa.

Sellaisissakin asioissa, joissa sovinto ei ole sallittu, kantajan on vedottava kanteen nostamisen kannalta välttämättömiin perusteisiin (ns. perustunnusmerkistöön).[28] Tämän lisäksi voidaan pitää jo vakiintuneena käsitystä, jonka mukaan dispositiivisten ja indispositiivisten juttujen välillä ei voida tehdä kategorista erottelua, vaan juttutyyppien välinen raja on liukuva. Vastaavasti on selvää, ettei väittämistaakka dispositiivisissa asioissa ole poikkeukseton, vaan niissä saattaa esiintyä sellaisia seikkoja, joiden suhteen asianosaisilla ei ole määräämisoikeutta.[29] Tältä osin OK 24:3:n sanamuoto, joka viittaa juttutyypin dispositiivisuuteen, on epätarkka. Paremminkin sellaisissa kysymyksissä, joiden suhteen sovinto on sallittu, noudatetaan väittämistaakkaa, riippumatta käsiteltävänä olevan jutun luokittelusta.

Myöhemmin tosin huomataan, etteivät edes kaikki tahdonvaltaiset tosiasiaperusteet ole olleet väitteenvaraisia. Virallistutkinnalle saatetaan esittää mui-

[28] *Virolainen* LM 1985 s. 1001 ja 1988 s. 337, *Lappalainen* 1986 s. 397, *Ovaskainen* 1989 s. 91.
[29] Edellä kerrotun johdosta ks. esim. *Lindblom* 1974 s. 246 ss. tai *Ovaskainen* 1989 s. 90–93.

takin perusteluja kuin määräämisoikeuden puuttuminen. Määräämisoikeuden puuttuminen ei toisaalta ole virallistutkinnan välttämätön ehto.[30]

Väittämistaakkasäännös ei yksin anna paljoa informaatiota soveltumisensa kriteereistä, vaan huomio kiinnittyy kysymykseen, milloin sovinto on sallittu tai olisiko virallistutkinta perusteltua määräämisoikeudesta huolimatta. Ns. dispositiivisissa asioissa (ylivoimaisesti suurin osa kaikista) poikkeukset näyttävät kuitenkin olleen verraten harvinaisia. Oikeuskirjallisuudessa tai oikeuskäytännössä ei ole löydettävissä kovinkaan runsaslukuisesti esimerkkejä virallistutkintaisista kysymyksistä. Joissakin harvoissa tapauksissa velvollisuus tutkia jokin kysymys on kirjattu lakitekstiin.

3.3.2 Missä merkityksessä väittämistaakka muodostaa lähtökohdan oikeudenkäyntiaineiston esittämistä koskevan vastuun jaolle?

Väittämistaakkasääntö kieltää tuomioistuinta perustamasta oikeudellista ratkaisua sellaisiin tosiseikkoihin, joihin asianosainen ei ole vedonnut vaatimustensa tueksi. Asianosaisen näkökulmasta sääntö asettaa vetoamisvelvoitteen. Oikeuskirjallisuudessa ”taakkaa” on pidetty tarkempana ilmaisuna siksi, ettei velvollisuus ole positiivinen.[31] Voidaan kuitenkin hyvin puhua myös vetoamisvelvollisuudesta, sillä asianosaisen on joka tapauksessa vedottava väittämistaakan alaisiin seikkoihin, jos hän haluaa valvoa omia intressejään. Mutta millaisia oikeudellisiksi luonnehdittavia velvoitteita tai muita seuraamuksia sääntö aiheuttaa asianosaisille?

Väittämistaakkaan liittyy aina se, että (i) *tuomioistuin on sidottu asianosaisen vetoamistahtoon*. Näin ollen tuomioistuin ei voi antaa oikeussuojaa asianosaisen tahdosta riippumatta eikä tahdon vastaisesti. Toisaalta oikeussuojan antaminen (ii) edellyttää *nimenomaista tahdonilmaisua*. Nämä jo säännöksen sanamuodon perusteella pääteltävät oikeusvaikutukset liittyvät läheisesti määräämisperiaatteeseen, toisin sanoen siihen, että asianosainen päättää oikeudenkäynnin kohteesta. Oikeudenkäynnin kohteen (tässä ns. oikeustosiseikaston) voidaan sanoa määrittyvän asianosaisten määräämistoimin.

---

[30] Ainakin yksityishenkilön velkajärjestelyssä tuomarilla katsotaan olevan velvollisuus tutkia velkajärjestelyn ns. esteperusteita (VJL 10§) viran puolesta huolimatta siitä, että velkajärjestelyasiaa pidetään dispositiivisena asiana. Velkojilla on toisin sanoen oikeus suostua velkajärjestelyyn, vaikka esteperusteita olisi. Ks. *Niemi-Kiesiläinen* 1999 s. 24–25 ja 1995 s. 128, 112. Vastaavanlaista virallistutkintaa harjoitetaan myös sinänsä tahdonvaltaisessa yrityssaneerauksessa. Ks. *Koulu* 1999 s. 104–105.

[31] Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 7. Vrt. myös *Havansi* 1994a s. 92, joka huomauttaa, että asianosaisella ei ole vaatimisvelvollisuutta.

Väittämistaakasta tosiasiallisesti seuraa vastapuolelle (iii) *kontradiktorisuuden* mukanaan tuoma suoja, kun sellaisia seikkoja, joita ei nimenomaisesti ole sisällytetty oikeudenkäyntiaineistoon, ei voida ottaa huomioon. Vastapuolen kuulemisoikeudelle väittämistaakka ei kuitenkaan ole välttämätön edellytys,[32] eikä se toisaalta edes takaa kuulemisoikeuden konkretisoitumista.

Voidaan keskustella myös siitä, missä määrin väittämistaakalla heijastelee vastapuolen kuulemisoikeutta. Tosiasia on, että silloin kun väittämistaakkaa noudatetaan, vastapuolella on tehokas mahdollisuus saada asiaan vaikuttavat seikat tietoonsa. Selvää on sekin, että vastapuolen kuulemisen näkökohta on vaikuttanut väittämistaakkasäännön omaksumiseen sekä oikeuskäytännössä että laissa.[33] Nähdäkseni väittämistaakkasääntö perustuu olennaisessa määrin kuulemisoikeuteen. Toisekseen säännön vakiintuneen noudattamisen oikeuskäytännössä ja väittämistaakan aseman oikeuskirjallisuudessa saatetaan arvioida vahvistavan kuulemisoikeuden asemaa yleisesti velvoittavana periaatteena.[34]

Kuulemisoikeus ei ymmärrettävästi liity vain tahdonvaltaisiin kysymyksiin. Myös niissä ratkaistavaksi tulevissa kysymyksissä, joissa väittämistaakkaa ei noudateta, asianosaisilla on katsottava olevan vastaavanlainen oikeus tulla kuulluksi asiaan vaikuttavista faktaperusteista.[35] Asianosaiselle on varattava tilaisuus lausua käsityksensä vastapuolen esitysten johdosta. Normaalisti ei ole mitään järkevää syytä, miksi kuulemisesta poikettaisiin virallistutkinnan vuoksi. Tämä näkökohta omalla tavallaan osoittaa myös sen ikään kuin käänteisen päätelmän, ettei vetoamisvelvoitteesta poikkeaminen suinkaan merkitse oikeudellisessa mielessä kontradiktorisuuden sivuuttamista. Väittämistaakan ja kontradiktorisuuden yhteys on tässä mielessä käytännöllinen. Väittämistaakka on eräs keino, jolla kuulemisoikeuden toteutuminen voidaan (suppeassa merkityksessä) varmistaa.

Ehkä tärkein väittämistaakan seuraamuksista liittyy kuitenkin oikeudenkäyntiaineiston esittämistä koskevaan työnjakoon. Vetoamisvelvolliselle aiheutuu ainakin tosiasiallisesti (iv) *riski relevanttien tosiseikkojen esille tuomisesta*

---

[32] Tuomarille saatetaan nimittäin asettaa velvollisuus informoida asianosaisia niistä seikoista, jotka otetaan tutkittavaksi asianosaisten väitteistä riippumatta. Ks. myös *Westberg* 1988 s. 998.

[33] Kuulemisperiaatteesta väittämistaakan ns. reaalisena perusteena ks. esim. *Ovaskainen* 1989 s. 19–20 ja 27, *Lappalainen* 1994a s. 103–104, *Virolainen* LM 1985 s. 979–982.

Väittämistaakan takaama kuulemisoikeus on tosin vielä suppea, sillä siihen ei käsitteellisessä mielessä liity esimerkiksi oikeutta päästä selville niistä oikeudellisista tai näytöllisistä arvioinneista, jotka tuomarin mielestä vaikuttavat asian ratkaisemiseen.

[34] Vaikka kuulemisperiaatteen merkitystä on perinteisesti suuresti korostettu, sen sisältö ja käytännön ilmenemismuodot ovat jääneet prosessioikeudessa vähemmälle huomiolle. Väittämistaakkainstituutio on keskeinen kuulemisoikeuden konkreettisista ilmenemistavoista. Viime aikoina kuulemisperiaate on saanut aiempaa kouraantuntuvampaa merkitystä keskustelussa perus- ja ihmisoikeuskeskustelun (oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus) vaikutuksesta. Kuulemisperiaatteesta prosessioikeudessa yleisesti noudatettavana normina ks. esim. *Kuuliala* 2011 s. 33–35, *Virolainen* 1995 s. 212–214 tai *Ervo* 2005 s. 62–64.

[35] *Virolainen* 1988 s. 339. Ei liene esitettävissä mitään järkevää vastasyytä.

ja niihin vetoamisesta.[36] Asianosainen siis kantaa haitalliset seuraukset, mikäli hän ei osaa vedota edukseen oleviin seikkoihin. Näilläkin seuraamuksilla on ainakin osittain tosiasiallinen luonne. Selvänä on pidettävä, ettei väittämistaakka yksin määrittele lopullista työnjakoa, eikä siis myöskään vastuunjakoa. Jo oikeudenkäymiskaaren prosessinjohtoa koskevista säännöksistä (OK 5:21.2 ja OK 6:2a) seuraa, että tuomioistuimella on oikeudenkäyntiaineiston esittämistä koskevaa vastuuta.[37]

Seuraako väittämistaakasta kuitenkin jossakin merkityksessä, että asianosaisella *on oltava* vastuu tosiasiaväitteiden esille tuomisesta? Työnjakoon liittyvät näkökohdat ovat vaikuttaneet väittämistaakkasäännön omaksumiseen. Väittämistaakkaa on pidetty hyödyllisenä järkevän työnjaon kannalta. Mikäli väittämistaakkaa ei olisi, tuomioistuimen pitäisi tutkia kaikki tietonsa mukaan asiaan mahdollisesti vaikuttavat tosiseikat.[38] Oikeudenkäyntiaineiston esittämistä koskeva työnjako on kuitenkin selkeästi erillinen asia verrattuna oikeudenkäynnin kohdetta koskevaan määräämisoikeuteen, vaikka ne kumpikin liittyvät oikeudenkäynnin kohteen rajaamiseen. Missään tapauksessa työnjakoon liittyvä vastuu ei seuraa yksin loogisen päättelyn nojalla sidonnaisuudesta asianosaisen tahdonilmaisuun.[39]

Tässä tarkoitetaan työnjaolla kysymystä siitä, kenen tehtäviin oikeudenkäyntiaineiston esille tuominen (saattaminen tutkinnan kohteeksi) kuuluu. Työnjakoon liittyy vastuun taikka riskin[40] jakaminen siitä, että oikeudenkäyntiaineisto ei joltakin osin ole täydellinen. Oikeudenkäynnin kohteesta eli oikeustosiseikastoa koskevista väitteistä määrääminen on osa oikeudenkäyntiaineiston esittämistä koskevaa työnjakoa.[41] Siitä, että asianosainen määrää oikeudenkäynnin

---

[36] Puhe passiivisesta ’taakasta’ sopisikin sinänsä kuvaamaan nimenomaan tällaista tosiasiallista vaikutusta.

[37] Ks. myös HE 154/1990 s. 29.

[38] Tästä voidaan olla perustellusti eri mieltä, mikäli katsotaan että tuomioistuin saattaisi päättää jonkin seikan huomioon ottamisesta täysin vapaan harkintansa mukaan. On itsestään selvää, että tuomari voi perustaa käsityksensä mahdollisesti relevanteista seikoista vain asiassa esitettyyn tietoon.

[39] Vrt. myös *Virolainen* 1995 s. 264, joka mainitsee, ettei käsittelymenetelmää voida johtaa määräämisperiaatteesta. Ks. myös *Laukkanen* 1995 s. 254–255, joka selkeästi katsoo, että oikeudenkäyntiaineiston hankkimista (”tehtävienjako”) koskevat eri säännöt kuin oikeudenkäynnin kohteesta määräämistä (”vastuunjako”).

[40] Riskistä voidaan puhua asianosaisen kohdalla, tuomarin kohdalla lähinnä vastuusta. Asianosaisen riskiä oikeastaan vastaa tuomarin velvollisuus, mutta riski saattaa olla paitsi oikeudellinen myös vain tosiasiallinen. Asianosaisten kesken riskiä jaetaan väittämistaakan jakautumista koskevien normien mukaisesti. Tältä osin normit ovat melko selviä, sillä yleensä väittämistaakka on sillä, jonka eduksi jokin seikka koituisi.

[41] Selvyyden vuoksi todettakoon, että käytän työnjaon käsitettä eri tavoin kuin *Laukkanen* (1995 s. 254–255), jolla on termeille tehtävienjako sekä vastuunjako varsin spesifinen merkityssisältö. *Laukkanen* erottaa ”vastuunjaon suhteen”, joka liittyy lähinnä tässä tarkoittamaani vastuuseen valinnoista sekä ”tehtävienjaon suhteen”, joka liittyy oikeudenkäyntiaineiston hankkimiseen. Käytän itse näitä käsitteitä oikeastaan puhekielen merkityksessä. Katson, että on ainakin kahden-

kohteesta, aiheutuu tälle vastuu tehdyistä valinnoista. Tätä vastuuta voidaan pitää väittämistaakan oikeudellisena seuraamuksena, sillä annettaessa asianosaiselle oikeustosiseikkoja koskeva määräämisoikeus on samalla edellytetty, että tämä kantaa vastuun valinnoista.[42] Asianosainen voi kuitenkin tehdä valintoja ainoastaan oman tietämyksensä pohjalta. Tarkoitetusta vastuusta erillään on vastuu siitä, että kaikki relevantit seikat ylipäänsä voivat tulla otetuiksi huomioon. Tuomarin prosessinjohtovelvollisuutta koskevat normit osoittavat, että tällaista vastuuta on sekä asianosaisella että tuomarilla väittämistaakasta riippumatta. Kun väittämistaakkasäännön muotoilu ei lainkaan viittaa tähän työnjakoon – ja kun kyseessä on selkeästi eri asia kuin oikeustosiseikoista määrääminen – on katsottava, ettei väittämistaakasta seuraa ainakaan sääntönä näin määriteltyyn työnjakoon liittyviä ohjeita.

Väittämistaakasta kylläkin aiheutuu sille asianosaiselle, jonka eduksi jokin seikka koituisi, *tosiasiallinen riski* siitä, ettei kyseinen seikka tule oikeudenkäynnissä esiin, vaikka oikeudellisesti tuomarilla saattaisi konkreettisessa tilanteessa olla velvollisuus selvittää asianosaisen vetoamistarkoitus. Riski johtuu siitä, että nämä prosessinjohtoon liittyvät normit ovat usein jossakin määrin epäselviä.

Edellä sanotusta huolimatta ei voida epäillä sitä, etteikö vastuu tosiasiaperusteiden esille tulemisesta pääosin ole juuri asianosaisella. Väittämistaakan seurauksena olevaa tosiasiallista vastuuta on osaltaan pidettävä osoituksena myös oikeudellisen vastuun kuulumisesta ennen kaikkea asianosaiselle. Mikään – oikeuskäytäntö, lainoppi tai tuomarin prosessinjohtoa koskevien sääntöjen tulkinta – ei anna aihetta toisenlaiseen käsitykseen.

Voitaisiin tietysti kysyä, onko sitten olemassa sääntö, jonka mukaan vastuu on asianosaisella jollakin tavoin *lähtökohtaisesti*. Tämä kuuluu niihin kysymyksiin, joihin ei voida lopullisesti vastata vielä tässä yhteydessä. Jos kyseinen pääsääntö kuitenkin olisi voimassa, seuraisi vielä kysymys siitä, mistä tiedetään poikkeukset. Kysymyksenasettelu olisi aivan liian yleinen, jotta tuollaisesta säännöstä olisi juuri mitään hyötyä.

Vastuun jakamista koskeva kysymyksenasettelu ei ymmärrettävästi voi jäädä näin yleiselle tasolle, vaan kaipaa konkretisoimista. Vastuun käsitteelliseen jäsentämiseen ja oikeudelliseen määrittelyyn palataan tarkemmin virallistutkintaa ja tuomarin kyselyvelvoitteita koskevissa jaksoissa. Jäsentämispyrkimyksessä saatetaan kiinnittää huomiota niihin oikeuskysymyksiin, joihin asianosaisen tai

---

laista oikeudenkäyntiaineiston esittämiseen liittyvää työnjakoa: sellaista, joka merkitsee jonkin seikan saattamista osallistujien huomion kohteeksi sekä sellaista, joka merkitsee väittämistaakan täyttämistä. Kumpaankin sisältyy oikeudellista vastuuta työnjaon mukaisten velvoitteiden täyttämisestä.

[42] Poikkeuksena tästä säännöstä on pidettävä sellaista tilannetta, jossa on kiellettyä perustaa ratkaisua yllättävään lainsoveltamiseen taikka tuomarin velvollisuutta informoida asianosaista silloin kun tämä on ymmärtänyt väärin vastapuolen vetoamat oikeustosiseikat.

tuomarin vastuu liitettäisiin, asianosaisten esittämiin vetoamislausumiin, vetoamislausumista ilmenevään tahtoon tai siihen, mitä jo esitetyn pohjalta tiedetään oikeusriitaan vaikuttavista tosiasioista ja oikeusnormeista.

Jäljempänä katsotaan, että tuomarilla on erityisesti kyselytoiminnan muodossa vastuuta siitä, että oikeudenkäyntimenettely tarjoaa edellytykset aineellisten oikeuksien toteutukseen. Tällaista tavoitetta palvelee oikeusriidan järkevällä tavalla perusteellinen sisällöllinen tutkiminen. Kyselytoiminnan yhteydessä voidaan puhua faktaperusteiden saattamisesta keskustelun alaisuuteen siinä merkityksessä, että asianosainen ymmärtää käytettävissään olevan vetoamismahdollisuuden. Kyselytoimintaa käsittelevissä luvuissa kysytään, mitä tuomarin velvoitteet merkitsevät määrätyissä konkreettisissa tilanteissa. Milloin kyselytoiminnassa esimerkiksi saatetaan todeta laiminlyönti ja mikä olisi laiminlyönnin oikeudellinen merkitys?

3.3.3 Väittämistaakkasäännön oikeuspoliittisia lähtökohtia

Ne ns. reaaliset argumentit, joihin väittämistaakkainstituutio on perustettu, ovat keskustelussa liittyneet osittain jo mainittuihin väittämistaakan noudattamisen seuraamuksiin.[43] Väittämistaakka on usein liitetty nimenomaan oikeudenkäynnin kohdetta koskevaan määräämisoikeuteen.[44] Määräämisoikeutta on pidetty luontevana erityisesti silloin, kun asianosaisilla on yksityisoikeudellisestikin sopimusvapaus.[45] Vetoamatta jättämisen relevantilta näyttävään seikkaan on todettu voivan johtua haluttomuudesta ottaa kyseinen seikka esille. Haluttomuus vedota mahdollisesti merkitykselliseen seikkaan saattaisi johtua esimerkiksi näyttövaikeuksista, luottamuksesta vaihtoehtoiseen perusteeseen ja tähän liittyviin kustannusarvioihin taikka seikan jonkinlaisesta arkaluontoisuudesta.[46] Määräämisoikeutta on pidetty välttämättömänä myös siksi, että sen puuttuminen (ja vastaavasti viran puolesta tutkimiseen liittyvä jäykkyys) saattaisi karkottaa oikeuslaitoksen asiakkaita.

Erilaiset tehokkuus- ja prosessiekonomisiin tavoitteisiin liittyvät perustelut ovat käytännössä olleet yhtä yleisiä. Väittämistaakan on katsottu estävän oikeudenkäyntiaineiston tarpeetonta laajenemista, kun asianosaisten ei tarvitse puolustautua sellaisia oikeustosiseikkoja vastaan, joihin vastapuoli ei ole vedonnut.[47] Arvokkaana on pidetty sitä, että väittämistaakka auttaa seulomaan riitaiset seikat tutkimuksen alaiseksi. Oikeudenkäynnin varsinainen kohde ra-

---

[43] Jakoa tosiasiallisiin ja oikeudellisiin seuraamuksiin ei samalla tavoin kuin tässä ole tehty.
[44] Ks. esimerkiksi *Boman* 1964 s. 18; *Ovaskainen* 1989 s. 20. Tämä argumentti tavataan mainita ensimmäisenä väittämistaakan oikeuspoliittisia perusteita koskevissa tarkasteluissa.
[45] Ks. *Virolainen* LM 1985 s. 980; *Lappalainen* LM 1986 s. 763–764; *Ovaskainen* 1989 s. 12.
[46] *Boman* 1964 s. 18; *Virolainen* LM 1985 s. 980.
[47] Ks. *Boman* 1964 s. 19; *Virolainen* 1988 s. 174.

jautuu kaikesta esitetystä aineistosta viime kädessä juuri vetoamistoimien kautta. Kun tästä rajaamisesta vastuu jää käytännössä ennen kaikkea asianosaisille, tuomarin työ helpottuu.[48] Asianosaisen vastuulle rajaaminen on voitu jättää siksi, että tämän on katsottu parhaiten tietävän riidan olosuhteet ja siihen liittyvät mahdollisesti merkitykselliset seikat.[49] Sitä vastoin on saatettu suhtautua epäillen tuomioistuimen mahdollisuuksiin oikean ratkaisun löytämisessä.[50] Mutta työnjakoon liittyvä näkökohta on viety joskus niinkin pitkälle, että väittämistaakkasääntöä on pidetty suorastaan välttämättömyyden sanelemana. Olivecronan mukaan potentiaalisten tosiasiaväitteiden jaotteleminen vuorotellen relevanssia saaviin osioihin on nimittäin käytännölliseltä kannalta väistämätöntä.[51]

Tehokkuustavoitteisiin on liittynyt myös perustelu, jossa väittämistaakan on nähty edistävän prosessin ohjausfunktiota. Toisinaan on katsottu, ettei oikeudenkäynnissä tärkeintä ole löytää oikeaa ratkaisua yksittäiseen riitaan, vaan edistää aineelliseen oikeuteen kuuluvien sääntöjen noudattamista oikeudenkäynnin ulkopuolella.[52]

Väittämistaakalla on myös merkittäviä ennustettavuuteen ja oikeusturvaan liittyviä ulottuvuuksia. Oikeudenkäyntikulujen sekä omien jatkotoimien ennustaminen mahdollisimman varhaisessa vaiheessa on nähty tärkeäksi[53] – samoin kontradiktorisen menettelyn toteuttaminen.[54] Vaikka väittämistaakka ei ole kuulemisoikeuden kannalta välttämätön, on selvää, että käytännössä asianosaisen mahdollisuus saada tietää vastapuolen vetoamisista on helppoa (ehkä varmintakin) toteuttaa juuri edellyttämällä nimenomaista vetoamista oikeustosiseikkoihin. Niin ikään on pelätty, että riitojen laaja tutkiminen viran puolesta joko johtaisi tuomarin puolueettomuuden vaarantumiseen taikka ainakin puolueettomuuteen kohdistuviin epäilyihin.[55]

Tämä katsaus vahvistaa näkemystä siitä, että ne syyt, joita saatettaisiin esittää kyselytoiminnan muotoisia tuomarin tutkimisvelvoitteita vastaan, ovat enemmän käytännöllisiä kuin periaatteellisia. Niinpä esimerkiksi pelko siitä, että kyselytoimintaa harjoittava tuomari syyllistyisi puolueellisuuteen, on jäänyt keskustelussa taka-alalle.[56] Lainvalmistelun yhteydessä on päinvastoin voi-

---

[48] Ks. *Boman* 1964 s. 21–22; *Ovaskainen* 1989 s. 23.
[49] Ks. esimerkiksi *Boman* TfR 1979 s. 352.
[50] Ks. *Boman* 1964 s. 26 ja 27.
[51] Ks. *Olivecrona* 1966 s. 209. Tätä näkökohtaa tarkastellaan lähemmin jaksossa 3.5.2.
[52] *Boman* (1964 s. 25 ja 26) mainitsee siviilioikeudellisen ohjausfunktion tehostamistehtävän myös väittämistaakkasäännön perusteluna. Samoin *Olivecrona* 1966 s. 214.
[53] *Boman* 1964 s. 19; *Virolainen* 1988 s. 174.
[54] *Virolainen* 1988 s. 171; *Ovaskainen* 1989 s. 20. Ks. myös *Saranpää* 2005 s. 38.
[55] *Boman* 1964 s. 22.
[56] Ks. tästä jäljempänä luku 7.6.2 kohta i (s. 346–347) ja omaa arviotani puolueettomuusnäkökohdan merkityksestä luvuissa 7.7.5.1–7.7.5.2 (s. 356–361). *Ovaskainen* (1989 s. 56) korostaa kuitenkin tarvetta määritellä selkeät rajat tuomarin kyselytoiminnalle. Ks. myös *Havansi* LM 1986 s. 1127.

makkaasti painotettu tuomarin kyselyvelvoitteiden merkitystä nimenomaan, jotta väittämistaakka ei johtaisi tarpeettomiin oikeudenmenetyksiin.[57] Vahvimmat tuomarin passiivisuutta puoltavat argumentit liittyvät oman arvioni mukaan prosessitaloudellisiin näkökohtiin. Nekään eivät välttämättä soveltuisi tilanteeseen, jossa jonkin vetoamatta olevan näkökohdan vaikutus näyttäisi hyvin todennäköiseltä.

3.3.4 Eräitä vastuunjaon ilmenemismuotoja ja niiden suhde väittämistaakkaan

3.3.4.1 Asianosaisen ns. informointitaakka

Puhuttaessa väittämistaakasta on usein todettu, että silloinkin kun asianosaisella ei ole vetoamisvelvollisuutta, tällä on kuitenkin ns. informointitaakka, sillä tuomari ei tietystikään voi ottaa viran puolesta huomioon sellaisia tosiseikkoja, joita ei ole millään tavoin saatettu tuomarin tietoon.[58] Tätä voisi kutsua puhtaasti tosiasialliseksi ilmiöksi, sillä asiasta ei voitaisikaan sopia toisin. Viime vaiheessa ei enää voida tehdä mitään oikeudenkäyntiaineiston täydentämiseksi. Oikeudenkäyntiaineisto ei koskaan voi olla täydellinen. Informointitaakkaa on siksi toisinaan kutsuttu itsestäänselvyydeksi.[59] Informointitaakka on tosiasiallinen seuraus sen hyväksymisestä, että oikeudellisia riitoja on ratkaistava, vaikkei riitaa koskaan voida selvittää täydellisesti, ja että tästä jossakin mielessä aiheutuu jollekin osapuolelle haitta.[60] Tästä ei kuitenkaan seuraa, että asianosaisen antaman selvityksen ollessa puutteellinen vastuun tosiasiaväitteiden tutkimisesta tulisi olla yksin asianosaisella.

> Oletetaan, että vahingonkorvauksen kohtuullisuus tutkittaisiin viran puolesta. Silti joko asianosaisen on saatettava tuomarin tietoon, taikka oikeudenkäyntiaineistoon on muutoin sisällyttävä seikkoja, joista ilmenee VahL 2:1.2 mukainen varattomuuden ja kohtuuttomuuden mahdollisuus (vrt. KKO 1981 II 102). Samalla tavoin tuomaria on informoitava, jotta tämä voisi täyttää kyselyvelvoitteensa, jos kohtuullistamista pitääkin erikseen vaatia.

3.3.4.2 Normien epäselvyydestä johtuva riski

Edellä jo katsottiin, että tuomioistuimella voi olla oikeudellista vastuuta faktaväitteiden saattamisesta keskustelun alaisuuteen. Jos oikeudenkäyntiaineis-

---

[57] Ks. esimerkiksi HE 154/1990 s. 29.
[58] *Boman* 1964 s. 69; *Virolainen* 2007 s. 189.
[59] *Ovaskainen* s. 1989 s. 94.
[60] Tässä mielessä voitaisiin tätäkin taakkaa voitaisiin pitää normatiivisena.

to näyttää puutteelliselta, tuomarilla saattaa olla velvollisuus oikeudenkäyntiaineiston täydentämiseen. Täydentäminen on mahdollista joko kyselyoikeutta käyttäen tai ottamalla jokin seikka tutkittavaksi ns. viran puolesta. Silloin, kun väittämistaakkaa noudatetaan, asianosaisen riski siitä, että jokin relevantti seikka jää oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle, tosiasiallisesti kasvaa.

Kun vahingonkorvausasiaa käsitellään rikosasian yhteydessä, tuomioistuimen tiedossa ovat poikkeuksetta yhtäältä vahingon aiheuttaneen kuukausitulojen määrä (vaikkapa 600 euroa) sekä toisaalta ns. täyden korvauksen määrä (25.000 euroa). Tältä pohjalta tuomarilla saattaisi olla velvollisuus tiedustella vahingon aiheuttajalta, haluaako tämä vedota mahdolliseen kohtuullistamisperusteeseen ja vaatia korvauksen määrän kohtuullistamista. Asia on kuitenkin jossakin määrin epäselvä, joten on epävarmaa, esittäisikö tuomari kysymyksen. Vahingon aiheuttajalle jää tosiasiallinen riski siitä, ettei kohtuullistamiskysymys sittenkään nouse esiin.

Asianosaisella on siis tosiasiallinen riski, joka aiheutuu siitä, etteivät työnjakoon ja vastuunjakoon liittyvät normit ole selviä. Silloin kun asianosaisella on väittämistaakka, riski on suurempi kuin jos faktaperuste pitäisi tutkia viran puolesta. Tämä johtuu ensinnäkin siitä, että kahdesta tosiseikasta a ja b saattaisi (muun selvityksen puuttuessa) seurata suoraan jokin kolmas seikka c eli vaikkapa kohtuuttomuus. Jos vetoamisvelvollisuutta ei olisi, kohtuuttomuuden merkitys pitäisi ottaa huomioon viran puolesta. Toiseksi, mikäli tiedossa olevat seikat eivät yksin riittäisi oikeusseuraamukseen, oikeusseuraamusta saatettaisiin niiden valossa kuitenkin pitää todennäköisenä tai ainakin mahdollisena. Jos määrätty faktaperuste olisi otettava viran puolesta huomioon, olisi luontevaa ja ehkä todennäköistäkin, että tuomari ottaisi tällaisen faktaperusteen mahdollisuuden keskustelun alaiseksi. Virallistutkintaan velvoittavan normin ansiosta tuomari toisin sanoen tunnistaisi helpommin kyselytointen tarpeen. Ainakaan toistaiseksi kyselyvelvoitteita ei ole liitetty määrättyihin aineellisoikeudellisiin perusteisiin kovinkaan vahvasti tai vakiintuneesti.

3.3.4.3 Ns. laaja oikeudenkäyntiaineisto muodostaa pohjan tuomarin kyselyvelvoitteille

Asianosaisen taakassa informoida tuomaria saattaa kuitenkin olla myös oikeudellinen puolensa. Voimassa on ainakin normi, jonka mukaan tuomarin velvollisuutena ei ole ryhtyä selvittämään kaikkia mahdollisia oikeustosiseikkoja, joita asiaan saattaisi liittyä. Vähintäänkin lähtökohtana on pidetty sitä, ettei tuomarin tehtävänä ole selvittää asianosaisen vetoamistahtoa, ellei oikeudenkäyntiaineistoon sisälly jotain sellaista, mistä oikeustosiseikan mahdollisuus voidaan päätellä. Tämä ohje rajoittaa tuomarin velvollisuuksia. Tuomarin velvollisuus osallistua oikeudenkäyntiaineiston hankkimiseen on siksi riippuvainen muun muassa siitä, mitä oikeudenkäyntiaineistoon jo sisältyy. (Asiaa tarkastellaan lä-

hemmin luvussa 8.) Asianosaisen vetoamistoimet ja ns. laaja oikeudenkäyntiaineisto saavat tässä mielessä oikeudellisen vaikutuksen.

Edellä olevassa esimerkkitapauksessa ehtona saattaisi olla, että asianosainen on ilmoittanut pitävänsä korvausta maksukykyynsä tai muihin olosuhteisiinsa nähden ”kohtuuttomana”. Tai siinä voitaisiin yhtä hyvin edellyttää, että oikeudenkäyntiaineistoon sisältyy enemmän seikkoja, jotka viittaavat vaaditun korvaussumman kohtuuttomuuteen. Tuomarin velvoitteiden arviointiin saattaisivat toisin sanoen vaikuttaa asianosaisen omakohtaiset lausumat tai vedottuihin nähden vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen viittaavien olosuhteiden ilmeneminen laajassa oikeudenkäyntiaineistossa. Tai jotkin muut meneillään olevaan prosessiin liittyvät olosuhteet voisivat vaikuttaa asian arvosteluun. Mikäli tuomarilla ei ole velvollisuutta vaikkapa selvittää asianosaisen vetoamistarkoitusta tiettyyn seikkaan, vastuu on asianosaisella.

3.3.4.4 Asianosainen on vastuussa vetoamislausumin tehdyistä valinnoista

Edellä selostetuista vastuunjaon muodoista on erotettava väittämistaakasta johtuva *oikeudellinen vastuu määräämistoimin tehdyistä valinnoista*. Valinnat voivat perustua paremmin tai huonommin perusteltuun harkintaan tai täydellisempään tai puutteellisempaan tietämykseen oikeusriitaan vaikuttavista näkökohdista. Asianosaisen mahdollisuuksissa arvioida riitaa juridisesti ja tehdä järkeviä valintoja saattaa yhtä hyvin olla merkittäviä puutteita tai oikeudellinen asiantuntemus saattaa puuttua kokonaan. Jos tuomari nimenomaan tiedustelee asianosaiselta vetoamistarkoitusta määrättyyn tosiasiaan, asianosaiselle jää ymmärrettävästi vastuu tällöin tekemästään valinnasta, joka nyt nojaa hänen ikään kuin parempaan tietämykseensä.

3.4 VETOAMISVELVOLLISUUDEN KOHDE JA MITEN SE SAADAAN SELVILLE

3.4.1 Johdanto

Jotta voitaisiin määritellä esimerkiksi prekluusion edellytyksiä tai kyselytoiminnan perusteita ja rajoja, olisi oltava selvillä vetoamisvelvoitteen sisällöstä. Mihin ylipäänsä pitää vedota ja mihin jo on vedottu, ovat ennakollisia ongelmia miltei kaikissa prekluusiota ja kyselyvelvoitetta koskevissa konkreettisissa kysymyksenasetteluissa. Näitä ongelmia tarkastellaan seuraavassa.

Vetoamisvelvollisuudesta puhutaan, jotta voitaisiin keskustella yhteismitallisesti asianosaisen ja tuomioistuimen velvoitteiden keskinäissuhteista. Toisaalta on luontevampaa puhua vetoamisvelvollisuuden kuin -taakan kohteesta. Mitä

siis ovat ne seikat, joihin asianosaisen pitää – omassa intressissään – vedota? Todettakoon, että väittämistaakan rinnakkaisinstituution, näyttötaakan, synonyyminä käytetään täysin vakiintuneesti termiä näyttövelvollisuus.

3.4.2 Oikeustosiseikat – mitä ne ovat?

3.4.2.1 Mitä oikeustosiseikoilla tarkoitetaan?

Oikeudenkäymiskaaren 24:3.2:ssä tuomioistuinta kielletään perustamasta ratkaisua ”seikkaan, johon asianosainen ei ole vaatimuksensa tai kiistämisensä tueksi vedonnut”. Vakiintuneesti näillä lakitekstin mainitsemilla ”seikoilla” sanotaan tarkoitettavan oikeustosiseikkoja. Näennäisesti yksiselitteiseltä vaikuttavan määrittelyn mukaan oikeustosiseikoilla puolestaan tarkoitetaan jutun oikeudellisen ratkaisun kannalta välittömästi merkityksellisiä asiaintiloja.[61]

Määrittelyyn sisältyy kaksi tarkennusta. Ensinnäkin vetoamisvelvollisuus kohdistuu tosiasioihin. Tosiseikkojen oikeudellista luonnehdintaa vetoamistointen ei sitä vastoin tarvitse sisältää.[62] Toisekseen vetoamisvelvoite kohdistuu vain sellaisiin tosiasioihin, jotka ovat oikeusseuraamuksen kannalta ”välittömästi” relevantteja. Välillisesti relevantteihin seikkoihin (eli ns. todistustosiseikkoihin) ei tarvitse vedota.[63] Alustavana huomautuksena saatetaan kuitenkin esittää, että kumpaankin näistä käsitteellisistä rajankäynneistä liittyy verrattain merkityksellisiä pulmia.[64]

Kyse on ns. reaalimääritelmästä

Voidaan sanoa, että oikeustosiseikan käsitteelle oikeuskirjallisuudessa annettua määritelmää on käytetty ns. reaalimääritelmän tavoin. Määritelmän avulla ei ole tarkoitettu ainoastaan nimetä niitä ilmiöitä, joihin väittämistaakkaa sovelletaan. Sitä vastoin pyrkimyksenä on ollut esittää lähinnä tyhjentävästi sellaisen ilmiön ominaisuudet, joihin asianosaisen tulee vedota. Niinpä näiden ominaisuuksien, käsitteellisten kriteerien, avulla saatettaisiin tunnistaa vetoamisvelvollisuuden kohteena oleva ilmiö. Päättelyn suunta on toisin sanoen määritelmästä käytän-

---

[61] Esimerkiksi *Virolaisen* (2012 s. 207) mukaan ”oikeustosiseikka eli välittömästi relevantti tosiseikka on vaaditun oikeusseuraamuksen välttämätön edellytys”. Oikeustosiseikkoja ovat esimerkiksi (väitetyt) ”konkreettiset velan syntymistä, erääntymistä ja maksamatta jättämistä tarkoittavat tapahtumat.”.

[62] Ks. esimerkiksi *Ekelöf*, TfR 1945 s. 226; *Boman* 1964 s. 46 ja 9–10; *Olivecrona* 1966 s. 219–220. Samoin *Lindell* 1987 s. 28.

[63] *Ekelöf* 1956 s. 57; *Boman* 1964 s. 46; *Olivecrona* 1966 s. 217; *Lindell* 1987 s. 28.

[64] Näitä tarkastellaan lähemmin luvuissa 3.6 ja 3.7. Näkökohta on tärkeä siksi, että rajankäynneille on annettu täysin ratkaiseva merkitys oikeudenkäyntiaineiston rajaamisessa ja hankkimistehtävässä.

nön sovellukseen eli prosessuaaliseen seuraamukseen, eikä päinvastoin.[65]

Tällä tavoin on saavutettu määritelmältään yhtenäinen sääntö, jota on voitu soveltaa moneen eri asiayhteyteen. Käsitteen käyttöarvo on ollut huomattava, mikä on tavallaan menetelmän vahvuus. Ongelmia saattaa puolestaan liittyä käsitteellisten kriteerien ylikorostumiseen ja samalla ilmiön taustalla olevien reaalisten näkökohtien unohtumiseen, soveltamisratkaisujen kaavamaisuuteen.[66]

Saatetaan puolustaa tulkintaperiaatetta, jonka mukaan vetoamisvelvollisuuteen suoraan tai välillisesti liittyvät ratkaisut tulisi viime kädessä voida perustella reaalisin syin. Mieluiten näin tulisi olla jokaisessa konkreettisessa soveltamistilanteessa. Samoin muita instituutioita, joissa oikeustosiseikan käsitteeseen nojaudutaan (prekluusiouhka, todistelu, näyttövelvollisuus), tulee tarkastella niiden omista lähtökohdista käsin.

> Myöhemmin huomataan, että terminologiasta huolimatta – vaikka puhe oikeustosiseikoista antaisi olettaa toista – lähemmin tarkasteltaessa esimerkiksi vetoamisvelvollisuuden ja näyttövelvollisuuden (ja todistusharkinnan) kohteet erkanevat toisistaan. (Ks. 3.6.2, vrt. 3.6.3.)
>
> Parempi tai täsmällisempi kysymyksenasettelu saattaisi olla se, mihin ilmiöihin asianosaisen vetoamisvelvollisuuden tulee kohdistua ja millä tavoin tai kuinka tarkasti tosiasiaväitteet tulisi yksilöidä (ks. jäljempänä luku 3.7). Seuraavassa pyritään kuitenkin tarkastelemaan vetoamisvelvollisuuden kohteena olevia ”oikeustosiseikkoja” sellaisina kuin ne ilmenevät tosiasiallisessa oikeudellisessa kielenkäytössä.

3.4.2.2 Mitä oikeustosiseikat ovat ontologisessa mielessä?

Perinteinen väittämistaakkaoppi samastaa vetoamisvelvoitteen kohteen käsitteellisesti havaintomaailman tosiasioihin. Joka tapauksessa on selvää, että tosiasioiden ja niiden juridisen luonnehdinnan välillä tehdään varsin jyrkkä rajaus. Tämä näkyy korostuksessa, jonka mukaan vain havaintomaailman tosiasioihin pitää vedota. Tosiasioita juridisesti luonnehtivat termit (säännösten tunnusmerkistöt tai vastaavat oikeustieteen ja -käytännön oikeudelliset käsitteet) ovat väittämistaakan ulottumattomissa.

Erityisen selväsanaisesti rajauksen tekee Olivecrona, jonka mukaan vetoamisvelvollisuuden kohteena ovat nimenomaan tosiasialliset asiaintilat, eivätkä käsitteet. Perusteluna on se, että juridisten käsitteiden todellinen sisältö on suurelta osin epäselvä.[67] Tällöin ollaan näkemyksessä, jonka mukaan oikeustosiseikat ”ovat” juuri havaintomaailman tosiasioita.

---

[65] Reaalimääritelmistä ks. *Niiniluoto* 1980 s. 156.

[66] Jos jaottelu ei käsitteellisessä mielessä ole täysin selkeä, ongelmanratkaisukyky kylläkin voi joutua kyseenalaiseksi. Lisäksi reaalisten syiden sivuuttamisen merkitys ymmärrettävästi korostuu tätäkin kautta.

[67] Ks. *Olivecrona* 1966 s. 219–220.

Tällaista näkemystä ei kuitenkaan voida pitää uskottavana. Ainakaan se ei ole paras mahdollinen kuvaus väittämistaakan kohteena olevista tosiasioista sellaisina kuin ne ilmenevät oikeudellisessa kielenkäytössä. Ensinnäkin on selvää, että vetoamislausumissa joudutaan laajalti käyttämään abstrakteja termejä, jotka eivät suoraan kuvaa mitään havaintomaailman tosiasioita ja ovat arvostuksenvaraisia sisällöltään.

> Siviilioikeudessa puhutaan esimerkiksi velan vanhentumisesta, ei yksinomaan niistä konkreettisemmista tunnusmerkeistä (kuten velan syntypäivästä, vanhentumisen katkaisutointen laiminlyönnistä ja ajan kulumisesta), jotka ovat po. normin soveltamisen edellytyksenä. Samoin prosessioikeudessa puhutaan velan vanhentumiseen kohdistuvasta väittämis- ja näyttötaakasta. Tämä johtuu käytännön syistä (kuten tarpeesta yksinkertaistaa kielenkäyttöä) mutta myös siitä, ettei kaikkia mahdollisesti relevantteja faktoja edes voitaisi luetella, koska niitä ei voida tietää.

Olennaisempaa on kuitenkin se, että joka tapauksessa myös ne havaintomaailman tosiasiat, joille tuomioistuimen ratkaisussa annetaan välitön oikeudellinen merkitys, ovat aina oikeudellisesti tulkittuja. Niiden merkitystä nimenomaisessa asiayhteydessään ei voida ymmärtää ilman normituntemusta, vaikka niillä olisi jokseenkin yksiselitteinen yleiskielen mukainen arkimerkitys. Kuka on lain tarkoittama kauppaedustaja tai myyntimies,[68] voidaan päätellä vain oikeusnormien pohjalta. Samoin se, että tällä ominaisuudella on ylipäänsä jokin erityinen relevanssi markkinoitavien tuotteiden valmistajan ja niiden myyntiä harjoittavan henkilön välisessä oikeussuhteessa.[69]

Oikeustosiseikkoja saatetaankin pitää ontologisessa mielessä ns. konventionaalisina tai institutionaalisina tosiasioina. Vetoamisvelvoitteen kohteena olevat tosiasiat ovat oikeudellisesti tulkittuja tosiasioita. Niiden olemassaolo on riippuvainen sekä havaintomaailmasta että normeista.[70]

> Että jokin ammatillinen luokittelu on juridisesti relevantti, on perustavalla tavalla sopimuksenvarainen kysymys. Oikeustosiseikka on havaintomaailman ja normatiivisen maailman yhteyksiä välittävä käsitteellisen tason ilmiö.[71] Helin ja Lagerspetz nimittävät tällaisia tosiasioita institutionaalisiksi

---

[68] Ks. laki kauppaedustajista ja myyntimiehistä 1 ja 39 §.

[69] Sama koskee sellaisia havaintomaailman ilmiöitä kuin matkustaja-alus (vrt. merityöaikalain 3 §), jalankulkija (vrt. tieliikennelain 2 §) tai oikeudellisen relevanssin osalta jopa mies/nainen (vrt. laki sukupuolten välisestä tasa-arvosta).

[70] Tällaisia normeja ovat yhtäältä aineellisen oikeuden normit, jotka antavat havaintomaailmassa esiintyville tosiasioille oikeudellisia merkityksiä ja toisaalta ne prosessuaaliset normit, jotka määrittelevät vetoamislausumien kohteena olevien tosiasioiden (tai viimeksi mainittuja koskevien väittämien) käsitteellistä jäsentämistä ja vetoamisvelvoitteen jakamista osapuolten kesken.

[71] Ks. *Helin* EIF VII s. 215 ss. tai *Lagerspetz* 2009 s. 51–52.

> tosiasioiksi. Niiniluoto puhuu Karl Popperiin viitaten konventionaalisista tosiasioista.[72]

Asiaa voidaan havainnollistaa tarkastelemalla ehkä yleisimmin esillä ollutta esimerkkiä, 'tuottamusta': oikeustosiseikaksi saatetaan kutsua vaatimusten perustaksi ja todistelun kohteeksi vedottua, väitettyä tosiasiaa, että

> asunto-osakeyhtiö X oli menetellyt tuottamuksellisesti laiminlyödessään huolehtia kiinteistön edustalla sijainneen jalkakäytävän hiekoituksesta.

Tällä väittämällä ja sen sisältämällä termillä tuottamus saatetaan viitata yhtäältä havaintomaailman tosiasioihin kuten siihen, että

> talon katolta oli auringon valon vaikutuksesta valunut syöksytorvea pitkin jalkakäytävälle vettä,
>
> joka oli pakkassään johdosta jäätynyt,
>
> siihen että A oli yöllä liukastunut jäätyneessä kohdassa ja loukkaantunut
>
> ja niihin mahdollisiin olosuhteisiin, jotka olisivat estäneet hiekoituksen pysymisen jalkakäytävällä.[73]

Toisaalta lausumalla viitataan

> tuottamukseen ja laiminlyöntiin oikeudellisina ominaisuuksina.

Havainnot ja niitä koskevat todistajanlausunnot ovat nyt ”todistustosiseikkoja”, joiden nojalla relevantit faktat (keliolosuhteet, tapahtumien ajankohta, mahdolliset hiekoituksen pysymistä estäneet syyt) päätellään olemassa oleviksi.

Selvää on, että faktojen ja normitunnusmerkistön (tuottamusta merkitsevät tosiasiat) vastaavuuden toteaminen edellyttää oikeudellista päättelyä. Oikeudellisen päättelyn tuloksena puolestaan vahvistetaan (oikeussuhde eli) että X on aiheuttanut määrätyn vahingon ja määrätään seuraamus eli velvoitetaan X korvaamaan A:lle aiheutuneena vahinkona vaikkapa 2000 euroa. Tuomioistuimen päätöksen johdosta syntyvän saamisoikeuden taas katsotaan ikään kuin irtaantuvan syntyperustastaan abstraktina, käsitteellisenä oikeussuhteena (velvollisuus velan maksamiseen / oikeus velan vaatimiseen ja perimiseen).[74]

---

[72] Ks. *Niiniluoto* 1984 s. 120–141.
[73] Faktaolosuhteet on lainattu isännöitsijän korvausvastuuta koskeneesta siviilioikeudellisesta ennakkoratkaisusta KKO 1997:151.
[74] Ks. *Niemi, Matti Ilmari* 1996 s. 16–17.

Kaikki oikeustosiseikat ovat institutionaalisia faktoja

Uudemmassa oikeuskirjallisuudessa tavataan luokitella Ekelöfin ns. kompleksinen oikeustosiseikka institutionaaliseksi tosiseikaksi. Tämä vastaa edellä omaksuttua näkemystä. Käsityksen taustalla lienee mm. se, että ainakin määrätyt juridiset termit olisivat jokseenkin mahdottomia ymmärtää millään tavoin ilman yhteyttä normeihin. Niiltä toisin sanoen puuttuu yleiskielen mukainen merkityssisältö tai niiden juridinen merkityssisältö poikkeaa erityisen voimakkaasti yleiskielen mukaisesta. Institutionaalisen tosiseikan ominaisuudet täyttyvät kuitenkin kaikkien vetoamisvelvoitteen kohteena olevien tosiasioiden, myös ns. puhtaiden havaintomaailman faktojen kohdalla, kuten edellä on todettu.

Sinänsä voidaan huomauttaa, että oikeudellisen seuraamuksen edellyttämät tosiseikat ovat kaikki enemmän tai vähemmän arvostuksenvaraisia.[75] Tämä tarkoittaa, että merkitykseltään yksiselitteiset tosiasiakuvaukset edustavat vain pientä osaa kaiken oikeudellisen materiaalin joukossa.

3.4.2.3 Kuinka oikeustosiseikoista saadaan tietoa?

Normit ja sopimussuhde tosiasiaväitteiden aineellisoikeudellisena perustana

Tosiasioiden oikeudellinen relevanssi perustuu yksinkertaisesti *normeihin*, joten tosiasioiden status vetoamisvelvollisuuden alaisina oikeustosiseikkoina voidaan päätellä oikeusnormeja koskevan tiedon avulla. Yleisten normien lisäksi oikeudellinen merkitys voi perustua osapuolten keskinäiseen sopimukseen ja *sopimuksen ehtoihin*. Toisinaan puhutaan yksityisnormeista.[76]

Usein puhutaan oikeussääntöjen *tosiasiatunnusmerkistöistä*. Tämä on hieman harhaanjohtavaa. Nimenomaisia, kirjattuja tunnusmerkistöjä ei useinkaan ole. Jos tosiasiakuvaus on kirjattu säännökseen, tunnusmerkistöön vaikuttavat lisäksi kirjoittamattomat normilähteet, kuten oikeuskäytäntö, lain esityöt tai oikeusyhteisön asiasta käymä keskustelu. Tosiasiatunnusmerkistön sisältö saatetaan tällöin päätellä säännökseen kirjoitetun kuvauksen ja muiden konkreettiseen soveltamistilanteeseen vaikuttavien normien perusteella [77]

Jos soveltamistilanteessa ”luodaan” kokonaan uusi normi, ei ratkaisu luonnollisestikaan nojaudu valmiiseen faktakuvaukseen. Yleisempää on kuitenkin se, että tosiasiakuvaukset on kirjoitettu avoimin, abstraktein termein. Tällöin relevanttien faktojen määrittäminen edellyttää mm. arvostelmiin nojautumista.

---

[75] Ks. esimerkiksi *Lindell* 1987 s. 179 tai *Jonkka* 1991 s. 11.

[76] Ks. esimerkiksi *Kaisto* 2001 s. 61, joka kutsuu sopimuskumppanien tahdonilmaisuihin perustuvia sopimusehtoja yksityisnormeiksi. Esimerkiksi lahjanlupauksen tapauksessa tosiasioiden oikeudellinen relevanssi voi perustua yhden henkilön tahdonilmaisuun.

[77] Vetoamisen kohteena olevilla oikeustosiseikoilla ei toisin sanoen ole sen kummallisempaa lähdettä kuin yleensäkään voimassa olevalla oikeudella.

Merkitykselliset tosiasiat valikoituvat lopullisesti tuomioistuimen ratkaisuharkinnassa

Jutun relevantti tosiseikasto määräytyy oikeudellisen päätöksenteon tuloksena, jossa aineellisia oikeusnormeja sovelletaan tapauksen olosuhteiden kokonaisuuteen. Ratkaisuharkinta on prosessi, joka hahmottuu ja kehittyy oikeudenkäynnin kestäessä, eikä esimerkiksi vielä valmistelun aikana sen enempää asianosaiset kuin tuomari kykene arvioimaan faktojen relevanssia täydellä varmuudella. Viime kädessä vasta lopullinen ratkaisu kertoo sen, mitkä faktat jutussa ovat relevantteja. Nämä näkökohdat vaikeuttavat asianosaisen näkökulmasta vetoamisvelvoitteen täyttämiseen liittyvää tehtävää.

Erityisesti prekluusiosääntely nojautuu olettamukseen, jonka mukaan asianosaisen tulisi jo prosessin alkuvaiheissa osata päättää, mihin seikkoihin asiassa kannattaa vedota. Olettamus on jossain määrin ongelmallinen, sillä oikeusriidan (sen, mikä asiassa on merkityksellistä) tiedetään kehittyvän prosessin kestäessä. Faktojen lukkoon lyöminen jo prosessin alkuvaiheissa toisaalta tiedetään periaatteessa kohtuuttomaksi tehtäväksi. Tuomarilta vastaavaa – relevanttien näkökohtien lukkoon lyömistä – ei minkään sanktion nojalla edellytetä.

Asianosaisen näkökulmasta vetoamistehtävää vaikeuttaa lisäksi faktojen merkityksen riippuvaisuus nimenomaan ratkaisijan harkinnasta, jota asianosainen ei voi tuntea ja johon hän ei voi vaikuttaa. Sama vaikutus on oikeudellisella epävarmuudella, joka aina liittyy tulkintoihin. Usein asioista voi olla hyvin perustellusti erilaisia näkemyksiä.

Prosessinormit

Vaikka relevantit faktat osattaisiin tunnistaa, tämä tieto ei riitä vetoamista edellyttävien tosiasioiden määrittämiseen. Lisäksi on voitava tietää, mitkä näistä oikeudellisesti merkityksellisistä seikoista ovat kulloinkin niitä seikkoja, joihin asianosaistahon pitää vedota. Voidaan sanoa, että aineellisen relevanssin lisäksi *menettelylliset normit* vaikuttavat vetoamisvelvollisuuden kohteen määräytymiseen.

Vastattavaksi jääviä kysymyksiä prosessioikeuden valossa ovat lisäksi ainakin vetoamisvelvollisuuden jakautuminen osapuolten kesken eli (1) tosiseikaston jakaminen vuoroin relevanssia saaviin osioihin ja (2) taakan kohdentaminen asianosaistahojen välillä. Näitä ongelmia tarkastellaan luvussa 3.5.

Lisäksi olisi voitava tietää, (3) onko kyseinen seikka välittömästi vai ainoastaan välillisesti relevantti (rajankäynti suhteessa näyttöongelmaan; ks. luku 3.6.) samoin kuin se, (4) millä täsmällisyydellä (muun muassa millä abstraktiotasolla) vaatimusten perusteena vedottava tosiseikasto on yksilöitävä (ks. luku 3.7). Koska (5) ns. virallistutkintaisiin seikkoihin ei tarvitse vedota, nekin olisi

kyettävä erottamaan vetoamisvelvoitteen alaisista. Vetoamisproblematiikan ei pitäisi ulottua laisinkaan virallistutkintaisiin seikkoihin. (Ks. luku 3.8.).

Kaikki nämä ovat kysymyksiä, joihin on vastattava, jotta voitaisiin tietää lähemmin, mihin seikkoihin asianosaisen väittämistaakka kulloinkin kohdistuu – mihin juuri kyseessä olevan asianosaisen toisin sanoen pitää vedota ja millaisella lausumalla hän voi täyttää vetoamisvelvoitteensa.

3.5 VETOAMISVELVOLLISUUDEN JAKAMISESTA

3.5.1 Järjestelmän peruslähtökohtia

3.5.1.1 Taustaa

Väittämistaakan keskeinen piirre on tarve jakaa taakka asianosaistahojen kesken. Väittämistaakkaoppien mukaan määrättyä asiaintilaa koskeva vetoamisvelvollisuus on ainoastaan toisella asianosaistaholla (ja hänen myötäpuolinaan olevilla asianosaisilla), ei hänen vastapuolellaan. Vetoamisvelvollisuuden katsotaan kohdistuvan joko määrättyyn asiaintilaan tai sen negaatioon.[78] Tässä suhteessa väittämistaakka muistuttaa sen eräänlaista rinnakkaisilmiötä, todistustaakkaa.

Väittämistaakan jakamiseen liittyy kaksi olennaista ratkaisua. Tosiasia-aineisto on voitava jakaa sellaisiin osioihin, jotka vuorollaan tulevat ensiksi vetoamisvelvoitteen kohteiksi ja vasta vetoamisen kautta oikeusriidassa annettavan päätöksen kannalta relevanteiksi. Puhutaan ns. suksessiivisen relevanssin periaatteesta. Toiseksi on voitava ratkaista se, kummalle osapuolelle vetoamisvelvollisuus kohdennetaan. Asiaa tarkastellaan seuraavassa hieman lähemmin.

3.5.1.2 Väittämistaakkaratkaisu sisältää kannanoton aineelliseen oikeusongelmaan

Edellä selostetusta lähtökohdasta seuraa, että väittämistaakkaa sovellettaessa – samoin kuin sovellettaessa todistustaakkaa – ollaan tekemässä ratkaisua jonkin määrätyn olettaman hyväksymisestä tai hylkäämisestä. Vetoamisvelvoitteen kohteena on nimittäin asiaintilaa koskeva väittämä.

Toisin kuin todistustaakan kohdalla, olettama ei koske tosiasioiden olemassaoloa, vaan se on luonteeltaan oikeudellinen. Todistustaakan jako ratkaisee suhtautumisen tosiasioita koskevaan epävarmuuteen. Jos riittävää näyttöä ei ole saavutettu kumpaankaan suuntaan, on johonkin ratkaisuun näyttökysymyksessä aina päädyttävä. Väittämistaakan jaossa voidaan sanoa olevan kyse suhtautumisesta siihen, että edes määrättyä tosiasiaväitettä ei ole esitetty.

---

[78] Ks. *Lappalainen* 1995 s. 404.

Väittämistaakan soveltumisella on kylläkin tunnettu vaikutuksensa myös näyttöongelmaan. Vetoamatta jäänyt tosiasia-aineisto ei enää edes tule näytön arvioinnin kohteeksi. Vetoamatta jääneisiin tosiasiaväittämiin ei tarvitse ottaa kantaa. Tämän vuoksi (tässä merkityksessä) vetoamatta jääneen tosiasia-aineiston sanotaan rajautuvan oikeudenkäynnin ulkopuolelle. Vetoamatta jäänyttä tosiasia-aineistoa (tosiasiaväittämiä) kutsutaan oikeudellisen ratkaisun kannalta epärelevantiksi.

Tässä mainitun rajauksen varjoon saattaa kuitenkin jäädä eräs tärkeä näkökohta. Oikeudenkäynnin ”ulkopuolelle” rajautuu kokonaisuudessaan vain väittämää tai sen negaatiota koskeva *näyttöongelma*. Kysymystä suhtautumisesta aineelliseen oikeuteen ei voida jättää täysin huomiotta. Jokainen väittämistaakkaratkaisu päinvastoin sisältää aineellista oikeuskysymystä koskevan kannanoton. Aineelliset oikeusongelmat saattavat kylläkin jäädä aktualisoitumatta siinä merkityksessä, etteivät ne tule konkreettisesti (tai lähemmin) pohdittaviksi. Niitä ei kuitenkaan voida tehdä olemattomiksi. Niinpä kaikissa tapauksissa joudutaan ratkaisemaan, oletetaanko esimerkiksi sopimus väitteen puuttuessa päteväksi vai pätemättömäksi. Tämä johtuu siitä yksinkertaisesta näkökohdasta, että oikeustoimilaki asettaa monia oikeustoimen pätevyyteen tai pätemättömyyteen vaikuttavia edellytyksiä. Kyse on nimenomaan oletamasta, siinä neutraalissa merkityksessä, ettei olettaman ajatella välttämättä vastaavan aineellisoikeudellista todellisuutta.[79]

Nimenomaan oikeusseuraamusten tasolla väitteen puuttumisen merkitykseen on väistämättä omaksuttava jokin kanta. Olettama oikeustoimen pätevyydestä merkitsisi sopimuksen oikeudellista vaikutuksellisuutta, pätemättömyysolettama vastaavasti vaikutuksettomuutta näistä aiheutuvine oikeuksineen ja velvollisuuksineen. Jos toisin sanoen väitettä reklamaation puuttumisesta tai myöhästymisestä ei esitetä, saatetaan kylläkin sanoa, ettei kysymykselle ”anneta merkitystä” oikeudellisessa ratkaisussa. Todellisuudessa reklamointikysymykseen on kuitenkin jouduttu ottamaan kantaa prosessuaalisen passiivisuuden varalta. Tämä kannanotto on tehty jo etukäteen, jakamalla väittämistaakka po. tyypillistä väittämää ajatellen. Väittämistaakan jakosääntö aiheuttaa sen, että oikeudenkäynnissä *toimitaan* aivan kuin reklamaatio olisi tehty asianmukaisesti. Jos taas väitettä pätemättömyydestä ei ole tehty, toimitaan aivan kuin sopimus olisi pätevä.

---

[79] Kysymyksenä on tällöin lähinnä se, kumpi tarjolla olevista vaihtoehdoista kannattaa valita olettamaksi tilanteessa, jossa mahdollinen oikeutettu taho, syystä tai toisesta, on jättäytynyt passiiviseksi. Esimerkiksi lähtökohtaistodennäköisyys ei ole jakoon vaikuttavista argumenteista tärkein. Kuten myöhemmin huomataan, jako noudattaa pääsääntöisesti näyttötaakan jakoa.

3.5.1.3 Taakan jakoon ei lähdetä ”puhtaalta pöydältä”

Vetoamisvelvollisuuden ja oikeustosiseikkojen kytkentä määrättyihin oikeusperusteisiin merkitsee sitä, että velvollisuuden jakoon ei lähdetä ikään kuin puhtaalta pöydältä. Vetoamisvelvollisuuden kohteeksi tulevat tosiseikastot ovat päinvastoin hahmoteltavissa ja velvollisuus jaettavissa jo etukäteen.

Vetoamisvelvollisuus ei näin ollen kohdennu yhtäaikaisesti kumpaankin oikeudenkäynnin vastakkaisista osapuolista, esimerkiksi siten, että kummankin osapuolen voitaisiin yksinkertaisesti sanoa olevan velvollinen vetoamaan kaikkiin niihin faktaolosuhteisiin, jotka puoltavat juuri hänen vaatimuksiansa. Tällöin se asianosaisista, joka katsoisi asiaintilan esiin tuomisen olevan etunsa mukaista, olisi velvoitettu – oman etunsa nimissä – asiaintilaan vetoamaan. Tällainenkin taakka olisi täysin mahdollinen. Se merkitsisi sitä, ettei aineellisoikeudellisiin kysymyksiin pyrittäisi väittämistaakan jaossa ottamaan kantaa yllä selostetulla tavalla.

Huomattakoon, että vetoamisvelvollisuuden jakoon on otettava kantaa jo ensi vaiheessa, määriteltäessä sitä, mitkä kysymykset luetaan kanteen hyväksymisen välttämättömiin edellytyksiin ja mitkä puolestaan ovat näitä riitauttavia ns. vastatosiseikkoja. Jakosäännöt eivät toisin sanoen koske ainoastaan vastatosiseikkojen ja ns. toisen asteen vastatosiseikkojen rajankäyntiä.[80]

> Tässä esitetystä poiketen Ovaskainen kylläkin mainitsee, että näin olisi.[81] Jokseenkin välttämätöntä on tietysti, että *jotakin* perusteluja kantajan on aluksi esitettävä vaatimuksensa tueksi. Avointa on sitä vastoin se, *mitä* kaikkea ns. perustunnusmerkistöön sisältyy ja mitkä asiaintilat/näiden negaatiot luetaan vastatosiseikoiksi. Kantajan vaatimusten tueksi oleva oikeudellinen asiaintila oletetaan, jos vastaaja ei vetoa vastakkaiseen väittämään.

3.5.1.4 Tosiasioiden suksessiivinen relevanssi ja relevanssin eteneminen

Yllä selostettujen ajatusten voidaan sanoa sisältyvän ns. suksessiivisen relevanssin periaatteeseen tai olevan seurausta periaatteen noudattamisesta. Sen mukaan kantajan tulee ensi vaiheessa vedota sellaisiin faktaedellytyksiin (faktoihin), jotka ovat välttämättömiä kanteen hyväksymisen kannalta (ns. perustunnusmerkistö). Toisessa vaiheessa vastaajan on tarpeen vedota sellaisiin tosiseikkoihin, jotka estävät tai poistavat kantajan vaatimuksen oikeutuksen siinäkin tapauksessa, että kantajan väittämät asiaintilat olisivat sinänsä olemassa olevia (ns. vastatosiseikat). Tämän jälkeen kantajalle – jos tämä haluaa menestyä vaatimuksissaan – saattaa muodostua välttämättömäksi vedota uusiin tosi-

---

[80] Ks. tämän johdosta jaksossa 3.5.1.2 olevaa esitystä.
[81] Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 124.

seikkoihin, jotka puolestaan kumoavat vastaajan vetoamien vastatosiseikkojen oikeudellisen merkityksen (ns. toisen asteen vastatosiseikat). Näitä vaiheita tai osioita voi olla useampia.

Tosiseikastojen jäsentämisestä ja taakan jakamisesta saatetaan esittää vaikkapa seuraavanlainen esimerkki:

> velaksianto (kantaja) – maksu (vastaaja)
>
> tai
>
> velaksianto (kantaja) – saatavan vanhentuminen määrätyn ajan kulumisen vuoksi (vastaaja) – vanhentumisen katkaiseminen (kantaja) – vanhentumisen katkaisemista tarkoittavan toimen myöhästyminen tai puutteellisuus (vastaaja).

Jos velkoja vaatii kanteella velallisen velvoittamista maksusuoritukseen, velkojan on toisin sanoen väitettävä velallisen jääneen velkaa esimerkiksi velkojan annettua hänelle lainaksi rahaa. Velaksianto (esimerkiksi määrätyn rahasumman luovuttaminen velalliselle lainatarkoituksessa) muodostaa kanteen riittävän perustunnusmerkistön. Kantajan tulee alkuvaiheessa vedota ainoastaan velaksiantoon ja velaksiantoa koskeva näyttö riittäisi kanteen hyväksymiseen, jos vastaväitteitä ei esitettäisi. Vastaaja voi vastustaa vaatimusta esimerkiksi väittämällä velan olevan vanhentunut, koska velaksiannosta on ehtinyt kulua enemmän kuin kolme vuotta. Vanhentumisväite aiheuttaa tai aktualisoi kantajan velvollisuuden vedota vanhentumisen katkaisemista merkitseviin toimiin kuten velkomuskirjeen lähettämiseen velalliselle tai velasta muistuttamiseen. Mahdollisesti vastaajan tulisi vielä tämän jälkeen erikseen vedota siihen, että vanhentumisen katkaisemista tarkoittava toimi on puutteellinen, jos hän haluaisi vastustaa kantajan vaatimuksia tällä perusteella. Järjestelyn tarkoituksena on yksinkertaistaa kysymyksenasettelua, sillä alkuvaiheessa oikeusriidan ala säilyisi suppeampana, jolloin tuomarin ei tarvitsisi vielä ottaa tutkittavakseen ketjun toisessa ja kolmannessa vaiheessa esitettäviä väitteitä. Jos näihin ei vedottaisi koko prosessin aikana, ei tarvittaisi edes todistelua vastatosiseikkoja koskevien väitteiden puolesta tai niitä vastaan, mikä säästäisi oikeudenkäynnin aiheuttamaa työtä ja taloudellisia kustannuksia.

> Huomattakoon kuitenkin, että vaikka relevanssi aktualisoituu vasta oikeudenkäynnin aikana, näiden eri tasoilla olevien väitteiden/näytön esittämiseen pitää varautua jo etukäteen. Tämä johtuu paitsi puhtaasti käytännön näkökohdista myös siitä, että prekluusiosääntely uhkaa estää uusien väitteiden tai uuden näytön esilletuonnin kesken oikeudenkäynnin.

3.5.1.5 Mistä väittämistaakan jakautuminen tiedetään?

Väittämistaakan kohdentaminen asianosaistahojen kesken pohjautuu lähinnä oikeudelliseen traditioon. Sama koskee ymmärrettävästi tosiseikastojen jakamista niihin osioihin, joita tässä suhteessa käsitellään yhtenä kokonaisuutena.

Pääsääntönä on taakan jakaminen ja kohdentaminen todistustaakan jakoa koskevan säännön mukaisesti. Tästä säännöstä on esitetty vain harvoja poikkeuksia.[82] Perusteluna on esitetty tarve yksinkertaisiin jakoperusteisiin. Sinänsä näiden taakkainstituutioiden tehtävät kylläkin poikkeavat toisistaan. Jos väittämistaakka kohdennettaisiin eri osapuolen kannettavaksi kuin todistustaakka, tästä saattaisi kuitenkin aiheutua ennustamattomuutta.

> Huolimatta instituutioiden toisistaan poikkeavista tehtävistä yhteinen pohja liittyy muun muassa oikeudenkäyntiaineiston (väitteet, näyttö) hankintaan. Huolehtiminen väitteen esittämisestä on useimmiten aiheellista kohdentaa saman tahon velvoitteeksi kuin huolehtiminen näytön hankkimisesta, joten tässäkin mielessä yhteinen pääsääntö on hyvin perusteltu.

Käytännössä merkityksellisen poikkeuksen muodostaa esimerkiksi kysymys reklamaatiosta. Tavaran virheeseen vetoavan ostajan ei tarvitse ilmoittaa reklamoineensa virheestä. Reklamaatio ei toisin sanoen kuulu kanteen perustunnusmerkistöön. Jos myyjä tekee väitteen reklamaation puuttumisesta, ostajan on osoitettava, että reklamaatio on suoritettu.[83] Muita vakiintuneita poikkeuksia ovat velan erääntymättömyys, valtuutuksen puuttuminen ja lykkäävän ehdon jääminen toteutumatta. Perusteluna on näiden asiaintilojen harvinaisuus/poikkeusluonteisuus verrattuna vastakkaiseen asiaintilaan.[84]

Edellä sanotusta seuraa, että tietääkseen väittämistaakan jaon asianosaisen tulisi olla selvillä todistustaakan jakautumisesta. Ongelmana on tällöin se, etteivät todistustaakan jakoa koskevat säännöt puolestaan ole välttämättä tunnettuja. Kysymystä näyttövelvollisuuden jaosta tavataan päinvastoin luonnehtia erääksi prosessioikeuden vaikeimmista.[85]

> Oikeastaan pitäisi tuntea todistustaakan lähtökohtaista jakautumista koskevat *periaatteet*, joiden perusteella jakautuminen saatettaisiin päätellä. Kaikkiin mahdollisiin kysymyksiin nähden ei ymmärrettävästi ole olemassa vakiintunutta sääntöä. Periaatteiden soveltaminen merkitsee käytännössä sitä, että jakoon saattaisivat vaikuttaa vielä erilaiset tapauskohtaiset tekijät.

---

[82] Ks. *Ekelöf* V 1990 s. 26; *Ovaskainen* 1989 s. 126–127. Samoin jo *Olivecrona* 1930 s. 159.
[83] Ks. *Ekelöf* V 1990 s. 27.
[84] Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 126–127.
[85] Vrt. esimerkiksi *Heuman* 2005 s. 15–16; *Klami* 2000 s. 78 tai *Halila* 1955 s. 7–8.

Käytännön tasolla väittämistaakan jakautuminen lienee kaikeksi onneksi pääsääntöisesti tiedossa.[86] Lisäksi asianosaiset käytännössä usein mieltävät velvollisuudekseen vedota kaikkiin edukseen oleviin seikkoihin, mikä sekin vähentää tämän ongelman aktualisoitumista. Kuitenkin väittämistaakan kohdentaminen ja jakautuminen on luonnollisesti ennakollinen kysymys tarkasteltaessa vetoamisvelvoitteen täyttymistä tai väitteiden mahdollista prekludoitumista. Tämä saattaa merkitä pulmallistakin lisäedellytystä.

Lähemmässä tarkastelussa väittämistaakan ja näyttötaakan kohteet eriytyvät avoimen termin sisältävien tunnusmerkistöjen (tai arvostuksenvaraisten edellytysten) kohdalla (ks. jakso 3.6.2–3.6.3).

3.5.2 Oppi tosiasioiden suksessiivisesta relevanssista ja opin perustelut Karl Olivecronan mukaan

3.5.2.1 Tarve rajata oikeudenkäyntiaineistoa

Tosiasioiden suksessiivisella relevanssilla Olivecrona tarkoittaa sitä yllä jo esiteltyä näkökohtaa, että tosiseikastot (ja niiden myötä oikeusongelmat) on oikeudenkäynnissä jaettu vuorollaan relevanteiksi tuleviin osioihin. Suksessiivinen relevanssi koskee vetoamisvelvoitteen vuorottelua. Suksessiivinen verifikaatio puolestaan kuvaa näyttökysymyksen etenemistä ja näyttötaakan vuorottelua asianosaistahojen välillä.[87]

Keskeisenä ajatuksena on se, että oikeusriidan kohdetta ylipäänsä on tarvetta rajata. Oikeudenkäynnissä ei pidä olla tutkittavana kantajan vaatimusten ja vastaajan riitautusten kaikinpuolinen oikeellisuus, vaan jokin tätä rajatumpi kysymys. Perusteluna Olivecrona viittaa järjestelyn välttämättömyyteen. Tällaista rajaamismenettelyä on aina noudatettu, joko tietoisesti tai tiedostamatta.[88] Nimenomaisen väittämistaakkasäännön (tai vastaavien sanktioiden) noudattamista tämä huomautus ei merkitse. Riidan kohdetta ja laajuutta vain on enemmän tai vähemmän vapaaehtoisesti, joko nimenomaisesti tai hiljaisesti, pyritty rajaamaan, käytännön välttämättömyydestä.

Tässä järjestelyssä tosiasioiden relevanssia määrittävät normit edeltävät ajallisesti näyttötaakan (ja todistelun kohteen) jakoa koskevia normeja.[89] Instituutiot (relevanssi/verifikaatio) tukevat toisiaan vaikutustensa suhteen. Relevanssin

---

[86] Moniin yksittäisiin kysymyksiin nähden todistustaakan jakautumisesta ja kohdentumisesta on verrattain vakiintunut näkemys. Ks. näistä esimerkiksi *Klamin* (2000 s. 90, 94–113) esitystä.
[87] *Olivecrona* 1966 s. 205, 208–209.
[88] *Olivecrona* 1966 s. 209.
[89] Vrt. velvoitteen kohdentamista koskevaan argumentaatioon, jonka suunta on päinvastainen. (Ks. edellinen jakso 3.5.1.5.)

määrittäminen rajaa suoraan näytön tarvetta. Näyttötaakka puolestaan tehostaa oikeusriidan rajaamistavoitetta omalla tavallaan.

Vetoamisvelvoitteen osalta on selvää, että vetoamatta jääneet väittämät sulkeutuvat oikeudenkäynnin ulkopuolelle. Mutta myös todistustaakkasäännön avulla tavoitellaan Olivecronan ajattelussa samaa päämäärää: jos asianosainen arvioi riittävän näytön hankkimisen vaikeaksi, hän ei ehkä esitä tällaista asiaa koskevaa väitettä.[90] Sitä vastoin hänen ajatellaan mieluummin suuntaavan toimensa niiden keinojen käyttöön, joiden kautta menestystä olisi saavutettavissa.[91] Kenties hän pidättäytyisi prosessitoimista kokonaan.

3.5.2.2 Miksi suksessiivista relevanssia tarvitaan?

Olivecronan mukaan suksessiivisen relevanssin määrittäminen on eräällä tavoin välttämätöntä. Hän on tässä tuskin täysin väärässä, sillä ainakin ajatuksellisesti tarve rajata oikeusriidan kohdetta – jotta edellytykset ymmärtää ja käsitellä riitakysymyksiä paranisivat – vaikuttaa jokseenkin väistämättömältä näkökohdalta. Lienee uskottavaa, että Olivecronan kuvaamaa rajausta on käytännössä tapahtunut. Tähän viittaa esimerkiksi se, mitä näyttötaakan jakoperusteista ja jakoperusteiden historiasta usein esitetään. Näyttötaakka on ollut pitkään käytössä.

Varmuudella voidaan kuitenkin sanoa, ettei sanktioidun väittämistaakan noudattaminen ole välttämättömyyden sanelemaa, vaan kyse on puhtaasta valinnasta. Sanktioidun vetoamisvelvollisuuden (väittämistaakan ja vieläpä prekluusion, ajallisine lisäedellytyksineen) kautta järjestelmän vaikutukset tehostuvat. Tämä seikka havaitaan tietysti siitäkin, että koko väittämistaakkainstituutio on nykymuodossaan verrattain nuori. Kaikin osin sitä ei edes noudateta, esimerkiksi hallintoprosessissa tai ns. indispositiivisissa asioissa, joita kuitenkin on vain pieni osa kaikista siviilijutuista.[92]

Tässä suhteessa väittämistaakka eroaa merkittävästi todistustaakasta tai muista näyttöepävarmuuden ratkaisemiseen liittyvistä normeista. Näyttöepävarmuuden täysi eliminointi on mahdotonta. Vetoamisvelvollisuus sitä vastoin merkitsee ratkaisuaineiston vapaaehtoista rajaamista ja luopumista jossakin mitassa oikean ratkaisun pyrkimyksestä. Viime kädessä se merkitsee myös hyväksyvää suhtautumista siihen, että juttu saatetaan ratkaista tietoisestikin aineellisessa mielessä virheellisin perustein.

---

[90] Päämäärää tukee vielä se, että näyttökynnys on tällaisissa ohjausfunktiota korostavissa malleissa asetettu verrattain korkealle. Näin on ainakin, jos vertailukohtana ovat ns. näyttöenemmyyteen nojautuvat todistelun arviointiteoriat. Ks. *Lappalainen* 2012 s. 693–695 tai *Klami* 2000 s. 81–82.

[91] Ks. *Olivecrona* 1966 s. 216–217.

[92] Vrt. myös *Klami* (2000 s. 88), joka suhtautuu epäillen väittämistaakkasäännön tarpeellisuuteen.

Suksessiivisen relevanssin (ja verifikaation) tueksi voidaan viitata moneenkin sellaiseen näkökohtaan, josta on ollut puhe väittämistaakkasäännön oikeuspoliittisia perusteita tarkasteltaessa.[93] Nämä liittyvät lähinnä prosessitaloudellisiin vaikutuksiin ja siihen, että kysymyksenasettelun jäsentäminen toiselta puolen luo edellytyksiä asianosaisten prosessitoimille kuten näytön esittämiselle ja oikeudelliselle argumentaatiolle, ja lopulta rajausten kautta määriteltyjen kysymysten ratkaisemiselle.

Väitttämistaakka ja prekluusio pohjautuvat mitä suurimmassa määrin juuri näihin näkökohtiin. Näiden instituutioiden samoin kuin näyttötaakan erityispiirre on se, että ne muodostavat formaalin, sisällöllisen tutkinnan ohittavan ratkaisuperusteen. Sellaisina ne tarvitsevat erityisen hyvän oikeutuksen.

Olivecronalle suksessiivinen relevanssi ja suksessiivinen verifikaatio eivät kuitenkaan ole ainoastaan prosessiekonomisia – tai väittämistaakan osalta vastapuolen kuulemisoikeuteen liittyviä – kysymyksiä. Vaatimus suksessiivisen relevanssin korostamisesta nojautuu lisäksi paitsi eräänlaiseen välttämättömyyteen myös skeptiseen näkemykseen oikeudellisen ratkaisutoiminnan luonteesta. Tämä luo pohjaa sille, miksi oikeudenkäynnissä on välttämätöntä turvautua vetoamis- ja näyttötaakan kaltaisiin ratkaisuperusteisiin. Olivecronan mukaan oikeudellisessa päätöksenteossa nimenomaan tarvitaan formaaleja perusteita.

3.5.2.3 Olivecronan näkemys siitä, kuinka suksessiivisen relevanssin jako voitaisiin tuntea

Olivecronan esittelemä suksessiivisen relevanssin ja sitä seuraava suksessiivisen verifikaation periaate ei ilmoita soveltamisensa kriteereitä. Eikä tuota lähinnä periaatteen toimivuutta esittelevää kuvausta[94] pidä ymmärtää väärin, ikään kuin soveltamisedellytykset siihen sisältyisivät. Olivecrona on ymmärrettävästi tästä hyvin tietoinen.[95] Voidaan silti sanoa, että hän suhtautuu verrattain optimistisesti mahdollisuuteen määrittää näyttötaakan ja väittämistaakan jakautuminen sellaisella tavalla, jonka tuomari ja asianosaiset voisivat kohtuullisen helposti tuntea. Suksessiivisen relevanssin etenemistä koskeva kysymys ei näin ollen aiheuttaisi ylivoimaisia pulmia.

Ongelman ratkaisu nojautuu siihen, millä tavoin siviilioikeudellinen sääntely – ja laajemmin aineellisen siviilioikeuden kysymyksenasettelut – muotoillaan. Siviilioikeudellisten kysymyksenasettelujen oikeanlainen muotoilu antaisi pohjan nyt puheena oleville prosessuaalisille kysymyksille: Olivecronan mukaan varsinaiset todistustaakkasäännöt ovat tarpeen ainoastaan ns. oikeuksia ja velvoitteita koskevien normien kohdalla. Sitä vastoin ne säännökset, jotka

---

[93] Ks. jakso 3.3.3.
[94] Ks. edellä jakso 3.5.1.4 (s. 43–44).
[95] Ks. esim. *Olivecrona* 1966 s. 214.

antavat *suoran toimintaohjeen* tuomarille, eivät edellytä erillisiä todistustaakkanormeja.[96] Niinpä näyttötaakan jakautuminen olisi tältä osin helposti selvitettävissä. Väittämistaakan jakautuminen seuraisi puolestaan näyttötaakan jakoa.[97]

Lainkäytön näkökulmasta suksessiivisen relevanssin vaatimus edellyttää tosiasia-aineiston jakamista kanteen perustunnusmerkistöön kuuluviin tosiasioihin ja vastatosiseikkoihin. Tämä näkökohta tulisi Olivecronan mukaan ottaa huomioon jo siviilioikeudellisessa sääntelyssä. Tässä tarkoituksessa siviilioikeus tulee ”irrottaa ideamaailmasta”. Tämä merkitsee säännösten muotoilemista siten, etteivät ne koske asianosaisten oikeuksia ja velvollisuuksia, vaan ovat tuomarille suunnattuja toimintaohjeita (handlingsregler). Sellaisina niiden pitää viitata suksessiivisesti relevantteihin tosiasiatunnusmerkistöihin ja vastatosiseikkoihin.[98]

Näin ollen Olivecrona edellyttää, (1) että siviilioikeudelliset säännökset kirjoitetaan suoraan tuomarille osoitetuiksi toimintaohjeiksi. Säännösten pitää lisäksi (2) ottaa huomioon suksessiivisen relevanssin eteneminen. Säännöksistä on toisin sanoen käytävä ilmi, mitkä relevanteista tosiasioista kuuluvat mahdollisen kanteen perustunnusmerkistöön ja mitkä puolestaan ovat vastatosiseikkoja. Johdonmukaisesti myös ketjun seuraavina lenkkeinä olevien, mahdollisten vastatosiseikkojen status pitäisi voida säännöksistä lukea.[99]

Sanotun johdosta säännösten tulisi lisäksi sisältää (3) mahdollisimman konkreettinen tunnusmerkistö eli kuvaus relevanteista tosiasioista. Tunnusmerkistön tulisi koostua nimenomaan ns. havaintomaailman faktoista, sillä vain niitä koskevat väitteet voivat tulla oikeudenkäynnissä toteen näytetyiksi.[100]

Vetoamisvelvoitteiden määrittelylle ja asianosaisten oikeusturvalle aiheutuu monenlaisia ongelmia siitä, että siviilioikeudellinen sääntely ei käytännössä täytä näitä vaatimuksia. Säännöksiä ei ensinnäkään ole kirjoitettu Olivecronan edellyttämällä tavoin. Säännöksiä laadittaessa ei useimmiten ole kiinnitetty huomiota väittämis- ja näyttötaakan jakautumiseen, ainakaan niin yksityiskohtaisesti kuin mitä suksessiivisen relevanssin koko ajatus edellyttäisi. Jos säännöksessä vain kuvataan oikeusseuraamuksen edellytykset, tämä ei vielä merkitse kannanottoa todistustaakan jakautumiseen. Lisäksi yksityisoikeus ei tunnetusti kaikin osin edes perustu kirjoitettuihin normeihin.

Luopuminen juridisista, abstrakteista käsitteistä (kuten oikeudet, velvollisuudet) ei toisekseen olisi edes mahdollista. Tätä osoittaa omalla tavallaan

---

[96] Ks. *Olivecrona* 1966 s. 205.
[97] Ks. *Olivecrona* 1930 s. 159–160.
[98] *Olivecrona* 1966 s. 213.
[99] Olivecronan mukaan kysymyksenasettelun selkeydessä voitetaan, kun ei tarvitse kysyä, miten näyttövelvollisuus jakautuu. Kysymykseksi muodostuu, kuinka relevantit tosiseikat jaetaan perus- ja vastatosiseikkoihin. Ideamaailmaan kuuluvista (aineellisista) oikeuksista ja velvollisuuksista ei enää tarvitse puhua.
[100] Ks. *Olivecrona* 1966 s. 219.

avointen termien yhä lisääntyvä käyttö. Jos mahdollista, tosiasiallinen sääntelykäytäntö on siis entisestään etääntynyt Olivecronan edellyttämästä. Siviilioikeudellisten ongelmien laajuus ja moninaisuus samoin kuin mahdollisesti relevanttien tosiseikkojen runsaslukuisuus estävät yksityiskohtaisen sääntelyn. Näin ollen myös säännösten soveltamiseen johtavien tosiasioiden tarkka kuvaus jää saavuttamattomaksi tavoitteeksi.

Voisi sanoa, että monista tyyppitilanteista on taakan jakoa koskien olemassa – lähinnä oikeuskäytäntöön (tai traditioon) ja oikeuskirjallisuuteen perustuen – jokin vakiintunut ja suhteellisen hyvin tunnettu ratkaisu. Avoimeksi jää kuitenkin runsas joukko tilanteita. Ne jäävät ratkaistaviksi lähinnä yleisten jakoperiaatteiden (viime kädessä punnintojen) pohjalta.[101] Tosiasiatunnusmerkistöjen abstraktisuus vaikeuttaa puolestaan vetoamisvelvollisuuden lähemmän sisällön määrittelyä.

3.5.2.4 Menettelyllisen siviilioikeuden vaatimus

Suksessiivisen relevanssin ajatus laajenee Olivecronalla vaatimukseksi ”menettelyllisestä siviilioikeudesta”. Tämä merkitsee juuri edellä selostettua vaatimusta paitsi konkreettisista tunnusmerkistöistä myös vetoamis- ja näyttötaakan huomioon ottamisesta. Prosessisäännöille asetetut tehtävät huomioon ottaen saatetaan myös puhua menettelyllisen elementin korostamisesta oikeudellisen ratkaisutoiminnan kokonaisuudessa.

Syyt lainkäytön menettelyä koskeville näkemyksille eivät liity vain prosessuaalisiin argumentteihin, vaan ne ulottuvat syvemmälle. Voidaan sanoa, että näkemys siviilioikeuden epämääräisyydestä ja yleensäkin oikeudellisen ajattelun horjuvuudesta *perustelee menettelyllisten keinojen käyttöä* oikeusriitojen ratkaisemisessa. Näihin keinoihin kuuluvat juuri tosiasia-aineiston suksessiivinen relevanssi (vetoamisvelvoite) ja suksessiivinen verifikaatio (näyttötaakka), jotka nyt tulevat avuksi.[102]

Näiden avulla merkittävä osa mahdollisista riitakysymyksistä rajautuu lopullisesti oikeudenkäynnissä tehtävän ratkaisun ulkopuolelle: ulkopuolelle rajattuihin ongelmiin ei tarvitse ottaa sisällöllistä kantaa. Tämä on etu, jos ratkaisut jäisivät joka tapauksessa hataralle pohjalle.

Samassa asiayhteydessä Olivecronan nimittäin esittää melko voimakasta yleistä kritiikkiä juridista ajattelua kohtaan.[103] Arvostelu kohdistuu ennen kaik-

---

[101] Saatetaan myös viitata asiaa koskeviin moniin teorioihin ja yleensäkin laajaan oikeuskirjallisuuteen. Koottu esitys todistustaakan jakoa koskevista teorioista on esimerkiksi *Heuman* 2005. Kotimaisia laajempia esityksiä ovat *Klami* 2000 s. 78–85, 94–113 ja *Halila* 1955. Ks. myös *Lappalainen* 2001 s. 320–341.

[102] Ks. *Olivecrona* 1966 s. 205–220. Ks. erit. s. 216, jossa tarkasteltavien kysymysten jakaminen osioihin nähdään keinona käsitellä ja ratkaista näyttöongelmia.

[103] Ks. *Olivecrona* 1966 s. 86 ss. Kritiikin yhteenveto on esitetty sivuilla 130–132 ja 143–145.

kea subjektiivisia oikeuksia nimeäviin abstrakteihin termeihin, jollaisia ovat esimerkiksi oikeus ja velvollisuus. Tällaiset termit, jotka mm. aineellisessa siviilioikeudessa ovat runsaassa käytössä, eivät arvostelun mukaan viittaa mihinkään tosiasiallisiin asiaintiloihin. Jo tästä lähtökohdasta seuraa, ettei oikeudellisilla väitteillä ylipäänsä ole totuusarvoa.[104] Lähinnä juridiikan piirissä saatetaan esittää ratkaisusuosituksia, mielipiteitä, missä toki saatetaan nojautua lain sanontoihin edellyttäen, että niissä pysyttäydytään empiirisesti havainnoitavien asiaintilojen piirissä. Näkemys oikeudellisten väitteiden puuttuvasta totuusarvosta on tunnetusti yhteinen Ekelöfin kanssa.[105]

Niinpä edellä selostettu vaatimus menettelylliseen siviilioikeuteen siirtymisestä ei nojaudu vain oikeudenkäynnin tarpeisiin, vaan ennen kaikkea oikeusteoreettisiin ja tietoteoreettisiin näkemyksiin. Ne puolestaan näyttävät vaikuttavan myös prosessuaalisten sääntöjen suuntaan. Hyöty, joka on saavutettavissa ottamalla oikeusriita mahdollisimman laajan oikeudellisen tarkastelun alaisuuteen, tuntuu nyt epävarmalta.[106] Nojauduttaessa asianosaisen itsensä esiin tuomiin faktoihin ollaan toisaalta ainakin ainoalla lujalla pohjalla ajatellen oikeusriidan rajaamista.

Vastaavasti oikeuskirjallisuudessa esiintyy usein ”prosessuaalinen” argumentti, jonka mukaan lopulliseen totuuteen tai täyteen tutkintaan ei – eikä varsinkaan ilman kohtuutonta panostusta – voida oikeudenkäynnissä yltää.[107] Voidaan sanoa, että tämä argumentti nojautuu lähinnä käytännöllisistä, oikeudenkäyntiin liittyvistä syistä johtuvaan eräänlaiseen perustavaan epäuskoon mahdollisuuksista löytää oikeaa ratkaisua. Olivecronan epäilys taas liittyy käsitykseen perustavanlaatuisesta (tai suorastaan ratkaisemattomasta) oikeudellisesta epävarmuudesta.

Kumpikin syy saattaa perustella tyytymistä prosessuaaliseen totuuteen. Yhdensuuntainen tämän kanssa olisi niin ikään painotus, jonka mukaan lainkäytössä on pyrittävä yhteiskunnallisiin, kollektiivisiin päämääriin. Ei siis niinkään tapauskohtaisesti oikeaan (tai oikeudenmukaiseen) ratkaisuun.[108]

---

[104] Johtopäätös olisi tosin mahdollinen ilman mainittua lähtökohtaa.

[105] Sitä vastoin Ekelöf katsoo abstraktien juridisten termien kylläkin useimmiten viittaavan realiteetteihin. Ks. yllä sanotun johdosta *Helinin* (1988 s. 199–200 ja 204–207) esitystä.

[106] Päätelmä on sama riippumatta siitä, olisiko kyse tapauskohtaisen oikeudellisen argumentaation tuomisesta näytön riittävyyden arviointiin (vrt. ns. kiinteät todistustaakkanormit) tai uusien tosiseikkojen tuomisesta oikeudellisen ratkaisun pohjaksi (vrt. väittämistaakka).

[107] Esimerkiksi Leppäsen sinänsä varauksin (vrt. s. 53) esittämän kannan mukaan oikeiden ratkaisujen justifikaatioarvo jää pieneksi. Ks. *Leppänen* 1998 s. 52. *Boman* sitä vastoin katsoo, että näkemys, jonka mukaan oikeudenkäynnissä tulisi ensisijaisesti tavoitella aineellisesti oikeita ratkaisuja, johtuu yleensä liian suurista luuloista oikeudenkäynnin mahdollisuuksia kohtaan. Kaikki asiaan mahdollisesti vaikuttavat olosuhteet eivät nimittäin ole tunnettuja, eikä kaikkia olosuhteita käytännössä voida koskaan selvittää. Ks. *Boman* 1964 s. 26–27.

[108] Tämähän kuuluu ruotsalaisen väittämistaakkakirjallisuuden usein toistettuihin lähtökohtiin. Ks. esim. jaksossa 7.5 viitattuja lähteitä.

Argumenttiin liittyy selkeästi vaara formaalin elementin ylikorostamisesta. Vaikka oikean ratkaisun saavuttamisesta ei voitaisi päästä likimainkaan varmuuteen, tuskin voidaan kiistää sitä, että varsin usein oikeudenkäyntiaineiston supistuminen merkittävästikin heikentää oikean ratkaisun edellytyksiä. Yleistyksenä taas voidaan sanoa, että mahdollisuuksia päästä oikeaan tai ainakin parhaiten perusteltuun ratkaisuun voidaan oikeudenkäyntimenettelyssä epäilyksettä parantaa tai heikentää.

Vetoamisvelvollisuuden jakaminen ja kohdentaminen on edellä olevan perusteella keskeinen epävarmuuden aiheuttaja. Teoreettiselta kannalta nämä kysymykset ovat ensimmäisinä lenkkeinä vetoamisvelvoitteiden kaikinpuolista täyttymistä koskevassa päättelyketjussa. Ongelma on varsin relevantti käytännöllisestä näkökulmasta, vaikka se usein saattaa eri syistä jäädä aktualisoitumatta.

3.5.3 Kantajan ja vastaajan vetoamisvelvollisuuden kohdistuminen ja epäsymmetria

3.5.3.1 Yleistä

Väittämistaakkasääntöön sisältyy joitakin perusolettamuksia, jotka enemmän tai vähemmän asettavat suuntaviivoja sen suhteen, millä tavoin laillinen oikeudenkäyntiaineisto jäsentyy. Tällaisia olettamuksia, joiden oikeutusta ei tässä yhteydessä sinänsä pohdita, ovat esimerkiksi (1) ajatus tosiasia-aineiston jäsentämisestä eriaikaisesti relevantiksi tuleviin osiin (ns. suksessiivisen relevanssin periaate) tai (2) vetoamisten sidonnaisuus henkilötahoon siten, että huomioon otetaan vain vetoamisvuorossa olevan henkilötahon suorittamat lausumat (väittämistaakan subjektiivisuus)[109]. Kenties kaikkein perustavin olettamuksista on (3) että jonkun ylipäänsä on erityisellä tavalla saatettava tosiseikasto (tosiasioita koskevat väittämät) osaksi ns. laillista oikeudenkäyntiaineistoa ja (4) että nimenomaan jonkun asianosaisen on tällainen yksilöinti tehtävä silloin, kun asianosaisella olisi kyseessä olevaan oikeussuhteeseen liittyvä määräämisoikeus.

Voisi näyttää jopa siltä, että vetoamisvelvoitteen sisältö voidaan johtaa näiden lähtökohtien pohjalta loogisen välttämättömyyden voimalla.[110] On kuiten-

---

[109] Jos esimerkiksi sopimuksen kohtuuttomuus on vastatosiseikka, subjektiivinen väittämistaakka edellyttää, että vastaaja itse vetoaa kohtuuttomuusarviointiin vaikuttaviin tosiasiaolosuhteisiin.

[110] Niistä seuraakin, että oikeudenkäyntiaineisto on ensinnä jollakin tavoin voitava jaotella osakokonaisuuksiin. Väittämisvelvoitteiden vuorottelussa – koska väitetään jotakin tosiasioiden olemassaolosta – kohteena voi vuorollaan olla jokin asiaintila tai sen negaatio mutta eivät kumpikin yhtä aikaa.

kin erityisesti syytä korostaa, että myös useimmat vetoamisvelvoitteiden ulottumista ja tarkempaa sisältöä koskevat kysymykset edellyttävät normatiivisia valintoja ja että nämä valinnat ovat olennaisesti riippumattomia mainituista lähtökohdista. Esimerkiksi vastaus kysymykseen väittämistaakan jakautumisesta asianosaisten kesken ei seuraa loogisesti siitä, että on päätetty noudattaa suksessiivista relevanssia ja lisäksi henkilötahoon sidottua väittämistaakkaa. Ongelman ratkaisemiseen ei voida osoittaa mitään itsestään lankeavaa kriteeriä. Se ei kylläkään edes ratkeaisi minkään yksinkertaisen formaalin kriteerin avulla. Niinpä esimerkiksi lause, jonka mukaan kunkin asianosaisen pitäisi vedota omaksi edukseen oleviin asiaintiloihin, ei ratkaise kysymystä. Ohje ei nimittäin antaisi vastausta juuri sitä kaipaavaan ongelmaan eli siihen, kumman osapuolen tappioksi asiaintilaan tai sen negaatioon vetoamatta jäämisen tulisi johtaa.

Vastaavalla tavoin avoimen normatiivisia ovat kysymykset yksilöintivelvoitteiden jakamisesta suhteessa tuomioistuimeen samoin kuin oikeudenkäyntiaineiston käsitteellistä jäsentämistä (ks. jaksot 3.5.3–3.5.4) ja yksilöintitarkkuutta (jakso 3.7) koskevat kysymykset.[111]

3.5.3.2 Kantajan ja vastaajan velvoitteiden eroavuudet

Väittämistaakan saatetaan todeta rasittavan kantajaa ja vastaajaa hieman eri tavoin. Kantajalle väittämistaakka aiheuttaa usein enemmän velvoitteita. Tämän sanotaan johtuvan muun muassa siitä, että kantajan on kaikissa tapauksissa vedottava niihin asiaperusteisiin (ns. perustunnusmerkistöön), joihin tämä perustaa vaatimuksensa, kun taas tuomioistuimen velvollisuutena on ilman vastaajan yksilöityä vetoamista (ellei tämä myönnä kantajan vaatimuksia kokonaan oikeiksi) tutkia, aiheutuuko kantajan vetoamista perusteista tämän vaatima oikeudellinen seuraamus. Vastaajan väittämistaakan sanktioimiin velvollisuuksiin ei doktriinin mukaan kuulu sen enempää oikeudellisten väitteiden kuin jo vedotuksi tulleiden (konkreettisen tason) tosiasioiden olemassaoloa/ei-olemassaoloa koskevien väitteiden tekeminen. Vastaajan väittämistaakka kohdistuu ainoastaan ns. vastatosiseikkoihin.[112] Kantajalta sen sijaan edellytetään yksilöidympää vetoamista.

Myöskään kantajan ja vastaajan velvoitteiden eroavuudet eivät johdu suoraan alussa luetelluista olettamuksista. Kantaja ja vastaaja ovat kylläkin jo eräällä tavoin rakenteellisesti toisistaan poikkeavassa asemassa, sillä menettely etenee siten, että kantaja esittää vaatimuksensa väitteineen ensin, minkä perusteella vastaaja ylipäänsä voi lausua riidasta yhtään mitään. Tämän vuoksi saattaisi tuntua jollakin tavoin itsestään selvältä, että ainakin kantajalla on vel-

---

[111] Asianosaisten ja tuomioistuimen välistä vastuunjakoa tarkastellaan eri tavoin jaksossa 3.8 ja luvuissa 4, 7, 8 ja 9.

[112] Ks. *Lappalainen*, LM 1998 s. 136.

vollisuus vedota kanteen perusteina oleviin tosiasioihin. Vastaajan vetoamisvelvollisuutta taas saatettaisiin pitää enemmässä määrin sopimuksenvaraisena instituutiona. Väittämistaakassa on kuitenkin kysymys siitä, että asianosaisen tulee sanktion eli tosiasioiden huomiotta jättämisen uhalla yksilöidä esittämistään tai muutoin tiedossa olevista[113] asiaintiloista ne, joiden oikeudellisen relevanssin tämä tahtoo tuomioistuimen tutkittavaksi. Tällainen yksilöintivelvollisuus on aina sopimuksenvarainen asia ja myös velvoitteen tarkempi sisältö saatettaisiin ratkaista lukemattomin eri tavoin, jopa niin että ainoastaan vastaajan tulisi erityisellä tavalla vedota.

Jotakin merkitystä olettamuksilla silti on ajatellen kantajan ja vastaajan taakkojen eroavuuksia. Niiden johdosta kantajan ja vastaajan rakenteellisesti toisistaan poikkeava asema muodostuu merkitykselliseksi. Kun asianosaisen edellytetään yksilöivän oikeudenkäynnin kohteen ja kun mahdollisen tosiasia-aineiston edellytetään jakaantuvan (jo etukäteen määriteltävällä tavoin) tyypillisesti kantajan/vastaajan tai velkojan/suoritusvelvollisen kannalta edullisiin osiin, on myös ratkaistava, millä tavoin taakka jaetaan asianosaisten kesken. Tällöin on väistämätöntä, että jonkin osan perusteista on kuuluttava kanteen hyväksymisen kannalta välttämättömään osaan tosiseikastoa (ns. perustunnusmerkistöön). Se, millä tavoin oikeudelliset perusteet ja niitä vastaavat konkreettiset tosiseikastot jaetaan perustunnusmerkistöön kuuluviin tosiseikkoihin tai vastatosiseikkoihin, on puhtaasti sopimuksenvarainen kysymys. Jos väittämistaakkanormit kuitenkin koetetaan muotoilla neutraalisti, kantajan vetoamisvelvollisuuden saatetaan uskoa muodostuvan verraten kattavaksi. Jo intuitiivisesti tuntuisi kantajaa liiaksi suosivalta, mikäli vastaajan tulisikin yksilöidä ne tosiasiat, joihin liittyy tai ei liity kantajan vaatima oikeudellinen seuraamus. Niinpä taakkojen epäsymmetria, joka näyttäisi suosivan vastaajaa, perustuu osittain rakenteellisiin syihin ja osittain sellaisiin normatiivisiin lähtökohtiin, jotka ylipäänsä perustelevat väittämistaakkaa.[114] Lähemmässä tarkastelussa saatetaan kuitenkin havaita sellaisiakin eroavuuksia, jotka eivät johdu edellä mainituista syistä.

3.5.3.3 Eroavuuksien lähempi tarkastelu

Vastaajan vetoamisvelvollisuus on kantajan vetoamisvelvollisuutta kevyempi kahdella tavalla. Vastaajan (i) ei enää tarvitse vedota niihin tapahtumainkulkuihin tai asiantiloihin, joihin kantaja jo on vedonnut. Jos kantaja on väittänyt vastaajan aiheuttaneen hänelle vahinkoa tuottamuksellisella toiminnallaan, vas-

[113] Tarkkaan ottaen kyse on tässä vaiheessa *mahdollisista* tapahtumainkuluista ja niitä koskevista *väitteistä*.

[114] Voidaan huomauttaa, että jopa ilman vetoamisvelvollisuutta kantajalta luonnollisesti vaadittaisiin vastaajaa enemmän oikeudellista asiantuntemusta, sillä tämän pitäisi joka tapauksessa esitellä tapahtumainkulku siten, että relevantit tosiasiat tulevat tuomarin havaittaviksi.

taajan ei tarvitse erikseen ilmoittaa, mitkä niistä konkreettisista tapahtumainkuluista tai asiantiloista, joista kantajan mukaan vastaajan tuottamus voidaan päätellä, puhuvatkin tuottamusväitettä vastaan. Tärkeämpää on kuitenkin se, (ii) ettei vastaajan tarvitse vedota niihinkään konkreettisiin tapahtumainkulkuihin tai asiantiloihin, joihin kantaja ei ole vedonnut mutta jotka ovat välittömästi relevantteja kantajan vetoaman 'oikeustosiseikan' kannalta, lähemmin määritellen niihin tosiseikkoihin, joiden katsotaan ainoastaan "riitauttavan" kantajan vetoaman kanneperusteen. Tällaisia jo vedotun oikeustosiseikan riitauttavia olosuhteita esiintyy usein runsaastikin silloin, kun vedotun perusteen tunnusmerkistö on ilmaistu abstraktein termein tai on muusta syystä juridisesti avoin. Asiaa havainnollistaa seuraava esimerkki, joka nojautuu ratkaisun KKO 1989:105 pohjana olleeseen tapaukseen. (Doktriinin kantaa edustaa tässä nimenomaan Juha Lappalaisen tapausta koskeva analyysi.)[115] Ratkaisussa otettiin kantaa siihen, oliko sähköyhtiön työntekijöiden sivulliselle henkilölle aiheuttama vahinko tuottamuksellinen.[116] Välittömästi oikeudellisesti relevantteja tosiasioita olivat eri oikeusasteiden mukaan muun muassa:

> (1) Yhtiö X:n työntekijät olivat moottorikelkalla ajaessaan vaurioittaneet erästä hevosaitausta, minkä seurauksena lämminverihevonen oli päässyt vapaaksi ja vapaana laukatessaan loukkaantunut, mistä puolestaan oli aiheutunut omistajalle taloudellista vahinkoa
>
> (2) Aitaus oli heikkorakenteinen kiinnityksiltään ja ulkonäöltään
>
> (3) Ns. paimenlanka oli kiinnitettynä mm. pajupensaaseen ja roikkui alhaalla, jopa osittain lumen alla
>
> (4) Työntekijät eivät huomanneet, että kyseessä oli hevosten laidunaitaus
>
> Tapauksessa kihlakunnanoikeus velvoitti yhtiön korvausvastuuseen A:n vetoamien kohdassa 1 mainittujen seikkojen perusteella. Hovioikeus hylkäsi korvausvaatimuksen kohdissa 2–3 mainittujen seikkojen takia. Korkein oikeus puolestaan katsoi, ettei korvausvaatimusta olisi voitu hylätä, koska yhtiö ei ollut vedonnut seikkaan 4 eli siihen, etteivät työntekijät olleet tienneet laidunaitauksesta.
>
> Tapausta koskeneessa kommentissaan Lappalainen katsoo muun muassa, ettei vastaajan väittämistaakan piiriin kuulunut vetoaminen siihen, olivatko

---

[115] Ks. *Lappalainen* LM 1990 s. 247–258.

[116] Tuottamusta on uudemmassa kirjallisuudessa tavattu luonnehtia institutionaaliseksi tosiasiaksi, jolle on ominaista mm. se, että niiden konkreettisten tosiasioiden joukko, jotka olisivat välittömästi relevantteja kyseessä olevan kaltaisen termin arvioinnille, on tapauskohtainen ja etukäteen määrittymätön. Esimerkin kaltainen vetoamisvelvollisuuden jakaantuminen ei kuitenkaan koske ainoastaan tällaisia tyypillisesti avoimia tunnusmerkistöjä, sillä enin osa normeista on ainakin jossakin määrin tulkinnanvaraisia ja sitä myötä niitä vastaava konkreettinen tosiseikasto määrittyy tulkinnan yhteydessä.

työntekijät huomanneet aitauksen. Kannanotto edustaa tässä prosessioikeudessa vakiintunutta näkemystä.[117]

Tapauksessa oli relevanttia nimenomaan se, olivatko vastaajat tietoisia aitauksesta. Tässä tarkastellaan myös niiden konkreettisten seikkojen asemaa, jotka olisivat olleet välittömästi relevantteja sen suhteen, olisiko (mikäli tietoisuuden olisi katsottu puuttuneen) vastaajien *pitänyt* olla hevosaitauksen olemassaolosta tietoisia. Seikkoja 2 ja 3 voitaneen pitää tällaisina seikkoina.

Prosessioikeudellisen doktriinin vakiintuneena lähtökohtana voidaan pitää sitä, että kanteen perustunnusmerkistöön ovat kuuluneet kohdassa 1 mainitut seikat. Kantajan on pitänyt vedota niihin konkreettisiin tapahtumiin ja asiantiloihin, jotka välittömästi ”konstituoivat” tuottamuksen. Vastaajalla sitä vastoin ei ole väittämistaakkaa tuottamuksen puuttumisesta. Tämän vuoksi vastaajan ei ole tarvinnut vedota niihin seikkoihin, joiden perusteella tuottamuksen voidaan päätellä puuttuvan.[118] Nähdäkseni tällä voidaan tarkoittaa mm. seuraavaa. Vastaajan ei olisi tarvinnut väittää, ettei hevonen koskaan juossut aitauksen ulkopuolelle,[119] mikä seikka olisi ollut kantajan esittämän tapahtumainkuvauksen negaatio. Tätä tarkoitetaan sanottaessa, ettei vastaajalla ole kiistämistaakkaa; kantajan vetoaman konkreettisen asiaintilan olemassaolon/ei-olemassaolon tutkiminen ei edellytä vastaajan väitettä.[120] Tilannetta saatettaisiin luonnehtia lisäksi siten, ettei vastaajan tarvitse esittää yksilöityä väitettä siitä, ettei tietyillä kantajan vetoamilla konkreettisilla tosiseikoilla ole tämän edellyttämää oikeudellista merkitystä. Vastaajan vetoamisvelvollisuuden täyttää vain yleinen kantajan vaatimusten kiistäminen.

Lausumalla, jonka mukaan kantajan vetoamaa tosiseikastoa ei tarvitse riitauttaa, saatetaan kuitenkin viitata myös siihen, ettei vastaajan ole tarvinnut vedota sellaisiin konkreettisiin tosiseikkoihin, jotka ovat merkityksellisiä arvioitaessa onko vastaaja menetellyt tuottamuksellisesti. Se, että aitaus oli heikkorakenteinen tai että aitauksen paimenlanka oli kiinnitettynä pajupensaaseen ja roikkui alhaalla, on sellainen konkreettinen tosiasia, johon kantajan ei voida järkevästi katsoa ’vedonneen’. Nämä tosiseikat eivät myöskään ole kantajan vetoamien tosiasioiden negaatioita, vaan epäilyksettä vedottuun tapahtumainkulkuun nähden uusia yksityiskohtia, uusia konkreettisia tosiasioita. Silti ne ovat kokonaan vetoamisvelvollisuuden ulkopuolella. Niinpä vetoamisvelvollisuuksien eroavuuden eräs piirre on seuraava. Kantajan pitää vedota niihin konkreettisiin seikkoihin, jotka ovat välittömästi relevantteja arvioitaessa tuottamusperusteisen vastuun syntyä ja puoltavat kantajan vaatimuksia. Ne seikat, jotka

---

[117] Ks. esim. *Boman* 1964 s. 74–75, *Leppänen* 1998 s. 186 alav. 33. Vrt. myös myöhempää tapausta KKO 1997:105, minkä johdosta *Lappalainen* LM 1998 s. 134–138.

[118] Ks. *Lappalainen* LM 1990 s. 255.

[119] … vaan vahingoitti itseään laukatessaan aitauksen sisäpuolella.

[120] Ks. esim. *Lappalainen* LM 1990 s. 255 ja 1993 s. 105.

vaikuttavat oikeudellisessa arvioinnissa kantajan vaatimusta vastaan, tutkitaan viran puolesta eli riippumatta siitä, onko näihin seikkoihin (tai niiden negaatioon) erityisellä tavalla vedottu. Doktriinin[121] antama selitys tähän eroavuuteen on se, että nämä seikat ainoastaan riitauttavat kantajan jo vetoaman tosiseikaston ja ovat vain *näyttöä* siitä, ettei vastaaja olisi menetellyt tuottamuksellisesti.[122]

Oikeuskirjallisuus näyttää usein tyytyneen jättämään kysymyksen kantajan ja vastaajan vetoamisvelvollisuuden eroavuuksien perusteluista (tässä myös tarkemmasta sisällöstä) tarkastelunsa ulkopuolelle.[123] Bomanin tarkastelemassa esimerkissä on kyse vetoamisesta 'sopimuksen sisältöön', joka on 'tuottamusta' vastaava huomattavan abstrakti juridinen käsite. Argumentaatiota voidaan pitää jopa käsitteellisenä, sillä Boman mainitsee keskeisimpänä perusteluna sen, että kantajan vetoamien perusteiden riitauttaminen merkitsee väitettä siitä, ettei kantajan väittämää 'perustetta' ole olemassa:

> ”Att svarandens version av avtalet icke är ett motfaktum förvånar ju ej heller*, om man tänker på huru motfaktum definierats.* Ett sådant skulle ju vara *en omständighet, som medför, att* grunden icke har den juridiska betydelse, som eljest skulle tillkomma den. Men i detta fall förhåller det sig ju icke så, att svaranden åberopat något ytterligare faktum, som förtar grunden dess verkan. *Svaranden angriper i stället själva grunden och gör gällande, att åberopade omständigheter i denna i själva verket aldrig existerat.*”[124] (kurs. JV)

Boman katsoo ensinnäkin, (1) ettei vastaaja (esimerkiksi esittäessään oman versionsa sopimuksen sisällöstä) esitä olosuhdetta, joka muuttaisi vedotun 'perusteen' oikeudellista arviointia. Siksi kyseessä ei ole 'vastatosiseikka'. 'Perusteella' Boman tarkoittaa niitä konkreettisia tosiseikkoja, joihin liittyy tietty oikeudellinen seuraamus. Esittäessään oman versionsa sopimuksen sisällöstä kantaja on esittänyt tosiasioita, joihin liittyy (jokin) oikeudellinen seuraamus. Vastaajan puolestaan ei tarvitse vedota omaan versioonsa sopimuksen konkreettisesta sisällöstä siksi, (2) että kantajan esittämästä poikkeava versio ainoastaan ”riitauttaa” kantajan esittämän 'perusteen' olemassaolon; kantajan esittämästä poikkeava sopimusehto merkitsee, ettei sellaista konkreettisten to-

---

[121] *Lappalainen*, LM 1990 s. 255; *Boman* 1964 s. 75.

[122] *Lappalainen* LM 1990 s. 255: ”Kun kantajalla on tuottamuksesta väittämistaakka, merkitsee tämä kääntäen sitä, *ettei vastaajalla voi olla väittämistaakkaa tuottamuksen puuttumisesta*. Väittämistaakka tietystä oikeustosiseikasta tai sen negaatiosta voi olla vain jommallakummalla asianosaisella. Jos siis vastaaja jollain perusteella *kiistää tuottamuksen olemassaolon,* kyseessä ei ole väittämistaakan 'kantamista' tarkoittava prosessitoimi, vaan yksistään kantajan esityksen riitauttava lausuma, jonka näyttöarvon tuomioistuin harkitsee vapaan todistusharkinnan sääntöjen mukaan.” Vastaavasti *Boman* 1964 s. 75 ja *Leppänen* 1998 s. 186 alav. 33.

[123] Ks. esitetyistä perusteluista *Lappalainen* LM 1990 erit. s. 256–258 sekä *Boman* 1964 s. 74–75.

[124] *Boman* 1964 s. 75.

siseikkojen ja niihin liittyvien oikeusseuraamusten kokonaisuutta (eli perustetta), johon kantaja on vedonnut, ole olemassa.

Edellä oleva argumentaatio edellyttää käsitystä siitä, mitä 'perusteella' tarkoitetaan. Se edellyttää myös oletusta, ettei vedotun tosiseikaston negaatioon ('perusteen' ei-olemassaolo) tarvitse vedota.[125] Samalla argumentaatio ohittaa asia-argumentit.

Ilman lisäkriteereitä ei voida tietää, "riitauttaako" vastaaja esittäessään kantajan vetoamasta poikkeavan tapahtumainkulun kanneperusteen olemassaolon vai esittääkö tämä tosiasian, joka "muuttaa" kantajan vetoamien tosiasioiden oikeudellista merkitystä (jolloin väittämistaakkaopeista näyttäisi seuraavan vastaajalle vetoamisvelvollisuus). Vaikka hyväksyttäisiin, ettei vedotun tosiseikaston negaatioon tarvitse vedota, ei vielä tiedettäisi, pitääkö vastaajan vedota kanneperusteen arvioinnin kannalta relevantteihin tosiasioihin. Vastaajan vetoamisvelvollisuuden tarkempi sisältö ei ratkea puhtaasti käsitteellisin kriteerein, vaan on avoin normatiivinen kysymys.[126]

Vastaamatta jää, miksi selvästikin ensimmäistä kertaa esille tulevaa konkreettisen tason asiaintilaa ei nyt pidettäisikään 'vastatosiseikkana', vaan sen katsottaisiin ainoastaan "riitauttavan" kantajan esittämän tulkinnan sopimuksen sisällöstä; miksi toisin sanoen kantajan vetoama 'peruste' (tosiseikasto) nyt muodostaakin jakamattoman kokonaisuuden? Miksi se siinä tapauksessa ei muodostanut jakamatonta kokonaisuutta kantajan siihen vedotessa?

Vastaaja-asema lievennyksen syynä?

Saatettaisiin ajatella, että vastaajan suppeampi vetoamisvelvollisuus johtuisi tietoisesta pyrkimyksestä suosia vastaajaa hänen puolustuksellisen asemansa takia. Kotimaisessa kirjallisuudessa on nimittäin toisinaan katsottu, että asianosaisen prosessuaalisella vastaaja-asemalla olisi vaikutusta vetoamislausumien tulkintaan.[127]

Vastaajaa ei kuitenkaan nyt välttämättä erityisellä tavoin suosita. Sama ilmiö – vastapuolta lievempi vetoamisvelvollisuus – tulee nimittäin kantajan hyödyk-

---

[125] Tämäkin sääntö todetaan voimassa olevaksi asian viimekätisiä perusteluja sen enempää pohtimatta. Ks. *Boman* 1964 s. 80 alav. 7. (Vrt. myös *Ekelöf* II 1984 s. 122 ja *Ekelöf* V 1990 s. 22–23.) Todettakoon, että oikeudenkäymiskaari edellyttää asianosaiselta (oletettavasti vain ns. pedagogisessa tarkoituksessa) kannanottoa vastapuolen vetoamiin tosiasioihin, siis käytännössä riitauttamista tai myöntämistä, vaikkakin myös passiivinen vastaus sallittaneen, mihin puolestaan tuomarin tulee kyselytoimin asianosaisia kehottaa.

[126] Tämä johtuu juuri siitä, että kyseessä on abstrakti tosiasia, jonka olemassaolosta tai ei-olemassaolosta ei voida edes välillisesti tehdä empiirisiä havaintoja. Kysymys 'tuottamuksen' olemassaolosta ratkeaa normatiivisen arvostelun pohjalta. Normatiivisessa arvioinnissa tällainen seikka on jaettava (sopimuksenvaraisesti) osatekijöihin, joiden pohjalta kysymystä itse oikeustosiseikan olemassaolosta saatetaan ryhtyä keskustelemaan. Väittämistaakan (tai todistustaakan) jako osatekijöiden suhteen puolestaan on sekin sopimuksenvarainen.

[127] Ks. *Lappalainen* 1995 s. 406 ja 1986 s. 501; *Halila* 1950 s. 273 ss.

si silloin, kun vastaaja joutuu vetoamaan sellaiseen vastatosiseikaksi luokiteltavaan tosiasioiden kokonaisuuteen, joka on edellä mainitulla tavoin tunnusmerkistöltään avoin. Tällaisia perusteita ovat olleet tyypillisesti oikeustoimen pätemättömyyden aiheuttavat perusteet tai sopimuksen kohtuuttomuus. Vetoamislausumien täsmällisyysvaatimuksen osalta eroavuus ei oikeastaan liity asianosaisen prosessuaaliseen asemaan. Keskimääräisesti ottaen vastaaja tosin hyötyy vetoamisilta edellytetystä yksityiskohtaisuudesta, sillä kantaja joutuu kaikissa tapauksissa suorittamaan vetoamistoimia kun vastaaja saattaa hyvällä tuurilla selvitä ilmankin. Käytännössä doktriinin kanta saattaa selittyä sillä, ettei osapuolten yhtä laajaa yksilöintivelvollisuutta kenties ole nähty välttämättömänä väittämistaakkanormeilla tavoitellun dynamiikan (viime kädessä prosessitaloudellisten tavoitteiden) kannalta.

3.5.4 Oikeustoimen kohtuuttomuus ja pätemättömyys vetoamisvelvollisuuden jaon kohteina – kuka on vetoamisvelvollinen?

Väittämistaakan jakamisessa on kyse suhtautumisesta siihen, ettei johonkin tosiasiaan, joka saattaisi vaikuttaa asian oikeudelliseen arviointiin, ole osapuolten toimesta lainkaan vedottu. Aineellisen lainsäädännön tiedetään esimerkiksi edellyttävän, ettei velka ole vanhentunut. Noudatettaessa väittämistaakkasääntöä (taakan ollessa subjektiivinen) joko kantajan on vedottava velan vanhentumiseen tai vastaajan tämän seikan negaatioon eli siihen, ettei velka ole vanhentunut. Lausuttu ei kuitenkaan vastaa siihen, kumman asianosaisista pitää vedota. Ongelmaa ei voida ratkaista asettamalla vetoamisvelvollisuus sille osapuolelle, jonka eduksi kyseessä oleva seikka koituisi,[128] sillä tämä juuri on vastausta kaipaava kysymys; on ratkaistava, onko velan vanhentumattomuus maksuvelvollisuuden edellytys vai vanhentuneisuus maksuvelvollisuuden poistava seikka.

Väittämistaakkaoppien mukaan velvollisuus vedota sopimuksen pätevyyden edellytyksiin on sillä osapuolella, joka katsoo sopimuksen olevan pätemätön. Velvollisuus vedota sopimuksen pätemättömyyteen tai kohtuuttomuuteen on kysymyksenä samalla tavalla normatiivinen kuin vastaajan velvollisuus vedota velan vanhentuneisuuteen. Vetoamisvelvollisuuden jako ei myöskään seuraa sen enempää jura novit curia -periaatteesta kuin muustakaan formaalista kriteeristä. Pätemättömyyttä tai kohtuuttomuutta (välittömästi) puoltavien tosiseikkojen määrittelemiseen ’vastatosiseikoiksi’ ei riittäisi esimerkiksi niiden käsitteellinen luokitteleminen ’sopimuksen sisällöstä’ erillisiksi perusteiksi tai perusteiksi, jot-

[128] Vrt. ns. subjektiivisen väittämistaakan määritelmään: oikeustosiseikan huomioon ottamisen edellytyksenä on, että se asianosaisista, jonka eduksi seikka koituisi, vetoaa seikkaan. Tämä määritelmä vastaa kuitenkin eri kysymykseen; siihen, riittääkö että jompikumpi osapuolista on vedonnut vai edellytetäänkö, että se osapuoli, jonka eduksi seikka koituisi, vetoaa itse.

ka puhuvat kantajan vaatimuksia vastaan.[129] Vaikka sopimuksen pätemättömyyttä merkitsevät seikat tiedetään tyypillisesti vastaajan eduksi oleviksi ja tässä mielessä vastustamisperusteen muodostaviksi seikoiksi, ei voida tietää, etteikö jo kantajan olisi pitänyt väittää sopimuksen olevan pätevä ja kohtuullinen. Ei voida toisin sanoen tietää, etteikö kantajan tulisi vedota sopimuksen pätevyyden edellytyksiin.[130]

Väittämistaakan asettamista pätemättömyydestä hyötyvälle osapuolelle on perusteltu vakuuttavimmin toteamalla, että kaikista sopimuksista ylivoimaisesti suurin osa on päteviä.[131] Tämän takia pätevyyskysymyksen ottaminen tutkittavaksi kaikissa sopimusperusteisia vaateita koskevissa oikeudenkäynneissä olisi epätaloudellista. Yhtä vakuuttava sitä vastoin ei olisi argumentti, jonka mukaan aiheuttaisi hankaluuksia, mikäli kantajan tulisi kaikissa tapauksissa erikseen ilmoittaa vetoavansa sopimuksen pätevyyteen.[132] Käytännössä saatettaisiin nimittäin presumoida kantajan sopimukseen vedotessaan olettavan sopimuksen olevan pätevä / kohtuullinen. Voidaan myös lisätä sisällöllinen vasta-argumentti. Mikäli sopimussuhteissa edellytetään vilpittömyyttä ja kohtuutta, ei ole välttämätöntä aivan erityisesti suojata aineellisesti pätemättömään sopimukseen perustuvia oikeuksia. Asianosaisen kuulemisoikeus, jota ei voida sivuuttaa, ei sekään ilman muuta tällaista edellytä.

Prosessitaloudellinen argumentti olisi erityisen vakuuttava, mikäli käytettävissä olisi vain kaksi vaihtoehtoa, tutkinnan laajeneminen kaikissa tapauksissa konkreettisestikin koskemaan pätevyyden edellytyksiä tai pätevyyskysymyksen rajautuminen oikeudenkäynnin ulkopuolelle. Argumentti menettää painoaan tilanteessa, jossa sopimusta voitaisiin tiedossa olevan aineiston valossa pitää joko varmuudella tai vaikkapa vain hyvin todennäköisesti pätemät-

---

[129] Vanhemmassa kirjallisuudessa kriteerinä esiintyy jaottelu *oikeutta perustaviin, estäviin* sekä *poistaviin* perusteisiin. Ks. Suomen osalta *Wrede* (1943 s. 28 ss. ja 35 ss.), *Sjöström* (1916 s. 165 ss.) ja tämän johdosta *Boman* 1964 s. 206–207 ja 184–185. (Hieman yllättävää on, että *Boman*, vaikka painottaakin, ettei väittämistaakan jakaminen voi perustua puhtaaseen käsite-erotteluun, katsoo reaalisin argumentein voitavan tukea käsitystä, jonka mukaan erottelun oikeutta perustaviin / poistaviin perusteisiin tulisi toimia väittämistaakan jaon kriteerinä. Pitäisin olennaisena sitä, ettei tietystä perusteesta (normista sitä vastaavine tosiseikastoineen) – kuten juuri sopimuksen pätevyyden / pätemättömyyden edellytyksistä – voida pelkästään käsitteellisesti päätellä, onko kyseessä oikeutta 'perustava' vaiko 'poistava' peruste.

Vastaavanlaisista käsitteellisistä kriteereistä todistustaakan yhteydessä ks. esim. *Klami* DL 1990 s. 9–10, *Halila* 1955 erit. s. 30–51.

[130] Mielenkiintoinen vertailu voidaan tehdä sopimusoikeudelliseen keskusteluun. *Pöyhönen* (1988 s. 247), tahtoessaan korostaa sopimusehtojen hyväksyttävyyden merkitystä, lukee pätevyyden sopimuksen syntymisen edellytyksiin, jolloin kysymykseen on otettava (aineellisesti) kantaa varhaisemmassa vaiheessa verrattuna siihen, että kyseessä olisi sopimuksen vaikutuksia poistava seikka. "*Jos sen sijaan pystytään osoittamaan, ettei yhteisöllinen käytäntö, johon annettu tahdonilmaisu tai synnytetty luottamus perustuu, ole oikeudenmukainen, niin sopimusvastuuta ei koskaan saada syntymään.*"

[131] *Boman* 1964 s. 255.

[132] *Boman* 1964 s. 255–256.

tömänä. Pätevyysedellytysten kuulumisen periaatteessa huomioon otettavien näkökohtien piiriin ei tarvitse aiheuttaa lisätyötä, mikäli tällaisten normien soveltumisesta ei (jo tiedossa olevan perusteella) ole viitteitä.[133] Kyse on joka tapauksessa valinnasta sen suhteen, hyväksytäänkö (väittämistaakan perusidean mukaisesti) mieluummin riski jopa todennäköisesti tai ilmeisesti relevanttien näkökohtien jäämisestä tutkimatta vai riski tuomioistuimelle ja asianosaisille aiheutuvan työmäärän lisäyksestä.[134]

Käytännössä olisi siis mahdollista omaksua tulkintasääntö, jonka mukaan kaikkiin sopimusperusteisiin vaatimuksiin lähtökohtaisesti sisältyisi väite pätevyysedellytysten täyttymisestä. Tällainen ratkaisu, ollakseen käytännöllinen, edellyttäisi todistustaakan säilyttämistä yhä sillä osapuolella, jonka eduksi pätemättömyys koituisi. Mutta olisiko tällainen tulkintasääntö sitten tarpeellinen? Samaan lopputulokseen eli pätevyyskysymyksen tutkimiseen päädyttäisiin katsomalla yksinkertaisesti, että sopimuksen sitovuuden edellytykset pitää tutkia (vastaajan hyväksi) viran puolesta. Edellä oleva osoittaa kuitenkin sen, ettei sopimuksen sitovuuden edellytysten tutkimatta jättäminen, mikäli juuri vastaaja ei ole vedonnut näiden edellytysten puuttumiseen, ole millään tavoin lähtökohtaisesti luontevampi tai ilmeisempi ratkaisu kuin tutkiminen.[135]

Asiallisesti ottaen vetoamisvelvollisuuden kohdentaminen sille osapuolelle, joka katsoo sopimuksen olevan pätevä (tai kohtuullinen, kokonaan sitova) merkitsee samaa kuin pätevyysedellytysten tutkiminen viran puolesta. Kumpikin edellyttäisi käytännössä sitä, että tuomioistuimelle asetettaisiin vastuuta näytön selvittelemisestä, jos oikeudenkäyntiaineistoon sisältyisi merkittäviä viitteitä pätemättömyyssäännösten soveltumisesta. Siksi ratkaisu soveltuisi lähinnä vain vahvimpiin pätemättömyysperusteisiin. Eräiden sopimuksen pätevyysedellytysten on oikeuskirjallisuudessa ehdotettu sisältyvän sopimukseen vetoavan kantajan väittämistaakan piiriin. Kaiston mukaan absoluuttisen pakon, törkeän pakon (OikTL 28 §) tai oikeustoimikyvyttömyyden (OikTL 33 §) aiheuttama pätemättömyys sisältyisi kantajan väittämistaakkaan. Kantajan tulisi nimittäin tulkita vetoamislausumillaan edellyttävän, että vastapuoli on sitoutunut sopimukseen näiltä osin pätevästi.[136]

---

[133] On huomattava, että menettelysäännöt edellyttävät mahdollisesti relevanttien kysymysten kartoittamista, yksilöintiä ja myös rajaamista valmistelun aikana.

[134] Väittämistaakkaopin alkuperäiseen ideaan kuuluu ajatus siitä, että asianosaiselle aiheutuu väittämistaakasta myös viimekätinen oikeudellinen vastuu vetoamisistaan. Tässä mielessä väittämistaakka merkitsee joko/tai -valintaa prosessitalouden ja asian mahdollisimman perusteellisen tutkimisen välillä.

[135] Vastaavasti sitovuusedellytysten tutkimista ei ole välttämätöntä luonnehtia osoitukseksi 'sosiaalisesta' ajattelusta. Ainoastaan, jos lähtökohtana olisi huomattavan voimakas pyrkimys rajata aineistoa oikeudenkäynnin ulkopuolelle, saattaisi tuntua houkuttelevalta kutsua vetoamisvelvollisuuden kääntämisen perusteita sosiaalisiksi. Prosessitaloudellisiin näkökohtiin on kylläkin joskus liitetty varsin voimakkaitakin rajaamispyrkimyksiä.

[136] Ks. *Kaisto* 2007 s. 107–109.

3.5.5 Tosiasiaväitteiden yksilöintivelvollisuus osana velvoitteiden jakoa

Oikeuskirjallisuudessa vakiintuneen, edellä selostetun yleisnäkemyksen valossa myös sopimuksen kohtuuttomuuteen vetoavan asianosaisen vetoamisvelvollisuus on raskaampi kuin hänen vastapuolenaan olevan. Sama koskee sopimuksen ns. yleisiin pätemättömyysperusteisiin vetoavan ja hänen vastapuolensa velvoitteita. Eroavuus johtuu ennen kaikkea siitä, että ns. *vastaindisioina*[137] vaikuttavat faktaolosuhteet tutkittaisiin viran puolesta, kun taas oikeustoimen kohtuuttomuutta tai pätemättömyyttä perustelevat faktaolosuhteet olisivat vetoamisvelvollisuuden piirissä. Voidaan sanoa, että esimerkiksi sopimuksen kohtuuttomuuteen vetoavan asianosaisen pitää yksilöidä väitteensä perusteena olevat tosiasiat huomattavasti perusteellisemmin kuin hänen vastapuolenaan olevan asianosaisen.[138] Tähän kysymykseen palataan luvussa 3.7. Tuolloin nimittäin tarkastellaan lähemmin vetoamisvelvollisuuden ulottuvuutta avoimin termein ilmaistavien faktaolosuhteiden osalta. (Ks. 3.7.6.)

3.6 KUINKA OIKEUS- JA TODISTUSTOSISEIKAT EROTETAAN TOISISTAAN?

3.6.1 Yleistä tosiasioiden vahvistamisen ja niiden oikeudellisen arvioinnin erottelusta

Faktojen ja normien erottelussa on kyse muun muassa siitä, kuinka voidaan erottaa toisistaan ajallisesti, loogisesti, perustelujen suhteen selkeästi erottuviksi oikeudellisen ratkaisuharkinnan osioiksi oikeusohjeen sisällön selvittäminen, jutun tosiasioiden olemassaolon vahvistaminen ja oikeudellisen merkityksen antaminen jutun tosiasioille.

Normitunnusmerkistön ollessa hyvin yksinkertainen tämä erottelu ei tuota ongelmia. Jos lain mukaan sunnuntaina tehtävästä työstä on maksettava 100

---

[137] Vastaindisiolla tarkoitetaan tässä sellaista yksittäistä faktaolosuhdetta, joka vaikuttaa soveltamisharkinnassa tunnusmerkistöltään avoimen normin soveltumista vastaan. Esimerkiksi *Pöyhönen* (1988 s. 258) puhuu oikeustoimen kohtuullistamisharkintaan vaikuttavista vastaindisioista. Näitä voivat olla esimerkiksi se, että käytetyn auton ostaja on ammatiltaan autonasentaja tai että sopimussuhteessa epäedulliseen asemaan joutunut osapuoli on toiminut epälojaalilla tavalla. Ks. *Pöyhönen* 1988 s. 315 ja 331.

[138] Oikeustapaus KKO 2004:11 sivuaa sopimuksen kohtuullistamisvaatimusta vastustaneen asianosaisen (vastaaja) väittämistaakkaa. Ratkaisussa vuokranantajan ei katsottu vedonneen uuteen seikkaan, vaikka vuokranantaja oli vasta hovioikeudessa tuonut yksilöidysti esiin maanvuokrasopimukseen sisältyneen ehdon, jonka tämä katsoi vaikuttavan arvioon vuokran määrän kohtuullisuudesta. Käräjäoikeudessa vuokranantaja (tai nykyistä sopimusosapuolta edeltänyt asianosaistaho) oli vastustanut vuokran kohtuullistamista koskevaa vaatimusta ”katsoen, ettei sovittelulle ole perusteita oikeustoimen koko sisältö ja osapuolten asema huomioon ottaen”.

%:lla korotettua palkkaa, saatetaan korotusta perustelevat tosiasiat (työn ajoittuminen sunnuntaipäivään) normaalitapauksessa todeta verrattain helposti, minkä jälkeen (teoriassa myös ajallisessa mielessä) voidaan siirtyä kysymykseen siitä, onko työtä tehty juuri sunnuntaipäivänä ja kuinka monen tunnin osalta.[139]

Jos normitunnusmerkistö on avoin, nämä oikeudellisen ratkaisun vaiheet eivät erottaudu selkeästi toisistaan. Mahdollisesti relevantteja tosiasioita ei voida luetella etukäteen, vaan ne joudutaan tuottamaan esille tulkinnan kautta. Vasta lopullinen ratkaisuharkinta kertoo esimerkiksi sen, mitä ovat ne relevantit tosiasiat, joiden olemassaoloon jutussa on tarpeen ottaa kantaa. Tähän näkökohtaan saattaa liittyä ongelmia siksi, että monet prosessinormit ja prosessioikeuden peruskäsitteet rakentuvat fakta- ja oikeuskysymyksen erottelun varaan. Näitä ovat esimerkiksi väittämistaakka, todistustaakka, todistusharkinta sitä koskevine sääntöineen ja todistelumenettely.

Vetoamisvelvollisuuden osalta ongelmana on, mitä ovat velvoitteen kohteena olevat oikeustosiseikat. Tähän liittyy kaksi pääasiallista näkökohtaa. Ensinnäkin faktat on erotettu niiden oikeudellisesta luonnehdinnasta. Vetoamislausumin ei toisin sanoen tarvitse esittää juridisia luonnehdintoja.[140] Näkemyksen pätevyyttä käsitellään lähemmin luvussa 3.7. Tämän luvun aiheena on, kuinka erottaa toisistaan ne oikeudellisessa arvioinnissa välittömästi relevantit tosiasiat, joihin pitää vedota ja ne vain välillisesti relevantit (eli vain näyttöarvoa relevanteista tosiasioista omaavat) seikat, joihin ei tarvitse vedota.[141] Myös tämä kysymys liittyy nimenomaan faktojen ja normien käsitteelliseen erotteluun.

Näyttövelvollisuuden kohdetta koskeva normi on muotoiltu samalla tavalla: näyttövelvollisuuden sanotaan kohdistuvan ”oikeustosiseikkoihin” eli seikkoihin, jotka ovat välittömästi relevantteja ajatellen oikeusseuraamusten määräämistä.[142] Tämän vuoksi on aiheellista kysyä, tarkoitetaanko oikeustosiseikoilla täysin samaa asiaa riippumatta siitä, puhutaanko vetoamis- vai näyttövelvollisuudesta. (Ks. 3.6.2–3.6.4.) Ymmärretäänkö vetoamisvelvollisuuden toisin sanoen kohdistuvan samoihin tosiasioihin (tai samoja tosiasioita koskeviin väitteisiin) kuin näyttövelvollisuuden? Kysymyksen merkitys liittyy luonnollisesti siihen, voisiko vetoamis- ja näyttövelvollisuuden kohteena olevilla tosiasiaväitteillä olla jokin yhteinen, riittävä määrittelykriteeri. Myönteisessä tapauksessa se voisi olla luonteeltaan lähinnä käsitteellinen, formaali. Juuri näin asia luultavasti usein ymmärretään ainakin pinnallisessa katsannossa.

---

[139] Ks. myös *Lindellin* (1987 s. 180–181) mainitsemia esimerkkejä.

[140] Ks. esimerkiksi *Ekelöf*, TfR 1945 s. 226; *Boman* 1964 s. 46 ja 9–10; *Olivecrona* 1966 s. 219–220. Samoin *Lindell* 1987 s. 28.

[141] *Ekelöf* 1956 s. 57; *Boman* 1964 s. 46; *Olivecrona* 1966 s. 217; *Lindell* 1987 s. 28.

[142] Ks. esimerkiksi *Ekelöf – Boman* IV 1992 s. 66–67 vrt. s. 13; *Lappalainen* LM 1986 s. 757–758; *Jonkka* 1991 s. 9 alav. 13.

3.6.2 Erottelun perusteet puhuttaessa vetoamisvelvollisuuden kohteesta

Kun vetoamisvelvollisuus kohdistuu vain ”välitöntä” oikeudellista relevanssia omaaviin tosiseikkoihin, nämä on voitava erottaa vain ”välillisesti” relevanteista seikoista. Puhutaan oikeustosiseikoista ja todistustosiseikoista, siitä riippuen katsotaanko ko. seikan voivan olla vetoamisvelvollisuuden kohteena.[143] Näkemys perustuu lainopissa omaksuttuun määrittelyyn.[144]

Toisin kuin tästä muotoilusta saattaisi päätellä, erottelussa ei useimmiten ratkaisevaa ole se, onko puheena olevan tosiseikan merkitys suhteessa oikeusseuraamukseen välitöntä vai välillistä, vaan ennemminkin päättelyn tietoteoreettinen luonne. Ratkaisevaa on se, onko puheena olevan tosiasian merkitystä koskeva päättely luonteeltaan empiiristä vai arvostuksenvaraista (oikeudellista). Myös avointen tunnusmerkistöjen kannalta merkityksellisten faktojen relevanssi saatettaisiin nimittäin aivan hyvin tulkita ”välilliseksi”: nehän vaikuttavat oikeusseuraamukseen tavallaan ko. yksittäisten faktojen juridisen arvioinnin ”välityksellä”. Esimerkiksi huono näkyvyys, heikot keliolosuhteet ja tilanteeseen nähden korkea ajonopeus saattavat yhdessä merkitä, että autoilijan katsotaan aiheuttaneen jalankulkijalle syntyneen vahingon tuottamuksellisesti.[145] Tai vaihtoehtoisesti saatettaisiin sanoa, että tuottamus toimii välittävänä tosiasiana. Sitä vastoin voidaan sanoa, että arvioitaessa mitä mainitut seikat merkitsevät ajatellen tuottamuksen olemassaoloa, päättely on arvostuksenvaraista. Lähinnä tämä näkökohta myös selittää sen, että nämä yksittäiset faktaolosuhteet voidaan asettaa vetoamisvelvollisuuden alaisiksi.

Erottelu välittömään ja välilliseen oikeudelliseen relevanssiin toimiikin ainoastaan ideaalisissa tilanteissa, silloin kun on puhe tyypillisistä todistustosiseikoista. Jos päättelyketjussa on kaksi empiirisesti pääteltävää faktaa, saatetaan sanoa, että näistä toisen oikeudellinen merkitys on välillinen. Jarrutusmatka, keliolosuhteet ja renkaiden laatu ovat tyypillisiä todistustosiseikkoja, jos niiden pohjalta ollaan tekemässä päätelmiä kulkuneuvon ajonopeudesta. Ajonopeus päätellään nyt empiirisesti. Päättely ajonopeuden määrittämisestä eteenpäin puolestaan ei enää ole empiiristä, vaan juridista. Juuri ajonopeus on seikka, jo-

---

[143] Virallistutkintaisiin seikkoihin ei tarvitse vedota muista syistä.

[144] Ks. *Ekelöf* 1956 s. 57; *Boman* 1964 s. 46; *Olivecrona* 1966 s. 217; *Lindell* 1987 s. 28. Vetoamisvelvollisuuden kohteena ovat seikat, jotka ovat välittömästi merkityksellisiä suhteessa jutussa lain mukaan (mahdollisesti) määrättävään oikeusseuraamukseen. Lakitekstissä puhutaan vain ”seikoista”, lain esitöissä jo taas oikeustosiseikoista (ks. esimerkiksi HE 154/1990 s. 29). OK 24:3.2:n mukaan asiassa, jossa sovinto on sallittu, tuomiota ei saa perustaa seikkaan, johon asianosainen ei ole vaatimuksensa tai vastustamisensa tueksi vedonnut.

[145] Tämä tuottamukselliseen korvausvastuuseen liittyvä tapaus esitetään hyvin usein esimerkkinä todistus- ja oikeustosiseikkojen erottelusta. Ks. esimerkiksi *Boman* SvJT 1960 s. 387; *Ekelöf – Boman* IV 1992 s. 13 alav. 5 tai vastaavasti *Bolding* (1989 s. 21–22), joka viittaa niin ikään autoilijan tuottamuksellisesti aiheuttamaan vahinkoon.

hon oikeusvaikutukset kytkeytyvät ja johon vetoamisvelvollisuus kohdistuu. Tässä tilanteessa voidaan sanoa, että ajonopeuden oikeudellinen merkitys on välitöntä kun taas nopeuden osoittaneilla faktaolosuhteilla ei sellaisenaan olisi mitään juridista vaikutusta.

> Ajonopeuden välitön oikeudellinen merkitys voi olla lähinnä rikosoikeudellista ja se saattaisi liittyä esimerkiksi ylinopeuteen (vrt. TLL 98 §) tai liikenteen vaarantamiseen (vrt. RL 21:3). Ensiksi mainitussa tilanteessa ajonopeuden oikeudellinen merkitys voidaan arvioida varsin mekaanisesti. Kyse olisi silti oikeudellisesta päättelystä, joka ei voi nojautua yksinomaan havaintoihin. Jos arvioidaan ajonopeuden merkitystä muulle liikenteelle aiheutuneen vaaran kannalta, arviointi muuttuu huomattavasti arvostuksenvaraisemmaksi.

Erottelu liittyy vakaumukseen, jonka mukaan oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa on olennaisen tärkeää erottaa toisistaan faktojen olemassaolon vahvistamista ja faktojen oikeudellisen merkityksen arviointia[146] koskeva kysymys. Tässä jaottelussa vetoamisvelvollisuutta ei ole ulotettu todistusratkaisuun, tuomioistuimen tutkintavaltaa kaventaen. Todistusratkaisussa huomioon otettaviin tosiseikkoihin ei siksi tarvitse vedota. Oikeudellista harkintavaltaa vetoamisvelvollisuus sitä vastoin rajoittaa siten, että vain vedotut tosiseikat voidaan asettaa tuomion faktaperusteiksi.[147]

Rajankäynnin perustelu liittynee yksinkertaisesti siihen, että todistusharkinta on tahdottu pitää vapaana. Oikeudellisessa mielessä perustelu saatetaankin liittää vastaavaan todistusoikeudelliseen periaatteeseen.[148]

Käsitteellisessä mielessä erotteluun liittyy siis kuitenkin ongelmia. Määritelmän mukainen ideaalitapaus on tilanne, jossa normin tosiasiatunnusmerkistö on ilmaistu käyttäen puhtaasti deskriptiivistä termiä. Kaikki avoimen termin sisältävät tunnusmerkistöt sitä vastoin aiheuttavat kysymyksen, onko välittömästi relevanttina tosiasiana pidettävä abstraktein termein ilmaistua tosiasiaa (nimettyä oikeutta, velvollisuutta tms.) vai niitä havaintomaailman tosiasioita, joille annetaan merkitystä oikeuden olemassaoloa koskevassa, luonteeltaan oikeudellisessa arvioinnissa.

Yksiselitteistä vastausta ei saada lopulta myöskään edellytetyn päättelyn tietoteoreettisesta luonteesta. Avoimen termin aktualisoimien tosiseikkojen merkityksen arviointiin liittyy nimittäin aina sekä oikeudellista että empiiristä har-

---

[146] Toisin sanoen kysymys, mikä oikeudellinen merkitys jutussa esiintyville tosiasioille annetaan.

[147] Epäsuorasti vetoamisvelvollisuus voi tehdä koko todistelun – vetoamatta jääneiden teemojen osalta – tarpeettomaksi. Mutta kun riidan kohde on täsmennetty, ei faktojen olemassaoloa koskevaan ongelmaan *enää* saisi puuttua.

[148] Väittämistaakkaa koskevissa esityksissä syitä ei yleensä tarkastella. *Ekelöf* (1956 s. 57) viittaa Ruotsin oikeudenkäymiskaaren esitöihin.

kintaa. Kumpaa näistä tarvitaan enemmän, saattaa sekin olla vaikea ratkaista. Ongelmallisimpia näyttävätkin olleen sellaiset tosiseikastot, joiden osalta on vaikeinta tietää, painottuuko niiden merkitystä koskevassa arvioinnissa enemmän empiirinen vai oikeudellinen (arvostuksenvarainen) elementti.[149]

Lisäksi avoimen termin sisältäviä tunnusmerkistöjä saatetaan täsmentää alemmalle abstraktiotasolle sijoittuvin käsittein. Käytettävissä on toisin sanoen periaatteessa rajaton määrä vaihteleville abstraktisuuden tai konkreettisuuden tasoille sijoittuvia tosiasiaväittämiä, joiden kohdalle todistusharkinnan ja oikeudellisen harkinnan raja voitaisiin ehdottaa asetettavaksi. Viime kädessä joudutaan toteamaan, että ratkaisu jää avoimeksi ja tehtäväksi tarkoituksenmukaisuusperustein. Näissä rajatapauksissa alkavat ratkaisuun vaikuttaa yhä enemmän myös muut reaaliset näkökohdat kuin pyrkimys säilyttää todistusharkinta vapaana.

> Vertailun vuoksi voidaan viitata siihen, että näytön arvioinnin kohteeksi joudutaan joka tapauksessa hyväksymään myös abstraktein termein ilmaistuja (arvostuksenvaraisia) tosiasioita.[150] Tämän seikan käytäntö osaltaan osoittaa. Jo säännösten tosiasiakuvausten havaitaan sijoittuvan lähinnä vain liukuvalle asteikon abstrakteista ja/tai muutoin arvostuksenvaraisista lähes puhtaasti (muttei täysin) deskriptiivisiin.

Erottelun kantavat reaaliset syyt – eli lähinnä näytön vapaa arviointi[151] – puoltavat ratkaisun perustamista lähinnä siihen näkökohtaan, voidaanko normitunnusmerkistön relevanteiksi ilmoittamien tosiasioiden olemassaolo päätellä empiiristen havaintojen perusteella vai edellyttääkö päättely arvoarvostelmia, olipa kyseessä sitten ’kohtuuttomuus’, ’työsuhde’ tai ’punaisten valojen palaminen liikenteessä’. Myös käsitteellinen erottelukriteeri (oikeuskysymys – faktakysymys) tuntuisi viittaavan samaan.[152]

---

[149] Keskustelua on herättänyt esimerkiksi se, onko näyttöharkinnan kohteena viime kädessä konkurssivelallisen maksukyvyttömyys vai ne yksittäiset konkreettiset tosiasiat, jotka johtavat päätelmään velallisen maksukyvyttömyydestä. Ks. *Welamson* 1961 s. 50 ss.; *Heuman* 1991 s. 179–180; *Lindell* SvJT 1989 s. 136; *Leppänen* 1992 s. 114–116; *Hupli* 2006 s. 210–211. Vastaavasti todistusoikeudellisessa kirjallisuudessa on jo edellä viitatulla tavalla tuottamus valikoitunut sellaiseksi tyyppitapaukseksi, jota käytetään apuna havainnollistettaessa todistusharkinnan rakennetta ja lopullista kohdetta. Ks. esim. *Bolding* 1989 s. 21–22 tai *Ekelöf – Boman* IV 1992 s. 13 alav. 5.

[150] Ks. esim. *Klami* 1987 s. 77, 96 tai EIF IV s. 714 tai *Lindell* 1987 s. 182.

[151] Vetoamisvelvoitteen ei tulisi vaikuttaa näytön arviointiin, koska näyttö tulisi arvioida vapaasti. Tosiasiakysymykseen (vaikkakin prosessiaineiston rajoissa) on toisaalta pyrittävä antamaan totuutta vastaava ratkaisu. Tavallaan tähän sisältyy siis paradoksi, jouduttaessa myöntämään – jopa korostamaan – tavoiteltavan totuuden rajallista, prosessuaalista luonnetta. Faktakysymyksen merkityksen korostaminen totuusarvon omaavana ratkaisuna on sinänsä yhteensopivaa Ekelöfin ja Olivecronan arvorelativististen lähtökohtien kanssa.

[152] Erottelu on nimittäin mahdollinen lähinnä vain siinä merkityksessä, että jotkin (oikeus)tosiasiat ovat enemmän, toiset vähemmän arvostuksenvaraisia. Kaikkien oikeusfaktojen olemassaolon vahvistamiseen liittyy arvostuksenvarainen elementti.

Alustava johtopäätös vetoamisvelvoitteen suhteen olisi se, että empiiriseen päättelyyn (joko puhtaasti tai ainakin painotetusti) nojaava osuus ratkaisuharkinnasta tulisi rajata vetoamisvelvoitteen ulkopuolelle. Yksiselitteistä kriteeriä tästäkään ei siis saada. Rajatapauksissa on syytä turvautua laajempaan argumentaatioon.

Käsitteellisen erottelun vaatimus on kuitenkin saattanut johtaa lisäksi toisensuuntaiseen päätelmään. Sen mukaan vetoamisvelvollisuus *olisi ulotettava* niihin tosiseikkoihin, joista tehdään arvoarvostelmia edellyttäviä päätelmiä oikeudellisesti relevanttien tosiasioiden olemassaolosta. Vetoamisvelvoitteen piiriin lukeutuisivat tällä perusteella esimerkiksi kohtuuttomuuden olemassaoloa arvioitaessa merkitykselliset seikat. Tällaista näytön arvioinnin vapaus ei kylläkään enää edellytä, vaan tarvittaisiin muita argumentteja.

Puoltavatko myös reaaliset syyt vetoamisvelvoitteen ulottamista kaikkiin oikeudellista relevanssia omaaviin tosiseikkoihin (ns. oikeustosiseikan osatekijöihin), on eri asia. Saatetaan todeta, että *myös reaalisten syiden nojalla* tällaista ratkaisua on varsin usein vahvasti puolustettu. Ne ovat liittyneet mm. tarpeeseen yksilöidä niitä faktaväittämiä, jotka vaikuttaisivat oikeudellisessa arvioinnissa ja tulisivat myös todistelun kohteiksi. Tällöin on viitattu esimerkiksi vastapuolen mahdollisuuksiin valmistella omia prosessitoimiaan.[153] Kysymykseen vetoamisvelvoitteen (väitteiltä edellytetyn täsmentämisvaatimuksen) ulottuvuudesta palataan luvussa 3.7.

Tässä viitattu näkemys vastaa perinnäisten väittämistaakkaoppien mukaista kantaa,[154] vaikkakaan avointen termien aiheuttama ongelma ei ole ollut näissä yhteyksissä laajemman tarkastelun alaisena. Vasta Lindell tuo keskusteluun yleislausekkeiden erityislaadun.[155]

3.6.3 Oikeus- ja todistustosiseikkojen erottelu silloin, kun puhutaan näyttövelvollisuuden kohteesta

Vetoamisvelvollisuuden lisäksi myös todistustaakkasäännön kohde on määritelty oikeustosiseikan käsitettä hyväksi käyttäen. Näytön arvioinnin sanotaan kohdistuvan viime kädessä oikeustosiseikkoihin.[156] Jos tällainen oikeudellisesti relevantti seikka jää vaille riittävää näyttöä, todistustaakan jakautuminen ratkaisee, oletetaanko seikka olemassa olevaksi. Mutta mitä oikeustosiseikalla nyt tarkoitetaan?

---

153 Ks. esimerkiksi *Virolainen* 2009 s. 698.
154 Ks. *Boman* 1964 s. 10.
155 Ks. *Lindell* 1987.
156 Ks. esimerkiksi *Ekelöf – Boman* IV 1992 s. 13 ja 66–67.

Abstraktein termein ilmaistujen tunnusmerkistöjen kohdalla joudutaan saman ongelman eteen kuin edellä. Nyt ei kuitenkaan ole noudatettu samaa ratkaisua kuin vetoamisvelvollisuuden osalta. Niinpä lähemmässä tarkastelussa vetoamisvelvoitteen ja todistustaakkasäännön kohteiden huomataan erkanevan.

Perinteinen näkemyksen mukaan näyttöharkinta tulee kohdistaa viime kädessä abstraktein termein ilmaistavan tosiasian kuten tuottamuksen olemassaoloon.[157] Vetoamisvelvoitteen kohteena sitä vastoin ovat olleet ne yksittäiset asiaintilat, joiden perusteella tuottamuksen olemassaolo saatetaan päätellä. Kun tällaisista seikoista on puhuttu ”kompleksisina” tosiasioina, jotka muodostuvat empiirisesti havaittavista asiaintiloista, saatetaan sanoa, että todistusharkinnan ja näyttötaakan kohteeksi on ymmärretty lähinnä näiden havaintomaailman tosiasioiden yhteisesiintyminen.[158]

Tämän näkökannan perustelut ovat olennaisessa määrin tietoteoreettisia. Yleisimmän perustelun mukaan (1) yksittäisten tosiasioiden – osatekijöiden – olemassaoloon liittyvä epävarmuus on otettava huomioon näytön kokonaisarvostelussa, joka kohdistuu abstraktein termein ilmaistavan tosiseikan olemassaoloon (tai oikeusseuraamuksen kannalta riittävien tosiasioiden yhteisesiintymiseen). Muussa tapauksessa näytön arviointi muodostuisi virheelliseksi kun osa todistusaineistosta jäisi hyödyntämättä tai hyödynnettäisiin virheellisellä tavalla.[159]

Näyttöratkaisun rakenteeseen liittyy myös keskeinen reaalinen näkökohta. On katsottu, että (2) näyttötaakan kohdentaminen todistustosiseikkoihin tai osatekijöihin saattaisi aiheuttaa vaikeuksia riittävän näytön hankkimisessa. Näkökohdalla on merkitystä lähinnä ns. yleislausekkeiden sovellettavuuden kannalta. Riittävää näyttöä vaille jääneet yksittäiset tosiasiat nimittäin vain eliminoituisivat. Yhtenäisessä todistusharkinnassa kaikki samaan suuntaan puhuvat olosuhteet vahvistaisivat lopullista teemaa koskevaa yhteenlaskettua todistusarvoa.[160]

---

[157] Ks. *Bolding* 1989 s. 21–22.

[158] Sinänsä puhe tuottamuksesta todistelun kohteena olisi ristiriidassa pohjoismaisen prosessioikeuden (Uppsalan koulukunnan) piirissä vallalla olleiden arvorelativististen lähtökohtien kanssa. Niinkin arvostuksenvaraista asiaa kuin tuottamusta koskevilla väitteillä kun ei pitäisi olla totuusarvoa.

[159] Ks. *Bolding* 1989 s. 21–22. Ks. myös *Ekelöf – Boman* IV 1992 s. 84 alav. 73; Myös *Heumanin* (2005 s. 106) mukaan ainakin tuottamusta arvioitaessa merkitykselliset tosiasiat olisi otettava näyttöä arvioitaessa kokonaisarvostelun kohteeksi. Ks. myös *Lindell* 1998 s. 507, joka mainitsee, ettei todistustaakan kohteena olevaa oikeustosiseikkaa ole ajateltu voitavan ”jakaa”. (Vrt. kuitenkin *Lindellin* aiemmin (1987 s. 393) esittämä, tästä poikkeava kanta.) Ne yksittäiset faktat, jotka jäisivät vaille täyttä näyttöä, saatetaan nyt ottaa huomioon lopullisen teeman olemassaoloon kohdistuvassa kokonaisarvostelussa.

Sillä, että ”todistustosiseikat” eivät tule näytetyksi samalla varmuudella, ei toiselta puolen ole yhtä suurta merkitystä, koskapa niillä ei määritelmän mukaan ole välitöntä oikeudellista vaikutusta.

[160] Ks. *Heuman* 2005 s. 98.

> Edellytyksenä tälle päättelylle on se, että yksittäiset olosuhteet ovat edellytyksinä ns. vaihtoehtoisia. Yleislausekkeiden tapauksessa näin yleensä on. Tällöin useat samansuuntaiset relevantit faktaolosuhteet vahvistavat toisiaan. Laskettaessa usean välttämättömän (ns. kumulatiivisen) tosiasiaedellytyksen yhteenlaskettua todistusarvoa todistusketjun piteneminen johtaisi päinvastoin todistusarvon heikkenemiseen, jos ne ovat lisäksi toisistaan riippumattomia.[161]

Näyttökysymyksen kokonaisharkinnan on lisäksi sanottu (3) mahdollistavan paremmin oikeudellisen kokonaisharkinnan. Vaille täyttä näyttöä jääneiden osatekijöiden oikeudellinen merkitys saatettaisiin nimittäin kokonaisharkinnassa tutkia.[162] Itse asiassa oikeudellinen ja näyttöä koskeva harkinta nyt nivoutuisivat kiinteämmin yhteen.

Heumanin mukaan todistustaakan (4) kohdentaminen esimerkiksi säännöksessä ilmaistua termiä alemmalle abstraktiotasolle johtaisi moniin uusiin rajankäyntiongelmiin.[163] Heumanin mainitsema esimerkki koskee kauppalain 45 §:n mukaisen kohtuullisen hinnan määräytymiseen vaikuttavia seikkoja silloin, kun hinnasta ei ole sovittu. Vastausta edellyttäviksi ongelmiksi voisivat nousta:

- Pitääkö näyttövelvollisuuden koskea vastaavissa sopimuksissa noudatettavaa hintatasoa mutta ei muilta elinkeinonharjoittajilta saatujen hintatietojen luotettavuutta?
- Pitääkö myyjän näyttää toteen kaikki ne olosuhteet, jotka voidaan asettaa kohtuullisuusarvioinnin perustaksi?
- Pitääkö myyjän osoittaa laskuun sisältyvien erien kohtuullisuus tai oikeellisuus?
- Pitääkö ostajan osoittaa kaikki sellaiset olosuhteet, joihin hän vetoaisi hinnan alentamista koskevan vaatimuksensa tueksi?

Vastakkaista näkemystä saatetaan tukea ensinnäkin riitauttamalla näkemys näköpiirissä olevista näyttövaikeuksista. Yksittäisten osatekijöiden kohdalla saatettaisiin ensinnä soveltaa alennettua näyttökynnystä.[164] Käytännön tasolla oikeusriidan voidaan uskoa useimmiten tiivistyvän muutamaan pääväitteeseen, jolloin yksittäisten faktojen jääminen näyttökynnyksen alapuolelle ei ehkä aiheuttaisi merkittäviä ongelmia.[165] Näin ei kuitenkaan voida sanoa silloin, kun puhutaan yleislausekkeen omaisista säännöksistä.[166] Lisäksi mahdollisuus ja-

---

[161] Viimeksi mainitusta näkökohdasta ks. *Hov* 1994 s. 444 ja *Boman* TfR 1988 s. 430.
[162] Ks. *Heuman* 2005 s. 99–100.
[163] Ks. *Heuman* 2005 s. 99.
[164] Ks. *Lindblom* 2002 s. 274.
[165] Ks. *Hupli* 2006 s. 211, joka tarkastelee takaisinsaantilain maksukyvyttömyysedellytystä näytön arvioinnin kannalta.
[166] Ks. myös jäljempänä olevaa esimerkkiä, jossa on kyse sopimuksen kohtuullisuuden kannalta relevanteista asiaintiloista.

kaa todistustaakka saman ”tunnusmerkistön” sisällä tarjoaa keinon näyttövelvollisuuden keventämiseen. Vaikutus voisi olla merkittäväkin, riippuen muun muassa osapuolten mahdollisuudesta hankkia asiaintilaa koskevaa näyttöä. Näiden vasta-argumenttien valossa myöskään oikeudellisen kokonaisarvioinnin toteuttaminen ei tuottaisi ylittämättömiä ongelmia.

Todistustaakan kohdentamista yksittäisiin osatekijöihin puoltaa ehkä vahvimmin tähän ratkaisuun liittyvä mahdollisuus todistustaakan jakamiseen saman tunnusmerkistön piirissä. Tämä tarjoaa keinon välttää näyttövelvollisuuden asettamista sellaiselle asianosaiselle, joka ei mitenkään kykenisi esittämään näyttöä ao. tosiasioista.[167] Yleensäkin näytön varmistamiseen ja näyttövelvollisuuden oikeudenmukaiseen jakamiseen liittyvät näkökohdat ovat painavia. Abstrakteja tunnusmerkistöjä on aineellisessa oikeudessa kovin runsaasti ja todistustaakkasääntöjen eriyttämiseen (yksittäisten tosiseikkojen tasolla) saattaa useinkin ilmetä tarvetta.

> Joskus myös oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus saattaisi tällaista edellyttää. Jos nimittäin jokin ratkaiseva asiaintila, josta näyttöä hyvin voitaisiin esittää, jäisi vaille selvitystä vain siksi, ettei juuri näyttövelvollinen taho kykenisi sitä mitenkään hankkimaan, menettelyä ei ehkä voitaisi pitää oikeudenmukaisena Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 (1) artiklan tai perustuslain 21 §:n tarkoittamalla tavalla. Varsinkin jos vastapuoli saattaisi kohtalaisen helposti esittää asiaa koskevan selvityksen, ei ole menettelyn oikeudenmukaisuuden kannalta samantekevää, kummalle osapuolelle todistustaakka asetetaan (vrt. vastapuolen hallussa olevat asiakirjat). Editiovelvollisuus on vaihtoehtoinen, vaikkakaan ei aina riittävä keino turvata todistelua.

Näytön oikeaan arviointiin nojaava argumentti (vrt. 1) on vahvimmillaan silloin kun kyse on todistusteemasta, jonka olemassaolo saatetaan päätellä puhtaasti havaintojen perusteella. Argumentin mukaan näyttöarvon laskennassa aiheutuisi virheitä, jos jokin näyttöarvoa omaava tosiasia eliminoitaisiin. Eri teemat lienevät kuitenkin tässä suhteessa toisistaan poikkeavassa asemassa.

Vaikka tuottamus on tosiasiana varsin arvostuksenvarainen, saatetaan tuottamuksellisen toiminnan taustalla nähdä yhteisenä aiheuttavana tekijänä vaikkapa henkilön huolimaton suhtautuminen. Niinpä tuottamusta osoittavilla tosiasioilla olisi sellainen keskinäinen yhteys, jossa niiden esiintyminen merkitsee todistetta muiden tuottamukseen kuuluvien tekijöiden olemassaolosta.

Vastaavasti väitetyn kausaalisuhteen olemassaolo on sellainen teema, jota koskeva näyttö on perusteltua arvioida kokonaisuutena. Arvioitavana saattaa olla esimerkiksi se, aiheutuiko työkyvyttömyys työtapaturmasta vai työntekijällä olleesta altistavasta sairaudesta. Altistavan sairauden katsotaan vähentä-

---

[167] Vrt. myös *Westberg*, FS till Per Henrik *Lindblom* (2004) s. 741, jonka mukaan näyttövelvollisuus pitää voida tällä tavoin jakaa.

vän todennäköisyyttä, jonka mukaan työtapaturma olisi ollut työkyvyttömyyden aiheuttaja.[168]

Yleisesti saatetaan sanoa, että sellaiset tosiasiat tai osatekijät, joilla on keskenään looginen tai vahva kausaalinen riippuvuussuhde, edellyttävät yhtenäistä näytön kokonaisarvostelua joko välttämättä (riippuvuussuhteen ollessa vahva) tai ainakin mielellään (riippuvuussuhteen ollessa heikompi).

Monien avointen termien kohdalla yksittäiset osatekijät eivät ole niinkään toisistaan riippuvaisia. Ne eivät yhtä usein toimi näyttönä muiden osatekijöiden olemassaolosta. Argumentaatioyhteys niiden kesken kylläkin vallitsee. Sopimusehdon kohtuuttomuus lienee varsin tyypillinen esimerkki tästä. Kohtuusarvioinnin kannalta relevantit faktat eivät ole kovin vahvasti toisistaan riippuvaisia. Ei voida nimetä yhdistävää tekijää, joka esiintyisi valtaosassa tapauksia.

On eriäviä näkemyksiä siitä, saatettaisiinko kohtuuttomuutta (tai vastaavan kaltaisia ilmiöitä) asettaa näytön arvioinnin kohteeksi.[169] Monien mielestä ei voida esimerkiksi puhua kohtuuttomuuden todennäköisyydestä. Ongelmallisuus liittyy faktojen merkityksen arviointiin, mikä on arvostuksenvaraista toimintaa. Päättely yksittäisistä faktoista kohtuuttomuuteen (kysymys kohtuuttomuuden olemassaolosta) on luonteeltaan hyvin painotetusti arvostuksenvaraista. Se ei siis ole empiiris-looginen ongelma.[170]

Ratkaisumateriaalin kaventuminen olisi kyllä ongelmallista kohtuusarvioinnin kannalta. Aiheutuvaa virhettä saatettaisiin kuitenkin pitää ennemminkin oikeudellisena kuin näytön arviointia koskevana.

3.6.4 Arviointia

Edellä on käynyt ilmi, että näyttövelvollisuuden ja vetoamisvelvollisuuden kohteet ovat eriytyneet toisistaan jo aivan vakiintuneesti. Vetoamisvelvoitteen kohdentaminen noudattelee lähinnä ensi vaiheessa – abstraktin termin osalta – näyttövelvollisuuden jakoa. Näyttötaakka ei kuitenkaan kohdistuisi niihin yksittäisiin faktoihin, joiden nojalla ratkaistaan konventionaalisen tosiasian olemassaolo, vaan todistusharkinta olisi ns. kokonaisharkintaa. Silti näihin yksittäisiin faktoihin tulee väittämistaakkaoppien mukaan vedota.

Yhtenäisen säännön (tai oikeustosiseikka-käsitteen) säilyttämisestä ei siis

---

168 Ks. *Ekelöf – Boman* IV 1992 s. 111.

169 *Heuman* (2005 s. 98) pitää mahdollisena sitä, että kohtuusarvioinnin kannalta merkityksellisiä olosuhteita arvioitaisiin yhtenä kokonaisuutena. Tällöin myös näyttötaakka kohdentuisi sopimuksen kohtuuttomuutta koskevaan väittämään. *Lindblom* (2002 s. 274) sitä vastoin katsoo, ettei näytön arviointia tulisi kohdistaa (kauppahinnan) kohtuullisuuden kaltaiseen korostetun arvostuksenvaraiseen kysymykseen, vaan konkreettisiin tosiasiaväitteisiin.

170 Todisteen (todistustosiseikan) suhde teemaan on aina looginen tai kausaalinen. Ks. *Klami* 2000 s. 21–22; *Jonkka* 1993 s. 31.

tästäkään syystä saada argumenttia, joka vaikuttaisi näyttö- tai vetoamisvelvoitteen kohdentamiseen. Muutoinkin näyttö- ja vetoamisvelvollisuuden kohde tulisi voida ratkaista itsenäisesti, varsinkin yksityiskohtien tasolla.[171]

Edellä selostetuista syistä näyttövelvollisuus olisi voitava ainakin tarvittaessa kohdentaa yksittäisiin tosiasioihin, jotka ovat merkityksellisiä arvioitaessa konventionaalisen tosiasian olemassaoloa.[172] Käytännössä tämä voitaisiin toteuttaa siten, että näyttötaakka kohdennettaisiin jo lähtökohtaisesti yksittäisiin konkreettisiin asiaintilaväittämiin. Vaihtoehtoisesti samaan tulokseen päädyttäisiin vahvistamalla erikseen vain jonkin yksittäisen asiaintilan olemassaolo ja ottamalla sen jälkeen kantaa konventionaaliseen tosiasiaan kohdistuvan näytön riittävyyteen.[173]

Eri tosiseikastot ovat taakan kohdentamista koskevan argumentaation kannalta toisistaan poikkeavassa asemassa. Muutamat oikeusongelmat (kuten takaisinsaantilain mukainen maksukyvyttömyys-edellytys) ovatkin oikeuskirjallisuudessa herättäneet keskustelua siitä, kuinka näyttövelvollisuuden kohdentaminen juuri niiden osalta tulisi jäsentää.[174] Seuraavassa tarkastellaan lyhyesti mihin näytön harkinta / näyttövelvollisuus tulisi kohdistaa silloin, kun todistelun kohteena on sopimusehdon kohtuuttomuutta koskeva väite.

3.6.5 Kohtuuttomuudesta näyttötaakan kohteena

Koska sopimuksen kohtuullisuus ei ole tyypillinen näyttöongelma, taakkasääntö soveltuu huonosti sen ratkaisemiseen. Tarvittava argumentaatio on nimittäin nyt hyvin korostuneesti oikeudellista. Juridisen ongelman ratkaisuun ei sovellu nojautuminen epävarmuuteen tai ratkaisemattomuuteen, vaan mieluumminkin parhaimman mahdollisen lopputuloksen etsiminen. Juridinen ratkaisu tulisi myös avoimesti perustella. Voisi sanoa, että näyttöharkinnan kohdentaminen yksittäisiin tosiasioihin palvelee ratkaisutoiminnan selkeyttä ja myös ratkaisun perustelujen esille tuomista ja ymmärrettävyyttä.

Tällä perusteella päädytään näkemykseen, jonka mukaan näyttövelvollisuus ja näyttöharkinta tulisi kohdentaa niihin yksittäisiin tosiasioihin, jotka ovat relevantteja ajatellen kohtuusarviointia. Mahdolliset näytön hankkimiseen liittyvät pulmat, joita tästä saattaisi aiheutua, olisivat korjattavissa alentamalla yksittäisiä olosuhteita koskevaa näyttökynnystä. Tällainen ratkaisu mahdollistaa

---

171 Vrt. kuitenkin *Lindell* 1987 s. 380 - 384, joka korostaa yhtenäisen säännön merkitystä.

172 Ks. samoin *Westberg*, Festskrift till Per Henrik Lindblom (2004) s. 741.

173 Vm. vaihtoehtoa on vanhastaan pidetty teoreettisesti ongelmallisena, sillä se edellyttäisi näyttötaakan soveltamista ikään kuin kahteen kertaan. Perinteisemmän näkemyksen mukaan näin ei voitaisi toimia. Ks. tästä *Heuman* 2005 s. 106. Vrt. kuitenkin *Heumanin* omaa näkemystä asiasta, mts. 105–106.

174 Ks. edellä alaviitteessä 149 (s. 66) mainittuja lähteitä.

näyttötaakan kääntämisen sellaisten olosuhteiden osalta, joista lähinnä kohtuuttomuuteen vetoavan vastapuolella olisi mahdollisuus hankkia näyttöä.

Näyttövelvoitteen kohdentaminen sellaisiin väittämiin, joihin myös empiirinen todistusharkinta kohdistuu, palvelee ehkä myös oikeudenkäynnin aikaista kysymyksenasettelua. Asianosaisten tulisi yksilöidä nämä näyttökysymykset oikeudenkäynnin aikana jo oman etunsa vuoksi. Toisaalta oikeudenkäymiskaari edellyttää todistusteemojen yksilöintiä.

On kuitenkin syytä korostaa sitä, että ennen kaikkea vetoamislausumien yksilöinniltä edellytettävä täsmällisyyden aste samoin kuin todistusteemojen yksilöinniltä edellytettävä täsmällisyys ovat näyttövelvoitteen kohdentamisesta erillisiä ongelmia. Nähdäkseni ne kumpikin tulisi ratkaista ensi sijassa omista lähtökohdistaan käsin. Niinpä on mahdollista, että esimerkiksi vetoamisvelvoite ei ulottuisi kaikkiin niihin tosiasiaväittämiin, joihin näyttötaakkaa sovelletaan. Vetoamisvelvoite saatettaisiin tällöin täyttää sellaisin yleiskäsittein, joita vielä tulisi viimeistään näyttöharkintaa varten täsmentää.

Edellä lausuttu soveltuu varsin pitkälti myös muihin kohtuuttomuus-edellytyksen sisältäviin oikeusperusteisiin (oikeustosiseikastoihin). Kohtuullisuus yleensäkin on mahdollisimman arvostuksenvarainen käsite. Esimerkiksi vahingonkorvauksen kohtuullisuuden arvioimisessa on kyse vieläpä määrällisen kysymyksen arvioimisesta, jolle ei ole olemassa mitään objektiivista vertailukohtaa. Säännöksessä (VahL 2:1.2) toisaalta mainitaan huomioon otettavina olosuhteina vahingon aiheuttajan ja vahingon kärsineen varallisuusolot. Vahingon aiheuttajan tahallisuus mainitaan lisäksi kohtuullistamisen lähtökohtaisesti estävänä seikkana. Nämä näkökohdat eivät kuitenkaan rajaa merkityksellisten tosiasioiden piiriä kovinkaan merkittävästi, sillä huomioon on otettava lisäksi ”muut olosuhteet”. Sovittelun estymisestäkin on poikkeamismahdollisuus erityisten syiden nojalla. Mahdollisen poikkeuksen voisi muodostaa esimerkiksi kohtuullisen kauppahinnan arviointi (vrt. KL 45 §). Arvion pohjaksi voidaan nimittäin nyt ottaa ns. käypä hintataso, jota koskeva päättely saatetaan puolestaan usein nojata kauppahintatilastojen kaltaiseen materiaaliin.

Samoin oikeustoimilain pätemättömyysperusteiden edellyttämien asiaintilojen olemassaolo on usein korostuneesti oikeudellinen ongelma. Näyttöharkinta ja näyttövelvollisuus on järkevää kohdentaa niihin tunnusmerkistössä ilmoitettua alemmalle abstraktiotasolle sijoittuviin asiaintiloihin, joista pätemättömyys saattaisi seurata. Tunnusmerkistöt tosin sisältävät nyt kohtuullistamislauseketta rajatumpia tosiasiakuvauksia. Keskusteltaessa oikeudenvastaisesta pakottamisesta (OikTL 28 § ja 29 §) näyttövelvollisuus voitaisiin kohdistaa muun muassa pakottamista merkitsevää toimintaa koskevaan väitteeseen. Oikeustoimen perustuminen erehdykseen (OikTL 32 §) puolestaan voisi tilanteesta riippuen jo näin ilmaistuna muodostaa riittävän täsmällisen kohteen näyttövelvoitteelle. Laajemmin mahdollisia tosiasiaperusteita kattavia tunnusmerkistöjä ovat sitä

vastoin petollinen viettely (OikTL 31 §) ja ennen kaikkea oikeustoimen tekeminen olosuhteissa, joiden vuoksi oikeustoimeen vetoaminen olisi kunnianvastaista ja arvotonta (OikTL 33 §).

3.6.6 Päätelmät vetoamisvelvollisuuden kannalta

3.6.6.1 Yhteenvetoa

Silloin, kun faktatunnusmerkistö sisältää avoimia termejä, aiheutuu vaikeuksia sen suhteen, kuinka tosiasiaväitteet tulisi oikeuskirjallisuudessa noudatetun jaottelun valossa luokitella. Yleisenä päätelmänä edellä olevasta tarkastelusta on se, että jos kysymys jonkin tosiasiaväitteen paikkansapitävyydestä edellyttää voittopuolisesti empiiristä päättelyä, vetoamisvelvollisuutta ei ole järkevää ulottaa niihin yksittäisiin faktoihin, joiden pohjalta tehdään päätelmiä po. väitetyn tosiasian olemassaolon suhteen. Jos tosiasiaväittämä sitä vastoin on arvostuksenvarainen, vetoamisvelvollisuuden ulottaminen yksittäisiin faktaolosuhteisiin on mahdollista, vaikkakaan ei millään tavoin välttämätöntä. Eikä väitteen tietoteoreettinen luonne edes merkitse kovinkaan vahvaa argumenttia vetoamisvelvollisuuden puolesta. Asian ratkaisemiseen tarvitaan toisenlaisia perusteluja. Mitään yksiselitteistä rajankäyntiä sen suhteen, milloin arviointi edellyttää enemmän empiiristä/arvostuksiin nojautuvaa päättelyä, ei voida osoittaa.

Kun kohtuus ei ole empiirinen ongelma, on järkevästi mahdollista ulottaa vetoamisvelvollisuus niihin yksittäisiin faktaolosuhteisiin, jotka ovat relevantteja sopimuksen kohtuullisuutta arvioitaessa. Väistämätöntä vetoamisvelvollisuuden ulottaminen konkreettisiin faktaolosuhteisiin ei kuitenkaan ole vielä tältä pohjalta, vaan tietoteoreettinen luokittelu jättää tämän kysymyksen avoimeksi. Sama koskee (edellä mainittuja) sopimuksen yleisiä pätemättömyysperusteita. (Kysymystä vetoamisvelvollisuuden ulottuvuudesta tarkastellaan lähemmin seuraavassa luvussa 3.7.)

3.6.6.2 Joissakin asiayhteyksissä kohtuus saattaa olla luonnehdittavissa näyttöongelmaksi

Kohtuus voi kuitenkin esiintyä myös sellaisessa asiayhteydessä, jossa sen arviointia voidaan perustella lähinnä ns. näyttöongelmana. Tällainen asiayhteys on kohtuullisen kauppahinnan määrän arviointi (KL 45§).[175] Syynä on se, että

[175] Jos tavaran hintaa ei voida katsoa sovitun, ostajan on maksettava hinta, joka on kohtuullinen ottaen huomioon tavaran laatu ja ominaisuudet, kaupantekohetken käypä hinta sekä muut olosuhteet (KL 45 §).

kohtuullista hintatasoa saatettaisiin usein verrata markkinahintoihin, jolloin ns. käypä hinta voi hyvinkin olla verrattain objektiivisin perustein (mm. hintatilastojen, ilmoitusten tai muiden tämän kaltaisten kriteerien perusteella) arvioitavissa. Puhe arvioitavana olevan hintatason kohtuullisuudesta tietysti sisältää arvostavan tekijän, joten pelkästään havaintoihin nojautuvien kriteerien varassa ei tällaisessa arvioinnissa olla. Säännöksen mukaan arvioinnissa on lisäksi otettava huomioon tavaran laatu ja muut olosuhteet. Normatiivisen arvioinnin osuus on siksi näissäkin tapauksissa huomattava. Luultavaa tosin on se, ettei usein edes tilastoihin tms. hintatietoon nojautumalla päästäisi ennustettavuudella mitattuna varmoihin tuloksiin.

Kun havaintomateriaalin merkitys arvioinnissa yleensä on keskeinen, tämä näkökohta saattaisi puoltaa myös poikkeamista tässä arvioinnissa vaikuttavia faktoja koskevasta vetoamisvelvollisuudesta. Hinta- ym. informaatio voitaisiin hyvin luokitella vetoamisvelvollisuuden ulkopuolelle jääväksi todistusaineistoksi.[176]

Vaikka vetoamisvelvoitteen ulottuvuutta ei tulisi perustaa yksin luokitteluun, kysymyksen tietoteoreettisella luonteella on oma merkityksensä. Vetoamisvelvollisuus nimittäin tarkoittaisi yksilöidysti vetoamatta jäävän fakta-aineiston jäämistä huomiotta. Kun ongelma nyt on painotetusti empiirinen, tuntuisi tarpeettomalta rajata tuomarin käytettävissä olevaa päätöksentekoaineistoa. Esimerkiksi tuomioistuimelle mahdollisesti toimitettavista tilastoista tulisi tuomarin voida aivan rajoituksetta (ilman asianosaisilta edellytettävää sormella osoittelua) voida suorittaa tarvittavat vertailut. Vetoamisvelvollisuus rajoittaisi (voimassa olevan näkemyksen mukaan) lähtökohtaisesti myös nojautumista ns. yleisesti tiedossa olevaan hintainformaatioon (vrt. notoriset tosiasiat). Erityisesti on otettava huomioon se, että keskeinen informaatio tulisi antaa asianosaisille tiedoksi, vaikka se ei olisi vetoamisvelvoitteen alaista.

3.7 VETOAMISVELVOLLISUUDEN KOHTEENA OLEVIEN TOSIASIAVÄITTEIDEN LÄHEMPÄÄ TARKASTELUA

3.7.1 Johdanto

Aiemmin (3.4.2) katsottiin, että vetoamisvelvollisuuden kohteeksi mainittuja oikeustosiseikkoja ei voida samastaa ns. empiirisen havaintomaailman tosiasioihin, vaan että ne ovat aina oikeudellisesti tulkittuja. Tästä yksinkertaistenkin oikeustosiseikkojen ontologiaan liittyvästä näkökohdasta ei vielä suoraan

[176] Ks. myös *Lindblom* 2002 s. 372–373.

seuraa, että tosiasioiden ja normien erottelun tulisi aiheuttaa suuria vaikeuksia silloin kun pitäisi määritellä, mihin vetoamisvelvollisuus kohdistuu ja kuinka velvoite voidaan täyttää. Käytännössä oikeudellinen kieli on kuitenkin siten eriytynyttä, että oikeudellisesti merkityksellisiä asiaintiloja ei kyetä määrittelemään konkreettisesti ja tyhjentävästi vaikkapa säännöksissä. Syynä on viime kädessä säänneltävien asioiden monimutkaisuus.

Tästä aiheutuvia ongelmia vetoamisvelvollisuuden kannalta tarkastellaan tässä luvussa hieman lähemmin. Samalla kysytään, voitaisiinko oppi vetoamisvelvollisuuden rajautumisesta yksinomaan empiirisen havaintomaailman faktoja koskeviin väitteisiin hyväksyä lievemmässä muodossa. Pohdittavaksi otettavan ehdotuksen mukaan oikeudellisten luonnehdintojen edellyttämistä vetoamislausumissa tulisi ainakin pyrkiä välttämään. Asianosaisen tulisi mahdollisuuksien mukaan katsoa täyttäneen vetoamisvelvollisuutensa, jos hän on yksilöinyt lausumansa deskriptiivisin termein, ns. konkreettisten tosiasioiden tasolla.

Aluksi on oletuksena, että fakta- ja normiväitteiden erotteluun ei liity suurempia ongelmia (3.7.2.5). Tämän jälkeen tarkastellaan lähemmin, millä tavoin ja kuinka luotettavasti vetoamisvelvollisuuden ulottuvuus voidaan määrittää silloin, kun normin tosiasiakuvaus on avoin/sisältää abstrakteja termejä. (Ks. 3.7.3–3.7.5.)

Luku kuitenkin aloitetaan kysymällä, missä merkityksessä normit selvästikin ovat vetoamisvelvollisuuden ulkopuolella (3.7.2.1). Tämän jälkeen hahmotellaan, mitä vetoamislausumien kohteena olevilla tosiasioilla saatetaan tarkoittaa ja kuinka oikeuskäytäntö ja oikeuskirjallisuus ovat suhtautuneet siihen, millaiset ilmiöt voivat olla vetoamisvelvollisuuden kohteena (3.7.2.2 ja 3.7.2.3). Käytännölliseltä kannata yhtä tärkeää kuin se, mihin ilmiöihin vetoamisvelvollisuuden ymmärretään viime kädessä kohdistuvan, on kuitenkin millä tavoin ja kuinka yksityiskohtaisesti vetoamisvelvollisen pitää yksilöidä väitteensä.

3.7.2 Vetoamisvelvollisuuden rajaamisesta vain empiirisesti havaittavia faktoja koskeviin väitteisiin

3.7.2.1 Missä merkityksessä normit (ainakin) ovat vetoamisvelvollisuuden ulkopuolella?

Vetoamislausumien kohteeksi on tarjolla kaksi perusvaihtoehtoa. Väitteet saatettaisiin kohdistaa joko normeihin tai tosiasioihin. Yllä kerrotulla tavoin oikeuskirjallisuudessa on lähdetty siitä, että kohteena ovat tosiasiat. Vetoamislausumien tulee sisältää nimenomaan tosiasioita koskevia väitteitä. Tosiasioiden

kaikenlainen oikeudellinen luonnehtiminen olisi sitä vastoin rajattu vetoamisvelvollisuuden ulkopuolelle.[177]

Tämä merkitsee ensinnäkin sitä, että (1) normien sisältö ei ainakaan sellaisenaan ole vetoamisvelvollisuuden kohteena. Tuomarin tulee tuntea voimassa olevan oikeuden sisältö viran puolesta, eikä asianosaisen tarvitse esittää vaatimuksia tulkintojen suhteen.[178] Tämä käsitys on käytännössä miltei kiistaton, eikä sen suhteen ole esitettävissä suurempia huomautuksia. Yleisimmän näkemyksen mukaan tuomarin pitää lisäksi poikkeuksetta (2) soveltaa normeja niihin tosiasioihin, jotka ovat tulleet vedotuiksi.[179]

Viimeksi mainittu näkemys ei kuitenkaan ole täysin yksimielinen. Vetoamisvelvoitteen on eräissä tilanteissa ehdotettu kohdistuvan myös tosiasioiden oikeudelliseen luokitteluun. Esimerkiksi Lindellin mukaan vahingonkorvausta vaativan tulisi yksilöidä, perustuuko vaatimus sopimusperusteiseen vai sopimuksen ulkoiseen vastuuseen tai tuottamukseen vai tuottamuksesta riippumattomaan vastuuseen.[180] Perusteluna on viitattu muun muassa vastapuolen mahdollisuuksiin suunnitella omia prosessitoimiaan.[181]

Jos tällaista oikeudellista luonnehtimista edellytettäisiin, tämä täytyisi ymmärtää vaatimuksena määrättyjen normien huomioon ottamisesta.[182] Voitaisiin siis sanoa, että normeja ei sovellettaisi viran puolesta tuossa jälkimmäisessä merkityksessä. Käytännön tasolla asianosainen joutuu toisaalta monestakin syystä luonnehtimaan tosiasiaväitteitään oikeudellisesti, kuten seuraavissa jaksoissa selostetaan.

3.7.2.2 Vetoamisvelvollisuuden kohteena olevat ilmiöt ja kuinka tarkasti niitä koskevat väitteet pitää yksilöidä?

Tarkasteltaessa lähemmin sitä, millä tavoin tosiasiaväitteet pitää yksilöidä, on aiheellista ottaa kantaa kahteen ongelmaan. Näistä ensimmäinen koskee sitä, (1) millaiset ilmiöt voivat olla vetoamisvelvollisuuden kohteena eli mitä ovat ne tosiasiat, joista asianosaisen pitää esittää väitteitä. Lisäksi on kysyttävä, (2) millä tavalla ja kuinka tarkasti vetoaminen pitää suorittaa. Kuinka täsmällisesti tosiasiaväitteet on toisin sanoen yksilöitävä?

---

[177] Ks. 3.4.2.1 ja siinä viitattu kirjallisuus, erityisesti *Olivecrona* 1966 s. 219–220 tai *Ekelöf* TfR 1945 s. 226.

[178] Jos sovellettavaksi tulee ulkomainen oikeus, tuomioistuimelta ei edellytetä sen tuntemista. Asianosaisen olisi useimmiten käytännössä pakko esittää ulkomaisen oikeuden sisällöstä todistelua. Varsinaista vetoamisvelvollisuutta asianosaisella ei olisi mutta hänen lienee oman etunsa vuoksi oltava tavallista aktiivisempi tulkintojen perustelemisessa.

[179] Ks. esimerkiksi *Ekelöf* TfR 1945 s. 226; *Boman* 1964 s. 46 ja 9–10; *Olivecrona* 1966 s. 219–220.

[180] Ks. *Lindell* 1993 s. 298.

[181] Ks. esimerkiksi *Gomard* 2000 s. 454–455.

[182] Ilman vaatimusta ko. oikeusnormeja ei nimittäin nyt voitaisi soveltaa.

Ensiksi mainittua kysymystä voidaan tarkastella jaottelun avulla, jossa erotetaan (a) fysikaaliset ilmiöt, (b) ajatuksensisällöt ja (c) konventionaaliset tosiasiat. Tällöin ainakin normien tunnusmerkistöjä vastaavat tai normien edellyttämät fysikaaliset tosiasiat (ulkoisesti havaittavat ilmiöt) ovat lähtökohtaisesti vetoamisvelvollisuuden kohteena. Myös ajatuksensisältöihin kuten tietoisuuteen jostakin[183] tai erehdykseen pitää vedota. Samoin pitää vedota mielentiloihin kuten intentioon. Oikeuskäytännössä vetoamisvelvoitteen on katsottu kohdistuvan esimerkiksi lahjan antajan suosimistarkoitukseen silloin, kun aineellisoikeudellisessa mielessä merkitystä on lahjan luonteella ns. suosiolahjana.[184]

Kiistanalaisinta on se, kohdistuuko vetoamisvelvollisuus normien soveltamisedellytyksiä kuvaaviin yläkäsitteisiin. Näitähän sisältyy paitsi kirjoitettujen säännösten tunnusmerkistöihin myös oikeudelliseen keskusteluun. Niinpä on epävarmaa, onko esimerkiksi *kohtuuttomuus* sellainen tosiseikka, johon tulisi vedota tai johon vetoaminen voisi täyttää väittämistaakan. Esimerkkeinä vastaavista käsitteistä voidaan mainita vaikkapa *tuottamus*, *omistusoikeus*, *hyvän tavan vastaisuus* tai *laiminlyönti*.[185]

Ongelmaa ei kuitenkaan muodosta ainoastaan se, minkä tason ilmiöihin viittaamalla väitteet pitäisi yksilöidä. Jälkimmäinen kysymys lausumilta edellytetystä täsmällisyydestä tai yksityiskohtaisuudesta on vähintäänkin yhtä tärkeä. Jos viittauskohteena on havaintomaailman taso, ongelmia saattaa aiheutua siitä, millä tarkkuudella tosiseikat on yksilöitävä. Jos vaatimus koskee hinnanalennusta omakotitalossa olevien virheiden perusteella, riittäisikö esimerkiksi vetoaminen siihen, että talon perusta on rakennettu virheellisesti vai pitäisikö lisäksi yksilöidä mitä seuraamuksia (kuten sokkelin ja tiiliseinän halkeamat, lattian ja seinän väliin syntyneet raot, sisäseinien vääntyminen) tästä on aiheutunut? Entä pitääkö seuraamukset luetella täydellisesti? Sulkeutuvatko toisin sanoen vähäisetkin mainitsematta jääneet faktat oikeudenkäynnin ulkopuolelle?

Jos vaaditaan sopimuksen pätemättömyyttä sillä perusteella, että sopimuskumppani on käyttänyt pakkoa, pitääkö vetoamistoimin tehdä ero fyysisen ja henkisen pakon välillä?[186] Katsotaanko ”pakon” toisin sanoen viittaavan yhtä hyvin fysikaalisen kuin mentaalisen tason ilmiöön?

---

[183] Esimerkiksi KKO 1989:105.

[184] Näin voi päätellä ratkaisun KKO 1999:63 perustelulausumasta. Siinä nimittäin todetaan, ettei asianosainen ollut vedonnut lahjan antajan tarkoitukseen suosia lahjansaajaa muiden perillisten kustannuksella. Nyt vetoaminen ei kuitenkaan ollut tarpeen siitä syystä, että suosimistarkoitus ei ollut vaaditun seuraamuksen kannalta merkityksellinen seikka.

[185] Tässä käytetty jaottelu vastaa Popperin olevaisen kategorioita koskevaa luokittelua maailmoihin 1, 2 ja 3. Sen johdosta ks. *Niiniluoto* s. 120–141. Kategorioihin kuuluvista olioista on käytetty nimityksiä (1) fysikaalinen, (2) mentaalinen ja (3) konventionaalinen (tai institutionaalinen) tosiasia.

[186] Viimeksi mainittu on *Kuusimäen* (DL 1994 s. 436) käyttämä esimerkki vetoamisvelvollisuuden sisältöä koskevasta rajanveto-ongelmasta.

Toiselta puolen juridisin ja abstraktein käsittein useimmiten ajatellaan viitattavan – täsmällisemmin tai väljemmin – havaintomaailman ilmiöihin.[187] Tällöin joudutaan kysymään, onko tällainen yksilöinti riittävän tarkka myös konkreettisten asiaintilojen tasolla. Esimerkiksi termi *vakioehtojen käyttäminen*, kuten yläkäsitteet yleensäkin, epäilyksettä viittaa myös reaalimaailman ilmiöihin.

Vastaavasti vaikkapa säännöksissä esiintyviä abstrakteja termejä saatetaan täsmentää termeillä, jotka nekin ovat abstrakteja mutta silti merkityssisällöltään rajatumpia. Erityisesti abstrakteja termejä sisältävät tosiseikastot aiheuttavat rajankäyntiongelmia.

3.7.2.3 Abstrakteja termejä sisältävät tunnusmerkistöt väittämistaakkaoppien mukaan

Pohjoismaisten väittämistaakkaoppien vastaus osaan yllä olevista kysymyksistä käy ilmi puhuttaessa ns. kompleksisista oikeustosiseikoista. Ekelöf tarkoittaa kompleksisella oikeustosiseikalla seikkaa, joka koostuu useista tosiasiallisista olosuhteista, ns. osatekijöistä, joiden kaikkien ei tarvitse olla yhtäaikaisesti käsillä. Tällaisia ovat esimerkiksi omistusoikeus tai tuottamus.[188]

Usein toistetun näkemyksen mukaan vetoamisvelvollisuus kohdistuu nimenomaan niihin asiaintiloihin eli osatekijöihin, joista ns. kompleksinen tosiseikka ”muodostuu”. Vetoamisvelvollisuuden alaisia ovat kaikki ko. oikeudellisen instituution edellyttämät osatekijät eli konkreettiset tosiasiat.[189] Tällöin kyse on ennen kaikkea ns. fysikaaliseen todellisuuteen kuuluvista tosiasioista. Abstraktit juridiset termit kuten omistusoikeus ja tuottamus sitä vastoin jäävät vetoamisvelvoitteen ulkopuolelle, eikä lausumilta siis edellytettäisi tällaisten termien käyttämistä. Nähtävästi ajatuksensisällöt ja sielulliset tilat (kuten tahallisuus tai vilpillinen mieli) eli ns. mentaaliset tosiasiat, joista havaintoja saatetaan tehdä vain epäsuorasti, puolestaan kuuluvat vetoamisvelvollisuuden piiriin.[190]

Väittämistaakkaoppien mukaan vetoamisvelvollisuus voi toisin sanoen kohdistua vain fysikaalisiin ja mentaalisiin faktoihin. Historiallisesti näkemys pohjautuu aivan määrättyihin tietoteoreettisiin lähtökohtiin, viime kädessä onto-

---

[187] Esimerkiksi *Makkonen* (1981 s. 33) katsoo termien tuottamus ja hyvän tavan vastainen viittaavan havaintomaailman tasolle. Asiasta on kyllä esitetty eriäviäkin näkemyksiä. *Olivecronan* (1960 s. 46–66) mukaan tämän kaltaisilla juridisilla käsitteillä ei ole mitään vastinetta havaintomaailmassa.

[188] Ks. *Ekelöf* TfR 1945 s. 247. *Lindellin* mukaan tällaisen käsitteen ominaisuuksiin kuuluu lisäksi ”määrittämättömyys” eli käsitteen sisällön ja ulottuvuuden suuri epävarmuus. Ks. *Lindell* 1987 s. 27.

[189] Ks. esim. *Boman* 1964 s. 10; samoin *Lindell* 1993 s. 232–235; *Olivecronan* (1960 s. 219–220) näkemys merkitsee samaa.

[190] Vetoamatta jättäminen kolmannen tahon vilpittömään/vilpilliseen mieleen esitetään usein esimerkkinä siitä, milloin faktatunnusmerkistö on yksilöity epätäydellisesti. Ks. esim. *Ekelöf* TSA 1962 s. 216; *Olsson* 1964 s. 147; SOU 1982:26 s. 124.

logiseen näkemykseen, jossa juridisille käsitteille ei anneta asemaa olevaisen kategorioihin, objektiiviseen todellisuuteen kuuluvina ilmiöinä. Joka tapauksessa juridiset käsitteet on nähty perustavalla tavalla empiirisen havaintomaailman tosiasioita arveluttavampina; niiden on nähty voivan muodostaa vain hyvin horjuvan perustan oikeusriidan ja näyttökysymysten jäsentämistehtävässä.[191]

Näkemyksellä, jonka mukaan vetoamislausumin pitää yksilöidä nimenomaan havaintomaailmaan kuuluvat tosiasiat, on toisaalta yhteys tarpeeseen yksilöidä todistelun kohteeksi tulevat väittämät. Vetoamisvelvollisuus on nähty nimenomaan jo todistelua valmistelevana instituutiona. Kun vetoamisvelvollisuus edellyttää nimenomaan faktojen yksilöintiä, lausumista kävisivät samalla pääosin ilmi ne teemat, joista kenties on tarpeen esittää todistelua.[192]

Saatetaan sanoa, että kompleksisen tosiseikan käsite on pitänyt sisällään kaikki abstraktein termein ilmaistut tosiseikastot (oikeustosiseikat). Ne mahtuvat määrittelyn piiriin. Yleislausekkeet, jotka ovat lainsäädännössä varsin tavanomaisia, eivät tosin ole olleet aivan erityisen huomion kohteina.[193]

3.7.2.4 Abstraktien termien käyttö vetoamislausumissa on välttämätöntä

Näkemys, jonka mukaan oikeusriita voitaisiin perustaa vain havaintomaailman tosiasioita koskeville väitteille, ei ole täysin kestävä. Oikeudellisen kielen käsitteistö on nimittäin siinä määrin eriytynyttä, ettei vetoamislausumissa useinkaan tosiasiassa viitata välittömästi ns. raakoihin faktoihin, vaan tämäkin tapahtuu juridisten käsitteiden välityksellä.[194] Saatetaan jopa sanoa, että enin osa aineellisoikeudellisten normien tosiasiatunnusmerkistöistä on jossakin määrin abstrakteja, avoimia oikeudellisille ja käsitteellisille tulkinnoille. Oikeustosiseikkojen ”kompleksisuus” ei toisin sanoen ole mikään poikkeusilmiö.[195]

Oikeuskirjallisuudessa on kylläkin toisinaan esitetty vaatimuksia sen suhteen, että säännösten faktatunnusmerkistöt tulisi kirjoittaa mahdollisimman konkreettisina. Tämä ajattelu löydetään nimenomaisesti pohjoismaisesta pro-

---

[191] Ks. *Olivecrona* 1966 s. 213 vrt. s. 220.

[192] Toiselta puolen voidaan huomauttaa siitä, ettei todistusteemojen yksilöinti vielä väitteiden tasolla ole ainakaan teoreettisesti välttämätöntä. Se ei ehkä ole toivottavaakaan, sillä korostetun yksityiskohtaiseen (ja tässä mielessä ankaraan) vetoamisvelvoitteeseen helposti liittyy monia haittavaikutuksia, jotka eliminoivat ne hyödylliset vaikutukset, joihin yksilöintivelvoitteella on pyritty. Vrt. tämän johdosta todistusteemojen prekluusiosta käytyyn keskusteluun, jota selostetaan jaksossa 5.2.2.2.

[193] Yleislausekkeiden verrattain vähäiseen esillä olemiseen keskustelussa viittaa myös *Lindblom* (2002 s. 373).

[194] Niinpä jo *Hohfeld* (1913 s. 48) mainitsee vetoamislausumissa vain harvoin viitattavan suoraan havaintomaailman ilmiöihin. Ks. myös *Helin* 1988 s. 210–211.

[195] Ks. myös *Lindell* 1987 s. 178–179, jossa tunnusmerkistöjen sanotaan asettuvan lähinnä liukuvan asteikon mukaisesti täysin arvostuksenvaraisista termeistä verrattain puhtaasti deskriptiivisiin.

sessikirjallisuudesta, väittämistaakkaoppien taustalta.[196]

Vetoamisvelvoitteista puhuttaessa on ajatuksellisena lähtökohtana käyttäytymissäännön tyyppinen kirjoitettu normi. Nämä ovat ehtolauseita, jotka kuvaavat määrätyn toiminnan tai asiaintilan ja siihen liitettävän oikeudellisen seuraamuksen.[197] Esimerkiksi Ekelöfin mukaan vetoamisvelvollisuuden kohteena ovat ns. konkreettiset oikeustosiseikat, jotka on kuvattu tällaisen normin ylälauseessa.[198] Viime kädessä säänneltävien asioiden ja yhteisöllisten käytäntöjen monimutkaisuus aiheuttaa kuitenkin sen, ettei oikeudellisesti relevantteja tosiasioita ole kyetty kirjoittamaan säännöksiin tyhjentävästi ja deskriptiivisessä muodossa. Monesti relevantit asiaintilat eivät edes nojaudu kirjoitettuun oikeuteen.

Niinpä on ymmärrettävää, ettei myöskään oikeudenkäynnissä selvitä ilman juridisia yläkäsitteitä. Käytännössä puhutaan yksinkertaisuuden vuoksi esimerkiksi vetoamisesta tuottamukseen, vaikka teorian[199] mukaan lausumien kohteena ovat *ne konkreettiset tosiasiat, jotka konstituoivat tuottamuksen.* Väittämistaakan ulottuvuutta koskeneessa korkeimman oikeuden ratkaisussa (KKO 1999:63) mainitaan kantajien velvollisuutena olleen vedota näiden ”oikeutta lakiosaan loukkaavaan lahjoitukseen”. Konkreettisella tasolla on tällöin saattanut tapahtua vaikkapa omaisuuden fyysinen siirtyminen henkilöltä A henkilölle B vastikkeetta. Jotta tässä esimerkkitilanteessa pysyteltäisiin havaintomaailman tasolla, pitäisi jotenkin selittää eli muuntaa yksinkertaisemmalle kielelle, mitä tarkoitetaan termeillä *vastike* tai *lakiosa*. Kysyttäessä väitteen totuudellisuutta jouduttaisiin lisäksi ottamaan kantaa ainakin niihin mittapuihin, joiden perusteella lakiosan ylittymistä arvioitaisiin.

Syitä siihen, miksi oikeusriidasta keskusteltaessa (ja jopa vetoamisvelvollisuuden sisältöä kuvattaessa) saatetaan konkreettisempien termien sijasta käyttää ainoastaan yleiskäsitteitä, on useita. Niistä osa on puhtaasti käytännöllisiä. Yleiskäsitteiden avulla voidaan viitata kerralla laajempaan tosiasioiden piiriin. Kaikkien luetteleminen olisi usein hankalaa. Tämä voisi olla myös mahdotonta, sillä usein vasta konkreettisessa ratkaisuharkinnassa selviää, mitkä faktat (tai faktojen yhdistelmät) ovat asiassa relevantteja. Ja varsinkin etukäteen, perehtymättä tarkoin jutun yksityiskohtiin on mahdotonta puhua kaikista yksittäisistä faktaolosuhteista.

---

[196] *Olivecronan* vaatimus, jonka mukaan siviilioikeus tulisi ”erottaa ideamaailmasta”, sisältää sen, että tunnusmerkistöt kirjoitettaisiin mahdollisimman konkreettiseen muotoon. Vetoamis- ja näyttövelvollisuuden jako tulisi nimittäin sitoa konkreettisiin tosiasioihin. (Ks. *Olivecrona* 1966 s. 213–214 vrt. s. 219.) *Olivecrona* viittaa mahdollisuuteen luopua oikeuksia ja velvollisuuksia nimeävistä juridisista termeistä oikeudellisen keskustelun ja sääntelyn tasolla. (Ks. mts. 144.)

[197] Ks. *Strömholm* 1988 s. 46.

[198] *Ekelöf* TfR 1945 s. 226. *Ekelöf* puhuu myös abstrakteista oikeustosiseikoista, joilla hän tarkoittaa konkreettisten tosiasioiden kuvausta.

[199] Ks. esimerkiksi *Lappalainen* LM 1990 s. 255; *Ekelöf – Boman* IV 1992 s. 11–12.

Mutta yksinomaan kuvailevin termein ei aina voitaisi edes järkevällä tai ymmärrettävällä tavalla keskustella siitä juridisesta instituutiosta, johon vetoamislausuma kytkeytyy. Lausuma ei tällöin välittäisi vastapuolelle tai tuomarille riittävää informaatiota lausujan tarkoituksesta. Vetoamislausumissa joudutaan käyttämään abstrakteja termejä esimerkiksi seuraavaan tapaan:

(i) Kaupassa ostetussa tavarassa oli virhe.
(ii) Ostaja on laiminlyönyt velvollisuutensa reklamoida tavaran virheellisyydestä.
(iii) Perittävän yhdelle perillisistä antama lahja loukkasi muiden perillisten oikeutta lakiosaan.

On selvää, että yksittäistapaukseen liittyvä faktojen kuvaus voitaisiin suorittaa konkreettisemmin termein. Tällöin saattaisi kuitenkin jäädä tosiasiassa ymmärtämättä se, mistä asiassa keskeisesti on kyse, mitä asianosainen lausumallaan tahtoo sanoa. Tavaran virhe, laiminlyönti, lahja tai lakiosan loukkaus ovat käsitteitä, joille on vaikea löytää täsmällistä vastinetta kuvailevin termein.

Kun näissä tapauksissa joudutaan oletettavasti käyttämään arvostuksenvaraisia termejä, on pakko myöntää, että lausumien tulee sisältää oikeudellisia luonnehdintoja. Tässä mielessä voidaan sanoa, että normien huomioon ottamista pitää vaatia. Jossain määrin yksiselitteisempiä lausumia ovat sitä vastoin seuraavat:

(iv) Vaaditun saatavan vanhentumisaika on kulunut umpeen, jolloin velka on vanhentunut.
(v) Velan vanhentuminen on katkaistu velalliselle kirjeitse lähetetyllä maksuvaatimuksella.

Näissä tapauksissa lausumat voitaisiin helpommin esittää yksiselitteisesti vain tosiasioita kuvailemalla, esimerkiksi seuraavaan tapaan: velkoja ei ole vaatinut velkaa maksettavaksi kolmen vuoden kuluessa siitä kun velka erääntyi; velkoja on lähettänyt velalliselle kirjeen, jossa hän on vaatinut velan maksamista. Tällöinkin käytettyjen ilmaisujen deskriptiivisyys on suhteellista. Esimerkiksi erääntyminen tai maksaminen on vielä verrattain arvostuksenvarainen termi.

3.7.2.5 Milloin tosiasiaväitteiden yksilöinniltä tulisi edellyttää oikeudellisia luonnehdintoja?

Yleistä

Oikeuskirjallisuudessa on lähdetty perinteisimmin siitä, että asianosainen voi yksilöidä tosiasiaväitteensä deskriptiivisin termein. Väittämistaakkaoppien näkökulmasta tämä olisi miltei toivottavaa, sillä oikeudellisen merkityksen anta-

minen faktoille on jätetty tieten tahtoen tuomioistuimen vastuulle. Tuomarin tulisi tulkita asianosaisen lausumat siten, että ne voidaan – siinä määrin kuin tarpeellista – liittää niihin ajateltuihin oikeusperusteisiin, joihin vetoamisvelvollisuus sitä koskevine jakosääntöineen kytkeytyy. Aina tämä ei siis kuitenkaan onnistu ainakaan käytännössä.

Siihen, milloin tosiasioita juridisesti luonnehtivia ilmauksia nimenomaisesti edellytettäisiin, on hankala vastata. Useimmiten tosiasiaväitteisiin sisältyy oikeudellista luonnehdintaa ainakin jossakin määrin. Mutta tarvittavien tosiasiaväitteiden deskriptiivisyyden tai arvostuksenvaraisuuden aste vaihtelee. Lausumissa käytettävät ilmaisut eivät toisin sanoen ole yleensä puhtaasti kumpaakaan, vaan jotakin näiden väliltä.

Usein erottelun pohjalta voidaan kuitenkin kiistatta asettaa käytännön tarpeita ajatellen järkeviä kysymyksiä. Niinpä, jos tosiasiaväitteiden yksilöiminen karkeasti ottaen onnistuisi vaikkapa abstraktia tunnusmerkistöä deskriptiivisemmin termein, voidaan kysyä, tulisiko lisäksi edellyttää joitakin ”normitason” yksilöintejä. Milloin? Vai pitäisikö päinvastoin mahdollisuuksien mukaan hyväksyä vain deskriptiivisin (empiirisen havaintomaailman tason) termein yksilöidyt lausumat?

Vertailtavien ilmaisujen perustana saattaa olla säännöksen sisältämä juridinen termi ja sitä täsmentävä konkreettisempi tosiasioiden kuvaus tai säännöksen sanamuotoon sisältyvä abstrakti ilmaus ja sen kenties tarkoittama konkreettisempi asiaintila. Jos velallinen on väittänyt velkaa vanhentuneeksi, saatetaan kysyä, pitäisikö velkojan mainita, että määrättynä päivänä tapahtunut maksuvaatimuksen lähettäminen merkitsee velan vanhentumisen katkaisevaa tointa eikä ainoastaan päivämäärää, josta lukien tuohon mennessä kertyneelle viivästyskorolle vaaditaan maksettavaksi korkoa.[200]

Väittämistaakkaoppien valossa tähän vastattaisiin epäilyksettä siten, ettei mainintaa vanhentumisen katkaisemisesta tarvita. Enkä omasta puolestani näe tähän tarvetta, varsinkin kun maksuvaatimuksen lähettämisen oikeudellinen merkitys – ja merkitys vetoamisvelvoitteiden järjestelmän näkökulmasta – on helposti tuomioistuimen ja vastapuolen tunnistettavissa. Eräissä tapauksissa vetoamisvelvollisuus on kuitenkin ehdotettu ulotettavaksi tosiasioita oikeudellisesti luonnehtiviin väitteisiin. Näitä tilanteita tarkastellaan seuraavassa. Keskustelua asiasta on käyty korkeimman oikeuden ennakkoratkaisuissa ja oikeuskirjallisuudessa.

Väitteiden yksilöimiselle myös normitasolla voidaan esittää hyviä perusteluja. Ne ovat juuri samoja näkökohtia, joiden vuoksi väittämistaakkaa konkreet-

---

[200] Yhtä hyvin voidaan kysyä, täyttääkö saatavan vanhentumista koskevan vetoamisvelvollisuuden velallisen maininta, jonka mukaan velkoja ei ole vaatinut suoritusta kolmen vuoden kuluessa siitä, kun velka erääntyi maksettavaksi. Vai tulisiko hänen lisäksi mainita velan ”vanhentumisesta”? (Vrt. edellä iv.)

tisten (havaintomaailman) tosiasioiden tasolla on pidetty tarpeellisena. Merkitystä on kuulemisoikeudella, joka kenties varmimmin tulisi otetuksi huomioon vastapuolen vetoamisvelvollisuuden kautta. Samoin voidaan viitata oikeusriidan rajaamiseen jo hyvissä ajoin, valmistelun aikana. Vastapuolella on selkeä intressi päästä selville vedotuista faktaperusteista voidakseen valmistautua näytön esittämiseen pääkäsittelyssä. Oikeusperusteista riippuen hieman eri seikat nimittäin voivat muodostua asiassa relevanteiksi. Mutta vastaava intressi liittyy myös asian oikeudelliseen argumentointiin.

Vetoamisvelvollisuutta vastaan puhuu kuitenkin periaate, jonka mukaan nimenomaan tuomioistuimen tulee huolehtia oikeusohjeiden soveltamisesta (jura novit curia -periaate). Sen valossa olisi aihetta varoa sellaisia tulkintoja, jotka laajentavat vetoamisvelvoitetta. Jos kyse olisi pelkästään asianosaisen määräämisvallan ulottamisesta juridisiin luonnehdintoihin, eivät vastasyyt olisi niinkään painavia. Mutta vetoamisvelvoite ei sellaisenaan edes takaa tällaista määräämisvaltaa, vaan aiheuttaisi käytännössä vain vaaran siitä, että jokin oikeudellinen aspekti jäisi prosessin ulkopuolelle lähinnä asianosaisen huomaamattomuudesta tai puutteellisesta tietämyksestä johtuen.

Kuulemisnäkökohta saatetaan turvata vaihtoehtoisilla keinoilla kuten tuomarille asetettavalle informointivelvoitteella. Informointivelvollisuuteen saatettaisiin liittää tai olla liittämättä asianosaisen oikeus viime kädessä määrätä vetoamislausuman oikeudellisesta luonnehdinnasta. Viimeksi mainitussa tapauksessa tuomarin velvoitteena saattaisi olla huomauttaa siitä, että esimerkiksi vedottu korvausvaatimus saatettaisiin esittää paitsi tuottamusperusteiseen myös tuottamuksesta riippumattomaan vastuuseen perustuvana.

Muutoinkin – vaikka oikeusriidan tarkka rajaaminen on usein eduksi yksittäisen prosessin kannalta – rajaamisessa ei ole hyvä mennä liian pitkälle meneviin vaatimuksiin. Hyvin pitkälle ulottuva rajaamispyrkimys saattaa käydä vaikutuksiltaan alkuperäistä tarkoitustaan haittaavaksi. Edellytykset päätöksenteolle eivät välttämättä laajemmassa merkityksessä parane, jos vetoamistoimin (onnistunein tai epäonnistunein) tehdyt rajaukset saavat kovin korostuneen roolin asian hahmottumisessa ja ratkaisun muotoutumisessa.[201] Edes prosessitaloudellisten etujen realisoituminen ei ole varmaa. Viimeksi mainitun näkökohdan merkitystä korostaa se, että vetoamisvelvoitteen tietoisesta ulottamisesta normitasolle aiheutuisi tarvetta yhä uusiin rajankäynteihin.

Keskustelussa esillä olleita konkreettisia ongelmia ja rajausehdotuksia

Vetoamisvelvollisuuden ulottamista normitasolle on ehdotettu erityisesti silloin, kun vedottuihin faktoihin saatettaisiin ajatella soveltuvaksi selkeästi vaih-

[201] Jo lähtökohtaisesti on tosin selvää – hyväksyttyäkin – että rajaaminen ainakin jossakin määrin vaarantaa tapauskohtaisesti nimenomaan aineellisen oikeusturvan toteutumista.

toehtoisia oikeusperusteita, jotka johtaisivat lähinnä vaaditun kaltaiseen oikeusseuraamukseen. Näille tilanteille on tunnusomaista se, että mahdollisesti relevantti tosiseikasto saattaa olla suurelta osin yhteinen mutta kuitenkin erota joltakin tärkeältä osaltaan. Yleisimmin mainittuja esimerkkejä on vahingonkorvausvaatimus, joka saattaisi nojautua vaihtoehtoisesti tuottamusperusteiseen tai tuottamuksesta riippumattomaan (ns. ankaraan) vastuuseen.[202] Samalla tavoin vaihtoehtoisia voisivat olla sopimusperusteinen ja sopimuksesta riippumaton korvausvastuu.[203]

Rajankäyntien hankaluutta osoittaa se verrattain laaja ja erisuuntaisiin suosituksiin johtanut keskustelu, jota oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä on käyty asiasta. Melko yksimielisiä on oltu siitä, että jos vahingonkärsijä haluaa korvausta ns. ankaran vastuun perusteella, hänen tulee vedota vahingonaiheuttajan toiminnan yleisvaaralliseen luonteeseen tai vaarantamisvastuuseen. Niinpä esimerkiksi väite kaivostoimintaa harjoittaneen yhtiön aiheuttamasta vahingosta ei ole riittävän yksilöity tosiasiakuvauksen osalta, vaan vetoamislausumassa olisi tuotava esiin toiminnan yleistä vaaraa aiheuttava luonne tai vaatimuksen perustaminen ns. vaarantamisvastuuseen. Näkemys on vahvistettu oikeuskäytännössä (KKO 1986 II 163), ja se on hyväksytty oikeuskirjallisuudessa.[204]

Tämän kanssa on kenties osin ristiriitaista, että vahingonaiheuttajan tuottamukseen ei kuitenkaan useimmiten ole katsottu välttämättömäksi vedota, vaan riittävänä on pidetty väitteen yksilöintiä niiden ”konkreettisten” tosiasioiden tasolla, jotka vaikuttavat tuottamusperusteisen vastuun soveltamiseen käsiteltävänä olevassa asiassa. Tämä on ollut jo aiemmin selostetulla tavoin vanhastaan väittämistaakkaoppien lähtökohtana,[205] ja myös korkein oikeus on päätynyt samalle kannalle (KKO 2001:77). Oikeuskirjallisuudessa näkemystä on arvosteltu kontradiktorisuuden näkökulmasta.[206]

Oikeuskirjallisuudessa on voittopuolisesti katsottu niin ikään, että vetoamislausumin ei tarvitse erotella rikos- ja siviilioikeudellista tuottamusta. Erottelun on nimittäin nähty sijoittuvan melko puhtaasti normatiivisten luonnehdintojen alueelle.[207] Oikeuskäytännössä on kuitenkin päinvastoin katsottu, että siviilioikeudelliseen tuottamukseen pitää vedota erikseen, jos rikosasian yhteydessä on vaadittu korvausta rikollisella teolla aiheutetusta vahingosta (KKO 1984 I 2). Ja tässäkin tapauksessa on mahdollista argumentoida vaatimusten pohjana olevien faktaolosuhteiden poikkeavan toisistaan ainakin siinä mielessä, että siviili-

---

202 *Ovaskainen* 1989 s. 74 ss.
203 *Lindell* 1993 s. 298. Ks. myös *Gomard* 2000 s. 454–455.
204 Ks. *Virolainen* 1988 s. 316–317; *Ovaskainen* 1989 s. 80–82.
205 Ks. esimerkiksi *Ekelöf – Boman* IV 1992 s. 13 alav. 5.
206 Ks. *Saranpää* 2005 s. 70.
207 Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 78 ja *Lappalainen* 1986 s. 489, joiden mukaan heidän kritisoimassaan ratkaisussa KKO 1984 I 2, johon KKO oli soveltanut väittämistaakkaa, kaikkiin tosiseikkoihin oli vedottu. Näin myös *Virolainen* 1988 s. 316, joka kuitenkin hyväksyy ratkaisun lopputuloksen.

oikeudellinen vastuuperuste voisi antaa aihetta vasta-argumentteina hieman eri tosiasiaväitteisiin kuin rikosoikeudellinen vastuuperuste.[208]

> Kun kantaja oli vaatinut perinnönjaon moitetta koskevassa asiassa lakiosaansa ja vedonnut lakiosaa loukkaavaan perittävän lahjoitukseen, hänen ei korkeimman oikeuden ennakkoratkaisun mukaan tarvinnut vedota lahjanantajan suosimistarkoitukseen (KKO 1999:63). Suosimistarkoitus ei nimittäin ollut seikka, jolla olisi ollut vaikutusta asiassa vaaditun seuraamuksen kannalta. Oikeuskirjallisuudessa tätäkin ratkaisua on kritisoitu vastaavanlaisin perustein.[209]

Vetoamisvelvoitetta laajentavan näkemyksen perustelut liittyvät juuri yllä mainittuihin näkökohtiin, erityisesti vastapuolen mahdollisuuteen suunnitella omia prosessitoimiaan.[210] Lindell tarkastelee asiaa prekluusiosäännösten soveltamisalan näkökulmasta. Hän näkee oikeudellisen tason yksilöinteihin ulottuvan vetoamisvelvollisuuden etuna sen, että laajempi vetoamisvelvollisuus toisi myös prekluusiouhan kattavammin vaihtoehtoisiin faktaperusteisiin. Oikeudellinen yksilöinti ei toisaalta edellyttäisi oikeastaan sen laajempaa oikeudellista tietämystä kuin vetoaminen relevantteihin faktoihin.[211]

Ovaskaisen mukaan velvollisuus juridisiin yksilöinteihin koskisi tilanteita, joissa kahdella oikeusperusteella on osittain yhteinen faktatunnusmerkistö.[212] Gomard katsoo, että rajankäynneissä tulisi antaa merkitystä ko. vaihtoehtoisen säännön tunnettuisuudelle ja sisällön vakiintuneisuudelle. Vetoamisvelvoite olisi helpommin ulotettavissa yleisesti hyvin tunnettuihin oikeusperusteisiin. Vähemmän tunnetut tai sisällöltään epävarmemmat vaihtoehtoiset perusteet taas voisi olla perusteltua jättää vetoamisvelvoitteen ulkopuolelle.[213]

Vastaavalla tavoin kokonaan tai suurelta osin yhteinen tosiseikasto voisi aiheuttaa vaikkapa sopimuksen pätemättömyyden kunnianvastaisuuden ja arvottomuuden (OikTL 33 §), erehdyksen (OikTL 32 §) tai kohtuuttomuuden (OikTL 36 §) takia. Samoissa olosuhteissa voisi joskus kyseeseen tulla myös petollinen viittely (OikTL 31 §).[214]

Myös näissä vaihtoehtoisten perusteiden tilanteissa rajankäynnit saattavat muodostua ongelmiksi. Ne aiheuttaisivat yhden epävarmuustekijän entisten li-

---

208 Ks. *Virolainen* 1988 s. 316.
209 Ks. *Virolainen* 2000 s. 1166.
210 Ks. esimerkiksi *Gomard* 2000 s. 454–455.
211 *Lindell* 1993 s. 297–298.
212 *Ovaskainen* 1989 s. 76–78.
213 Ks. *Gomard* 2000 s. 455. Vastaavasti ylemmissä oikeusasteissa juridisilta yksilöinneiltä edellytetty vaatimustaso voisi olla korkeampi.
214 Selvää on, että vaihtoehtoisesti soveltuvia olisivat usein eri kohtuullistamisperusteet, kuten vaikkapa sopimusten yleinen kohtuullistamisperuste (OikTL 36 §) ja kuluttajansuojalain (KSL 4:1) tai työsopimuslain (TSL 10:2) kohtuullistamisperusteet. Nämä ovat kuitenkin tässä yhteydessä vähemmän kiinnostavia, sillä miltei täysin sama tosiasiseikasto johtaisi nyt säännösten vaihtoehtoiseen soveltumiseen.

säksi siinä kokonaisjärjestelyssä, joka säätelee asianosaisen ja tuomarin vastuita oikeudenkäyntiaineiston rajaamisessa. Vaihtoehtoisten tunnusmerkistöjen osittainen yhteisyys ei ole mikään yksiselitteinen (tai edes vahva) kriteeri. Tästä syystä päätyisin näkemykseen, ettei vetoamisvelvoitetta tulisi näissä tilanteissa ulottaa oikeudellisiin luonnehdintoihin.

Toisaalta yllä mainituissa tilanteissa on kylläkin olemassa selkeä tarve informaatioon. Vastapuolen kuulemisoikeuden toteuttaminen edellyttäisi tuomarin informointivelvollisuutta, jotta voitaisiin tietää, mikä vaihtoehtoisista oikeusperusteista tilanteeseen olisi lähinnä soveltumassa. Informoinnin tulisi nähdäkseni olla edellytys tuomioistuimen aloitteesta huomioon otettavan faktaväittämän tutkimiselle. Asianosaiselle ei kuitenkaan jäisi riskiä huomaamattomuudesta johtuvista oikeudenmenetyksistä. Myöskään prekluusio ei soveltuisi tuomioistuimen vastuulle kuuluviin oikeudenkäyntiaineiston yksilöinteihin.[215]

Vaihtoehtoinen keino, joka turvaisi sekä kuulemisoikeuden että vetoamismahdollisuuden, olisi tuomarille asetettava velvollisuus selvittää, tahtooko asianosainen vedota vaihtoehtoiseen oikeusperusteeseen. Oikeudellisen vastuun normitasolla tapahtuvista yksilöinneistä tulisi joka tapauksessa viime kädessä kuulua tuomioistuimelle, siinä merkityksessä, että asianosaisella olisi mahdollisuus niin halutessaan vedota vaihtoehtoisiin oikeusperusteisiin.

Vetoamisvelvollisen määräämisoikeutta kumpikaan mainituista menettelyvaihtoehdoista ei sulje pois. Edes vetoamisvelvollisuuden puuttuminen ei muodosta estettä myöntää asianosaiselle oikeudellisiin luonnehdintoihin ulottuvaa määräämisvaltaa.[216] Prosessioikeudellisen lainopin kanta, joka kieltää normatiivisia arviointeja koskevan suoran määräämisoikeuden, on kylläkin perinteisesti jokseenkin ehdoton tässä kysymyksessä. Toisaalta saatetaan viitata siihen, että vastaajalla katsotaan vakiintuneesti olevan oikeus myöntää kanne kokonaisuudessaan tai vain osittain oikeudellisine perusteineen oikeaksi.

Nähdäkseni määräämisvallan kieltämiselle ei ole esitettävissä kovin vahvoja asiaperusteita.[217] Poikkeuksena ovat tilanteet, joihin liittyy aineellisen säätelyn tasolla voimakas suojeluintressi. Jos määräämisoikeus myönnetään, ongelmaksi jäisivät rajankäynnit. Nyt kyseessä olevat rajankäynnit ovat seuraamuksiltaan kuitenkin vähemmän drastisia kuin vetoamisvelvoitteen ulottuvuuteen liittyvät. Epäilemättä on eduksi, jos riidan kohde voidaan näissä tilanteissa sopia mahdollisimman varhaisessa vaiheessa. Siksi tuomarin tulisikin kiinnittää asianosaisten huomio näkökohtaan jo valmistelun aikana.

Tuomarin informointivelvollisuuden toimivuuteen käytännön tasolla saate-

---

[215] Ks. tästä lähemmin jaksoa 5.4.3.4 (kohdat 12 ja 13).

[216] Esimerkiksi oikeudenkäymiskaaren säännökset eivät ota suoraan kantaa tähän ongelmaan.

[217] Tällöin asianosaiselle jäisi lopulta väittämistaakan sanktioima vastuu lopullisista, täydemmän informaation perusteella tehdyistä valinnoista.

taan tähän asti kertyneen kokemuksen perusteella kylläkin kohdistaa jossakin määrin epäilyksiä. Ne eivät kuitenkaan perustu niinkään siihen, että informointi olisi periaatteellisesti aivan erityisen vaikeasti toteutettavissa. Varsinkaan, jos informointivelvoitetta verrataan niihin vaihtoehtoisiin menettelytapoihin, jotka lähinnä olisivat käytettävissä. Enemmänkin kyse on siitä, ettei tämä instituutio kenties ole saanut riittävän vahvaa jalansijaa oikeuskäytännön tai käytännön oikeusajattelun tasolla.

> Ratkaisu KKO 2008:77 on huomionarvoinen ajatellen tällaista kuulemisoikeuden toteuttamiseen tähtäävää tuomarin informointivelvoitetta. Pelkkään informointivelvoitteeseen tai kuulemisoikeuteen on oikeuskäytännössä harvoin viitattu. Tapauksessa, joka koski välimiesmenettelyssä ratkaistua juttua, oli vedottu määrättyihin faktoihin sopimuksen pätemättömyyttä koskevan vaatimuksen tueksi. Näiden seikkojen perusteella sopimusta katsottiin voitavan kohtuullistaa. Ainoastaan eri mieltä olleen oikeusneuvoksen mukaan asianosaisen kuulemisoikeus olisi edellyttänyt kohtuullistamiskysymyksen saattamista erityisellä tavalla keskustelun alaisuuteen.[218] Kyse oli lähinnä siitä, rikottiinko asiassa vaatimistaakkaa.

3.7.3 Kuinka määritellä vetoamisvelvollisuuden ulottuvuus silloin, kun faktatunnusmerkistö sisältää avoimen termin?

3.7.3.1 Johdanto

Edellä ei vielä tarvinnut kiinnittää suurempaa huomiota niihin ongelmiin, joita aiheutuisi tosiasioiden juridista kvalifiointia koskevan velvollisuuden rajankäynneistä. Tarkastelu koski vain määrättyjä keskustelussa esiintyneitä tilanteita ja asianosaisella katsottiin olevan oikeus yksilöidä faktaväitteensä konkreettisten faktojen tasolla. Rajankäynneiltä ei luonnollisesti voitaisi välttyä, jos vetoamisvelvollisuus päinvastoin ulotettaisiin juridisiin luonnehdintoihin. Silloin, kun säännösten tai kirjoittamattoman oikeuden tosiasiakuvaukset sisältävät avoimia termejä, vetoamisvelvollisuuden sisällön määritteleminen aiheuttaa tässä suhteessa erityisiä pulmia. Nämä ovat siinä määrin hankalia, että asiaa on syytä tarkastella lähemmin.

Käytännölliseltä kannalta merkittävä ongelma koskee kuitenkin sitä, tulisiko asianosaisen voida joissakin tapauksissa täyttää vetoamisvelvollisuutensa vain abstrakteja (abstraktimpia) termejä sisältävin lausumin, vaikka väite olisi mahdollista yksilöidä tarkemmin. Jos tulisi, niin milloin? Kysymys on vastakkai-

---

[218] Ruotsalaisessa ennakkoratkaisussa (NJA 1997 s. 825) korkein oikeus katsoi hovioikeuden laiminlyöneen informointivelvollisuutensa. Ratkaisun otsikon mukaan hovioikeuden olisi pitänyt huomauttaa asianosaisille viran puolesta tutkimistaan seikoista ja varata heille mahdollisuus lausua niistä oma näkemyksensä.

nen äskettäin käsiteltyyn nähden, sillä ongelmana on se, milloin vetoamislausuma on riittävän konkreettinen. Tämä kysymys avaa rajankäyntejä koskevan pulman siinäkin tapauksessa, että juridisia luonnehdintoja ei ehdoin tahdoin vaadittaisi.

3.7.3.2 Voidaanko vetoamisvelvoite täyttää vain abstrakteja termejä sisältävin lausumin?

Tosiasioita kuvailevien ja niitä oikeudellisesti luonnehtivien lausumien osittainen käsitteellinen erottamattomuus jo merkitsee, että aivan välttämättä on hyväksyttävä ainakin jossakin mitassa tosiasiaväitteiden yksilöinti yleistävin, abstraktein termein. Tällöin kuvausta ei mielekkäällä tavalla voitaisi suorittaa deskriptiivisin käsittein. Toinen näkökohta, joka vaikuttaa samaan suuntaan, on juridisten termien käytännöllisyys – tai pikemminkin niiden välttämisen tavaton epäkäytännöllisyys. Vaikka olisi mahdollista konkretisoida väitteet luetteloimalla mahdollisimman kuvailevassa muodossa (ideaalisella tavalla näytön arvioinnin kohteeksi sopivat) tosiasiaväittämät, tällaisen edellyttäminen ei välttämättä olisi järkevää.

Jos juridinen ilmaisu on selitysvoimaisempi kuin asian esittely puhtaasti kuvailevin lausein, saattaisi olla hyödytöntä edellyttää lisäksi viimeksi mainittua. Vaikkapa väite saatavan vanhentumisesta tai vanhentumisen katkaisemista merkitsevistä toimista kertoo jokseenkin riittävästi sen, mikä yksilöinnin suhteen on tarpeellista. Saattaisi myös olla inhimillisesti mahdotonta luetella kaikkia relevantteja faktoja – varsinkaan etukäteen, mitä vetoaminen edellyttäisi. Vaikeasti reaalimaailmaan palautettavissa olevista termeistä saatetaan esimerkkinä mainita vaikkapa kohtuullistamisharkinnassa vaikuttava sopimussuoritusten epätasapaino.

Jopa sellaisissa tilanteissa, joissa kyseeseen tulevat tosiasiat on jokseenkin vaikeuksitta esitettävissä kuvailevin ilmaisuin, saatettaisiin perustella näkemystä, jonka mukaan kaikkiin yksittäisiin faktoihin ei tarvitse erikseen vedota. Jos esimerkkinä käytetään edellä viitatun talokaupan olosuhteita, saattaisi tuntua hyvinkin riittävältä kantajan puolelta vetoaminen vaikkapa perustan virheellisestä rakentamisesta aiheutuneisiin vahinkoihin, luetteloimatta kaikkia seuraamuksia; sokkelin halkeamat, sisäseinien vääntyminen, lattian ja seinän väliin ilmestyneet raot tai lattialaatan lohkeaminen saunan pukuhuoneessa. Usein täsmälliset vahinkoseuraamukset vieläpä selviäisivät vasta prosessin kestäessä hankitun näytön pohjalta. Silti myös vastakkaista näkemystä saatetaan hyvin perustella.[219]

---

[219] Vrt. esimerkiksi *Lindell* 2012 s. 261–262.

3.7.3.3 Kysymyksen erityinen pulmallisuus

Usein aiheutuu toisenlaisiakin probleemeja. Jos tunnusmerkistö on huomattavan arvostuksenvarainen eli riippuvainen oikeudellisesta keskustelusta, sen sisältöä joudutaan hahmottelemaan kenties hyvin monimuotoisen käsitteistön avulla. (Vrt. esimerkiksi sellaisia termejä kuin tuottamus, hyvän tavan vastaisuus tai kohtuuttomuus.) Valittavana ei tällöin ole vain kahta selkeää vaihtoehtoa, määrättyä juridista luonnehdintaa tai deskriptiivistä ilmaisua, vaan joukko näiden välimaastossa olevia termejä.

Näin ollen pyrittäessä vastaamaan siihen, mikä on tosiasiaväitteen yksilöinnin välttämätön tai riittävä vähimmäistaso, on otettava kantaa kahteen kysymykseen. Ensinnäkin siihen, (a) millä abstraktiotasolla väitteet tulee ilmaista tai on sallittua ilmaista. Kysymykseen tarvitaan ratkaisu paitsi silloin, jos oikeudellisia luonnehdintoja nimenomaisesti edellytettäisiin[220] myös siinä tapauksessa, että yksityiskohtaisempi faktakuvaus voitaisiin korvata jollakin abstraktimman tasoisella lausumalla[221]. Samoin olisi voitava tietää, (b) kuinka täydellisesti tapauksen oikeudellisen arvioinnin kannalta relevantit ”konkreettiset” faktaolosuhteet tulisi luetella (samoin kuin juuri talokaupan tapauksessa). Asiaa tarkastellaan seuraavassa sopimuksen kohtuuttomuuteen perustuvien väitteiden kannalta.

3.7.4 Kohtuuttomuudesta vetoamisvelvollisuuden kohteena

3.7.4.1 Kohtuus avoimena terminä

On tuskin tarpeellista ryhtyä kovin pitkälti perustelemaan sen enempää kohtuuttomuus-käsitteen määrittämättömyyttä kuin oletusta, että lopullisesti relevantin tosiseikaston määrittymiseen sopimuksen tai vahingonkorvauksen kohtuullistamissäännösten konkreettisessa soveltamistilanteessa liittyy tavallista enemmän epävarmuutta. Voidaan kuitenkin todeta, että kohtuus on heikko termi, joka ei oikeastaan lainkaan viittaa konkreettisiin tosiseikkoihin eivätkä säännökset sisällä juuri muitakaan täsmennyksiä. Lisäksi kohtuus on avoimesti arvostuksiin viittaava termi. Ei voida uskoa, että soveltamisen ennustettavuudelle tästä aiheutuva haitta voitaisiin korvata lain esitöiden tai muiden normilähteiden kuten ennakkotapausten antamien suuntaviivojen (esimerkiksi tyyppitapausten) avulla. Soveltamisvaiheessa – kuten avointen termien kohdalla yleensäkin – korostuvat seuraamusharkinta ja arvonäkökohdat.

Tämän takia saatetaan epäillä, että näiden säännösten kohdalla väittämistaakkaoppien sisältämä vaatimus tosiasiaväitteiden tarkasta täsmentämisestä konk-

[220] Toisin kuin edellisessä jaksossa (3.7.2.5) katsottiin.
[221] Ks. 3.7.3.2.

reettisten tosiasioiden tasolla korostetusti estää relevanttien näkökohtien tulemista mukaan oikeudenkäyntiin. Lyhyesti sanoen näiden normien edellyttämä kokonaisarvostelu voi jäädä toteutumatta vetoamisvelvollisuuden takia. Toiselta puolen juuri yleislausekkeiden lähtökohtainen täsmentymättömyys perustelee tarvetta oikeudenkäynnin aikana tehtäviin konkreettisen tason yksilöinteihin.

3.7.4.2 Kohtuullistamiskysymystä jäsentävää käsitteistöä

Siviilioikeudellista käsitteistöä ei yleensäkään ole voitu puhdistaa yläkäsitteistä tuomalla tilalle vain puhtaasti empiirisesti todennettavissa oleviin ilmiöihin viittaavia termejä. Myös kohtuullistamisinstituutiota on pyritty ottamaan haltuun yleiskäsitteiden avulla.

> ”Jos oikeustoimen ehto on kohtuuton tai sen soveltaminen johtaisi kohtuuttomuuteen, ehtoa voidaan joko sovitella tai jättää se huomioon ottamatta. Kohtuuttomuutta arvosteltaessa on otettava huomioon oikeustoimen koko sisältö, osapuolten asema, oikeustointa tehtäessä ja sen jälkeen vallinneet olosuhteet sekä muut seikat” (OikTL 36 §).

Oikeustoimilain 36 §:ssä säännöksen soveltamiskriteerejä on täsmennetty sellaisten termien kuin *sopimuksen koko sisältö, osapuolten asema, oikeustointa tehtäessä tai sen jälkeen vallinneet olosuhteet* – tai vieläpä termin *muut olosuhteet* – avulla. Näiden määritteiden valossa mahdollisesti juridista merkitystä saavia asiaintiloja puolestaan joudutaan jäsentämään yhä uusien abstraktien termien kautta. Lainopissa ja oikeuskäytännössä esiintyvistä termeistä voidaan edelleen luetella *sopimussuoritusten epätasapaino, pakko, petollinen viittely, erehdys, vakioehtojen käyttäminen, tietoinen taloudellinen riskinotto tai taloudellinen spekulaatio.*

Näistä käsitteistä *pakko* ja *erehdys* sijoittuvat mentaalisten asiaintilojen kategoriaan ja ovat näin ollen vetoamisvelvollisuuden kohteita. Muut sitä vastoin lienevät luokiteltavissa lähinnä konventionaalisten tosiasioiden ryhmään, jääden siis ”juridisina” vetoamisvelvollisuuden ulkopuolelle. Näillä käsitteillä on vähintäänkin hyödyllinen funktionsa oikeus- ja tosiasiakysymysten jäsentämisessä ja täsmentämisessä. Puheena olevan tosiasia-aineiston piiriä saatetaan myös rajata tällaisten kohtuutta alemmalla abstraktiotasolla olevien käsitteiden avulla.

Oikeudenkäynnistä saatettaisiin kylläkin ajatella – nimenomaan väitteiden tasolla – selvittävän ilman kyseisen kaltaista terminologiaa, sillä tuomion kannalta välttämätön on eräässä mielessä ainoastaan tieto siitä, mitä ns. reaalimaailmassa on tapahtunut. Puhtaasti kuvailevat lausumat saattaisivat täyttää minimiedellytyksen, jotta tuomari voisi niiden pohjalta ryhtyä oikeudellisiin arviointeihin. Koska näin ei kuitenkaan välttämättä ole, saattaa asianosaisen olla pakko luonnehtia väitteitään myös oikeudellisesti.

Merkittävää on toisaalta se, että juridisin käsittein tehtäviin täsmennyksiin sisältyy hyvin tärkeää informaatiota. Niinpä esimerkiksi se, väitetäänkö sopimuksen ehtoihin vaikuttaneen pakon, petollisen viettelyn vai ainoastaan erehdyksen, vaikuttaa siihen, millä tavoin konkreettisen tason tapahtumia arvioidaan. Täsmennykset saattavat aiheuttaa vastapuolelle tarpeen vedota erilaisiin konkreettisen tason ilmiöihin ja tehdä joka tapauksessa erilaisia juridisia vastaväitteitä.

Kohtuullistamisongelma on eräänlainen malliesimerkki siitä, ettei oikeusriitaa koskeva keskustelu ole mahdollinen ilman erityistä oikeudellista terminologiaa. Kaikkea juridisesti merkityksellistä ei edes voida tuoda esiin kuvailemalla pelkästään empiirisen havaintomaailman ilmiöitä. Oikeudellisesti arvioituina konkreettiset tosiasiat voivat tavallaan merkitä yhdessä enemmän kuin osiensa summa. Vaikeaa ellei mahdotonta olisi tehdä ymmärrettäväksi edes vaatimus kohtuuperusteeseen vetoamisesta empiirisen havaintomaailman termein.[222]

3.7.4.3 Tosiasiaväitteiden täsmentämisvelvoite

Tosiasiaväitteiden yksilöintiä koskevaa vaatimusta (vedottaessa kohtuullistamiskysymyksen kaltaiseen avoimen termin sisältävään tunnusmerkistöön) havainnollistaa seuraava tilanne, jonka faktaolosuhteet on otettu korkeimman oikeuden ennakkoratkaisusta (KKO 2002:87). Ratkaisu oli ns. aineellisoikeudellinen, siinä ei toisin sanoen otettu kantaa prosessioikeudellisiin ongelmiin.

Ratkaisun kohteena olleessa tapauksessa työnantaja oli irtisanonut työsopimuksen taloudellisilla ja tuotannollisilla perusteilla. Vastoin työntekijän näkemystä irtisanominen katsottiin tehdyn laillisesti. Työsuhteessa noudatettaviin sopimusehtoihin kuului kuitenkin työnantajan eläkesääntö, jonka mukaan työntekijä menetti oikeuden eläkesäännön mukaisiin etuihin (ns. lisäeläkkeeseen), jos työsuhde päättyi ennen eläkeiän saavuttamista tai muuta eläkkeeseen oikeuttavaa tapahtumaa. Työsuhde oli nyt päättynyt 24 vuotta kestäneen työsuhteen jälkeen mutta 1 vuosi 3 kuukautta ennen kuin työntekijä saavutti 60 vuoden eläkeiän. Ratkaisussa tarkasteltiin sitä, pitikö eläkesääntöä kohtuullistaa. Korkeimman oikeuden mukaan merkityksellisiä faktoja (1–11) olivat seuraavat:

Lisäeläketurvan tavanomaisuus ja kohtuullinen taso:[223]
1) Nyt kyseessä oleva lisäeläketurva oli täydentänyt lakisääteistä eläkettä ehdoilla, joita voitiin pitää tavanomaisina ja tasoltaan kohtuullisina.

---

[222] Puhuminen vain konkreettisen tason ilmiöistä, vaikkakin vain väitteiden yhteydessä, olisi joka tapauksessa usein epäkäytännöllistä, eikä se edes vastaisi tosiasiallista sopimus- tai vahingonkorvausoikeudellista kielenkäyttöä.

[223] Nämä faktoja ryhmittelevät otsikot eivät esiinny KKO:n ratkaisussa tässä muodossa. Otsikot on otettu tähän ainoastaan havainnollisuuden vuoksi.

Eläkesäännön 13 §:n tarkoitus:
2) On oletettavaa, että eläkesäännön 13 § on tarkoitettu koskemaan erityisesti niitä tilanteita, joissa työsuhde päättyy työntekijästä itsestään johtuvista syistä. (Tämä voitiin päätellä siitä, että lisäeläkejärjestelmien avulla yleensä pyritään sitouttamaan työntekijä pitkäaikaiseen työsuhteeseen, joka kestäisi mahdollisesti eläkeikään asti.)
3) Työntekijä oli nyt irtisanottu taloudellis-tuotannollisin perustein.

Työsuhteen kesto ja eläkeikään jäljellä oleva aika:
4) Työntekijä oli työskennellyt yhtiön palveluksessa yhtäjaksoisesti noin 24 vuotta.
5) Työsuhteen päättyessä oli jäljellä enää 15 palveluskuukautta, kunnes työntekijä olisi saavuttanut vanhuuseläkkeeseen oikeuttavan 60 vuoden iän.
6) Työsuhteen päättyminen on kohdannut työntekijää siten tilanteessa, jossa hänen puoleltaan ehdot lisäeläketurvan saamiselle olivat lähes täyttyneet.
7) 15 kuukauden ajanjaksoa voidaan pitää suhteellisen lyhyenä ottaen huomioon työntekijän pitkään jatkunut yhtäjaksoinen palvelussuhde.
8) Tässä tilanteessa työntekijä on jo kohtuudella voinut olettaa saavansa 60 vuotta täyttäessään eläkesäännön mukaisen vanhuuseläkkeen.
9) Työntekijällä ei ole ollut myöskään tässä vaiheessa enää tavanomaisia mahdollisuuksia järjestää vastaavantasoista eläketurvaa vapaaehtoisin vakuutuksin.

Asian merkitys:
10) Verotustietojen (1999 ja 2000) mukaan työntekijän verotettavat ansiotulot ovat olleet hieman yli 60 000 markkaa vuodessa.
11) Näin ollen lisäeläkkeen määrää voidaan jo tällä perusteella pitää työntekijän taloudelliseen asemaan nähden merkittävänä.

Kohtuullistamisen vaikutus vastapuolen kannalta:
Ei selvitystä.

Tapauksesta voidaan erottaa lukuisa joukko tosiasiaväittämiä, jotka olivat oikeudellisesti (välittömästi) merkityksellisiä ja puolsivat näkemystä eläkesäännön po. määräyksen kohtuuttomuudesta. Väittämistaakkaoppien mukaan näitä faktoja kutsuttaisiin osatekijöiksi (momenteiksi), joista tilanteessa ilmenevä kohtuuttomuus koostuu. Voidaan sanoa, että ne ovat faktoja, jotka ovat relevantteja kohtuuttomuusarvioinnin kannalta.

Milloin näiden seikkojen relevanssi on välitöntä ja milloin välillistä, ei voida ratkaista käsitteellisin kriteerein. Tämä on todettu jo edellä: abstraktiotasoltaan faktat sijaitsevat toisiinsa nähden eri tasoilla, mutta niiden yläpuolella on vielä abstrakti ja huomattavan arvostuksenvarainen tosiasia ’kohtuuttomuus’, jonka vahvistettu olemassaolo ratkaisee oikeusseuraamuksen aiheutumisen. Päättely yksittäisistä faktaolosuhteista kohtuuttomuuteen edellyttää toisaalta arvoarvostelmiin nojautumista, eikä siitä siis selvitä muodollis-loogisella päättelyllä (vrt. edellä luku 3.6.2). Parasta on siksi tyytyä näkemykseen, jonka mukaan kaik-

ki yllä olevat faktat kyllä ovat aivan välittömästi relevantteja oikeudellisen arvioinnin kannalta.

Väittämät ovat konkreettisuuden asteeltaan toisiinsa nähden eri tasoilla. Esimerkiksi väittämässä 1 viitataan sopimusperusteiseen lisäeläketurvaan ja toisaalta lakisääteiseen eläkkeeseen. Lisäksi siinä tehdään näitä koskevia vertailuja käyttäen ilmaisuja tavanomainen ja tasoltaan kohtuullinen. Väittämä on toisin sanoen esitetty verrattain abstraktilla tasolla ja käyttäen arvostuksenvaraisia termejä. Väittämää saatettaisiin epäilemättä purkaa (konkretisoida) esimerkiksi yksilöimällä niitä sopimus- tai lakiperusteisen eläketurvan ehtoja, joihin tarkoituksena on viitata. Väittämässä 4 taas todetaan mahdollisimman yksinkertainen fakta: työntekijä on ollut työnantajan palveluksessa noin 24 vuotta.

Väittämää 6, jonka mukaan työsuhteen päättyessä ehdot lisäeläketurvan saamiselle olivat työntekijän puolelta lähes täyttyneet, saatetaan puolestaan pitää miltei johtopäätöksenä väittämistä 2, 3, 4 ja 5 (puheena olevan sopimusehdon tarkoitus, irtisanomisen syy, eläkeiän saavuttamiseen jäljellä oleva palvelusaika). Se on kuitenkin selkeästi näistä erotettavissa. Lisäksi se pitää sisällään muitakin faktapremissejä kuten sen, ettei ole olemassa mitään yllä mainitsemattomia lisäehtoja.

Voidaan siis sanoa, että jokainen väittämistä tuo esiin jonkin itsenäisen tapauksen tosiasioita kuvaavan näkökohdan. Jokaisella on oma merkityksensä arvioitaessa eläkesäännön 13 §:n kohtuullisuutta tapauksen olosuhteissa.

Mihin asiaintilaväitteisiin vetoamisvelvollisuus tässä tapauksessa tulisi kohdentaa, on vaikea arvioida. Edellä olevan tarkastelun perusteella asiasta saatetaan kuitenkin tehdä joitakin päätelmiä: Nähdäkseni olisi ensinnäkin täysin toivoton tehtävä koettaa määritellä yksiselitteisellä tavalla sitä konkreettisuuden (tai deskriptiivisyyden) tasoa, jolla faktoihin vetoamiset on suoritettava tai voidaan suorittaa. Tai olisi mahdotonta luetella niitä lausumia, joilla vetoamisvelvoite vain ja ainoastaan voidaan tässä yksittäistapauksessa täyttää. Tämä johtuu siitä, että asiaintilat, joita koskevia väitteitä oikeudenkäynnissä joudutaan esittämään, ovat hyvin vaihtelevia konkreettisuuden asteeltaan. Toisaalta olisi epäkäytännöllistä edellyttää kaikkien yleisin termein esitettyjen lausumien konkretisointia. Käytännössä jouduttaneen turvautumaan sen arvioimiseen, mikä tapauskohtaisesti on järkevää. Huomiota voidaan kiinnittää muun muassa vetoamisvelvollisuuden ja laajemmin koko prosessin tavoitteisiin ja toisaalta yksilöintivelvoitteen kohtuullisuuteen velvoitetun asianosaisen kannalta.

Ensimmäisessä väittämässä katsottiin, että lisäeläketurvan ehdot olivat tavanomaisia ja tasoltaan kohtuullisia. Vetoamisvelvollisuuden ulottuvuuden määrittäminen edellyttäisi kannanottoa siihen, pitäisikö vetoamisvelvollisen yksilöidä ne seikat, joiden nojalla tämä päätelmä saatettiin tehdä. Päätelmään tarvittavia olosuhteita olisivat nyt ainakin sopimussuhteen yksittäiset ehdot, lakisääteisen eläketurvan ehdot sekä yleinen sopimuskäytäntö.

Joissakin tapauksissa tuntuisi ilman muuta järkevältä hyväksyä vaihtoeh-

toisia tapoja väitteiden yksilöintiin. Esimerkiksi väittämä 6, joka yleisempänä pitää sisällään väittämissä 2, 3, 4 ja 5 mainitut asiat, saatettaisiin hyväksyä riittävän täsmällisenä. Vetoamisvelvoitteen täyttäisi toisin sanoen lausuma, jonka mukaan ehdot lisäeläketurvan saamiselle olivat työsuhteen päättyessä työntekijän puolelta miltei täyttyneet. Työsuhteen kesto tai eläke-etuuden saavuttamiseen jäljellä oleva aika olisivat olosuhteita, jotka jäisivät vetoamisvelvollisuuden (ja samalla prekluusiouhan) ulkopuolelle. Samoin ulkopuolelle rajautuisivat sopimusehdon tarkoitus ja työnantajan käyttämä irtisanomisperuste. Mahdollisesti muitakin tällaiseen pääväitteeseen liittyviä tosiasioita voitaisiin ottaa huomioon. Tällaista ratkaisua puoltaisi se, että lausuman sisältämä pääväite olisi nyt siinä määrin yksilöity, ettei oikeusriitaa siihen nojautuen voitaisi suinkaan laajentaa kattamaan mitä tahansa uusia kiistakysymyksiä.

Väittämän 8 kohdalla tavataan päinvastainen pulma. Siinä viitataan edellä lueteltuihin konkreettisempiin olosuhteisiin mutta niihin nojautuen esitetään uusi tosiasiaväite, jonka mukaan työntekijä oli jo kohtuudella voinut olettaa saavansa eläkesäännön mukaisen eläkkeen täyttäessään 60 vuotta. Herää kysymys, olisiko myös väittämän 8 edellyttäminen välttämätöntä osana vetoamisvelvollisuuden täyttämistä. Olisiko tuomioistuin toisin sanoen oikeutettu tällaiseen päätelmään ilman erillistä vetoamista?

Vastaavasti vaikuttaa avoimelta, pitäisikö asianosaisen vedota siihen, että työntekijän puolelta ehdot lisäeläketurvan saannille miltei täyttyivät (6) vai olisiko riittävänä pidettävä vetoamista vain niihin faktoihin (2, 3, 4 ja 5), joihin tämä päätelmä ainakin osittain perustui. Koska nyt on kyse arvostuksenvaraisesta väittämästä, on perinteisten väittämistaakkaoppien näkökulmasta lähellä sellainenkin päätelmä, että tämä väittämä jäisi vetoamisvelvoitteen ulkopuolelle vedottujen seikkojen oikeudellisena luonnehdintana. Nuo mainitut tosiasiat (2–5) eivät kuitenkaan vielä oikeuttaisi väittämän 6 sisältönä olevaan päätelmään, vaan muitakin faktapremissejä tarvittaisiin. Lisäksi on tavanomaista, että vetoamisvelvollisuuden kohteena esiintyy arvostuksenvaraisia väittämiä. Tästä syystä on mahdotonta sanoa, mikä olisi väittämistaakkaoppien mukainen ”oikea” vastaus tähän pulmaan.

Tapauksen faktojen ryhmittelyä

Kun arviointiin vaikuttavia olosuhteita on noinkin runsaasti kuin tässä tapauksessa, näyttää epäilyksenalaiselta, osaisiko asianosainen vedota juuri samoihin näkökohtiin, jotka tuomarin mielestä ovat ratkaisevia. Tosiasioiden merkitystä kun saatetaan arvioida perustellustikin kovin eri tavalla.

Jos yllä olevia väittämiä haluttaisiin yksinkertaisuuden vuoksi ryhmitellä jonkinlaisiksi pääväittämiksi, tämä voitaisiin tehdä vaikkapa seuraavalla tavalla. Väittämien voitaisiin sanoa liittyvän lisäeläketurvan tavanomaisuuteen ja kohtuulliseen tasoon (1), eläketurvan saannin ehtojen täyttymiseen työnteki-

jän puolelta (2–6), siihen, saattoiko työntekijä jo kohtuudella olettaa saavansa lisäeläkkeen (7–8), työntekijän mahdollisuuksiin enää järjestää eläketurvaansa vaihtoehtoisilla keinoilla (9) ja asian merkitykseen osapuolten kannalta (10–11).

Väittämät on nyt ilmaistu yleisemmin termein, jolloin pääväittämien lukumäärä on saatu supistumaan yhdestätoista viiteen. Mikään yksiselitteinen ratkaisu tämä ei kylläkään olisi vetoamisvelvollisuuden ulottumista koskeviin pulmiin. Aivan hyvin saatettaisiin nimittäin esittää useampia vaihtoehtoisia ryhmittelytapoja.

Vetoamisvelvollisuuden avulla tavoiteltujen päämäärien kannalta haittapuolena on se, että tällaiset yleisemmän tason lausumat sallivat väitteiden täsmentämisen esittämällä aivan uusia, konkreettisempia faktaväitteitä. Niinpä vastapuolen puolustautumismahdollisuuksien turvaaminen voisi puoltaa pitäytymistä väittämistaakkaoppien mukaisessa näkemyksessä, jonka mukaan ns. konkreettiset faktaolosuhteet tulisi yksilöidä täydellisesti (vrt. todisteluun ja vastaväitteisiin valmistautuminen). Käytännön reunaehdot sitä vastoin pakottavat huomattavasti joustavampiin ratkaisuihin. Joustavampaa asennoitumista perustelee samoin aineellisesti oikeutetun tahon oikeusturva.

Kuinka vetoamisvelvollisuus tässä tapauksessa täyttyi?

Tarkastelun pohjana olleessa ratkaisussa (KKO 2002:87) korkein oikeus näyttää nojautuneen aiemmassa käytännössään[224] omaksuttuun näkemykseen, jossa saatettiin tulkinnan avulla katsoa, että kohtuullistamista oli vaadittu riittävän yksilöidysti. Kantajana ollut työntekijä nimittäin (1) oli oikeudenkäynnin aikana esittänyt eläkesäännön 13 §:n määräyksen kohtuuttomuutta koskevia näkökohtia ja (2) katsonut, että määräyksen soveltaminen johtaa kohtuuttomuuteen (vrt. perusteluosan viittaus).

Oikeuskirjallisuudessa on puhuttu ”ohentuneesta” vetoamisvelvoitteesta,[225] jota lähinnä kohtuullistamiskysymyksissä on sovellettu. Noissa aiemmissa ratkaisuissa ei kylläkään ole seikkaperäisesti otettu kantaa siihen, kuinka täsmällisesti nimenomaan jutun faktat ovat tulleet yksilöidyiksi. Silti ne viittaavat siihen, ettei faktoja ole tarvinnut yksilöidä ainakaan väittämistaakkaoppien edellyttämällä tarkkuudella. Toisaalta niissä on keskeistä enemmänkin asianosaisen vetoamistahdonilmaisun tulkinta, josta ratkaisussa nimenomaan esitetään lausumia.

Huomionarvoista on se, ettei kohtuullistamiskysymystä ollut millään tavoin käsitelty alempien oikeusasteiden ratkaisuissa – tai otettu siihen millään tavoin kantaa. Tulkintatapa on poikennut – syistä, jotka liittyvät nimenomaan päte-

[224] Ratkaisut KKO 1990:148 ja KKO 1981 II 102, joihin palataan myöhemmin.
[225] Ks. *Lappalainen* 1986 s. 501 tai 1995 s. 406; *Hemmo* 1996 s. 247.

mättömyys- ja kohtuullistamisongelmien aineellisoikeudelliseen luonteeseen – prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa omaksutusta ajattelutavasta. Tähän palataan tutkimuksen 4. luvussa.

3.7.5 Kuinka vetoamisvelvollisuuden ulottuvuutta tulisi arvioida avointen tunnusmerkistöjen osalta?

3.7.5.1 Vetoamisvelvollisuuden ulottuvuudelle ei ole yksiselitteistä kriteeriä

Edellä oleva tarkastelu johtaa päätelmään, jonka mukaan mitään yksiselitteistä kriteeriä ei voida osoittaa sen suhteen, millä abstraktiotasolla faktaväittämät tulisi yksilöidä. Samalla tavoin avoimeksi jää, kuinka täydellisesti yksittäiset faktat (ns. oikeustosiseikan osatekijät) tulisi sisällyttää vetoamislausumiin.

Tämä johtuu siitä, että ne tosiasiaväittämät, joita oikeudellinen keskustelu edellyttää, sijoittuvat lähinnä liukuvan asteikon mukaisesti eri tasoille ajatellen lausumien deskriptiivisyyttä tai arvostuksenvaraisuutta. Toisin sanoen se deskriptiivisyyden aste, joka juridisessa keskustelussa voitaisiin saavuttaa, vaihtelee suuresti. Vetoamisnormeja soveltava lainkäyttäjä joutuu valitsemaan useammalle eri tasolle sijoittuvista ilmaisuista sen, joka on välttämätön tai riittävä.[226]

Erityisesti avointen termien kohdalla relevantteja tosiasiaväittämiä, joihin vetoamisvelvoite kohdistuisi, saattaa toisaalta kertyä lukuisia. Usein käytännössä saatettaisiin vielä jaotella monia alaväittämiä, kuten lisäeläketurvaa koskevasta esimerkistä havaitaan. Tämän vuoksi ei auta myöskään näkemys, jonka mukaan väitteet tulisi konkretisoida niin pitkälle kuin järkevästi ajatellen on mahdollista.[227] Tällainen pyrkimys kylläkin saatettaisiin omaksua, mutta se ei antaisi vastausta siihen, milloin riittävä deskriptiivisyyden aste on saavutettu.[228]

Tunnusmerkistöjen ollessa arvostuksenvaraisia aiheutuu lisäksi eräitä käytännön vaikeuksia, joiden vuoksi saatetaan puoltaa vetoamisvelvoitteen lievennyksiä.

> On tärkeää huomata, etteivät abstraktit faktakuvaukset ole millään tavoin poikkeuksellisia, vaan päinvastoin pääosa tunnusmerkistöistä on kuvattu enemmän tai vähemmän arvostuksenvaraisin käsittein. On suorastaan puhut-

---

[226] Samaan ongelmaan viittaa *Heuman* (2005 s. 99) tarkastellessaan näytön arvioinnin kohteeksi otettavia faktaväitteitä. Tarjolla olisi useitakin vaihtoehtoja.

[227] Esimerkiksi *Lindell* (1998 s. 241) korostaa tätä pyrkimystä.

[228] *Gomard* (2000 s. 445) huomauttaa, ettei vetoamisten muotoilulle voida asettaa yleistä vaatimustasoa. Myös *Lindell* (1987 s. 182 ja 196) näyttää sinänsä myöntävän rajankäyntien suhteellisuuden.

tu ilmiönä oikeuden aineellistumiskehityksestä. Poikkeusilmiö ei myöskään ole edellä viitattu faktoja täsmentävien lausumien jääminen arvostuksenvaraiselle tasolle. Tämän näkökohdan suhteen väittämistaakkaoppien lähtökohtana oleva jyrkkä faktojen ja normien erottelu on yhteensopimaton.

3.7.5.2 Tarve konkretisointeihin ja pitkälle viedyn yksilöintivelvollisuuden haitat

Oikeuskirjallisuuden ja myös oikeuskäytännön valossa näyttää siltä, että vetoamisilta edellytettäisiin faktojen tasolla tapahtuvaa yksilöintiä. Ainakaan vetoaminen niinkin abstraktiin termiin kuin kohtuuttomuus ei oletettavasti olisi riittävää.[229]

Tämä on sinänsä järkevä näkemys, varsinkin ajatellen vastapuolen mahdollisuuksia oman asiansa ajamiseen, sekä todistelun että oikeudellisen argumentoinnin puolesta.[230] Osapuolten on tärkeää saada tietää ratkaisun kannalta keskeisistä väittämistä mahdollisimman varhain.[231] Edes vetoamisvelvollisen näkökulmasta ei toisaalta olisi liiaksi vaadittu, vaikka häneltä edellytettäisiin pyrkimystä tosiasiaväitteiden tarkempaan yksilöintiin.

Asian arviointi muuttuu kylläkin vaikeammaksi, kun yksilöintivelvoitteeseen liitetään prekluusiouhka (prosessin sisäinen ja oikeusasteiden välinen) tai väittämistaakkaan liittyvä relevanttien näkökohtien huomiotta jättäminen seuraamusten tasolla. Enää ei voida automaattisesti sanoa, että asianosaisen olisi kovinkin helppo suorittaa yksinkertaiset täsmennykset.

Asiaan vaikuttaa tosiasioiden oikeudellisen relevanssin suuri epävarmuus, mikä erityisesti korostuu avointen lausekkeiden kohdalla. Tosiasioiden oikeudellisen relevanssin ennakoiminen jo valmistelun aikana on pulmallista niin asianosaiselle kuin tuomarillekin. Sama koskee mahdollisesti todistelussa vielä esille tulevia yksittäisiä faktatietoja.[232] [233]

Toiselta puolen juuri avoimen termin sisältävät säännökset edellyttäisivät

---

[229] Näin myös *Lindblom* 2002 s. 374, tarkastellessaan kysymystä kauppalain 45 §:ssä tarkoitetusta kohtuullisesta hintatasosta.

[230] Ks. esim. *Lindblom* 2002 s. 374 ja *Lindell* SvJT 1989 s. 136.

[231] Tapaukseen KKO 2012:80 ei sisältynyt käsitteellisessä mielessä erityisen hankalaa rajankäyntiä väittämistaakan ulottuvuuden suhteen. Ratkaisussa otettiin kantaa siihen, millä tavoin vastaajan tuli vedota kantajan vetoaman sopimusehdon muuttamiseen. Työnantaja oli kiistänyt työntekijän palkkasaatavia koskevan vaatimuksen väittäen, että kirjallisen työsopimuksen palkkausehtoa oli muutettu suullisella sopimuksella. Korkeimman oikeuden mukaan kannetta ei olisi saanut hylätä sillä perusteella, että palkkausehdon muuttamisesta oli sovittu osapuolten kesken hiljaisesti, koska työntekijä oli ollut passiivinen sopimuksen mukaisten ns. provisiovaatimusten esittämisessä.

[232] Ks. myös *Lindell* 1987 s. 200.

[233] Olkoonkin, että tietämättömyys todistelun kautta esille tulevasta faktasta saattaisi olla prekluusion kannalta anteeksiannettavaa. Pätevän syyn toteaminen merkitsee asianosaisen kannalta kuitenkin tosiasiallista riskiä.

perusajatuksensa mukaisesti kokonaisarvostelua, mikä nyt siis vetoamisvelvoitteiden kirjaimellisen noudattamisen vuoksi uhkaisi jäädä toteutumatta.[234] Samoin voidaan viitata lähtökohtaan, jonka mukaan vastuu normien soveltamisesta kuuluu tuomarille. Kun tosiasioiden olemassaoloa ja tapauksen faktojen oikeudellista arviointia koskevat ongelmat nyt limittyvät miltei täydellisesti, edellyttää vetoaminen asianosaiselta tavallista pidemmälle menevää juridista päättelyä. Saatetaan tosin sanoa, että yhtä hyvin vetoaminen yksinkertaista tunnusmerkistöä vastaaviin faktoihin edellyttää tietoa oikeusnormien sisällöstä.

Tärkeä peruste ulottaa vetoamisvelvoite mahdollisimman laajalle ovat yksilöintivelvoitteen ajatellut prosessitaloudelliset vaikutukset.[235] Vetoamisvelvoitteen prosessitaloudelliset vaikutukset eivät kuitenkaan ole yksiselitteisen myönteisiä, varsinkaan kun puhutaan avoimista termeistä. Laaja yksilöintivelvoite saattaa päinvastoin johtaa disfunktionaalisiin vaikutuksiin. Varmistaakseen kaikkien asiaan vaikuttavien tosiasioiden huomioon ottamisen asianosaisella on nimittäin syy esittää tosiasiaväitteensä hyvinkin seikkaperäisellä mutta samalla mahdollisia asiaintiloja riittävän lavealti kattavalla tavalla.[236] Tätä vaikutusta ymmärrettävästi tehostaa pyrkimys välttää väitteiden prekludoituminen.

Erityisen huomionarvoinen näkökohta on kuitenkin rajankäyntien tulkinnanvaraisuus: mikä täsmälleen ottaen edes voisi olla se konkreettisuuden aste, jota vetoamistoimilta saatetaan edellyttää? Vastaus tähän kysymykseen jää epävarmaksi, tulkinnanvaraiseksi.[237] Saatetaan kysyä, kuinka asianosainen voisi arvioida vaadittavan täsmällisyyden asteen, jos se luultavimmin tuottaa suuria vaikeuksia tuomarille. Joka tapauksessa voisi usein jäädä epävarmaksi, onko asianosainen sittenkin täyttänyt häneltä edellytetyn yksilöintivaatimuksen. Jos asianosaisen väitteitä jätetään prekluusion tai vetoamisvelvollisuuden laiminlyönnin vuoksi huomiotta, tulisi tuomarin nähdäkseni olla varma siitä, että asianosainen on laiminlyönyt joitakin velvoitteitaan.

Lisäksi on otettava huomioon tuomarin velvoitteet. Jos ollaan tekemässä prekluusioratkaisua tai ns. väittämistaakkaratkaisua, saatetaan edellyttää jonkin asteista varmuutta siitä, ettei tuomari vastaavasti ole laiminlyönyt kyselyvelvoitteitaan. Näin voitaisiin usein epäillä käyneen sellaisissa tilanteissa, jois-

---

[234] Ks. myös *Heuman* 2005 s. 99–100, joka tarkastelee kohtuutta näytön arvioinnin näkökulmasta.
[235] Ks. esimerkiksi *Lindell* 2012 s. 254.
[236] Tästä huomauttaa myös *Lindell* 1987 s. 200, joka ei kuitenkaan näe tässä niinkään vetoamisvelvollisen kannalta oikeusturvaongelmaa.
[237] Tämän näyttää myöntävän esimerkiksi *Leppänen* (1998 s. 204 ja 136) tarkastellessaan todistusteemoilta edellytetyn yksilöitävyyden rajoja.

Vastaavaan ongelmaan viitataan oikeuskirjallisuudessa useinkin puhuttaessa näytön harkinnan kohteeksi valikoituvista tosiasiaväitteistä. Esimerkiksi *Klami* huomauttaa näytön arvioinnin kohteena olevien teemojen jäävän usein pakosta osin arvostuksenvaraisiksi. Ks. *Klami* 2000 s. 95 tai *Klami* EIF IV s. 714.

sa jokin yksittäinen fakta (ns. osatekijä), arvioitaessa abstraktin oikeudellisen perusteen faktaedellytysten täyttymistä, on jäänyt vetoamatta.[238]

3.7.5.3 Johtopäätökset

Yhteenvetona voidaan todeta, ettei ole olemassa yksiselitteistä kriteeriä, jonka avulla voitaisiin ratkaista, kuinka täsmällisesti tosiasiaväitteet pitää yksilöidä. Rajankäynneissä ei voida nojautua yksinomaan käsitteellisiin kriteereihin, vaan joudutaan pakosta turvautumaan tarkoituksenmukaisuussyihin. Näin ollen päädytään siihen jossakin määrin huolestuttavaan tulokseen, ettei edes vetoamisvelvollisuuden ulottuvuutta voida määritellä luotettavasti.

Yksilöintivaatimuksen määrittelyyn liittyvät ongelmat korostuvat arvostuksenvaraisten tunnusmerkistöjen kohdalla. Nämä ovat siinä määrin yleisiä, että kyse ei ole vain teoreettisesta pulmasta. Saatetaan päinvastoin epäillä, että juuri käytännön tasolla vetoamisvelvollisuuden ulottuvuuteen liittyy varsin usein epätietoisuutta.[239] Tämä rajankäyntien epävarmuus on keskeisin päätelmä, joka edellä olevan tarkastelun perusteella on tehtävissä.

> Tässä omaksuttu näkemys saattaa poiketa valtavirta-ajattelusta. Nähdäkseni uudemmissakin tutkimuksissa on ehkä tahdottu pelastaa väittämistaakka-ajattelun lähtökohdista enemmän kuin – sinänsä myönnetyt epävarmuustekijät huomioon ottaen – olisi ollut perusteltua.

Selostetuilla näkökohdilla on luonnollisesti tärkeä merkitys ajatellen niitä instituutioita, joille puolestaan väittämistaakan ulottuvuus muodostaa perustan. Sellaisia ovat ennen kaikkea prosessuaalinen prekluusio sekä tuomarin kyselytoiminta. Näkökohta perustelee varovaisuutta vetoamisratkaisuissa.

> Vrt. toisin Lindell, joka kylläkin selkeästi korostaa rajankäyntien suhteellisuutta.[240] Tämä ei kuitenkaan ole johtanut varovaisuuteen vetoamisvelvollisuuden ulottuvuuden suhteen, vaan päinvastoin vetoamisvelvoitteen ulottamiseen myös oikeudellisten luonnehdintojen puolelle.[241] Vastaavasti Lindell pitää kiinni siitä, että kaikki avointen termien kannalta oikeudellisesti merkitykselliset ”konkreettiset” faktat pitää sisällyttää vetoamislausumiin. Ainoastaan hyvin vähäiset yksityiskohdat saattaisivat nähtävästi jäädä vetoamisvelvoitteen ulkopuolelle.[242]
>
> Samoin Lindell suhtautuu kriittisesti sellaiseen funktionaaliseksi kutsuttavaan tarkastelutapaan, joka irtautuisi yhtenäisen ja käsite-erotteluun perus-

---

[238] Varsin yleisesti on nimittäin katsottu, että tuomarin kyselyvelvoitteisiin kuuluu huomauttaa asianosaiselle siitä, että jokin yksittäinen relevantti osatekijä on jäänyt vetoamatta. Ks. jo *Boman* 1964 s. 34.

[239] Toisin kuin käsitteellisiä kriteereitä korostava kirjallisuus antaisi ymmärtää.

[240] Ks. *Lindell* 1987 s. 182, 196.

[241] Ks. erityisesti *Lindell* 1993 s. 297–298.

[242] Ks. *Lindell* 2012 s. 261–262.

tuvan kriteerin edellyttämiseltä niin vetoamisvelvollisuuden, näyttövelvollisuuden kuin myös todistelun kohteen määrittelyssä.[243]

Nähdäkseni rajankäynneissä on kylläkin perusteltua ottaa lähtökohdaksi käsitteelliset kriteerit. Viime kädessä päätelmät kuitenkin siis jäävät tehtäviksi tarkoituksenmukaisuusperustein. Tällöin ei voida jättää ottamatta huomioon tapauskohtaisia olosuhteita kuten ratkaisujen vaikutukset, niiden tilannekohtaisesti edellyttämän tason kohtuullisuus ja vetoamisvelvollisuuden tavoitteet. Vetoamisvelvollisuuden ulottuvuutta on toisin sanoen tarkasteltava reaalisten syiden ja asianosaistahojen menettelyllisten oikeuksien toteutumisen valossa.

Väitteitä saatetaan yksilöidä sekä abstraktein että puhtaasti kuvailevin termein. Lähtökohtaisesti väitteen esittäjän tulisi pyrkiä sitomaan väitteensä myös ns. empiiristen tosiasioiden tasolle, mitä vetoamisvelvoitteen tulisi edellyttää. Juridisen yleistermin käyttäminen lausumassa ei lähtökohtaisesti olisi riittävää, jos väite voitaisiin esittää ymmärrettävästi konkreettisemmassa muodossa. Edellä lausutun mukaisesti sitä konkreettisuuden tasoa, joka tulisi saavuttaa, ei kuitenkaan voida tarkasti määritellä.

Joissakin tilanteissa tulisi tietoisestikin hyväksyä yleisin termein tehtyjä yksilöintejä. Näin tulisi tehdä myös silloin, kun väitteiden pitemmälle menevä yksilöinti olisi mahdollinen ilman teoreettisia vaikeuksia. Vetoamisvelvoitteen saattaisi näin ollen täyttää esimerkiksi institutionaalista tosiasiaa koskevan väitteen liittäminen johonkin määrättyyn asiaintilaan tai historialliseen tapahtumainkulkuun. Asiaan vaikuttaisi se, voitaisiinko riidan kohdetta pitää riittävän täsmentyneenä ajatellen yksilöintivelvoitteen tavoitteita ja se, missä määrin pidemmälle menevä yksilöinti todellisuudessa on ollut kohtuudella mahdollista. Merkitystä tulisi antaa myös ratkaisun tapauskohtaisille seuraamusvaikutuksille.

Puhuttaessa (1) tuottamuksesta saattaisi riittää väite, jonka mukaan asianosainen on menetellyt tuottamuksellisesti määrätyssä tilanteessa tai asiayhteydessä.[244] Kohtuuttomuuden liittyessä sopimusehtoon ja sopimusehtojen kokonaisuuteen tämän kaltainen yksilöinti ei liene yleensä käytettävissä. Sen sijaan jos sopimusta väitettäisiin pätemättömäksi sopimusneuvotteluissa käytetyn painostuksen vuoksi, tulisi riittää lyhyt maininta siitä missä, milloin ja millä tavoin painostusta harjoitettiin.

Keskusteltaessa aiemmin mainitun (2) eläke-ehdon kohtuullistamisesta olisi riittävänä yksilöintinä pidettävä lausumaa, jonka mukaan työsuhde oli päättynyt tilanteessa, jossa ehdot lisäeläketurvan saamiselle olivat työntekijän puolelta lähes täyttyneet. Yksilöintivelvoitteen ulkopuolelle jäisivät ne faktat, joista tämän (sinänsä juridista arvostelua edellyttävän) väitteen paikkansa pitävyys

---

[243] Ks. *Lindell* 1987 s. 380–384.

[244] Vastaavasti myös *Leppänen* (1998 s. 204) tarkastellessaan riittävän täsmällisyyden tasoa todistusteeman ilmoittamisen osalta.

saatettiin päätellä; että työntekijän palvelusajan pituus oli 24 vuotta, että eläkeiän saavuttamiseen oli jäljellä enää 15 palveluskuukautta ja että työsuhde oli päättynyt työntekijästä riippumattomasta syystä (ks. edellä jakso 3.7.4.3). Tällaista ratkaisua puoltaisi se, että lausuman sisältämä pääväite olisi nyt siinä määrin yksilöity, ettei oikeusriitaa siihen nojautuen voitaisi laajentaa kattamaan suinkaan mitä tahansa uusia kiistakysymyksiä.

Muutoinkin niitä olosuhteita, jotka tuossa oikeussuhteessa perustelevat kohtuullistamista, saatettaisiin jaotella sen kaltaisiksi pääväittämiksi, jotka pitävät sisällään yksityiskohtaisempia kuvauksia. On selvää, että vastapuolen intressit edellyttävät väitteiden täsmentämistä, mieluiten jo valmistelun aikana – ei kuitenkaan välttämättä prekluusion tai tutkimatta jättämisen uhalla. Vastapuolen intressit edellyttävät ehdottomasti mahdollisuutta vastata konkretisoituihin väitteisiin. Tuomarille on asetettava informointivelvollisuus niistä konkreettisista faktoista, joiden merkitys nyt otettaisiin tutkittavaksi.

Entä olisiko talokauppaa koskevassa esimerkkitilanteessa (3) vetoaminen talon perustan virheelliseen rakentamiseen ja tästä aiheutuneisiin vahinkoihin riittävän täsmällinen? Tällaista lausumaa saatettaisiin pitää jo varsin yksilöitynä. Jos riidan myöhempi täsmentäminen pysyttelisi tämän lausuman piirissä, tuskin aiheutuisi täydellisiä yllätyksiä. Tässä tilanteessa asianosaisella olisi kuitenkin tyypillisesti hyvät mahdollisuudet tarkempaankin yksilöintiin, sillä ne vahinkoseuraamukset, joiden perusteella hinnanalennusta tai vahingonkorvausta vaadittaisiin, olisivat tavallisesti ainakin osittain tiedossa. Näin ollen ei myöskään olisi varsinaista syytä jättää niitä mainitsematta. Tämän vuoksi vetoamisvelvollisuuden tulisi ainakin pääpiirteissään kattaa vahinkoseuraamusten luetteloiminen. Ongelmaksi jäisi tällöinkin rajankäynti sen suhteen, millä täsmällisyydellä seuraamukset pitäisi kuvailla.

Olennaista on kuitenkin se, ettei kaikkien relevanteiksi väitettävien faktojen huomaaminen ja yksilöinti jää juridisessa mielessä viime kädessä asianosaisen vastuulle. Tuomarin kyselyvelvollisuuksiin luetaankin kuuluvaksi täydentää puutteellisia yksilöintejä.[245] Miten tämä käytännössä saattaa onnistua, ei ole lainkaan varmaa.[246] Kysymykseen palataan tutkimuksen luvuissa 7, 8 ja 9. Tämä näkökohta, joka perustelee varovaisuutta, tulee kuitenkin ottaa huomioon myös ns. prekluusio- ja väittämistaakkaratkaisuissa.

Jos joka tapauksessa olisi kyse tilanteesta, jossa tuomarin tyypillisesti olisi pitänyt selvittää asianosaisen vetoamistarkoitus, saatettaisiin tutkimatta jäämistä pitää olosuhteet huomioon ottaen tarkoituksettomana. Näin voisi olla esi-

---

[245] Ks. esimerkiksi HE 154/1990 s. 29, jossa erityisesti katsotaan, että tuomarin tulee jo valmistelun aikana kyselytoimin huolehtia siitä, ettei asianosainen jätä epähuomiossa vetoamatta sellaiseen seikkaan, johon hän voisi vedota.

[246] Lisäksi on esitetty näkemyksiä, joiden mukaan tuomarin kyselytoiminta olisi näissä tilanteissa lähinnä vapaaharkintaista. (Ks. tästä jaksot 7.8 ja 8.5.4.)

merkiksi jonkin yksittäisen relevantin tosiseikan oltua jo valmistelun aikana kohtalaisella varmuudella havaittavissa tai pääteltävissä esillä olevan oikeudenkäyntiaineiston pohjalta.[247]

Jäljempänä luvussa 5 tarkastellaan väitteiden prekluusiouhkaa, joka liittyy vetoamisvelvollisuuden ajalliseen ulottuvuuteen. Vetoamisvelvollisuuden edellyttämästä väitteiden *lopullisesta yksilöintivaatimuksesta tuleekin erottaa kysymys mahdollisuudesta täsmentää jo vedottuja tosiasiaväitteitä*. Nähdäkseni väitteiden täsmentäminen täytyy hyväksyä prekluusion estämättä ainakin alioikeustasolla. Tämä merkitsee sitä, että prekluusiouhka on käsitteelliseltä ulottuvuudeltaan vetoamisvelvollisuuden ulottuvuutta jonkin verran suppeampi.

Päälinjojen vetoamisvelvollisuuden ja prekluusiouhan ulottuvuuden määrittelyssä tulisi kuitenkin olla yhteisiä järjestelmän selkeyden ja ymmärrettävyyden vuoksi. Sitä vastoin myöhemmin (jaksoissa 5.2 ja 5.3) lähdetään poikkeuksetta siitä, että vetoamisvelvoitteen ulottuminen po. faktaväitteeseen on edellytys väitteen prekluusiolle. Vetoamisvelvollisuuden on luvussa 5 puolustettavan näkemyksen mukaan pitänyt konkreettisessa mielessä aktualisoitua ennen kuin oikeus vedota johonkin faktaväitteeseen saatetaan menettää. Näkemystä perustellaan jaksossa 5.3.

3.7.5.4 Päätelmiä tutkimustehtävän kannalta

Käytännön tasolla on syytä pitää mahdollisena vetoamisvelvoitteen ulottumista käsittämään hyvinkin tarkoin ne yksittäiset faktat, jotka ovat merkityksellisiä ajatellen avoimin termein ilmaistujen tunnusmerkistöjen soveltumista. Vaikka vetoamisvelvoitteen hyvin kirjaimellista noudattamista pyrittäisiin lieventämään tulkintavaiheessa, käytäntö muodostaa epävarmuustekijän. Lisäksi oikeuskirjallisuus tukee näkemystä, ettei pitkälle meneviin lievennyksiin tulisi ryhtyä.

Jo tulkinnallisen kysymyksen avoimuus aiheuttaa ainakin tosiasiallisen riskin asianosaisen näkökulmasta, mikä näkökohta perustelisi pyrkimystä mahdollisimman yksityiskohtaisiin vetoamistoimiin. Nykyisen vetoamisvelvollisuuden ja prekluusiouhan aikana ainoa keino varmistaa relevanttien seikkojen tutkiminen on esittää vetoamislausumat varsin kattavasti ja samalla yksityiskohtaisuuteen pyrkien.

Toisaalta tämä näkökohta vie kiinnostuksen vetoamistointen tulkintaan ja tuomarin kyselyvelvoitteita koskeviin tarkasteluihin. Milloin tosiasioita tulisi tulkita vedotuiksi? Milloin tuomarilla on velvollisuus kyselytoimin selvittää, tahtooko asianosainen vedota määrättyyn tosiasiaan? Mitä tuomarin kyselyvelvollisuus tai sen mahdollinen laiminlyönti merkitsee asianosaisen näkökulmasta?

---

[247] Vaihtoehtoisesti jouduttaisiin kysymään, onko tuomarin konkreettisestikin laiminlyönyt kyselyvelvollisuutensa ja mikä olisi laiminlyönnin seuraamus asianosaisen kannalta.

3.7.6 Vetoamisvelvoitteen kohdentuminen ja jako osapuolten välillä

Väittämistaakkaoppien lähtökohtana siis on, että tosiasiaväitteet tulee yksilöidä empiiristen faktojen tasolla. Periaatteessa kaikkiin abstraktin termin kannalta merkityksellisiin faktoihin tulisi vedota.

Yleisen kohtuullistamisperusteen kaltaisen abstraktin tunnusmerkistön kohdalla vetoamisvelvoite muodostuu edellä kerrotulla tavoin tavallista raskaammaksi. Tämä johtuu suurelta osin tavasta, jolla vetoamisvelvollisuus jaetaan ja kohdennetaan ajatellen niitä yksittäisiä faktoja, jotka vaikuttavat säännöksen soveltumiseen. Vetoamisvelvollisuus on asetettu sille osapuolelle, joka väittää sopimusta kohtuuttomaksi. Hänen tulee vedota jokaiseen juridisessa arvioinnissa merkitykselliseen osatekijään. Ns. vastaindisioina vaikuttavat seikat sitä vastoin tutkitaan viran puolesta.

Asiaa havainnollistaa seuraava esimerkkitilanne, jonka faktat on lainattu korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 1994:70. Myös tämä ratkaisu oli sopimusoikeudellinen, eikä siinä otettu kantaa prosessuaalisiin kysymyksiin. Aineellisena kysymyksenä oli henkivakuutusehdon oikeustoimilain 36 §:n mukainen kohtuullisuus. Ehdon mukaan vakuutusyhtiön ei tarvinnut maksaa korvausta edunsaajalle, mikäli vakuutuksenottaja tekisi itsemurhan kolmen vuoden määräajassa vakuutuksen ottamisesta. Ehtoa ei pidetty kohtuuttomana, eikä sen soveltamisen katsottu johtaneen kohtuuttomuuteen. Tapauksen relevantteja tosiseikkoja olivat:

1) määräajasta oli vakuutustapahtuman (itsemurha) sattuessa jäljellä enää 47 päivää
2) kantaja / edunsaaja oli jäänyt täysorvoksi, iältään 12-vuotiaana
3) uudemmassa sopimuskäytännössä noudatetaan lyhyempää 1 vuoden määräaikaa
4) kantajan / edunsaajan taloudelliset olot olivat keskinkertaiset ja korvauksella (23 880 markkaa) olisi ollut suhteellisen vähäinen merkitys niihin
5) ehto oli asiallisesti samansisältöinen kuin vakuutussopimuslain 100 § (minkä takia sitä ei pidetty ns. tyyppikohtuuttomana)

Vakuutuksen edunsaaja vaati, että ehto olisi jätettävä kohtuuttomana huomioon ottamatta.

Havaitaan, että kohdissa 1–3 mainitut konkreettiset tosiasiat ovat seikkoja, joiden vakuutuksen edunsaaja (kantaja) saattoi väittää tukevan vaatimustaan. Edunsaajan vetoamisvelvollisuus kohdistui juuri näihin seikkoihin. Vetoamisvelvollisuuden piiriin lukeutuu myös kysymys yleisesti noudatetuista sopimuskäytännöistä, sillä sopimus- tai kauppatapa tavataan luokitella oikeustosiseikaksi.

Kohtuullistamista vastaan puhuivat puolestaan kohdassa 4 mainitut seikat, jotka sitten muodostuivatkin ratkaiseviksi. Koska näiden seikkojen ei katsota konstituoivan uutta oikeudellista perustetta, vaan ainoastaan riitauttavan edunsaajan jo esittämän väitteen kohtuullistamisperusteesta, vakuutusyhtiön ei olisi tarvinnut erikseen vedota vakuutuskorvauksen vähäiseen merkitykseen edunsaajan taloudellisten olojen kannalta tai siihen, että edunsaajan taloudelliset olot joka tapauksessa olivat keskinkertaiset. Nämä seikat tuomioistuimen olisi pitänyt ainakin kirjallisuudessa vakiintuneen näkemyksen valossa tutkia viran puolesta.

Tilannetta ei olisi arvioitu toisin, vaikka edunsaaja olisi esiintynyt jutussa vastaajana; tällöin kohtuuttomuusperusteen ”konstituoivat” seikat nimittäin olisivat muodostaneet vastustamisperusteen ja lukeutuneet tässäkin tapauksessa hänen vetoamisvelvollisuutensa piiriin. Edunsaajan varallisuusoloista tiedetty olisi nyt riitauttanut jo vedotuksi tulleen vastustamisperusteen. Kohdassa 4 mainitut seikat voitaisiin vaihtaa vaikkapa sellaisiin tyypillisiin kohtuullistamisen vastaindisioihin kuin että ehto olisi sopimusta solmittaessa erityisesti pantu merkille tai että ehdosta olisi neuvoteltu ja erikseen sovittu.

Kohdassa 5 mainittu kysymys – sopimusehdon ja lain säännöksen sisältöjen vastaavuus – sitä vastoin ei ole merkityksellinen kuvattaessa yleislausekkeeseen vetoavan ja tämän vastapuolen vetoamisvelvollisuuksien eroavuuksia. Ehdon vastaavuus lain säännöksen kanssa on vakiintuneen käsityksen mukaan oikeuskysymys, joka siis tutkitaan viran puolesta.

Kohtuuttomuuteen vetoavan vastapuolta vaativampi yksilöintivelvoite

Väittämistaakan saatetaan havaita asettavan vastapuolta pitemmälle meneviä yksilöintivelvoitteita juuri kohtuullistamisvaatimuksia esittävälle – riippumatta siitä, onko tämä prosessissa kantajan vai vastaajan asemassa. Se tavallaan suosii yleislausekkeeseen vetoavan vastapuolta. Tällainen vastapuolta raskaampi taakka asettuu asianosaiselle tämän vedotessa mihin tahansa avoimen termin tarkoittamaan tosiasioiden kokonaisuuteen.

Osapuolten keskinäinen asema on nyt vertailukelpoinen erityisesti siksi, että keskeisenä asiasyynä vetoamisvelvollisuuden taustalla vaikuttava kuulemisoikeuden ja vasta-argumentaation toteuttaminen tulee otetuksi huomioon kovin poikkeavalla tavoin.[248] Sama koskee nojautumista asianosaisen aloitteellisuuteen yksilöintien toteutuksessa. Vastaindisioiden huomioon ottaminen ei edellytä aloitteellisuutta kohtuuperusteeseen vetoavan vastapuolelta.

Saatetaan tietysti kysyä, onko tämä yllä esitellyssä tapauksessa perusteltua työnjaon näkökulmasta. Ainakaan ensiksi mainitut seikat (1–2), jotka nyt puol-

[248] Sinänsä neutraalina voidaan sitä vastoin pitää lähtökohtaa, jonka mukaan määrättyä seikkaa koskeva vetoamisvelvoite voidaan kohdentaa vain toiselle osapuolelle. Yksittäisiä faktoja (ns. osatekijöitä) koskeva vetoamisvelvoite ei kuitenkaan seuraa vielä tästä käytännössä välttämättömästä lähtökohdasta.

sivat kohtuullistamisvaatimusta, eivät olisi edellyttäneet esimerkiksi todistelua, todistajien haastamista tai näytön vastaanottamista. Ne lienevät käyneet ilmi kirjallisesta aineistosta.

Toisaalta voidaan kysyä, miksi vakuutusyhtiön puolestaan ei olisi tarvinnut yksilöidä niitä faktoja, jotka tukivat asiassa sen näkemystä. Usein mainittava asiasyy pitkälle viedylle yksilöintivelvoitteelle liittyy vastapuolen kuulemisoikeuteen. Vaikka kantajan taloudelliset olot nyt olivat kantajan itsensä tiedossa, hän ei voinut tietää, että ne olivat jutussa tutkittavina tai että ne saattoivat olla asiassa annettavan ratkaisun kannalta merkittävä näkökohta.

Kuinka tähän epäsuhtaan tulisi asennoitua? Vetoamisvelvoitteiden järjestelmän näkökulmasta saattaisi tuntua johdonmukaiselta yksinkertaisesti ulottaa vetoamisvelvoite myös kohtuuttomuuden ns. vastaindisioihin. Ja yleensäkin sellaisiin yksittäisiin faktaolosuhteisiin, jotka puhuvat avoimen termin sisältävän normin soveltumista vastaan. Epäilemättä järjestelmä näyttäisi tällä tavoin tasapainoisemmalta. Asianosaisten velvoitteet tuntuisivat tasapuolisemmilta tai ainakin vähemmän sattumanvaraisilta. Vetoamisvelvoitteen yhtäläinen ulottaminen vastaindisioihin ei toisaalta poistaisi niitä oikeastaan vakavampia pulmia, joita vetoamisvelvoitteiden järjestelmään liittyy. Pitkälle viety tosiasiaväitteiden yksilöintivelvoite lisää riskiä aineellisten oikeudenmenetysten aiheutumisesta. Kuulemisoikeuden toteutukseen on toisaalta tarjolla muitakin keinoja kuin vetoamisvelvoitteen tiukentaminen entisestään.

Mieluumminkin voisi olla parempia perusteita vetoamisvelvoitteiden kevennyksiin. Saatettaisiin tarvita myös sellaisia elementtejä, jotka ottaisivat huomioon asianosaisten prosessuaalisten voimavarojen riittävyyden tai sääntelyn suojelutavoitteiden toteutumisen kaltaisia päämääriä. Vastaindisioiden saattaminen vetoamisvelvoitteiden piiriin ei yleisesti ottaen tasaisi voimavaroja tai edistäisi aineellisesti oikean ratkaisun toteutusta. Joka tapauksessa yksilöintivelvoitteiden epäsuhta osoittaa sen, että järjestelmän sisäisessä johdonmukaisuudessa on määrättyjä puutteita.

3.8 ASIANOSAISEN YKSILÖINTIVELVOITTEIDEN JA TUOMIOISTUIMEN VIRALLISTUTKINNAN SUHDE

3.8.1 Seikat, joista ei voida sopia ja muut ilman asianosaisen väitettä tutkittavat seikat

Seikkoja, jotka tuomioistuimen pitää ottaa huomioon ilman asianosaisen väitettä, saattaa esiintyä yhtä hyvin dispositiivisina (tahdonvaltaisina) kuin indispositiivisina (tai virallisvalvontaisina) pidetyissä asioissa. Jaottelu on epätäsmällinen useassakin suhteessa, muun muassa mikäli sillä yritetään ilmaista

väitteenvaraisten tai ilman väitettä huomioon otettavien seikkojen esiintymistä.[249] Tutkimuksen kannalta on hyödyllistä kiinnittää huomiota siihen, mitä kysymyksiä tai oikeusongelmia tutkitaan vakiintuneen käsityksen mukaan viran puolesta. Enemmän tai vähemmän sivuasia on, esiintyisivätkö ne dispositiiviseksi vai indispositiiviseksi luokitellussa jutussa. Seuraavassa mielenkiinto kohdistuu ennen kaikkea virallistutkinnan syihin.

Indispositiivisiksi luokitellut jutut, joita oikeastaan voitaisiin pitää suhteellisen harvinaisina poikkeuksina kaikkien riita-asioiden joukossa, liittyvät usein perheoikeudellisiin kysymyksiin. Yleisimpiä ovat muun muassa lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta, holhottavaksi julistamista sekä lapsen isyyttä koskevat asiat.[250] Indispositiivinen on myös avioliiton purkamista koskeva asia.

Jos lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevasta sopimuksesta tulee osapuolten kesken riitaa, tuomioistuin päättää asian lapsen edun mukaisesti, toisin sanoen olematta sidottu osapuolten tahdonilmaisuihin.[251] Ilman tuomioistuimen vahvistusta ja asiaan vaikuttavien seikkojen tutkimista ei toisaalta voida sopia huoltajuuden siirtämisestä yksin toiselle vanhemmista.[252]

Isyysjutuissa tuomioistuimen tietoon saatetut seikat on otettava huomioon viran puolesta. Lapsen elatusta koskevassa asiassa, jota on luonnehdittu ”pääosin dispositiiviseksi”, elatusavun määrään ainakaan korottavasti vaikuttavat seikat eivät vakiintuneen kannan mukaan ole väitteenvaraisia. Elatusvelvollisen

---

[249] Ks. esim. *Virolainen* 1995 s. 287.

Voidaan sanoa, että näiden juttutyyppien tärkeimmät eroavuudet liittyvät muun muassa siihen, (1) voiko asiassa kanne tulla vireille asianosaisista riippumatta, (2) seuraako kanteesta luopumisesta luopumiseen perustuva hylkäävä tuomio, (3) onko jonkin seikan myöntämisellä tuomioistuinta sitova vaikutus, (4) voidaanko poissa olevaa vastaan antaa poissaoloon tai muuhun laiminlyöntiin perustuva yksipuolinen tuomio ja siihen, (5) voidaanko asia käsitellä välimiesmenettelyssä (VML 2 §). Ks. esim. *Virolainen* 1995 s. 287–290, *Ovaskainen* 1989 s. 90. (Ns. sekajutuissa, joilla on tarkoitettu sekä dispositiivisista että indispositiivisista osista koostuvia juttuja, ratkaisevana on pidetty ”päävaatimusta”.)

Olennaista on huomata, että ”dispositiivinen” ja ”indispositiivinen” ovat ainoastaan nimityksiä. Oikeusseuraamukset eli noudatettava menettely perustuvat siihen, millaisista oikeussuhteista oikeusriidassa on kyse. Juttu voidaan esimerkiksi käsitellä välimiesmenettelyssä, mikäli riita koskee sellaisia oikeuskysymyksiä, joista asianosaiset voisivat sopia (oikeudenkäynnin aikana). Jos riidan kohteena on asioita, joiden suhteen sovinto on sallittu, juttua kutsutaan dispositiiviseksi. Tämä selittää myös sen, että rajanveto juttutyyppien välillä voi olla vaikeaa; esiintyy juttuja, joissa riidan kohteena on sekä asioita, joista voidaan sopia osapuolten kesken että asioita, joita koskeva sovinto ei sido tuomioistuinta.

[250] Todettakoon, että Ruotsissa indispositiivisiksi luetaan lisäksi monia riita-asioita, jotka Suomessa kuuluvat hallintolainkäytön alaan. Ks. *Westberg* 1988 s. 841 ss. ja s. 941 ss.

[251] Ks. *Linna* 2009 s. 35 tai *Aaltonen* 2009 s. 133.

[252] *Savolainen* 1984 s. 159, *Ovaskainen* 1989 s. 99. Sitova ja täytäntöönpanokelpoinen sopimus edellyttää yleensäkin viranomaisen vahvistuksen. HTL 8 §:n mukaan sosiaalilautakunnan, HTL 10 §:n mukaan tuomioistuimen on vahvistaessaan sopimuksen valvottava, että se on lapsen edun mukainen. Sitä vastoin vanhemmat voivat jättää yhteishuoltajuuden ennalleen (tai toteuttaa asumisesta tai tapaamisoikeudesta tehdyn sopimuksen) ilman viranomaisen myötävaikutusta. Ks. *Aaltonen* 2009 s. 133; *Virolainen* 1995 s. 286.

eduksi koituvia seikkoja sen sijaan on pidetty väitteenvaraisina.[253]

Vaikka käsitys dispositiivisissa asioissa esiintyvistä ”indispositiivisista seikoista” on täysin vakiintunut,[254] erityisen pitkää luetteloa tällaisista seikoista ei voida laatia. Vakiintuneen näkemyksen mukaan vetoamisista riippumatta on tutkittava vajaavaltaisuuden aiheuttamat puutteet oikeustoimikelpoisuudessa. Näin ollen alaikäisyydestä tai vajaavaltaiseksi julistamisesta aiheutuva oikeustoimen pätemättömyys tutkitaan viran puolesta.[255] Vetoamisesta riippumatta lienee otettava huomioon ainakin kiinteistökaupan muotomääräykset, vekselin muotomääräykset ja avioliiton lopettamisen oikeusvaikutusten ajankohta. Aiemmin katsottiin, että myös velan ns. erityiset vanhenemisajat piti ottaa huomioon viran puolesta.[256] Nykyinen laki velan vanhentumisesta määrittelee kuitenkin kaikki lakiin perustuvat vanhentumisajat väitteenvaraisiksi.[257]

Ilman asianosaisen väitettä tutkittavia kysymyksiä sisältyy myös velkajärjestely- sekä yrityssaneerausasioihin, joissa tältä osin noudatetaan riita-asiain oikeudenkäyntiä koskevia menettelysääntöjä. Viran puolesta tutkittavina on pidetty mm. useimpia velkajärjestelyn esteperusteita.[258] Myös useimpia yritys-

---

[253] Virolaisen mukaan elatusvelvollisella olisi väittämistaakka. Tuomarin on kuitenkin kyselyoikeuttaan käyttäen kiinnitettävä elatusvelvollisen huomio tämän eduksi oleviin seikkoihin. Samansuuntaisesti *Ovaskainen* 1989 s. 100.

[254] Ks. jo *Boman* 1964 (”indispositiivisista momenteista”).

[255] *Häyhä* EIF I s. 547; *Hemmo* 2003a s. 340 tai *Kaisto* 2007 s. 112, joka tosin pitää vajaavaltaisuuden aiheuttamia puutteita rajatapauksina siksi, että ne voivat korjaantua. Ks. myös *Ovaskainen* 1989 s. 116.

[256] Ks. oikeuskäytännöstä KKO 2001:106 ja KKO 1959 II 52 ja oikeuskirjallisuuden osalta *Halila – Ylöstalo* 1979 s. 102 ss., *Aurejärvi* 1979 s. 252. Kriittisesti erityisten vanhentumisaikojen virallistutkintaan ovat suhtautuneet *Virolainen* 1988 s. 273–274 ja *Ovaskainen* 1989 s. 107.

[257] Ks. laki velan vanhentumisesta 18 §. Huomattakoon, että laki on muutoin velallisen eduksi siviilioikeudellisessa mielessä ns. pakottavaa sääntelyä. Ks. lain 3 §.

Täytäntöönpanovaiheessa ulosottomiehen on kuitenkin tarkistettava viran puolesta, ettei saatava ole siviilioikeudellisesti vanhentunut (UK 2:1.2). Ulosottoviranomaisen vastuulla on tämän vuoksi tutkia, että ulosottoperusteen ehdoton (15 tai 20 vuoden) määräaika ei ole kulunut umpeen (UK 2:24–27) ja ettei saatava ole vanhentunut sen vuoksi, että velan vanhentumista ei ole lainvoimaisen (tai siihen rinnastettavan) tuomion antamisen jälkeen katkaistu viiden vuoden määräajassa (VanhL 13.2 §). Suoraan lain nojalla ulosottokelpoinen saatava on puolestaan voinut vanhentua erityisen 5 vuoden vanhentumisajan umpeuduttua (VeroTPL 20 §). Merkittävää onkin, että lain nojalla ulosottokelpoisten saatavien vanhentuminen tulee tätä kautta tehokkaan virallistutkinnan piiriin.

[258] Tapauksessa KKO 1998:62 kysymys velkaantumisen mahdollisesta (VJL 10 § 7-kohdan mukaisesta) kevytmielisyydestä piti tutkia viran puolesta, vaikka velallisen ainoa velkoja ei ollut edes vastustanut velkajärjestelyhakemusta.

Ks. myös *Koskelo – Lehtimäki* 1997 s. 95; *Niemi-Kiesiläinen* 1999 s. 25 tai LaVM 19/1996 s. 14. Ks. myös *Palomäki* LM 1996 s. 1214, joka kuitenkin katsoo, että esteperusteita ei tulisi tutkia viran puolesta. *Niemi-Kiesiläinen* katsoo, että ainakin VJL 10 §:n 1–4 kohtien ja 8 kohdan mukaiset esteperusteet olisi tutkittava viran puolesta. Virallisvastuun piiriin esteperusteena tulisi näin ollen (4 kohdan mukaisena) sopimattomana menettelynä velkojaa kohtaan mm. se, että velallinen on luopunut perinnöstä (mts. 37). *Uitto* (2010 s. 107) mainitsee, että velkajärjestely aloitetaan, jos kukaan velkojista ei ole vastustanut hakemusta. Vahvistettaessa maksuohjelmaa kysymys esteistä voi kuitenkin nousta esille. Edellytyksenä on ”sellaisen selvityksen esittäminen, jota

saneerauksen saneerausohjelman vahvistamisen esteperusteita on ainakin oikeuskirjallisuudessa pidetty viran puolesta tutkittavina. On jopa esitetty, että saneerausohjelmaan sisältyvä kohtuuton tai lainvastainen ehto (YrSanL 55.2 §) tulisi jättää viran puolesta vahvistamatta osana saneerausohjelmaa.[259]

Periaatteelliselta merkitykseltään mielenkiintoinen on kysymys oikeudenkäyntikulujen kohtuullisuudesta.[260] Oikeudenkäyntikulut ovat tahdonvaltainen asia siinä mielessä, että asianosaisen ensinnäkin tulee vaatia kuluja korvattaviksi sekä ilmoittaa vaatimansa määrä. Vastapuoli voi toisaalta tuomioistuinta sitovasti myöntää esitetyn kuluvaatimuksen sekä perusteiltaan että määrältään oikeaksi.[261] Tästä huolimatta tuomioistuin voi viran puolesta tutkia oikeudenkäyntikulujen kohtuullisuuden.[262]

Mistä sitten tiedetään, onko jokin seikka väitteenvarainen vai tulisiko se ottaa huomioon väitteestä riippumatta? Näyttää siltä, ettei aineellisissa säännöksissä useimmiten ole tähän otettu kantaa. Edellä luetelluista kysymyksistä oikeudenkäyntikulujen kohtuullistaminen on ainoa, johon aineellisessa säännöksessä (OK 21:8b ja OK 21:8c) on hyvin yksiselitteinen ohje. Velkajärjestelylain 53.1 §:n on saatettu katsoa koskevan asianosaisten välistä työnjakoa mutta sitä on pidetty vähintäänkin tulkinnanvaraisena. Yrityssaneerauslain työnjakoon liittyviä säännöksiä (50.2 ja 53.1 §) on oikeuskirjallisuudessa päädytty tulkitsemaan lain sanamuotoa vastaan.[263] Perinteisimpien indispositiivisten seikkojen indispositiivisuus nojautuu yleensä oikeuskirjallisuudessa, usein alun perin ulkomaisessa kirjallisuudessa, vakiintuneisiin kehittelyihin. Vakiintuneena voidaan itse asiassa pitää käsitystä, jonka mukaan kysymys seikan väitteenvarai-

---

tuomioistuimella ei ollut velkajärjestelyn alkaessa tai sellaisen esteväitteen esittäminen, jota ei ollut aikaisemmin esitetty" (mts. 108).

Käytännössä esteperusteiden tutkiminen ymmärrettävästi useimmiten edellyttää sitä, että joku velkojista vastustaa hakemusta ja tekee esteväitteitä. Muussa tapauksessa tuomioistuin voisi vain harvoin saada käsiinsä sellaista aineistoa, jonka perusteella esteiden olemassaoloa saatettaisiin arvioida.

[259] *Koulu* 1995 s. 275; viran puolesta tulisi tutkia myös ohjelmaehdotuksen hylkäämiseen johtava kohtuuttomuus (YrSanL 50.2 § ja 53.1. §).

[260] Kulujen kohtuullisuutta ei ole millään tavoin perusteltua selittää "prosessuaaliseksi" kysymykseksi erotuksena aineellisista kysymyksistä, joihin asianosaisen määräämisoikeuden ehkäpä on erityisesti katsottu kohdistuvan.

[261] Arg. OK 21:14.2, jossa puhutaan kuluja koskevan ratkaisun antamisesta valmistelussa "silloinkin kun ne ovat jääneet riitaisiksi". Sääntö, jonka mukaan kulut voidaan myöntää, lienee jokseenkin riidaton huolimatta siitä, että nimenomainen asiaa koskeva mainita on jäänyt lakitekstistä pois OK 21:15:n kumoamisen myötä.

[262] OK 21:8b (kohtuullistaminen) ja OK 21:8c (velkomusta tai häätöä koskeva asia silloin kun jutun käsittely päättyy yksipuoliseen tuomioon). Tapauksessa KKO 1997:26 asianosaisen pelkkää vaikenemista vastapuolen kuluvaatimuksesta ei voitu pitää myöntämisenä, vaan tuomioistuimen piti tutkia viran puolesta, olivatko kuluvaatimuksen perusteena esitetyt toimenpiteet aiheellisia ja vaadittu määrä kohtuullinen. Todettakoon, että kysymys kulujen "aiheellisuudesta" mainitaan nykyisin ainoastaan yksipuolisen tuomion sovellustilannetta koskevassa säännöksessä (OK 21:8c).

[263] Näin *Koulu* 1995 s. 275–276.

suudesta on viime kädessä riippuvainen oikeuskäytännöstä.[264]

Oikeuskirjallisuudessa on tavattu korostaa, että väitteenvaraisuudesta voitaisiin poiketa nimenomaan *julkisessa* intressissä. Julkinen intressi on saatettu katsoa olevan paitsi jutuissa, jotka (i) liittyvät suoraan johonkin yhteiskunnalliseen intressiin myös jutuissa, joissa (ii) annettava ratkaisu merkittävällä tavalla koskettaa myös muita henkilöitä kuin asianosaisia samoin kuin jutuissa, joissa (iii) yksittäisen asianosaisella on erityisen suuri suojelun tarve.[265] Yksityisen asianosaisen ”erityisen suuri suojelun tarve” on käytännössä viitannut lähinnä vajaavaltaisen intresseihin. Niinpä suojeltavan intressin julkinen luonne erotuksena yksityisistä intresseistä onkin kelvannut rajankäyntikriteeriksi väitteenvaraisten ja väitteestä riippumatta tutkittavien seikkojen erottelussa. Selityksenä tähän on ymmärrettävästi se, ettei asianosaisen disponointioikeuden syrjäyttävää virallistutkintaa ole pidetty järkevänä kysymyksissä, joista asianosaiset saattaisivat pätevästi sopia oikeudenkäynnin ulkopuolella.

Tarkasteltaessa viran puolesta huomioon otettavia kysymyksiä lähemmin huomataan kuitenkin, että joukossa on myös sellaisia, joiden suhteen sovinto *on sallittu.* Tällainen kysymys on paitsi oikeudenkäyntikulujen määrä myös kysymys yksityishenkilön velkajärjestelyn edellytyksistä ja esteistä. Velkajärjestelyasia on kiistatta dispositiivinen siinä mielessä, että velkoja(t) ja velallinen voivat vapaasti sopia velkojen järjestelemisestä yhtä hyvin ennen velkajärjestelyn hakemista kuin velkajärjestelyä koskevan hakuprosessin aikana. Velkajärjestelyn esteperusteiden tutkiminen velkojan disponoinneista riippumatta merkitsee ainoastaan, ettei tuomioistuin suostuisi myötävaikuttamaan menettelyyn, mikäli se ensin katsoisi olevan syytä epäillä estettä, tutkisi asian[266] ja toteaisi esteen olemassaolon. Asianosaisten disponoinneista riippumaton virallistutkinta ei siis, toisin kuin usein lienee oletettu, rajoitu ainoastaan kysymyksiin, joista osapuolten eivät voisi pätevästi sopia.

Tämä ei kuitenkaan merkitse, että lainsäätäjä olisi ollut tässä kohdin jollakin tavalla epäjohdonmukainen tai epärationaalinen. Velkajärjestelyn esteiden kohdalla virallistutkinnan motiivina on kylläkin ollut yleisen maksumoraalin suojaaminen pyrkimällä estämään vapautuminen erityisen moitittavalla tavalla hankituista veloista – tai ainakin kieltäytymällä sellaiseen myötävaikuttamasta. Oikeudenkäyntikulujen määrään kohdistuva kontrolli saatetaan sekin ymmärtää jonkinlaisen julkisen intressin näkökulmasta: Palkkioasiat ovat esillä päivittäin eikä tuomioistuimen arvovalta ehkä kestäisi asianosaisen tai avustajan hyö-

---

[264] Esimerkiksi *Ovaskainen* (1989 s. 8) katsoo, ettei yksityiskohtainen sääntely olisi käytännössä mahdollinen. *Westberg* 1988 s. 834 suosittelee, että asiaan otettaisiin kantaa aineellisen säännöksen yhteydessä.

[265] Tästä jaottelusta ks. *Ovaskainen* s. 89–90, *Virolainen* 1995 s. 286.

[266] Tutkimisella tarkoitan tässä yhteydessä yhtä hyvin esteen tutkimista tuomioistuimelle esitetyn oikeudenkäyntiaineiston valossa kuin niitä toimenpiteitä, joihin VJL velvoittaa tuomioistuimen ryhtymään lisäselvityksen hankkimiseksi.

tymistä ainakaan kovin kohtuuttomien kuluvaatimusten hyväksymisestä.

Millään välttämättömyydellä ei toisaalta voida sulkea pois mahdollisuutta, että virallistutkinnalla sittenkin olisi pyritty suojaamaan juuri velkojan tai hävinneen asianosaisen yksityisiä intressejä. Oikeastaan jo lähtökohtaisesti tuntuisi kaikkein luontevimmalta tulkita, että edellä mainituissa tapauksissa suojataan nimenomaan yksityisiä etuja. Virallistutkinnan välitön ja konkreettinen hyöty nimittäin kohdistuu kummassakin tapauksessa yksityiseen asianosaistahoon. Yksityisten intressien suojaaminen virallistutkinnan avulla on toisin sanoen hyvin perusteltavissa.

Mutta onko yksityisiä intressejä järkevää suojata asianosaisen disponoinneista riippumattomalla virallistutkinnalla? Jos kysytään, onko järkevää poiketa asianosaisen nimenomaisesta määräämistahdosta (olettaen tietysti, että asianosaisella on riittävästi asiantuntemusta kantansa muodostamiseen), vastaus näyttäisi kielteiseltä. Useimmiten tilanne näyttäisi olevan sellainen, ettei asianosaisen vetoamistahtoa katsota tarpeelliseksi nimenomaisesti selvittää. Oikeudenkäyntikuluja voidaan kohtuullistaa myös yksipuolisen tuomion yhteydessä. Velkajärjestelyä hakevalla velallisella puolestaan on yleensä useita velkojia, joilta kaikilta ei välttämättä pyydetä lainkaan lausumaa tai ei ainakaan nimenomaisesti tiedustella suhtautumista mahdolliseen esteperusteeseen. Samoin meneteltäneen yrityssaneerausasioissa. Asianosaisen tahdon selvittämisen saatetaan katsoa tarpeettomaksi, kun otetaan huomioon prosessitaloudelliset näkökohdat ja se, että virallistutkinta koituisi kuulematta jäävän eduksi. Useimmiten lienee oletettavaa, että asianosainen vetoaisi edukseen olevaan seikkaan. Virallistutkinnalle on siis esitettävissä täysin järkeviä perusteluja.

Kysymys siitä, voitaisiinko nimenomaisesti ilmaistu tahto sivuuttaa asianosaisen omassa intressissä, saattaa tuntua tarpeettomalta tavanomaisessa (dispositiivisessa) riita-asiassa. Lähtökohtaisesti määräämisoikeuden sivuuttaminen näyttäisi edellyttävän poikkeuksellista, lähinnä vajaavaltaisen intresseihin verrattavaa suojeluintressiä. Ei kuitenkaan ole täysin harvinaista, että asianosaisen toimintavapauteen kohdistuu merkittäviäkin tosiasiallisia rajoituksia. Esimerkkinä olosuhteista, joissa määräämisvallan syrjäyttävälle virallistutkinnalle saattaisi olla aivan järkeviä perusteita, on vaikkapa tapaus, jossa työntekijä saattaisi vedota edukseen vahingonkorvauslain kanavointisäännöksiin. Korvausvastuun kanavointi merkitsee työnantajan vastuiden kasvua. Kun tällöin työsuhde tavallisesti yhä jatkuu, on työntekijä työnantajasta riippuvaisessa asemassa tavalla, joka saattaisi johtaa enemmän tai vähemmän vapaaehtoiseen oikeuksista luopumiseen.[267] Yleisemmin tahdon sivuuttaminen voisi järkevästi

[267] Ks. KKO 1998:81, jossa kanavointisäännökset otettiin huomioon viran puolesta. Ratkaisun perustelut ovat kuitenkin siinä määrin lakoniset, ettei voida päätellä, minkä vuoksi viran puolesta tutkimiseen päädyttiin tai sivuutettiinko samalla tarkoituksellisesti työntekijän määräämisvalta.

tulla kyseeseen tilanteissa, joissa oikeusjärjestys ei myönnä oikeussuojaa esitetyn kaltaisille vaatimuksille (vrt. pelivelka tms.).

Oikeudenkäymiskaaren 20 luvun 3.1 § kieltää tuomioistuinta vahvistamasta sovintoa, joka on selvästi kohtuuton. Tämä poikkeaa eräissä suhteissa siitä yleisestä kuvasta, joka edellä olevan perusteella muodostuu viran puolesta tutkittavista faktaperusteista ja tuomioistuimen tutkimisvelvollisuudesta yleensä. Kielto ulottaa virallistutkinnan aineellisoikeudellisessa mielessä aivan uudelle alueelle, joka on perinteiseen verrattuna jonkin verran laveammin määritelty. Tässä suhteessa kielto on verrannollinen vaikkapa poissaolotilanteissa soveltuvan tutkimisvastuun kanssa. Samoin se vertautuu siihen tutkimisvastuuseen, joka syrjäyttää vastapuolen vaatimuksen myöntämistä tai tosiasiaväitteiden tunnustamista merkitsevän lausuman.

Seuraavassa tarkastellaan hieman lähemmin kahta viimeksi mainittua tutkimisvastuun muotoa. Niiden keskeisin piirre ei kuitenkaan nähdäkseni ole tutkinnan riippumattomuus aineellisesti oikeutetun asianosaisen tahdosta eikä edes asianosaisen ilmaiseman tahdon sivuuttaminen. Merkityksellistä on ennemminkin se, että tuomioistuimelle on näissä tapauksissa ylipäänsä asetettu tavanomaisesta lähtökohdasta poikkeavaa tutkimisvastuuta silloin, kun jokin faktaperuste on näytöllisesti ja oikeudellisesti poikkeuksellisen selvä.

3.8.2 Tuomioistuimen tutkimisvelvollisuus eräissä passiivisuuteen tai asianosaisen yksipuoliseen toimeen liittyvissä tilanteissa

Kanteen myöntäminen, tosiasian tunnustaminen sekä vastaajan poissa ollessa annettava yksipuolinen tuomio muistuttavat eräässä suhteessa väittämistaakkaa ja prekluusiota. Kanteen myöntäminen osittain tai kokonaan oikeaksi samoin kuin vastaajan poissaolo tekee tarpeettomaksi sekä lain soveltamiskysymyksen että näyttökysymyksen tutkimisen.[268] Tunnustamisen puolestaan on katsottu aiheuttavan sen, ettei näyttökysymystä tarvitse tutkia tunnustettujen tosiasioiden osalta.[269] Myös kantajan poissa ollessa juttu jää sisällöllisesti tutkimatta, sillä kanteen hylkäävän tuomion perusteena on juuri kantajan poissaolo.

Kun väittämistaakka- tai prekluusiosäännöksiä sovelletaan, mahdollista tai tiedossa olevaa tosiasia-aineistoa rajataan oikeudenkäynnin ulkopuolelle. Niinpä näissä kaikissa tilanteissa oikeudellisen ratkaisun voidaan sanoa nojautuvan joko kokonaan tai osittain *muodolliseen perusteeseen.*[270] Se voi nojautua asian-

---

[268] *Lappalainen* 1995 s. 390, *Olivecrona* 1966 s. 191.

[269] Ks. *Olivecrona* 1966 s. 182, 184, vrt. myös s. 200, jossa huomautetaan, ettei myöntämisen peruuttamisen oikeusvaikutuksia pidä ilman muuta arvioida samalla tavoin kuin tunnustamisen peruuttamisen oikeusvaikutuksia.

[270] Ks. *Olivecrona* 1966 s. 181–183.

osaisen passiivisuuteen joko poissaolona (yksipuolinen tuomio) tai laiminlyöntinä (yksipuolinen tuomio, prekluusio ja väittämistaakka) taikka tämän nimenomaiseen tahdonilmaisuun (tosiasian tunnustaminen, kanteen myöntäminen, ehkä toisinaan myös väittämistaakka ja prekluusio).

Vaikka asianosaisen poissaoloon tai myöntämisen ja tunnustamisen kaltaisiin yksipuolisiin prosessitoimiin tai passiivisuuteen perustuvat ratkaisut yleensä sivuuttavat jutun sisällöllisen tutkimisen, ne eivät sivuuta sitä aivan kokonaan. Tuomioistuimen tulee yhä kontrolloida ratkaisujen oikeellisuutta, vaikkakin se tapahtuu hyvin rajoitetusti: Yksipuolisen tuomion tilanteissa (vastaajan jättäessä vastaamatta kanteeseen tai lausumapyyntöön tai ollessa poissa oikeudenkäynnistä) tuomioistuimen edellytetään tutkivan, ettei kanne ole *selvästi perusteeton* (OK 5:13.1, OK 12:13). Jopa kantajan poissa ollessa kanne saatettaisiin poikkeuksellisesti hyväksyä siltä osin kuin se olisi *selvästi perusteltu* (OK 12:12). Yksipuoliseen tuomioon päättyvissä velkomusta tai häätöä koskevissa asioissa puolestaan tutkitaan viran puolesta oikeudenkäyntikulujen aiheellisuus (OK 21:8c).

Mikäli vastaaja myöntää kanteen osittain tai kokonaan oikeaksi, tuomioistuimen velvollisuuksiin on katsottu kuuluvan kontrolloida, etteivät tosiasiat ole notorisesti virheellisiä tai mahdottomia ja että oikeusjärjestys antaa suojaa kantajan vaatimalle oikeudelle.[271] Vastaavanlaisen tutkimisvelvollisuuden on katsottu kohdistuvan tunnustettuihin tosiasioihin.[272] Väittämistaakkasäännöt tekevät näihin verrattavissa olevan poikkeuksen nojautumisesta muodolliseen ratkaisuperusteeseen ns. indispositiivisten (tai virallistutkintaisten) tosiasioiden kohdalla, joista oli puhe edellisessä jaksossa.[273] Tällöin tutkimisvelvollisuus ei kuitenkaan johdu faktojen olemassaoloa tai relevanssia koskevasta tiedosta, vaan ratkaistavana oleviin oikeusongelmiin liitetyistä syistä.

Vetoamisvelvollisuuden laiminlyömisen oikeusseuraamukset eroavatkin poissaolon, myöntämisen ja tunnustamisen seuraamuksista siten, ettei vetoamatta jääneiden tosiasioiden merkitystä (eikä olemassaoloa) laisinkaan tutkita, riippumatta siitä kuinka todennäköistä tai varmaa tietoa relevanteista tosiasioista olisi. Jopa ns. notoristen tosiasioiden oikeudellinen merkitys jää ilman nimenomaista vetoamistointa tutkimatta. Myöntämisen tai tunnustamisen ohittaminen – kyseessä olevan asianosaistahon omassa intressissä – tapahtuu jopa vastoin tämän nimenomaisesti ilmaisemaa tahtoa.

Luonteva kysymys edellä olevan valossa saattaisi olla se, tulisiko tosiasioista

---

[271] … mikä siis edellyttää myös tosiasiapremissien tutkimista.

[272] Ks. *Lappalainen* 1995 s. 391. Tutkinta lienee kylläkin jonkin verran suppeampaa kuin poissaolotilanteissa.

[273] Indispositiivisen seikan myöntäminen tai tunnustaminen ei myöskään sitoisi tuomioistuinta. Yksipuolisen tuomion estyminen saattaisi olla hieman epävarmempaa, sillä kannetta ajatellaan yksipuolisen tuomion edellytyksiä harkittaessa kokonaisuutena. Ks. viimeksi mainitun johdosta *Ovaskainen* 1989 s. 90.

ja niiden merkityksestä varmuudella jo tiedetty ottaa jollakin tavoin huomioon tosiasioiden yksilöintejä koskevan vastuun jaossa. Kenties vähintäänkin saman verran kuin mitä tutkitaan vastoin nimenomaista tahdonilmaisua, pitäisi tutkia asianosaisen ollessa passiivinen. Vastaavasti saman verran kuin mitä tutkitaan asianosaisen ollessa passiivinen, saattaisi olla aiheellista tutkia riippumatta siitä, huomaako asianosainen oikeudenkäynnissä mukana ollessaan esittää tutkimista koskevan vaatimuksen.[274]

Virallistutkinta poissaolotilanteissa samoin kuin myöntämisen ja tunnustamisen ohittava virallistutkinta ovat poikkeuksellisia ilmiöitä – ainakin esiintymisensä suhteen.[275] Sellaisiksi ne saatettaisiin selittää myös teorian näkökulmasta. Teorian näkökulmasta niitä ei kuitenkaan voida kokonaan ohittaa. Tuomioistuimelle periaatteellisesti on katsottu kuuluneen tietty velvollisuus torjua ainakin hyvin selkeästi virheellisiä ratkaisuja. Tässä valossa on huomionarvoista, ettei varsinaisissa väittämistaakkaopeissa – nimenomaan ajatellen vastuun viimekätistä kohdentumista – ole havaittavissa merkkejä tämän tyyppisestä ajattelusta. Vetoamisvelvollisuudesta ei ole tehty poikkeuksia pelkästään sillä perusteella, että jonkin tosiasian huomioon ottaminen tekisi esitetyistä vaatimuksista selvästi perusteettomia tai perusteltuja. Puhuttaessa väittämistaakan ulottumisesta tällainen veisi tietystikin väittämistaakkainstituutiolta käsitteellistä pohjaa. Systematiikka ei näytä antaneen tilaa viimekätisen vastuun jakoa koskeville pohdinnoille – tai sitten niihin ei ole nähty enemmälti tarvetta. Edes tuomarin prosessinjohtovelvoitteiden tai prekluusion anteeksiantoperusteiden tulkintaan tällaisia tiedossa oleviin tosiasioihin perustuvia argumentteja ei ole

---

[274] *Lappalainen* (1986 s. 397 alav. 34) ei näyttäisi pitävän yksipuolisen tuomion tilanteisiin liittyvää virallistutkintaa ongelmallisena lausuessaan, ettei ”ole mitään outoa siinä, että tuomioistuin pitää viran puolesta suuremmassa määrin huolta poissaolevan kuin saapuville tulleen vastaajan intresseistä”. *Virolainen* (LM 1985 s. 997) puolestaan kantaa huolta siitä, ettei vastaajan väittämistaakan tulisi poissaolotilanteissa lieventyä.

Näkisin että tuomioistuimen tulisi kaikissa niissä tilanteissa, joissa se olisi velvollinen tiedossa olevan perusteella hylkäämään kanteen poissaolotilanteessa (ks. OK 5:13.1, OK 12:13), olla velvollinen huolehtimaan siitä, että paikalla oleva asianosainen voisi halutessaan vedota samoihin hylkäysperusteisiin.

[275] Kotimaisesta oikeuskäytännöstä ei viime aikoina ole löydettävissä merkkejä tässä tarkoitetusta virallistutkinnasta. On kuitenkin huomattava, että oikeuskirjallisuudessa käsitys tuomioistuimen velvollisuudesta virallistutkintaan on vakiintunut. Poissaolotilannetta koskevat sääntelyt eivät myöskään ole millään tavoin vanhentuneita, vaan päinvastoin melko uusia.

Ruotsissa vastaavien säännösten merkityksestä puolestaan löytyy oikeuskäytäntöä; omistamalleen yhtiölle erään kiinteistön myyneet vaativat kaupan julistamista pätemättömäksi, koska kaupalla tavoiteltu veroetu ei ollutkaan toteutunut verotuksessa. Kanne voitiin hyväksyä yhtiön myöntämisen perusteella, vaikka ostajayhtiö oli ehtinyt hankkia lainhuudon kiinteistöön, *koska väitteelle pätemättömyydestä oli siinä määrin oikeudellista perustetta, ettei kaupan julistamiselle pätemättömäksi ollut estettä* (NJA 1993 s. 319). Eräässä toisessa tapauksessa myöntämiselle sitä vastoin *ei annettu vastaajan tarkoittamaa vaikutusta, vaan kiinteistön kaupan purkua koskenut vaatimus hylättiin, koska ostaja oli ehtinyt jo hankkia lainhuudon* (NJA 1986 s. 205).

aina katsottu voitavan liittää.[276] Tiedossa olevien mutta vetoamatta jääneiden tosiasioiden jutun oikeudellista arviointia muuttava merkitys ei toisin sanoen yksin ole muodostanut prekluusiosääntöön liitettyä anteeksiantoperustetta tai aiheuttanut tuomarin kyselyvelvollisuutta.

3.8.3 Mitä viran puolesta tutkimisella on saatettu tarkoittaa?

Edellä olevan tarkastelun perusteella havaitaan, että virallistutkinnasta voidaan puhua kahdessa tilanteessa. Jonkin asiaintilan tutkiminen viran puolesta on voinut merkitä sitä, ettei ko. asiaintila kuulu väittämistaakan piiriin. Tosiseikan oikeudellinen merkitys on tällöin pitänyt tutkia (1) riippumatta siitä, onko asianosainen esittänyt seikan huomioon ottamista koskevan vaatimuksen. Toisaalta esiintyy myös tilanteita, joissa määrätyn (2) asiaintilan oikeudellinen merkitys tutkittaisiin jopa vastoin asianosaisen nimenomaista tahdonilmaisua. Nämä tapaukset ovat harvinaisempia mutta niistäkin voidaan luetella esimerkkejä. Useimmiten kyse on perheoikeudellisista kysymyksistä. Lisäksi ainakin hyvän tavan vastaisuuteen liittyviä perusteita otetaan huomioon vastaajan tahdon vastaisesti. Klassisena esimerkkinä sopimus- ja velvoiteoikeuden alueelta mainitaan usein ns. laiton pelivelka.[277]

Näitä kahta perustilannetta ei keskustelussa useimmiten ole eroteltu, joten ei ole tuotu esiin sitä, onko asiaintilan tai seuraamuksen huomioon ottamisesta ajateltu voitavan luopua. Tästä syystä ei oikeastaan ole muodostettu selkeää kuvaa siitä, missä faktaperusteita koskevan määräämisoikeuden rajat kulkevat.

Varmimpana osoituksena siitä, etteivät määräämisoikeus ja vetoamisvelvollisuus edes voimassa olevan oikeuden näkökulmasta (käytännön näkökulmasta) ole erottamattomia, ovat edellä esitellyt tilanteet, joissa määräämisoikeuden piiriin kuuluvia kysymyksiä on katsottu tutkittavan viran puolesta.[278] Näitä ovat ainakin yksityishenkilön velkajärjestelyn ja yrityssaneerausmenettelyn aloittamisen esteperusteet. Esimerkiksi yksityishenkilön velkajärjestelyn aloittamisesta voidaan sopia osapuolten kesken. Jos näin ei kuitenkaan tehdä, esteperusteet tutkitaan viran puolesta. Viran puolesta tutkitaan niin ikään

---

[276] *Lindell* (1993 s. 308 ja 116) katsoo, ettei aineellisesti oikean ratkaisun tavoite juurikaan vaikuta prekluusiosäännösten tulkintaan. Samoin *Virolainen* DL 1995 s. 349 ja *Welamson,* Rättegång VI 1994 s. 80. *Leppänen* (1998 s. 362) sitä vastoin katsoo, että todisteen merkitys voidaan ottaa huomioon ”yhtenä punnintatekijänä muiden joukossa”, lisäten kuitenkin todisteen merkittävyyden saattavan korostaa asianosaisen huolellisuusvelvoitetta. Kyselyvelvollisuuden kannalta keskeisenä on puolestaan nähty se, onko asianosainen ilmaissut tarkoituksensa vedota johonkin tiettyyn näkökohtaan. Tästä enemmän luvussa 8; ks. erityisesti jaksot 8.3–8.5 ja kootusti 8.7.1.

[277] Ks. esimerkiksi *Saarnilehto* EIF I s. 331.

[278] Voidaan sanoa, että ne ovat muodostaneet eräänlaisen poikkeaman jaottelussa, jossa yhdellä puolella ovat määräämisvallan ja vetoamisvelvollisuuden piiriin lukeutuvat ja vastakkaisella puolella virallistutkintaiset oikeustosiseikat.

kysymys oikeudenkäyntikulujen aiheellisuudesta ja kohtuullisuudesta. Lienee selvää, että osapuolet saattaisivat myöhemmin sopia täysin vapaasti kulujen määrästä, ohittaen näin tuomioistuimen päätöksen. Tämän vuoksi on lupa olettaa, että saneerausvelkoja tai maksuvelvollinen saattaisivat halutessaan luopua ko. velkajärjestelyn esteperusteen tai kuluvaatimuksen kohtuullisuuden tutkimisesta.

Puhuttaessa väittämistaakasta ja virallistutkinnasta on ainakin systemaattisessa mielessä jäänyt kokonaan tarkastelun ulkopuolelle kysymys, voisiko tuomioistuimella olla oikeudellinen (3) vastuu siitä, että jokin määrätty asiaintila tulee oikeudenkäynnissä keskustelun kohteeksi. Tämä olisi kolmas merkityssisältö, joka viran puolesta tutkimiselle saatettaisiin antaa. Tällöin asianosaiselle olisi varattava tilaisuus vedota ko. perusteeseen niin halutessaan. Vetoamistahdonilmaisuun liittyisi puolestaan asianosaisen vastuu täydemmän informaation pohjalta tekemästään valinnasta.

> Jäljempänä huomataan, että kysymys tuomioistuimen oikeudellisesta vastuusta on jäänyt varsin vähälle huomiolle myös sisällöllisessä mielessä. Erityisesti kysymys siitä, milloin vastuu olisi tuomarilla ja mitä tuomarin oikeudellinen vastuu konkreettisesti merkitsee (ks. erityisesti jaksot 7.8 ja 7.9).

Nähdäkseni mainittujen tahdonvaltaisten kysymysten virallistutkinta omalla tavallaan tukee ajatusta siitä, että täysin tahdonvaltaisissa ongelmissa tuomarille saatetaan asettaa myös kyselyvelvoitteen muodossa yllä mainitun kaltainen vastuu. Olisi täysin mahdollista määritellä joitakin asiaryhmiä tai tyyppitilanteita tuomioistuimen vastuun piiriin. Esimerkiksi edellä kuvatut kohtuullistamisperusteisiin liittyneet tilanteet tai pakottavan sääntelyn tilanteet voisivat tulla kyseeseen. Käytännössä tämä merkitsisi sitä, että käsillä oleva näyttö määrätystä faktaperusteesta aiheuttaisi faktaperusteen soveltamisen, jos hyötyvä taho ei tätä nimenomaisesti vastustaisi.[279] Tuomioistuimen vastuu voisi syntyä muillakin perusteilla, esimerkiksi tunnetun fakta-aineiston tai asianosaisten jo suorittamien vetoamistointen pohjalta.[280]

Selvyyden vuoksi kyselyvelvollisuudesta ei jäljempänä kuitenkaan käytetä virallistutkinnan nimitystä. Riittää kun havaitaan, että tuomarin kyselytoiminta saattaa olla aivan yhtä velvoittava kuin velvollisuus tutkia ei-väitteenvaraisia seikkoja ns. viran puolesta – ja että kysymys on tosiasia-aineiston yksilöintiin liittyvästä vastuunjaosta aivan samassa merkityksessä kuin jaottelussa vetoamisvelvollisuuden alaisiin ja viran puolesta tutkittaviin seikkoihin.

---

[279] Avoimeksi jäisi tältä pohjalta se, milloin jonkin vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolo pitäisi ottaa keskustelun alaisuuteen.

[280] Tästä lähemmin luvussa 8; ks. erityisesti jaksoa 8.7.

Alustavia päätelmiä vastuunjaosta

Tuomioistuimen velvoitteiden kääntöpuolena olisi kysymys asianosaisten mahdollisista oikeuksista, oikeudesta edellyttää tuomioistuimelta tämän velvoitteen täyttämistä. Vastaus tähän näyttää oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön valossa epävarmalta. Esimerkiksi Laukkanen erottaa toisistaan ”vastuunjaon” ja ”tehtävien jaon”. Vastuunjaon alueella tarkoitetaan kuvata tuomioistuimen ja asianosaisten vuorovaikutusta siltä osin kuin kyse on mm. asianosaisten vetoamisvelvollisuudesta. Tuomarin kyselytoiminnan sijoittuessa ”tehtävien jaon” alueeseen näyttää siltä kuin ”vastuu” vetoamisista (tosiseikkojen esille tulemisesta) jäisi aina asianosaisille. Valituista nimityksistä ei voida päätellä kirjoittajan kantaa kyselyvelvoitteiden laatuun nähden. Kirjoittaja ei toisaalta käsittele tätä näkökohtaa nimenomaisesti.[281] Näkemykseni mukaan tuollaista kategorista luokittelua ei kuitenkaan siis missään tapauksessa voida tehdä.

Perinteinen systematiikka tuntee kahdenlaisia tosiseikastoja: niitä, jotka on tutkittava viran puolesta ja niitä, joihin asianosaisen tulee vedota, jotta ne voidaan ottaa huomioon. Vastuun ensiksi mainittujen tutkimisesta tiedetään kuuluvan tuomioistuimelle. Väittämistaakan alaisten tosiseikastojen osalta vastuun jakautuminen ei ole aivan yhtä yksiselitteistä. Esimerkiksi tuomioistuimen kyselytoimintaa luonnehditaan yleensä ”velvollisuudeksi”. Tästä ei vielä seuraa että kyselyvelvoitteen mahdollisiin laiminlyönteihin liitettäisiin asianosaisten asemaan vaikuttavia oikeusseuraamuksia. Oikeuskäytännöstä on kuitenkin löydettävissä viitteitä siitä, että kyselytointen laiminlyönnillä saattaa olla konkreettisia oikeusseuraamuksia.

Tuomioistuimen vastuuta koskevan kysymyksen jäämistä taka-alalle kuvastaa nähdäkseni se, että puhuttaessa tuomioistuimen tutkimisvastuusta on operoitu lähinnä asianosaisen määräämisoikeudella tai sen puuttumisella. Esimerkiksi Ämmälän mukaan sopimuksen pätemättömyyden tutkiminen viran puolesta määräytyy sen mukaan, onko pätemättömyys aineellisoikeudellisessa mielessä korjaantuvaa vai korjaantumatonta.[282] Tämä näkemys vaikuttaa järkevältä mutta siihen sisältyy oletus, jonka mukaan tuomioistuimen tutkimisvastuu merkitsisi aina asianosaisen määräämisoikeuden sivuuttamista.[283] Yleensäkään ei ole puhuttu asianosaisen mahdollisista menettelyllisistä oikeuksista, lukuun ottamatta juuri tuota määräämisoikeutta, jonka erään keskeisen elementin muodostaa oikeus luopua oikeussuojasta.

Vastuunjakoon fakta-aineiston riittävyydestä liittyy vielä eräs huomionarvoinen näkökohta. Määrätyn tosiasiaperusteen luokittelusta virallisvastuu alaisuu-

---

[281] Ks. *Laukkanen* 1995 s. 213–215.
[282] Ks. *Ämmälä* 1993 s. 159.
[283] Todettakoon, ettei tuomioistuimen velvollisuus varsinaiseen ns. viran puolesta tapahtuvaan tutkintaan (edellä tarkoitetussa merkityksessä) ulotu mitättömyysperusteisiin, vaan niihinkin sovelletaan väittämistaakkaa.

teen kuuluvaksi ei vielä välttämättä kerro kovinkaan paljon tuomarin vastuun todellisesta ulottuvuudesta. Varmaa on se, että virallistutkintainen seikka on otettava huomioon ainakin silloin, kun käsillä on riittävästi näyttöä, jotta faktaperuste soveltuisi oikeusriitaan. Monien tapauskohtaisten, oikeudenkäyntiin liittyvien olosuhteiden varaan jäisi se, milloin faktaperustetta koskeva kysymys tulisi ottaa konkreettisestikin tutkittavaksi tai keskusteltavaksi.

4 Vetoamistoimet ja niiden tulkinta

4.1 KUINKA VETOAMISTOIMIA TULKITAAN?

4.1.1 Mitä vetoamistoimella tarkoitetaan?

Puhuttaessa tosiasioihin 'vetoamisesta' tarkoitetaan asianosaisen esittävän tuomioistuimelle erityisen vaatimuksen siitä, että jokin tosiasia otettaisiin huomioon ratkaisua tehtäessä. Vetoamistoimeen näyttääkin yleensä sisältyvän yhtäältä (a) väite jonkin asiaintilan olemassaolosta ja toisaalta (b) vaatimus asiaintilan asettamisesta osaksi annettavan ratkaisun ns. faktaperusteluja.[1]

Juuri tämä jälkimmäinen elementti, enemmän tai vähemmän nimenomaisesti esiin tuotu vaatimus yksilöidyn asiaintilan huomioon ottamisesta, on väittämistaakkasäännön tarkoittamassa vetoamistoimessa keskeinen. Sen on katsottu erottavan vetoamistoimen muista prosessitoimista. Esimerkiksi todistustosiseikan asemassa olevaa asiaintilaa ei tarvitse erikseen vaatia huomioon otettavaksi. Todistustosiseikkoja koskeviin väitteisiin ei näin ollen myöskään kohdistu samanlaista yksilöintivaatimusta kuin oikeustosiseikan asemassa oleviin asiaintilaväitteisiin.

Väittämistaakkasääntö (OK 24:3) sitä vastoin ei edellytä esitettävän asiaintilojen *olemassaoloa* koskevia väitteitä. Väittämistaakka saatettaisiin täyttää vaatimalla tuomioistuinta ainoastaan tutkimaan, ovatko asiat tietyllä tavalla. Kanteen hylkäämistä saatettaisiin esimerkiksi vaatia sillä ehdolla, ettei velan vanhentumista ole katkaistu ja että velka näin ollen on vanhentunut. Täsmällisesti ottaen tosiasiaväitteessä on – väittämistaakan näkökulmasta – kyse vaatimuksesta tutkia tietyn asiaintilaa koskevan olettaman paikkansapitävyys. Ymmärrettävästi väitteet käytännön tasolla kannattaa esittää vahvassa muodossa.

Vaatimus asiaintilan huomioon ottamisesta ei kuitenkaan ole yksin riittävä, vaan olennaista on se *missä tarkoituksessa* tosiasiaan on vedottu. Keskeinen erottelu on tehty sen suhteen, onko asiaintilaan vedottu *oikeustosiseikkana* (oikeudellisen ratkaisun näkökulmasta ns. välittömästi relevanttina seikkana) vai ainoastaan todisteena (todistustosiseikkana).[2] Jos tosiasiaan on vedottu ainoastaan todisteena jonkin toisen asiaintilan olemassaolosta, yksinomaan todistelutarkoituksessa esitettyä asiaintilaväittämää ei voida ottaa tutkittavaksi itsenäisenä faktaperusteena.

---

[1] Esimerkiksi *Virolaisen* (1988 s. 248) mukaan vetoaminen sisältää paitsi lausuman tietystä seikasta myös "pyynnön siitä, että seikka otettaisiin em. tavalla huomioon tuomita tehtäessä".
[2] *Boman* 1964 s. 14, *Virolainen* 1988 s. 249.

Väittämistaakkainstituutio olisi kyllä mahdollinen ilman viimeksi mainittua erotteluakin. Erottelua on kuitenkin pidetty perustavana oikeusriitaa koskevien kysymyksenasettelujen selkeyttäjänä. Todistelun kohteena olevien väittämien (todistusteemojen) ja todistelussa hyödynnettävien väittämien (todisteiden) erottelu on nimittäin täysin keskeinen jäsennys todistusoikeudellisessa keskustelussa.

Vetoamistoimen määritteleminen asianosaisen nimenomaiseksi vaatimukseksi asiaintilan huomioon ottamisesta ei vielä kerro paljoakaan siitä, kuinka vetoamistoimien sisältö päätellään. Suurta apua ei ole siitäkään, että vetoamistointen lähteeksi tiedetään näin ollen asianosaisen tahdonilmaisu. Haluttaessa tietää, kuinka tuomioistuin päättelee vetoamistointen sisällön, on tarkasteltava prosessitointen tulkintaa koskevia prosessioikeuden periaatteita. Prosessitoimen tulkintaan sisältyy tunnetusti kohtalaisen vahva formaali elementti. Tähän nähden on ehkä huomionarvoista, että asianosaisen tosiasiallisen tarkoituksen painotetaan määräävän tulkintojen sisällön, jos tarkoitus vain on tiedossa, päätteltävissä riittävällä varmuudella.

4.1.2 Mihin tulkintateoriaa tarvitaan?

Tyytymistä epäselvyystilanteissa ainoastaan tulkitsemaan asianosaisten vetoamistointen sisältöjä ei yleisesti ottaen pidetä suositeltavana tai sallittunakaan. Vetoamistoimia koskevien epäselvyyksien korjaamisen ajatellaan kuuluvan tuomarin kyselytoiminnan kaikkein keskeisimpään ydinalueeseen. Lähtökohtaisesti tuomarilla katsottaisiin ilman muuta olevan velvollisuus kyselytoimiin selvittääkseen vetoamisia koskevat epäselvyydet.[3] Tämä ei kuitenkaan tee tulkintateoriaa tarpeettomaksi.

Prosessioikeudellinen käsitteistö edellyttää jonkinlaista sopimusta niistä perusteista, joiden nojalla vetoamistoimia tulkitaan. Tämä on tarpeen monestakin syystä, muun muassa siksi, ettei väittämistaakka- tai prekluusiosäännöksiä muutoin voitaisi soveltaa: jos nimittäin emme voisi päätellä asiaintilan jääneen vetoamatta, emme voisi evätä asianosaiselta oikeutta vedota siihen sillä perusteella, ettei vetoamista ole suoritettu riittävän ajoissa. Emme ylipäätänsä voisi – väittämistaakkasäännön edellyttämällä tavalla – rajata tutkittavaksi tulevia väitteitä tosiasioiden tasolla. Tarkasteltaessa tuomarin kyselytoimintaa tulkintasääntöjä ei tarvita ainoastaan ajatuksellisena apuvälineenä, vaan myös jotta tiedettäisiin milloin on syytä ryhtyä arvioimaan kyselytoimien tarpeellisuutta. Vetoamisten sisällön määrittäminen muodostaakin esikysymyksen ennen kuin voidaan ryhtyä tarkastelemaan väittämistaakan täyttymistä, prekluusiota, tuo-

[3] Ks. jakso 8.3 ja siinä viitatut lähteet. Vastaavasti varsinkin prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa on suhtauduttu rajatapauksissa varauksellisesti ns. suoriin tulkintoihin. (Ks. jakso 4.2.2.)

marin kyselyoikeutta tai mahdollista kyselyvelvollisuuden laiminlyöntiä ja sen oikeudellisia vaikutuksia.

Vetoamistoimia saatetaan joutua tulkitsemaan *reaaliaikaisesti*. Näin tapahtuu silloin kun tuomari kirjallisen tai suullisen valmistelun aikana pyrkii kartoittamaan asianosaisten vaatimuksia ja niiden perusteita. Käytännöllisenä ohjeena käy tällöin se, että vetoamistahdonilmaisujen sisällön kyselytoimin tapahtuva selventäminen tulee asettaa tulkinnan edelle. Silloin kun vetoamistoimia joudutaan tulkitsemaan *jälkikäteen*, kyselytoimista ei enää ole avuksi. Prekluusioseuraamusta joudutaan harkitsemaan ajallisesti sellaisessa vaiheessa, pääkäsittelyn alettua tai muutoksenhaun yhteydessä hovioikeudessa, jolloin uusiin tosiasiaperusteisiin ei enää ole luvallista vedota. Poissaolotilanteissa kyselytoimiin ryhtyminen taas ei useimmiten ole joko tarkoituksenmukaista tai edes mahdollista.

Vetoamistoimia koskevat *epäselvyydet saattavat liittyä (a) lausuman vetoamistarkoitukseen* eli yhtäältä siihen, vaatiiko asianosainen tietyn tosiasian ottamista huomioon ratkaisua tehtäessä, toisaalta siihen onko asiaintilaan vedottu nimenomaan oikeustosiseikkana vai ainoastaan todisteena jonkin välittömästi relevantiksi väitetyn asiaintilan olemassaolosta. Epäselvyydet voivat myös liittyä *(b) väitteiden tai vaatimusten sisältöön* eli siihen, minkälaisia tosiasioita koskevia väitteitä asianosainen on vaatinut tutkittavaksi tai millaisia oikeusseuraamuksia tuomittaviksi.

Kummassakin suhteessa vetoamistoimilta voidaan ehkä sanoa edellytetyn verrattain korkeaa selkeysastetta. On katsottu, että vetoamistointen sisältöä tulisi tulkita varsin pitkälti niiden saaman ulkoisen ilmiasun – lausuman sanamuodon – mukaisesti. Vetoamistarkoitus puolestaan tulisi tuoda esiin nimenomaisesti.

4.1.3 Tulkinta oikeusongelmana

Yleisellä tasolla esitettynä keskeisimmät prosessitoimen tulkintaa koskevat ongelmat tiivistyvät kysymykseen hyödynnettävästä tulkinta-aineistosta ja sen käytöstä. Tulkinta-aineistoon nähdään liittyvän rajoituksia ensinnäkin sen suhteen, *mikä ylipäätänsä on hyväksyttävää tulkinta-aineistoa*. Tällöin on puhuttu tulkinta-aineiston näkyvyysvaatimuksesta tarkoittaen sitä, että kiellettyä tulkinta-aineistoa olisi aineisto, jota asianosaisen vastapuoli ei ole voinut havaita.[4] Käytännössä tätäkin tärkeämpää on kuitenkin se, *mikä merkitys tai painoarvo millekin tulkinta-aineistolle annetaan*. Tulkinnassa saatetaan hyödyntää ainoastaan tai hyvin vahvasti painottaen vaatimuksia ja niiden perusteita koskevien – suullisten tai kirjallisten – lausumien sanamuotoa. Täysin selvää on, että sanamuoto muodos-

[4] Ks. *Westberg* 1988 s. 113.

taa ainakin tulkinnan lähtökohdan. Tämän lisäksi saatettaisiin antaa merkitystä muulle oikeudenkäynnin aikana esiin tuodulle aineistolle, eräille oikeudenkäynnin ulkoiseen kulkuun liittyville seikoille tai oikeusnormien sisällölle.

Tulkintatapaa koskevat ratkaisut voivat poiketa toisistaan myös sen suhteen *millaisiin oikeuspoliittisiin päämääriin tulkinnalla pyritään*. Tulkinnalla saatetaan pyrkiä vain ja ainoastaan selvittämään prosessitoimen tarkoitettu sisältö. Tämän lisäksi saatettaisiin pyrkiä joihinkin muihin toivottaviin lopputuloksiin kuten vaikkapa aineellisten oikeuksien toteuttamiseen tai lainsäädännön ns. ohjausfunktion tehostamiseen. Tavoiteltavana päämääränä saattaisivat toimia toisaalta joko aineelliset tai prosessuaaliset ohjaustavoitteet.

4.1.4 Objektiivinen tulkintatapa prosessilainopin mukaan

Likipitäen poikkeuksetta on katsottu, että prosessitointen tulkinnassa pitää noudattaa *objektiivista tulkintatapaa*. Tähän yleisesti hyväksyttyyn näkemykseen voidaan lukea sisältyväksi sen, että prosessitoimen saama ilmiasu, vaatimuksia ja niiden perusteluja koskevan asianosaisen lausuman sanamuoto muodostaa lähtökohdan prosessitoimen tulkinnalle. Mittapuun muodostaa tällöin se, kuinka rationaalinen tarkastelija lausuman normaalisti ymmärtäisi.

Kotimaisessa kirjallisuudessa Halilan mukaan prosessitoimia tulkittaessa on annettava etusija ”selityksen saamalle ulkonaiselle ilmaukselle”. Selitystä on tulkittava ”objektiivisesti eli sillä tavoin kuin se on tavanomaisen ja järkevän käsityksen mukaan ymmärrettävä”. Tällaista tulkintatapaa edellyttää oikeudenkäynnin joustava, keskitetty ja nopea kulku.[5]

Halilan mukaan tuomioistuimen tulee kuitenkin suhtautua asianosaisten prosessitoimiin suopeasti, varoen liiallista formalismia. Niinpä ainakin erehdystilanteita tulee pyrkiä korjaamaan. Prosessitoimen sisältö on nimittäin vahvistettava sen todellista tarkoitusta vastaavaksi, mikäli ”järkevä henkilö” voi saada sen selville ”selityksen yhteydestä muuhun prosessiaineistoon”.[6]

Lausumien sanamuoto ei siis ole yksinomainen tulkintaperuste. Muutoinkin kuin vain selkeiden erehdystilanteiden korjaamiseksi tulkinnassa on sopivassa määrin otettava huomioon asianosaisen suorittamat toiset prosessitoimet ja muu prosessiaineisto.[7] Uudemmassa kirjallisuudessa ei Halilan näkökantoihin useimmiten ainakaan nimenomaisesti ole otettu etäisyyttä. Päinvastoin esimerkiksi Virolaisen mukaan vetoamistarkoitus saatetaan päätellä vertaamalla lausumaa asianosaisen muihin prosessitoimiin.[8]

---

[5] Ks. *Halila* 1950 s. 44–45.
[6] *Halila* 1950 s. 46.
[7] *Halila* 1950 s. 46. Ks. myös *Olsson* 1964 s. 141 ss.
[8] Ks. *Virolainen* 1988 s. 250.

Toisinaan tulkintaperusteena on mainittu se, mitä vastapuoli on ymmärtänyt. Käytännössä tällöin saattaisi useimmiten olla kyse sen arvioimisesta, mitä lausuman sanamuodon perustella on täytynyt ymmärtää, toisin sanoen vastapuolen perustellusta luottamuksesta. Usein vastapuolen tosiasiallista ymmärrystä on nimittäin jälkikäteen vaikea selvittää. Tämä tulkintaperuste on esitetty nimenomaan lisäkriteerinä, joka määrätyin ehdoin sallii normaalia laveamman tulkinnan. Perusteeseen nojautumisessa on kuitenkin korostettu varovaisuutta. Möllerin mukaan tarkoitus vedota esille tuotuun seikkaan tulee ilmoittaa niin selkeästi, ettei tästä vastapuolelle tai tuomioistuimelle jää tämän suhteen mitään epäilystä.[9]

Ovaskainen sitä vastoin ei ole pitänyt oikeuskirjallisuudessa esitettyjä mittapuita riittävinä.[10] Hän näyttää suhtautuvan kriittisemmin muun tulkinta-aineiston käyttämiseen. Keinona objektiiviseen arviointiin pääsylle näyttäisi olevan tulkinta-aineiston rajaaminen esittämis- ja asiayhteyden perusteella. Vedotuiksi voitaisiin nimittäin katsoa ainoastaan sellaiset seikat, jotka on esitetty joko haastehakemuksessa tai asianosaisen puolesta perustelutarkoituksessa annetuissa vastine- ja muissa lisälausumissa.[11] Tällöinkin lausuman ilmiasu ja välitön asiayhteys näyttäisivät yksinomaan sallitulta tulkinta-aineistolta. Arvioitavaksi tulisi se, tähtääkö esitetty seikka suoranaisesti vastapuolen esittämien vaatimusten torjumiseen.[12]

Vanhojen tulkintaoppien pätevyyteen nähden tuomarin prosessinjohtovelvoitteiden laajenemisella on saattanut olla tiettyjä vaikutuksia – erityisesti ajatellen kyselyvelvoitteiden ja tulkinnan keskinäissuhdetta. Prosessikirjallisuudessa kysymys tulkintaoppien sisällöstä – tuomarin velvollisuudesta viime kädessä pyrkiä tulkinnoin vetoamistointen selvien puutteiden korjaamiseen – näyttää jääneen taka-alalle. Epävarmuustapauksissa suositellaan lausumien sisällön varmistamista kyselytoimin.[13] Väittämistaakkasäännön vakiintuminen ja tosiasiallinen ankaroituminen puolestaan on aiheuttanut sen, ettei tulkinnoin voida sisällyttää prosessiaineistoon yksilöidysti vetoamatta jäänyttä ainesta yhtä helposti kuin aikaisemmin.

Westberg sitä vastoin on suhtautunut tulkinta-aineiston käyttöön perinteistä näkemystä sallivammin. Vaikka prosessitoimia on tulkittava objektiivisen metodin mukaisesti, lausuman tarkoitetun sisällön päättelemisessä on lupa ottaa huomioon laajaltikin näkökohtia. Lausuman sisältö vahvistetaan sen perusteella, mitä asianosaisen tarkoituksesta voidaan päätellä ulkoisesti havaittavien

---

[9] Ks. *Möller* JFT 1984 s. 334. Ks. myös *Aasland* TFR 1967 s. 189 ja *Virolainen* LM 1985 s. 990 ja 1988 s. 250, *Boman* s. 16.
[10] Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 44.
[11] *Ovaskainen* 1989 s. 46–47.
[12] *Ovaskainen* 1989 s. 47.
[13] Ks. esimerkiksi *Leppänen* 1998 s. 210

tosiasioiden perusteella.[14] Merkittävimmän rajoituksen muodostaisi siis kielto ottaa huomioon vastapuolelta piiloon jäänyt aineisto. Westbergin mukaan huomioon ei voida ottaa ”salattua” tarkoitusta.[15]

Tunnusomaista Westbergin tarkastelulle on se, ettei erityyppistä tulkinta-aineistoa aseteta selkeästi toisistaan poikkeavaan asemaan; sallittua tulkinta-aineistoa on myös aineellinen oikeus.[16] Westberg korostaa, että tulkinnat tapahtuvat aina oikeudellisessa kontekstissa.[17]

Kirjallisuudessa on oltu yksimielisiä objektiivisen tulkintatavan noudattamisesta. Yksimielisyyden piiriin kuuluu ajatus lausuman ulkoisen ilmiasun asettamisesta lähtökohdaksi prosessitoimen sisältöä vahvistettaessa. Tämä merkitsee ainakin sitä, ettei lähtökohdaksi voida ottaa esimerkiksi muuhun tulkinta-aineistoon nojautuvaa perusteltua uskomusta asianosaisen tosiasiallisesta tarkoituksesta. Tällainen lähtökohta nähtävästikin muodostaisi ydinsisällön vastakkaisessa, subjektiivisen tulkintatavan mukaisessa ajattelussa.

Mikäli lausuman sanamuoto siis näyttäisi olevan ristiriidassa sen kanssa mitä asianosaisen tarkoituksesta kaiken asiasta muutoin tiedossa olevan perusteella saatettaisiin uskoa, vahvistettaisiin prosessitoimi enemmän tai vähemmän poikkeuksetta sanamuodon mukaisena. Toinen konkreettinen seuraamus saattaa olla se, että tuomarin tulisi (hyvinkin ymmärrettävästi) aloittaa prosessitoimia koskeva tarkastelunsa juuri lausuman sanamuodosta.

Yhtä selvää ei ole se, kuinka usein tai millä edellytyksillä sanamuodon mukaisesta tulkinnasta voidaan poiketa. Eroavuudet kirjallisuudessa esitettyjen tulkintatapojen välillä koskevat niitä edellytyksiä, joiden vallitessa lausumien sanamuodosta, niiden normaalimerkityksestä, voidaan poiketa. Tällöin keskeisellä sijalla on suhtautuminen hyödynnettävään tulkinta-aineistoon. Erilaisia näkemyksiä on sen suhteen, millaista aineistoa ylipäätänsä katsotaan voitavan hyödyntää. Samoin esiintyy poikkeavia painotuksia sen suhteen, kuinka vahva painoarvo erityyppiselle tulkinta-aineistolle tulisi antaa.

Kokoavassa mielessä prosessikirjallisuudessa omaksuttua ajattelua saatetaan luonnehtia seuraavaan tapaan: huolimatta siitä, että prosessitointen tulkinnassa voimakkaastikin painotetaan lausumien sanamuotoa, sen merkitys on siinä mielessä välineellinen, että asianosaisen tarkoituksen – sikäli kuin se on tiedossa – katsotaan ratkaisevan prosessitointen sisällön. Tulkinta-aineistoon suhtaudutaan näyttönä siitä, mitä asianosainen on tarkoittanut. Tulkinta-aineiston avulla katsotaan toisin sanoen selvitettävän asianosaisen tarkoituksen sisältö.

---

[14] Ks. *Westberg* 1988 s. 113.
[15] Ks. *Westberg* 1988 s. 164–165. *Westbergin* tapa ymmärtää objektiivinen tulkintametodi – erotuksena subjektiivisesta – saattaa jossakin määrin poiketa aikaisemmasta. *Westbergin* mukaan tulkintatavasta tekee objektiivisen jo yksin tulkinta-aineiston näkyvilläolo.
[16] Ks. *Westberg* 1988 s. 223.
[17] *Westberg* 1988 s. 228.

Tulkinta-aineiston käyttöön sitä vastoin on kohdistunut merkittäviä rajoituksia.

Muutakin tulkinta-aineistoa kuin vain lausumien sanamuoto on ainakin jossakin määrin hyväksytty otettavaksi prosessitoimen sisältöä vahvistettaessa huomioon. Näin on tehty oikeuskirjallisuudessa – olkoonkin että toisinaan muun tulkinta-aineiston käyttöön on saatettu suhtautua hyvinkin pidättyvästi.[18]

4.1.5 Tulkintatilanteita koskevaa oikeuskäytäntöä

Oikeuskäytännössä prosessitoimia on niin ikään katsottu voitavan tulkita muun oikeudenkäyntiaineiston valossa. Näin tehtiin esimerkiksi ratkaisussa KKO 2003:4, jossa oli kyse siitä, oliko asianosainen esittänyt erään tosiasiaväitteen osana vaatimustensa perusteluja vai ainoastaan täydentääkseen muuta argumentaatiota. Ratkaisussa verrattiin lausuman ulkoista ilmiasua asianosaisen muihin vetoamistoimiin sekä oikeudelliseen argumentaatioon. Asianosaisen kannalta tulkinnan lopputulos oli kuitenkin negatiivinen.

Jutussa kantajana ollut työntekijä vaati työnantajalta korvausta työsuhteen perusteettoman päättämisen johdosta. Työsuhde oli irtisanottu vedoten työntekijästä johtuvaan erityisen painavaan syyhyn (TSL 37 § 2). Tällaisena syynä oli esitetty työntekijän laiminlyönti erään työtehtävän suorittamisessa. Oikeudenkäynnin aikana työnantaja oli lausunut, että yhtiö oli menettänyt laiminlyönnin vuoksi tärkeän asiakkaansa. Työnantajan mukaan työntekijän jatkaminen yhtiön palveluksessa olisi johtanut jatkossakin toiminnan tappiollisuuteen.

Arvioitavana oli kysymys siitä, oliko työnantaja vedonnut työntekijän laiminlyöntien seuraamuksiin ja niiden vakavuuteen tuotannollisena ja taloudellisena irtisanomisperusteena (TSL 37 a §), joka olisi muodostanut vaihtoehtoisen vastustamisperusteen. Korkein oikeus katsoi työnantajan tarkoituksena olleen mieluumminkin vain korostaa laiminlyönnin vakavuutta kuin vedota sen taloudellisiin ja tuotannollisiin seuraamuksiin. Tähän viittasi muun muassa se, ettei työnantaja ollut tuonut esiin muita lainkohdassa (TSL 37 a §) irtisanomisen edellytyksenä mainittuja seikkoja; lisäedellytyksenä nimittäin olisi ollut työnantajan kykenemättömyys sijoittaa työntekijä uudelleen tai kouluttaa hänet uusiin tehtäviin. Oikeudellisestikin työnantaja oli luonnehtinut vaatimuksiaan viittaamalla ainoastaan erityisen painavan syyn olemassaoloon.

---

[18] Ruotsalaisessa ennakkoratkaisussa NJA 2010 s. 643 annettiin huomattavan pitkälle meneviä vaikutuksia asianosaisen passiivisuudelle. Kun vastaaja (tilitoimisto) ei ollut käräjäoikeudessa nimenomaisesti riitauttanut kantajan väitettä siitä, että vastaajaa voitiin pitää osakeyhtiölain tarkoittamana tilintarkastajana, korkein oikeus katsoi tämän ”asiayhteys huomioon ottaen” merkitsevän po. seikan tunnustamista (ks. ratkaisun perustelujen kohdat 6, 7 ja 8). Käräjäoikeudessa kysymystä ei ollut käsitelty mutta hovioikeus oli hylännyt kanteen katsoen, että vastaaja ei ollut lain tarkoittama tilintarkastaja.

Arvioinnin lähtökohtana oli käräjäoikeuden pöytäkirjaan sisällytetty valmisteluistunnon yhteenveto, jossa nimenomaan kysymyksen erityisen painavan syyn olemassaolosta mainitaan jääneen asianosaisten kesken riidanalaiseksi. Muita korkeimman oikeuden hyödyntämiä tietolähteitä olivat suullista valmistelua edeltäneet vastaajan kirjalliset lausumat. Ratkaisussa viitattiin lisäksi siihen näkökohtaan, ettei vastapuolena olleen työntekijän voitu päätellä ymmärtäneen, että asiassa olisi vedottu taloudellis-tuotannollisiin syihin. Tämä kun ei pöytäkirjan sisällöstä päätellen ollut tuonut esiin perusteeseen liittyviä vasta-argumentteja.

Saatetaan sanoa, että ratkaisu seuraa oikeuskirjallisuudessa hyväksyttyjä linjoja vetoamislausumien tulkinnassa noudatettavien yleisten periaatteiden suhteen. Ratkaisu vahvistaa käsitystä lausumien sanamuodon lähtökohtaisesta merkityksestä. Toisaalta ratkaisu täydentää kuvaa siitä, mihin aineistoon tulkinnassa saatetaan nojautua.

Eräissä ratkaisuissa *aineellisen sääntelyn suojelutavoitteet* ovat oletettavasti vaikuttaneet tulkintaan. Ratkaisuista osa on vuoden 1993 alioikeusuudistuksen voimaantuloa edeltäneeltä ajalta mutta niitä tuskin voidaan pitää kokonaan vanhentuneina. Ratkaisussa KKO 1990:148 katsottiin, etteivät takaajat olleet nimenomaisesti vaatineet takaussitoumuksen kohtuullistamista oikeustoimilain 36 §:n nojalla. Korkeimman oikeuden mukaan kohtuullistamisvaatimus kuitenkin ”ilmeni” takaajien oikeudenkäynnin aikana esittämistä vaatimuksista. Takaajat nimittäin olivat esittäneet takaussitoumuksen kohtuuttomuutta koskevia näkökohtia, minkä lisäksi nämä olivat vaatineet takaussitoumuksen julistamista pätemättömäksi.[19] Kun vaatimistaakan katsotaan edellyttävän oikeudellisen kohtuullistamisseuraamuksen vaatimista, ratkaisu sisältää vaatimistaakan tulkinnallisen lievennyksen. Samoin kohtuullistamista perustelevat faktaolosuhteet tulkittiin vedotuiksi. Se, millä tavoin nämä olosuhteet (takaussaatavan nousu lyhyessä ajassa olennaisesti suuremmaksi kuin takausta annettaessa oli voitu kohtuudella odottaa ja takaajan jo maksama määrä, 240.000 markkaa) olivat prosessin aikana olleet esillä, ei käy ilmi ratkaisuselostuksesta. Kenties ne oli mainittu lähinnä pätemättömyyttä koskevan vaatimuksen perusteina.[20]

Ratkaisussa on epäilyksettä tahdottu asettaa pakottava aineellinen sääntely erityisasemaan. Sen perusteluteksti nimittäin sisältää korostuksen, jonka mukaan juuri *kohtuullistamisvaatimusta* ei tarvitse esittää nimenomaisesti. Saman-

---

[19] Lisäargumenttina ratkaisun perusteluosassa viitataan myös siihen, että kantajana ollut vastapuoli oli ymmärtänyt kohtuullistamista koskevan vaatimuksen sisällön. Kantaja oli nimittäin esittänyt vaatimuksen hylkäämiseen tähdännyttä vasta-argumentaatiota.

[20] On jossakin määrin tulkinnanvaraista, tarkoitettiinko tässä kohtuullistamisvaatimuksen ”ilmenemisellä” viime kädessä tahdonilmaisun sisällön tulkintaa vaiko kannanottoa vetoamistoimen täsmällisyysvaatimukseen. Tämä kysymys saattaa kuitenkin olla näennäinen, sillä ratkaisussa joka tapauksessa vahvistettiin prosessitoimen sisältö; takaajan vahvistettiin vaatineen sopimuksen kohtuullistamista.

kaltainen argumentaatio sisältyy ratkaisuun KKO 1992:12, jossa asiakkaana ollut yksityishenkilö oli vaatinut vahingonkorvausta vedoten matkanjärjestäjän edustajan törkeän tuottamukselliseen menettelyyn. Ratkaisussa arvioitiin sitä, oliko kantaja samalla väittänyt erästä sopimusehtoa kohtuuttomaksi ja vaatinut sen syrjäyttämistä. Kysymystä korvausvastuuta rajoittavan ehdon kohtuullisuudesta ei voitu tutkia mutta tämä johtui nyt siitä, *ettei* kantaja ollut ”esittänyt ehtojen kohtuuttomuutta koskevia näkökohtia eikä vaatinut ehtojen sovittelemista tai jättämistä huomiotta”.[21]

Näitä ratkaisuja on ehditty epäillä vanhentuneiksi. Kritiikin mukaan vetoamisvelvoitteiden sisältö olisi lopullisemmassa merkityksessä vakiintunut vasta vuoden 1993 alioikeusuudistuksen yhteydessä, eikä vetoamisvelvoitteiden sivuuttaminen enää olisi mahdollista.[22] Vetoamisvelvoitteisiin liittyy vastapuolena olevan asianosaisen näkökulmasta kontradiktorisuuden vaatimuksen (tähän liittyvän suojan) merkityksen korostuminen. Toisaalta kyselyvelvoite katsotaan nyttemmin asetetun tulkinnan edelle asianosaislausumien sisällön selvitystehtävässä.[23]

Korkeimman oikeuden voidaan kuitenkin sanoa uudistaneen näkemyksensä kohtuullistamistilanteissa noudatettavista tulkintaperiaatteista verrattain uudessa ratkaisussaan KKO 2008:77. Käsillä olleessa jutussa kantaja oli vaatinut siviilioikeudellisesti pakottavaan säännökseen (kauppaedustajista ja myyntimiehistä annetun lain 28 §) perustuvaa hyvitystä lainvastaiseksi väittämänsä sopimuksen irtisanomisen johdosta. Sopimusehtoa, joka epäsi kauppaedustajan oikeuden hyvitykseen, ei pidetty lain nojalla pätemättömänä. Ehtoa kuitenkin kohtuullistettiin oikeustoimilain 36 §:n nojalla. Ratkaisun perustelujen mukaan sovittelun nimenomainen vaatiminen tai nimenomainen vetoaminen kohtuuttomuuteen ei olisi aina tarpeen.[24] Tässä tapauksessa vaatimuksen rahallisesta hy-

---

[21] Käsitys pakottavan sääntelyn vaikutuksesta saa tukea myös parista ratkaisusta (KKO 1981 II 102 ja KKO 1998:81), joissa pakottavan sääntelyn vaikutus näytetään tutkitun täysin viran puolesta, toisin sanoen huolimatta siitä, ettei vetoamistointa katsottu lainkaan suoritetun. Tapauksessa KKO 1981 II 102 vahingonkorvausta kohtuullistettiin viran puolesta – huolimatta siitä, ettei kohtuullistamista KKO:n mukaan oltu vaadittu. Samoin uudemmassa ratkaisussa KKO 1998:81 korkein oikeus katsoi, että alempien oikeusasteiden olisi pitänyt tutkia viran puolesta sen seikan merkitys, että vastaaja oli aiheuttanut vahingon nimenomaan *työssään*. Tällä seikalla oli merkitystä yhtäältä korvausvastuun kanavointia (VahL 3:1), toisaalta työntekijälle määrättävän korvausvelvollisuuden kohtuullistamista (VahL 4:1.1) koskevien normien soveltamista ajatellen.

Kun virallistutkinnassa näiden ratkaisujen kohdalla on menty vetoamistoimen tulkintaa pidemmälle, ne vahvistavat käsitystä siitä, että nimenomaan pakottavan sääntelyn soveltuminen ohentaa asianosaisen väittämistaakkaa.

[22] *Virolainen* JFT 2006 s. 200–201. Selityksenä on Virolaisen mukaan se, että aiemmin vastaajalta ei ylipäänsä edellytetty nimenomaista vetoamista. Näkemys ns. subjektiivisen väittämistaakan ulottumisesta vastaajatahoon olisi siis jäänyt vakiintumatta ennen alioikeusuudistusta. Selitystä vastaan puhuu kuitenkin se, että ratkaisu KKO 1992:12 ulottaa täysin vastaavan tulkintasäännön myös kantajan väitteisiin ja vaatimuksiin. Samoin tekee keskeisiltä osin ratkaisu KKO 2008:77.

[23] Näin esimerkiksi *Leppänen* 1998 s. 210.

[24] Ks. ratkaisun perustelut, kohta 13.

vityksestä sen tueksi esitettyine perusteluineen katsottiin kuitenkin täyttäneen kantajan vetoamisvelvollisuuden.[25]

Edellä selostettujen kanssa verrannollinen on myös ratkaisu KKO 1981 II 102, jossa oli kyse vahingonkorvauksen kohtuullistamisesta. Sen kohdalla ei tosin voida puhua vetoamislausuman tulkinnasta, sillä ratkaisun otsikossa päinvastoin todetaan, että korvausvelvollinen ei ollut vaatinut korvauksen määrän sovittelua. Tämä ei kuitenkaan estänyt sovittelemasta korvausta, kun vastaaja joka tapauksessa oli kiistänyt vahingonkorvauksen perusteen. Perusteena sovittelulle oli korvausvelvollisen tulojen pienuus, johon nähden täyttä korvausvastuuta pidettiin kohtuuttomana seuraamuksena. (Täysi korvaus 11.572 markkaa; soviteltu korvaus 4.000 markkaa.)

Näissä tilanteissa on saatettu puhua väittämistaakan ”ohentumisesta” tarkoittaen sitä, että asianosaisen vetoamistoimille asetettavat vaatimukset ovat lieventyneet.[26] Millaisiin näkökohtiin (syihin ja kriteereihin) lieventyminen oikeastaan perustuu, siitä on esitetty painotuksiltaan osittain eriäviä tulkintoja. Sopimusoikeudellisessa kirjallisuudessa ratkaisujen on katsottu osoittavan väittämistaakan ohentumista nimenomaan kohtuullistamistilanteissa tai yleisemminkin pakottavan sääntelyn tapauksissa. Prosessioikeudellisissa kommenteissa on nähty muitakin syitä.

4.2 AINEELLINEN SÄÄNTELY TULKINTAPERUSTEENA?

4.2.1 Ratkaisujen ilmentämät kaksi tyyppitilannetta ja niiden arviointi oikeuskirjallisuudessa

Edellä selostetuttujen ratkaisujen voidaan ehkä sanoa ilmentävän kahta tyyppitilannetta. Näistä ensimmäinen koskee vahingonkorvausjutun vastaajan velvollisuutta vaatia kohtuullistamista ja vedota kohtuullistamista puoltaviin olosuhteisiin silloin, kun hän on kiistänyt korvausvelvollisuuden perusteen. Tässä tilanteessa (vrt. KKO 1981 II 102) tulkinnan on katsottu voivan ulottua pitkälle tai ehkä paremminkin vetoamisvelvoite on keventynyt hyvin huomattavasti. Esimerkiksi Hemmon mukaan vahingonkorvausvelvollisuutta voidaan sovitella ”kun vastaaja on joillakin aineellisilla perusteilla vastustanut kannetta”.[27] Mutta vastaavanlainen tulkintaohje on saatettu liittää myös sopimuksen kohtuullistamistilanteisiin.[28]

---

[25] Ks. perustelujen kohta 12.
[26] Ks. *Lappalainen* 1986 s. 501.
[27] Ks. *Hemmo* 1996 s. 247.
[28] Ks. *Hemmo* 1996 s. 247. Ks. myös *Lappalainen* 1995 s. 406. Tästä on ollut kyse ratkaisuissa

Useimmiten on kuitenkin ehdotettu tulkinnan edellä olevaan verrattuna selvästi lujempaa perustamista asiassa esitettyyn argumentaatioon. Toisen esillä olleista tilanteista muodostaa edellä selostettu tapaus, jossa vastaaja tai kantaja vaatii sopimuksen tai sopimusehdon julistamista pätemättömäksi. Tällaisen vaatimuksen on katsottu voivan sisältää toissijaisesti vaatimuksen sopimuksen kohtuullistamisesta.[29] Vastaavasti asianosaisen mainitsemat tai muutoin esillä olleet faktaolosuhteet on voitu tulkita riittävällä tavoin vedotuiksi. (Vrt. erityisesti KKO 1990:148.)

Tämänkaltainen tulkintasääntö on ollut esillä lainvalmistelussa jo korkeimman oikeuden ratkaisuja edeltävästi. Oikeustoimilain esitöissä nimittäin katsotaan sovitteluvaatimuksen voivan sisältyä oikeustoimilakiin perustuvaan pätemättömyysvaatimukseen.[30] Toteutumatta jääneessä oikeustoimilain uudistusta koskevassa ehdotuksessa[31] vastaavanlainen tulkintasääntö sisältyy lakitekstiin.[32] Sellaisenaan tulkintasääntö on käyttöalaltaan rajattu, sillä se on *liitetty nimenomaan pätemättömyysvaatimuksen esittämiseen*.

Vedotun pätemättömyysvaatimuksen *lisäksi* kohtuullistamiseen kohdistuva vetoamistahto tulisi esimerkiksi Wilhelmssonin mukaan voida nojata asiassa esitettyyn argumentaatioon.[33] Tulkinta olisi toisin sanoen mahdollinen, jos asianosainen olisi tuonut esiin sellaisia tosiasioita koskevia näkökohtia, jotka ovat relevantteja nimenomaan kohtuullisuusarvioinnin kannalta.

Vielä voidaan mainita kolmas, tämän tilanteen kanssa lähinnä analoginen tilanne. Siinä vetoaminen pakottavaan säännökseen sopimusehdon sitomattomuutta koskevan vaatimuksen perusteena merkitsee vastaavasti toissijaista vaatimusta ehdon kohtuullistamisesta. Tällainen lisäys laventaisi selostetun tulkintasäännön käyttöalaa jonkin verran. Edellä selostettu KKO 2008:77 näyttää sopivan juuri tähän kuvaukseen.

Selostettu oikeuskäytäntö on oikeuskirjallisuudessa nähty osoituksena siitä, että vetoamistahdonilmaisuja on ko. olosuhteissa tulkittu laajentavasti. Väittämistaakan ohenemisessa on siis käsitteellisesti ottaen ollut kyse lähinnä *vetoamistarkoituksen* tulkinnasta.[34]

KKO 1981 II 102 ja KKO 1990:148; lähinnä kanteen vastustaminen olisi aiheuttanut tulkinnan, että (asiassa esiin tulleisiin seikkoihin) on tarkoitettu vedota. Hemmon mukaan myös kohtuullistamiskysymyksissä on omaksuttu ”samankaltainen asianosaiselle lieviä vaatimuksia asettava tulkintalinja”.

[29] *Wilhelmssonin* mukaan sopimuksen syntyyn liittyvin perustein esitetyn pätemättömyysvaatimuksen voidaan ”normaalisti” katsoa sisältävän toissijaisen vaatimuksen sopimuksen kohtuullistamisesta. Ks. *Wilhelmsson* 1995 s. 163.

[30] Ks. HE 247/1981 s. 16.

[31] Oikeustoimilakitoimikunnan mietintö, KM 1990:20.

[32] Tuolloin ehdotettu OikTL 36.4 §.

[33] *Wilhelmsson* 1995 s. 163.

[34] Esimerkiksi Lappalaisen mukaan ratkaisuissa KKO 1981 II 102 ja KKO 1990:148 ”on kummassakin ollut kyse siitä, onko vastaajan nimenomaisesti vedottava kantajan kannetta vastaan pu-

Saatetaan arvioida, että varsinkaan ensiksi mainitussa tapauksessa ei enää ole kyse tosiasiallisen (alkuperäisen) vetoamistarkoituksen tulkinnasta. Vahingonkorvausvelvollisuuden perusteeltaan tai määrältään kokonaisuudessaan kiistäneen vastaajan ei vielä voitane päätellä tosiasiassa tarkoittaneen vedota kohtuullistamista perusteleviin asiaintiloihin. Vahingonkorvauksen kohtuullistamista ajatellen nimittäin usein aivan eri seikat ovat merkityksellisiä kuin ne, jotka ovat alun perin aiheuttamassa tai poistamassa korvausvastuuta. Tämä huomautus sopii myös sopimuksen kohtuullistamista koskevaan ratkaisuun (KKO 1990:148). Asianosaisen tosiasiallisesta tarkoituksesta tuon prosessin aikana ei liene mitään varmuutta. Luultavimmin koko kysymys kohtuullistamismahdollisuudesta on voinut unohtua.

Alkuperäisen vetoamistarkoituksen sijasta päättely voisi liittyä ennemminkin siihen, mikä asianosaisen vetoamistarkoitus olisi ollut, jos tämä olisi huomannut ko. näkökohdan merkityksen (ns. hypoteettinen vetoamistarkoitus). Siksi näitä tilanteita voitaisiin luonnehtia ehkä paremminkin prosessuaaliseen tilanteeseen liittyväksi virallistutkinnaksi kuin vetoamistahtoa koskevaksi tulkinnaksi. Ensiksi mainittu olisi voittopuolisesti normatiivista perustaltaan. Joka tapauksessa näissä kaikissa tilanteissa kyse on vetoamisvelvoitteen juridisiin perusteisiin nojautuvasta keventämisestä. Vaatimusten tai niiden perusteena olevien tosiasioiden yksilöintiä koskevasta vaatimustasosta on toisin sanoen joustettu – lähinnä kohtuussyistä.

4.2.2 Ratkaisujen arviointi prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa

Prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa näihin ratkaisuihin on suhtauduttu huomattavan kriittisesti. *Väittämistaakkasäännön* on katsottu olevan tavanmukainen niin kohtuullistamistilanteissa kuin yleensäkin pakottavan sääntelyn tilanteissa.[35] Suojelutavoitteet eivät toisin sanoen yleensä ole esiintyneet vetoamistahdonilmaisun tulkintaperusteina. Lappalainen tosin on katsonut, että vetoamisvelvoite voisi olla kevennetty vahingonkorvauksen *muiden kuin yleisten* kohtuullistamisperusteiden (VahL 3:6 ja 6:1) kohdalla.[36]

Tällöin on saatettu yleisesti painottaa sitä, että lähtökohtaisesti ankarasta väittämistaakkasäännöstä aiheutuvien oikeudenmenetysten syntyminen olisi

---

huvaan kohtuullistamisperusteeseen vai voidaanko vastaajan katsoa tarkoittaneen tällaista vetoamista jo sillä että on kiistänyt kanteen".

Vetoamistarkoituksen tulkintaan viittaa myös ratkaisun KKO 1990:148 otsikon sanamuoto, jonka mukaan kohtuullistamisvaatimuksen katsottiin "ilmenneen" oikeudenkäynnin aikana esitetyistä muista vaatimuksista.

[35] Ks. *Virolainen* 1988 s. 286.

[36] Tämä johtuu siitä, että aineellisoikeudellisesti kohtuullistamisratkaisuun päätyminen niiden mukaan on lähtökohtaista. Ks. *Lappalainen* 1986 s. 503.

pyrittävä estämään *kyselytoimin*.[37] Pakottavan sääntelyn tai yleisten kohtuullistamisperusteiden soveltumisen ei kuitenkaan aina ole nähty erityisesti perustelevan kyselytoimia.[38]

Ratkaisujen on nähty sivuuttavan oikeustosiseikkoihin kohdistuvan vetoamisvelvollisuuden, väittämistaakan. Vanhemmissa ratkaisuissa ei nimittäin kerrota miksi ja millä tavoin tosiasiaväitteiden on katsottu tulleen vedotuiksi. Niinpä pelkkä kohtuullistamista koskeva vaatimus ei ole riittävä, jotta kohtuullistamiskysymys perusteineen voisi lain mukaan tulla tutkituksi. Esimerkiksi kohtuullistamisvaatimuksen kannalta relevantin tosiseikaston on huomautettu poikkeavan pätemättömyysvaatimusta ajatellen merkityksellisten seikkojen piiristä.[39]

Toisaalta prosessikirjallisuudessa on yhtä hyvin suhtauduttu torjuvasti myös vaatimuksia koskevan vetoamisvelvoitteen lieventämiseen.[40] Kritiikin keskeisenä syynä on vastapuolen kuulemisoikeuden vaarantuminen.[41] Vastapuolena olevan asianosaisen näkökulmasta vetoamisvelvollisuuden tärkein hyöty liittyykin kontradiktorisuuden vaatimuksen korostumiseen.

4.2.3 Vastaaja-asema syynä taakkojen lieventymiseen?

Ohentumisen *syynä* on nähty selkeästi ko. aineellisen sääntelyn sisältämät suojelutavoitteet.[42] Lappalainen on kuitenkin painottanut ohentumisen (näissä oikeustapauksissa) liittyvän nimenomaan *vastaajan* väittämistaakkaan.[43] Kantajaa ohentuminen ei siis ehkä koskisi tämän ollessa vetoamassa kohtuullistamis- tai pätemättömyysperusteisiin. Vanhemmassa kirjallisuudessa Halila on katsonut, että nimenomaan vastaajan vetoamistoimia saatetaan tulkita kantajan vetoamisia laveammin. Tällaista näkemystä ei esiinny pohjoismaisessa kirjallisuudessa.[44]

---

[37] Ks. *Ekelöf* 1984 s. 246; *Virolainen* 1988 s. 333.

[38] Ovaskainen katsoo päinvastoin, ettei esimerkiksi ”minkään pätemättömyysperusteiden kohdalla ole olemassa sellaista julkista intressiä, joka vaatisi poikkeamaan väittämistaakkasäännöstä tai dispositiivisissa riitajutuissa yleensä noudatettavista prosessinjohtoperiaatteista”. Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 111–112. Hän *ei* näe syytä miksi kohtuullistamisperusteisiin nähden kyselytoiminnan tulisi olla tavanomaista aktiivisempaa, ellei sitten vastaaja ole riitauttanut vaatimuksia vain määrältään; mutta nyt aihe kyselytoimiin johtuisi tarpeesta ”täsmentää” asiassa esitettyjä vaatimuksia. Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 114.

Virolainen (1988 s. 286) näyttäisi liittävän kyselyvelvoitteiden laajentumisen vahingonkorvauksen *muihin kuin yleisiin* kohtuullistamisperusteisiin.

[39] Ks. esimerkiksi *Virolainen* JFT 2006 s. 202.

[40] Ks. *Virolainen* JFT 2006 s. 202 tai 2009 s. 692; *Hoffrén – Vuorenpää* LM 2009 s. 792–793.

[41] Ks. esimerkiksi *Virolainen* JFT 2006 s. 189 tai 2009 s. 698.

[42] Ks. edellä mainitut sopimusoikeudelliset lähteet. Näin myös *Lappalainen* 1995 s. 405.

[43] Ks. *Lappalainen* 1995 s. 406 ja 1986 s. 501.

[44] Huomattakoon, että vastaaja pääsee usein hyötymään kantajaa suppeammasta vetoamisvelvoitteesta. Kun kohtuuttomuus kuitenkin luokitellaan vastatosiseikaksi, siihen on erityisesti ve-

> Lappalaisen ja Halilan esittämän valossa vastaajan vetoamistoimia saatettaisiin siis yleisestikin tulkita kantajan toimia suopeammin.[45]

Onko muodolliselle kantaja/vastaaja-asemalle perusteltua antaa tulkintaperiaatteisiin ulottuvaa vaikutusta, on epävarmaa. On huomattava, että käytännössä myös kantaja saattaa vedota kohtuullistamisperusteisiin.[46] Yleisintä tosin on, että nimenomaan vastaaja väittää kantajan vetoamaa sopimusta joltakin osin kohtuuttomaksi ja vaatii tällä perusteella kantajan esittämän suoritusvaatimuksen hylkäämistä joko kokonaan tai osittain. Millään tavoin harvinaista ei silti ole, että kantaja vaatimansa suoritustuomion tueksi väittää sopimukseen sisältyvän vastuunrajoitusehdon (tai esimerkiksi kohtuuttoman ankaran reklamaatioehdon) toteamista pätemättömäksi tai kohtuuttomaksi.[47] Lisäksi jotakin sopimusehtoa pätemättömänä pitävä osapuoli saattaisi nostaa vahvistuskanteen, jotta ehto todettaisiin sitomattomaksi. Myös kantajan osalla saatetaan toisin sanoen nähdä samanlainen menettelyllisen oikeussuojan tarve.

4.2.4 Mitä ratkaisuista voidaan päätellä?

4.2.4.1 Yleistä

Edellä selostetuille ennakkoratkaisuille on tunnusomaista, ettei niissä ole otettu kantaa tuomarin prosessinjohtovelvoitteisiin. Ratkaisuista ei käy ilmi, olisiko tuomioistuin ollut velvollinen kyselytoimin joko selvittämään asianosaisten tarkoittamien vetoamistointen tarkempaa sisältöä tai informoimaan asianosaisia tulkinnan avulla huomioon otetuista väitteistä ja vaatimuksista.

Tuomarin kyselyvelvoitteita koskevan sääntelyn valossa näyttää selvältä, ettei tulkintoihin olisi voitu ryhtyä varmistamatta samalla vastapuolen kuulemisoikeuden toteutumista. Epäselvien tai tulkinnanvaraisten lausumien selventämisen asianosaisille täytynee nimittäin kuulua tuomarin kyselyvelvoitteiden kaikkein keskeisimpään ydinalueeseen.[48] Näkemys tuomarilla olevasta kyse-

---

dottava. Tunnusmerkistön ollessa avoin tosiasioita koskeva yksilöintivelvoite saattaa muodostua huomattavan raskaaksi, yllätyksiä aiheuttavaksi.

[45] Kuitenkin myös *Lappalainen* (1991 s. 94) korostaa kyselytointen ensisijaisuutta tulkintaa edellyttävissä tilanteissa.

[46] Ks. *Wilhelmsson* 1995 s. 162; *Aho* LM 1982 s. 526.

[47] Vrt. myös edellä selostetut KKO 1992:12 tai 2008:77, joissa sopimuksen kohtuullistaminen oli nimenomaan kantajaa hyödyttänyt oikeusperuste.

[48] Jos ja kun kyselytoiminta ylipäänsä on juridisesti velvoittavaa, tulkinnanvaraisia lausumia selventävä ja varsinkin tehtyjä tulkintoja vastapuolelle informoiva prosessinjohto on nähtävä voimakkaasti velvoittavana. Nähdäkseni ei mitenkään voitaisi hyväksyä ajatusta, jonka mukaan prosessinjohto olisi täysin vapaaharkintaista. Keskeinen näkökohta on se, mikä vaikutus kyselyvelvoitteiden laiminlyönneillä on asianosaisten oikeusaseman näkökulmasta. Prosessinjohtotointen aktiivisuus tai passiivisuus on lisäksi käytännön vaikutuksiltaan asianosaisten oikeuksien toteutumista ajatellen siinä määrin merkityksellistä, että sen toteutuksella on oltava myös asianosaisten oikeus-

lyvelvollisuudesta tulkinnanvaraisissa tilanteissa on oikeuskirjallisuudessa vakiintunut viimeistään vuoden 1993 alioikeusuudistuksen jälkeen.[49] Tältä osin ratkaisujen osakseen saama kritiikki on nähdäkseni ilman muuta aiheellista.

Sellaista johtopäätöstä ei kuitenkaan voida tehdä, että ratkaisut olisivat vanhentuneita ajatellen vetoamistahdon sisällön vahvistamisessa sovellettavia periaatteita. Vanhentuneiksi niitä ei voida leimata yksinkertaisesti siksikään, että tuorein ratkaisuista on vuodelta 2008.[50] Vetoamislausuman ollessa epäselvä ei kyselytoimia kuitenkaan voitaisi sivuuttaa, ei myöskään vetoamislausuman puuttuessa oikeastaan kokonaan kuten ensiksi tarkastellussa tilanteessa (vrt. KKO 1981 II 102).

Tulkinnan ja asianosaisten kuulemisoikeuden yhteensovittaminen ei aiheuta ongelmia, jos tuomari huomaa vaihtoehtoisen vetoamisperusteen kesken oikeudenkäynnin. Jos asiaa joudutaan tarkastelemaan muutoksenhaun yhteydessä, asianosaistahojen intressit ovat konkreettisemmin keskenään ristiriidassa. Tällöin lienee epävarmaa, milloin laajentavan tulkinnan tulisi katsoa loukkaavan kontradiktorisuuden vaatimusta eli syrjäyttävän vastapuolen kuulemisoikeuden.

Keskeinen kysymys on, missä järjestyksessä vetoamislausuman sisällön vahvistaminen ja kyselytoiminta astuvat kuvaan. On täysin mahdollista, että näissä tilanteissa juuri tulkinnan tulisi edeltää prosessinjohtotoimia. Ratkaisut näyttävät yhä tarjoavan ainakin ehdotuksen vetoamistahdonilmaisun vahvistamista koskevaksi säännöksi ko. tilanteissa.

Ratkaisujen kestävin sisältö lieneekin siinä, että ne *ottavat kantaa tosiasiaväittämien ja vaatimusten tutkittavaksi saattamista koskevaan vastuunjakoon.* Ratkaisut sisältävät yksiselitteisen näkemyksen tuomioistuimelle kuuluvasta vastuusta tarkasteltavana olevissa olosuhteissa.[51] Jos asianosainen on vedonnut pätemättömyysperusteisiin, saattaa myös kohtuullistamisvaatimus perusteineen tulla tutkittavaksi. Tällaiset vastuunjakoa koskevat ratkaisut ovat kaiken kaikkiaan harvalukuisia kotimaisessa oikeuskäytännössä.

Vastuunajon näkökulmasta merkityksellistä on se, otetaanko määrättyjä intressejä tulkintaan liittyvien eri vaiheiden yhteydessä huomioon vai ei. Koh-

---

asemaan yltävää juridista vaikutusta. Ks. tästä problematiikasta laajemmin jaksot 7.3, 7.8 ja 7.9.

[49] Ks. esimerkiksi *Virolainen* JFT 2006 s. 206; *Leppänen* 1998 s. 210; *Hoffrén – Vuorenpää*, LM 2009 s. 794.

Oikeuskäytäntöä kyselyvelvoitteiden tueksi näyttää kylläkin puuttuvan, mikä sinänsä on valitettavaa. Informatiivista prosessinjohtovelvollisuutta koskevia ratkaisuja ovat KKO 1998:62 ja KKO 1999:107. Kuulemisoikeuden loukkaus on näissä tapauksissa kuitenkin ollut yksiselitteisempi ja vakavampi.

[50] Vrt. toisin *Virolainen* (2009 s. 695, 700), joka rajaa esimerkiksi ratkaisun KKO 2008:77 ennakkotapausarvon vain välimiesmenettelyyn ja siinä annetun ratkaisun moiteprosessiin.

[51] Tässä ratkaisuilla on sisällöllinen kosketuspinta EU-tuomioistuimen viime vuosien ratkaisukäytännön kanssa. EU-tuomioistuin on jo vakiintuneesti katsonut, että kansallisen tuomioistuimen tulisi tutkia EU:n kuluttajaoikeudellisiin säännöksiin perustuvat vaatimukset viran puolesta. Ratkaisuja selostetaan luvuissa 6.3.4.3 ja 6.3.6.

tuullistamiskysymyksen tutkintaan johtaneet syyt ovat nyt liittyneet ainakin sääntelyn suojelutavoitteisiin[52] ja vetoamisvelvollisen osapuolen aineellisen oikeusturvaintressin toteutukseen. Käytännössä näiden näkökohtien huomioon ottaminen saattaisi tapahtua joko vahvistettaessa lausumien sisältöä tai tuomarin kyselyvelvoitteiden kautta. Myös suora virallistutkinta olisi ainakin teoriassa mahdollinen vaihtoehto, jolloin vetoamistointa ei edellytettäisi.

4.2.4.2 Ratkaisujen arviointia menettelyllisten oikeuksien yhteensovittamisen näkökulmasta

Kun tulkintoihin joudutaan jälkikäteen, aineellisesti oikeutetun tahon oikeusturvaintressin ja hänen vastapuolensa kuulemisoikeuden täysi yhteensovittaminen ei ole mahdollista. Kumman niistä tulisi väistyä? Ongelman tarkastelu voidaan aloittaa vaikkapa siitä, kuinka vakavasti asianosaistahojen oikeutetut intressit joutuisivat loukatuiksi vaihtoehtoisia menettelytapoja noudattaen.

Tällöin havaitaan, että kohtuullistamisvaatimuksen sivuuttaminen vetoamislausumien puutteiden vuoksi merkitsee lähtökohtaisesti lopullista aineellisen oikeuden menetystä oikeutetun tahon näkökulmasta. Jos uusi tosiasiaväite tai vaatimus sitä vastoin otetaan tutkittavaksi laajentavan tulkinnan tuloksena, kaventuu vastapuolen kuulemisoikeus. Useimmiten vastapuolen prosessuaalisen aseman ei kuitenkaan tarvitse heiketä yhtä vakavasti.

Muutoksenhakua edeltäneen prosessin osalta kuulemismahdollisuutta ei sellaisenaan voida palauttaa, jos jokin faktaperuste tai vaatimus on tutkittu ilman että vetoamisvelvollisen vastapuolelle on varattu mahdollisuus lausua näkemyksensä asiasta tai esittää todistelua. Muutoksenhaun yhteydessä kuulemismahdollisuus voidaan kuitenkin toteuttaa, mikä tulisikin mahdollisimman pitkälti tehdä. Sama koskee luonnollisesti tilanteita, joissa uusi faktaperuste tai vaatimus tutkittaisiin ensimmäisen kerran vasta muutoksenhakuasteessa.

Voidaan kylläkin sanoa, että vastapuoli ei pääse täysin samaan asemaan kuin jos puolustautumismahdollisuus olisi toteutunut jo alioikeusprosessin aikana. Prosessisäännöt toisaalta edellyttävät asianmukaista menettelyä kaikissa oikeusasteissa. Jos vetoamisvelvollisen vastapuoli saa mahdollisuuden lausua näkemyksensä vedotuiksi tulkituista tosiasiaväittämistä ja hänelle varataan mahdollisuus todisteluun hovioikeudessa, menettelyllinen puute lienee silti katsottava korjatuksi niin hyvin kuin kohtuudella saatettaisiin edellyttää. Edes jutun palauttamiseen alemman oikeusasteen uudelleen käsiteltäväksi ei useimmiten liene perustetta. Riittävänä ja prosessitaloudellisestikin perusteltuna on pidettävä kuulemisen toteuttamista ainakin yhdessä oikeudenkäynnissä eli tässä tapauksessa valitusprosessissa.[53]

---

[52] Vrt. myös KKO 1998:81, joka tukee tätä näkemystä.

[53] Vrt. myös nykyisiin valitusrajoituksiin. Muutoksenhakuoikeuden rajoittamista on perusteltu

Yleisenä lähtökohtana tuleekin nähdäkseni olla se, ettei kuulemisnäkökohta voi estää uuden faktaperusteen tutkimista vielä muutoksenhakuasteessa, jos siihen on muutoin riittävän vahvat perusteet. Tarkastelu johtaa toisin sanoen siihen, että kuulemisoikeuden kaventumista on pidettävä siinä määrin vähäisempänä oikeudenloukkauksena kun sitä verrataan vetoamisvelvollisen osapuolen oikeusturvaintressin syrjäytymiseen, että viimeksi mainittu näkökohta riittää perustelemaan jälkikäteen tehtävän laajentavan tulkinnan. Edellytyksenä on, että tulkintaa täydennetään informatiivisella prosessinjohdolla.

Nyt puheena olleissa tilanteissa, joissa on vedottu sopimusehtojen pätemättömyyteen, kuulemisoikeuden loukkaus ei tosin välttämättä edes ollut kovin vakava. Relevantit faktaolosuhteet ovat saattaneet olla jokseenkin samoja, riippumatta niihin liitettävästä oikeusseuraamuksesta (pätemättömyys/kohtuullistaminen). Näin saatetaan uskoa ainakin ratkaisun KKO 2008:77 kohdalla.

Tapauksen pohjana olleessa jutussa kantaja oli vaatinut, että jälleenmyyntisopimuksen irtisanomiskorvausta koskeva rajoitusehto julistettaisiin pätemättömäksi, koska se oli kauppaedustajia koskevien säännösten vastainen. Kantaja oli vaatinut vastaajan tuomitsemista kohtuulliseen korvaukseen sopimuksen irtisanomisen johdosta. Välimiesoikeus oli katsonut rajoitusehdon päteväksi mutta soveltanut tapaukseen oikeustoimilain 36 §:ää ja kohtuullistanut rajoitusehtoa siten, että kantaja sai välimiesoikeuden kohtuullisena pitämän korvauksen.

Korkeimman oikeuden ratkaisun perustelutekstin mukaan kantaja oli välimiesoikeudessa vedonnut kaikkiin niihin seikkoihin, jotka olivat vaikuttaneet jutun lopputulokseen eli ehdon kohtuullisuutta koskevaan arviointiin ja tuomitun hyvityksen määräämiseen.[54] Näihin kuului erityisesti se, että kantaja oli hankkinut sopimuskumppanilleen uusia asiakkaita, jotka olivat tuottaneet tälle huomattavaa hyötyä ja tuottivat sitä edelleen. Hyvityksen maksamisen kohtuullisuutta perustelevina seikkoina kantaja oli lisäksi vedonnut muun muassa osapuolten välisen liikesuhteen pitkäaikaisuuteen, kantajan saavutuksiin myynnissä ja tuotenimen vakiinnuttamiseen kohdemaassa. Jos hyvitystä ei maksettaisi, vastaaja saisi jakelusopimuksen aikana syntyneen goodwillin lisääntymistä vastaavan hyödyn korvauksetta. Kantajan mukaan vastaaja oli vahvempana osapuolena taivuttanut kantajan hyväksymään hyvitystä koskevan rajoitusehdon.

Kuulemisoikeuden kannalta merkityksellistä on se, että myös muut kuin nämä seikat olisivat hyvin voineet vaikuttaa kohtuullistamisratkaisuun. Asiassa vedotut näkökohdat, joihin myönteinen kohtuullistamisratkaisu perustettiin,

---

näkemyksellä yhden asianmukaisen prosessin riittävyydestä. Ks. esimerkiksi seulontajärjestelmää pohjustanutta komiteamietintöä (KM 2001:10 s. 10), jossa alioikeusmenettelyn katsotaan kehittyneen laadullisesti niin korkeatasoiseksi, ettei muutoksenhakuun useimmiten edes ole tarvetta. Väite on kohtalaisen vahva mutta esitetään joka tapauksessa perusteluna, miksi muutoksenhakuoikeutta saatettiin rajoittaa.

[54] Kohtuullistamisarviointiin vaikuttaneet tosiasiaväitteet on lueteltu perustelujen kohdissa 2 ja 3. Ks. perustelujen kohtaa 12.

vastasivat lähinnä kauppaedustajista ja myyntimiehistä annetun lain 28 §:ssä mainittuja olosuhteita. Kun tosiasiaväitteitä tai vaatimusta ei ole liitetty yleiseen kohtuullistamisperusteeseen, vastaaja ei ole kenties tästä syystä ymmärtänyt vedota joihinkin sellaisiin faktaolosuhteisiin, jotka saavat merkityksensä nimenomaan oikeustoimilain 36 §:n nojalla. Lisäksi vastaaja ei ehkä ole voinut ottaa huomioon mahdollisuutta, että vaadittu rahallinen hyvitys saatettaisiin perustaa oikeudellisesti sopimusehdon kohtuullistamiseen. Kuulemisoikeuden rajoittuminen liittyy toisin sanoen vedottujen perusteiden oikeudelliseen kvalifiointiin ja sitä kautta vastaajan mahdollisuuksiin esittää kantajan vaatimuksia vastustavia tosiasiaväitteitä ja oikeudellista argumentaatiota.

> Tästä johtuu usein esitetty vaatimus vetoamisvelvoitteen ulottamisesta oikeudelliseen kohtuuttomuusluonnehdintaan.[55] Nähdäkseni vastuu oikeudellisesta luonnehdinnasta tulisi kuitenkin asettaa yksiselitteisesti tuomioistuimelle. Asianosaiselle on myönnettävä oikeus siitä luopua.

Kun kauppaedustajista ja myyntimiehistä annetun lain 28 §:ään toisaalta sisältyy osana vastaavanlainen kohtuullisuustunnusmerkistö, ei kylläkään ole luultavaa, että vastaajan puolustautumismahdollisuudet olisivat konkreettisessa mielessä heikentyneet kovin vakavasti välimiesprosessin aikana. Asiassa vedottiinkin kantajan puolelta myös kohtuullisuusnäkökohtiin. Merkitystä on toisaalta myös sillä, että vastaaja on saattanut perustellusti luottaa vedotun perusteen soveltumattomuuteen. Niinpä kauppaedustajia koskeva sääntely ei lainkaan soveltunut osapuolten väliseen oikeussuhteeseen. Tämä puolestaan on voinut vaikuttaa siihen, missä määrin vastaaja on pitänyt tarpeellisena esittää yksityiskohtaisempia tosiasiaväitteitä tai varautua näytön esittämiseen.

Väittämistaakkaoppien näkökulmasta kantajan vetoamislausumien puutteellisuus on liittynyt yhtäältä oikeudelliseen kohtuuttomuusluonnehdintaan ja toisaalta vaatimukseen vastuunrajoitusehdon oikeudellisesta kohtuullistamisseuraamuksesta. Prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa toisinaan esiintyvän näkemyksen mukaan väittämistaakka edellyttää vetoamista ”kohtuuttomuuteen”.[56] Vaatimistaakan on puolestaan tulkittu edellyttävän sopimuksen ”kohtuullistamista” merkitsevän oikeusseuraamuksen vaatimista.[57] Konkreettinen seuraamusvaatimus, vaatimus rahamääräisestä hyvityksestä ja myönteisen kohtuullistamisratkaisun perusteena olevat olosuhteet sitä vastoin ovat tulleet kantajan lausumissa yksilöidyiksi.[58]

---

[55] Esimerkiksi *Virolainen* 2009 s. 698–699.

[56] Näin *Virolainen* 2009 s. 698. Tämän kanssa yhteensopivasti *Ovaskainen* 1989 s. 74, jossa mainitaan, että ensi vaiheessa on usein (riittävää ja) välttämätöntä vedota ns. oikeustosiseikan kompleksiin. Jos väite riitautetaan, on lisäksi vedottava ”yksittäisiin oikeustosiseikkoihin ja niiden momentteihin”.

[57] Ks. *Virolainen* JFT 2006 s. 202; *Kaisto* 2007 s. 127; *Laukkanen* 1995 s. 148.

[58] Kantaja oli toisin sanoen vedonnut väittämistaakkaoppien edellyttämiin ”konkreettisiin” tosi-

4.2.4.3 Ratkaisujen merkitys tosiasiaväitteitä koskevan vastuunjaon näkökulmasta

Tosiasia-aineiston ja vaatimusten yksilöintiä koskevan vastuunjaon kannalta viimeksi selostetun ratkaisun (KKO 2008:77) voidaan sanoa merkitsevän vetoamisvelvollisen vapauttamista juuri näitä oikeudellisia kvalifiointeja koskevasta velvollisuudesta. Tuomioistuin puolestaan on ollut velvollinen tutkimaan pätemättömäksi väitetyn sopimusehdon oikeustoimilain 36 §:n mukaisen kohtuullisuuden. Oikeastaan tuomioistuimen voidaan sanoa olleen velvollinen huolehtimaan siitä, että kohtuullistamiskysymys voi tulla tutkituksi, sillä asianosaiselle lienee joka tapauksessa myönnettävä oikeus luopua kohtuullistamiskysymyksen tutkimisesta. Tuskin on syytä pitää todennäköisenä, että asianosaisen tätä koskevasta nimenomaisesta toiveesta olisi kieltäydytty.

Tältä osin ratkaisua voidaan pitää erityisen hyvin perusteltuna. Jos asianosainen on (kuten tässä tapauksessa) vaatinut määrätyn suuruista rahasuoritusta (rahallista hyvitystä) ja vedonnut määrättyihin faktaolosuhteisiin, ei kanteen menestymisen tulisi jäädä riippuvaiseksi siitä, edellyttääkö vaatimuksen hyväksyminen oikeudellisessa mielessä sopimuksen kohtuullistamista vai julistamista pätemättömäksi vaikkapa pakottavan säännöksen vastaisena.[59]

Vastuunjakoon tämän kaltaista periaatetta tulisi nähdäkseni soveltaa laajemminkin. Laajemmat sovellukset edellyttäisivät kylläkin mieluummin operoimista tuomarin kyselyvelvollisuudella, jotta kuulemisoikeuden vaarantuminen voitaisiin estää. Joka tapauksessa ne edellyttäisivät vähintäänkin vastapuolen informointia tehdyistä tulkinnoista (huomioon otetuista väitteistä).

---

asioihin eli lähinnä empiirisesti havaittavia tosiasioita koskeviin asiaintilaväittämiin. Vrt. hieman toisin KKO 1990:148, jonka kohdalla jää hieman epäselväksi, millä tavoin myönteiseen kohtuullistamisratkaisuun vaikuttaneet tosiasiat (takaussaatavan kasvu lyhyessä ajassa olennaisesti suuremmaksi kuin takausta annettaessa oli voitu kohtuudella odottaa ja takaajan jo maksama määrä, 240.000 mk) ovat olleet esillä prosessin aikana. Asianosaiselta ei myöskään edellytetty nimenomaista vetoamista näihin seikkoihin.

[59] Välimiesmenettelyssä sattuneiden menettelyvirheiden erityispiirteenä on se, että ne muodostavat ainoastaan välitystuomion kumoamisperusteen. Menettelyvirheen nojalla asianosainen voi vaatia välitystuomion kumoamista. Sitä vastoin käräjäoikeus ei voisi tehdä asiassa lopullista ratkaisua.

Tässä tapauksessa valittajana on alkuperäisen välimiesprosessin vastaaja, joten välitystuomion kumoaminen olisi hänelle kaikin puolin riittävää. Alkuperäisen kantajan näkökulmasta prosessuaalinen tilanne on kuitenkin hankalampi. Välitystuomion kumoaminen olisi hänen kannaltaan huomattavan ankara seuraamus. Saadakseen asiaan uuden sisällöllisen ratkaisun alkuperäinen kantaja joutuisi nostamaan uuden välimiesprosessin. Joka tapauksessa uudesta prosessista aiheutuisi runsaasti lisäkustannuksia. Sen vuoksi on mahdollista, että taloudellisiin asianosaisvaikutuksiin liittyville näkökohdille tulisi antaa vaikutusta arvioitaessa menettelylliselle oikeudenloukkaukselle annettavaa merkitystä.

Jos välitystuomio saatetaan havaita sisällöllisesti oikeaksi, tämä nostanee kynnystä välitystuomion kumoamiseen jonkin verran.

Ratkaisussa KKO 1990:148 (vetoamisvelvoitteen lievennyksenä toteutettu) tuomioistuimen vastuu on ulotettu kohtuullistamista perusteleviin faktaolosuhteisiin. Kohtuullistamista perustelivat tuon ratkaisun olosuhteissa takaussaatavan nousu lyhyessä ajassa olennaisesti suuremmaksi kuin takausta annettaessa oli voitu kohtuudella odottaa ja takaajan jo maksama määrä, 240.000 markkaa. Korkein oikeus tulkitsi vetoamisvelvollisuuden täytetyksi, vaikka näihin seikkoihin ei ollut nimenomaisesti vedottu.

Ratkaisun perustelujen valossa jää epäselväksi, millä tavoin (missä muodossa, kenen toimesta tai missä tarkoituksessa) juuri nämä asiaintilat ovat prosessin aikana olleet esillä. Yhteistä ensiksi mainitun ratkaisun kanssa oli se, että nytkään ei edellytetty kohtuullistamisen vaatimista, ei myöskään vedottujen faktaväitteiden liittämistä oikeustoimilain 36 §:ään tai puhetta ehtojen kohtuuttomuudesta.

4.3 KUINKA VETOAMISTOIMIA TULISI TULKITA?

4.3.1 Johdanto

Edellisessä jaksossa on jo otettu kantaa siihen, kuinka vetoamislausumien tulkintaan tulisi suhtautua puheena olleissa esimerkkitilanteissa. Seuraavassa pyritään tekemään tähänastisen analyysin pohjalta joitakin yleistyksiä tarvittavien kysymysten hahmottelua ja suositeltavia suuntaviivoja ajatellen.

Tarkasteltavat kysymykset liittyvät siihen, mikä on sallittua tulkinta-aineistoa ja millaista tulkinta-aineistoa prosessin eri vaiheissa on käytettävissä. Samoin siihen, mikä tyypillisesti olisi laadultaan erilaisen tulkinta-aineiston keskinäinen painoarvo – tai mitkä olosuhteet vaikuttavat erilaatuiselle tulkinta-aineistolle annettavaan merkitykseen. Aivan lopuksi kysytään, tulisiko tulkintaa käyttää virallistutkinnan keinona ja kuinka tulkinta, tuomarin kyselyvelvoitteet ja asianosaistahojen oikeudet olisivat sovitettavissa yhteen.

4.3.2 Sallitusta ja käytettävissä olevasta tulkinta-aineistosta

Edellä selostetun perusteella vetoamislausumien sanamuoto ja sen normaalimerkitys muodostaa kiistattoman lähtökohdan lausumien tulkinnalle. Jos tosiasiallisen tarkoituksen voidaan riittävän varmasti uskoa poikkeavan sanamuodosta, tarkoitus ratkaisee tulkinnan lopputuloksen. Tämä merkitsee käytännön tasolla esimerkiksi sitä, että tulkinnanvaraisen lausuman aiheuttama kyselyvelvoite on ns. informatiivinen. Sen aineiston piiri, johon saatetaan nojautua tulkintoja tehtäessä, on kuitenkin laaja. Vain vähän saatetaan rajata hyväksyttävän

tulkinta-aineiston ulkopuolelle. Kiellettyä on lähinnä vain sellainen aineisto, joka ei ole tullut vastapuolena olevan asianosaisen tietoon.[60]

Niinpä vähintäänkin vertailuaineistona selvitettäessä asianosaisen tarkoitusta on voitava nojautua asianosaisen omien suullisten ja kirjallisten lausumien lisäksi muuhun kirjalliseen asianosaisaineistoon kuten todisteeksi nimettyyn tai vain tausta-aineistona jätettyyn materiaaliin. Samoin voidaan nojautua muiden asianosaistahojen lausumiin. Tärkeän tulkintalähteen muodostaa aineellinen normiaineisto, sillä se muodostaa pohjan, jota vasten lausumien merkitystä ylipäänsä voidaan tarkastella. Vetoamislausuma saa järkevän sisältönsä juuri aineellisten normien kautta.

Normatiivinen tarkastelu ei toisin sanoen sanottavammin rajaa käytettävissä olevaa tulkinta-aineistoa. Merkittävämpi näkökohta on se, *millaista aineistoa oikeudenkäynnin eri vaiheissa on saatavissa* puhtaasti käytännöllisistä syistä johtuen. Tämä ongelma on lisäksi vähintäänkin yhtä tärkeä kuin periaatteellinen suhtautuminen erilaiseen aineistoon eli se, millainen painoarvo puheena olevan kaltaiselle aineistolle annetaan.

Olosuhteet poikkeavat suuresti siitä riippuen, tarvitaanko tietoa jonkin lausuman sisällöstä oikeusasteen sisäisesti vai muutoksenhaun yhteydessä. Samoin olosuhteisiin vaikuttaa se, tarkastellaanko lausumaa saman menettelyvaiheen aikana (reaaliaikaisesti) vai jälkikäteen kuten jouduttaessa selvittelemään valmistelun aikaisia vetoamislausumia käräjäoikeuden pääkäsittelyn aikana. Merkittävimmät eroavuudet liittyvät yhtäältä lausumista saatavan informaation välittömyyteen ja luotettavuuteen ja toisaalta kyselytointen käytettävyyteen. Kun varsinkin muutoksenhakuvaiheessa välitöntä informaatiota suullisista lausumista ei ole käytettävissä, saattaa vertailuaineiston (muun kuin lausumien sanamuodosta kertovan aineiston) painoarvo kasvaa.

Käräjäoikeuden *suullisen valmistelun aikana* ensisijainen informaatiolähde on asianosaisen suulliset lausumat, vaikkakin ne käytännössä usein nojautuvat jo kirjallisen valmistelun aikana esitettyyn. Lausumat on toisin sanoen saatettu esittää seikkaperäisemmin jo kirjallisessa muodossa, eikä niitä välttämättä suullisessa valmistelussa toisteta ainakaan yhtä yksityiskohtaisesti.

Normatiiviselta kannalta suulliset lausumat ovat ensisijaisia, koska asianosaiselta nimenomaan edellytetään suullista prosessointia. Eikä tätä muuta edes se, että jo kirjallisiin esityksiin liitetään ainakin teoriassa huolellisuutta ja täydellisyyttä koskevia odotuksia. Toisekseen lausumien korjaaminen ja täydentäminen vielä valmistelun aikana on jo lähtökohtaisesti sallittua. Niinpä mahdollisissa ristiriitatilanteissa suullinen esitys menee itsestään selvästi kirjallisen esityksen edelle.

Selvänä lähtökohtana lienee pidettävä sitä, että poikkeamat lausumien sisäl-

---

[60] Ks. *Westberg* 1988 s. 300.

lössä aiheuttavat tuomarille velvollisuuden varmistaa, tarkoittaako asianosainen todella poiketa kirjallisista lausumistaan, esimerkiksi supistaen kirjallisesti vetoamien tosiasiaväitteiden piiriä.[61]

Jälkikäteisissä tulkintatilanteissa ei ole muuta keinoa kuin turvautua kirjalliseen aineistoon. Tämä koskee myös oikeusasteen sisäistä menettelyä, vaikka siinä tuomari voi omien muistiinpanojensa ja asianosaistahojen kirjelmien lisäksi nojautua suullisia lausumia koskeviin muistikuviinsa.

Kovin suurta hyötyä ei voida laskea saavutettavan asianosaiselle itselleen tehtävistä kysymyksistä. Vetoamisvelvollisen omille jälkikäteisselityksille ei toisin sanoen voida antaa ratkaisevaa arvoa informaatiolähteenä. Tämä johtuu tietysti ongelman luonteesta, sillä usein tulkintatulos ratkaisee sen, voiko asianosainen enää vedota po. tosiasiaväitteeseen tai vaatimukseen. Parhaassa tapauksessa asianosainen kylläkin voi kyetä perustelemaan, miksi jokin väite olisi katsottava vedotuksi. Eri asia on, että asianosaisen kuuleminen (siitä, mihin väitteisiin ja miksi on katsottava vedotun) on kuitenkin poikkeuksetta paikallaan – varsinkin prekluusioharkinnan yhteydessä.

Seuraavassa tarkastelussa pidetään silmällä ensisijaisesti *muutoksenhakuvaiheen* tulkintaolosuhteita. Tämä johtuu paitsi esitysteknisistä syistä myös muutoksenhakuprosessiin liittyvän prekluusiouhan ankaruudesta verrattuna oikeusasteen sisäisen prekluusion uhkaan. Tämän vuoksi muutoksenhakuvaiheessa tehtäviin tulkintoihin liittyy selvästi konkreettisempi asianosaisintressien vastakkaisuus.

Asianosaisen vaatimukset perusteluineen kirjataan lopullisemmassa muodossaan tuomioistuimen laatimiin asiakirjoihin kuten tuomioon, valmistelun ja pääkäsittelyn pöytäkirjaan sekä valmistelun päätteeksi laadittuun kirjalliseen yhteenvetoon. Juuri yhteenvetopaperi on näistä ehkäpä kaikkein tärkein ajatellen vetoamislausumia koskevia käytännön epäselvyyksiä tai erimielisyyksiä. Tämä johtuu ennen kaikkea yhteenvedon laadintaan liittyvästä kuulemismenettelystä. Oikeudenkäymiskaaren mukaan vetoamislausumat tulee lisäksi merkitä huolellisesti po. istunnon pöytäkirjaan.

Kun kirjaamisiin kuitenkin saattaa jäädä puutteita, on voitava nojautua asianosaisen puolesta jätettyihin oikeudenkäyntikirjelmiin. Näitä ovat kantajan haastehakemus, sen johdosta annettu vastaajan vastine sekä vielä osapuolten mahdolliset lisälausumat.

Kirjelmien merkitystä rajaa jossakin määrin se, että vetoamislausumiin on voitu suullisen prosessin aikana tehdä muutoksia. Tällöin joistakin vetoamisista on voitu luopua. Periaatteessa kaikki kirjallisesti esitetyt vaatimukset ja väitteet

[61] Vrt. myös NJA 2004 s. 213, jossa hovioikeus oli velvollinen selvittämään, tahtoiko asianosainen hovioikeuden pääkäsittelyssä uudistaa kirjallisen valmistelun aikana vetoamansa ns. vaihtoehtoista faktaperustetta koskevan väitteen.

pitäisi toistaa suullisesti, jotta ne otetaan huomioon.[62] Muutakaan asianosaislausumista kertovaa alkuperäisaineistoa ei kuitenkaan ole jälkikäteen käytettävissä. Niinpä kirjallisten lausumien lähdearvoa vahvistaa juuri niiden välittömyys suhteessa asianosaisen tahdonilmaisuihin.

Paitsi nimenomaisille vetoamislausumille, merkitystä voidaan antaa myös asianosaisen muille lausumille. Niinpä voidaan (pyrittäessä selvittämään asianosaisen tosiasiallista tarkoitusta) kiinnittää huomiota asianosaisen oikeudelliseen argumentaatioon ja hänen esittämiinsä seuraamusta koskeviin vaatimuksiin. Jos asianosainen on vaatinut oikeustoimen kohtuullistamista, hänen saatetaan päätellä tarkoittaneen vedota sellaisiinkin kohtuullistamista puoltaviin faktaolosuhteisiin, jotka ovat jääneet yksilöimättä vetoamislausumissa.[63]

Muuta tulkinnassa hyödynnettävää aineistoa voivat olla asianosaisen tuomioistuimeen lähinnä todistelutarkoituksessa tai tausta-aineistona jättämä asiakirja-aineisto. Näihin saattaa sisältyä esimerkiksi kirjallisia sopimusehtoja tai muuta sopimussuhteen aikana kertynyttä aineistoa kuten kirjeenvaihtoa tai tilitapahtumia. Vastaavasti asiantuntijalausunnot tai oikeustieteelliset lausunnot voivat olla tällaista aineistoa.

Samoin saatetaan hyödyntää henkilötodistelusta kertovaa aineistoa, jota sisältyy tuomioistuimen laatimaan tuomioon tai tuomioistuimen laatimiin pöytäkirjoihin. Näistä asianosaisen vaatimukset perusteluineen voivat käydä ilmi lähinnä epäsuorasti. Niihin voidaan nojautua lähinnä täydentävänä tulkinta-aineistona, johon lausumia koskevia tietoja voidaan verrata.

Varsinkin muutoksenhakuprosessin yhteydessä saatetaan hyödyntää tulkinta-aineistona lisäksi muiden asianosaistahojen lausumia. Myös niitä koskeva tietämys perustuu lähinnä tuomioistuimen laatimiin kirjauksiin tai asianosaisten oikeudenkäyntikirjelmiin. Vastapuolen tosiasialliselle ymmärrykselle siitä, että määrätty tosiasiaperuste on tullut keskustelun alaisuuteen, on annettu oikeuskäytännössä tulkinnan lopputulokseen vaikuttavaa merkitystä.

> Ks. KKO 2003:4, jossa johtopäätös oli negatiivinen. Ratkaisussa katsottiin valmistelun ja pääkäsittelyn pöytäkirjoista käyneen ilmi, että asianosaiset ja tuomioistuin olivat valmistelun jälkeen katsoneet riitaisuuden koskeneen ainoastaan kysymystä erityisen painavan syyn olemassaolosta ns. henkilöön liittyvänä irtisanomisperusteena. Näin ollen oikeusriita ei ollut koskenut ns. tuotannollista irtisanomisperustetta, johon liittyviin näkökohtiin sinänsä oli keskustelun aikana työnantajan puolelta viitattu. Tulkintaan *vaikutti siis osaltaan vastapuolena olleen työntekijän oletettu näkemyskanta, joka pääteltiin siitä, ettei tämä ollut puolustautunut viimeksi mainitun kaltaista väitettä vastaan.*

---

[62] Ks. OK 24:3 ja OK 26:24b.

[63] Esimerkiksi oikeustoimen pätemättömyyttä koskevan vaatimuksen esittämistä saatetaan pitää yhtenä indisiona tarkoituksesta vaatia kohtuullistamisseuraamusta tai vedota niihin yksilöimättä jääneisiin tosiasioihin, jotka ovat relevantteja kohtuullistamisvaatimusta ajatellen.

Kun väittämistaakkaopit edellyttävät vetoamisvelvolliselta omaa henkilökohtaista vetoamislausumaa, eivät vastapuolen jotakin faktaperustetta koskevat vastaväittämät aiheuta faktaperusteen tulemista tutkinnan piiriin. Vastapuolen lausumat saattavat olla lähinnä epäsuoraa näyttöä siitä, että asianosainen on vedonnut määrättyyn faktaperusteeseen. Vastaavanlaista näyttöarvoa saatetaan joskus antaa myös myötäpuolena olevan lausumalle.[64]

Muitakin keinoja vetoamistilanteen selvittämiseksi voi olla käytettävissä. Poikkeuksellisesti alempaa tuomioistuinta on nimittäin saatettu jopa erikseen kuulla oikeudenkäynnin aikaisista lausumista. Asianosaisille lienee useimmiten annettava tilaisuus lausua näkemyksensä vetoamistilanteesta, jos se muodostuu jutun lopputuloksen kannalta ratkaisevaksi.

> Ratkaisun KKO 1997:90 selostusosasta ilmenee, että korkein oikeus oli pyytänyt käräjäoikeudelta ja hovioikeudelta kirjallisen selvityksen valmistelun kulusta, sen päätteeksi laaditusta yhteenvedosta ja vetoamislausumien tulkinnan perusteista. Kyse on ns. väittämistaakkaratkaisusta, jossa hovioikeus oli kumonnut käräjäoikeuden päätöksen katsottuaan, että päätös perustui vetoamatta jääneeseen tosiasiaperusteeseen.
>
> Ratkaisun otsikon mukaan kysymystä, oliko po. tosiasiaväitteeseen vedottu, ei saanut ratkaista kuulematta asianosaisia.

Koska oikeudenkäynnin aikana esitettävät tosiasiaväitteet saavat merkityksensä oikeusnormien kautta, on väistämätöntä, että tulkinnassa nojaudutaan erityisesti aineellisiin oikeusnormeihin. Normiaineiston hyödyntämiseen saattaa kylläkin liittyä erityinen vaara etääntyä lausuman alkuperäisestä tarkoituksesta. Tämä voisi lisäksi johtaa oikeudenkäyntiaineiston perusteettomaan laajenemiseen ja yleensäkin vaikeuksiin oikeusriidan rajaamisessa.

4.3.3 Tulkintatilanteen merkitys: jälkikäteisen tulkinnan olosuhteet poikkeavat reaaliaikaisista

Tulkitsijan tehtävä on huomattavasti helpompi suullisen käsittelyn aikana kuin jälkikäteen muutoksenhaun yhteydessä tai silloin kun pääkäsittelyn aikana joudutaan tarkastelemaan valmistelun aikaisia lausumia. Reaaliaikaisissa tulkintatilanteissa lähtökohta on yksinkertainen. Suorat vetoamislausumat saatetaan asettaa kaiken muun aineiston edelle. Eikä niiden kanssa ristiriitaisiin (tai ne ylittäviin) päätelmiin yleensä ole tarvetta vielä tulkintavaiheessa.

---

[64] Kyse voisi olla lähinnä siitä, että lausuma tukisi epäsuorasti käsitystä nimenomaan asianosaisen itsensä suorittamasta vetoamisesta. Myötäpuolena olevan lausumien merkitys on vielä vähemmän yksiselitteinen, koska on mahdollista, että vain myötäpuoli on oikeudenkäynnin aikana vedonnut po. väitteeseen. Vrt. KKO 1990:148.

Kun suulliset lausumat esitetään välittömästi niitä arvioivalle tuomioistuimelle, tämä ensinnäkin vähentää virhetulkintojen todennäköisyyttä. Varsinkin muutoksenhaun aikana suullisia vetoamislausumia koskeva informaatio on sitä vastoin välillistä, mikä aiheuttaa huomattavan epävarmuustekijän. Toisekseen epävarmuustilanteissa tuomioistuin voi turvautua kyselytoimiin, mihin sillä katsotaan olevan myös velvollisuus. Tämäkin mahdollisuus puuttuu silloin, kun pyritään selvittelemään varhaisempien menettelyvaiheiden aikaisia lausumia.

Tulisiko näiden olosuhteiden eroavuuksien vaikuttaa tulkinta-aineiston käyttöön siten, että tulkinta-aineiston hyödyntäminen olisi vapaampaa muutoksenhakuvaiheessa? Jos tulisi, niin miksi? Olennaista on nähdäkseni se, että erityisesti muutoksenhakuvaiheessa nimenomaan lopullisten vetoamislausumien sanamuodosta on käytettävissä vain välillistä tietoa. Siksi on ymmärrettävää, että pyrittäessä selvittämään, mitä asianosainen todella on lausunut (tai tarkoittanut lausua), ei ole muuta keinoa kuin nojautua myös muuhun kuin nimenomaisesti suullisista vetoamislausumista ja niiden sanamuodosta kertovaan aineistoon. Tälle muulle aineistolle annettavan painoarvon pitää kasvaa. Juuri lausumien tosiasiallisen sisällön selvittämisen tarkoituksessa tulkinnan laventaminen on välttämätöntä.

Päätelmää tukee se, että jälkikäteen ei ole varmaa tietoa myöskään siitä asiayhteydestä, mihin jokin suullisen oikeudenkäynnin aikainen lausuma on liittynyt tai niistä olosuhteista, joissa lausuma on annettu. Keskusteluyhteys ei toisin sanoen käy ilmi edes asiakirjoista kuten pöytäkirjasta. Oma merkityksensä on myös jälkikäteen tehtävien tulkintojen konkreettisella vaikutuksella asianosaistahojen prosessuaaliseen oikeusasemaan. Reaaliaikaisessa tulkinnassa tuomarin kyselymahdollisuus aiheuttaa sen, että itse tulkintaratkaisu ei vielä estä aineellisten oikeuksien toteutusta. Jälkikäteen tehtävien tulkintojen lopputulos sitä vastoin vaikuttaa välittömästi siihen, pitääkö kyseessä oleva tosiasiaperuste ottaa tutkittavaksi vai katsotaanko myös vetoamisoikeus jo menetetyksi.

Suullisen käsittelyn aikaisia lausumia koskeviin kirjauksiin sisältyy sinänsä huomattava virhemahdollisuus. Tähän on useita syitä. Kyse on tietysti inhimillisestä toiminnasta. Mutta ei kannata vähätellä senkään seikan merkitystä, että usein ei edes vallitse laajaa yksimielisyyttä siitä, millä tavoin tai millä täsmällisyydellä vetoamisvelvoitteen kohteena olevat tosiasiaväittämät tulee jäsentää. Epävarmuutta voi lisäksi aiheuttaa, kuinka vetoamisvelvoite pitää jakaa asianosaisten kesken. Ei ole harvinaista, että eri oikeusasteilla on näistä asioista poikkeava käsitys. Asianosaisen oma näkemys saattaa puolestaan olla virheellinen mutta silti perusteltu. Asianosainen on siksi voinut perustellustikin luottaa käräjäoikeuden omaksumaan jäsennys- ja kirjaamistapaan, vaikka oma näkemys olisi siitä poikkeava. Käytännön syistä hän kylläkin on tähän pakotettu joka tapauksessa.

> Varsin usein eriäviä tulkintoja aiheutuu käytännön tasolla esimerkiksi siitä, onko jokin näkökohta ns. oikeuskysymys vai sellainen tosiasiaperuste, johon pitää vedota. Esimerkiksi ratkaisun KKO 1997:90 selostusosasta käy ilmi, että asianosainen selitti syyksi po. faktaperusteen (yhtiön taloudellinen tila, saneeraustarve ja työntekijän menettely) jäämiselle mainitsematta valmistelun pöytäkirjassa sen, että käräjäoikeus oli pitänyt näkökohtaa tässä yhteydessä ns. oikeuskysymyksenä, joka ei kuulunut vetoamisvelvoitteen piiriin.

Niinpä muutoksenhakuvaiheessa nousee ongelmaksi jo varsin huomattava asianosaislausumien sisältöä koskeva faktaepävarmuus. Tämä ongelma on jälkikäteen huomattavassa määrin nimenomaan lausumia (niiden ilmiasua ja tarkoitusta) koskevan näytön arviointia ja näyttövelvollisuuden jakoa koskeva kysymys. Ongelmana on, kuinka hyvin alemmassa oikeusasteessa esitettyjen lausumien sisältö ylipäänsä voidaan tuntea. Entä kuinka epävarmuusriski tulisi jakaa?

Käytännön tasolla tulkintaongelmaan yhdistyy usein vielä kysymys prekluusion soveltamisedellytysten täyttymisestä. Ongelmana on, voidaanko jälkikäteen ylipäänsä tuntea riittävän hyvin ne olosuhteet, jotka vaikuttavat prekluusionormien soveltamiseen.[65]

Tarkasteltaessa lausumien sisältöä tärkeään asemaan saattaa nousta valmistelun päätteeksi laadittu kirjallinen yhteenveto, sillä sen nimenomaisena tarkoituksena on toimia pohjana lausumien arvioinnille ja toisaalta informoida asianosaisia siitä, kuinka tuomioistuin on heidän lausumansa ymmärtänyt. Yhteenvedon merkitystä lausumien osoittajana vahvistaa sen laadintaan liittyvä asianosaisten kuulemismenettely.

Asianosaisille tulisikin varata myös tosiasiallinen mahdollisuus korjata yhteenvetoon jääneitä puutteita, oikaista väärinymmärryksiä tai täsmentää ja täydentää lausumiaan. Prekluusiouhka ei vielä tässä vaiheessa ole pääsääntöisesti aktualisoitunut siinä mielessä, että edes lausumien täydentäminen (uusin tosiasiaväittein tai vaatimuksin) voisi estyä. (Poikkeuksen muodostaa OK 5:22:ssä tarkoitettu ns. prekluusiouhkainen kehotus.) Jos kuulemiseen liittyy puutteita, yhteenvetopaperin näyttöarvo heikkenee.

Valmistelun ja pääkäsittelyn pöytäkirja käy yhteenvetopaperia huonommin luotettavasta tietolähteestä. Pöytäkirja ei nimittäin ole samalla tavoin tuomioistuimen ja asianosaisten välisen tietojen vaihdon väline, vaan enemmänkin tuomarin yksipuolisesti laatima asiakirja. Lisäksi pöytäkirja useimmiten laaditaan jälkikäteen. Sama koskee tietysti tuomioasiakirjaa. Niinpä kirjallisen yhteenvedon täytynee joka tapauksessa saada alkuperäisempänä lähteenä pöytäkirjaa ja tuomiota huomattavasti painavampi merkitys näyttönä lausumien sisällöstä.

---

[65] Näitä kysymyksiä tarkastellaan jäljempänä jaksossa 5.5.

4.3.4 Tulkinta virallistutkinnan keinona?

4.3.4.1 Yleistä

Voidaan sanoa, että vetoamislausumia tulkitsevan tuomioistuimen rooli on aktiivinen tämän joutuessa jo kielellisistä syistä tekemään valintoja useiden vaihtoehtojen kesken löytääkseen lausumalle asianosaisen tarkoitusta parhaiten vastaavan sisällön.[66] Keskeistä on, että nämä valinnat tehdään oikeudellisessa kontekstissa. Aineellinen oikeus muodostaa taustan, jota vasten vaihtoehdot muotoutuvat.[67] Lausumien sisällöksi tulkitaan tosiasiaväittämiä, joihin vetoaminen ylipäänsä tuntuu oikeudelliselta kannalta merkitykselliseltä tai järkevältä. Lisäksi väittämistaakan järjestelmä rakentuu aiemmin selostetulla tavoin tyypillisten vetoamisperusteiden ja niitä seuraavien vastustamisperusteiden (oikeustosiseikkojen ja vastatosiseikkojen) varaan.[68]

Tulkinnassa sallitun aktiivisuuden määrään vaikuttaa osaltaan äskettäin kerrotulla tavoin sallittu tulkinta-aineisto ja sen käyttö. Jälkikäteisissä tulkintatilanteissa on nojauduttava laajempaan aineistoon ja aktiivisempaan tulkintaotteeseen verrattuna reaaliaikaiseen tulkintatilanteeseen, jolloin asianosaisen tarkoitus voidaan varmistaa kysymällä.

Tulkintaan sisältyvällä virallistutkinnalla tarkoitetaan tässä toimintaa, jossa – jo vahvistettaessa vetoamislausumien sisältöä – pyritään muihinkin päämääriin kuin alkuperäisen vetoamistarkoituksen selvittämiseen. Virallistutkinta merkitsee tämän johdosta, että tosiasiaväittämiä tai seuraamusvaatimuksia otetaan tutkittavaksi kokonaan tai osittain riippumatta asianosaisen alkuperäisestä tarkoituksesta. Pyrkimyksenä voi tällöin olla esimerkiksi aineellisen oikeudenmenetyksen estäminen tai jonkin määrätyn oikeuden toteuttaminen. Edellä selostettu erilaisia kohtuullistamistilanteita koskeva oikeuskäytäntö on esimerkki juuri tästä. Lisäksi laajentavaa tulkintaa on ehdotettu tilannekohtaisena keinona lieventää prekluusiosääntelyn haittavaikutuksia.[69]

Tämä laajentavien tulkintojen luokittelu virallistutkinnaksi on tärkeää avoimuuden ja käsitteellisen selkeyden vuoksi. Puhe väittämis- ja vaatimistaakan lieventymisestä tai ohentumisesta kuvaa kylläkin hyvin näiden tulkintaratkaisujen oikeudellista luonnetta. Kyse ei ole uskottavasti asianosaisen tosiasiallisen vetoamistarkoituksen selvittämisestä, eikä varsinkaan alkuperäisestä vetoamis-

---

[66] Syinä, jotka johtavat siihen, ettei lausuttu vastaa tarkoitettua, on mainittu asianosaisen puutteellinen kielellinen ilmaisutaito, lausumien huolimaton muotoilu, lausumien ristiriitaisuus, poikkeaminen tuomioistuimissa vakiintuneesta kielenkäytöstä, puutteellinen taito muotoilla lausumia oikeudellisesti relevantilla tavoin ja jopa tahallinen pyrkimys viivästyttää oikeudenkäyntiä tai saavuttaa hyötyä epätäsmällisistä lausumista. Ks. *Westberg* 1988 s. 100–101.

[67] Ks. *Westberg* 1988 s. 101–102.

[68] Ks. edellä s. 41–44.

[69] *Koulu* JFT 1995 s. 69.

tarkoituksesta. Toiselta puolen on syytä varoa laajentavien tulkintojen perustamista asianosaisen ”aitoon” vetoamistahtoon, joka kuviteltaisiin selvitetyksi. Usein voidaan kohtuullisen helposti selvittää, millaisiin vetoamistoimiin rationaalinen asianosainen olisi voinut ryhtyä tuntiessaan hyvin juridiikan ja ennen kaikkea sen, miten tuomioistuin asian oikeudellista ja tosiasiallista puolta arvioisi. Hyvin epävarmalle pohjalle joudutaan ryhdyttäessä tekemään asianosaisen puolesta sellaisia valintoja, jotka poikkeavat hänen lausumiensa sisällöstä, toisin sanoen päättelemään milloin vetoamattomuus todella johtuu tietämättömyydestä tai erehdyksestä.[70]

Yleisenä lähtökohtana tulisikin olla, että silloin kun perusteena on jokin muu kuin asianosaisen alkuperäinen vetoamistarkoitus, puhutaan virallistutkinnasta tai ainakin vetoamisvelvoitteen lieventymisestä.[71] Laajentavan tulkinnan vaihtoehtona on tuomarin kyselyvelvollisuus. Epäselvyystilanteissa tuomioistuimella mainitaan nimittäin usein olevan velvollisuus selvittää lausumien sisältöä kyselytoimin.

4.3.4.2 Tulkinnan ja kyselyvelvoitteiden yhteensovittamisesta

Mutta tulisiko aineellisten oikeuksien turvaamiseen pyrkiä myös lieventämällä vetoamisvelvoitteiden tulkintaa? Vai onko tuomarin kyselytoiminta ainoa tähän tarkoitukseen sovelias keino? Ongelmassa on edellä selostetulla tavoin kyse ennen kaikkea tulkinnan ja kyselyvelvoitteiden järjestyksestä toisiinsa nähden.

Jos tulkinnalliset lievennykset ovat sallittuja, selventävin kyselytoimin ainoastaan varmistettaisiin asianosaisen vetoamistahto lähtökohtaisesti jo vedotuksi tulkittuun faktaperusteeseen. Samalla varmistettaisiin se, että vastapuoli ymmärtää vetoamistoimen sisällön. Jos tulkinnallisia lievennyksiä ei sallittaisi, päätelmän faktaperusteeseen vetoamisesta tulisi kaikissa tapauksissa edellyttää joko oma-aloitteista vetoamislausumaa tai käytännössä toteutunutta tuomarin kyselytointa ja siihen saatua asianosaisen vetoamistahdon vahvistavaa vastausta. Pelkkä kyselyvelvollisuuden olemassaolo (tai edes laiminlyönti) ei nimittäin oikeuttaisi esimerkiksi jälkikäteen laajentavaan tulkintaan.

> Tulkinta ja kyselyvelvollisuus eivät toisin sanoen ole toisensa poissulkevia ilmiöitä eivätkä välttämättä edes toisilleen vastakkaisia.

---

[70] Pätemättömyys/kohtuuttomuus on kylläkin rajatapaus. Todennäköisyyttä koskevat oletukset vetoamatta jäämisen syistä lienevät täysin mahdollisia. On kuitenkin tarpeetonta, että ne johtaisivat asianosaisen määräämisoikeuden sivuuttamiseen.

[71] Ks. myös *Westberg* 1988 s. 300. Ks. vastaavasti *Aho* (1968 s. 129), jonka mukaan varallisuusoikeudellisten oikeustointen tulkinnassa tulisi rajatapauksissa puhua ennemmin oikeustoimen täydentämisestä kuin asianosaisen tahdonilmaisun tulkinnasta. Tällainen suhtautumistapa edistää Ahon mukaan mahdollisuuksia ymmärtää ratkaisutoiminnan tosiasiallisia perusteita.

Ongelma on konkreettisimmillaan juuri jälkikäteisissä tulkintatilanteissa, jolloin kyselytoimet eivät enää ole mahdollisia. Muutoksenhaussa kysymyksenä saattaa olla, onko määrättyyn faktaperusteeseen vedottu alemmassa oikeusasteessa. Kielteinen vastaus johtaa tällöin lähtökohtaisesti vetoamisoikeuden menettämiseen, myönteinen vastaus saattaa puolestaan aiheuttaa perusteen alemman oikeusasteen ratkaisun muuttamiseen. Tutkimatta jäänyt faktaperuste muodostaa itsenäisen muutoksenhakuperusteen.

Merkittävin argumentti lievennyksiä vastaan on liittynyt vastapuolen kuulemisoikeuteen, jonka toteutumista vetoamisvelvoitteiden tinkimätön noudattaminen varmistaa. Tulkintaratkaisujen kiistämättömänä ongelmana onkin se, että vastapuolen kuulemisoikeutta loukataan, jos tutkittavaksi otetaan joko tosiasiaväittämiä tai seuraamusvaatimuksia, joiden mukaantuloa osaksi oikeusriitaa vastapuoli ei ole huomannut.

Kuten edellä havaittiin, tämä ei kuitenkaan useimmiten aiheuta ylittämättömiä vaikeuksia. Kuuleminen ja oikeutetun tahon aineellisen oikeusturvan toteutus on perusteltua nähdä asianosaistahojen oikeuksina, jotka saattavat joutua ristiriitaan. Useimmiten ne voidaan sovittaa yhteen siten, ettei kumpikaan joudu kovin vakavasti loukatuksi. Näin ollen päädytään siihen, että kuulemisnäkökohta ei sulje pois vetoamisvelvoitteen lievennyksiä keinona edistää aineellisen oikeusturvaintressin toteutumista.

Muita merkittävimpiä näkökohtia, jotka vaikuttavat kysymyksen ratkaisuun, ovat lievennyksiä vastaan asianosaisen oman vastuun ja aloitteellisuuden korostaminen ja lievennysten puolesta päinvastoin tutkimisvastuun asettaminen tuomioistuimelle. Merkitseehän esimerkiksi aiemmin selostettu oikeuskäytäntö nimenomaan kannanottoa siihen, millä taholla – tuomioistuimella vai asianosaisella – on viime kädessä juridinen vastuu kohtuullistamisongelman saattamisesta tutkinnan kohteeksi.

> Vastustava näkemys palautuu usein prosessitaloudellisiin seikkoihin, sillä tuomioistuimen vastuu tosiasiaväitteiden ja vaatimusten muotoilemisessa olevista puutteista merkitsee työtaakan kasvua, ainakin lyhyellä tähtäimellä. Tuomioistuimen vastuuta saatetaan parhaiten perustella asianosaisen oikeusturvaintressin toteutuksella.

Nojautumista tulkintasääntöihin saattaisivat puoltaa lisäksi eräät tuomarin kyselytoiminnan oikeudelliseen kontrolloitavuuteen liittyvät käytännön näkökohdat. Tuomarin kyselyvelvollisuus saattaa kylläkin olla monin tavoin soveliain keino tuomioistuimen vastuun toteutukseen. Näin lienee ainakin teoriassa. Ongelmana on, että tähän asti kyselyvelvollisuutta ei ole nähty ainakaan riidatta tällaisessa tehtävässä. Tämä voidaan todeta jo alustavasti. Kyselytoimintaan on päinvastoin suhtauduttu ainakin osittain tuomarin vapaan harkinnan varaan jäävänä toimintana. Ja lienee syytä pelätä, että tällainen näkemys vallitsee aina-

kin käytännön tasolla.[72] Tuomarit saattavat todellisuudessa ymmärtää kyselytoiminnan ennemminkin vapaasti harkittavana kuin velvoittavana toimintana.[73] Lisäksi tuomarin kyselyvelvoitteiden on katsottu olevan riippuvaisia monista tilannekohtaisista seikoista kuten asianosaislausumien sisällöstä, siitä missä oikeudenkäynnin vaiheessa määrätty seikka tulee tuomarin tietoon yms. prosessuaalisista olosuhteista.

Lyhyesti sanoen kyselyvelvollisuus voisi tehdä tulkintasäännöt tarpeettomiksi, jos kyselytoiminta ymmärretään normatiivisesti yhtä velvoittavana ja liitetään yhtä konkreettisiin asiaintiloihin kuin vastaavat tulkinnalliset vetoamisvelvoitteiden lievennykset. Lisäksi pitäisi voida olettaa, että kyselyvelvoitteita myös käytännön tasolla noudatetaan.

4.3.4.3 Vastapuolen kuulemisoikeudesta

Edellä sanottu merkitsee, että tulkintaratkaisut eivät saa johtaa vastapuolena olevan kuulemisoikeuden vakavaan kaventumiseen. Missään tilanteessa kuulemisoikeutta ei pidä sivuuttaa kokonaan. On kuitenkin tärkeää huomata, että kuulemisoikeuden asettamia vaatimuksia ei voida määritellä eksaktisti. Siksi kontradiktorinen periaate voidaan parhaiten ymmärtää ns. periaatetyyppisenä normina. Sama koskee asianosaisen oikeutta aineellisen oikeusturvan toteutukseen.[74]

Edellä on katsottu, että kuulemisoikeuden mahdollisimman täydestä toteutuksesta saatetaan luopua lähinnä jälkikäteen tehtävissä tulkinnoissa asianosaisen oikeusturvaintressin vaatimuksesta. Kuulemisoikeus voi toisin sanoen väistyä osittain joutuessaan ristiriitaan asianosaisen oikeutetun aineellisen oikeusturvaodotuksen kanssa. Reaaliaikaisesti tehtävistä ”laajentavista” tulkinnoista olisi kaikissa tapauksissa informoitava vastapuolena olevaa asianosaista. Samoin olisi kylläkin informoitava sitä asianosaistahoa, jonka velvollisuutena vetoaminen po. faktaperusteeseen (tai vaatimukseen) on.

4.3.4.4 Milloin vetoamisvelvollista ei tarvitse kuulla?

Jos asianosaisen tarkoitus vedota vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen on epävarma, vetoamistahto tulisi poikkeuksetta varmistaa vetoamisvelvolliselta taholta. Kyselyvelvoite on syytä nähdä poikkeuksettomana myös hänen osaltaan. Aiheutuuhan vaihtoehtoisten perusteiden tutkimisesta usein lisäkuluja. Lisäksi

---

[72] Kyselytoiminnan oikeudellista sidonnaisuutta tarkastellaan jäljempänä jaksoissa 7.3, 7.8 ja 7.9. Toiminnan käytännöllisistä reunaehdoista ks. erityisesti jakso 7.2.

[73] Kyselytoiminnan intensiteetin saatetaankin arvioida vaihtelevan enemmän verrattuna tulkintasääntöjen noudattamiseen. Ks. myös *Hemmo* (1996 s. 247 alav. 35), joka huomauttaa asianosaisen voivan ”jäädä passiivisen prosessinjohdon häviäjäksi”.

[74] Aineellisen oikeusturvan toteutuksesta oikeutena ks. jäljempänä jaksot 7.7.4 ja 9.3.1.

ei ole syytä olla kunnioittamatta aineellisesti oikeutetun tahon prosessuaalista määräämisoikeutta.

Oikeutetun tahon kuulemisen sivuuttamiseen saattaisi olla järkeviä perusteita lähinnä vain poissaolotilanteissa, silloin kun vetoamisvelvollinen osapuoli on jättäytynyt passiiviseksi kesken oikeudenkäynnin, esimerkiksi jäänyt saapumatta suulliseen jatkovalmisteluun tai pääkäsittelyyn. Tällöin ei yhtäältä välttämättä ole aiheutuvan vaivan arvoista ryhtyä varmistamaan asianosaisen vetoamistahtoa. Jos kyse on suullisesta käsittelystä, prosessinjohtotoimet eivät enää oikein olisi mahdollisiakaan.

Laajentavaan tulkintaan voisi kuitenkin olla perusteita varsinkin, jos vaihtoehtoinen peruste näyttäisi tiedossa olevan perusteella soveltuvan tai jos vaihtoehtoinen vaatimus olisi oikeudenkäyntiaineiston valossa perusteltu. Laajentavat tulkinnat lienee kuitenkin syytä rajata nimenomaan selvältä näyttäviin perusteisiin/vaatimuksiin, jotta vältyttäisiin aiheuttamasta (erityisesti vastapuolena olevalle) asianosaistaholle tarpeettomia lisäkustannuksia.

5 Prekluusiosta prosessuaalisena sanktiona

5.1 JOHDANTO

5.1.1 Vetoamisoikeuden menettäminen

Prekluusion huomautetaan usein olevan prosessin osapuoliin kohdistuva sanktio, jonka tarkoituksena on vaikuttaa siihen, että asianosaiset esittäisivät kaiken oikeudenkäyntiaineistonsa mahdollisimman varhain ja viimeistään jo käräjäoikeuskäsittelyn suullisen valmistelun aikana. Vielä ankaramman sääntelyn avulla pyritään kylläkin varmistamaan, että vetoamiset suoritettaisiin vähintään alioikeuskäsittelyn aikana, eikä vasta muutoksenhaussa.

Prekluusioinstituution oikeutusperustana on paitsi menettelyn tehostaminen myös vetoamisvelvollisen vastapuolen yhtäläisten puolustautumismahdollisuuksien turvaaminen. Alioikeusprosessin sisäisesti viitataan ennen kaikkea pääkäsittelyn keskityksen edistämiseen, josta näkökulmasta instituutioon liittyy sisäistä jännitettä, sillä keskityksen eräänä tärkeimmistä tehtävistä on oikean ratkaisun edellytysten turvaaminen.[1] Prekluusiosanktion toteutus puolestaan päinvastoin on esteenä oikean ratkaisun tavoittelussa, jos prekludoitunut tosiseikka olisi merkityksellinen.

Sanktiosta prekluusiossa on kyse siksi, että kaikki prekluusiosäännökset sisältävät kiellon vedota uuteen oikeudenkäyntiaineistoon, ellei asianosaisella ole ollut pätevää aihetta olla tekemättä sitä jo aikaisemmin. Asianosaisen näkökulmasta tarkastellen prekluusiosäännökset asettavat tosiasiaväitteille ajallisia edellytyksiä, jotka merkittävällä tavalla ankaroittavat vetoamisvelvollisuutta. Lisäksi nimenomaisesti sanktioitujen vetoamisvelvoitteiden ala laajenee, sillä prekluusiouhka ulottuu myös todisteiden ilmoittamiseen. Riidanalaista on, ulottuuko prekluusiouhka myös todistusteemojen ilmoittamiseen ja jos, niin missä laajuudessa. Näin ollen väiteaineiston tai todisteiden prekludoituminen merkitsee vetoamisoikeuden menettämistä, kun asiaa tarkastellaan asianosaisen näkökulmasta.

[1] Tästä näkökohdasta huomauttaa esimerkiksi *Leppänen* 1998 s. 307.

5.1.2 Prekluusiosäännökset

Prekluusion eräänlaisena perussäännöksenä saatetaan pitää OK 6:9:ää, jossa on kyse alioikeusmenettelyn sisäisestä prekluusiosta. Säännöksessä kielletään vetoaminen uusiin seikkoihin eli tosiasiaväitteisiin tai todisteeseen käräjäoikeuden pääkäsittelyssä. Yhtä tärkeä on varsinaista muutoksenhakua hovioikeudessa koskeva OK 25:17 (ja OK 26:4.2), jonka mukaan valittaja (tai hänen vastapuolensa) saa vedota ainoastaan niihin tosiasiaväitteisiin ja todisteisiin, jotka on esitetty käräjäoikeudessa. Tämän tutkimuksen teemojen kannalta nämä ovat prekluusiosäännöksistä keskeisimmät.[2]

Lisäksi OK 5:22 valtuuttaa tuomioistuimen antamaan alioikeuskäsittelyn valmistelun aikana ns. prekluusiouhkaisen kehotuksen, jos asianosainen ei ole täyttänyt OK 5:20.1:ssä säädettyjä velvollisuuksiaan. Asianosaisen tulee tällöin täydentää lausumiaan uhalla, ettei hän voi enää vedota uuteen aineistoon. Mainitut säännökset kuitenkin siis sallivat vetoamisen, jos asianosaisen menettelyyn on ollut pätevä aihe.

> Myös hovioikeusmenettelyssä soveltuu sisäinen prekluusiouhka, sillä (OK 26:25:ssa olevan viittaussäännöksen nojalla sovellettava OK 6:9 merkitsee, että) asianosaisen on hovioikeuden pääkäsittelyssä uudistettava ne väitteet (ja todisteisiin vetoamiset), joihin hän on vedonnut hovioikeuden kirjallisen tai suullisen valmistelun aikana. Lisäksi hovioikeuden on katsottu voivan valmistelun aikana asettaa asianosaisille OK 5:22:ssa tarkoitetun prekluusiouhkaisen kehotuksen.[3]

Tosiasiaväitteiden ja todisteiden lisäksi prekluusiouhka kohdistuu osittain myös asianosaisen vetoamiin seuraamusvaatimuksiin. Asianosaisen kannalta sinänsä suopeasti (OK 14:2.1, 2 ja 3-kohdat) säänneltyjä poikkeuksia kanteenmuutoskiellosta ei nimittäin myönnetä, jos käräjäoikeuden pääkäsittelyssä tehtävä uusi vaatimus viivyttää asian käsittelyä. Muutoksenhaussa hovioikeuteen kielto on ehdoton (OK 14:2.2, 1-kohta). Lisäksi prekluusiouhkainen kehotus (OK 5:22) voidaan kohdistaa myös asianosaisen vaatimuksiin.

Prosessuaaliseen prekluusioon rinnastuvia vaikutuksia on varsinaisten prekluusiosäännösten lisäksi lainvoimaisen tuomion ns. negatiivisella oikeusvoimalla. Yhteistä on se, että asianosainen menettää niiden vaikutuksesta oikeutensa vedota johonkin tosiasiaperusteeseen tai vaatia määrättyä oikeusseuraamusta. Kun oikeusvoiman vaikutus ei ole meneillään olevan oikeudenkäynnin sisäinen, se jää tutkimusteeman ulkopuolelle. Tosiasialliselta merkitykseltäänkin negatiivisen oikeusvoiman prekluusiovaikutus on huomattavasti

---

[2] Viimeksi mainittua vastaava säännös, joka koskee valittamista korkeimpaan oikeuteen, on muutoksenhakijaa koskeva OK 30:7.1 ja vastauksen antajan osalta OK 30:12.1.

[3] Ks. *Leppänen* 1998 s. 306; *Jokela* 2010 s. 261.

vähemmän dramaattinen, sillä varsinkin tavallinen kansalainen ryhtyisi käytännössä hyvin harvoin edes harkitsemaan oikeuksiensa puolustamista vielä kantajana uudessa oikeudenkäynnissä, jos hän unohtaisi vedota johonkin vaihtoehtoiseen tosiasiaperusteeseen tai vaatimukseen ns. ensiprosessissa.[4] Tärkeää on kuitenkin huomata, että prosessin sisäisen prekluusion vaikutus on pääsääntöisesti lopullinen. Jos asianosainen menettää vetoamisoikeutensa prosessin kestäessä, tuomion negatiivisen oikeusvoimavaikutuksen vuoksi hän ei useimmiten edes voisi vedota vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen nostamalla uuden kanteen.[5]

5.1.3 Jakson kysymyksenasettelusta

Prekluusiouhkaa koskeva tarkastelu ulottuu tässä tutkimuksessa sekä käräjäoikeusmenettelyyn että muutoksenhakuun. Käsiteltävät kysymykset ovat siinä määrin yleisiä, että ne soveltuvat pääsääntöisesti yhtä hyvin kumpaankin menettelyvaiheeseen. Ajateltu pääpaino on kuitenkin hovioikeusprekluusion merkityksessä johtuen siitä, että säännösten soveltamiskynnys on muutoksenhaussa huomattavasti alempana kuin käräjäoikeusmenettelyn aikana. Toisekseen näyttää siltä, että hovioikeudessa väiteaineistoa ja todisteita myös käytännössä prekludoidaan huomattavan usein. Siksi nimenomaan hovioikeusprekluusion uhka vaikuttaa alioikeusprosessin kulkuun – ja perustelee toisaalta tarvetta tuomarin kyselytoimiin.

Jaksossa 5.2 kysytään ensin, mitä vetoamisella tarkoitetaan väitteiden prekluusiosta puhuttaessa. Pohdittavana on lisäksi, voitaisiinko prekluusion uhkaa lieventää tulkitsemalla vetoamislausumia vetoamisvelvollisen kannalta suopeammin silloin, kun lausumien tulkinta liittyy konkreettisessa mielessä prekluusiosäännösten soveltamisharkintaan (ks. 5.2.1).

Tämän jälkeen tarkastellaan kysymystä, ulottuuko prekluusiouhka ns. todistusteemoihin eli asianosaisen oikeuteen esittää todistajille kysymyksiä muista kuin niistä aiheista, jotka asianosainen on etukäteen ilmoittanut todistusteemoiksi. Tarkastelu on aiheellinen siksi, että se tulee käsitteellisesti varsin

---

[4] Negatiivisen oikeusvoiman prekluusiovaikutusta tarkastellaan tuoreessa väitöstutkimuksessa. Ks. *Männistö* 2013.

[5] Ks. oikeusvoimavaikutuksesta esimerkiksi *Lappalainen* 2012 s.752–753 tai *Leppänen* 1998 s. 303–304. Viimeaikainen korkeimman oikeuden oikeuskäytäntö on laajentanut oikeusvoiman soveltamisalaa siten, että uuden kanteen nostaminen vaihtoehtoisella (ensiprosessissa vetoamatta jääneellä) tosiasiaperusteella estyy. Jo vanhastaan oikeusvoimavaikutus on estänyt vastaajaa vetoamasta vaihtoehtoisiin vastustamisperusteisiin uudessa oikeudenkäynnissä. Näin ollen myöskään vastaaja ei ymmärrettävästi voisi nostaa esimerkiksi vahvistuskannetta, jossa hän vaatisi että ensiprosessin kantajalla ei ole sitä oikeutta, joka hänelle on tuomittu aiemmalla lainvoimaisella tuomiolla.

lähelle tosiasiaväitteisiin vetoamista ns. faktaperusteina, toisin sanoen lähelle väittämistaakan kattamaa oikeusinstituutiota. Oikeuskirjallisuuden valossa asia on riidanalainen. (Ks. 5.2.2.)

Luvun pääjaksoissa tarkastellaan ensin paitsi aiheen pätevyysperusteita myös muita prekluusiosäännösten soveltamisedellytyksiä (ks. 5.3 ja 5.4). Pyrkimyksenä ei ole pohtia niinkään sitä, milloin uuteen aineistoon vetoavalla on pätevä aihe. Pääasiallinen tavoite on ensinnäkin hahmotella käsitteellisessä mielessä prekluusiouhan ulottuvuuteen vaikuttavia tekijöitä ja toisaalta tuomarin kyselyvelvoitteiden laiminlyönnin merkitystä prekluusion mahdollisesti estävänä perusteena.

Tarkastelussa nojaudutaan lähtökohtaan, jonka mukaan prekluusiosäännösten soveltaminen edellyttää vähintäänkin olettamusta siitä, että asianosainen on prosessoinnissaan menetellyt moitittavasti eli rikkonut huolellisuusvelvollisuuttaan joltakin osin.[6] Positiivista näyttöä asiasta prekluusiosäännökset eivät edellytä. Moitittavuusolettaman pohjalta saatetaan kuitenkin tehdä eräitä hyödyllisiä rajauksia. Lopuksi (luvuissa 5.5 ja 5.6) kysytään, kuinka prekluusion edellytyksiä koskeva näyttöepävarmuus tulisi jakaa. Tällöin ehdotetaan tehtäväksi perustava erottelu sen suhteen, tarkastellaanko prekluusion edellytyksenä asianosaisten aineellisoikeudelliseen oikeussuhteeseen kuuluvia vai oikeudenkäyntiin liittyviä olosuhteita.

5.2 PREKLUUSIOUHAN ULOTTUVUUTEEN LIITTYVIÄ KYSYMYKSIÄ

5.2.1 Tosiasiaväitteistä prekluusiouhan kohteena

5.2.1.1 Mitä vetoamisella tarkoitetaan prekluusion yhteydessä?

Puhuttaessa väittämistaakan edellyttämästä vetoamislausumasta on tarkoitettu – kuten edellä on käynyt ilmi – asianosaisen tuomioistuimelle suuntaamaa vaatimusta tosiasian ottamisesta huomioon ratkaisun ns. tosiasiaperusteena. Kyse on nimenomaisesta tahdonilmauksesta. Olennaista tässä on se, että vetoamistointen on edellytetty olevan tarkoituksensa ja sisältönsä puolesta verraten yksiselitteisiä. Mutta tarkoitetaanko vetoamisella prekluusiosta puhuttaessa samaa kuin puhuttaessa väittämistaakan täyttämisestä? Entä kuinka vetoamistahdon-

[6] Voidaan sanoa, että asianosaiselta vaaditaan huolellista prosessointia. Näin myös *Lindell* 1993 s. 302. Vaikka käytännössä asianosaisella on avustaja, asianosainen joutuu välillisesti kärsimään haitalliset seuraamukset, jos ratkaisun kannalta merkitykselliset väitteet jäävät vetoamatta tai todistelu esittämättä. Pelkkä huolellisuus ei toisaalta riitä, vaan tarvitaan osaamista. Menettelyn vaativuus huomioon ottaen saatetaan sanoa, että asianosaiselta vaaditaan oikeudenkäynnissä myös taloudellisia satsauksia, jotta menettelyn edellyttämä huolellisuuden taso saavutettaisiin.

ilmaisuja tulkitaan silloin, kun tarkastellaan prekluusion edellytyksiä? Oikeudenkäynnin asianosaisen näkökulmasta kyse on siitä, edellyttääkö prekluusiouhan torjuminen vetoamisvelvoitteen täyttävää vetoamista.

Vastausta näihin kysymyksiin ei ole pidetty varmana siksi, että hovioikeudessa sovellettavassa säännöksessä (OK 25:17.1) puhutaan ”vetoamisen” rinnalla seikkojen ja todisteiden ”esittämisestä” käräjäoikeudessa.[7] Toisaalta on nähty tarvetta prekluusiosääntelyn vaikutusten lieventämiseen, jolloin yksi tarjolla oleva mahdollisuus olisi tulkita asianosaisten vetoamislausumia tavanomaista laveammin silloin, kun on puhe siitä, onko jokin oikeustosiseikka prekluusiosäännösten tarkoittamalla tavalla uusi. Tällöin myöhempi vetoamislausuma saatettaisiin nähdä aikaisemman lausuman sallittuna täsmentämisenä tai täydentämisenä.

Seuraavassa kuitenkin katsotaan, että vetoamislausumien tulkinnassa tulisi noudattaa samoja mittapuita riippumatta siitä, tarkastellaanko prekluusiosääntelyn vai väittämistaakan edellyttämää lausumaa. Tähän on päädytty myös prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa, jossa useimmiten katsotaan, ettei prekluusiosäännösten tarkoittama vetoaminen poikkea väittämistaakan edellyttämästä.[8]

Näkemystä tukee ainakin käsitteellisen selkeyden pyrkimys vahvistettaessa lausumien sisältöä. On riittävän vaivalloista pitää lukua varsinaisiksi vetoamistoimiksi tarkoitetuista lausumista. Jos asianosaisen sallittaisiin niiden ohella esittää rinnakkaisia lausumia, joilla voitaisiin välttää prekluusiouhka, järjestelmä mutkistuisi jo liiaksi.[9] Ratkaisutoiminnan avoimuus perustelee samaa päätelmää. Joustavien tulkintojen pääasiallisena tarkoituksena ei olisi alkuperäisen tai todellisen vetoamistarkoituksen selville saaminen, vaan muiden tavoitteiden (kuten sisällöllisen oikeusturvan) toteuttaminen. Sopivampaa olisi tästäkin syystä sijoittaa prekluusion vaikutuksia lieventämään pyrkivät elementit normatiivisia edellytyksiä koskeviin vaiheisiin.

> Puhumattakaan luulottelusta, jonka mukaan asianosaisen ”aito” tarkoitus vastaisi yleisesti rationaalisena pidettyä ja että se olisi parhaiten selvitettävissä jonkinlaisten rationaalisuusehtojen kautta.

---

[7] Ks. OK 25:17.1, jonka mukaan valittaja ei saa vedota ”muihin seikkoihin tai todisteisiin kuin niihin, jotka on esitetty käräjäoikeudessa”. Vaikka tämän rinnalla puhutaan ”vetoamisesta”, saatetaan tämän ilmaisun merkitys kyseenalaistaa siksi, että vakiintuneen näkemyksen mukaan todisteisiin ei tarvitse vedota. Ks. myös *Lindell* 1993 s. 226, joka pitää vastaavan ruotsalaisen säännöksen (RB 50:25) tulkintaa kielellisesti avoimena. Ks. myös *Hellners* SvJT 1995 s. 852.

[8] Ks. *Lindell* 1993 s. 226; *Hellners* SvJT 1995 s. 852. Mahdollisesti toisin *Koulu* JFT 1995 s. 69, jonka mukaan hyvin yleinen viittaus faktaolosuhteeseen tai todisteeseen riittää estämään prekluusion. Vrt. myös *Westberg* 1988 s. 300–301, joka katsoo tulkintaa voitavan käyttää yleisesti tietoisena virallistutkinnan keinona.

[9] Kirjallisuudessa on vedottu ennen kaikkea prekluusion kiertämismahdollisuuteen peläten kovin suopeiden tulkintojen houkuttelevan vain muutoksenhakuprosessin varalta tehtäviin vetoamisiin. Ks. *Lindell* 1993 s. 226 tai *Hellners* SvJT 1995 s. 852.

Aiemmin jo osin selostetussa korkeimman oikeuden ratkaisussa (KKO 2003:4) on asetuttu tässä suhteessa samalle kannalle. Prekluusiosäännösten tarkoittamasta tahdonilmaisusta todetaan olevan kyse silloin ”kun asianosaisen esityksestä selvästi ilmenee hänen tarkoittaneen, että seikka otetaan hänen vaatimuksensa perusteena huomioon”. Lausuman saatetaan nähdä sisältävän paitsi yllä mainitun näkemyksen vetoamisesta nimenomaisena tahdonilmaisuna myös lähtökohdan, jonka mukaan vedotuiksi tulkitaan sisältönsä ja tarkoituksensa puolesta selkeät lausumat. Tulkinta-aineistona nojaudutaan kuitenkin lausumien sanamuodon lisäksi muuhunkin aineistoon, tässä tapauksessa asianosaisen muihin vetoamistoimiin ja oikeudelliseen argumentaatioon.[10] Mikään ratkaisun perusteluissa ei toisaalta viittaa siihen, että yhteys prekluusion soveltamisedellytyksiin olisi vaikuttanut laventavasti tulkinta-aineiston käyttöön.

> Erityispiirteenä on otettava huomioon se, että prekluusiosääntelyn edellyttämä vetoamislausumien tulkinta suuntautuu poikkeuksetta ajallisesti taaksepäin eli menneeseen prosessin vaiheeseen. Tällöin joudutaan turvautumaan laajempaan tulkinta-aineistoon lausuman sisältöä tai tarkoitusta pääteltäessä verrattuna siihen, jos lausumia tulkitaan reaaliaikaisesti. Käytettävissä olevan tulkinta-aineiston puutteellisuuksia ei toisaalta voida osoittaa yksinomaan vetoamisvelvollisena olevan asianosaisen riskiksi.

5.2.1.2 Edellyttääkö prekluusiouhan torjuminen väittämistaakan täyttävää tosiasiaväitteiden yksilöintiä?

Aiemmin on ollut puhe siitä, kuinka täydellisesti tosiasiaväitteet on yksilöitävä, jotta ns. faktaperusteita koskeva vetoamisvelvoite täyttyisi. Mutta onko prekluusiosäännösten asettama vaatimustaso tältä osin sama? Kyse on nyt asianosaisen oikeudesta täsmentää tai täydentää tosiasiaväitteitään vielä oikeudenkäynnin kestäessä.[11]

Yleisimmin faktaperusteita koskevan prekluusiouhan lienee ainakin oikeuskirjallisuudessa ajateltu seuraavan ulottuvuutensa puolesta väittämistaakan mukaista yksilöintivaatimusta.[12] Asiaa ei kuitenkaan voida pitää millään tavoin itsestään selvänä, sillä säännökset eivät ota kantaa vaadittavan täsmällisyyden asteeseen.[13]

---

[10] Merkitystä annettiin myös sille, että käräjäoikeuden puheenjohtaja oli valmistelun aikana laatinut osapuolten vaatimuksista kirjallisen yhteenvedon, mistä vetoamislausumat näyttivät käyvän ilmi.

[11] Ongelmana on tällöin ennen kaikkea (i) millä abstraktiotasolla tosiasiaväitteet on yksilöitävä ja toisaalta (ii) kuinka täydellisesti yksittäiset faktat (ns. oikeustosiseikan osatekijät) tulisi sisällyttää vetoamislausumiin. (Ks. edellä vetoamisvelvoitteen ulottuvuutta käsittelevää jaksoa 3.7.)

[12] Ks. esimerkiksi *Lindell* 1993 s. 235.

[13] Näin myös *Lindell* (1993 s. 234), joka kuitenkin puolustaa näkemystä edellytysten yhtenäisyydestä.

Vaihtoehtoinen näkemys erottaisi ”lopullisilta” yksilöinneiltä edelletyn vaatimustason prekluusiosäännösten edellyttämästä. Tällöin väitteitä voitaisiin täsmentää vielä sen jälkeen kun prekluusion kriittinen aika (valmistelun päättyminen, prekluusiouhkaisen kehotuksen määräaika tai ratkaisun antaminen käräjäoikeudessa) on ohitettu. Saatettaisiin puhua väitteiden sallitusta täydentämisestä tai kehittelemisestä.[14] Saatettaisiin toisin sanoen katsoa, että vielä osin täsmentymättä olevat faktat ovat sillä tavoin yleisluonteisesti vedotuiksi, ettei niitä voida pitää prekluusiosäännösten tarkoittamalla tavalla ”uusina”, vetoamatta jääneinä. Silti vaille riittävää yksilöintiä jääneisiin tosiasioihin ei ilman täsmentämistä voitaisi perustaa tuomiota.

Perusteluna on jälleen tarve lieventää prekluusiouhan vaikutuksia. Faktaolosuhteisiin ulottuvaa prekluusiouhkaa on pidetty asianosaisen kannalta ankarana ja vetoamisvelvoitetta vetoamisvelvollisuutta viime kädessä jopa mahdottomana täyttää oikeaoppisesti.[15] Niinpä Hellnersin mukaan asiaintilaväitteitä voitaisiin täydentää, kunhan pysyttäydyttäisiin saman oikeusperusteen puitteissa.[16] Näkemys on perustaltaan täysin realistinen, sillä vetoamisvelvoitteiden järjestelmä – kuten edellä on käynyt ilmi – pohjautuu juuri oikeusperusteisiin ja faktojen hahmottamiseen näitä vasten. Fakta-aineisto on jaettava yhtenä kokonaisuutena käsiteltäviin osiin ennen kuin voidaan ryhtyä osoittamaan vetoamisvelvoitetta toisen osapuolen kannettavaksi.[17]

> Analoginen pulma koskee vetoamisvelvoitteeseen kuuluvan väitteiden yksilöintivaatimuksen ankaroitumista osana suksessiivisen relevanssin etenemistä. On sanottava, ettei tällaista väitteiden täydentämistä tai kehittelyä juurikaan ole pidetty sallittuna. Yksilöintivaatimukselle on ollut mieluumminkin ominaista eräänlainen kaksivaiheisuus. Alkuvaiheessa (kuten kannevaatimuksessa tai siihen annetussa vastaajan vastauksessa) on hyväksytty väitteiden suurpiiteisempi yksilöinti, tyypillisesti vetoaminen oikeusperusteen nimeävään termiin. Vastapuolen suorittaman riitautuksen on kuitenkin katsottu aktualisoivan yksilöidyn (konkreettiset asiaintilakuvaukset sisältävän) vetoamisvelvoitteen lopullisessa muodossaan. Tärkeänä on nimittäin pidetty sitä, että viimeistään valmistelun aikana saadaan tietää todistelun kohteeksi tulevat tosiasiaväitteet ilman, että niitä enää täydennettäisiin.[18]

Ehdotusta on vastustettu perusteella, että se romuttaisi prekluusioinstituutiolla tavoiteltujen vaikutusten toteutumisen, ennen kaikkea keskitetyn pääkäsittelyn ja ns. instanssijärjestyksen periaatteen mukaisen menettelyn.[19] Huomattakoon,

---

[14] Ks. *Lindell* 1993 s. 138–139, joka kuitenkin rajaa täydentämismahdollisuuden vain selkeisiin erehdystilanteisiin. Vrt. toisin *Koulu* JFT 1995 s. 69.
[15] Ks. esimerkiksi *Hellners* SvJT 1995 s. 855.
[16] Ks. *Hellners* SvJT 1995 s. 855. Vrt. toisin *Lindell* 1993 s. 234–235.
[17] Vrt. siihen mitä edellä on sanottu oikeustosiseikan käsitteestä. (Ks. jakso 3.5.)
[18] Näin *Boman* 1964 s. 72. Samoin *Leppänen* 1998 s. 204. Ks. myös *Ovaskainen* 1989 s. 74–75.
[19] *Lindell* 1993 s. 234. Instanssijärjestyksen periaatteella tarkoitetaan ajatusta, jonka mukaan

että juuri oikeustosiseikaston laajenemista on keskustelussa pidetty erityisen vahingollisena ajatellen prosessiekonomiaa ja instanssijärjestyksen periaatetta. Tämä johtuu siitä, että uusien tosiasiaväitteiden mukaantulo aiheuttaa usein tarpeen lisätodisteluun.[20]

Hellnersin ehdottama ratkaisu saattaisikin merkitä turhan suopeata suhtautumista faktaväitteiden täydentämiseen, ainakin prekluusiosääntelyn perusajatusten näkökulmasta. Oikeusperusteet ovat usein varsin väljiä. Prekluusiouhan sitominen yksinomaan oikeusperusteeseen merkitsee jo lähtökohtaista mahdollisuutta vedottujen faktaperusteiden täydentämiseen, jopa vaihtamiseen kokonaan uusiksi.

Näitä vaaroja ei toisaalta kannattaisi liioitellakaan. Asian käsittelyn viivästyessä tosiasiaväitteitä laajentava asianosaistaho ottaa joka tapauksessa riskin kulusanktiosta. Ratkaisevien asiaintilaväitteiden tarkoitukselliseen säästämiseen hovioikeusvaiheeseen liittyy lisäksi huomattavia tosiasiallisia riskejä. Näistä vähäisin ei liene jutun häviäminen käräjäoikeudessa, mitä on kylliksi syytä pyrkiä välttämään. Valitusprosessi aiheuttaa automaattisesti merkittävän taloudellisen lisäkustannuksen. Voitosta käräjäoikeudessa aiheutunee toisekseen taktista ja psykologista etua, jos muutoksenhaku joka tapauksessa olisikin edessä. Muutosta hakevalla osapuolella lienee tosiasiassa ylitettävänään jonkinlainen (ylimääräinen, kerran toteutuneesta tutkinnasta aiheutuva) kynnys pyrkiessään osoittamaan käräjäoikeuden ratkaisun sillä tavoin virheelliseksi, että hovioikeus vakuuttuisi tarpeesta ryhtyä ratkaisua muuttamaan.[21]

Katsoisin, että väitteiden täydentäminen tulisi sallia ainakin jossakin mitassa. Tämä näkemys liittyy kuitenkin ennen kaikkea siihen, että vetoamisvelvoitteen ulottuvuutta on yleensäkin vaikea määritellä täsmällisesti. Edellä on pyritty osoittamaan, ettei vetoamisvelvoitteen ulottuvuutta voida määrittää luotettavasti puhtaasti käsitteellisin kriteerein. Rajankäynneissä joudutaan turvautumaan tapauskohtaisiin arviointeihin, joissa kysytään, millaista yksilöintiä on kohtuullista edellyttää puheena olevan tosiseikaston kyseessä ollen. Kun rajankäynti tiedetään osin epävarmaksi, on järkevää ottaa huomioon näiden prosessuaalisten ratkaisujen reaalisia vaikutuksia.[22]

---

ylemmässä oikeusasteessa käytävän prosessin ei tulisi sisältää sellaista uutta aineistoa, joka ei ole ollut arvioitavana alemmassa oikeusasteessa. (Ks. esimerkiksi ratkaisun NJA 2004 s. 874 perusteluosa.)

[20] Ks. esimerkiksi *Välimaa* JFT 2001 s. 186–187. Ks. todistelun näkökulmasta myös *Heuman* SvJT 1993 s. 254 tai *Jokela* 2010 s. 335.

[21] Mikään aineellisen oikeuden teoria ei kylläkään tällaista argumentaatioon tai näyttöön liittyvää kynnystä ehkä tunnusta.

[22] Valitettavaa kylläkin, vetoamisvelvoitteen samoin kuin prekluusiouhan kohteen määrittely jää joka tapauksessa epävarmaksi. Käytännön tasolla vetoamisvelvoitteen tai prekluusiouhan tulkintoihin kannattaa siksi varoa luottamasta liiaksi.

Vaatimustason poikkeavuutta perustelee ainakin kaksi näkökohtaa. Näistä periaatteellisesti tärkeämpi liittyy asianosaisen menettelyllisiin oikeuksiin. Prekluusiouhka edustaa vetoamisvelvollisuuteen nähden vakavampaa asianosaisen menettelyllisten oikeuksien rajoittamista siksi, että kyse on vetoamisoikeuden menettämisestä. Väittämistaakan rajatessa oikeusriidan alaa asianosaisen vetoamistahto potentiaalisiin perusteisiin nähden jää tietymättömäksi. Prekluusiotilanteissa jokin faktaperuste jätetään huomioon ottamatta vastoin asianosaisen nimenomaista vaatimusta.

Prekluusiosäännösten tulkintoihin liittyy lisäksi aina taaksepäin suuntautuva ajallinen aspekti. Kysymyksenä on, millaista yksilöintiä asianosaiselta on voitu edellyttää viimeistään siinä vaiheessa, kun lausuman kriittinen aika on umpeutunut. Käräjäoikeuden valmistelun aikana ei voitane edellyttää samaa täsmällisyyttä tai täydellisyyttä kuin asian ehdittyä pääkäsittelyyn. Toisaalta vielä käräjäoikeuden pääkäsittelyssä saattaa olla kohtuutonta edellyttää kaikkien lopulta tuomarin päätöksenteossa relevanteiksi osoittautuvien faktojen erityistä mainitsemista.

Jos tosiasiaväitteiden hyvinkin täsmällinen yksilöinti vastapuolen kuulemisintressin vuoksi saattaisikin olla tarpeen, lienee vaatimuksissa joustettava vähintäänkin siinä vaiheessa kun tarkastellaan vetoamisvelvollisen tahon mahdollisuutta edes jossakin järkevässä määrin kehitellä (täydentää) vetoamislausumia.[23] Usein näköpiiriin nousseekin jo kysymys, tulisiko vastuu jonkin yksittäisen asiaintilan huomatuksi tulemisesta asettaa viime kädessä vetoamisvelvolliselle vai tuomioistuimelle.[24] Kuten edellä on todettu, edes ”lopullista” vaatimustasoa ei ole perusteltua viedä äärimmäisyyksiin asti.[25]

5.2.2 Todistelusta prekluusiouhan kohteena

5.2.2.1 Todistuskeinot

Prekluusiouhan kohteena ovat ainakin todistuskeinot eli henkilötodistajat ja kirjalliset todisteet. Prekluusion uhalla asianosaisen on ainakin ilmoitettava todistuskeinot eli (1) nimettävä ne *todistajat*, joita tämä haluaa asiassa kuulla sekä (2) yksilöitävä *kirjalliset todisteet*, joita tämä haluaa esittää. Kyse on siitä, että asianosainen saattaisi menettää *oikeutensa saada vaatimuksestaan kuultavaksi* todistajan tai oikeutensa jättää oikeudelle asiakirjatodisteita. Asianosai-

---

[23] Tässä esitettyä tukee *Nordhin* (2001 s. 99) näkemys, jonka mukaan ainakaan tosiasia-aineiston vähäisempi täydentäminen ei ole prekluusiokiellon vaikutuspiirissä.

[24] Vrt. perinteiseen näkemykseen ”kyselyoikeuden” soveltumisesta juuri tämän kaltaisiin tilanteisiin, joissa vetoamislausuma on sillä tavoin puutteellinen tai epätäydellinen, että jokin relevantti osatekijä on jäänyt vaille mainintaa. Ks. jo *Boman* 1964 s. 33–34.

[25] Ks. jaksossa 3.7 olevaa esitystä tai kootusti jaksoa 3.7.5.

nen ei voi menettää oikeuttaan nimetä todistajaksi vastapuolen käräjäoikeudessa kuulemaa todistajaa. Lisäksi tuomioistuimella säilyy valta – ja velvollisuus – hankkia kuultaviksi todistajia tai nähtäväksi kirjallisia todisteita ns. viran puolesta (OK 17:8).[26]

Kiistanalalaista on ollut se, ulottuuko prekluusiouhka todistelun kohteen ilmoittamiseen. Seuraavassa tarkastellaan vähän laajemmin tätä kysymystä. Tutkimuksen aiheena ei ole todistusmenettely. Teemaprekluusion tarkastelua puoltaa kuitenkin kysymyksen asema vetoamisvelvoitteiden kokonaisuudessa ja substanssi ajatellen oikeusturvan toteutumisen ehtoja. Verrattuna faktaperusteita koskevaan prekluusiouhkaan teemaprekluusio muodostaisi rinnakkaisen vetoamisvelvoitteiden järjestelmän.[27]

5.2.2.2 Ulottuuko prekluusiouhka todistusteemoihin?

Todistusteemojen prekluusio oikeustieteellisen keskustelun kohteena

Prekluusiosäännökset puhuvat ”todisteiden” prekludoitumisesta.[28] Voitaisiinko todisteella katsoa tarkoitetun määrättyä teemaa koskevaa todistajankertomusta, on vähintäänkin epäilyksenalaista. Yleensä on katsottu, että ainakin lakitekstissä todisteella tarkoitetaan ainoastaan todistuskeinoja. Prekluusion ulottaminen todistusteemoihin ja niitä koskevien kertomusten sisältöön merkitsisi sanamuotoon nähden laajentavaa tulkintaa.[29]

Näkemys on epäilemättä täysin perusteltu, varsinkin kun oikeudenkäyntiaineiston (väitteiden ja todistusaineiston) yksilöintivelvoitteen asettavissa säännöksissä tehdään nimenomaisesti erottelu todisteiden ja todisteiden avulla toteen näytettävien väittämien kesken.[30] Kun prekluusiosäännöksessä puolestaan ei mainita mitään todistusteemoista, saatetaan hyvin perustein tehdä vastakoh-

---

[26] On sinänsä vaikeasti määriteltävissä, milloin tuomarin oikeus tai velvollisuus lisänäytön hankkimiseen olisi käsillä. Käytännössä tällaiseen saattaisi olla aihetta useammin muutoksenhakuprosessissa, jos alioikeudessa kuultua ei ole nimetty todistajaksi enää valitusprosessiin.

[27] Voidaan sanoa, että todistelun kohteeksi ilmoitettavat tosiasiaväitteet eli todistusteemat olisivat suurelta osin päällekkäisiä niiden tosiasiaväitteiden kanssa, jotka ovat väittämistaakkasäännön tarkoittaman vetoamisvelvollisuuden kohteena.

[28] ”Asianosainen ei saa asiassa, jossa sovinto on sallittu, pääkäsittelyssä vedota sellaiseen todisteeseen, johon hän ei ole vedonnut valmistelussa, ellei voida olettaa, että hänen menettelynsä johtuu pätevästä syystä. Uusi todiste voidaan kuitenkin ottaa vastaan, jos asianosaiset siihen suostuvat” (OK 6:9.2).

”Valittaja ei saa hovioikeudessa riita-asiassa vedota muihin seikkoihin tai todisteisiin kuin niihin, jotka on esitetty käräjäoikeudessa, paitsi jos hän saattaa todennäköiseksi, ettei hän ole voinut vedota seikkaan tai todisteeseen käräjäoikeudessa tai että hänellä on ollut pätevä aihe olla tekemättä niin” (OK 25:17.1).

[29] Ks. esim. *Leppänen* 1998 s. 328; *Virolainen* DL 1995 s. 338. Ks. myös *Heuman* SvJT 1993 s. 253–254 tai *Nordh* 2001 s. 113.

[30] Ks. OK 5:20.1. Samoin OK 5:2.1 3-k, OK 5:10.1 3-k, OK 5:19 3-k.

taispäätelmä, jonka mukaan teemat eivät kuuluisi prekluusiouhan piiriin.

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa teemaprekluusiosta on kuitenkin eriäviä näkemyksiä. Yleisemmän näkemyksen mukaan todistusteemat ovat ainakin lähtökohtaisesti prekluusiouhan ulkopuolella.[31] Esimerkiksi Jokela on kuitenkin edustanut näkemystä, jonka mukaan uudet todistusteemat prekludoituvat hovioikeudessa.[32] Korkeimman oikeuden ennakkoratkaisuissa asiaan ei ole otettu kantaa.

Ruotsalaisen oikeuskirjallisuuden painotus on toisensuuntainen. Yleisimmin prekluusio ulotetaan todistusteemoihin nimenomaan hovioikeusprosessissa. Niinpä varsin usein katsotaan, ettei asianosainen saisi hovioikeudessa vedota näyttönä alioikeudessa kuullun todistajan uutta todistusteemaa koskevaan kertomukseen.[33] Yksimielisyyttä asiasta ei kuitenkaan ole saavutettu, vaan esimerkiksi Nordh suhtautuu todistusteemojen prekluusioon torjuvasti.[34]

Todistusteemojen prekluusio näyttäytyy ajateltavissa olevana keinona tehostaa todistelun ilmoittamista koskevaa velvollisuutta. Muussa tapauksessa laiminlyöntien ainoaksi sanktioksi jäisi kuluvastuu. On myös katsottu – erityisesti ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa – että prekluusiosääntelyn päämäärien tehokas toteuttaminen edellyttäisi välttämättä prekluusiouhan ulottamista todistusteemoihin.[35] Tähän on viitattu myös kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa.[36]

Mitä teemaprekluusioon voisi sisältyä?

Puhuttaessa todistusteemasta tarkoitetaan lähinnä asiaintilaväittämää, jonka toteen näyttämiseen asianosainen pyrkii. Todistusteema on toisin sanoen todistelun kohteena oleva väittämä.[37]

Vaikka puhutaan todistusteemojen prekludoitumisesta, voidaan pitää selvänä, että nämä väittämät eivät sellaisenaan voi prekludoitua todisteiden prekluusiota koskevien säännösten nojalla.[38] Niinpä prekluusiovaikutus saattaisi

---

[31] Ks. *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 68; *Ala-Uotila* DL 1995 s. 495; *Lappalainen* 1994b s. 211.

[32] *Jokela* 2010 s. 335–336 ja 2004 s. 495–496. Samoin *Hirvonen* DL 1995 s. 445–447, joka katsoo, että teemaprekluusiota tulisi soveltaa myös käräjäoikeudessa. Vastaavalla tavoin *Kuusimäki* DL 1994 s. 438.

[33] Ks. *Ekelöf – Boman* 1990 s. 64; *Welamson* 1994 s. 100; *Heuman* SvJT 1993 s. 254–255. Samoin *Lindell* 1993 s. 247 tai *Lindell* 2012 s. 262–263. *Boman* (Rättsmedlen s. 63) sitä vastoin on korostanut todisteiden prekluusion (teemaprekluusio nähtävästi mukaan lukien) ongelmallisia puolia, painottaen näytön arvioinnin kontrolloinnista aiheutuvaa välttämättömyyttä hyväksyä uusiakin todisteita kuten alioikeudessa kuultuun verrattuna laajennettuja todistajankertomuksia.

[34] Ks. *Nordh* 2001 s. 113–114. Myös *Fitger* ja *Renfors* (2001 s. 211) mainitsevat hovioikeusprekluusion (RB 50:25.3) kohdistuvan uusiin oikeustosiseikkoihin ja todistuskeinoihin.

[35] Ks. esimerkiksi *Heuman* SvJT 1993 s. 254.

[36] Ks. *Jokela* 2010 s. 335 vrt. 337.

[37] Ks. myös *Lappalainen* 1999 s. 186.

[38] Vrt. maininnat, joiden mukaan todistustosiseikat eivät voi prekludoitua. Ks. esimerkiksi *Leppänen* 1998 s. 326 tai *Jokela* 2010 s. 336. Joskus on kyllä tähänkin sääntöön ehdotettu poikkeuksia. Ks. esim. *Ekelöf* V 1990 s. 31, jossa pohditaan mahdollisuutta lähinnä tärkeimpien indisio-

teemoista puhuttaessa kohdistua joko asianosaisen oikeuteen vaatia esitettäväksi näyttöä tai oikeuteen hyödyntää jo (ehkäpä kiellon vastaisestikin) esitettyä näyttöä.[39]

Väittämien mukaiset asiaintilat saatetaan puolestaan luokitella oikeus- tai todistustosiasioiksi. Kuten jäljempänä havaitaan, mahdollisen teemaprekluusion kannalta ei ole annettu merkitystä sille, kumpaan kategoriaan asiaintila luokiteltaisiin.[40] Jos todistusteemat on luettu prekluusiouhan piiriin, uhka on ulotettu myös ”välillisesti” relevantteja asiaintiloja koskevaan todisteluun.[41]

> Terminologisessa mielessä on paikallaan huomauttaa, ettei ’oikeustosiseikan’ olemassaolon toteaminen voi koskaan olla puhdas näyttökysymys. Niinpä faktojen oikeudellinen relevanssi ei voi koskaan olla välitöntä siinä merkityksessä kuin mihin väittämistaakkaoppien tarkoittama käsitteistö tuntuisi viittaavan.

Todistelun ilmoittamisvelvollisuus ei rajaudu vain todistuskeinoihin, vaan valmistelua koskeva säännös (OK 5:20.1) asettaa todistusteemojen ilmoittamista koskevia velvoitteita. Säännöksen mukaan asianosaisen on ilmoitettava mitä hän aikoo näyttää toteen kullakin todisteella.

Asianosaisen ilmoittamisvelvoitteessa saatetaan hyvin erottaa kaksi osiota. Ensiksikin asianosaisen tulee (1) ilmoittaa todistusteemat eli ne väittämät, joista näyttöä tultaisiin esittämään. Lisäksi asianosaisen velvollisuuksiin kuuluu tavallaan (2) kohdentaa todistuskeinot todistelun kohteeksi tuleviin väittämiin.

Sikäli kuin teemaprekluusioon on suhtauduttu myönteisesti, kumpikin elementti on sisältynyt prekluusiouhan piiriin. Näin ollen, jos jotakin väittämää ei olisi lainkaan ilmoitettu todistelun kohteeksi, asianosainen saattaisi menettää oikeutensa esittää sitä koskien mitään todistelua.[42] Toisaalta todistuskeinot tulisi liittää teemoihin. Niinpä asianosainen, joka on ilmoittanut kuultavaksi kaksi henkilötodistajaa, saisi esittää kummallekin todistajalle vain näille ilmoitettu-

---

väittämien prekludoitumisesta vetoamatta jääneinä.

[39] Kuten jäljempänä havaitaan, kaiken määrättyä väittämää koskevan näytön ei ole katsottu voivan menettää merkitystään johtuen muun muassa vapaan todisteiden harkinnan asettamista vaatimuksista.

[40] Eri asia on tietysti se, että käytännön syistä asiaintilan oikeudellisen relevanssin ilmeisyys, välittömyys tai päinvastoin etäisyys vaikuttaa siihen, millä tavoin (kuinka todennäköisesti) ilmoittamisvelvollisuus tai prekluusiouhka voisi aktualisoitua.

[41] Ks. esimerkiksi *Ekelöf* V 1990 s. 34, jossa teemaprekluusion piiriin luetaan ns. indisioita koskeva todistelu. Indisioilla tarkoitetaan sellaista todistustosiseikkaa, joka kokemussäännön kautta vahvistaa lopullista todistusteemaa koskevaa näyttöarvoa. (Ks. esim. *Klami* EIF IV s. 713–714.) Ks. myös *Lindell* 1993 s. 243–244.

[42] Tämä siis siitä huolimatta, että väittämään on vedottu ns. faktaperusteena. Saatetaan tietysti pitää jo lähtökohtaisesti huomiota herättävänä, mikäli jokin keskeinen väite näyttäisi jäävän kokonaan vaille todistelua. Syynä voi olla asiaintilan näytöllinen riidattomuus mutta yhtä hyvin huomaamattomuus.

ja teemoja koskevia kysymyksiä. Jos todistetta ei olisi jo ennalta kohdennettu määrättyyn väittämään, oikeus tehdä kysymyksiä tai hyödyntää kirjallista todistetta saatettaisiin tältä osin menettää.[43]

Alustavasti saatetaan jo todeta, että teemoihin ulottuva prekluusiouhka merkitsee todistelun (todistusmenettelyn) näkökulmasta huomattavaa muotosidonnaisuutta. On oikein verrata ilmoittamisvelvollisuutta nimenomaan vetoamisvelvollisuuteen. Ilmoittamisvelvollisuus näyttäisi rajoittavan yhtäältä todistusmenettelyä sallimalla kysymykset vain vedotuista eli ilmoitetuista aiheista ja toisaalta kaventavan hyödyntämiskiellon kautta esille tuodun näytön arviointia.

Kaikki määrättyä väittämää koskeva näyttö ei kuitenkaan voi joutua prekluusion kohteeksi. Voidaan hyvin luonnehtia, että teemaprekluusio rajoittaisi näytön arviointia ja hyödyntämistä ainoastaan kaventamalla asianosaisen aktiivista mahdollisuutta väitteidensä toteen näyttämiseen. Passiivisesti asianosaisen eduksi oleva näyttö sitä vastoin otetaan huomioon.

> Tähän ehkä sisältyy määrätynlainen paradoksi, ainakin sitä taustaa vasten, että siviiliprosessi muutoin on rakennettu asianosaisen aktiivisuuden ja tahdonilmaisujen varaan. Parhaiten tämä lienee selitettävissä prekluusioinstituutioon vahvasti liittyvän sanktioajattelun pohjalta; pyrkimyksenä on estää epätoivotun kaltaista prosessaamista.

Tätä osoittaa monikin oikeuskirjallisuudessa ja epäilemättä myös tosiasiallisessa oikeuskäytännössä vakiintunut näkemys. Niinpä muulla tavoin kuin asianosaisen vetoamien todisteiden pohjalta näytettynä asianosaisen väitteet yhä hyväksyttäisiin.[44] Samoin asianosaisen väitteet voisivat tulla hyväksytyiksi, jos niitä koskeva todistustaakka olisi vastapuolella. Vastaavasti notorisesti tosina pidettävät väittämät olisi asetettava ratkaisun perustaksi.

Väitteet voitaisiin katsoa näytetyiksi *vastapuolen esittämän todistelun* tai *tuomioistuimen viran puolesta hankkiman todistusaineiston* perusteella.[45] Prekluusiovaikutuksen piiriin eivät voisi joutua todistajan vastaukset *tuomarin tekemiin lisäkysymyksiin*.[46] *Vastapuolen kysymyksiin annetut vastaukset* tulee niin ikään ottaa huomioon.[47]

---

[43] Näin esimerkiksi *Jokela* 2010 s. 334–335; *Ekelöf – Boman* 1990 s. 64; *Welamson* 1994 s. 100; *Lindell* 1993 s. 247; *Heuman* SvJT 1993 s. 254–255. Samoin itse kysymyksenasettelun suhteen *Leppänen* 1998 s. 331, vaikka suhtautuukin teemaprekluusioon eräitä poikkeustilanteita lukuun ottamatta torjuvasti. Kotimaisessa keskustelussa teemojen prekludoituminen on tosin rajattu koskemaan vain henkilötodistelua, kuten jäljempänä havaitaan.

[44] Vaille asianosaisen ilmoittamaa todistelua jäänyt väittämä tulisi toisin sanoen asettaa jutussa annettavan ratkaisun perustaksi näissä molemmissa tapauksissa. Lähinnä asianosaisen oikeus vedota näyttöön voisi prekludoitua.

[45] Ks. esimerkiksi *Ekelöf – Boman* 1990 s. 63.

[46] *Lindell* 1993 s. 245–246.

[47] *Lindell* 1993 s. 245–246.

Lisäksi on katsottu, että asianosaisen kuulusteleman *todistajan spontaani maininta* jonkin väittämän tueksi on otettava näytön arvioinnissa huomioon.[48] Tällöin saatettaisiin joutua rajankäyntiin sen suhteen, onko asianosainen ”vedonnut” lausumaan kielletyssä tarkoituksessa tai ”esittänyt” oikeudelle todistelua kielletystä teemasta vai onko lausuma todella spontaani.[49] Syynä tähän näkemykseen on juuri se, ettei näytön arviointia ole katsottu voitavan rajoittaa tämän enempää.[50] Lähtökohtana on tuomioistuimen velvollisuus arvioida asiassa esitetty näyttö rajoituksetta, vapaan harkinnan pohjalta, mihin jo OK 17:3 velvoittaa. Siksi todisteiden hyödyntämisen rajoituksiin suhtaudutaan lähtökohdiltaan torjuvasti.

Samoin on viitattu prekluusiosäännösten sanamuotoon, jonka mukaan prekluusion kohteena todella on oikeus ”vedota” todisteeseen. Vetoamisesta taas ei voitaisi puhua, jos todistajan maininta on oma-aloitteinen.[51] Lisäksi on huomautettu, ettei todistajan spontaanin kertomuksen sivuuttaminen näytön arvioinnissa myötävaikuttaisi prekluusioinstituution tavoitteiden toteutumiseen.[52]

Samat näkökohdat perustelevat vastapuolen ja tuomioistuimen aloitteesta annettujen kertomusten rajaamista teemaprekluusion ulkopuolelle.[53] Tuomarin lisäkysymysten rajoittamatonta hyödyntämistä puoltaa lisäksi se, ettei edes uusien todistuskeinojen (todistajien tai asiakirjatodisteiden) hankkimista viran puolesta ole rajoitettu, vaan se olisi päinvastoin sallittu verrattain laajalti.[54]

> Jotkin kirjoittajista ovat toiselta puolen katsoneet, ettei tuomarin tulisi todistajalle kysymyksiä tehdessään eksyä asianosaisten ilmoittamien teemojen ulkopuolelle.[55]

Usein on katsottu, ettei prekluusiota voitaisi soveltaa ns. *vastakuulustelussa*. Asianosaisen oikeus tehdä kysymyksiä vastapuolen nimeämälle todistajalle ei toisin sanoen kuulu prekluusiouhan piiriin.[56] Tämä merkitsee rajausta asianosaisen aktiiviseen todisteluun ulottuvalle teemaprekluusiolle.

Rajaus on hyvin perusteltu. Mitä vastapuolen nimeämät todistajat oikeus-

---

[48] Näin ainakin *Lindell* 1993 s. 245–246 ja *Leppänen* 1998 s. 329. Ks. myös *Nordh* 2001 s. 113, joka tällä perusteella hylkää teemaprekluusion kokonaan.

[49] *Lindell* 1993 s. 246. Vetoamisesta ei ole kyse silloin kun todistaja kertoo jostakin täysin spontaanisti tai vastaa tuomarin tai vastapuolen kysymykseen.

[50] Ks. *Lindell* 1993 s. 245–246; *Leppänen* 1998 s. 329–330.

[51] *Lindell* 1993 s. 246.

[52] Ks. *Leppänen* 1998 s. 330.

[53] Ks. *Nordh* 2001 s. 113. On tietysti täysin selvää, että myös vastapuolen hankkiman näytön rajaaminen todistusharkinnan ulkopuolelle merkitsisi poikkeamista nimenomaan näytön vapaasta, kokonaisvaltaisesta arvioinnista.

[54] Vrt. OK 17:8. Ks. *Leppänen* 1998 s. 329; *Nordh* 2001 s. 113; *Lindell* 1993 s. 245.

[55] Ks. *Welamson* 1994 s. 100 ja *Lindell* 1998 s. 243.

[56] Näin *Ekelöf* V 1990 s. 80 ja *Hirvonen* DL 1995 s. 445, vaikka kumpikin muutoin suhtautuu teemaprekluusioon myönteisesti. Samoin *Leppänen* 1998 s. 330.

riidan kohteena olevasta asiasta tietävät, on usein vaikea ennakoida. Todistajat saattavat olla sillä tavoin lähempänä toista osapuolta, ettei asianosaisilla ole tasapuolisia mahdollisuuksia heidän haastattelemiseensa ennen oikeudenkäyntiä. Siksi on katsottu välttämättömäksi, että mahdollisuus vastapuolen todistajien kuulemiseen on rajoittamaton ainakin oikeudenkäynnin aikana.[57] Lähinnä tätä edellyttävät oikeudenmukaisuusnäkökohdat.

Saatettaisiin lisäksi viitata käsitteellisiin ongelmiin, jos vastakuulustelussa koetettaisiin kieltää kysyjän omia väitteitä tukevien kysymysten esittäminen. Rajankäynti voisi muodostua mahdottomaksi, sillä yleensäkin kaikkien kysymysten saatetaan tulkita liittyvän kysyjän omien väitteiden toteennäyttämiseen. Käytettävissä ei toisaalta olisi edes sitä jäsentelyä, jonka väittämistaakan jakoa koskeva traditio tarjoaa. Todistelun (ja siis ns. teemaprekluusion) kohteena ovat kaikki tosiasiaväittämät, riippumatta niiden väittämistaakkaan liittyvästä luokittelusta.

> Vrt. kuitenkin Lindellin ehdotusta, jonka mukaan teemaprekluusion ulottuvuuden määrittelisi ns. historiallinen tapahtumien kulku.[58] Ehdotus on ymmärrettävissä juuri yllä sanottua vasten.

Edellä selostetun kanssa ristiriitaan saattaisi tosin joutua tuomarin velvollisuus rajoittaa vastatodistelun laajenemista niiden teemojen ulkopuolelle, jotka todistajan nimennyt osapuoli on ilmoittanut. Tätä näytetään kylläkin samanaikaisesti korostettavan. Tuomarille olisi varottava antamasta verrattain vapaaseen harkintaan perustuvia valtuuksia, joiden avulla asianosaisen oikeutta kuulustella todistajaa kavennettaisiin. Jos vastapuolen todistajan kuulusteleminen nimenomaisesti sallitaan, tätä mahdollisuutta ei tule tehdä tyhjäksi prosessinjohtotoimin minkäänlaisen painostuksen avulla.[59]

Avoimeksi jäisi näin ollen lähinnä (1) asianosaisen oikeus kuulustella itse nimeämäänsä todistajaa sellaisista väittämistä, joita ei ole ilmoitettu todistusteemoiksi. Ainakin teoriassa prekluusion kohteena voisi olla asianosaisen oikeus jättää oikeudelle kirjallisia todisteita aiemmin ilmoittamattoman väittämän tueksi. Jos alkuperäisestä todistusteemasta luovuttaisiin ja samalla todistusteema kokonaan vaihdettaisiin, prekluusio voisi kenties johtaa siihen, ettei asiakirjaa enää hyväksyttäisi todisteeksi.

Avoimeksi jää niin ikään asianosaisen oikeus (2) vaatia hyödynnettäväksi sinänsä (a) luvatta hankkimaansa todistajankertomusta. Kertomusta ei toisin sanoen voitaisi hyödyntää siltä osin kuin se perustuu asianosaisen luvattomiin

---

[57] *Hirvonen* DL 1995 s. 445; Ks. myös *Ekelöf* V 1990 s. 80.

[58] Ks. *Lindell* 1993 s. 247.

[59] Nähdäkseni olisi väärin kieltää poikkeaminen vastapuolen ilmoittamista teemoista. Vrt. esimerkiksi *Leppänen* 1998 s. 330, jonka mukaan vastakuulustelun tulee pysyä pääkuulusteluun ilmoitetun teeman rajoissa. Tämä olisi tosin toteutettava prosessinjohdon keinoin.

kysymyksiin. Vastaavasti saatettaisiin menettää oikeus vaatia hyödynnettäväksi (b) oikeudelle (luvallisesti tai luvatta) jätettyä asiakirjaa siltä osin kuin siitä käy ilmi seikkoja, joita ei ole todistelua ilmoitettaessa liitetty näitä seikkoja koskeviin väittämiin.

Yleensä tulkinnanvaraisuuden on katsottu koskevan lähinnä todistajalle tehtäviä kysymyksiä. Esimerkiksi Jokelan mukaan alioikeudelle jo jätettyä kirjallista todistetta voidaan todistusharkinnassa hyödyntää rajoituksetta. Näkemyksen perustelu on kuitenkin epätyydyttävä, antaessaan ratkaisevan merkityksen sille, että kirjallisista todisteista ilmenevät tiedot ovat kaikinpuolisen vetoamisvelvoitteen ulkopuolelle jääviä todistustosiseikkoja.[60] Todistajan kertomuksen sisältö saatetaan nimittäin aivan yhtä hyvin perustein luokitella todistustosiasiaksi.[61] Näin tulisi johdonmukaisuuden vuoksi tehdäkin. Se, että todistaja on kertonut määrätyllä tavoin, on tosiasia, jonka perusteella tehdään päätelmiä todistelun kohteena olevista tosiasiaväittämistä.[62]

> Myös Leppänen rajaa tarkastelunsa ainoastaan todistajille tehtäviin kysymyksiin.[63] Samoin tekevät Lindell sekä Ekelöf ja Boman.[64] Kysymyksenasetteluun asiakirjatodistelu on saatettu sisällyttää lähtökohtaisesti.[65] Myönteiset päätelmät prekluusion ulottuvuuden suhteen ovat kuitenkin liittyneet vain henkilötodisteluun.

Myös ruotsalaisessa kirjallisuudessa teemaprekluusion soveltumista koskevat ehdotukset ovat rajoittuneet yleensä henkilötodisteluun. Ruotsin korkeimman oikeuden ratkaisussa (NJA 2004 s. 874) sitä vastoin tarkastellaan myös asiakirjatodisteen (lääkärinlausunto) prekludoitumista siltä osin kuin lausunnon avulla pyrittäisiin esittämään näyttöä uusista teemoista. Prekluusiosäännöksen periaatteellista soveltuvuutta ei täysin tyrmätä.

> Ratkaisussa on tarkasteltavana kysymys paitsi todistajanlausuntojen myös asiakirjatodisteen (lääkärinlausunnon) prekludoitumisesta siltä osin kuin ne perustuivat alioikeusprosessin jälkeen tehtyihin tutkimuksiin. Prekluusion torjumiseen vaikutti se, että teema (työkyvyn alenemiseen onnettomuudet johdosta vaikuttavat vammat) oli ollut ainakin pääasiallisesti vastaavan asia-

---

[60] *Jokela* 1988 s. 232.

[61] Ks. myös *Lindell* 1993 s. 243–244.

[62] Syynä kirjallisten todisteiden prekluusiolta välttymiseen saattaa olla lähinnä se, että tuomioistuimeen jo jätetyn todisteen asianosaisen vetoamaa laajemman hyödyntämisen ei ole ajateltu aiheuttavan prosessitaloudellisia kustannuksia. Toiselta puolen kirjallista aineistoa koskeva hyödyntämiskielto aiheuttaisi turhan ilmeisiä ongelmia jo käsitteellisen jäsentelyn suhteen. Vastapuolen oikeusturvan näkökulmasta prekluusiota kenties saatettaisiin puolustaa myös asiakirjatodisteiden osalta.

[63] Ks. *Leppänen* 1998 s. 331.

[64] Ks. *Lindell* 2012 s. 262–263; *Ekelöf – Boman* 1990 s. 64.

[65] Ks. esim. *Leppänen* 1998 s. 331; *Nordh* 2001 s. 113 tai *Welamson* 1994 s. 99–100.

kirja- (ja henkilö)todistelun kohteena jo alioikeudessa. Ns. teemaprekluusion periaatteellista soveltuvuutta ei kokonaan torjuta asiakirja- tai henkilötodistelun osalta. Hovioikeustasolla prekluusiota oli sovellettu.

Seuraavassakin aloitetaan lähinnä kysymyksellä, rajoittaako prekluusio asianosaisen oikeutta esittää kysymyksiä (joko omalle tai vastapuolen nimeämälle) todistajalle tai oikeutta hyödyntää todistajan kertomusta.

Arviointia

Teemaprekluusiota puoltavat näkemykset palautuvat varsin pitkälti prosessitaloudellisiin näkökohtiin. Usein viitataan konkreettisemmin ns. instanssijärjestyksen periaatteen nimellä tunnettuun ajatukseen, jonka mukaan hovioikeusprosessin ei tulisi sisältää sellaista aineistoa, joka ei ole ollut arvioitavana käräjäoikeudessa.[66] Tällöin prosessin kohde ei laajene, vaan kapenee edettäessä ylempään oikeusasteeseen. Ajatus on kuitenkin mitä suurimmassa määrin välineellinen luonteeltaan. Ideana on tietysti se, että prosessointi ylemmässä oikeusasteessa muodostuu kaikissa merkityksissään suppeammaksi, vähemmän työtä tai ns. prosessitaloudellisia kustannuksia aiheuttavaksi.

Usein asia esitetään siten, että päinvastainen olisi lain tavoitteiden vastaista. Mitä sääntelyn kokonaisuus merkitsee nimenomaan teemaprekluusion sovellettavuuden näkökulmasta, on kuitenkin lopulta mutkikas ongelma. Mistään sääntelyn sisäisestä ristiriitaisuudesta ei varmasti tarvitse olla kysymys, vaikka lain sanamuoto jättää todistusteemat prekluusion ulkopuolelle.

Joka tapauksessa argumentoidaan, että todistajan kuulusteleminen uudesta teemasta voisi muodostaa vastapuolen näkökulmasta pätevän syyn hankkia kuultavaksi vielä uusi todistaja. Tällöin oikeudenkäyntiaineisto laajenisi, eikä menettelyn ”muutoksenhaunomaisuus” toteutuisi.[67]

Perusteeksi saatetaan toisaalta esittää ”prekluusiosääntelyn tavoitteet yleensä”.[68] Nämä ovat monimuotoisia, vaikkakin prosessitaloudellisia vaikutuksia epäilemättä voidaan pitää tärkeimpinä. Näkökulma painottuu jälleen hovioikeusprosessiin; varmaa on, että enin osa kaikesta lailliseen oikeudenkäyntiaineistoon kohdistuvasta karsinnasta todella nopeuttaa hovioikeusprosessia.

Jos näkökulmaa laajennetaan, prosessitaloudelliset vaikutukset saattavat kääntyä päinvastaisiksi. Teemaprekluusiota on vastustettu sillä perusteella, että uusien todistusaiheiden prekludoituminen hovioikeudessa aiheuttaisi prosessitaloudelliselta kannalta vakavasti haitallisia vaikutuksia käräjäoikeudessa. Ilmeiseltä vaikuttaakin, että muutoksenhakuvaiheeseen liittyvä prekluusiouhka

---

[66] Ks. esim. NJA 2004 s. 874, perusteluosa.

[67] Ks. *Hirvonen* DL 1995 s. 438; *Jokela* 2010 s. 335 ja 337. Täysin samaan argumentaatioon nojautuu *Heuman* SvJT 1993 s. 254.

[68] *Jokela* 2010 s. 335 vrt. 325–328. Prekluusiosääntelyn tarkoitukseen viittaavat niin ikään *Ekelöf* ja *Boman* (1990 s. 64) sekä *Welamson* (1994 s. 100).

aiheuttaa käräjäoikeuden tasolla huomattavan paineen ilmoittaa todistelun aiheet mahdollisimman laveina ja runsaina. Samalla olisi varminta sisällyttää niihin useita yksityiskohtaisempia teemoja.[69] Tätä tarvetta vielä korostaa asianosaisen näkökulmasta se epämääräisyys, joka teemojen tulkintaan liittyy.

Toisekseen on huomautettu, ettei muutoksenhaku näyttökysymykseen voisi täyttää tarkoitustaan, jos todistajien kertomusten laajenemiseen suhtauduttaisiin täysin torjuvasti. Näin ollen asianosaisen on voitava jossakin määrin laajentaa omaa todisteluaan. Todistelua ei voida järkevästi jäädyttää siten, että hovioikeuden arvioitavaksi hyväksyttäisiin vain alioikeudessa jo kuullut kertomukset, jotka hovioikeudessa vain toistettaisiin. Niinpä on sanottu, että käytännössä kaikissa näytön uudelleen arviointiin perustuvissa prosesseissa vedotaan joiltakin osin uuteen näyttöön, laajennettuihin todistajankertomuksiin.[70]

Muutoksenhaun näyttökysymykseen ei ensinnäkään ymmärretä rajautuvan ainoastaan todistajien kertomusten rehellisyyteen tai edes siihen, onko käräjäoikeus tulkinnut kertomusten sisällön oikein. Näytön arviointi koskee myös hovioikeudessa kysymystä, mikä on todistajien lausumien (ja kirjallisten todisteiden) näyttöarvo ajatellen jutussa merkityksellisiä asiaintilaväitteitä.[71] Todistajan kertomuksen näyttöarvoon vaikuttaa puolestaan esimerkiksi se, jos todistaja tietää sellaista asiaan vaikuttavaa, joka ei ole todistajaa käräjäoikeudessa kuultaessa tullut esiin. Kyse voi olla välittömästi relevanteiksi luokitelluista oikeustosiseikoista kertovista havainnoista tai havainnoista, jotka vaikuttavat joko vahvistavasti tai heikentävästi alioikeudessa esitetyn muun todistelun luotettavuuteen tai merkitykseen.

Laajennetun todistelun salliminen on toisaalta nähty välttämättömäksi (tai ainakin perustelluksi) siitä syystä, että alioikeusprosessin aikana on mahdotonta ennakoida, millaista näyttöä vastapuoli tulee esittämään tai millaisen sisällön todistajien kertomukset saavat. Lisäksi omat todistajat saattavat vetäytyä aiemmista lausumistaan tai muuttaa niitä.[72]

Selostetuista syistä on nähty välttämättömäksi sallia ainakin todistelun laajentaminen. Toiselta puolen on saatettu pitää riittävänä, että asianosaiselle varataan mahdollisuus täydentää todistajalle tehtäviä kysymyksiä. Joka tapauksessa tarve näytön arvioinnin kontrolloimiseen kaventaa edelleen teemaprekluusion mahdollista käyttöalaa.[73]

---

[69] Esimerkiksi *Leppänen* (1998 s. 333) katsoo, että teemaprekluusion puuttuminen päinvastoin antaisi asianosaisille mahdollisuuden ilmoittaa todistusteemat täsmällisyyteen pyrkien.

[70] *Ekelöf – Boman* 1990 s. 63. Samoin *Lindell* (1993 s. 246), jonka mukaan näytön arvioinnin kontrollointi edellyttää välttämättä sen hyväksymistä, että todistajankertomukset laajenevat.

[71] Ks. *Lappalainen* 1999 s. 186–187.

[72] Ks. *Ekelöf – Boman* 1990 s. 62–63.

[73] Ks. *Ekelöf – Boman* 1990 s. 62–63. Ks. myös *Lindell* (1993 s. 247), jonka mukaan todisteluaiheita on voitava laajentaa niin kauan kuin kysymykset pysyttelevät saman historiallisen tapahtumien kulun puitteissa.

Ei toisaalta pidä vähätellä myöskään lain sanamuodon merkitystä. On jokseenkin selvää, ettei prekluusiouhan ulottuminen oikeuteen kuulustella todistajaa käy ilmi säännösten sanamuodosta. Koska prekluusio rajoittaa hyvin konkreettisella tavalla asianosaisen oikeuksia ja lisäksi vaarantaa aineellisen oikeusturvan toteutumisen, säännöksiä ei tulisi tulkita laajentavasti.[74] Oikeutta todistajan kuulustelemiseen rajoittavat tulkinnat saattaisivat lisäksi olla ristiriidassa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten kanssa.[75]

Nähdäkseni teemaprekluusiota vastaan puhuu myös se, että instituution käyttöala jäisi joka tapauksessa edellä selostetulla tavoin kapeaksi. Samalla sen vaikutukset muodostuisivat osin sattumanvaraisiksi. Prosessin lopputulos voisi riippua siitä, onko aiemmin esille tulematon tieto oman vai vastapuolen nimeämän todistajan hallussa. Samoin olisi ainakin asianosaisen näkökulmasta sattumanvaraista, käykö ratkaiseva informaatio ilmi kirjallisesta aineistosta vai osaavatko siitä kertoa ainoastaan henkilötodistajat.

Varmaa ei toisaalta ole sekään, voitaisiinko yhdenvertaisuuden näkökulmasta pitää hyväksyttävänä, jos todistajan nimenneen osapuolen hyödyntämisoikeutta rajoitettaisiin samalla kun vastapuoli voisi hyödyntää samaa todistajaa rajoituksetta.[76]

Hyvin pulmallista on kuitenkin se, että todistusteemojen prekluusio aiheuttaisi tarpeen moniin hankaliin rajankäynteihin. Oliko todistajan lausuma spontaani vai annettiinko se vastauksena asianosaisen tai tuomarin kysymykseen? Milloin todistelun aiheet on yksilöity tarpeeksi laveasti mutta samalla riittävän yksityiskohtaisesti, jotta todistajalle esitetyn kysymyksen voitaisiin katsoa mahtuvan ilmoitettujen teemojen piiriin? Nämä rajankäynnit olisi kokonaan vältettävissä jättämällä todistusteemat prekluusiouhan ulkopuolelle.

Vastauksena yksilöintiä koskevaan ongelmaan on tosin esitetty, että kiellettyä olisi vain todistajan kuuleminen eri tapahtumien kulusta kuin mitä on ilmoitettu tai kuultu alioikeudessa.[77] Historiallinen tapahtumien kulku ei kuitenkaan ole millään tavalla yksiselitteinen kriteeri.[78]

---

[74] Ks. myös *Leppänen* 1998 s. 328, jonka mukaan laajentava tulkinta vaatii tuekseen ”vahvoja argumentteja”. Lähtökohta on myönnetty myös ruotsalaisessa kirjallisuudessa, jossa riittävät syyt kuitenkin on löydetty.

[75] Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä aseiden yhtäläisyys ja menettelyn kontradiktorisuus ovat saaneet konkreettisia ilmenemismuotoja juuri todistelun kohdalla. Riitaasioita käsittelevä oikeuskäytäntö ei tosin ole erityisen laajaa tai menettelyn yksityiskohtiin pureutuvaa. Ks. Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen oikeuskäytännöstä näiltä osin esimerkiksi *Ervo* 2008 s. 262–278. Lienee kuitenkin ajateltavissa, että oman tai vastapuolen todistajan kuulustelemista koskevan oikeuden rajaaminen saattaisi olla ristiriidassa todistelussa edellytetyn menettelyn kontradiktorisuuden tai tasa-arvoisuuden kanssa.

[76] Vrt. *Ekelöf* V 1990 s. 80.

[77] *Lindell* 1993 s. 247; samoin *Jokela* 2010 s. 337.

[78] Kyseessä on vanha (Olivecronan) ehdotus sen klassisen ongelman ratkaisemiseen, milloin ”asia” kanteen tueksi esitettyjen uusien seikkojen johdosta ”muuttuu toiseksi”, joka luonnehdinta määrittelee kanteen sallitun muuttamisen rajoja (vrt. OK 14:2.3).

Teemaprekluusio jättäisi lisäksi pulmallisen kiertämismahdollisuuden. Todistaja saatettaisiin hyvin ”valmentaa” oma-aloitteisiin lausumiin. Yleiseltä kannalta olisi tuskin eduksi, jos uusien teemojen kieltoa ennakoiva ja kunnioittava ”rehellinen” prosessaaja jäisi tässä suhteessa tappiolle.

Missä määrin menettelyllisen oikeudenmukaisuuden vaatimus puoltaisi todistusteemojen prekludoitumista? Myöhään vedottu yllättävä aineisto saattaa heikentää vastapuolen puolustautumismahdollisuuksia. Vaikka ilmoitetusta todistusteemasta poikkeaminen aiheuttaisi tyypillisesti oikeuden vastanäyttöön, esimerkiksi uuden todistajan nimeämiseen, jäisi vastapuolen riskille tämän oikeuden toteutuminen myös käytännön tasolla. Haitta ei siksi kokonaan eliminoidu. Viivästymisestä aiheutuvat lisäkustannukset, jos sellaisia aiheutuu toisen osapuolen moitittavaksi katsottavasta menettelystä, saatetaan sitä vastoin kompensoida sopivimmin kuluvastuun kautta.

> Oikeutta menettelyllisen hyödyn voittamiseen, joka prekluusion myötä aiheutuisi vastapuolen tappioksi, sitä vastoin on tuskin aiheellista tunnustaa. Nähdäkseni ei toisin sanoen olisi syytä nimenomaisesti palkita toista osapuolta menettelysääntöjen paremmasta osaamisesta.[79]

Ehkäpä painavimpana näkökohtana saatetaan pitää kuitenkin sitä, että todistajankertomusten prekludoituminen merkitsee jälleen yhtä formaalia elementtiä, joka asettuisi aineellisen oikeusturvan toteutumisen esteeksi.[80] Kun määrittelykysymykset ovat verrattain epämääräisiä ja todisteiden ilmoittaminen toisaalta merkitsee vaikeasti täytettävää velvoitetta, laillisen oikeudenkäyntiaineiston juridisointi menee turhan pitkälle.

Välttääkseen todistelua koskevien oikeuksiensa menettämisen asianosaisen tulisi kyetä ennakoimaan paitsi se, mikä todistusaineisto asiassa on riittävää, myös se mitä omat ja vastapuolen todistajat asiasta tietävät ja tulevat kertomaan. Todisteluun liittyy liiaksi tekijöitä, joita ei voida ennustaa, jotta kohtuudella voitaisiin välttyä teemaprekluusion kaltaiselta seuraamukselta.

Todistusteemojen prekluusio merkitsee toisaalta rinnakkaista, osin päällekkäistä järjestelmää suhteessa faktaperusteiden (oikeustosiseikkojen) prekluusioon. Rinnakkaisen järjestelmän tarvetta saatetaan epäillä, sillä vetoamislausumat esitetään pääpiirteissään samanlaisin termein kuin todistelun kohdetta koskevat lausumat. Juuri oikeustosiseikoiksi luonnehditut asiaintilat (tai niitä koskevat väittämät) ovat viime kädessä myös todistelun kohteina.[81] Tästä syystä asianosaisten on perusteltua valmistautua oikeustosiseikkoina vedottuja faktaväittämiä koskevaan todisteluun vastapuolen taholta.

---

[79] Tästä laajemmin kyselytoimintaa käsittelevässä jaksossa 7.7.3.2.

[80] Ks. myös *Nordh* (2001 s. 113), joka pitää tärkeänä aineellisen sääntelyn tavoitteiden toteutumista. Usein viitataan myös aineellisen totuuden saavuttamatta jäämiseen.

[81] Ks. myös *Leppänen* 1998 s. 333.

> Teemaprekluusiolle tosin jäisi puhtaasti käsitteellisessä mielessä selkeästi erottuva funktionsa, ennen kaikkea todistuskeinojen liittäminen todistusteemoihin. Lisäksi olisi mahdollista edellyttää todistusteemojen ilmoittamiselta tarkempaa yksilöintiä kuin oikeustosiseikkoja koskevilta vetoamislausumilta. Prekluusioseuraamukseen laiminlyöntitapauksissa liittyisi kuitenkin yllä selostettuja vakavia haittoja.

Johtopäätöksenä edellä olevasta tarkastelusta on se, ettei prekluusiota tulisi soveltaa todistajankertomukseen. Prekluusio ei toisin sanoen kaventaisi asianosaisen oikeutta esittää kysymyksiä nimeämälleen todistajalle. Todistajan antamaa kertomusta puolestaan tulisi hyödyntää näytön arvioinnissa ilman prekluusion aiheuttamia rajoituksia.

Samoista syistä prekluusiota ei tulisi soveltaa asianosaisen oikeuteen vaatia hyödynnettäväksi tuomioistuimelle jätettyjä asiakirjatodisteita. Asiakirjatodistetta ei toisaalta voitaisi kieltäytyä ottamasta vastaan vain siihen nojautuen, että sen avulla ilmoitettaisiin esitettävän näyttöä jostakin uudesta teemasta.

Teemaprekluusion soveltaminen on toisinaan nähty mahdollisena eräissä poikkeustilanteissa. Leppäsen mukaan näitä saattaisivat olla ilmeinen pyrkimys kiertää todistuskeinojen prekludoitumista tai ilmeinen shikaani.

Kiertämistapauksista Leppänen mainitsee esimerkkinä tilanteen, jossa asiakirjaa ei ole käräjäoikeuden valmistelussa ilmoitettu todisteeksi ja jossa todistaja olisi ottanut selvää asiakirjan sisällöstä vasta valmistelun jälkeen.[82] Asiakirjan sisältö voitaisiin tällöin pyrkiä näyttämään toteen todistajaa kuulustelemalla. Asetelma soveltuu myös hovioikeusprekluusioon, jos asiakirjan sisällöstä on otettu selvää alioikeuskäsittelyn päätyttyä. Toinen esimerkki koskee ns. kuulopuheen sisältöä. Kuulopuheen sisällöstä ei todistajalle saisi tehdä kysymyksiä eikä todistajan vastauksia hyödyntää, jos kuulopuhetta ei ole ilmoitettu todistelun kohteeksi.[83]

Mainituissa tilanteissa todistajankertomuksen prekludoituminen ei tunnu mahdottomalta hyväksyä. Ongelmaksi jää kuitenkin esimerkiksi tulkinnanvaraisuus sen suhteen milloin todistajan kertomus on spontaani.[84]

En pitäisi kiertämisen aiheuttavaa ongelmaa niin vakavana, että vaikeasti käsitteellistettävissä oleva ja oikeudenmenetykseen mahdollisesti johtava teemaprekluusio olisi sen takia välttämätöntä ottaa sovellettavaksi edes näissä poikkeustilanteissa. Vaikka epälojaali menettely on mahdollinen, turvautuminen todistajan kertomukseen kuulopuheen tai asiakirjan sisällöstä voi johtua myös aivan hyväksyttävistä syistä. Todellisia syitä vain on usein vaikea osoittaa, jo-

---

[82] *Leppänen* 1988 s. 334.

[83] Ibid.

[84] Kiertämistarkoituksesta ei nähtävästi *Leppäsen* mukaan tarvitsisi edellyttää näyttöä, vaan se lähtökohtaisesti oletettaisiin mainituissa olosuhteissa. Kyse olisi ns. objektiivisin perustein arvioidusta tarkoituksesta.

ten teemaprekluusio voisi tulla sovellettavaksi myös näissä vilpittömissä tilanteissa.

Ilmeinen shikaani olisi kyseessä, jos uudella teemalla pyrittäisiin tarkoituksellisesti vastapuolen yllättämiseen.[85] Mutta olisiko teemaprekluusio suositeltava keino epälojaalin prosessoinnin torjumiseen? Oletus shikaanista tuskin tulisi kovin helposti kyseeseen enää valitusvaiheessa. Ei ole lähtökohtaisesti uskottavaa, että asianosainen tieten tahtoen jättäisi käräjäoikeusprosessin aikana esittämättä ainakaan ratkaisevia todisteita. Koska todisteiden tarkoituksellinen säästäminen hovioikeusvaiheeseen on harvinaista, prekluusiouhalla ei toisaalta olisi edes merkityksellistä ennaltaehkäisevää vaikutusta.

Toisekseen olisi nähdäkseni liian tulkinnanvaraista, milloin kyse on ilmeisestä shikaanitarkoituksesta. Siksi tällaista sääntöä ei tulisi soveltaa myöskään käräjäoikeudessa.[86]

Tosiasiallinen oikeuskäytäntö nähdäkseni jossakin määrin tukee tässä omaksuttua näkemystä. Kotimainen korkeimpien oikeusasteiden käytäntö ei näytä tuntevan todistusteemojen prekluusiota sen enempää käräjäoikeuden kuin hovioikeuden tasolla. Yhdessäkään korkeimman oikeuden ratkaisussa ei oteta kantaa asianosaisen oikeuteen vedota todisteeseen jonkin väittämän tueksi tai mahdollisuuteen hyödyntää todistetta.[87]

Huomionarvoista on toisaalta se, että edes Ruotsista – huolimatta oikeuskirjallisuuden voittopuolisesti teemaprekluusioon nähden myönteisestä näkemyksestä – ei löydetä korkeimman oikeuden ratkaisua, jossa oikeus todisteisiin vetoamiseen olisi menetetty. Ratkaisun NJA 2006 s. 520 perusteluteksti näyttää tosin tukevan näkemystä teemojen prekludoitumisesta ainakin joissakin tilanteissa.[88] Myös ratkaisu NJA 2004 s. 874 jättää prekluusiosäännöksen periaatteellisen soveltuvuuden avoimeksi, vaikka ratkaisussa päädyttiinkin siihen, ettei asianosainen ollut menettänyt oikeuttaan hyödyntää oikeudelle jättämäänsä

---

[85] *Leppänen* 1988 s. 335–336.

[86] Myös *Leppänen* (1988 s. 336) pitää parempana vaihtoehtona soveltaa shikaanitilanteisiin kulusanktiota, edellyttäen että ne johtavat lisätodistelun tarpeeseen vastapuolen taholla.

[87] Vrt. silti alioikeusuudistuksen alkuaikoihin sijoittuvaa hovioikeuden ratkaisua I-SHO 4.10.1994 1880, jossa ei sallittu vedota todisteena siihen, että asianosainen, jonka oli väitetty saaneen isältään lahjaksi kiinteistön, oli maksanut kauppahinnan rahapelissä saamillaan voittovaroilla. Ratkaisussa on kuitenkin saatettu vain käyttää epätäsmällistä terminologiaa. Toisaalta ratkaisussa puhutaan voittoa koskevista todisteista, tarkoittaen uusien asiakirjatodisteiden prekludoitumista.

[88] Tapauksessa asianosainen oli hakenut tuomion purkua oikeudenkäyntivirheen perusteella, kun hovioikeus oli kieltäytynyt asianosaista esittämästä kysymyksiä vastapuolen nimeämälle todistajalle. Korkein oikeus ei purkanut hovioikeuden päätöstä siksi, että kuulusteluoikeuden epääminen ei korkeimman oikeuden mukaan ollut vaikuttanut jutun lopputulokseen. Itse epäämispäätökseen ratkaisussa suhtaudutaan kriittisesti. Ratkaisun perusteluissa kuitenkin viitataan prekluusiosäännökseen (RB 43:10), jonka mainitaan sääntelevän sitä, ”voidaanko todistajalle esittää ilmoitettujen todistusteemojen ulkopuolelle meneviä kysymyksiä”. Kysymystä, olivatko todistajalle hovioikeudessa esitetyt kysymykset teemojen ulkopuolella, ratkaisussa ei pohdita.

kirjallista todistetta. Joka tapauksessa ratkaisujen tapausselostuksiin sisältyy evidenssiä siitä, että teemaprekluusiota on tosiasiassa sovellettu hovioikeuksien tasolla.[89]

Teemaprekluusion lain sanamuodon vastaisuus ja ehkä myös yllä viitatut käytännölliset syyt aiheuttavat sen, ettei teemaprekluusion ainakaan laajempi soveltaminen hovioikeuksien käytännössä liene todellisuudessa luultavaa. Näin voisi ainakin toivoa.

5.3 PÄTEVÄSTÄ AIHEESTA JA PREKLUUSION YLEISISTÄ SOVELTAMISEDELLYTYKSISTÄ

5.3.1 Asianosaisen menettelyyn kohdistuva moite keskeisenä oletuksena

5.3.1.1 Mitä on luettava prekluusion yleisiin edellytyksiin?

Lainsäätäjän käsitteistön mukaisesti pätevä aihe on eräänlainen vastuusta vapauttava peruste määrättyjen prekluusiolle asetettujen edellytysten täyttyessä. Usein puhutaan poikkeamisperusteesta tai anteeksiantoperusteesta.[90] Mutta mitä ovat tämän lähtökohtaisen vastuun synnyn edellytykset? Prekluusiosäännösten mukaan edellytettäisiin ainoastaan, että uuteen seikkaan tai todisteeseen ei ole vedottu määräajassa.

Onko oikeudenkäyntiaineiston prekludoitumiselle muita yleisiä edellytyksiä, joita tulisi tarkastella ennakkoluonteisesti suhteessa aiheen pätevyyttä koskevaan kysymykseen? Myös oikeuskirjallisuudessa kysymys asianosaisen prosessoinnin huolellisuudesta on liitetty nimenomaan aiheen pätevyyteen. Tämä ei kuitenkaan voisi olla täysin tyydyttävä näkemys, jos ja kun prekluusio ymmärretään sanktiona joidenkin velvoitteiden laiminlyönnistä.

Prekluusio perustuu keskeisesti ajatukseen moitittavan toiminnan sanktioinnista. Vaikka kyse on nimenomaan *olettamuksesta* – todistustaakka on uuteen aineistoon vetoavalla asianosaisella – ei uutta oikeudenkäyntiaineistoa voitaisi torjua ainakaan sellaisissa olosuhteissa, joissa päinvastoin tiedettäisiin, ettei asianosaisen prosessaamiseen voida kohdistaa moitetta. Olettama asianosaisen toiminnan moitittavuudesta on prekluusion välttämätön edellytys.[91] Saatetaan

---

[89] *Lindell* (1993 s. 240) mainitsee käräjäoikeudessa 1970-luvulla käsitellystä tapauksesta, jossa asianajaja luki prekludoituneen (RB 43:10) asiakirjan koko sisällön ja esitti asiakirjaa koskevia kysymyksiä todistajalle. Käräjäoikeus totesi, ettei tällä tavoin esille tuotua asiakirjojen sisältöä voitu hyväksyä oikeudenkäyntiaineistona. Asianajajaliiton kurinpitovaliokunta antoi asianajajalle huomautuksen. Tilanteessa on ollut kyse lähinnä todistuskeinoprekluusion kiertämisestä.

[90] Ks. esimerkiksi *Jokela* 2004 s. 44; *Leppänen* 1998 s. 351.

[91] Esimerkiksi *Lindellin* (1993 s. 302) mukaan prekluusiosäännökset ilmaisevat periaatteen, jon-

kysyä, millä edellytyksin olettamaan (paremman tiedon puuttuessa) voidaan hyväksyttävästi turvautua.[92]

Kysymys on merkityksellinen ensinnäkin systemaattisista syistä. Tarvitaan näkemys siitä, mihin harkintavaiheeseen ja käsitteelliseen yhteyteen po. edellytykset on tarkoituksenmukaisinta liittää. Merkityksetöntä ei toisaalta ole sekään, missä määrin mikäkin taho on velvollinen joko esittämään selvitystä tai ottamaan viran puolesta selvää edellytysten täyttymisestä. Vastuun yleisten edellytysten täyttymisestä saatetaan uskoa helpommin ulottuvan tuomioistuimeen. Vähintäänkin yhtä tärkeä näkökohta liittyy kuitenkin kysymykseen näyttövelvollisuudesta. Asianosaisella on lakiin perustuva näyttövelvollisuus pätevän aiheen olemassaolosta – prekluusion yleisiin soveltumisedellytyksiin se ei ulotu.

> Näkökohdat, jotka vaikuttavat käsitykseen siitä, onko moite mahdollinen, voivat olla joko ns. ulkoprosessuaalisia tai prosessin sisäisiä. Edelliset saattavat liittyä asianosaisten väliseen oikeussuhteeseen tai muihin oikeudenkäyntiä edeltäneisiin tai joka tapauksessa prosessin ulkoisiin tapahtumiin. Prosessuaaliset olosuhteet taas liittyvät asianosaisten lausumiin tai muihin asianosaisten tai tuomarin toimenpiteisiin ja ovat asiaan osallisten havaittavissa.

5.3.1.2 Asianosaisen menettelyn arviointi tarkasteltaessa aiheen pätevyyttä

Moiteolettamuksen välttämättömyys käy ilmi myös pätevä aihe -kriteerin sisällöstä ja sitä koskevasta tuomarin tutkimisvelvollisuudesta. Aiheen pätevyysharkinnassa luonnollisestikin nojaudutaan käsitykseen, jonka mukaan on jokin erityinen syy ryhtyä tutkimaan, onko asianosainen todella menetellyt moitittavalla tavoin. Aiheen pätevyysperusteiden ylivoimaisesti pääasiallisena sisältönä nimittäin on päinvastaisen osoittaminen.[93] Kyse on nimenomaan asianosaisen prosessoinnin huolellisuutta koskevasta arvioinnista. Näin ollen syynä tutkin-

---

ka mukaan asianosaisen tulee noudattaa tietynasteista huolellisuutta välttääkseen sanktion leväperäisen, huolimattoman prosessoinnin perusteella. Samoin *Jokela* (2004 s. 45) mainitsee, että lähtökohtana arvioitaessa syyn pätevyyttä on yleinen huolellisuusvelvoite. Ks. toisaalta jo *Cars* (1959 s. 176), joka toteaa, että prekluusiosäännökset (vaikka niiden ankaruus vaihtelee oikeusasteittain) kohdistuvat enemmän tai vähemmän epälojaaliin menettelyyn: ”Preklusionsreglerna, ehuru i stränghetsgrad olika utformade för de skilda instansserna, rikta sig mot mer eller mindre illojala förfaranden och ha således närmast karaktären av sanktionsmedel.” Ks. myös HE 32/2001 s. 12.

[92] Nimenomaan *oletus* (oikea tai virheellinen) siitä, että asianosainen on toiminut moitittavasti, on prekluusioseuraamuksen ehdoton edellytys. Jäljempänä katsotaan, että pätevä aihe -kriteerin yhteyteen on liitetty näkökohtia, joita tulisi tarkastella aiheen pätevyyteen nähden ennakkoluonteisina kysymyksinä.

[93] Kuten jäljempänä havaitaan, kaikki aiheen pätevyysperusteina mainitut tilanteet eivät silti mahdu tähän kuvaan.

taan ryhtymiselle on lähtökohtainen olettama moitittavasta menettelystä, jonka pätevä aihe kumoaa.

Vaikka asianosaisella on pätevää aihetta koskeva todistustaakka, asian tutkiminen ei toisaalta edellytä vetoamisvelvolliselta erillistä vaatimusta, vaan tuomioistuimen on otettava viran puolesta huomioon tiedossaan olevat, asiaan vaikuttavat (ulkoprosessuaaliset tai prosessinsisäiset) näkökohdat.[94] Lisäksi tuomioistuin saattaa jopa olla velvollinen hankkimaan asiaa koskevaa selvitystä.[95]

Jotta uusi aineisto voidaan torjua, asianosaisen on lisäksi uskottava menetelleen kenties huomattavankin moitittavasti. Prekluusioseuraamuksen kannalta riittävää huolimattomuutta ei voitaisi luonnehtia ainakaan hyvin lieväksi. Tätä näkemystä tukevat oikeuskirjallisuudessa esitetyt johtopäätökset: Esimerkiksi Jokelan mukaan pätevän syyn (oikeudellinen ja näytön riittävyyttä määrittelevä) kynnys on asetettava ”suhteellisen matalalle”. Erityisesti vuoden 2003 uudistuksen tarkoituksena Jokela tulkitsee olevan, että prekluusiota ”sovelletaan suppeasti ja että harkinnassa on otettava huomioon myös prosessitaloudelliset seikat ja aineellisesti oikean lopputuloksen tavoite”.[96] Vastaavasti Leppänen katsoo todisteiden osalta, että pätevän syyn (oikeudellinen) kynnys tulisi asettaa ”melko matalalle”.[97]

> Nyttemmin nimenomaan näyttökynnystä on todisteiden osalta madallettu siten, että ns. todennäköisyysnäytön sijasta käräjäoikeuden pääkäsittelyssä riittää kun ”tuomioistuimella on aihetta olettaa” pätevän syyn olemassaolo (OK 6:9.2 vrt. OK 6:9.1).

Ns. alioikeusprekluusion osalta voidaan viitata myös oletettavasti lievään soveltamiskäytäntöön. Korkeimman oikeuden ja hovioikeuden ratkaisujen valossa alioikeusprekluusio näyttää melko harvoin sovelletulta.[98] Tilanne lienee hyvin toisenlainen hovioikeusprekluusion osalta.

Varsinkin kotimaisessa lainvalmisteluaineistossa saatetaan vieläpä korostaa prekluusion pääasiallista pyrkimystä estää tarkoituksellinen, taktisen edun hankkiminen säästämällä ratkaisevaa aineistoa tahallisesti viime vaiheisiin

---

[94] Menettelyllisten normien kannalta relevantteihin faktaolosuhteisiin vetoaminen ei nimittäin kuulu väittämistaakan piiriin.

[95] Jos asianosainen ei ole esittänyt mitään syytä siihen, miksi hän vetoaa uuteen aineistoon vasta prekluusion määräajan ylittymisen jälkeen, tuomarin velvollisuutena on joka tapauksessa huomauttaa asianosaiselle hänen selvitysvelvollisuudestaan. Ks. *Virolainen* DL 1995 s. 348.

[96] Ks. *Jokela* 2004 s. 47.

[97] Ks. *Leppänen* 1998 s. 363.

[98] Ks. myös OLJ 4/2000 s. 96, jossa verrataan tosiseikkojen ja todisteiden prekludoitumista pääkäsittelyssä koskevaa käytäntöä. Ks. myös asiasta tehtyä kyselytutkimusta (*Ervasti* 1998 s. 80–81).

saakka.[99] Lienee tosin jokseenkin selvää, ettei prekluusion käyttöä ole tarkoitettu rajata (edes tosiasiallisesti) vain tahallisiin tilanteisiin. Prosessointiin kohdistettava ”vaatimustaso” on huomattavasti korkeammalla.

5.3.1.3 Jakson kysymyksenasettelusta

Seuraavissa jaksoissa puolustetaan jo mainittua lähtökohtaa, jonka mukaan prekluusion välttämättömänä edellytyksenä on vähintäänkin oletus siitä, että asianosainen on toiminut moitittavasti. Asianosaisen on toisin sanoen pitänyt laiminlyödä jonkin prosessointiin liittyvän velvoitteensa. Kysymyksenä on, mitä moitittavuuden olettamisesta seuraa prekluusiosäännösten soveltamisedellytysten kannalta, huolimatta asianosaisella olevasta näyttövelvollisuudesta. Moitteen edellyttäminen sulkee määrättyjä tapauksia prekluusion ulkopuolelle.

Faktaperusteita koskevan prekluusiouhan osalta katsotaan lisäksi, että prekluusiouhan tulee seurata vetoamisvelvoitetta. Prekluusiouhalle ei nähdä tarkoituksenmukaisena asettaa vetoamisvelvollisuudesta poikkeavaa sisältöä. Olennaista on kuitenkin se, ettei prekluusiouhka saisi ennen kaikkea oikeusturvasyistä ulottua vetoamisvelvoitetta laajemmalle alueelle. Tämä liittyy muun muassa vetoamisvelvoitteen ajalliseen ulottuvuuteen ja nostaa esiin kysymyksen vetoamisvelvoitteen aktualisoitumisesta. Vetoamisvelvollisuus saattaa nimittäin täsmentyä eri tavoin vasta oikeudenkäynnin kestäessä (vrt. jaksot 5.2.1.2 ja 5.3.5). Asianosaisen on voitava tietää velvoitteidensa mahdollisimman täsmällinen sisältö. Ilman velvoitteen aktualisoitumista olisi toisaalta ajatuksellisestikin virheellistä vain päätellä asianosaisen toimineen (jollakin lähemmin täsmentämättömällä tavalla) moitittavasti. Myös tosiasiaväitteitä koskevan prekluusiouhan sitominen vetoamisvelvoitteeseen rajaa prekluusion soveltamisalaa.

Lisäksi kysytään, mitkä prekluusion edellytyksistä ovat aiheen pätevyysharkinnan kannalta ennakkoluonteisia ja mitkä puolestaan sisältyvät aiheen pätevyysharkintaan. Tämä ongelma ei ole vain systemaattinen tai tekninen, vaan sillä on yllä mainitulla tavoin vaikutuksensa näyttövelvollisuuteen ja työnjakoon.

5.3.1.4 Prekluusiouhka ja uhan aktualisoituminen

Voidaan puhua abstraktista ja konkreettisesta prekluusiouhasta siinä mielessä, että yleisten edellytysten täyttyminen (esim. väittämistaakan siirtyminen vastaajalle) johtaisi uhan konkretisoitumiseen. Kun asianosaisen toiminnan moi-

---

[99] Ks. HE 32/2001 s. 12: ”Prekluusiosäännöksen tarkoitus on keskitetyn pääkäsittelyn turvaaminen. Säännös estää sen, että asianosainen taktikoisi salaamalla merkittävän asiaan liittyvän tosiseikan tai todisteen aina pääkäsittelyyn asti, jolloin vastapuoli ei voisi reagoida asiaan omalta kannaltaan pyytämättä pääkäsittelyn lykkäämistä.”

tittavuutta voidaan ryhtyä arvioimaan, uhka oikeudenkäyntiaineiston prekludoitumisesta aktualisoituu. Laiminlyönti edellyttää konkreettisen velvoitteen. Abstraktilla tasolla uhan voidaan ajatella olevan aina olemassa; vetoamistoimia saatetaan suorittaa varmuuden vuoksi jo ennen kuin mitään konkreettista velvoitetta on olemassa. Ennakollinen vetoaminen poistaa prekluusion mahdollisuuden. Prekluusion yleisissä edellytyksissä on kyse siitä, mitä uhan aktualisoitumiselta on edellytettävä.

Kysymys uhan aktualisoitumisesta voidaan kenties liittää tosiasiaväitteiden lisäksi todisteluun. Asianosainen saattaisi esimerkiksi olla oikeutettu luottamaan siihen, että määrätynlaisten (vaikkapa vastapuolen hallussa olevien) todisteiden esittäminen kuuluu ensisijassa vastapuolen velvollisuuksiin. Jos vastapuoli tunnustaa jonkin tosiseikan, velvollisuus esittää todisteita lakkaa olemasta voimassa.

5.3.1.5 Pätevä aihe poikkeuksena ja anteeksiantoperusteena

Pätevästä aiheesta saatetaan puhua pääsäännöstä olevana poikkeuksena.[100] Luonnehdinta on ehkä jossakin määrin harhaanjohtava tai ainakin epäinformatiivinen. Muodollisesti ottaen määräajan jälkeen vedotun uuden aineiston prekludoituminen on eräänlainen ajatuksellinen lähtökohta. On kuitenkin vaikea sanoa, kuinka pääsääntöistä tai poikkeuksellista prekluusio tai sen estyminen pätevän aiheen vuoksi käytännössä olisi. Tällaisessa arvioinnissa liikuttaisiin liian yleisellä tasolla, jotta kysymykseen voitaisiin vastata luotettavasti.

> Saattaa olla niinkin, ettei koko kysymys läheskään aina (etenkään ilman vastapuolen vaatimusta) nouse esiin, jos aiheen pätevyys näyttää lähtökohtaisesti jollain tavoin oletettavalta. Erityisesti näin lienee asian laita käräjäoikeudessa.

Aiheen pätevyydessä on kyse poikkeuksesta nimenomaan muodollisessa merkityksessä. Säännös on kirjoitettu siten, että aiheen pätevyys esittäytyy päälausetta seuraavassa sivulauseessa (”ellei ole pätevää aihetta”). Lisäksi poikkeusluonne liittyy näyttötaakan asettamiseen uuteen aineistoon vetoavalle. Käräjäoikeuksissa ja hovioikeuksissa noudatettavan käytännön osalta lienee suuria eroavuuksia sen suhteen, kuinka usein uutta aineistoa sallitaan esitettäväksi.

Usein puhutaan myös anteeksiantoperusteesta.[101] Myös tämä nimitys on pulmallinen. Mitään ”anteeksi annettavaa” ei pitäisi olla, jos prosessitoimet on suoritettu riittävän huolellisesti. Usein pitäisi päinvastoin olla jopa aihetta ”kiitoksiin”, jos asianosainen on osannut rajata valmistelun aikaisia vetoamistoi-

---

[100] Ks. esimerkiksi *Leppänen* 1998 s. 351.
[101] Ks. esim. *Jokela* 2004 s. 44.

mia ja välttänyt asian liiallista mutkistumista, esimerkiksi ennenaikaisin (kuten ns. etukäteiskiistämisiä tai vaihtoehtoisia vaatimuksia tai perusteita sisältävin) vetoamislausumin.

Puhe anteeksiantoperusteesta antaa aiheen olettaa, että jonkinlainen laiminlyönti on olemassa – se näyttää ottavan jo ennakollisesti kantaa asianosaisen prosessaamisen laatuun, vaikka huolellisuusarvioinnin pitäisi astua kuvaan vasta aiheen pätevyyttä tarkasteltaessa. Nimitystä voidaan kuitenkin pitää osuvana siinä mielessä, että se kuvaa sitä, että jonkin nimenomaisen velvoitteen laiminlyöntiä tulisi pitää prekluusion välttämättömänä soveltamisedellytyksenä.

5.3.2 Todistustaakka aiheen pätevyydestä

5.3.2.1 Yleistä

Prekluusiosäännökset asettavat uuteen aineistoon vetoavalle näyttötaakan pätevän aiheen olemassaolosta. Käräjäoikeuden pääkäsittelyä koskevan OK 6:9:n mukaan asianosainen ei saa vedota valmistelun aikana vetoamatta jääneeseen seikkaan tai todisteeseen, ”ellei asianosainen saata todennäköiseksi, että hänen menettelynsä johtuu pätevästä syystä”. Vastaava vaatimus sisältyy muihin prekluusiosäännöksiin.[102]

Todistustaakassa on kyse suhtautumisesta epävarmuuteen silloin, kun riittävää näyttöä päätöksen faktapremisseistä ei ole saavutettu. Todistustaakan jakautumista koskeva sääntö kertoo, kumman asianosaisen tappioksi tämä koituu.[103] Uuteen aineistoon vetoavan todistustaakka merkitsee siten, että jos pätevän aiheen olemassaolosta jää näytöllistä, tosiasioihin kohdistuvaa epäselvyyttä, prekluusioseuraamus astuu voimaan.

Mutta mitä tämä lähemmin tarkoittaa ajatellen pätevää aihetta? Mitä uuteen aineistoon vetoavan ensinnäkin pitää kyetä näyttämään toteen: ’aiheen pätevyys’, jokin erityinen asiaintila kuten jälkisattumus vai kenties kaikki ne yksittäiset asiaintilat, jotka hän toivoo huomioon otettaviksi asiaa juridisesti harkittaessa?

5.3.2.2 Näyttövelvoitteen kohde ja mahdollisuus näyttövelvollisuuden osittaiseen kääntämiseen

Todistustaakan sanotaan kohdistuvan oikeustosiseikan asemassa oleviin faktoihin, toisin sanoen tosiasioihin, joilla on jutussa välitöntä oikeudellista merkitystä.[104] Mitä oikeustosiseikoilla lähemmin tarkoitetaan, ei kuitenkaan ole itses-

---

[102] Ks. esimerkiksi muutoksenhaussa noudatettava OK 25:17, valmistelua koskeva OK 5:22 tai korkeimmassa oikeudessa sovellettava OK 30:7.1.

[103] Ks. esim. *Klami* 2000 s. 73.

[104] Todistustaakan pätevästä syystä on sanottu merkitsevän tarkemmin todistustaakkaa ”niiden

tään selvää.[105] Juuri aiheen pätevyyden kaltaiset konventionaaliset tosiasiat ovat tässä suhteessa erityisen pulmallisia.[106]

Todistusharkinta ja näyttövelvollisuus saatetaan kohdistaa viime kädessä joko abstraktin termin avulla ilmaistavan tosiasian olemassaoloon tai niihin yksittäisiin asiaintiloihin, jotka ovat merkityksellisiä tehtäessä päätelmiä po. tosiasian olemassaolosta. Perinteinen näkemys lienee todistusoikeudellisen kirjallisuuden valossa ensiksi mainitun määritelmän mukainen. Todistustaakkasääntöä on sen mukaan sovellettava määrättyihin tosiseikastoihin kokonaisuutena.[107] Tällöin esimerkiksi aiheen pätevyyttä koskevan näytön arviointi muodostaisi yhtenäisen kokonaisuuden.[108]

Ehkäpä näkyvin ja painavin perustelu tämän näkemyksen tueksi liittyy siihen, että näytön oikea arviointi edellyttää tällaista jäsennystä. Vahvimpana argumenttina vastakkaisen kannan puolesta nähtiin edellä mahdollisuus jakaa näyttövelvollisuus saman tunnusmerkistön (oikeustosiseikaston) sisällä tarpeen niin vaatiessa.[109]

Puhuttaessa aiheen pätevyydestä juuri pätevää aihetta saatetaan kutsua oikeustosiseikaksi. Pätevän aiheen olemassaolo tai puuttuminen on sellainen tosiasia, joka lakitekstin (ja myös puhetavan) mukaan saa aikaan oikeusseuraamuksen eli uuden aineiston hyväksymisen tai hylkäämisen. Pätevä aihe ei kuitenkaan varsin puhtaasti abstraktina ilmiönä kelpaa suoraan todistelun kohteeksi. Todistelua katsotaan voitavan esittää parhaiten seikoista, joiden olemassaolo saatetaan päätellä empiiris-loogisesti, empiiristen havaintojen ja/tai muodollisten yleisten päättelysääntöjen avulla.[110] Pidetään toisin sanoen välttämättömänä purkaa abstraktit juridiset käsitteet konkreettisia tosiseikkoja käsittäviksi väittämiksi.

Aiheen pätevyyden tunnusmerkistö saattaa koostua monenlaisista prosessinulkoisista tai prosessinsisäisistä olosuhteista. Niistä saatettaisiin päätel-

---

tosiseikkojen olemassaolosta, jotka merkitsevät oikeudellisesti pätevää syytä". Ks. *Leppänen* 1998 s. 374.

[105] Kuten edellä (jakso 3.6.2–3.6.4.) havaittiin, väittämis- ja todistustaakan kohteet eivät ole olleet yhteneväisiä, huolimatta sinänsä vakiintuneesta kielenkäytöstä.

[106] Ks. edellä jaksot 3.7.3–3.7.5.

[107] Ks. *Bolding* (1989 s. 19), jonka mukaan (todistustaakan kohteena olevalla) oikeustosiseikalla on sellaisenaan – ilman muiden seikkojen apua – tietty oikeusseuraamus.

Ks. myös *Ekelöf* (*Ekelöf – Boman* IV 1992 s. 84 alav. 73), jonka mukaan *välituomiossa* on voitava soveltaa todistustaakkasääntöä myös sellaiseen yksittäiseen asiaintilaan, joka ainoastaan yhdessä toisen asiaintilan kanssa "muodostaa oikeustosiseikan". Tämä on epäilemättä rajaava lausunto, koska nimenomaan tarve antaa välituomio nyt perustelee todistustaakkasäännön käytön, kohdentamisen yksittäiseen osatekijään.

[108] Vrt. myös *Ekelöf – Edelstam* 1998 s. 76 alav. 193, jossa lausuttu sisältää oletuksen aiheen pätevyyttä koskevan näyttövaatimuksen kohdentumisesta viime kädessä juuri tosiseikaston kokonaisuuteen.

[109] Ks. edellä jaksot 3.6.3 ja 3.6.4.

[110] Ks. *Jonkka* 1993 s. 31; *Klami* 2000 s. 21–22.

lä esimerkiksi jonkin tosiseikan olleen asianosaisen näkökulmasta vaikeasti tiedettävissä, vaihtoehtoiseen perusteeseen vetoamisen näyttäneen turhalta tai ylempien tuomioistuinten oikeuskäytännön muuttuneen kesken prosessin. Mutta sisältyykö tunnusmerkistöön sellaisia riittävän merkityksellisiä ja välttämättä esiintyviä tekijöitä, jotka perustelisivat todistustaakan kohdentamisen faktojen kokonaisuuteen?

Lienee selvää, ettei aiheen pätevyyteen vaikuttavilla faktoilla ole sellaista kausaalista tai loogista riippuvuussuhdetta, joka (mitenkään välttämättä) edellyttäisi näytön yhtenäistä arviointia. Potentiaalisesti relevanttien faktojen keskinäinen riippuvuus on päinvastoin verrattain heikko. Jopa todistusoikeudellisessa kirjallisuudessa esimerkkinä esitetty tuottamus liikenteessä aiheutetun vahingon syynä[111] on tässä suhteessa vähemmän moniulotteinen termi.

Aiheen pätevyyttä koskeva harkinta kylläkin sisältää poikkeuksetta kysymyksen asianosaisen prosessaamisen huolellisuudesta, mihin puolestaan keskeisesti vaikuttaa asianosaisen asennoituminen. Kuitenkin on todettavissa, ettei välinpitämätön tai muutoin moitittava (spekulatiivinen tarkoitus tms.) asennoituminen sellaisenaan ole prekluusionormien soveltamisen välttämätön eikä edes ehkä kaikkein keskeisin edellytys. Objektiivisesti tarkasteltuna moitittava toiminta täyttää soveltamisen edellytykset. Tunnusmerkistö on painotetusti ”objektiivista”, suoraan ulkoisista asiaintiloista pääteltävää.

Näin ollen näytön oikeasta arvioinnista tuskin saadaan tukea vaatimukselle, jonka mukaan näyttötaakan jako tulisi kytkeä yhtenäiseen todistusharkintaan. Vahvimmaksi perusteluksi jäisi lähinnä yksinkertaisen säännön tarve.

5.3.2.3 Faktaolosuhteet, joiden osalta todistustaakka tulisi kääntää

Näyttää toisaalta siltä, ettei uuteen aineistoon vetoavalle asianosaiselle voida järkevästi ajatellen asettaa todistustaakkaa kaikista aiheen pätevyyteen vaikuttavista faktaolosuhteista. Joidenkin kohdalla todistustaakan jakautuminen tuntuu välttämättömältä arvioida toisin. Jos takaisin vaadittu esine on tuhoutunut tai vahingoittunut, näyttövelvollisuus vahingoittumisen ajankohdasta voidaan kohtuudella asettaa vain esineen haltijalle (vrt. haltijan näyttövelvollisuus esineen vahingoittumisesta). Esimerkiksi juuri esineen tuhoutumisen kaltainen jälkisattumus muodostaisi yksinäänkin pätevän aiheen kriittisen ajan jälkeen esitetylle korvausvaatimukselle. Tällaisessa tilanteessa – kun yksittäinen olosuhde on ratkaiseva – näyttövaikeuksien aiheuttamaa pulmaa olisi turha koettaa ratkaista alentamalla näyttökynnystä. Mitenkään harvinaista ei ole, että jokin yksittäinen tosiasia riittää hyväksyttäväksi perusteeksi.

Yleensäkin seikat, jotka ovat yksinomaan tai selvästi helpommin uuteen aineistoon vetoavan vastapuolen selvitettävissä, saattavat perustella taakan aset-

[111] Ks. esimerkiksi *Boman* SvJT 1960 s. 387; *Bolding* 1989 s. 21–22.

tamisen vastapuolelle. Esimerkiksi vastapuolen hallussa olevat tilitapahtumat saattavat sisältää uusia väitteitä perustelevaa tietoa.[112]

> Ks. ratkaisu KKO 2005:69, jossa prekluusion estyminen johtui keskeisesti siitä, että todistusaineistona tarvittavat tilitiedot olivat olleet vastapuolen hallussa. Kantajana ollut asianosainen sai vedota tilitietoihin ensimmäistä kertaa vielä muutoksenhaun yhteydessä muun muassa siksi, ettei vastaaja ollut suostunut käräjäoikeudessa esittämään niitä koskevaa selvitystä. Korkeimman oikeuden mukaan alemmat oikeusasteet olivat arvioineet aineellisoikeudellista kysymystä koskevan näyttövelvollisuuden jakautumisen väärin pitäessään kantajaa näyttövelvollisena.

Kuten myöhemmin havaitaan, monista seikoista selvityksen hankkiminen (näytön varmistaminen) on oikeastaan helpompaa tuomioistuimelle kuin kummallekaan asianosaistahoista. Asianosaisen olisi vaikea varautua esittämään näyttöä vaikkapa siitä, että hänen vastapuolensa on sallittu määräajan ylittävästi vedota uuteen tosiasiaväitteeseen. Kyse on sellaisista prosessinaikaisista tapahtumista, joilla on vaikutusta arvioitaessa asianosaisen velvoitteita ja hänen prosessointinsa huolellisuutta.

Taakan osittaiselle kääntämiselle ei nähdäkseni aiheudu estettä, vaikka näyttövelvollisuus nyt nojautuu oikeudenkäymiskaaren säännöksiin. Säännöksissä tuskin otetaan hyvin seikkaperäisesti kantaa siihen, kuinka näytön arviointi tulee teoreettisessa mielessä jäsentää. Prekluusiosäännösten saatetaankin tulkita ilmoittavan lähinnä näyttövelvollisuuden lähtökohtaisen tai pääsääntöisen suunnan. Konkreettisessa soveltamistilanteessa ratkaistavaksi jää, arvioidaanko näyttö yhtenä kokonaisuutena vai erikseen kunkin relevantin faktan osalta tai onko asiassa tarvetta taakan kääntämiseen.[113] Näin ollen ilman erityisiä vastasyitä näyttövelvollisuus aiheen pätevyyttä merkitsevistä faktoista olisi prekluusiosäännösten nojalla uuteen aineistoon vetoavalla. Tarpeen vaatiessa näyttövelvollisuus kuitenkin saatettaisiin asettaa hänen vastapuolelleen.[114]

Kuinka näyttötaakan kohteen jakamiseen suhtauduttaisiin oikeuskäytännössä, ei kylläkään voida pitää varmana. Oikeuskirjallisuudessa kysymys on joka

---

[112] Asianosainen lienee täyttänyt vastapuolen hallussa olevaa aineistoa koskevan selonottovelvollisuuden, jos hän on oikeudenkäynnin aikana vaatinut vastapuolelta aineistoa koskevia tietoja tai aineiston luovuttamista nähtäväksi editiovelvollisuuteen vedoten.

[113] Ks. myös *Lindell* 1987 s. 391–392, jossa katsotaan, että näyttövelvollisuus kohdistuu viime kädessä yksittäisiin faktoihin ja että näyttövelvollisuuden jakautuminen ratkeaa vasta konkreettisen näyttöharkinnan yhteydessä. Yleiset jakosäännöt ovat tähän nähden suuntaa-antavia. Vrt. kuitenkin *Lindellin* myöhempään näkemykseen (1998 s. 507), jonka mukaan näyttövelvollisuuden jakaminen (saman ”oikeustosiseikan” piirissä) ei olisi lainkaan mahdollista.

Vrt. myös keskusteluun näyttövaatimuksen joustosta. Uudemmassa todistusoikeudellisessa kirjallisuudessa näyttövaatimuksen on usein katsottu määräytyvän vastaavalla tavoin nimenomaan konkreettisessa tilanteessa. Ks. alaviitteen 119 kohdalla olevaa lähdeaineistoa.

[114] Ks. myös *Westberg*, FS till Per Henrik Lindblom (2004) s. 741 ja *Heuman* 2005 s. 97, jotka katsovat, että näyttövelvollisuus ylipäänsä on voitava jakaa.

tapauksessa ohitettu. Myös pääsäännöksi ymmärretyllä ohjeella on usein voimakas vaikutuksensa varsinkin, kun sääntö on ilmaistu oikeudenkäymiskaaressa. Siksi on mahdollista, että mahdollisuus näyttövelvollisuuden jakamiseen jäisi käytännössä huomaamatta.

Monissa tapauksissa on kuitenkin epävarmaa, mitkä prekluusion edellytyksistä tulisi ylipäänsä luokitella aiheen pätevyyteen vaikuttaviksi ja mitkä puolestaan ovat yleisiä soveltamisedellytyksiä. Luokittelu vaikuttaa osaltaan todistustaakan kohdentamiseen, sillä oikeudenkäymiskaaren säännösten määräys koskee ainoastaan ns. anteeksiantoperustetta. Muiden edellytysten kohdalla näyttövelvollisuuden kohdentuminen ratkaistaan yksinomaan yleisten periaatteiden nojalla. Jäljempänä katsotaan, että esimerkiksi ns. jälkisattumus tulisi lukea jo yleisiin soveltamisedellytyksiin vaikuttavaksi näkökohdaksi, mikä jo avaa kysymyksen näyttövelvollisuudesta.

5.3.2.4 Näyttövelvollisuuden vaikutusta lieventäviä näkökohtia

Näyttövelvollisuuden vaikutusta keventää asianosaisen näkökulmasta se, että ns. *todennäköisyysnäyttö estää prekluusion*. Voidaan sanoa, että tavanomaista matalammaksi mielletyn todennäköisyyden (varmuuden) asteen tulisi olla riittävä (vrt. ns. täysi näyttö).

> Vielä alempaa vaatimustasoa sovelletaan uusiin todisteisiin mutta ainoastaan käräjäoikeuden sisäisesti. Käräjäoikeuden pääkäsittelyssä sallitaan vetoaminen uusiin todisteisiin, jos voidaan ”olettaa”, että asianosaisen menettely johtuu pätevästä syystä (OK 6:9.2).

Selvää lienee, ettei tämän näkökohdan merkitys jää yksinomaan teorian asteelle, vaan näkyy myös käytännössä.[115] Oikeuskirjallisuudessa korostetaan usein, ettei näyttökynnystä tulisi asettaa liian korkealle, varsinkaan käräjäoikeuden pääkäsittelyssä tai valmistelussa. Toiselta puolen sanktiotehokkuuden näkökulmasta on saatettu varoitella kynnyksen liiallisesta madaltamisesta.[116] Lisäksi näytön riittävyyden arviointi saattaa ankaroitua hovioikeusvaiheessa.[117] Viimeksi mainittu on käytännön näkökulmasta merkittävää, sillä todellisuudessa prekluusiosanktion soveltamiseen on huomattavasti suurempi valmius juuri muutoksenhakuvaiheessa.[118]

---

[115] Vrt. asianosaiselle oletettavasti verrattain suopea käytäntö ainakin käräjäoikeuksissa.

[116] Ks. esimerkiksi *Leppänen* 1998 s. 376.

[117] Vrt. esimerkiksi *Lindellin* (1998 s. 247) lausumaan, jonka mukaan uuteen aineistoon vetoaminen olisi muutoksenhaussa ”vahvasti rajoitettua”. (Ks. myös *Lindell* 1993 s. 118–119.) Vaikka prekluusiouhan asteittainen ankaroituminen liittyy nimenomaan prekluusion oikeudellisiin edellytyksiin, se ei käytännössä voine olla näkymättä myös näytön arvioinnissa.

[118] Prekluusioratkaisujen yleisyydestä käräjäoikeuksissa ei viime vuosilta ole saatavissa empiirisiä selvityksiä. Yleinen vaikutelma lienee kuitenkin se, että ne ovat huomattavasti harvinaisempia

Varsinkin uudemmassa todistusoikeudellisessa ja prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa katsotaan useimmiten, ettei näytön varmuudelta edellytetty taso ole kiinteä, vaan että *näyttövaatimus joustaa tapauskohtaisesti*.[119] Erityisesti siviiliprosessissa tämä näkemys on vallitseva. Tämä merkitsee, että vaikkapa oikeussäännökseen sisältyvästä lähtökohtaisesta todennäköisyysnäytön vaatimuksesta voitaisiin poiketa joko alemmas tai ylemmäs, riippuen esimerkiksi siitä, kuinka hyvät mahdollisuudet näyttövelvollisella taholla olisi varmistaa näytön saatavuus. Täysin kiistattomana käsitystä ei ehkä silti voida pitää.[120] Näytön arvioinnista ja todistusharkinnasta ei ylipäänsä liene montakaan osaongelmaa, josta teoreettisessa keskustelussa olisi päästy yhteisymmärrykseen.[121] Myöskään siitä, mitkä näkökohdat näyttövaatimuksen tasoon vaikuttavat tai kuinka suurta jousto on, ei vallitse minkäänlaista yhtenäistä käsitystä.

Näyttökynnyksen mahdollisesti joustaessa alaspäin näyttövelvollisen taakka saattaisi keventyä merkittävästikin. Jonkin yksittäisen olosuhteen selvittämättömyys voisi jäädä jopa vaille merkitystä, jos vastaavasti on riittävä varmuus muista arviointiin asianosaisen eduksi vaikuttavista olosuhteista. Joustosta ei tosin (yleensä) olisi apua tilanteissa, joissa juuri mitään selvitystä relevanteista faktaolosuhteista ei ylipäänsä olisi näyttövelvollisen osapuolen toimenpitein hankittavissa. Varsinkin jos edellä selostetulla tavoin lähinnä jokin yksittäinen asiaintila olisi ratkaiseva.

---

muutoksenhakuun verrattuna. Ks. myös vuodelta 1998 olevaa kyselytutkimusta (*Ervasti* 1998 s. 82), jonka mukaan prekluusiota on sovellettu käräjäoikeuksissa ”melko harvoin”. Soveltamiskäytännöstä hovioikeuksissa kertoi *Ala-Uotilan* vuotta 1996 koskeva tutkimus (DL 1997 s. 298), jonka mukaan kaikista tutkituista riita-asioista peräti 12,7 prosenttiin sisältyi uuden vetoamisen epääviä prekluusioratkaisuja.

[119] Ks. *Klami ym.* LM 1988 s. 480 ss.; *Klami* 2000 s. 81–85; *Jonkka* 1991 s. 102 ss. ja s. 111–113; *Leppänen* 1998 s. 376; *Saranpää* 2010 s. 227. Vastaavasti ruotsalaisessa oikeuskirjallisuudessa *Bolding* 1983 s. 21; *Lindell* 1987 s. 286–288; *Heuman* 2005 s. 211 ja *Lindblom* 2002 s. 274. Todistusteoreettisessa keskustelussa joustavinta näkemystä edustaa tässä suhteessa ns. ylipainoperiaate (tai näyttöenemmyysperiaate), jonka mukaan ratkaisun faktapremissiksi on lähtökohtaisesti otettava kahdesta vastakkaisesta väittämästä se, jonka puolesta on käsillä vahvempi näyttö. Ajattelutapa hyväksyy tyypillisesti kiinteisiin todistustaakkasääntöihin verrattuna alhaisemman näytön tason riittäväksi näytöksi. Ks. näistä yleisesti esimerkiksi *Lappalainen* 2012 s. 693–694 tai *Klami* 2000 s. 81.

[120] Samoin on epävarmaa, kuinka tuomioistuimet käytännössä asiaan suhtautuvat. Huomattakoon kuitenkin, että jopa hallituksen esityksessä mahdollisesti viitataan näyttövaatimuksen joustavuuteen, tarkasteltaessa nimenomaan aiheen pätevyysperusteita. Ks. HE 15/1990 s. 83, jossa katsotaan aineelliseen totuuteen pyrkimisen edellyttävän, että seikan tai todisteen ollessa asian ratkaisemisen kannalta merkittävä se voidaan jättää huomioon ottamatta vain painavin perustein.

[121] Kiinteää näyttökynnystä on puoltanut esimerkiksi *Ekelöf*, jonka mukaan näyttökynnys on lähinnä normiin ja sitä vastaavaan tyyppitapaukseen (oikeustosiseikastoon) kiinnittyvä ilmiö. Riittävältä näytöltä edellytettyä vaatimustasoa *Ekelöf* tunnetusti ehdottaa kuvattavaksi neliportaisella asteikolla (*Ekelöf – Boman* IV 1992 s. 107).

Todistustaakkasäännöt (eli näyttövaatimuksen määräävät säännöt) eivät jousta tapauskohtaisten olosuhteiden mukaan, vaan ovat kiinteitä. Variaatiota voi kylläkin tapahtua liittyneenä po. oikeus- ja faktaongelman tyyppiin ja taustalla oleviin lain päämääriin (ks. s. 115 ja 117–118).

Näyttövelvollisuuden käytännön merkitystä suhteellistaa lopulta myös *todistusharkinnan normatiivinen elementti.* Todistusharkintaan sekoittuu todennäköisyysharkinnan lisäksi oikeudellista arviointia. Erityisesti näin käy pyrittäessä näyttämään toteen konventionaalisia tosiasioita sisältäviä väitteitä.[122] Faktojen merkitys suhteessa viimekätiseen todistusteemaan (kuten aiheen pätevyyteen) on nyt hyvinkin suurelta osin oikeudellinen ongelma. Arvioitaessa aiheen pätevyyttä koskevaa näyttöä joudutaan tekemään arvostuksenvaraisia valintoja sen suhteen, mitkä ylipäänsä ovat sellaisia faktoja, joille on annettava asiaa koskevaa näyttöarvoa ja toisaalta mikä näyttöarvo esitetyille faktoille olisi annettava.[123]

Tämäkään näkökohta ei tosin poista uuteen aineistoon vetoavalle asetetun näyttövelvollisuuden vaikutusta kuin osittain. Monien olosuhteiden merkitys on joka tapauksessa vakiintunut ja vaikutus kohtalaisessa määrin ennustettavissa.

5.3.3 Prekluusiouhan asteittainen ankaroituminen

Prekluusiouhan keskeisenä piirteenä pidetään uhan ankaroitumista sen mukaan kuinka pitkälle menettelyssä on ehditty edetä. Tämä koskee erityisesti instanssien välistä vertailua, toisin sanoen tilannetta jossa siirrytään alemmasta instanssista ylempään. Käräjäoikeuden pääkäsittelyssä uhka on lievempi kuin hovioikeudessa. Säännösten soveltamiskynnys puolestaan on alimmillaan korkeimmassa oikeudessa.

Yleisesti on puhuttu ns. suppilomallista tarkoittaen pyrkimystä siihen, että oikeudenkäynnin edetessä riidan kohde mieluumminkin rajautuisi kuin lähtisi laajenemaan. Ankaroitumisen on katsottu koskevan sekä syyn pätevyyden oikeudellista arviointia että ajateltujen syiden olemassaoloa koskevaa näyttökynnystä.[124] Verrattaessa esimerkiksi käräjäoikeuden pääkäsittelyssä ja muutoksenhaussa hovioikeuteen noudatettavaa prekluusiota ankaroituminen ei näy säännösten sanamuodosta mutta on oikeuskirjallisuudessa yleisesti hyväksytty lähtökohta, jota myös käytäntö näyttää tukevan.

Esimerkiksi korkein oikeus on antanut runsaastikin hovioikeusprekluusiota koskevia ratkaisuja. Yhdessäkään ei ole ollut kyse käräjäoikeuden sisäises-

---

[122] Ks. *Klami* 2000 s. 95–96.

[123] Niinpä selvitettävissä oleville faktoille annettava ”näytöllinen” vaikutus saattaisi kompensoida näyttämättä jääneiden faktojen puuttuvan vaikutuksen.

[124] Ks. esim. *Lindell* 1993 s. 317–318. Ruotsissa näyttökynnykset käräjäoikeuden pääkäsittelyssä ja hovioikeudessa tosin poikkeavat lisäksi jo lakitekstin perusteella. Suomessa on siirrytty noudattamaan käräjäoikeudessa todennäköisyysnäyttöä alempaa näyttökynnystä. Prekluusio estyy, jos uuteen todisteeseen vetoamisen ”voidaan olettaa” johtuvan pätevästä syystä (OK 6:9.2).

tä prekluusiosta. Ks. myös OLJ 4/2000 s. 96, jossa verrataan tosiseikkojen ja todisteiden prekludoitumista pääkäsittelyssä koskevaa käytäntöä. Vuodelta 1998 olevan kyselytutkimuksen mukaan prekluusion soveltaminen on käräjäoikeuksissa verrattain harvinaista, vaikkakaan ei täysin tuntematonta.[125] Vrt. sitä vastoin hovioikeuksien käytäntöä koskevaan selvitykseen,[126] jonka mukaan peräti 12,7 prosentissa tutkituista tapauksista oli jokin asianosaisen vetoama todiste tai väite prekludoitunut.

Valmistelun aikainen prekluusio (prekluusiouhkainen kehotus) poikkeaa yleisestä linjasta (ns. suppilomalli) siinä, että sen osalta soveltamiskynnys lienee matalammalla kuin pääkäsittelyssä. Perusteluna on ennen kaikkea kehotukseen liittyvä mahdollisuus erityisesti varautua (kehotuksen kautta konkretisoituneeseen) uhkaan. Tällöin asianosaisen ei niin helposti kuin muutoin voida katsoa tulleen yllätetyksi, vaikka on selvää, ettei kehotus poista tätä mahdollisuutta. Vetoamisten täsmentäminen ei kehotuksen myötä sinänsä muutu sen helpommaksi tehtäväksi. Kehotukseen voidaan tosin liittää yksilöintejä ja informatiivisia prosessinjohtotoimia. Pelkkä kehotus ilman minkäänlaista ohjeistusta sen suhteen, missä erityisessä suhteessa vetoamislausumissa on epäselvyyttä, saattaa usein olla hyödytön toimenpide ajatellen tällä instrumentilla tavoiteltavia päämääriä.[127]

Aiheen pätevyydestä hallituksen esityksessä mainittavien esimerkkien havaitaan olevan samankaltaisia riippumatta siitä, onko puhe käräjäoikeusmenettelyn sisäisestä vai ns. hovioikeusprekluusiosta. Hallituksen esityksen mukaan asianosaisella voi olla pätevä aihe, jos hän on (i) vedonnut johonkin vaihtoehtoisista perusteista välttääkseen oikeudenkäynnin pitkittämisen mutta erehtynyt perusteen merkityksestä, (ii) ei ole vielä ymmärtänyt seikan tai todisteen merkitystä eikä tämä johdu huolimattomuudesta (tällöin ”yleensä” tulisi olla mahdollisuus vetoamiseen vielä hovioikeudessa) tai (iii) jos todiste aivan oleellisesti vaikuttaisi jutun lopputulokseen eikä asianosainen ole ”voinut tai huomannut” sitä aiemmin esittää.[128] Käräjäoikeuden sisäistä prekluusiota käsittelevä teksti ei ole näin yksityiskohtainen mutta esimerkkitapaukset mahtuvat yleispiirteisempien kuvausten piiriin.[129] Myöskään oikeuskirjallisuudessa ei ole tehty mahdollisten perusteiden osalta tästä poikkeavia kategorisia rajauksia.

Johtopäätöksenä on se, että argumentaation rakenne on pääpiirteissään samankaltainen. Puhuttaessa tosiasiaperusteiden prekluusiosta eroavuudet liittynevät ennen kaikkea ”syyn” (OK 6:9) tai ”aiheen” (OK 25:17) oikeudelli-

---

[125] Ks. *Ervasti* 1998 s. 80–81.
[126] *Ala-Uotila* DL 1997 s. 298.
[127] Prekluusiouhkainen kehotus ei liene käytännössä muodostunut kovin yleisesti käytetyksi keinoksi. Tämä saattaa olla yhteydessä siihen, ettei alioikeusprosessin sisäinen prekluusio – epäilemättä täysin hyväksyttävistä syistä – ole muutoinkaan ollut ahkerassa käytössä.
[128] HE 15/1990 s. 125–126, vrt. s. 68, 83.
[129] Sama koskee prekluusiouhkaisen kehotuksen yhteydessä kuvattuja aiheen pätevyysperusteita.

sen arvioinnin ankaruuteen ja sovellettavaan näyttökynnykseen. Esityöt antavat ymmärtää, että myös muutoksenhaussa periaatteessa samanlaiset syyt perustelevat uuteen seikkaan tai todisteeseen vetoamisen.

Ns. ehdottomien esteiden vaikutus lienee kuitenkin arvioitava samoin kriteerein kuin käräjäoikeudessa, ainakin oikeudellisen arvioinnin osalta, ehkä myös näyttökynnyksen suhteen. (Ks. jäljempänä jaksossa 5.4.3 esimerkiksi tilanteet 1–3, joissa vetoaminen on ollut täysin mahdotonta tai 13–18, joissa vetoamisvelvoite puuttuu tai se ei ole vielä aktualisoitunut.)

5.3.4 Kyselytoiminnan merkityksen korostaminen

5.3.4.1 Kyselytoiminnasta oikeuskirjallisuuden ja lainvalmisteluaineiston valossa

Lainvalmisteluasiakirjoissa samoin kuin oikeuskirjallisuudessa tavataan liittää prekluusioinstituution taustalle (tätä oikeuttavana ilmiönä) oletus – ja samalla edellytys – tuomioistuimen harjoittamasta prosessinjohdosta. Mutta mitä kyselytoiminta konkreettisesti ottaen merkitsee prekluusion edellytysten näkökulmasta?

Hallituksen esityksessä selvästikin tahdotaan voimakkaasti painottaa tuomarin kyselytoiminnan merkitystä. Prekluusiokysymyksen mainitaan olevan ”*hyvin läheisessä yhteydessä aineellisen oikeudenkäynnin johtamiseen alioikeudessa*”.[130] Prekluusiotilanteilta toivotaan voitavan välttyä kyselytoiminnan avulla. Tuomioistuimella annetaan ymmärtää olevan velvollisuus huolehtia siitä, että asianosaiset voivat vedota haluamiinsa perusteisiin ja todisteisiin. Ainakin tähän tulisi pyrkiä. Hallituksen esityksen mukaan nimittäin ”*on tärkeätä, että asian käsittelyä alioikeudessa jo valmistelussa johdetaan niin, että asianosaiset 5 luvun 22 §:n mukaisesti viipymättä mainitsevat kaikki ne seikat, joihin he haluavat vedota, sekä ilmoittavat kaikki ne todisteet, jotka he tulevat esittämään*”.[131] Kyselytointen laiminlyöntiä ei kuitenkaan nimenomaisesti mainita aiheen pätevyyttä harkittaessa huomioon otettavana näkökohtana.[132]

---

[130] HE 15/1990 s. 126.

[131] Virke voitaisiin lukea niinkin, että keskeistä olisi huolehtiminen vetoamisten suorittamisesta ”viipymättä”, jolloin vähemmän jäisi merkitystä sille, pohjautuisivatko vetoamiset mahdollisimman hyvään ymmärrykseen siitä, mitkä seikat asiassa voisivat olla vaikutuksellisia. Näin kapea tulkinta ei ole kuitenkaan olisi uskottava: Kokonaisuus huomioon ottaen ei voida kiistää sitä, että prosessinjohtotointen perusteluna on ollut myös viimeksi mainittu näkökulma. Juuri tätä kautta myös prekluusioinstituutiota on pyritty oikeuttamaan.

[132] Vertailun vuoksi voidaan todeta, että Ruotsin vastaavat esityöt sisältävät varovaisen mainin-nan kyselytoiminnan huomioon ottamisesta. Mietinnössä mainitaan lisäksi ankaroituneiden prekluusiosäännösten ”edellyttävän vahvaa aineellista prosessinjohtoa”. (Ks. SOU 1982:26 s. 116.)

Mitä lähemmin tarkoitetaan puhuttaessa tuomioistuimen velvollisuudesta kyselytoimiin? Onko tuomioistuin velvollinen prosessinjohtotoimiin ainoastaan prosessin yleisten tavoitteiden vuoksi, jolloin asianosaisella vastaavasti ei voitaisi sanoa olevan tuomarin toimintaan liittyviä oikeutettuja odotuksia – tai ainakaan oikeuksia?

Nämä kysymykset liittyvät yleiseen ongelmaan kyselyvelvoitteiden laiminlyönnin seuraamuksista. Jos tuomioistuimella nähdään olevan (oikeudellisesti tehokas, konkreettinen) vastuu jonkin tosiseikan saattamisesta tutkittavaksi, prekluusion estyminen lienee vähin seuraamus, joka laiminlyöntiin saatetaan liittää.

Seuraavassa joudutaan rajoittumaan lähinnä kahteen kysymykseen. Konkreettisemmin voidaan kysyä, (1) onko prosessinjohtotointen liiallinen passiivisuus prekluusion edellytyksenä huomioon otettava näkökohta. Jos taas kyselytoiminnassa voidaan osoittaa jokin yksilöity laiminlyönti, (2) tulisiko tällainen nähdä jo sellaisenaan prekluusion esteenä? Huomattakoon, ettei tässä yhteydessä oteta kantaa kyselyvelvollisuuden ulottuvuuteen vaan tarkastellaan, mitä seuraamuksia yksilöidyllä laiminlyönnillä olisi oltava ja miten laiminlyönti tulisi sijoittaa systemaattisesti. Oletuksena kuitenkin on, että laiminlyöntejä joissakin olosuhteissa voidaan osoittaa.

5.3.4.2 Kyselyvelvoitteiden laiminlyönti prekluusion estävänä perusteena; alustavaa arviointia

Oikeuskirjallisuudessa tuomarin kyselyvelvollisuutta ei tarkastella yleisten prekluusioedellytysten kannalta mutta kylläkin pätevän syyn arviointiin vaikuttavana tekijänä.[133] Niinpä voidaan todeta myös se, että ainakin jonkinlaista oikeudellista merkitystä laiminlyönnillä on ehdotettu olevan.[134] Kotimainen oikeuskäytäntö puoltaa näkemystä ainakin osittaisesta vaikutuksellisuudesta. Käytäntö on kuitenkin ohutta ja osittain ristiriitaista. Esimerkiksi aiheen pätevyyttä koskevan kuulemisoikeuden sivuuttaminen hovioikeustasolla ei eräässä tapauksessa estänyt prekluusiota (KKO 1997:109).

Kaikkein olennaisinta ei ole ratkaista sitä, millä tavoin laiminlyönti tulisi sijoittaa systemaattisessa tarkastelussa. Epäilyksettä pätevä aihe saattaa olla täysin oikea systemaattinen ympäristö. Pätevänä syynä laiminlyönnillä olisi kuitenkin seuraava merkittävä erityispiirre. Kyselyvelvollisuuden laiminlyöntiä on vaikea liittää suoraan asianosaisen prosessointia koskevaan huolellisuusarviointiin. Usein asianosaisen ja tuomioistuimen ne velvoitteet, jotka liittyvät oikeudenkäyntiaineiston esille tuomiseen ja rajauksiin, ovat yhtäaikaisia

---

[133] *Leppänen* 1998 s. 368.

[134] *Virolainen* mainitsee kyselyvelvollisuuden laiminlyönnin merkitystä koskevan ongelman pätevää syytä harkittaessa. Ks. *Virolainen* 1992 s. 228.

tai osin päällekkäisiä. Ainakin puhuttaessa ns. täydentävästä kyselytoiminnasta liikutaan tällaisella alueella. Kyselytointen syynä on tyypillisesti juuri jokin asianosaisen laiminlyönti tai vetoamistoimen epäonnistuminen, täsmennyksen tai selventämisen tarve tai jonkin relevantin näkökohdan huomiotta jättäminen.

Kenties sitä kautta puutteellisuudet kyselytoiminnassa voisivat vaikuttaa asianosaisen menettelyn huolellisuutta koskevaan arvioon, jos tuomioistuin on tehnyt virheellisiä (lähinnä positiivisia) ratkaisuja, jotka ovat estäneet tai vaikeuttaneet vetoamistointen suorittamista. Jos tuomioistuin informoi asianosaisia todistustaakan jaosta, asianosaisilla lienee lupa luottaa tiedon oikeellisuuteen. Jos tuomarin käsitys osoittautuu virheelliseksi, asianosaista ei siksi voida moittia, vaikka hän olisi jättänyt tämän vuoksi ilmoittamatta todisteita.

> Vrt. KKO 2005:69, jossa asianosaisen sallittiin vielä hovioikeudessa tuoda esiin uusia todisteita siksi, että käräjäoikeus oli arvioinut virheellisesti aineelliseen kysymykseen liittyvän todistustaakan jaon ja vielä virheellisin perustein hylännyt todisteita. Myös prosessinjohtotointen mainittiin olleen liian passiivisia; olennaista ratkaisussa oli kuitenkin juuri (laajassa merkityksessä prosessinjohtoon kuuluvien) tointen virheellisyys. Saatettaisiin kylläkin ajatella, etteivät asianosaisen velvoitteet – osin tuomioistuimen virheistä johtuen – olleet konkreettisina aktualisoituneet.

Yleensä laiminlyönti vaikuttanee enemmänkin asianosaisen huolimattomuuden oikeuttamiseen kuin (välittömästi) sen arvioimiseen, onko asianosainen toiminut moitittavasti. Vaikka asianosainen olisi menetellyt huolimattomasti, tuomioistuimen samanaikainen laiminlyönti saattaisi perustella prekluusion estymisen.

5.4 PREKLUUSION EDELLYTYKSISTÄ TYYPPITILANTEIDEN VALOSSA

5.4.1 Pätevä aihe -kriteerin yhteydessä tarkastellut kysymykset lain esitöissä ja oikeuskirjallisuudessa

Aiheen pätevyys on prekluusion soveltamisen estävänä perusteena huomattavan avoin ja arvostuksenvarainen tunnusmerkistö. Tämä on huomionarvoista, kun se vielä kerrotulla tavoin on hyvin keskeisessä asemassa tarkasteltaessa sellaisten vetoamislausumien hyväksymistä, jotka on esitetty määräajan jälkeen. Lainvalmisteluaineistossa onkin pyritty täsmentämään aiheen pätevyysperusteita muutamien tyyppitilanteiden avulla. Näillä puolestaan on taustahistoriaa erityisesti ruotsalaisessa lainvalmisteluaineistossa. Hallituksen esityksessä luetellaan mahdollisina syinä seuraavat asiaintilat:

1) Asianosainen on saanut tiedon uudesta seikasta tai selvityksestä vasta hänelle asetetun määräajan (tai muun kriittisen ajan) jälkeen.
2) Uuden aineiston esittäminen on tullut aiheelliseksi vasta vastapuolen esityksen johdosta.
3) Asianosainen ei ole voinut määräaikaan mennessä huomata seikan tai selvityksen merkitystä.
4) Tilannetta joudutaan prosessin aikana arvioimaan jostakin syystä uudelleen.
5) Asianosainen on jättänyt vetoamatta uuteen seikkaan tai todisteeseen kustannussyistä, luullen määräaikaan mennessä esitetyn selvityksen riittävän.[135]

Nähtävästi näihin samoihin perusteisiin viitataan toisaalla (OK 6:9:ää koskien) vain lyhyesti tilanteina, joissa asianosainen (a) *ei ole tiennyt* seikasta tai (b) *hyväksyttävästä syystä ei ole voinut käsittää* seikan merkitystä.[136] Tähän myöhempään luonnehdintaan näyttävät tiivistyvän ainakin kohdissa 1, 3 ja 5 tarkoitetut esimerkkitilanteet.[137] Myös prosessitaloudelliset punninnat (5), jos ne osoittautuvat virheellisiksi, perustuvat käytännössä joko tiedon tai sen merkityksen virheelliseen arvioimiseen. Asianosaisella saattaa olla pätevä aihe, jos hän ei ole ajoissa tiennyt myöhään vedotusta asiaintilasta tai jos hän ei ole voinut hyväksyttävästä syystä ymmärtää asiaintilan merkitystä. Puutteellisen tai väärin ymmärretyn tiedon kohteena on paitsi faktojen olemassaolo myös niiden oikeudellinen merkitys.

> Todisteprekluusiosta puhuttaessa puutteellisen tietämyksen kohteena on lähinnä se, mitä asiaan vaikuttavaa todistaja tiesi määrätyistä asiantiloista tai mitä kirjallista todistusaineistoa oli olemassa, yhtäältä todisteiden olemassaolo, toisaalta niiden konkreettinen näyttöarvo.

Pelkkää tietämättömyyttä (vrt. 1) ei kuitenkaan ole pidetty riittävänä. Lisäedellytyksenä on katsottu välttämättömäksi arvioida sitä, olisiko asianosaisen pitänytkään olla ko. asiaintilasta tai sen merkityksestä tietoinen. Näin on tehty varsinkin oikeuskirjallisuudessa.[138] Huolellisuuteen kohdistuvaa arviointia edellytetään siis kaikissa tapauksissa. Aivan yleisestikin voidaan sanoa, että aiheen pätevyyttä koskevassa arvioinnissa on nähty olevan kyse siitä, onko asianosainen prosessannut riittävän huolellisesti.[139]

---

[135] Kaikki edellä mainitut ks. HE 15/1990 s. 68; ks. myös *Virolainen* 1992 s. 161.
[136] Ks. HE 15/1990 s. 83.
[137] Vaikka luettelo mahdollisista pätevän syyn tilanteista esiintyy ainoastaan käräjäoikeuden valmistelun aikaista ns. prekluusiouhkaista kehotusta (OK 5:22) käsittelevässä hallituksen esityksen osiossa, sen on vakiintuneesti katsottu soveltuvan yhtä hyvin pääkäsittelyn aikaiseen prekluusioon (OK 6:9). (Ks. esim. *Ervasti* 1998.) Luettelo voidaan hyvin nähdä yleisenä aiheen pätevyystilanteiden tyypittelynä, joka soveltuu kaikkiin oikeusasteisiin.
[138] Ks. esimerkiksi *Leppänen* 1998 s. 364; *Lindell* 1993 s. 306.
[139] Prekluusio nähdään yleisesti prosessitointen viivästyksestä johtuvana sanktiona. Ks. esim. *Lappalainen* 1994a s. 111 tai *Leppänen* 1998 s. 300–301.

Mitä tarkoitetaan sillä, että aineiston esittäminen ”on tullut aiheelliseksi vastapuolen esityksen johdosta” (vrt. 2), ei täsmennetä. Oikeuskirjallisuudessa on sovellutuksena mainittu ainakin vastapuolelle määräajan jälkeen sallittu uusi vetoamislausuma.[140] Tästä on voinut aiheutua tarve vedota vaihtoehtoiseen perusteeseen, jonka menestymisen mahdollisuudet nyt ovat ensiksi vedottuun perusteeseen nähden paremmat. Ymmärrettävästi asianosaiselle syntyy myös tarve riitauttaa juuri hänen vastapuolelleen sallittu itsenäinen vetoamisperuste. Vaille täsmennystä jää niin ikään se, mitä ”tilannetta” ja milloin voitaisiin kesken prosessin joutua arvioimaan uudelleen (vrt. 4).

> Näissä saattaa olla kyse sellaisista olosuhteista, joilla on merkitystä arvioitaessa asianosaisen menettelyn huolellisuutta. Toisaalta niillä saatettaisiin viitata siihen, mistä ajankohdasta alkaen vetoamisvelvollisuus on siirtynyt asianosaiselle (tai aktualisoitunut).
>
> Viittaako puhe vastapuolen esityksen aiheuttamasta tarpeesta esittää uutta aineistoa (vrt. 2) esimerkiksi tunnustamisen tai myöntämisen peruuttamiseen tai siihen, että vastapuolen sallitaankin tuoda esiin uutta oikeudenkäyntiaineistoa? Tai voisiko ”tilanteen” uudessa arvioimisessa kesken prosessin (vrt. 4) olla kyse vaikkapa siitä, että uutta aineistoa otetaan huomioon viran puolesta tai siitä, että tuomari havaitsee joko laiminlyöneensä kyselyvelvollisuutensa tai suorastaan virheellisesti torjuneensa jonkin aineiston esittämisen? Näihin kysymyksiin ei liene varmaa vastausta.

Oikeuskirjallisuudessa Leppänen (tarkastellessaan todisteiden prekluusiota) puhuu tiivistetysti kolmesta tyyppitilanteesta, joita ovat puuttuva tieto todisteen olemassaolosta tai merkityksestä asiassa, prosessuaalinen tilanne ja määräajan jälkeen poistunut este todisteen ilmoittamiselle.[141] Esteet jakautuvat ehdottomiin ja suhteellisiin.[142] Esimerkkinä prosessuaalisesta tilanteesta on Leppäsen mukaan se, että vastapuolen prosessitoimet eivät vielä ole antaneet aihetta todisteen ilmoittamiseen. Näin olisi esimerkiksi, jos vastapuoli on valmistelun aikana tunnustanut jonkin asianosaisen vetoaman seikan mutta myöhemmin *peruuttanut tunnustuksen*[143] (vrt. yllä 4).

Oikeuskirjallisuudessa tuodaan lisäksi esiin muun muassa (6) jälkisattumus ja (7) tuomarin prosessinjohtovelvoitteen laiminlyönti. Jälkisattumuksella tarkoitetaan esimerkiksi tilannetta, jossa riidan kohteena oleva esine tuhoutuu kes-

---

[140] Ks. esimerkiksi *Jokela* 2004 s. 40–41. *Lindellin* (1993 s. 308) mukaan asianosaisella pitää olla oikeus vastata, jos vastapuolen sallitaan vedota uuteen faktaolosuhteeseen.

[141] Ks. *Leppänen* 1998 s. 364.

[142] Ks. *Leppänen* 1998 s. 373.

[143] *Lindellin* (1993 s. 302–329) jaottelemat tyyppitilanteet ovat samansuuntaisesti 1) selonottovelvollisuuden täyttyminen tosiasian tai todisteen jäädessä tietämättömäksi, 2) vastapuolen käyttäytyminen, 3) puuttuva tieto olosuhteen merkityksestä, 4) prosessitaloudelliset punninnat. Lisäyksenä Leppäseen verrattuna on 5) tilanne, jossa väite tai todiste on jätetty vetoamatta eettisistä syistä.

ken oikeudenkäynnin, jolloin tuhoutumiseen voisi vedota korvausvaatimuksen perusteena.[144] Myös prosessinjohtovelvoitteen laiminlyönti on toisinaan nähty mahdollisena pätevänä syynä. Leppäsen mukaan asianosaisella on yleensä pätevä syy, jos tuomioistuin on selvästi laiminlyönyt velvollisuutensa kiinnittää asianosaisen huomiota valmistelun aikana ilmi tulleeseen todisteeseen ja asianosaisen osaltaan tämän vuoksi vasta pääkäsittelyssä ymmärtää todisteen merkityksen.[145]

5.4.2 Alustavaa arviointia

Edellä olevan perusteella saatetaan todeta, että pätevänä syynä on arvioitu useita tilanteita, joissa prekluusion ei voisi uskoa mitenkään voivan tulla kyseeseen. Toisin sanoen olosuhteita, joihin asianosainen selvästikään ei ole voinut vaikuttaa tai joiden suhteen asianosaiseen ei voida muusta syystä kohdistaa moitetta, arvioidaan (ainakin muodollisesti vielä) pätevän syyn täyttymistä ajatellen.

Esimerkiksi *jälkisattumus* tai *ehdoton este todisteen tai perusteen ilmoittamiselle*[146] ovat sellaisia olosuhteita, joihin ei voi liittyä minkäänlaista moitittavuutta asianosaisen prosessaamisessa. Viimeksi mainittuun rinnastuu mahdottomuus tietää jostakin seikasta tai todisteesta. Näille tilanteille on yhteistä toisin toimimisen mahdollisuuden puuttuminen, mikä on toiminnan moraalisen arvioimisen yleinen edellytys.

Asianosaisen prosessitoimia koskevan huolellisuusarvioinnin ulkopuolelle voidaan kenties rajata tapaus tai ainakin osa niistä tapauksista, joissa *tuomioistuin on jättänyt tutkimatta sellaisen seikan, joka olisi pitänyt tutkia viran puolesta*.

Prekluusion *välttämättömänä edellytyksenä* on kuitenkin tässä puolustettavan näkemyksen mukaan pidettävä (1) oletusta siitä, että asianosainen on prosessoinnissaan menetellyt jollakin tavalla moitittavasti, laiminlyönyt prosessointiin liitettävän velvoitteensa. Mieluiten tällaisen velvoitteen tulisi olla riittävän yksilöity, havaittava ja ennakoitava.

Näkemys perustuu siihen, että vetoamisvelvoitteen menettäminen kesken prosessin on siinä määrin vakava oikeudenmenetys, että se edellyttää asianmu-

---

144 Ks. *Lappalainen* 2012 s. 990.

145 Ks. *Leppänen* 1998 s. 368. Tämä siis sisältää myös rajankäynnin: ”jos merkityksellinen todiste tulee valmistelussa ilmi mutta asianosainen ei ilmeisesti ymmärrä todisteen merkitystä”. Virolaisen mukaan prosessinjohdon laiminlyönti ei estä prekluusiota, jos kyse on oikeudenkäyntiaineiston täydentämisestä (ns. rikastava funktio). Ks. *Virolainen* DL 1995 s. 346–347. Myös *Jokela* (2004 s. 45–46) mainitsee kyselyvelvollisuuden laiminlyönnin aiheen pätevyysperusteena. Toisin *Lindell* 1993 s. 210.

146 *Leppänen* 1998 s. 373.

kaisen syyn. Yksinomaan ajan kuluminen tai prosessin vaiheen muuttuminen ei toisin sanoen olisi hyväksyttävissä oleva peruste evätä vetoamisoikeutta.[147] Lisäksi voidaan viitata lain sanamuotoon, jossa aiheen pätevyys näyttää merkitsevän olettamusta laiminlyönnistä (vrt. myös lainvalmisteluaineisto esimerkkeineen ja käytetty puhetapa, samoin oikeuskirjallisuuden käyttämä puhetapa).[148] Ainakaan näissä tapauksissa ei toisaalta voitaisi puhua ”anteeksiantoperusteesta” tai edes tarpeesta antaa erityistä selitystä sille, ettei aineistoon ole vedottu aiemmin.

Niinpä, jos on todettavissa, ettei toisin toimimisen mahdollisuutta ole ollut tai jos moitteen mahdollisuus voidaan muutoin sulkea pois, prekluusion tulisi estyä ilman mitään lisäedellytyksiä. Tällöin ei voitaisi ryhtyä esimerkiksi mihinkään tarkoituksenmukaisuuspunnintoihin.[149]

Siksi voidaan perustella ratkaisua, jossa ehdottoman esteen tai jälkisattumuksen katsottaisiin merkitsevän prekluusion yleisten edellytysten puuttumista, eikä siis pätevää tai perusteltua aihetta sille, että vetoaminen on suoritettu määräajan jälkeen. Aiheen pätevyysharkinta mielletään yleensäkin kokonaisharkinnaksi, jossa otetaan huomioon lukuisa määrä erilaisia tarkoituksenmukaisuusnäkökohtia.

Kun uuteen aineistoon vetoavalla on lain mukaan todistustaakka pätevän aiheen olemassaolosta, tässä omaksuttu ajattelu vaikuttaa myös *epävarmuusriskin kohdentamiseen*. Jos yllä mainitut olosuhteet luokitellaan jo prekluusiosäännösten yleisiin soveltamisedellytyksiin kuuluviksi, uuteen aineistoon vetoavalle ei voitaisi (ainakaan suoraan lain nojalla) asettaa niiden olemassaoloa koskevaa todistustaakkaa. Todistussäännöt, toisin sanoen todistustaakan noudattaminen ja todistustaakan jakautuminen, jäisivät ratkaistaviksi yleisten periaatteiden pohjalta. Jos jonkinlaista todistustaakkasääntöä noudatetaan, taakan jakaminen saatetaan ratkaista tapauksen olosuhteista riippuen.[150]

> Esimerkiksi todistustaakka esineen tuhoutumisesta jo ennen määräajan päättymistä saattaisikin olla esineen haltijalla. Todistustaakka siitä, ettei todisteen ilmoittaminen ollut mahdotonta, saattaisikin olla sellaisella vastapuolella, jonka hallussa todiste on ollut.

---

[147] Tämä koskee myös muutoksenhaussa sovellettavaa prekluusiota.

[148] Ks. myös *Lindell* (1993 s. 302), joka katsoo prekluusion liittyvän huolellisuusvelvoitteen rikkomiseen. Prekluusiosäännökset ilmaisevat periaatteen, jonka mukaan asianosaisen tulee noudattaa tietynasteista huolellisuutta välttääkseen sanktion leväperäisen, huolimattoman prosessoinnin perusteella.

[149] Moitittavuus olisi toisin sanoen prekluusion välttämätön edellytys, vaikka sitä koskeva näyttökysymys ratkaistaisiin pelkkään olettamaan nojautuen.

[150] Saatetaan kylläkin painottaa sen näkökohdan merkitystä, että tuomioistuimen tulisi soveltaessaan prekluusionormeja voida varmistua siitä, että asianosaisella on ollut konkreettisia velvoitteita täytettävänään (moitittavuusarvioinnin edellytys).

Jos epävarmuus koskee sitä, olisiko määrätty seikka pitänyt tutkia viran puolesta, ei todistustaakkasääntöjä noudateta, sillä kysymys luokitellaan oikeusongelmaksi. Ratkaistavaksi jää suhtautuminen oikeudelliseen epävarmuuteen. Seikan virallistutkintaisuus on nimittäin tutkittavaksi tulevan normin ominaisuus.

Jatkossa on lähtökohtana lisäksi (2) näkemys, jonka mukaan *faktaväitteitä koskeva prekluusiouhka ei voi ylittää vetoamisvelvoitteen ulottuvuutta.* Prekluusiouhan on ulottuvuutensa puolesta vastattava vetoamisvelvoitetta. Tämä merkitsee, että vetoamisvelvoitteen on lisäksi muun muassa pitänyt aktualisoitua (vrt. esimerkiksi suksessiivinen relevanssi).

Perusteluna on lyhyesti se, että nimenomaan vetoamisvelvollisuus, tosiasiaväitteitä koskeva yksilöintivelvoite, on faktojen osalta ylivoimaisesti tärkein asianosaisen velvoitteista. Jos asianosaiselle vielä tämän ylittävästi asetettaisiin velvoitteita nimenomaan prekluusion välttämistarkoituksessa, joutuisi oikeusturva (erityisesti ennakoitavuus) vakavaan vaaraan. Mutta konkreettisen vetoamisvelvoitteen ylittävä prekluusiouhka toimisi lisäksi omien edellytystensä vastaisesti. Se hyöty, joka vetoamisvelvollisuudella uskotaan saavutettavan, menetettäisiin samalla, jos asianosainen ei olisikaan oikeutettu odottamaan omaa vetoamisvuoroaan, vaan pakotettaisiin ns. etukäteisvetoamisiin (ks. jäljempänä kohdat 15–18).

Ajatus vetoamisvelvoitteen asteittaisesta aktualisoitumisesta soveltuu analogisesti myös todisteiden prekluusioon. Ensinnäkin jo täysin vakiintuneen näkemyksen mukaan kaikkien sallittujen uusien faktaväitteiden tueksi on sallittava ilmoittaa uusia todisteita.[151] Nämä voivat puolestaan perustella vastatodistelun sallimisen. Selvää on, että velvollisuus määrätyn todisteen ilmoittamiseen edellyttää vähintäänkin sitä, että asianosaisella on ollut todellinen mahdollisuus varautua todistelun tarpeeseen.

Seuraavassa tarkastellaan prekluusion estäviä perusteita erilaisten tyyppitilanteiden valossa, joista enin osa esiintyy oikeuskirjallisuudessa ja lainvalmisteluaineistossa. Jaottelun lähtökohtana on se, miten eri tilanteissa olisi arvioitava asianosaisen toiminnan asianmukaisuutta tai moitittavuutta. Tarkastelussa ei vielä kiinnitetä pääasiallista huomiota siihen, nimetäänkö perusteet yleisiksi edellytyksiksi vai aiheen pätevyyteen vaikuttaviksi seikoiksi (luokitteluun otetaan kantaa hieman tuonnempana, ks. 5.4.5.4).

1. Asianosaisella ei ole toisin toimimisen mahdollisuutta.
2. Jokin erityisolosuhde poistaa moitittavuuden tai lieventää sitä.
3. Yleisesti soveltuvat perusteet, joiden nojalla moite lievenee tai poistuu.
4. Tuomarin tutkimisvelvollisuuden tai kyselyvelvollisuuden laiminlyönti
5. Tilanteet, joissa vetoamisvelvollisuus ei vielä ole aktualisoitunut, vaikka väitteen esittäminen tai todisteen ilmoittaminen olisi ollut mahdollista.

---

[151] Ks. esim. *Lindell* 1993 s. 308–310.

Normatiivisesti arvioiden tarkastelu etenee kolmen ensiksi mainitun ryhmän osalta painavimmista prekluusion vastasyistä kohti vähemmän painavia. Viimeiseen ryhmään (5) kuuluvissa tilanteissa on miltei yhtä vahva vastasyy prekluusion näkökulmasta kuin ensimmäisen ryhmän tapauksissa. Tuomarin tutkimisvelvoitteiden ja kyselyvelvoitteiden laiminlyönti (4) muodostaa muista tapauksista hieman poikkeavan erityisryhmän.

5.4.3 Tyyppitilanteita moitittavuusedellytyksen näkökulmasta

5.4.3.1 Ei mahdollisuutta toimia toisin

Edellä sanotun mukaisesti prekluusio ei voi tulla kyseeseen, jos asianosaisen olisi ollut täysin mahdotonta vedota oikeudenkäyntiaineistoon määräajassa. Tyypillisiä tilanteita, joissa asianosainen ei olisi voinut toimia toisin, ovat ainakin mahdottomuus tietää tosiasiasta tai todisteesta ennen määräajan päättymistä, ns. jälkisattumus sekä tuomioistuimen kieltäytyminen ottamasta vastaan todistetta tai tosiasiaväitettä.

(1.) Mahdottomuus tietää tosiasiasta tai todisteesta ennen kuin määräajan jälkeen

Mitenkään harvinaista ei ole, että asianosaisen olisi ollut määräajan puitteissa täysin mahdotonta päästä selville jostakin vetoamisperusteen muodostavasta tosiasiasta tai todisteesta. Määräajan jälkeen uutta aineistoa voi tulla ilmi esimerkiksi editiovelvollisuuden kautta, vastapuolen hallussa olleen aineiston sisältämänä. Yleisemmin uutta tietoa saadaan kuitenkin vastapuolen omaaloitteisesti jättämän kirjallisen aineiston, vastapuolen lausumien tai todistajan kertomuksen välityksellä. Vetoaminen saattaisi olla täysin mahdotonta esimerkiksi silloin, kun merkitykselliset tiedot tai todisteet ovat sopimuskumppanin hallussa. Vaikkapa vastapuolen hallussa olevat tilitapahtumat voivat jäädä siinä määrin tietämättömiksi, ettei asianosaisella ole niistä ainakaan riittävän täsmällistä tietoa vaatimustensa perustelemista varten.

Täyden mahdottomuuden tilanteissa prekluusio ei sovellu, koska asianosaisen toimintaa ei voida moittia.[152] Jos sitä vastoin tosiseikasta tietäminen *ei olisi ollut täysin mahdotonta,* saatetaan ryhtyä arvioimaan asianosaisen menettelyn huolellisuutta tai moitittavuutta. Toiselta puolen kyse on siitä, kuinka laajoja selvityksiä tosiasioiden selville saamiseksi voidaan edellyttää oikeudenkäyntiä (pääkäsittelyssä tai hovioikeudessa) edeltävästi. Puhutaan selonottovelvol-

[152] Niinpä jos tiedossa olevan perusteella voidaan päätellä, ettei asianosainen yksinkertaisesti olisi voinut toimia toisin, ei prekluusio tule kyseeseen.

lisuudesta, jonka täyttyminen on edellytys tietämättömyyden hyväksyttävyydelle (vrt. kohta 8). On ymmärrettävää, että useimmissa tapauksissa määräajan jälkeen esille tuleva uusi tieto tai todiste johtaakin hyväksyttävyysarviointeihin.

(2.) Ns. jälkisattumus

Vastaavalla tavalla on arvioitava tilanteita, joissa vetoamisvelvoitteen kohteena oleva asiaintila on syntynyt tai ilmennyt vasta määräajan jälkeen. Vetoaminen on ollut mahdotonta, joten prekluusiosanktio ei tule kyseeseen. Edes vetoamisvelvollisuuden ei ymmärrettävästi voida katsoa syntyneen. Esimerkkejä jälkisattumuksesta voisivat olla palautettavaksi vaaditun esineen tuhoutuminen[153] tai vahingoittuminen tai muuttuneiden olosuhteiden vaikutus sopimusehtojen sitovuuteen. Olosuhteissa tapahtuneet muutokset saatettaisiin tyypillisesti ottaa huomioon myös sopimuksen kohtuullistamisarvioinnissa.

> Lisäksi olisi epäkäytännöllistä (ja äärimmäisen byrokraattista) edellyttää, että muuttuneisiin olosuhteisiin vetoamiseksi pitäisi nostaa uusi kanne. Siksi olosuhdemuutoksiin vetoaminen on sallittava saman prosessin aikana.

(3.) Tuomioistuimen kieltäytyminen ottamasta vastaan todistetta tai tosiasiaväitettä

Myös tuomioistuimen nimenomainen kieltäytyminen ottamasta vastaan todisteita tai tosiasiaväitteitä voisi muodostua prekluusion estäväksi perusteeksi. Käytännössä näin voisi käydä, jos ylemmän oikeusasteen arvio vedotun todisteen tai tosiasiaperusteen vaikutuksettomuudesta poikkeaisi alemman oikeusasteen näkemyksestä. Muutoksenhakutuomioistuin voi pitää alemman oikeusasteen ratkaisua virheellisenä joko muuttuneiden olosuhteiden (esimerkiksi jutussa vastaanotetun todistelun yllättävän sisällön tai yllättävien uusien väitteiden) johdosta tai se voi olla virheellinen jo alun alkaen. Luonnollisestikaan ei ole mahdotonta, että aineiston torjuneen tuomioistuimen oma käsitys asiasta muuttuisi.[154]

Kieltäytyminen on voinut perustua todisteiden osalta OK 17:7:n määräykseen, jonka nojalla tuomioistuin voi rajata prosessin ulkopuolelle jo selvitettyjä tosiasioita koskevan tai vaikutuksettoman todistelun.[155] Lisäksi tuomioistuimel-

---

[153] Ks. *Lappalainen* 2012 s. 990.

[154] Lähinnä todistusaineiston torjuminen saatetaan liittää yleisemmin tuomarin kyselytoimintaan, johon sisältyy myös ns. oikeudenkäyntiaineistoa rajoittava tehtävä. Ks. *Virolainen* 2012 s. 202 ja 1988 s. 79–81. Kieltäytymisoikeus perustunee kuitenkin ainoastaan OK 17:7:n määräykseen.

[155] ”Jos todiste, jonka asianosainen tahtoo esittää, koskee seikkaa, joka on asiaan vaikuttamaton tai selvitetty, tahi jos näyttö on huomattavasti vähemmällä vaivalla tai kustannuksella saatavissa

la on valtuutus valita useammasta vaihtoehtoisesta todistuskeinosta taloudellisesti huomattavasti halvempi tai vähemmän vaivaa aiheuttava vaihtoehto. Yhtä luotettavan näytön tulisi kuitenkin tällöin olla saatavissa vaihtoehtoisella keinolla. Puhutaan parhaan todistusaineiston periaatteesta, joka siis asettaa rajoja tuomarin valtuuksien käytölle.[156]

Vaatimusten perusteeksi esitettäviä tosiasiaväitteitä tuomioistuimella sitä vastoin ei ole valtaa torjua.[157] Tämä ei luonnollisestikaan merkitse sitä, etteivätkö asianosaisen tosiasiaväitteet todellisuudessa voisi tulla nimenomaisestikin torjutuiksi tai joka tapauksessa jäädä täysin vaille mitään huomiota.

Kieltäytymistapauksissa vetoamiselle on ollut paitsi tosiasiallinen myös oikeudellinen este. Torjumistapauksessa ei voitaisi ajatella edellytettävän, että asianosainen pyrkisi kiellon vastaisesti tarjoamaan edes kirjallisia todisteita tuomioistuimen tutustuttavaksi, vaikka sellaisten toimittamista tuomioistuimen kansliaan ei kylläkään voitaisi suoranaisesti estää. Suullisen todistelun esittäminen – tai tosiasiaväitteiden saanti tutkittaviksi – olisi jo faktisesti mahdotonta.

Kieltäytyminen tulee nähdä jo sellaisenaan prekluusion estävänä perusteena, olipa kyse todisteesta tai tosiasiaväitteestä ja täysin riippumatta siitä, oliko kieltäytyminen alun alkaen oikeutettua. Kieltäytyminen toisin sanoen estää prekluusion kaikissa tapauksissa. Näin ollen vedottu uusi aineisto on otettava tutkittavaksi, jos kieltäytymiselle ei nyt prosessin uudessa vaiheessa ole OK 17:7:ssä tarkoitettuja perusteita.

Jos asianosainen jättää todisteen esittämättä tai oikeudellisen perusteen vetoamatta tuomarin prosessinjohtotoimiin kuuluvan suosituksen johdosta, tämän syyn vaikutus lienee harkinnanvarainen. Nyt vetoamistointa ei ole suorastaan kielletty, joten asianosainen saattaisi aineistoa esittää sillä uhalla, että tuomari pitäisi tointa epäsuotavana. Käytännössä tosin asianosainen saattaisi niiden johdosta olla pakotettu supistamaan vetoamistoimia. Usein valinnanvapauden voidaan uskoa todellisuudessa ainakin merkittävästi rajoittuneen.

5.4.3.2 Erityisperusteita, jotka poistavat moitteen tai lieventävät sitä

Vaikka ehdotonta estettä tosiasiaväitteeseen tai todisteeseen vetoamiselle ei olisi ollutkaan, saatetaan muutamien erityisten näkökohtien katsoa vaikuttavan siten, ettei asianosaista voida moittia vetoamistoimen viivästymisestä. Tällöin asianosaisen menettelyyn kohdistettavissa olevan moitteen voidaan sanoa poistuvan tai ainakin lieventyvän niin merkittävästi, että prekluusion tulisi es-

---

toisella tavoin, älköön oikeus salliko todisteen esittämistä" (OK 17:7).

156 Ks. *Virolainen* 1988 s. 81.

157 Ks. myös *Virolainen* 1988 s. 80–81, joka liittää uuden aineiston suoranaisen torjumisen vain todistusaineistoon. Esimerkiksi OK 6:2a.2 ei valtuuta kieltäytymään tosiasiaväitteiden tutkimisesta, vaan ns. rajoittava prosessinjohto jää suositusten ja informaation varaan.

tyä. Eräissä tilanteissa prekluusion perusteleva moite voidaan tyypillisesti sulkea pois kyseeseen tulevana seuraamuksena. Vastasyiden vahvuus vaihtelee eri tyyppitilanteissa.

Täysin ylivoimaisen esteen puuttuessa asianosaisen toimintaa saatetaan seuraavissa tapauksissa arvioida moraaliselta kannalta, toisin kuin edellä:

(4.) Kieltoa lievempi tuomarin ohjeistus tai suositus

Mikä on tuomarin suositusten vaikutus prekluusion estävänä perusteena? Lähtökohta on samansuuntainen kuin edellä. Jos vetoaminen tosiasiaväitteeseen tai todisteeseen on asiaa määräajan ylittymisen jälkeen tarkasteltaessa perusteltua (tai ei ainakaan kieltäytymiseen oikeuttavalla tavalla torjuttavaa), aiempi suositus saattaisi nähdäkseni aiheuttaa prekluusion estymisen. Suositus olisi tällöin voinut olla virheellinen jo alun alkaen tai vetoaminen olisi voinut olosuhteiden muutoksen johdosta muodostua perustelluksi.

Torjuvissa suosituksissa on voinut olla kyse tuomioistuimen tehtäviin kuuluvasta prosessinjohdosta, jonka puitteissa tuomari on pyrkinyt vaikuttamaan osapuoliin oikeusriitaa tai todistelua rajaavasti (vrt. OK 6:2a.2). Yhtä hyvin tuomari olisi saattanut ylittää valtuutensa ja toimia epäasiallisen painostavasti tai heikoin perustein, pyrkimällä olosuhteisiin nähden liian pitkälle ulottuvaan aineiston rajaamiseen. Prekluusion estymisen kannalta ei tosin ole merkitystä sillä, oliko tuomarin suositus hyvin vai huonosti perusteltu tuomarin tuolloisen tietämyksen valossa. Asianosainen saattaisi puolestaan uudessa tilanteessa vedota aiemmin prosessin ulkopuolelle rajaamaansa aineistoon oma-aloitteisestikin. Lienee kylläkin selvää, että tuomarin velvollisuutena on ottaa puheeksi, jos jokin rajattavaksi suositeltu peruste tai todiste myöhemmin osoittautuisi, myöhemmän tiedon tai muuttuneen oman arvioinnin valossa, mahdollisesti relevantiksi.

On epäilemättä mahdotonta määritellä yksiselitteisesti, milloin vaihtoehtoinen vetoamisperuste tai todiste olisi riittävässä määrin relevantti, jotta prekluusio estyisi. Pääasiallisesti riittäväksi kriteeriksi voisi käydä ainakin oletettava vaikutuksellisuus asian lopputulokseen.

Lähtökohtana täytynee olla, että ainakin tuomioistuimen erehdys tai epäonnistuneeksi osoittautunut tilannearvio vetoamatta jäämisen syynä perustelee vetoamisoikeuden säilymisen. Tässä tilanteessa olisi reilun pelin vastaista eliminoida relevantiksi osoittautunutta aineistoa, olkoonkin, että myös asianosaisen prosessointi on perustunut osaltaan hänen omaan tilannearvioonsa.

Jos tuomarin nimenomaisen suosituksen sisältö on riidaton, ei nähdäkseni tulisi edellyttää asianosaisen tosiasiallisen päätäntävapauden rajoittumista. Asianosaisen olisi voitava luottaa siihen, ettei yksilöidyn suosituksen noudattamisesta aiheudu aineellista oikeudenmenetystä. Koska kyse on lähinnä

periaateluonteisten normien (argumenttien) soveltamisesta, suosituksen voimakkuudelle (päätäntävapauden oletetulle rajoittumiselle) voidaan antaa oma merkityksensä. Jos tuomioistuin on ilmaissut torjuvan näkemyksensä voimakkaasti, uuden aineiston relevanssilta ei nähdäkseni voida edellyttää yhtä paljon kuin varovaisemman ohjeen kyseessä ollen.

(5.) Tarve vedota vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen aiheutuu siitä, että vastapuolen sallitaan vedota uuteen tosiasiaväitteeseen tai todisteeseen

Vakiintuneesti on pidetty prekluusion estävänä perusteena asianosaisen vastapuolelle määräajan jälkeen sallittua uutta vetoamislausumaa, jos tästä aiheutuisi tarve vedota vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen kanteen hyväksymisen tai vastustamisen tueksi. Syynä voi olla se, että vastapuoli vetoaa uuteen *todisteeseen*, jonka johdosta kannetta ei voida menestyksekkäästi ajaa tai vastustaa vedotulla perusteella. Jokin vaihtoehtoinen peruste saattaisi kuitenkin olla relevantti.[158] Samoin vastapuolen vetoaminen uuteen kannetta tukevaan tai vastustavaan *oikeustosiseikkaan* voisi aiheuttaa vastaavanlaisen tarpeen.[159]

Jos näissä tilanteissa ei sallittaisi vastavuoroista vetoamista uusiin vaihtoehtoisiin perusteisiin, saatettaisiin loukata asianosaisen oikeutettua luottamusta ja osapuolten yhdenvertaisuutta.[160] Asianosainen ei nimittäin ole useimmiten voinut ennakoida vastapuolensa pätevää syytä, eikä häneltä sellaista tulisi edellyttää. Ajatuksena on se, että asianosaisen olisi voitava luottaa jossakin määrin vastapuolen määräajassa tekemiin oikeusriidan rajauksiin. Lähemmin sanottuna hänen tulisi voida luottaa siihen, ettei vastapuolelle sallittaisi sellaisia uusia vetoamislausumia, joihin ei enää olisi mahdollisuutta vastata riittävän tehokkaasti.

Puheena oleva vetoamistarve ei liity vetoamisvelvoitteen syntyyn tai aktualisoitumiseen vastapuolen lausuman johdosta (vrt. jäljempänä kohdat 15–18).[161] Vetoamisvelvollisuus kohdistuu kaikkiin ns. vaihtoehtoisiin faktaperusteisiin. Vastapuolen lausuman johdosta aiheutuva vetoamistarve liittyy yhtäältä vedottuihin perusteisiin asetettujen menestymisen odotusten heikkenemiseen ja toisaalta siihen, missä määrin asianosaisen aikanaan tekemät vetoamisperusteita koskevat valinnat ovat hyväksyttävissä mm. prosessitaloudellisin syin.[162] Asianosaisen vetoamiin perusteisiin liitettävien menestysodotusten on luulta-

---

158 Ks. *Jokela* 2004 s. 40–41.

159 Ks. *Lindell* 1993 s. 108. Ks. myös HE 15/1991 s. 68 ja *Virolainen* 1992 s. 161, joissa tosin mainitaan hieman laveammin uusien perusteiden muodostumisesta relevantiksi ”vastapuolen esityksen johdosta”.

160 Näin *Jokela* 2004 s. 41.

161 Vetoamisvelvollisuuden sisältö on osittain – mutta vain osittain – riippumaton vastapuolen lausumista.

162 Muihinkin aiheen pätevyysarvioinnissa relevantteihin syihin saatettaisiin hyvin vedota.

vasti täytynyt aikanaan käytettävissä olevan tiedon ja prosessuaalisen tilanteen (mm. vastapuolen vetoamislausumien ja todistelun) valossa näyttää verrattain hyviltä, jotta vetoamatta jättäminen vaihtoehtoiseen perusteeseen hyväksyttäisiin. Muussa tapauksessa hänellä tuskin katsottaisiin olleen oikeutta luottaa vetoamiensa faktaperusteiden riittävyyteen.

Keskeistä on kuitenkin se, millä tavoin vastapuolelle sallittu uusi vetoaminen vaikuttaa asianosaisen vetoamien perusteiden menestymisen mahdollisuuksiin. Jos menestymisen ennuste olennaisesti heikkenee, aiheutuu selkeästi tarve vedota vaihtoehtoisiin perusteisiin, jos sellaisia vain on käsillä. Yhdenvertaisuus ja oikeutettu luottamus kuitenkin edellyttävät nyt ennusteiden ja prosessitaloudellisten punnintojen (vertailujen) asianosaisystävällistä tulkintaa – kun kerran vastapuolelle joka tapauksessa uusi vetoamisperuste tai todiste on sallittu.

> Olisiko asianosaisen tarjoama vaihtoehtoinen peruste relevantti, ei liene tässä yhteydessä edellytys uuden ”vastavuoroisen” väitteen hyväksymiselle. Uudessa tilanteessa vetoaminen huonommankin ennusteen omaavaan väitteeseen on yleensä perusteltua, jos aiemman väitteen menestymisen näköalat ovat merkittävästi heikentyneet.

Vastaavanlainen argumentaatiotapa soveltuu uusien todistuskeinojen sallittavuuteen. Jos vastapuolen sallitaan vedota uuteen todistajaan tai kirjalliseen todistusaineistoon, tämä saattaa aiheuttaa tarpeen vastatodisteluun. Todistelun tarve voi aiheutua myös silloin, jos asianosaisen oman tai hänen vastapuolensa todistajan kertomus on sisällöltään yllättävä. Uusien todistuskeinojen sallimiseen kertomusten yllättävän sisällön perusteella on oikeuskirjallisuudessa kylläkin suhtauduttu lähtökohtaisen pidättyvästi.[163]

(6.) Tarve uuteen vetoamislausumaan johtuu viran puolesta tutkitusta tosiseikasta tai viran puolesta hankitusta todisteesta

Määräajan jälkeen viran puolesta tutkittavaksi otettu vaihtoehtoinen faktaperuste tai todiste saattaa yllättää asianosaisen vastaavalla tavoin kuin edellä (kohta 5) on kuvattu. Tällaiseen aineistoon asianosainen ei luonnollisesti ole saanut reilua mahdollisuutta vastata määräajan puitteissa. Niinpä asianosaisen määräajassa vetoamien perusteiden menestymisen mahdollisuudet voivat heikentyä ja hänen olisikin kenties aiheellista vedota johonkin vaihtoehtoiseen perusteeseen.

Vastapuolen ”eduksi” vaikuttavan perusteen esilletulon viivästyminen on saattanut johtua tuomioistuimen laiminlyönnistä. Joka tapauksessa sen on katsottava johtuneen asianosaisesta riippumattomasta syystä. Asianosaista ei täl-

---

[163] Ks. esimerkiksi *Leppänen* 1998 s. 371 ja 373.

löin voida moittia eikä sanktio ole perusteltu. Siksi virallistutkinnasta aiheutuva vetoamistarve tulee rinnastaa edellä tarkasteltuun esteperusteeseen.

Asianosainen olisi kylläkin saattanut varautua viran puolesta selvitettävien seikkojen esiin tuloon mutta tätä tuskin voidaan edellyttää prekluusiolle asetetun määräajan ylittävästi. Asianosaisen ei toisin sanoen voida edellyttää ennakoivan määräajan jälkeistä virallistutkintaa.

Samoin kuin edellä, asianosaisen on voitava luottaa siihen, etteivät viran puolesta huomioon otettavat tosiseikat tule mukaan vielä määräajan jälkeen sellaisin vaikutuksin, ettei niihin voida tehokkaasti vastata. Hänen olisi voitava luottaa, että tutkittavana olevien tosiseikkojen piiri on lähtökohtaisesti muotoutunut määräajan puitteissa.

Lisäksi tuomioistuimelta tulisi edellyttää informointia viran puolesta tutkittavaksi otetuista perusteista. Tämä velvollisuus olisi rinnastettava asianosaisen vetoamisvelvoitteeseen ainakin siinä *vähimmäismerkityksessä*, että informatiivisen kyselytoimen laiminlyönti vaikuttaa konkreettisen prekluusiouhan kohteena olevien seikkojen piiriin.

> Vaativampi merkityssisältö olisi se, että informointi olisi ehto viran puolesta huomioon otettavien seikkojen tutkimiselle. Perusteltua onkin edellyttää, että tuomioistuin toisi tällaiset faktat keskusteluun vähintään yhtä selkeästi ja nimenomaisesti kuin mihin asianosaiset ovat velvoitettuja.

Edellä lausuttu sisältää jo oletuksen, etteivät prekluusiosäännökset estä tosiseikkojen tutkimista viran puolesta vielä määräajan jälkeen, jos viran puolesta tutkittava seikka huomataan vasta tällöin.[164] Prekluusiouhka kohdistuu jo säännösten sanamuodon nojalla vain asianosaiseen, eikä tuomioistuimeen.[165] Lisäksi kohteena ovat vain vetoamisvelvollisuuden alaiset seikat. Näin katsotaan jäljempänä säännöksen (OK 25:17.1) sanamuodosta huolimatta myös hovioikeusprekluusiosta (ks. jäljempänä kohta 12.).

Kysymys siitä, aiheutuiko tutkittavaksi otetusta faktaperusteesta tai todisteesta tarve vaihtoehtoiseen vetoamislausumaan, arvioitaneen vastaavalla tavoin kuin edellä (ks. kohta 5).

---

[164] Prekluusiolle asetetun määräajan jälkeen uusia faktaperusteita saatetaan ottaa tutkittavaksi viran puolesta kahdella pääasiallisella tavalla. Vielä käräjäoikeuden pääkäsittelyssä ei-väitteenvaraiset faktaperusteet on otettava tutkittavaksi jo lähtökohtaisesti. Valitusprosessin aikana väittämistaakka koskee myös näitä seikkoja mutta jos alempi oikeusaste on laiminlyönyt tutkimisvelvollisuutensa, ylemmän oikeusasteen on ilman muuta otettava tällainen seikka tutkittavaksi.

[165] Ks. OK 5:22, 6:9 ja 25:17.1.

(7.) Vetoaminen uuteen aineistoon on tarpeen muuttuneen oikeuskäytännön johdosta

Myös oikeuskäytännön muuttumisen on nähty voivan aiheuttaa tarpeen vedota vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen.[166] Perustilanteita on kaksi. Ennakkoratkaisun johdosta jokin vetoamatta jäänyt peruste voisi muodostua relevantiksi. Toisaalta saattaisi käydä niinkin, että vedottu peruste menettäisi suotuisat menestymisen näkymänsä, jolloin vaihtoehtoisen perusteen suhteellinen houkuttelevuus kasvaisi. Kumpikin käynee prekluusion estävästä perusteesta.

Joissakin tapauksissa muuttuneen oikeuskäytännön vaikutus järkeviin vetoamismahdollisuuksiin tuntuu hyvinkin ratkaisevalta ja selkeältä. Usein jouduttaisiin (samaan tapaan kuin kohdissa 5 ja 6) kuitenkin arvioimaan asianosaisen prosessiin valmistautumisen huolellisuutta ja hänen vetoamisvalintojensa prosessitaloudellista hyväksyttävyyttä.

Selvässä tapauksessa esimerkiksi jokin vaihtoehtoinen peruste, johon liittyvä ennuste on alun alkaen ollut heikko, tulisi ennakkoratkaisun johdosta relevantiksi. Tällöin on helppo päätellä, että vasta muuttunut oikeuskäytäntö on aiheuttanut vetoamistarpeen. Kun aiemman oikeustilan valossa menestymisen mahdollisuudet olisivat puuttuneet, ei asianosaista voida moittia passiivisuudesta.

> Vrt. esimerkiksi KKO 1996:135, jossa korkeimman oikeuden ennakkoratkaisu (KKO 1995:215) oli muuttanut vakiintunutta oikeuskäytäntöä, jonka mukaan työttömyyskassasta saatuja päivärahoja ei ollut vähennetty työsopimuslain 51.1 §:n nojalla maksettavasta vahingonkorvauksesta. Kun alioikeusprosessin jälkeen annetun ratkaisun mukaan päivärahat tuli ottaa huomioon, vakuutusyhtiöllä katsottiin olleen pätevä aihe (OK 30:7.1) vaatia korvauksen määrän alentamista sillä perusteella, että työntekijälle oli maksettu päivärahoja.[167]

Aina uuden ratkaisun vaikutus oikeustilaan ei kuitenkaan ole yksiselitteinen. Vaihtoehtoinen peruste saattaisi olla ilman ratkaisukäytännön muutoksiakin siinä määrin relevantti, että siihen olisi pitänyt vedota määräajan puitteissa. Saatettaisiin katsoa, että asianosaisen olisi pitänyt ymmärtää vaihtoehtoisen perusteen merkitys, huolimatta oikeustilan epäselvyydestä.

Tilanteet, joissa vedotun perusteen ennuste heikkenee, lienevät harvemmin yhtä selkeitä. Käytettävissä ei nyt ehkä ole lupaavalta tuntuvaa vaihtoehtoista perustetta. Toisaalta vetoamatta jättämistä juuri hyvän ennusteen omaavaan perusteeseen pidetään lähtökohtaisesti moitittavana. Siksi näissä tilanteissa joudutaan tyypillisesti useammin vaikeisiin prosessitaloudellisiin arviointeihin.

---

166 Ks. esimerkiksi KKO 1996:135, 1997:196 ja *Jokela* 2004 s. 497, *Leppänen* 1998 s. 369.
167 Täysin samanlainen tilanne oli ratkaisussa KKO 1997:196.

Kuitenkin silloin, kun menestymisen näköalat ovat olleet vahvat, lienee usein prosessitaloudelliselta kannalta hyväksyttävää pitäytyä vetoamasta vaihtoehtoisiin perusteisiin. Ne kun eivät ensinnäkään olleet välttämättömiä sen perustellun arvioin valossa, joka oli tehtävissä määräajan puitteissa. Lisäksi niiden tutkimisesta olisi saattanut aiheutua lisäkustannuksia tai viivästystä. Toiselta puolen uudessa tilanteessa, varsinkin jos vedottu peruste on heikentynyt voimakkaasti, asianosaisella on kiistämätön tarve vedota käytettävissä oleviin vaihtoehtoisiin perusteisiin.

Todennäköisemmin oikeuskäytännössä ehtii tapahtua muutoksia lähinnä ennen valitusprosessia tai valitusprosessin aikana, harvemmin kesken käräjäoikeuden pääkäsittelyn.

5.4.3.3 Yleisesti soveltuvat perusteet, joiden nojalla moite lievenee tai poistuu

Edellä on pyritty kuvaamaan tilanteita, joissa asianosaisen vastuu voidaan oikeudellisesti arvioiden sulkea pois jollakin erityisellä perusteella. Käytännössä on huomattavasti yleisempää, että joudutaan laajempaan tapauskohtaiseen kokonaisarviointiin. Tällöin saattaisi tulla sovellettavaksi jokin laveammin termein määritellyistä tyyppitapauksista, jotka on luettu aiheen pätevyysperusteisiin.

(8.) Hyväksyttävä tietämättömyys asiaintilan tai todisteen olemassaolosta

Asianosaisen tietämättömyys tosiasiasta tai todisteesta on ehkä kaikkein yleisimmin mainittu aiheen pätevyysperuste.[168] Kun pelkän tietämättömyyden ei sellaisenaan katsota perustelevan prekluusiolta välttymistä,[169] voidaan puhua hyväksyttävästä tai perustellusta tietämättömyydestä (vrt. perusteltu vilpitön mieli sopimusoikeudessa). Tosiasiallisen tietämättömyyden lisäksi edellytetään, ettei asianosaisen olisi edes pitänyt tietää po. tosiasiasta tai todisteesta.

Asianosaisella katsotaan olevan selonottovelvollisuus, joka kohdistuu asiaan vaikuttaviin faktaperusteisiin ja väitteiden tueksi hankittavissa olevaan näyttöön.[170] Selonottovelvollisuus ilmentää prosessiin valmistautumiselta ja prosessoinnilta edellytetyn yleisen huolellisuuden vaatimusta.[171]

Kysymys tietämättömyyden hyväksyttävyydestä on palautunut varsin pitkälti selonottovelvollisuuden täyttymiseen, olkoonkin, että ainakin tuomarin kyse-

---

[168] Ks. esim. HE 15/1990 s. 68; *Virolainen* 1992 s. 161.
[169] Ks. esim. *Lindell* 1993 s. 306; *Leppänen* 1998 s. 365.
[170] *Leppänen* 1998 s. 366. Ks. myös *Lager* 1972 s. 163.
[171] Vastaavasti *Lindell* puhuu edellytyksestä, jonka mukaan asianosaisen on pitänyt suorittaa asiassa ”kohtuullisia tutkimuksia” (rimliga efterforskningar) selvittääkseen niitä vaihtoehtoisia faktaperusteita tai todisteita, joihin asiassa kannattaisi vedota. Ks. *Lindell* 1993 s. 306.

lytoiminnan passiivisuudelle on ehdotettu annettavan merkitystä silloin kun arvioidaan tietämättömyyteen perustuvaa aiheen pätevyyttä.

Milloin tietämättömyys tosiasioista tai näytöstä on hyväksyttävää, on ymmärrettävästi huomattavan arvostuksenvarainen kysymys. Selonottovelvollisuuden laajuuteen vaikuttavina näkökohtina on mainittu esimerkiksi jutun oikeuskysymysten monimutkaisuus, asiaan liittyvät näyttövaikeudet ja oikeusriidan rahallinen arvo. Näiden näkökohtien vaikutuksesta ei tosin ole päästy yksimielisyyteen tai se ei ainakaan ole yksiselitteinen. Nähtävästi oikeusriidan monimutkaistuessa korostuu yhtäältä huolellisuuden vaatimus.[172] Samalla kuitenkin saatetaan pitää ymmärrettävänä sitä, että juridisesti tai näytöllisesti vaikeammissa asioissa joudutaan kesken prosessin turvautumaan uusiin väitteisiin tai näyttöön.[173] Oikeusriidan rahallisen arvon noustessa huolellisuusvelvoitteen on usein nähty ankaroituvan.[174]

> Tämäkään ei ehkä ole täysin riidatonta, sillä aineellisesti oikeaan ratkaisuun liittyvä intressi kasvaa samanaikaisesti. Lindell tosin katsoo, ettei oikean ratkaisun tavoitteelle tule antaa tulkinnallista vaikutusta prekluusiosäännöksiä sovellettaessa.[175]
>
> Eräänlaisena nyrkkisääntönä on puolestaan esitetty, että asianosaisen on tiedusteltava ainakin omassa intressipiirissä olevilta henkilöiltä näiden mahdollisia tietoja asiasta.[176]

Erityisenä selonottovelvoitteen täyttymiseen liittyvänä hyväksymisperusteena on mainittu vastapuolen tai kolmannen henkilön antamasta virheellisestä tiedosta aiheutunut erehtyminen. Vastapuolen annettua *virheellistä* tietoa pätevä syy on tyypillisesti olemassa, jos virheellinen tieto on aiheuttanut tosiasioita tai todisteiden sisältöä koskevan erehdyksen. Asianosaisella katsotaan kuitenkin olevan kohtuullisuuden puitteissa velvollisuus tarkistaa saamiensa tietojen totuudenmukaisuus. Keskeisenä suojeluintressinä oleva vastapuolen oikeusturva huomioon ottaen selonotolle ei nyt kuitenkaan voitane asettaa kovin suuria vaatimuksia.

---

[172] Ks. *Leppänen* 1998 s. 366.

[173] Ks. *Lindell* 1993 s. 307, jonka mukaan yksinkertaisemmissa asioissa uuteen aineistoon vetoaminen johtuu todennäköisemmin asianosaisen laiminlyönnistä. Myös *Leppänen* (1998 s. 366) myöntää, että poikkeuksellisen laajassa jutussa voi perustellustikin jokin yksityiskohta jäädä huomaamatta.

[174] Ks. *Lindell* 1993 s. 307. Samoin *Leppänen* 1998 s. 366.

[175] Ks. *Lindell* 1993 s. 308 ja 116. Oma näkemykseni on, että riitaintressin kasvaessa oikean ratkaisun edellytysten painoarvo korostuu verrattuna niihin lähinnä prosessitaloudellisiin intresseihin, jotka puoltaisivat huolellisuusvelvoitteen ankaroitumista. Riitaintressin kasvu perustelisi näin ollen prekluusiosanktion lievempää soveltamista.

[176] Ks. *Leppänen* 1998 s. 366; samoin *Lager* 1972 s. 163 tarkastellessaan purkuprekluusiota (OK 31:7.2).

Leppänen katsoo, että asianosaisella yleensä on pätevä syy esittää niitä uusia todisteita, joihin totuuden paljastuminen pääkäsittelyssä antaa aiheen, jos erehdys on aiheutunut vastapuolen esittämistä ja tämän totuusvelvollisuuden vastaisista tiedoista.[177]

Asianosaisen totuusvelvollisuus koskee ennen kaikkea todistelua (kuuleminen todistelutarkoituksessa). Kyse on kuitenkin yleisestä rehellisyyden vaatimuksesta oikeudenkäynnissä. Säännöksen (OK 14:1)[178] alkuperäisenä tarkoituksena on ollut ensisijassa se, ettei asianosainen vetoa valheelliseksi tietämäänsä tosiasiaväitteeseen tai kiistä todeksi tietämäänsä vastapuolen tosiasiaväitettä.[179]

Totuudenvastaista tietoa on voitu saada myös kolmannen asemassa olevalta henkilöltä kuten todistajalta. Myös tämä voi perustella prekluusion estymisen, lieveneehän nyt yleensä asianosaisen prosessointiin kohdistettavissa oleva moite. Asianosaisen velvollisuus tarkistaa tietojen oikeellisuutta saattaa luonnollisesti jälleen vaikuttaa tilanteen arviointiin.

Korkeimman oikeuden tapauksessa 1997:137 todistaja oli asianosaisen kertoman mukaan ennen käräjäoikeuden istuntoa ilmoittanut, ettei hän tiedä mitään asiaan vaikuttavaa. Käräjäoikeudessa ja hovioikeudessa oli kuitenkin katsottu saman todistajan kertomuksella selvitetyksi, että velkoja (kantaja) oli luopunut takautumisoikeudestaan. Hovioikeus ei hyväksynyt kantajana olleen velkojan vaatimusta kuulla ko. todistajaa hovioikeuskäsittelyn aikana. Myöskään korkein oikeus ei nähnyt aihetta todistajan uudelleen kuulemiseen. Korkein oikeus kuitenkin kumosi alempien oikeusasteiden tuomiot katsoen, ettei todistajan kertomusta voitu pitää yksin riittävänä näyttönä.

Eri mieltä olleen jäsenen (Tulokas) lausunnossa katsotaan, että todistajan kuuleminen olisi pitänyt sallia. Lausunnon mukaan oli epätodennäköistä, että todistaja tulisi muuttamaan kertomustaan käräjäoikeudessa. Sellaisen vaihtoehdon varalta kantajan ei tullut varautua ilmoittamaan ko. todistajaa kuultavaksi. Asiaan vaikutti eriävän mielipiteen mukaan myös todistajan kertomuksen sisällön lähtökohtainen epätodennäköisyys: kantaja oli luopunut selvästä saatavastaan ja luopuminen oli tapahtunut suullisesti. Tämä oli epätavallista huolimatta siitä, että kyse oli sukulaisten välisestä suhteesta.[180]

---

[177] Ks. *Leppänen* 1998 s. 367.

[178] ”Riita-asiassa asianosaisen on tehdessään selkoa niistä seikoista, joihin hän vetoaa jutussa, ja lausuessaan mielensä vastapuolen esittämistä seikoista sekä vastatessaan tehtyihin kysymyksiin pysyttävä totuudessa” (OK 14:1).

[179] Ks. *Lappalainen* 2001 s. 275; *Tirkkonen* 1974 s. 458; *Ekelöf – Boman* IV 1992 s. 200 ss.

[180] Ks. ratkaisun johdosta myös *Leppänen* 1998 s. 367.

(9.) Hyväksyttävä tietämättömyys asiaintilan tai todisteen merkityksestä

Asianosainen saattaisi olla hyväksyttävästi tietämätön myös tosiasioiden oikeudellisesta merkityksestä tai todisteiden merkityksestä[181] näyttökysymystä ajatellen.

Faktaperusteiden osalta kysymys kytkeytyy siihen, mitä asianosaisen oikeudelliselta tietämykseltä voidaan edellyttää. Toisaalta kyse on myös siitä, ettei prosessin etenemistä ja käsillä olevien oikeudellisten ongelmien muotoutumista aina voida etukäteen kohtuudella ennustaa.

Voidaan hyvin sanoa, että riita-asian oikeudelliseen puoleen kohdistuu vastaavanlainen selonottovelvollisuus kuin faktojen ja todisteiden olemassaoloa koskevaan tietämykseen.[182] Oikeudellinen selonottovelvollisuus mitä ilmeisimmin vain on huomattavasti ankarampi.

Tyypillisenä tapauksena, jossa tietämättömyyteen saatettaisiin vedota, mainitaan usein se, että asianosainen käy oikeutta ilman avustajaa. Selvää tosin on, ettei prosessointia ilman avustajaa useinkaan pidetä mitenkään toivottavana. Asianosaisen ajaessa omaa asiaansa on hänen lausumiensa puutteisiin silti katsottu voitavan suhtautua suopeammin.[183]

> Jokela huomauttaakin, että määrätynlaisissa asioissa, monissa hakemusasioissa, perheoikeudellisissa ja kuluttajariita-asioissa sekä vähäisemmissä velkomusasioissa olisi nimenomaisesti pyritty (tai ainakin tulisi pyrkiä) siihen, että asianosaiset voisivat hoitaa asiansa itse.[184] Asiaan vaikuttaa oikeusavun ja toisaalta tavanomaisia sääntöjä noudattavan menettelyn kalleus.

Yleisesti ottaen oikeudelliseen tietämättömyyteen perusteena aiheen pätevyydelle on kuitenkin suhtauduttu joko pidättyvästi tai torjuvasti. Esimerkiksi Lindellin mukaan avustajan tulisi voida vedota oikeudelliseen tietämättömyyteen (tai tietämättömyyteen todisteiden merkityksestä) vain poikkeuksellisesti.[185] Myös kotimaisessa kirjallisuudessa tavataan korostaa sitä, että huolellisuusvelvoite on ankarampi silloin, kun asianosaisella on avustaja.[186] Toiselta puolen luulisi, että perusteella olisi sovellettavuutta varsinkin oikeudellisesti tai näytöl-

---

[181] Tapauksessa KKO 2003:55 uskottiin asiakirjan kuolettamista koskevan päätöksen purkamista hakeneen asianosaisen ilmoitusta siitä, ettei hän ollut tiennyt asiakirjan kuolettamiseen tähtäävän hakuprosessin vireillä olosta. Hakemuksen johdosta oli julkaistu kuulutus virallisessa lehdessä. Korkeimman oikeuden mukaan asianosaisen ilmoitusta ei ollut syytä epäillä, joten hänen katsottiin saattaneen todennäköiseksi, ettei hän ollut voinut vedota siihen, että asiakirja oli hänen hallussaan.

[182] Ks. *Lindell* 1993 s. 311–312; *Leppänen* 1998 s. 364–365.

[183] Ks. *Jokela* 2004 s. 46; *Leppänen* 1998 s. 356–357.

[184] *Jokela* 2004 s. 46.

[185] Ks. *Lindell* 1993 s. 312.

[186] Ks. esimerkiksi *Leppänen* 1998 s. 357.

lisesti mutkikkaammissa ja laajemmissa oikeusriidoissa. Laajoissa ja vaikeissa asioissa ei aina voida riittävässä määrin ennakoida, mitkä olosuhteet lopulta osoittautuvat merkityksellisiksi.[187] Eikä useinkaan ole yksiselitteistä, näyttikö määrätty tosiasia kaiken tiedossa olleen valossa riittävän relevantilta – ja mikä tuo riittävä relevanssi olisi – jotta siihen olisi pitänyt vedota.

Arvioon on joissakin tapauksissa saatettu yhdistää kysymys prosessinjohdon mahdollisista laiminlyönneistä, jolloin laiminlyönti vaikuttaisi selonottovelvollisuuden täyttymiseen.[188] Huolellisuusarviointiin kyselytoiminta voidaan kuitenkin liittää oikeastaan vain negatiivisessa mielessä: jos tuomioistuin on nimenomaisesti kiinnittänyt asianosaisen huomion johonkin seikkaan, tätä pidetään osoituksena siitä, että asianosainen on saattanut olla huolimaton. Passiivinen prosessinjohto sitä vastoin ei osoita varsinaisesti mitään asianosaisen huolellisuudesta. Kyselyvelvoitteiden laiminlyönnin huomioon ottaminen edellyttääkin toisenlaisia – huolellisuusarvioinnista olennaisessa määrin riippumattomia – perusteluja (ks. jäljempänä kohta 14).

Selonottovelvollisuuden täyttymistä koskevaan arvioon saattaisi edellisessä kohdassa selostetulla tavoin vaikuttaa vastapuolen antama virheellinen tieto. Oikeuskäytännössä on katsottu, että asianosaisella on määrätyissä tapauksissa oikeus luottaa vastapuolen antamien tietojen oikeellisuuteen.[189]

(10.) Prosessitaloudelliset syyt

Prosessitaloudellinen tarkoituksenmukaisuus on sekin yksi hyvin usein mainituista perusteista, joiden nojalla vetoamisen viivästyminen saatetaan hyväksyä.[190] Tällöinkin on käytännössä kyse siitä, ettei asianosainen ole arvannut oikein tosiseikan oikeudellista merkitystä. Muussa tapauksessa asianosainen luultavasti olisi vedonnut vaihtoehtoiseen aineistoon. Asianosainen saattaa kuitenkin nyt esittää vetoamatta jäämiselle prosessitaloudellisia perusteluja. Toisaalta vaihtoehtoisten tosiseikkojen relevanssi ei olisi samassa määrin ennalta arvaamatonta kuin edellä.

---

[187] Ks. myös *Jokela* 2004 s. 46, jonka mukaan peruste voisi laajemmissa riita-asioissa tulla sovellettavaksi.

[188] Ks. *Jokela* 2004 s. 45–46 ja *Leppänen* 1998 s. 368.

[189] Ks. KKO 1999:91, jossa totuudessa pysymisvelvollisuuden rikkomiselle (vrt. OK 14:4) annettiin ratkaiseva merkitys aiheen pätevyyteen vaikuttavana olosuhteena. Korkeimman oikeuden mukaan uusien tietojen perusteella oli aihetta epäillä, ettei vastapuoli ollut pysynyt totuudessa. Tämän vuoksi asianosaisen sallittiin vielä valituksessaan korkeimpaan oikeuteen vedota uutena todisteena telekopioviestiin tehtyyn vastapuolen merkintään. Merkinnästä kävi ilmi, että vastaajayhtiö (velallinen) oli palauttanut velkojan lähettämät laskut ja vaatimuskirjelmän alun perin väittämänään ajankohtana. Tapauksessa oli kyse siitä, että velkoja oli kiistänyt vastaajan väitteen, jonka mukaan vastaaja oli riitauttanut velkojan vaatimuksen ja palauttanut velkojan lähettämän laskun takaisin velkojalle. Palautusajankohta vaikutti siihen, että velan vanhentumisaika alkoi (tiekuljetussopimuslain 41.1 §:n mukaisesti) jälleen kulua.

[190] Ks. HE 15/1990 s. 68; *Virolainen* 1992 s. 161; *Lindell* 1993 s. 312 ss.; *Leppänen* 1998 s. 372.

Keskeisellä sijalla vetoamisratkaisujen arvioinnissa ovat yhtäältä vedotun ja vetoamatta jääneen aineiston oletetut voittoennusteet. Toisaalta arvioon vaikuttaa se, mitä taloudellisia tai ajankäytöllisiä kustannuksia väitteiden tai todisteiden tutkimisesta olisi saatettu uskoa aiheutuvan. Ajallisesti arviointi sijoitetaan siihen hetkeen, jolloin vetoamisvelvoite olisi pitänyt täyttää.

Ehkä tyypillisimmin ajatellaan tilannetta, jossa asianosaisen on täytynyt pitää vaihtoehtoista perustetta mahdollisesti relevanttina, muttei välttämättömänä. Erehdys on saattanut koskea enemmänkin vedottua aineistoa, jonka merkitys on yliarvioitu.

Kaikkein todennäköisimmin hyväksyttävä lienee tapaus, jossa asianosaisella on ollut hyvin perusteltu syy uskoa vedotun aineiston riittävyyteen eli siihen, etteivät oikeus- tai näyttökysymykset aiheuta yllätyksiä. Hän on toisin sanoen vedonnut perustellusti vahvalta näyttävään tosiasiaperusteeseen tai vahvoihin todisteisiin. Oikeusriidan vaikeasti ennustettava kehittyminen tai yllättävä käänne on voinut kuitenkin aiheuttaa vedottuun perusteeseen liittyneiden suotuisien näkymien katoamisen. Vastaavasti näytön merkitys on saattanut yllättävästä syystä kumoutua tai vaikkapa henkilötodistaja on voinut muuttaa kertomustaan.

Tällaisessa tilanteessa ei välttämättä aseteta suuria vaatimuksia uuden faktaperusteen oletetulle relevanssille. Jos nimittäin alun alkaen vahva peruste on menettänyt merkityksensä, vielä käytettävissä olevien perusteiden suhteellinen houkuttelevuus kasvaa jopa prosessitaloudellisten tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien valossa. Vetoamatta jättäminen on sitä paitsi alun perin ollut sitä hyväksyttävämpää mitä epävarmemmasta perusteesta on kyse.

> Lindell pitää uuteen perusteeseen liitettävää liian hyvää voittoennustetta jopa vastaindisiona aiheen pätevyydelle. Jos uuden perusteen voittoennuste olisi määräajassa vedottua parempi, tämä Lindellin mukaan puoltaisi prekluusiota.[191]

Toisen perustapauksen muodostaa se, että uuden tosiasiaperusteen (tai todisteen) merkitys on aliarvioitu tai sitä koskeva arvio osoittautuu myöhemmän tiedon valossa epäonnistuneeksi. Jos kuitenkin määräajan puitteissa tehdyt valinnat (mm. silloisissa oloissa tehtävissä olleen voittoennusteen ja tutkinnasta oletettavasti aiheutuvien kustannusten valossa) ovat hyväksyttäviä, pätevä aihe saattaa olla olemassa.

Ymmärrettävänä ajatuksena prosessitaloudellisessa perustelussa on se, ettei asianosaista tulisi rangaista hyvistä ja alun alkaen perustelluista pyrkimyksistä. Koko prekluusiosääntelyn keskeisimpiä tavoitteita on edistää tarpeettomia kustannuksia säästävää prosessointitapaa. Voidaan sanoa, että taustalla on erityisesti pyrkimys rajata prekluusioinstituution disfunktionaalisia vaikutuksia.

---

[191] Ks. *Lindell* 1993 s. 313.

Luonnollisesti myös moitittavuusedellytyksen saatetaan nähdä puuttuvan, jos juuri prosessitaloudellisessa katsannossa asianosainen päinvastoin olisi menetellyt suorastaan esimerkillisesti.

Yleisesti ottaen prosessitaloudellisten punnintojen sallittavuuteen on kuitenkin suhtauduttu varsin pidättyvästi.[192] Esimerkiksi Lindellin mukaan prosessitaloudelliset ennusteet eivät olisi oikeudellisesti epävarmoissa tilanteissa lainkaan sallittuja. Ainoastaan silloin kun asianosaisella on ollut ”hyvin perusteltu syy” uskoa vedotun aineiston riittävyyteen, hänellä voisi olla pätevä aihe.[193] Tähän nähden kotimaisen oikeuskirjallisuuden suhtautuminen näyttää jossakin määrin sallivammalta.

> Toisaalta myös Leppäsen mukaan ”prosessiekonomian on painettava yksittäistapauksessa varsin paljon merkitäkseen pätevää syytä”. ”Pääkäsittelyn keskitykselle” on rajatapauksissa annettava etusija.[194] Samoin Jokela katsoo, etteivät prosessitaloudelliset perusteet voisi yleensä olla yksin riittävä syy vedota uusiin perusteisiin tai todisteisiin enää muutoksenhaussa.[195]

Edellä sanotun perusteella saatetaan todeta, että prosessitaloudelliset vaikuttimet ovat lähtökohtaisesti sallittuja vain tuomioistuimelle. Sisältyykö tähän järjestelmän sisäistä ristiriitaa, on ehkä makuasia. Asianosaisen näkökulmasta näin saattaisi olla, sillä häneen kohdistuu verraten ankara vaatimus vetoamislausumien viivytyksettömästä esittämisestä ja riitaisten ja riidattomien kysymysten selvittämisestä. Tässä puolestaan olisi avuksi kaiken ylimääräisen aineiston karsiminen. Taktiselta kannalta suorastaan liian innokasta pyrkimystä näihin sinänsä toivottuihin päämääriin tulisi kuitenkin nimenomaisesti välttää. Tai joka tapauksessa asianosainen uhkaisi joutua hyvistä pyrkimyksistään sanktioiduksi.

(11.) Prosessuaalinen tilanne muutoin

Prosessuaalinen tilanne mainitaan toisinaan yleisesti ilmaistuna aiheen pätevyysperusteena.[196] Vastaavassa tarkoituksessa on saatettu puhua oikeudenkäynnin aikaisista tai oikeudenkäyntiä edeltäneistä vastapuolen toimista.[197] Monet

---

[192] Pelkona lienee ollut se, että prosessitaloudelliset näkökohdat avaavat liian tulkinnanvaraisia tai liian usein sovellettavaksi tulevia hyväksymisperusteita. Vrt. esim. *Lindell* 1993 s. 312, joka huomauttaa prosessitaloudellisten syiden olevan ”vaikein” pätevän syyn tyyppitilanteista. Saatetaan toisaalta kysyä, eikö tuo tehtävänasettelu – ennuste jutun lopputuloksesta – ole vielä vaikeampi jutun asianosaisille.

[193] Ks. *Lindell* 1993 s. 312.

[194] *Leppänen* 1998 s. 372.

[195] Ks. *Jokela* 2004 s. 47.

[196] Ks. *Leppänen* 1998 s. 370 ss.

[197] *Lindell* 1993 s. 308–310. Ks. myös Reg. prop. 1983/84:78 s. 77. Hieman vastaavasti ks. HE 15/1991 s. 68, jossa puhutaan seikan tai selvityksen esittämisen tulemisesta ”tarpeelliseksi vasta vastapuolen esityksen johdosta”.

tässä yhteydessä mainituista prosessuaalisista olosuhteista nimittäin liittyvät juuri vastapuolen vetoamislausumiin tai muihin oikeudenkäyntiä ajatellen suoritettuihin toimiin.

Monet olosuhteista ovat yhdistettävissä prosessitaloudellisiin syihin tai ne voivat antaa hyväksyttävän selityksen asianosaisen tietämättömyydelle jostakin asiaintilasta, todisteesta tai näiden merkityksestä asiassa (vrt. 8, 9 ja 10). Usein olisi kuitenkin oikeampaa katsoa, että vasta po. prosessuaalinen olosuhde, esimerkiksi vastapuolen vetoamislausuma, synnyttää asianosaisen vetoamisvelvoitteen. Tällöin ei nähdäkseni olisi perusteltua puhua aiheen pätevyydestä. Esimerkiksi vastapuolen vetoaman uuden faktaperusteen on sanottu aiheuttavan pätevän syyn ilmoittaa tuon väitteen torjuvaa todistelua.[198] Vastaavasti on viitattu tilanteeseen, jossa vastapuoli peruuttaa tosiasiaa koskevan tunnustamisen. Nyt asianosaisella olisi pätevä syy vedota uusiin todisteisiin alkuperäisen väitteensä tueksi.[199]

Kummassakaan tapauksessa asianosaisella ei kuitenkaan ole alun alkaen ollut velvollisuutta näytön esittämiseen, vaan velvoitteen on aiheuttanut vastapuolelle sallittu uusi disponointi. Vasta tämä on synnyttänyt konkreettisen velvollisuuden näytön ilmoittamiseen.

Toiselta puolen ei oikein voida löytää järkevää syytä, miksi asianosainen edes tulisi velvoittaa näytön ilmoittamiseen ainoastaan siltä varalta, että vastapuoli myöhemmässä vaiheessa omalta puoleltaan esittäisi (mainittuun etukäteisvetoamiseen ”sopivan”) väitteen tai peruuttaisi tosiasioita koskevan (esimerkiksi alun kirjelmävaiheessa esittämänsä) tunnustamislausuman. Tällainen veisi pohjan siltä hyödyltä, joka on saavutettavissa sillä, että oikeudenkäynti pyritään aloittamaan toteamalla, mitkä tosiasiat ovat riidattomia.

Näkemystä tukee se tapa, jolla aiheen pätevyyttä on perusteltu. Oikeuskirjallisuudessa ja lainvalmisteluaineistossa on melko yksimielisesti katsottu, että asianosaiselle tulee taata vastaava mahdollisuus uusien todisteiden esittämiseen po. faktaväittämiä vastaan. Edellytyksenä on, että todistelu koskee vastapuolen vetoamaa uutta oikeustosiseikkaa tai samaa teemaa kuin vastapuolen ilmoittama uusi todistelu.[200]

Vielä suuremmalla syyllä prekluusiouhan soveltamisalan ulkopuolelle tulisi rajata tosiasiaväitteet, joihin liittyvä vetoamisvelvoite konkretisoituu vastapuolelle sallitun uuden väitteen johdosta (vrt. suksessiivinen relevanssi tai vetoamisvelvoitteen täsmentyminen). Asianosaisen oikeuden vastata uusiin faktoja koskeviin vetoamisiin tulisi olla paitsi periaatteellista ja lähtökohtaista myös poikkeuksetonta ja riippumatonta oikeusasteesta tai käsittelyn vaiheesta. Se ei saisi olla riippuvaista minkäänlaisesta tarkoituksenmukaisuusharkinnasta.

---

198 *Lindell* 1993 s. 309–310.
199 *Leppänen* 1998 s. 370.
200 Vastapuolelle sallittu uusi vetoaminen perustelee toisin sanoen jo sellaisenaan, vastaavuusperiaatteen puitteissa vetoamisoikeuden myös asianosaiselle.

Silti jopa oikeus vedota vastapuolelle sallitun uuden kanne- tai vastustamisperusteen riitauttaviin faktaperusteisiin on saatettu nähdä kysymyksenä aiheen pätevyydestä – kuten siis oikeus vastata uusiin tosiasiaväitteisiin kokonaisuudessaan. Ruotsin prosessilain esitöissä vastapuolelle määräajan jälkeen sallittu oikeus vedota uusiin faktaperusteisiin annetaan nimenomaan esimerkkinä pätevän syyn muodostavasta asiaintilasta.[201] Siksi myös Lindell tarkastelee tilannetta aiheen pätevyysperusteena.[202]

> Myös Jokela mainitsee pätevän syyn tyyppitilanteena sen, että (nyttemmin tutkinnan kohteeksi tullut ja vetoamistarpeen aiheuttava) ”seikka tai todiste on valmistelussa rajattu käsittelyn ulkopuolelle”.[203]

Luokittelun merkitys ei ole vain systemaattinen tai terminologinen kuten edellä havaittiin.[204] Se ei toisaalta liity pelkästään asianosaisen vastaamisoikeuden normatiiviseen vahvuuteen tai poikkeuksettomuuteen. Tuomioistuimella on lisäksi yleinen velvollisuus hankkia selvitystä prekluusiosäännösten yleisten soveltamisedellytysten täyttymisestä. Myöskään todistustaakkaa ei voida asettaa asianosaiselle ainakaan suoraan prekluusiosäännöksen perusteella. Todistustaakan jako ratkaistaan yleisiin periaatteisiin nojautuen. Asia on käytännölliseltä kannalta vaikutuksellinen, sillä sellaiset prosessuaaliset ongelmat kuten vetoamistilanteen täsmällinen sisältö, saattavat olla useinkin enemmän tai vähemmän epäselviä. Prekluusiota joudutaan tavallisesti harkitsemaan muutoksenhakuvaiheessa, jolloin ongelmana on se, mitä lausumia on esitetty alemmassa oikeusasteessa käydyn prosessin aikana.

Erityisinä prosessuaalisina olosuhteina on mainittu esimerkiksi vastapuolen kieltäytyminen antamasta asianosaiselle asian selvittämisen kannalta välttämätöntä aineistoa[205] tai se, että tarve uuteen vetoamislausumaan johtuu osapuolten välisen sopimuksen epäselvyydestä.[206]

Vetoaminen uuteen aineistoon (oikeustosiseikkoihin tai todisteisiin) on sallittava, jos asianosainen saa ratkaisevaa tietoa sisältävän aineiston haltuunsa joko editiovelvollisuuden kautta tai vastapuolen oma-aloitteisesti oikeudelle jättämänä vasta määräajan jälkeen. Asianosaisen velvollisuus editiovaatimuksen esittämiseen riippunee puolestaan siitä, missä määrin hänen on täytynyt olla tietoinen aineiston olemassaolosta ja merkityksestä. Jos vastapuoli luopuu kuulemasta ilmoittamaansa todistajaa, asianosaisella voi olla pätevä aihe ilmoittaa sama henkilö omana todistajanaan.[207]

---

[201] Reg. prop. 1983/84 s. 77.
[202] Ks. *Lindell* 1993 s. 308–309.
[203] Ks. *Jokela* 2004 s. 45.
[204] Ks. jakso 5.4.2.
[205] Ks. *Lindell* 1993 s. 311; *Heuman* SvJT 1993 s. 262.
[206] Ks. *Lindell* 1993 s. 310–311.
[207] Kuulemisoikeuden puolesta on otettu kantaa jopa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen rat-

Todistajankertomuksen yllättävän sisällön tai todisteen saaman yllättävän näyttöarvon on katsottu voivan joissakin tapauksissa perustella oikeutta lisätodisteluun. Näiden osalta on kuitenkin pidetty lähtökohtana asianosaisen vastuuta todistelua vastaanotettaessa ilmenevistä yllätyksistä.[208]

Jos vastapuolena olevan sallitaan esittää nimeämälleen todistajalle kysymyksiä, jotka menevät ilmoitettujen teemojen ulkopuolelle, tämän on sitä vastoin katsottu voivan muodostaa pätevän aiheen ilmoittaa kuultavaksi uusia todistajia tai hankkia muuta lisänäyttöä nimenomaan tuosta samasta uudesta teemasta.[209] Argumenttina on nyt erityisesti asianosaisen oikeus luottaa ilmoitettuun todisteluun. Siihen, mitä oma todistaja tulee kertomaan, asianosaisella sitä vastoin ei ole nähty olevan lähtökohtaisesti oikeutta luottaa.[210]

Voidaan sanoa, että kaikki viimeksi mainituista perusteista ovat luontevasti yhdistettävissä prosessitaloudellisten syiden tai hyväksyttävän tietämättömyyden arvosteluun. Tämän kaltaisia prosessuaalisia olosuhteita, jotka saattaisivat perustella aiheen pätevyyttä, voitaisiin tarvittaessa luetella runsaastikin. Keskeisimpiin voisi kuulua esimerkiksi vastapuolelle sallitun uuden vetoamislausuman aiheuttama – aiemmat tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat perustelleet näköalat syrjäyttävä – tarve vedota uusiin tosiasiaväitteisiin tai todisteisiin. (Vrt. kohta 5, jota edellä on tarkasteltu oman alaotsikon alla erityisperusteena. Vrt. samoin kohdat 6 ja 7.)

5.4.3.4 Virallistutkinnan tai yleisen kyselyvelvollisuuden laiminlyönti

Virallistutkinnan kolme pääasiallista merkityssisältöä

Tuomioistuimen tutkimisvelvollisuudesta (virallistutkinnasta) on puhuttu edellä (luku 3.8.3) kolmessa pääasiallisessa merkityksessä. Tutkimisvelvollisuus saattaa ensinnäkin olla täysin (1) *riippumatonta asianosaistahojen tahdosta.* Tällöin tuomioistuimen on tutkittava määrätyn faktaperusteen oikeudellinen merkitys omasta aloitteestaan. Kyseinen faktaperuste ei siis ole ns. väitteen-

---

kaisukäytännössä. Ratkaisussa Tamminen v. Suomi (15.6.2004) nimittäin katsottiin, että asianosaisen kuulemisoikeutta oli rikottu, kun hovioikeus ei hyväksynyt kuultavaksi todistajana henkilöä, jonka asianosainen oli nimennyt käräjäoikeuden pääkäsittelyssä sen jälkeen, kun hänen vastapuolensa oli luopunut saman henkilön kuulemisesta. Puheena olevassa tapauksessa asianosainen oli jo ehtinyt ilmoittaa haluavansa esittää vastapuolen nimeämälle todistajalle kysymyksiä (eli suorittaa ns. vastakuulustelua) ja lisäksi perustella, missä suhteessa todistajan kuuleminen oli merkityksellistä. EIT:n mukaan todistajan kuulemisesta käräjäoikeuden pääkäsittelyssä ei siksi ollut voinut aiheutua haitallisia yllätyksiä. Asiaa ei voitu myöskään tulkita siten, että asianosainen olisi yrittänyt nimetä viime hetkellä kokonaan uuden todistajan.

[208] Ks. *Leppänen* 1998 s. 371; samoin *Lindell* 1993 s. 318.

[209] *Leppänen* 1998 s. 371 ja 373. Leppäsen mukaan asianosaisella saattaa kuitenkin olla pätevä syy, jos hänen ilmoittamansa todistaja kertoo olennaisesti poikkeavalla tavoin verrattuna siihen, mitä hän on kertonut asianosaiselle valmistelun aikana.

[210] Ks. *Leppänen* 1998 s. 371; *Lindell* 1993 s. 318.

varainen. Asianosaisilla ei toisaalta ole tutkintaa koskevaa määräämisoikeutta. Edes aineellisen normin suojaama intressitaho ei olisi oikeutettu luopumaan oikeussuojastaan.[211] Kirjallisuuden ja oikeuskäytännön valossa virallistutkinnasta puhuttaessa tarkoitetaan yleisimmin juuri tämän kaltaista järjestelyä[212]

Tutkimisvelvollisuus saattaa toisaalta olla (2) *riippuvainen suojatun osapuolen tahdosta.*[213] Tuomioistuin on näissä tilanteissa kylläkin otettava tiedossaan olevan faktaperusteen oikeudellinen merkitys tutkittavaksi.[214] Asianosaisella (suojatulla taholla) on kuitenkin tutkintaa koskeva määräämisoikeus, joka toteutuu joko siten, että (a) tutkinnan edellytyksenä on asianosaisen väite tai että (b) asianosainen voi halutessaan ilmoittaa luopuvansa faktaperusteen tutkimisesta.[215]

Tuomioistuimen tutkimisvastuu puolestaan saatetaan täyttää joko informoimalla asianosaista vetoamisvelvollisuudesta tai tutkimalla tosiasiaperuste vastakkaisen asianosaislausuman puuttuessa. Ensimmäisessä vaihtoehdossa tuomarin tehtävänä on varmistaa faktaperusteen saattaminen keskustelun alaisuuteen. Jälkimmäisessä tapauksessa tosiasiaperuste tutkitaan, jos suojattava taho on passiivinen.

> Myös tähän liittynee useimmiten informointivelvollisuus, vaikkakaan ei aina. Prosessuaalisesti tahdonvaltaisia kysymyksiä saatetaan tutkia viran puolesta esimerkiksi suojatun tahon poissa ollessa tai kirjallisessa menettelyssä. Esimerkiksi oikeudenkäyntikulujen aiheellisuus ja kohtuullisuus tutkitaan poissa olevan asianosaisen hyväksi (OK 21:8c). Velkajärjestelyn esteperusteita saatetaan tutkia, vaikka velkojat eivät olisi osallistuneet hakuprosessiin. (Ks. luku 3.8.1.)

Kummassakin tilanteessa tutkimisvelvollisuus perustuu tosiasiaperusteen arviointiin oikeusjärjestyksen taholta. Perusteena ovat toisin sanoen sääntelyn suojelutavoitteet tai suojatun tahon aineelliset oikeudet. Sitä vastoin tutkimisvelvollisuus on lähtökohtaisesti riippumatonta sellaisista prosessuaalisista näkökohdista kuin asianosaistahojen lausumien sisällöstä, siitä missä vaihees-

---

[211] Nämä ovat usein perheoikeudellisia statuskysymyksiä. Mutta tahdosta riippumaton tutkinta ulottuu lisäksi ainakin sopimusten hyvän tavan vastaisuuteen. Ks. jakso 3.8.1.

[212] Vakiintuneesti on tehty erottelu seikkoihin, joihin pitää vedota ja seikkoihin, jotka tutkitaan viran puolesta. Ks. *Möller* JFT 1984 s. 349; *Ovaskainen* 1989 s. 92–93 ja 105 ss.; *Lappalainen* 1995 s. 87 alav. 105. Samoin *Lindblom* 1974 s. 246 ss.

[213] Vrt. esimerkiksi yksityishenkilön velkajärjestelyn esteperusteiden tutkinta tai korvattavaksi vaadittujen oikeudenkäyntikulujen aiheellisuus ja kohtuullisuus. Ks. edellä jakso 3.8.1.

Voidaan puhua prosessuaalisesta tahdonvaltaisuudesta siinä mielessä, että oikeussuojasta voidaan luopua oikeudenkäynnin aikana, vaikka kaikissa tapauksissa näin ei voida tehdä ennen oikeudenkäyntiä. Ks. myöhemmin pakottavasta sääntelystä luvuissa (6.2.4.1 ja 7.4.3.1) esitettyä.

[214] Luonnollisesti tähän sisältyy myös velvollisuus tutkia ja todeta vastaavan tosiasian olemassaolo.

[215] Viimeksi mainitusta tunnetaan esimerkki myös prosessuaalisten säännösten joukossa, sillä uuden todistelun prekludoitumisperusteet (OK 6:9.2) tutkitaan viran puolesta. Vastapuolella on kuitenkin oikeus luopua prekluusion toteuttamisesta.

sa asiaintilan olemassaolo huomattiin tai tutkinnasta oletettavasti aiheutuvista prosessitaloudellisista kustannuksista.[216]

Tuomioistuimen tutkimisvelvollisuudesta saatetaan lisäksi puhua (3) yleisen kyselyvelvollisuuden yhteydessä. Tällöin kohteena oleva tosiasiaperuste on väitteenvarainen. Tuomioistuimella olisi kuitenkin prosessin aikana velvollisuus selvittää, onko asianosaisen jonkin lausuman tarkoituksena ollut vedota määrättyyn tosiasiaväitteeseen (ns. selventävä kyselytoimi) tai haluaisiko asianosainen sellaiseen vedota (ns. täydentävä kyselytoimi).[217]

Nyt tutkimisvelvollisuus on siis riippuvaista asianosaisen tahdosta ja aktiivisuudesta. Velvollisuuden ajatellaan kuitenkin perustuvan osittain tai valtaosaltaan tapauskohtaisiin, oikeudenkäyntiin liittyviin olosuhteisiin. Esimerkiksi näyttötilanne yms. olosuhteet saattaisivat siihen vaikuttaa. Faktaperusteen aineellisoikeudellinen luonne voi kuitenkin siihen vaikuttaa niin ikään.

> Oikeudellisessa kielenkäytössä kaksi ensiksi mainittua tilannetta on luettu virallistutkinnan piiriin. Sitä vastoin erottelua asianosaisen tahdosta riippumattoman (1) ja tahdosta riippuvaisen virallistutkinnan (2) (tai tilanteiden 2 a ja 2 b) kesken ei ole tehty.[218] Yleisimmin virallistutkinnan on katsottu merkitsevän, ettei asianosaisella ole määräämisoikeutta. Viimeksi mainitussa tapauksessa (3) taas on puhuttu tuomarin kyselyvelvollisuudesta.

Hyvin yleisellä tasolla voidaan sanoa, että asianosaisella on lähtökohtainen vastuu useimpien tosiasiaperusteiden saattamisesta osaksi laillista oikeudenkäyntiaineistoa (vrt. päinvastoin faktaperusteiden ollessa nimenomaisesti määritelty tuomioistuimen vastuulla oleviksi, kuten 1 ja 2).

> Tässä suhteessa esimerkiksi aineelliset suojelutavoitteet saattavat osin hämärtää yleistyksen pätevyyttä. Samoin erityisesti näyttötilanne, sillä ei ole varmaa, että riittävän näytön tilanteissa kyselyvelvollisuuden puuttumista voitaisiin pitää lähtökohtana tai pääsääntönä, mitä näillä termeillä sitten tarkoitetaankaan.

Selostetut tilanteet, joissa tuomari on laiminlyönyt virallistutkintaan liittyviä velvoitteitaan, muodostavat kolme seuraavaa tyyppitapausta (kohdat 12–14), joissa prekluusio saattaa estyä.

(12.) Asianosaisen tahdosta riippumattoman tutkimisvelvoitteen laiminlyönti

Puhuttaessa asianosaisen tahdosta riippumattomasta tuomarin tutkimisvelvollisuudesta asianosaisella ei ole väittämistaakkaa. Vetoamisvelvoitteen puuttues-

---

[216] Viimeksi mainittu käy ilmi siitä yksinkertaisesta näkökohdasta, että tutkintaan ei yleensäkään liity tarveharkintaa.
[217] Ks. edellä jakso 3.8.3.
[218] Ks. jakso 3.8.3.

sa asianosaisen toimintaan ei voida kohdistaa moitetta. Laiminlyönti on yksin tuomioistuimen. Prekluusion edellyttäessä vähintäänkin oletukseen perustuvaa moitittavuutta prekluusioseuraamus sulkeutuu pois mahdollisten vaihtoehtojen joukosta.

Alioikeusprosessin sisäisesti tämä on kiistatonta jo lain sanamuodon nojalla, sillä prekluusio edellyttää väitteenvaraisuutta.[219] Nähdäkseni väitteenvaraisuus ja vetoamisvelvollisuuden laiminlyönti (määräajan puitteissa eli käytännössä käräjäoikeudessa) on prekluusion edellytys myös muutoksenhaussa, vaikka hovioikeusprekluusiota koskevan säännöksen (OK 25:17) sanamuoto ei sisällä tätä rajausta. Ainoastaan vetoamisvelvollisuus on riittävän konkreettinen velvoite, jotta sen laiminlyöntiin voitaisiin hyväksyttävästi liittää prekluusiosanktio. Tuomioistuimen velvollisuus virallisvalvontaisten seikkojen tutkimiseen ulottuisi toisaalta joka tapauksessa prekluusion määräaikojen ylitse, muutoksenhaussa vähintäänkin kyselyvelvollisuuden kautta.[220]

Tämän vuoksi olisi kovin epätyydyttävää puhua aiheen pätevyydestä. Prekluusion estymisen on oltava täysin poikkeuksetonta, eikä se tulisi kyseeseen minkäänlaisin tarkoituksenmukaisuusperustein. Edes tuomarin laiminlyöntiä prekluusion estyminen ei siis edellytä, vaan nimenomaan asianosaisen vetoamisvelvollisuuden puuttumista. Niinpä asianosainen säilyttää vetoamisoikeutensa muutoksenhaussa, vaikka jokin alioikeustasolla viran puolesta tutkittava seikka olisi jäänyt kokonaan oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle.[221]

> Ratkaisun KKO 2001:106 perustelut sopivat yhteen tässä esitetyn näkemyksen kanssa. Tapauksessa asianosaisen oikeuden vedota velan ns. erityisen vanhentumisajan kulumiseen ei katsottu prekludoituneen, kun kysymys erityisen vanhentumisajan umpeutumisesta oli korkeimman oikeuden mukaan otettu vakiintuneesti huomioon viran puolesta. Aiheen pätevyydestä ratkai-

---

[219] Ks. OK 6:9 ja OK 5:22.

[220] Vaikka vetoamisvelvollisuus ulottuu muutoksenhaussa myös ns. virallisvalvontaisiin tosiasioihin (ks. OK 26:1), epäilys käräjäoikeudessa sattuneesta tutkimisvelvollisuuden laiminlyönnistä aiheuttaa velvollisuuden korjata tämä käräjäoikeuden virhe. Toisekseen virallisvalvontaisiin seikkoihin liittyvä suojatun tahon intressi perustelee kyselyvelvollisuuden, samoin tekee usein julkinen intressi. Virallistutkintaisten faktaperusteiden prekludoiminen osoittaisi toisaalta jokseenkin täydellistä välinpitämättömyyttä asianosaisten menettelyllisiä oikeuksia kohtaan.

[221] Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin usein tyydytty mainitsemaan, että prekluusiouhka ulottuisi myös ei-väitteenvaraisiin seikkoihin. Ks. *Lappalainen* 1994a s. 117; *Virolainen* 1995 s. 251; kriittisesti *Jokela* 2010 s. 323–324.

Vrt. toisin Ruotsi, jossa viran puolesta tutkittavat seikat on suljettu prekluusiouhan ulkopuolelle myös hovioikeusvaiheessa. (Ks. RB 50:25) Todettakoon kuitenkin, että valitettaessa korkeimpaan oikeuteen lain sanamuoto myös Ruotsissa ulottaa prekluusiouhan kaikkiin tosiasiaväitteisiin. Oikeuskirjallisuudessa ei-väitteenvaraiset tosiseikat on kuitenkin rajattu prekluusion soveltamisalan ulkopuolelle myös korkeimmassa oikeudessa. Ks. *Welamson* 1994 s. 83 alav. 2. Samoin NJA 1979 s. 94, jonka mukaan väite vuokrasopimuksen purkuilmoituksen muotovirheestä ei voinut prekludoitua. *Lindell* (1993 s. 99–100) puolestaan katsoo, että prekluusion ulkopuolelle jäävät ”kokonaan indispositiivisissa” jutuissa esitetyt faktaväitteet.

sun perusteluissa ei – nähdäkseni aivan oikein – mainita mitään. Vetoamisoikeus säilyi, vaikka asianosainen oli vedonnut velan vanhentumiseen ensimmäisen kerran vasta korkeimmassa oikeudessa.

Huomattakoon, että lakimuutoksen myötä myös velan erityisten vanhentumisaikojen kulumiseen pitää nykyisin vedota,[222] joten kysymys ei ole ajankohtainen niiden mutta kylläkin muiden viran puolesta tutkittavien seikkojen kohdalla.

(13.) Prosessuaalisesti tahdonvaltaisia kysymyksiä koskevan tutkimisvelvoitteen laiminlyönti

Kun tosiasiaperusteen tutkiminen on viime kädessä riippuvaista suojeluintressin haltijan tahdosta, tuomioistuimen on huolehdittava tosiasian tuomisesta keskustelun alaisuuteen. Asianosaisen määräämisoikeuden käyttö astuu vuoroon vasta tämän jälkeen. Asianosaisella on kylläkin vastuu määräämistoimistaan mutta sen voidaan sanoa aktualisoituvan vasta sen jälkeen, kun tuomioistuin on ottanut kysymyksen esille. Tämä koskee yhtä hyvin väitteenvaraisia faktaperusteita kuin niitä, joiden tutkimisesta asianosaisella on oikeus luopua. Siksi prekluusio on mahdollinen vain sillä edellytyksellä, että tuomioistuin on ensin täyttänyt sille kuuluvan velvoitteen.

> Jos tuomioistuimella on yhä velvollisuus tiedustella velalliselta, haluaako hän vedota velan vanhentumiseen, kyselyvelvollisuuden laiminlyönti estäisi prekluusion. (Vrt. edellisessä kohdassa selostettu tapaus KKO 2001:106.) Vaikka laki velan vanhentumisesta asettaa velalliselle vetoamisvelvollisuuden, hallituksen esityksessä asetetaan vanhentuminen erityisasemaan tuomarin kyselyvelvollisuuden suhteen. Velan vanhentumisen mainitaan ”kuuluvan luonnollisesti” sellaisiin seikkoihin, joiden suhteen tuomarilla on kyselyvelvollisuus. Tuomarilla on kyselyvelvollisuus, ”jos vanhentumisen mahdollisuus ilmenee oikeudenkäyntiaineistosta”. Velvollisuus koskee sekä yleisiä että erityisiä (muihin lakeihin perustuvia) vanhentumisaikoja.[223]

Todettakoon, ettei määräämisoikeus ole käsitteellisesti arvioiden ristiriidassa tuomioistuimen velvoitteen kanssa. Useimmiten lienee päinvastoin perusteltua, että asianosaisella niin halutessaan on oikeus luopua vetoamasta seikkaan, jonka tutkiminen on lähtökohtaisesti tuomioistuimen vastuulla.

(14.) Yleisen kyselyvelvollisuuden laiminlyönti

Vaikka yleinen kyselyvelvollisuus olisi laiminlyöty, prekluusioseuraamusta saatettaisiin perustella asianosaisen ja tuomioistuimen velvoitteiden ja näiden laiminlyömisen yhtäaikaisuudella. Tuomioistuimen velvoitteen saatettaisiin

[222] Ks. laki velan vanhentumisesta 18 §.
[223] Ks. HE 187/2002 s. 70–71.

ajatella olevan asianosaisen velvoitteeseen nähden toissijainen. Siksi asianosainen saisi kärsiä oman laiminlyöntinsä seuraamuksen, vaikka tuomarin täysin riidatta olisi pitänyt esimerkiksi kiinnittää asianosaisen huomiota vaihtoehtoiseen vetoamisperusteeseen.

Jos kuitenkin tuomioistuimen toiminnassa nähdään yksilöity puute, on vaikea ajatella voitavan sanktioida asianosaista. Tällainen näkemys ei olisi yleisesti hyväksyttävissä. Se edellyttäisi ajatusta, jonka mukaan kahdesta laiminlyöntiin syyllistyneestä vain toinen – asianosainen – joutuisi sanktion kohteeksi. Sanktio olisi vieläpä verrattain raskas ja kohdistuisi oikeussuojaa hakevaan kansalaiseen tai muuhun yksityiseen tahoon. Mutta tuskin sanktiointiin voidaan nähdä edes tarvetta, tällaisissa ei kuitenkaan aivan joka päivä sattuvissa tilanteissa.[224]

Keskeinen johtopäätös on se, että ainakin yksilöity ja selkeä laiminlyönti tulee nähdä prekluusion estävänä perusteena. Laiminlyönnin tulisi tällöin yksinkin estää prekluusioseuraamus. Vetoamisoikeutta ei voida jättää sattumanvaraisten muiden olosuhteiden tai varsinkaan yleisten tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien varaan.

> Oikeuskäytäntö on asian suhteen tulkinnanvaraista, sillä useimmissa ratkaisuissa esiintyy myös vaihtoehtoisia aiheen pätevyysperusteita tai muita po. oikeudenkäyntiaineiston tutkimista puoltavia näkökohtia. Puuttuu yksiselitteistä evidenssiä sen puolesta, että kyselytoimen laiminlyönti muodostaisi itsenäisen esteperusteen.

Johtopäätöksenä on siis se, että prekluusion tulee estyä kaikissa kuvatuissa tilanteissa. Prosessuaalisen systematiikan näkökulmasta vetoamisvelvollisuus, jonka laiminlyöntiä prekluusio edellyttää, puuttuu kokonaan, jos faktaperuste on tutkittava suojeluintressin haltijan tahdosta riippumatta tai jopa vastoin hänen tahtoaan. Jos taas tuomioistuin on lähtökohtaisesti velvollinen tutkimaan määrätyn faktaperusteen, asianosaisen vetoamisvelvoite ei ole ehtinyt aktualisoitua ennen kyselyvelvoitteen täyttämistä. Joko tuomarin kyselytoimi varmistaa asianosaisen mahdollisuuden määritellä kantansa asiaan ja siirtää vastuun asianosaiselle tai tuomioistuimen on tutkittava po. faktaperuste asianosaisen vastakkaisen tahdonilmaisun puuttuessa. Näitä olosuhteita on perusteltua tarkastella prekluusion yleisten soveltamisedellytysten täyttymiseen vaikuttavina.

---

[224] Juuri prosessitaloudellisin syin tuomarin laiminlyönteihin liitettäviä oikeusvaikutuksia on kuitenkin oikeuskirjallisuudessa vastustettu. Oikeusvaikutusten on pelätty tekevän tyhjäksi ankaroituneen prekluusiouhan kautta saavutetut hyödylliset vaikutukset. Ks. *Lindell* 1993 s. 210 ja vastaavasti *Liljenfeldt* DL 1994 s. 177. Pelkoa lienee kuitenkin syytä pitää liioiteltuna. Toiselta puolen ajattelua ei voitaisi hyväksyä asianosaisten oikeuksien näkökulmasta. Prekluusion estyminen on likipitäen vähäisin ajateltavissa olevista seuraamuksista. Jos asianosaiselle ei myönnetä oikeutta edes tätä koskevaan vaatimukseen, hän kylläkin näyttää jäävän hämmentävän passiiviseen, vähäiseen sivurooliin omassa asiassaan.

> Kaikissa tapauksissa kyselytoimiin ei edes tarvitsisi ryhtyä suojelun kohteena olevan asianosaisen näkemyksen selville saamiseksi. Käytännön esimerkki tästä lienee ainakin velkajärjestelyn esteperusteet, joiden virallistutkinta ei selvästikään edellytä kaikkien velkojien hyväksyntää. Kyselytoimiin ei oletettavasti tarvitse ryhtyä, jos suojattu taho (eli velkoja) on jättäytynyt passiiviseksi, toisin sanoen jäänyt pois suullisesta istunnosta tai jättänyt vastaamatta kirjalliseen lausuntopyyntöön.

Jos tutkimisvelvollisuudella tarkoitetaan yleistä kyselyvelvollisuutta, se perustuu keskeisiltä osin tilannekohtaisiin syihin. Tällöin vetoamisvelvoite on yleensä jo aktualisoitunut. Kyselyvelvoitteiden laiminlyöntitilanteissa ei kuitenkaan ole hyväksyttävää kohdentaa prekluusioseuraamusta asianosaisen tappioksi. Johtuen samanaikaisesta vetoamisvelvoitteen laiminlyönnistä tuomarin kyselytointen laiminlyöntiä on luontevaa tarkastella mahdollisena aiheen pätevyysperusteena.

Kaikissa tilanteissa, joissa tutkimisvelvollisuus on riippuvainen asianosaisen tahdosta (kohdat 13 ja 14), tuomarin saatetaan sanoa olevan viime kädessä vastuussa faktaperusteen saattamisesta keskustelun alaisuuteen.[225]

5.4.3.5 Vetoamisvelvollisuus puuttuu tai ei ole vielä ehtinyt aktualisoitua

Tähän viimeisimpänä tarkasteltavaan ryhmään on perusteltua sijoittaa muutama edellä jo käsitellyistä tyyppitilanteista. Silloin kun tuomari on laiminlyönyt määrättyä faktaperustetta koskevan tutkimisvelvollisuuden, prekluusion estyminen johtuu siitä, ettei asianosaisella ole ollut sellaista vetoamisvelvollisuutta, jonka laiminlyöntiin hän olisi voinut syyllistyä. Jos tutkimisvelvollisuus on ollut asianosaisen tahdosta riippumatonta, vetoamisvelvollisuus on puuttunut kokonaan (vrt. kohta 12). Jos taas asianosaisella olisi ollut tutkintaa koskeva määräämisvalta, vetoamisvelvollisuus ei ole ehtinyt aktualisoitua (vrt. 13).

Koska tutkimisvelvollisuuden laiminlyöntiä ei kuitenkaan edellytetä, vaan primäärimpi syy prekluusion estymiseen liittyy tosiasiaperusteen luonteeseen, täsmällisempiä estymisen perusteita ovat (12) faktaperusteen indispositiivisuus ja (13) tahdonvaltaisesti virallistutkintaisen faktaperusteen jääminen keskustelun ulkopuolelle.

Vetoamisvelvoitteella on yleisemminkin ajallinen ulottuvuutensa, joka vaikuttaa myös prekluusiouhan syntyyn. Viimeksi mainitussa tilanteessa prekluusiouhan katsottiin syntyvän samalla, kun tuomari nostaa keskusteluun sellaisen viran puolesta tutkittavan seikan, johon nähden asianosaisella on määräämis-

---

[225] Tässä yhteydessä ei ole merkitystä sillä, olisiko kyse aiempien vetoamistointen ”selventämisestä” vai aivan ”uusista” vetoamistoimista. Kyselyvelvoitteiden ulottuvuuteen otetaan kantaa myöhemmin luvuissa 8 ja 9.

valta. Tästä on kuitenkin myös muita hyvin tunnettuja esimerkkejä. Näitä ovat ainakin suksessiivisen relevanssin eteneminen, vetoamisvelvoitteen sisällön täsmentyminen ja yksipuolisten disponointien vaikutus vetoamistilanteeseen.

(15.) Suksessiivisen relevanssin eteneminen

Aiemmin selostetulla tavalla vetoamisvelvoitteiden järjestelmä nojautuu ajatukseen oikeusriidan perustumisesta osapuolten vuorollaan vetoamiin tosiasiaväitteisiin. Tätä silmällä pitäen oikeudellisesti merkitykselliset tosiesikastot on tavallaan etukäteen jäsennelty vuorollaan relevanssia saaviin osioihin.

Velvollisuus vedota ns. vastatosiseikkaan aktualisoituu kun vastapuolena oleva – joko kantaja tai vastaaja – vetoaa sellaiseen faktaperusteeseen, joka on luokiteltu suksessiivisen relevanssin järjestelmässä ylemmällä (perustavammalla) tasolla olevaksi. Tätä ennen vastatosiseikkaan ei tarvitse vedota. Niinpä vastaajan vetoamisvelvollisuus syntyy kun kantaja on vedonnut ns. kanneperusteeksi luokiteltuun seikkaan. Jos relevanttien oikeustosiseikkojen ketjuun vielä liittyy ns. toisen asteen vastatosiseikkoja, kantajan vetoamisvelvollisuus näihin aktualisoituu, kun vastaaja on vedonnut ensiasteen vastatosiseikkaan. Esimerkiksi kantajan velvollisuus vedota velan vanhentumisen katkaisemista merkitseviin toimiin syntyy vasta sen jälkeen, kun vastaaja on väittänyt velkaa vanhentuneeksi.

Oikeus vedota ei toisaalta voi prekludoitua ennen kuin perustavammalla tasolla olevaan seikkaan on vedottu. Vasta tuolloin prekluusiouhka syntyy konkreettisessa mielessä.[226] Muussa tapauksessa asianosainen pakotettaisiin ns. etukäteisvetoamisiin, mikä olisi koko järjestelmän keskeisten pyrkimysten kannalta kaikin tavoin epätarkoituksenmukaista.[227]

---

[226] Ratkaisun KKO 2002:100 kohteena olleessa tapauksessa rikosasian vastaaja oli vedonnut hovioikeudessa vahingonkorvaussaatavan vanhentumiseen. Hovioikeus piti saatavaa vanhentuneena. Korkeimman oikeuden mukaan vasta hovioikeuden ratkaisun johdosta oli tullut tarpeelliseksi esittää selvitystä velan vanhentumisen katkaisemisesta, minkä vuoksi verovirastolla oli pätevä aihe ilmoittaa asiaa koskevaa todistelua vasta korkeimmassa oikeudessa. Asianosaisen ei näin ollen tarvinnut ilmoittaa näyttöä sellaisesta seikasta (velan vanhentumisen katkaiseminen), jota koskeva vetoamisvelvollisuus ei vielä ollut ajankohtainen. Ratkaisu tukee näkemystä siitä, ettei todisteluun tarvitse varautua prekluusion uhalla ennen kuin todistelun kohteena olevia tosiasiaväitteitä koskeva vetoamisvelvollisuus on aktualisoitunut. Vaille selitystä tosin jää, minkä vuoksi veroviraston ei tarvinnut ilmoittaa vanhentumisen katkaisemista koskevaa näyttöä edes hovioikeudessa sen jälkeen, kun vastaaja oli vedonnut velan vanhentumiseen.

[227] Vetoamisvelvollisuuden ehkä keskeisin perustelu liittyy juuri ajatukseen oikeudenkäynnin kohteen rajaamisen välttämättömyydestä. (Ks. tästä *Olivecrona* 1966 s. 208–209 ja edellä jakso 3.5.2 tai *Boman* 1964 s. 26–27.) Prekluusiolla tämän rajaamistehtävän toteutusta puolestaan pyritään tehostamaan.

(16.) Vetoamisvelvoitteen täsmentyminen vastapuolen lausumien johdosta

Lisäksi usein katsotaan, että väitteen täsmällisempi yksilöintivelvoite aktualisoituu kun vastapuoli on riitauttanut yleisin termein esitetyn tosiasiaväitteen. Esimerkiksi velvollisuus vedota tuottamuksen synnyttäviin konkreettisiin asiaintiloihin aiheutuu, kun vastapuoli on riitauttanut tätä koskevan väitteen.[228] Vastaavasti kohtuullistamisperustetta koskevan väitteen riitauttaminen aiheuttaa velvollisuuden vedota (yksilöidymmin) perusteen muodostaviin asiaintiloihin. Prekluusiouhan tulee tässäkin tapauksessa seurata vetoamisvelvoitteen ulottuvuutta.[229]

Samoin asianosaisen on voitava puolustautua silloin, kun vastapuolen sallitaan täsmentävän omia tosiasiaväitteitään. Väitteiden täsmentäminen kesken prosessin on käytännössä välttämätöntä varsinkin niissä tapauksissa, joissa alun perin vedottu oikeustosiseikasto on tunnusmerkistöltään avoin. Jos vastapuoli esimerkiksi vetoaa aiempaan verrattuna yksilöidympiin tosiasiaväitteisiin, viimeksi mainittujen väitteiden tehokas riitauttaminen saattaa edellyttää uusia tosiasiaväitteitä.[230] Lyhytaikaista lainaa myöntänyt rahoituslaitos saattaa esimerkiksi vedota kohtuullistamisvaatimuksen vastaindisiona siihen, että lainansaajan on ammatillisen taustansa vuoksi pitänyt ymmärtää lainaehtojen merkitys erityisen hyvin.[231] Luotonsaajan on voitava vedota vastaväitteenä siihen, ettei ammatillisesta tietämyksestä ollut hyötyä, koska hänen välttämättä tarvitsemaansa lainaa ei olisi ollut tarjolla sen paremmin ehdoin.

(17.) Kanteen osittainen myöntäminen tai myöntämisen peruuttaminen

Kanteen osittainen myöntäminen samoin kuin jonkin tosiasian olemassaolon tunnustaminen ovat sellaisia yksipuolisia määräämistoimia, jotka vaikuttavat vastapuolen vetoamisvelvoitteiden sisältöön. Samoin näiden peruuttaminen, mikä on sallittua.

Jos esimerkiksi vastaaja myöntää kanteen osittain tai kokonaan, ei kantajan vetoamisvelvoite tältä osin ulotu koskemaan konkreettisia faktakuvauksia, vaan poistuu vastaajan disponoinnin nojalla. Jutussa annettavan tuomion katsotaan nimittäin nojautuvan suoraan vastaajan määräämistoimeen.[232] Samoin poistuu kan-

---

[228] Ks. jo *Boman* 1964 s. 72. Samoin *Ovaskainen* 1989 s. 74–75 ja *Leppänen* 1998 s. 204. Ks. myös *Kaisto – Kallio* 2011 s. 76–77. Ks. jakso 5.2.1 prekluusion ulottuvuudesta.

[229] Ks. myös *Lindell* 1993 s. 235.

[230] Vrt. myös ruotsalaista tapausta NJA 2006 s. 326, jossa kumpikin osapuolista oli täsmentänyt tai korjannut sallitusti omia väitteitään. Korkein oikeus katsoi, että vastapuolelle oli annettava samanlainen mahdollisuus vastustaa näitä väitteitä.

[231] Sinänsä on suuresti epävarmaa, olisiko kohtuullistamisväitettä vastustavalla lainkaan vetoamisvelvollisuutta kohtuullistamisvaatimusta vastaan vaikuttaviin faktaolosuhteisiin nähden. (Ks. edellä erityisesti lukua 3.5.5 ja 3.5.3.)

[232] Ks. *Olivecrona* 1966 s. 181–183; *Lappalainen* 1995 s. 390.

tajan velvollisuus ilmoittaa myönnettyjä kanneperusteita koskevaa todistelua.

Jos asianosainen peruuttaa yksipuolisen disponointinsa, vastapuolen vetoamisvelvoitteet aktualisoituvat uudelleen, palautuvat periaatteessa ennalleen. Vastaajan peruutettua kanteen myöntämisen kantajan tulee toisin sanoen uudistaa aiemmat vetoamislausumansa ja mahdollisesti vielä laajentaa kannetta perustelevia tosiasiaväitteitään.[233]

(18.) Tosiseikan tunnustaminen (tai tunnustamisen peruuttaminen)

Tosiasian tunnustamisen vaikutus on samankaltainen. Tunnustettuja tosiasioita koskien ei tarvitse ilmoittaa todistelua. Jos tunnustaminen peruutetaan, tarve todisteluun palautuu uudelleen.

5.4.4 Yleisen kyselyvelvollisuuden laiminlyönnin oikeusvaikutuksista

Edellä on katsottu, että yksilöidyn ja selvän kyselyvelvoitteen laiminlyömisestä on seurattava prekluusion estyminen. Tämä johtuu siitä, ettei asianosaisen toimintaa voitaisi hyväksyttävästi sanktioida, jos tuomioistuimen toiminta nähdään puutteellisena.

Näissä tilanteissa kyselyvelvoite ei olisi pelkästään asianosaisen vetoamisvelvollisuudelle rinnakkainen, vaan myös eräässä mielessä perustavampi: laiminlyönti poistaisi prekluusiovaikutuksen. Laiminlyönti voisi muodostaa ainakin osan valitusperustetta silloin, kun prekluusiota on sovellettu alioikeustasolla. Toisaalta muutoksenhaun yhteydessä laiminlyöntiin saatettaisiin vedota pätevänä aiheena tuoda oikeudenkäyntiin kokonaan uusia faktaperusteita tai todisteita.

Vetoamisvelvoitteiden arviointiin vaikuttavat ennen kaikkea monet tapauskohtaiset, muun muassa oikeudenkäyntiin liittyvät olosuhteet. Niinpä voidaan sanoa, että oikeudellinen vastuu tosiasiaväitteen saattamisesta keskustelun alaisuuteen ao. konkreettisissa olosuhteissa kohdennettaisiin viime kädessä tuomioistuimelle, asianosaistahon sijasta, jolla lähtökohtaisesti on tämä vastuu väittämistaakan alaisten seikkojen osalta.

Tuomarin kyselyvelvollisuus ulottaa vaikutuksensa vielä määräajan jälkeiseen vaiheeseen siinä mielessä, että huomatessaan aiemmin tapahtuneen laiminlyönnin tuomioistuimen pitää ottaa se huomioon, vieläpä viran puolesta. Prekluusio ei ole tälle esteenä.

Yllä olevassa tarkastelussa ei ole otettu kantaa kyselyvelvollisuuden ulottuvuuteen. Se ainoastaan sisältää näkemyksen, jonka mukaan *on osoitettavissa*

[233] Peruuttamistapauksissa on erityisen tärkeää, että tuomarille asetettaisiin velvollisuus huomauttaa toimen vaikutuksesta toisen osapuolen vetoamisvelvoitteisiin.

tilanteita, joissa tuomarin olisi pitänyt huolehtia faktaperusteen (tai todisteen) saattamisesta keskustelun alaisuuteen ja jossa tämä velvoite on laiminlyöty. Jos tällainen laiminlyönti on tapahtunut, prekluusion estyminen on vähäisin oikeusseuraamus, joka siihen saatetaan liittää. Laiminlyönnin tulee muodostaa yksinkin riittävä esteperuste.

> Laiminlyöntien vaikutuksia koskeva oikeuskäytäntö on ohutta mutta se tukee tätä näkemystä ainakin jossakin määrin. Lähinnä ratkaisu KKO 2003:4 viittaa verrattain selkeästi siihen, että laiminlyönti voisi muodostaa itsenäisen esteperusteen. Ratkaisussa kylläkin katsottiin, ettei tuomioistuin ollut laiminlyönyt kyselyvelvollisuuttaan. Kyselyvelvollisuuden puuttuminen oli kuitenkin yksi keskeisistä näkökohdista, jotka puolsivat prekluusiota.[234]
>
> Ruotsalainen oikeuskäytäntö tunnustaa yleisen periaatteen, jonka mukaan aiheen pätevyyttä arvioitaessa tulee ottaa huomioon osaltaan se, millä tavoin prosessinjohtoa on harjoitettu käräjäoikeudessa. Ennakkoratkaisut ovat kuitenkin rajautuneet tilanteisiin, joissa yksityinen asianosainen on esiintynyt ilman avustajaa (NJA 1995 s. 41 ja NJA 1995 s. 571) tai siviilioikeudellisia vaatimuksia on esitetty rikosprosessin yhteydessä (NJA 1995 s. 41 ja NJA 2004 s. 247). Myös viimeksi mainittu on nähty sellaisena erityisolosuhteena, joka vaikuttaa myönteisesti aiheen pätevyysharkintaan.

Siihen, millä tavoin vastuun siirtämistä tulisi arvioida lähemmin, palataan jäljempänä (ks. erityisesti lukuja 7 ja 9.). Koska puhe kyselyvelvoitteista kuitenkin on ulotettu verrattain laajalle, saatetaan kylläkin jo alustavasti huomauttaa, ettei laiminlyöntiin liitettäviä konkreettisia oikeusvaikutuksia voida tulkita ulottuvuudeltaan hyvin suppeina tai peräti nähdä niitä vain poikkeuksellisena ilmiönä.

Sen ohella, että laiminlyönti voi muodostaa itsenäisen esteperusteen, on erotettavissa periaatetyyppinen vaikutus, joka ilmenee yhdessä muiden aiheen pätevyysperusteiden kanssa. Laiminlyönti saattaa toisin sanoen osaltaan vaikuttaa aiheen pätevyyttä koskevaan kokonaisharkintaan.[235]

On selvää, että prosessinjohto saatetaan nähdä usein puutteellisena, vaikkei katsottaisikaan, että vastuu jonkin määrätyn faktaperusteen tuomisesta keskus-

---

[234] Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa kyselytointen laiminlyönti on useimmiten nähty mahdollisena aiheen pätevyysperusteena. Ks. *Virolainen* DL 1995 s. 346 ss.; *Leppänen* 1998 s. 368. Erityisesti *Pikkujämsä* (DL 1999 s. 684) pitää mahdollisuutta vedota tuomarin laiminlyönteihin tärkeänä. Vrt. toisin *Liljenfeldt* DL 1994 s. 177, jonka mukaan laiminlyönti ei ole aiheen pätevyysperuste.

Ruotsissa oikeusvaikutuksiin on suhtauduttu varauksellisemmin. *Lindellin* (1993 s. 210) mukaan vastuuta vetoamislausumista ei tule siirtää tuomioistuimelle. Perusteluna on pelko siitä, että kyselyvelvoitteiden laajeneminen tekee tyhjäksi ankaroituneen prekluusiouhan kautta saavutetut hyödylliset vaikutukset. *Welamsonin* (1994 s. 82) mukaan aktiivinen prosessinjohto on kuitenkin ”tietyssä määrin” edellytys prekluusiosäännösten soveltamiselle. Niinpä prosessinjohtotapa saattaa vaikuttaa aiheen pätevyyden arviointiin.

[235] Ks. myös esim. *Liljenfeldt* DL 1994 s. 177 tai *Leppänen* 1998 s. 368.

teluun on kuulunut tuomioistuimelle. Prosessinjohdon yleinen passiivisuus voisi näkyä esimerkiksi jutussa puolin ja toisin esitettyjen vaatimusten yksilöimättömyytenä tai sekavuutena.

> Vähintäänkin periaatevaikutusta voidaan pitää kiistattomana myös oikeuskäytännön valossa. Näkemystä tukevat useidenkin ratkaisujen viittaukset prosessinjohtovelvoitteisiin. (Ks. esim. KKO 2003:4, 2006:54 tai 2005:69.)

On ymmärrettävää, että kyselytoiminnan laiminlyönnin painoarvo vaihtelee suuresti. Sen merkitys riippuu yhtäältä ainakin kyselyvelvoitteiden sisällöstä ja toisaalta siitä, missä määrin laiminlyönti on vaikeuttanut asianosaisen tehtävää vetoamisvelvoitteensa täyttämisessä. Harkintakriteerien lähempään analyysiin ei tässä yhteydessä ole mahdollisuuksia.

Erääseen näkökohtaan on kuitenkin syytä kiinnittää huomiota. Prosessinjohdon yleinen passiivisuus saattaa usein vaikeuttaa niitä hankaluuksia, joita liittyy määräajan puitteissa vallinneiden prosessuaalisten olosuhteiden, kuten asianosaisten lausumien sisällön tai vetoamistilanteen, jälkikäteiseen tarkasteluun vaikkapa muutoksenhaun yhteydessä. Jos olosuhteiden selvittäminen olisi jo muutoinkin tavallista vaikeampaa, prosessinjohdon passiivisuudella saattaa olla vielä kumuloiva vaikutus. Esimerkiksi valmistelun päätteeksi laadittavan kirjallisen yhteenvedon puutteellisuus, ylimalkaisuus tai sisällöllinen ristiriitaisuus, voi vaikeuttaa riittävän varman kuvan saamista osapuolten keskeisistä lausumista.[236]

Tälle tulisi antaa merkittävä painoarvo, sillä kyselytoiminnan edellytyksistä tai edes lausumien sisällöstä on tyypillisesti vaikeaa hankkia näyttöä jälkikäteen. Yhtä lailla asianosaisten olisi prosessin aikana vaikea varmistaa asiaa koskevaa näyttöä mahdollista myöhempää käyttöä varten (vrt. seuraava jakso 5.5). Tästä syystä asianosaisten oikeusturva edellyttää riittävän huolellisesti laadittua kirjallista yhteenvetoa. Merkitystä saatettaisiin antaa myös sille, onko valmistelun aluksi laadittu kirjallista muistiota osapuolten vaatimuksista ja niiden perusteista tai jo tuossa vaiheessa ilmoitetuista todisteista.

5.4.5 Prekluusion edellytysten kokoavaa jäsentelyä

5.4.5.1 Yksilöity velvoite ja sen aktualisoituminen

Edellä olevan valossa saatetaan prekluusion edellytyksiä jäsennellä seuraavaan tapaan: Prekluusio edellyttää ajatusta, jonka mukaan asianosainen on mene-

[236] Vrt. KKO 1997:90, jossa käräjäoikeuden valmistelun pöytäkirjaan tehtyjä merkintää vastaajan vaatimusten perusteista pidettiin liian epätäsmällisenä, jotta muutoksenhaun yhteydessä olisi sen perusteella voitu päätellä vastaajan jättäneen vetoamatta merkityksellisiksi osoittautuneisiin perusteisiin.

tellyt moitittavasti vetoamistoimissaan. Asianosaisen on toisin sanoen pitänyt laiminlyödä jokin velvollisuutensa, joka liittyy oikeudenkäyntiaineiston esille tuomiseen. Prekluusio nimittäin ymmärretään sanktiona. Prekluusio on seuraamus ei-toivotunlaisesta prosessoinnista. Jos mihinkään laiminlyöntiin ei ole syyllistytty, ei prekluusio voi tulla harkittavaksi.

Tämän vuoksi asianosaisella on pitänyt olla jokin velvollisuus, jotta sen rikkomiseen olisi voitu syyllistyä. Laiminlyödyltä velvoitteelta saatetaan perustellusti edellyttää *yksilöitävyyttä*. Pelkkä toteamus, jonka mukaan vaikkapa kaikki mahdolliset puutteellisuudet asianosaisen vetoamissa tosiasiaväitteissä tai ilmoittamassa todistelussa automaattisesti perustelisivat prekluusion, ei ole tyydyttävä. Prekluusiopäätöksen tekevän ratkaisijan olisi toisin sanoen voitava yksilöidä, minkä konkreettisen velvoitteen asianosainen on laiminlyönyt. Tämä on vähimmäisedellytys, jotta menettelyä saatetaan pitää reiluna asiaan osallisia kohtaan. Yksilöintivaatimuksen merkitys lienee lähinnä siinä, että sen ansiosta prekluusionormeja sovellettaessa saatettaisiin paremmin kiinnittää huomiota laiminlyöntiä tai velvoitteen rikkomista koskevaan edellytykseen.

> Asianosainen, joka vetoaa lisäeläketurvaa koskevan sopimusehdon pätemättömyyteen, tuo esiin uutena (aiemmin nimenomaisesti vetoamattomana) näkökohtana sen, että työsuhteen päättyessä jäljellä oli enää 15 palveluskuukautta siihen, kunnes työntekijä olisi saavuttanut lisäeläkkeeseen oikeuttavan 60 vuoden iän. Tuomioistuimen on voitava yksilöidä, (1) millä tavoin aiempi lausuma on puutteellinen, (2) millä täsmällisyydellä vetoamislausuma olisi pitänyt yksilöidä (vrt. tosiasiaväitteiden täsmentämisvelvoitetta koskeva jakso 3.7.4.3). Lisäksi on voitava määritellä, (3) milloin yksilöinti on viimeistään tullut suorittaa.

Asianosaisten vetoamisvelvoitteet (tai muut toimimisvelvoitteet) voivat syntyä tai täsmentyä vasta oikeudenkäynnin aikana riippuen muun muassa toisten asiaan osallisten velvoitteista ja prosessitoimista. Niillä on toisin sanoen *ajallinen ulottuvuutensa*, joka on otettava huomioon prekluusion edellytyksenä. Niinpä kantajan haastehakemukselle on asetettu tiettyjä vähimmäisedellytyksiä mutta varsinaiset prekluusioseuraamukset astuvat kuvaan vasta valmistelun aikana.[237] Ns. kanteenmuutoskielto taas asettaa prekluusiosäännöksiin verrattuna väljempiä esteitä, eivätkä ne kohdistu vastaajaosapuoleen.

Ajallinen ulottuvuus ei kuitenkaan liity ainoastaan oikeudenkäynnin vaiheisiin, vaan lisäksi oikeusriidan sisällön kehittymiseen. Saatetaan puhua edellytyksestä, jonka mukaan asianosaisen prekluusiolla uhatun *vetoamisvelvoitteen on pitänyt aktualisoitua*. Esimerkiksi velvollisuus vedota ns. vastatosiseikkoi-

[237] Huomattakoon, että kanteen vähimmäisedellytyksiin liittyville puutteille on päinvastoin ominaista se, että ne voidaan korjata. Prekluusiota muistuttavia seuraamuksia liittyy sitä vastoin ns. kanteenmuutoskieltoon.

hin syntyy, kun asianosaisen vastapuoli on ensin vedonnut suksessiivisen relevanssin järjestelmässä perustavammalla tasolla olevaan perusteeseen (vrt. edellä kohta 15).

Tosiasiaväitteisiin kohdistuva yksilöintivaatimus saattaa niin ikään saavuttaa lopullisen muotonsa vasta oikeudenkäynnin kestäessä. Perinteisen näkemyksen mukaan (nyt kantajan vetoamana) riittää ensi vaiheessa vetoaminen määrätyn sopimusehdon kohtuuttomuuteen. Väitteen yksilöinti on tarpeen vasta sen jälkeen, jos vastapuoli riitauttaa kohtuuttomuusväitteen (vrt. 16).

Oikeudenkäynnin muiden osanottajien (vastapuoli, tuomioistuin) jotkin toimet saattavat myös poistaa toimimisvelvoitteen. Esimerkiksi kanteen osittainen myöntäminen tai tosiseikan tunnustaminen, tuomioistuinta sitovina, poistavat vastapuolen näkökulmasta tarpeen vaihtoehtoisiin vetoamisperusteisiin tai todisteluun. Tällaisen yksipuolisen määräämistoimen peruuttaminen puolestaan aktualisoisi vetoamis- tai todisteluvelvollisuuden uudelleen (vrt. 17 ja 18).

Jos vetoamisvelvollisuus puuttuu kokonaan kuten niiden faktaperusteiden osalta, jotka on tutkittava asianosaisten tahdosta riippumatta, ei prekluusio sovellu (vrt. 12). Jos asianosaisella on oikeus luopua tuomarin tutkimisvastuun kohteena olevasta suojatusta aineellisesta oikeudestaan, vetoamisvelvollisuus aktualisoituu, kun tuomari on saattanut nämä keskustelun alaisuuteen. Kyselytoimen laiminlyönti ei nyt ole edellytys prekluusion estymiselle, vaan kyselytoimi päinvastoin synnyttää vetoamisvelvoitteen (vrt. 13).

5.4.5.2 Täysi mahdottomuus toimia toisin

Lähtökohdasta, jonka mukaan prekluusio merkitsee ei-toivottuun prosessointiin kohdistuvaa sanktiointia, seuraa niin ikään, etteivät säännökset sovellu tilanteisiin, joissa laiminlyönnin mahdollisuus voidaan varmuudella sulkea pois. Tämän vuoksi, jotta oikeus vedota uuteen aineistoon voitaisiin menettää, on edellytyksenä, että asianosaisella on ollut mahdollisuus vetoamiseen. Asianosaisella on pitänyt olla *toisin toimimisen mahdollisuus*. Jos tosiasiallinen mahdollisuus toimia toisin puuttuu, ei normatiivisesti voida päätyä sanktioseuraamukseen, jollaisesta prekluusiossa on kyse (vrt. kohdat 1–3).

5.4.5.3 Moitittavuuden poistavat tai sitä lieventävät perusteet

Jos asianosaisen jokin riittävän yksilöity toimimisvelvoite on aktualisoitunut ja jäänyt täyttämättä, määrättyjen olosuhteiden voidaan katsoa poistavan moitittavuuden tai lieventävän sitä. Tällöin prekluusioseuraamusta ei ehkä pidetä tarpeellisena tai hyväksyttävänä.

Kolmannen ryhmän tarkasteltuja tyyppitapauksia muodostavat erityisperusteet, joiden on edellä katsottu estävän prekluusion. Syynä on tällöin jokin yksittäinen ja (ainakin teoriassa) verrattain yksinkertainen olosuhde. Näissä ti-

lanteissa (kohdat 4–7) prekluusion estymiselle on vahvat perusteet. Usein ne näyttävät poistavan moitteen mahdollisuuden kokonaan. Vaikka asianosainen nyt olisi voinut toimia toisin eli vetoaminen olisi ainakin periaatteessa ollut mahdollista, vallinneissa olosuhteissa vetoamistointa ei voida asianosaiselta edellyttää. Ainakin prekluusio olisi yhtäältä kohtuuton ja toisaalta tarpeeton seuraamus.

Esitetyt tilanteet ovat lisäksi tyypiltään sellaisia, että vastuuta niiden tietämisestä voidaan jättää tuomioistuimelle. Näkökohdat ovat suurelta osin ns. prosessin sisäisiä, jolloin ne ovat tai niiden ainakin pitäisi olla (muutoksenhakua ajateltaessa) tuomioistuimen tiedossa ja selvitettävissä tai epävarmuusriskin kohdentamiseen julkiselle taholle on muita perusteluja.

Aiheen pätevyys edellyttää varsin usein laajaa kokonaisarvostelua, mihin jo tämän määreen avoimuus viittaa. Neljäntenä on tarkasteltu perusteita, joille keskustelussa on yleisimmin annettu merkitystä tässä arvostelussa.

Nämä olosuhteet ovat prekluusioseuraamuksen kannalta heikompia vasta-argumentteja siinä mielessä, että asianosaiselle voidaan perustellusti kohdentaa vastuuta oikeusriitaan vaikuttavien tosiasioiden ja juridiikan tuntemisesta. Asianosaiselle voidaan asettaa tosiasiaolosuhteita ja juridiikkaa koskeva selonottovelvollisuus. Samoin voidaan täysin hyväksyttävästi kohdentaa riskiä siitä, että asian ajamiseen liittyvissä strategisissa valinnoissa, joita asianosaisen on pakko prosessitaloudellisistakin syistä tehdä, saattaa aiheutua väärinarviointeja (vrt. kohdat 8–11).

5.4.5.4 Aiheen pätevyysperuste vai puute prekluusion yleisissä soveltamisedellytyksissä?

Prekluusiosäännökset eivät sisällä suoraa viittausta mihinkään säännösten soveltamisen yleiseen edellytykseen, määräajan kulumista lukuun ottamatta. Pitääkö siis kaikkia olosuhteita, jotka vaikuttavat säännösten soveltuvuuteen, käsitellä nimenomaan aiheen pätevyyteen vaikuttavina seikkoina?

Edellä on pidetty selvänä, että uusien tosiasiaväitteiden ja todisteiden prekludoitumisella on muitakin yleisiä edellytyksiä. Niitä on tarkasteltava ennakkoluonteisesti suhteessa aiheen pätevyyteen. Tämä on ilmeistä siksi, että minkä tahansa määräajan jälkeen esitettävän uuden aineiston (tosiasiaväitteiden tai todisteiden) ei katsota voivan joutua prekluusion kohteeksi (ks. kohdat 12–13 ja 15–16). Samaan näkemykseen päädytään jo yleisten väittämistaakkaoppien valossa. Tosiasiaväitteitä koskevan prekluusiouhan voidaan sanoa seuraavan vetoamisvelvoitteen ulottuvuutta.

Saatetaan ehdottaa seuraavanlaista jaottelua: Aiheen pätevyydestä voidaan puhua silloin kun asianosainen on toiminut (tai ainakin alustavasti näyttää toimineen) jonkin prosessuaalisen velvollisuuden vastaisesti ja kysytään, poistaako jokin olosuhde moitittavuuden tai lieveneekö asianosaiseen kohdistuva moi-

te siinä määrin, ettei prekluusioseuraamusta pidä soveltaa. Ainoastaan tällöin tulisi harkittavaksi aiheen pätevyys. Prekluusionormin yleisenä soveltamisedellytyksenä sitä vastoin olisi juuri se, että asianosaisen saatetaan hyväksyttävästi olettaa todella rikkoneen jonkin velvoitteen.

Ainakin toisin toimimisen mahdollisuuden puuttuminen, vetoamisvelvoitteen aktualisoitumattomuus tai vetoamisvelvollisuuden puuttuminen kokonaan merkitsisivät, ettei prekluusiouhka ole konkretisoitunut (vrt. kohdat 1–3, 12–13 ja 15–18). Mitään velvoitetta ei siksi ole voitu rikkoa, joten asianosainen ei tarvitse menettelylleen pätevää aihetta. Ratkaisusta on etua myös ajatellen mahdollisuutta jakaa prekluusiovaikutuksen estäviä seikkoja koskevaa todistustaakkaa eräissä tilanteissa.

Kyselytoiminnan laiminlyönti katsottiin jo edellä mahdolliseksi luokitella aiheen pätevyyteen vaikuttavaksi näkökohdaksi. Tämä johtui muun muassa siitä, että asianosaisen vetoamisvelvollisuus on perusteltua sijoittaa ajallisessa tarkastelussa tuomarin kyselyvelvoitteiden edelle. Myös kaikkien muiden esiteltyjen tyyppitilanteiden (4–10) kohdalla vetoamisvelvoite on ehtinyt jäädä täyttämättä, joten ne näyttävät perusteilta, joita tulisi tarkastella moitittavuuden poistavina tai sitä lieventävinä näkökohtina. Mitään epäselvyyttä ei ole siitä, etteikö kolmea viimeksi mainittua (8–10) nimenomaisesti ole tarkoitettu ymmärrettäviksi juuri sellaisina. Erityisiä syitä sisältäviin tilanteisiin (4–7) saattaa kylläkin liittyä sellaisia todistustaakan jakoa koskevia näkökohtia, jotka perustelisivat toisenlaista ratkaisua. Tarpeen vaatiessa todistustaakka on voitava jaotella pääsäännöstä poikkeavasti.[238]

Prekluusion estävät asiaintilat systemaattisesti

Yllä sanotun perusteella prekluusion estävät perusteet saatetaan jaotella seuraavaan tapaan. Perusteiden alkuperäinen numerointi on sulkeissa:

Puute prekluusion yleisissä soveltamisedellytyksissä:

a – Vetoamisvelvollisuus puuttuu tai ei ole vielä aktualisoitunut

i. Faktaperusteen indispositiivisuus (vrt. asianosaisen tahdosta riippumattoman virallistutkinnan laiminlyönti) (12.)
ii. Tahdonvaltaisesti virallistutkintaisen faktaperusteen jääminen keskustelun ulkopuolelle (vrt. prosessuaalisesti tahdonvaltaisia kysymyksiä koskevan virallistutkinnan laiminlyönti) (13.)
iii. Suksessiivisen relevanssin eteneminen (15.)

[238] Todistustaakkaa tai tavanomaista näyttökynnystä näistä olosuhteista (kieltoa lievempi kehotus/vihjaus, vastapuolen vetoama uusi tosiasia, viran puolesta tutkitun aineiston aiheuttama tarve vedota vaihtoehtoiseen perusteeseen, muuttunut oikeuskäytäntö) ei ehkä voida asettaa uuteen aineistoon vetoavalle.

iv. Vetoamisvelvoitteen täsmentyminen vastapuolen lausuman johdosta (16.)
v. Kanteen osittainen myöntäminen (17.)
vi. Tosiasian tunnustaminen (18.)

b – Ei mahdollisuutta toimia toisin

vii. Mahdottomuus tietää tosiasiasta tai todisteesta ennen määräajan päättymistä (1.)
viii. Ns. jälkisattumus (2.)
ix. Tuomarin kieltäytyminen ottamasta vastaan todistetta tai tosiasiaväitettä (3.)

Aiheen pätevyysperusteita:

c – Erityisperusteita, jotka poistavat moitteen tai lieventävät sitä

x. Kieltoa lievempi tuomarin ohjeistus tai suositus (4.)
xi. Tarve vedota vaihtoehtoiseen perusteeseen aiheutuu siitä, että vastapuolen sallitaan vedota uuteen tosiseikkaan tai todisteeseen (5.)
xii. Tarve vedota vaihtoehtoiseen perusteeseen aiheutuu viran puolesta tutkitusta tosiseikasta tai hankitusta todisteesta (6.)
xiii. Tarve vedota vaihtoehtoiseen perusteeseen johtuu muuttuneesta oikeuskäytännöstä (7.)

d – Yleiset aiheen pätevyysperusteet

xiv. Hyväksyttävä tietämättömyys asiaintilan tai todisteen olemassaolosta (8.)
xv. Hyväksyttävä tietämättömyys asiaintilan tai todisteen merkityksestä (9.)
xvi. Vetoamatta jättäminen on perusteltua (tai puolustettavissa) prosessitaloudellisista syistä (10.)
xvii. Prosessuaalinen tilanne muutoin (yms.) (11.)

e – Kyselyvelvollisuuden laiminlyönti

xviii. Yleisen kyselyvelvollisuuden laiminlyönti (14.)

5.5 SUHTAUTUMINEN PREKLUUSION EDELLYTYKSENÄ OLEVIA TOSIASIOITA KOSKEVAAN EPÄVARMUUTEEN

5.5.1 Yleistä

5.5.1.1 Prekluusion yleisiin soveltamisedellytyksiin vaikuttavat asiaintilat

Aiemmin selostetulla tavoin pätevän aiheen puuttuminen on ollut miltei ainoa julki lausuttu prekluusion soveltamisedellytys, jos asianosainen vetoaa uusiin tosiasiaväitteisiin tai todisteisiin määräajan päätyttyä. Näyttövelvollisuus aiheen pätevyydestä on asetettu uuteen aineistoon vetoavalle. Samalla näyttövaatimus on määritelty tavanomaisena pidettyä tasoa alemmalle. Edellisissä jaksoissa on katsottu, että osa aiheen pätevyyteen vaikuttavaksi luokitelluista asiaintiloista tulisi lukea jo ns. yleisiin soveltamisedellytyksiin.

Seuraavassa laajennetaan näkökulmaa hieman entisestään. Aluksi tarkastellaan lähemmin näitä aiheen pätevyysharkinnasta riippumattomia soveltamisedellytyksiä näyttövelvollisuuden kannalta. Tällaisia ovat ainakin vetoamisvelvoitteen aktualisoituminen, mihin vaikuttaa esimerkiksi muiden asianosaisten lausumat tai tuomarin velvollisuus tutkia joidenkin faktojen merkitys asianosaisten väitteistä riippumatta. Aiheen pätevyysharkinnasta riippumaton on myös esimerkiksi kysymys mihin seikkoihin asianosainen jo on vedonnut prosessin aiemmissa vaiheissa. Kysymyksenä on ennen kaikkea se, mille taholle näyttövelvollisuus olisi perusteltua kohdentaa tai mitä päätelmiä saatetaan tehdä näyttövaatimuksen tasosta.

5.5.1.2 Näyttövelvollisuuden asettaminen asianosaiselle aiheen pätevyysperusteita koskevana perusratkaisuna

Yleisimmin tunnustettuja näkökohtia, jotka todistusoikeudellisen kirjallisuuden valossa vaikuttavat näyttövelvollisuuden jakamiseen, lienevät (1) puheena olevan tosiasian ns. alkuperäistodennäköisyys, (2) asianosaisen aihe ja mahdollisuudet varautua näytön esittämiseen ja (3) oikeussäännösten tavoitteiden edistäminen. Monien mielestä lisäksi tulisi ottaa huomioon (4) osapuolten sosiaalisen riskinkantokyvyn[239] kaltaisia seuraamusnäkökohtia.[240] Samojen näkökohtien on katsottu vaikuttavan näyttövaatimuksen tasoon.

Pyrkimyksen prekluusion sanktiovaikutuksen tehostamiseen voidaan sa-

---

[239] Ks. *Klami ym.* 2000 s. 82; ks. myös *Heuman* 2005 s. 511 ja 461–467.

[240] Ks. näistä yleisesti *Klami* 2000 s. 82, *Lappalainen* 2012 s. 694, *Halila* 1955 s. 293–307 tai *Heuman* 2005 s. 501. *Heumanin* laajaan aineistoon perustuvan analyysin mukaan käytännössä yleisimmin sovellettu argumentti liittyy näytön varmistamismahdollisuuksiin.

noa korostuneen hyvinkin vahvasti siinä perusratkaisussa, jolla näyttövelvollisuus on asetettu uuteen aineistoon vetoavalle asianosaiselle.[241] Ei nimittäin voida ainakaan mitenkään kattavasti sanoa, että näytön hankkiminen tai varmistaminen niistä asiaintiloista, jotka muodostavat pätevänä aiheena huomioon otettavan perusteen, olisi sen helpompaa uuteen aineistoon vetoavalle kuin tuomioistuimelle tai joissakin tilanteissa vastapuolena olevalle asianosaistaholle.[242] Arviointiin vaikuttavat olosuhteet ovat tässä suhteessa toisistaan suuresti poikkeavia. Sitä vastoin ne haitalliset seuraamukset, jotka aiheutuisivat väärästä uuden aineiston epäävästä ratkaisusta, ovat tyypillisesti vetoamisvelvollisen asianosaisen tappioksi ylivoimaisen raskaita verrattuna niihin haittoihin, joita aiheutuisi väärästä uuden aineiston hyväksyvästä ratkaisusta.[243] Näin on erityisesti, jos uusi torjuttu aineisto olisi lopputuloksen kannalta ratkaiseva. Mutta vaikka torjuttu aineisto ei olisi muuttanut jutun lopputulosta, sen vaikutus jäisi asianosaiselle tietämättömäksi, mikä usein rasittaisi menettelyä kohtaan tunnettua arvonantoa. Lisäksi väärä vetoamisoikeuden epäävä ratkaisu luultavasti koetaan vakavampana menettelyllisen oikeudenmukaisuuden loukkauksena kuin prekluusion virheellisesti sivuuttava ratkaisu.

Hallituksen esityksessä perusratkaisua kylläkin perustellaan tuomioistuimen ja vastapuolen näyttövaikeuksilla.[244] Vertailukohtana ei nyt kuitenkaan ole sama (ei-hyväksyttävän prosessoinnin) tunnusmerkistö, vaan lausumalla viitataan Ruotsin käräjäoikeusmenettelyn pääkäsittelyssä noudatettavaan hieman vaativampaan sääntelyyn, joka edellyttäisi asianosaiselta lisäksi joko tahallisuutta tai törkeää huolimattomuutta. Puhe näyttövaikeuksista on siis nähtävä enemmänkin yleisenä kannanottona sen puolesta, että prekluusiosäännöksiä pitää tarpeen vaatiessa voida soveltaa tai että niihin ainakin tulee sisällyttää tehokas prosessointia ohjaava vaikutus.[245]

Onko asianosaiselle asetettu näyttövelvollisuus sitten liian ankara tai aiheutuuko siitä kohtuutonta haittaa? Seuraavassa ei niinkään pyritä vastaamaan tähän kysymykseen, vaan koetetaan tarkastella analyyttisesti niitä tyypillisiä

---

[241] Tällöin on ajateltu ennen kaikkea oikeudenkäynnin sisäisiä tavoitteita kuten prosessitaloudellisia säästöjä, ei niinkään yksityisoikeudellisen sääntelyn sopimuskäytäntöjen tasolle ulottuvaa ohjausvaikutusta, josta väittämistaakkakirjallisuudessa paljon puhutaan.

[242] Vrt. myös *Ekelöf – Edelstam* 1998 s. 76, jossa asianosaisen näyttövaikeuksien mainitaan puolestaan perustelleen tavanomaista alemman näyttövaatimuksen (todennäköisyys) asettamista.

[243] Vaikkakin haittaa voisi aiheutua vastapuolelle viivästyksen, suhteellisen taktisen edun menetyksen tai lisäkustannusten muodossa.

[244] Ks. HE 15/1990 s. 68 ja 82. Ks. myös *Leppänen* 1998 s. 375.

[245] Vrt. myös lainsäätäjän perustelua, miksi näyttövaatimuksen lieventämistä ei ulotettu oikeustosiseikkoihin, vaan ainoastaan todisteisiin. Syynä olivat keskeisesti sanktionäkökohdat. (Ks. OLJ 4/2000 s. 96–97.)

Vrt. toisaalta kuinka hovioikeusprekluusion uudistusta perustellaan ruotsalaisissa lainvalmisteluasiakirjoissa; Lähinnä pääkäsittelyn aikaiseen prosessointiin tähtäävän ohjausvaikutuksen katsotaan perustelevan näyttövelvollisuuden asettamisen uuteen aineistoon vetoavalle asianosaiselle. (Ks. Reg. prop. 1988/89:95 s. 40–45.)

olosuhteita, joille annetaan merkitystä arvioitaessa aiheen pätevyyttä tai prekluusion yleisten edellytysten täyttymistä.

Perusratkaisun haittoina voidaan kuitenkin mainita ainakin sanktioajattelun kääntyminen alkuperäistä tarkoitustaan vastaan ja mielivallan (mielivaltaisten aineistoa hylkäävien ratkaisujen) mahdollisuuden kasvaminen. Alkuperäistarkoitustaan vastaan asianosaiselle asetettu näyttövelvollisuus kääntyy, jos se johtaa ns. ylivarustautumiseksi kutsuttuun ilmiöön. Ongelmaksi koetaan varmuudella lisäksi, jos tuomarille jää (myös näyttövaatimuksen osalta) laaja harkintavalta hylätä tai hyväksyä uusia vetoamislausumia. Viimeksi mainittu vähentää oikeudenkäyntimenettelyjen yleistä legitimaatiota. Uusien vetoamislausumien hylkääminen on seuraamustensa kannalta erityisen haitallista, sillä se johtaa oikean ratkaisun edellytysten heikkenemiseen. Sitä vastoin ratkaisevan väitteen tai todisteen hyväksymistä ei koettane yhtä helposti kohtuuttomana tai epäoikeudenmukaisena. Kumpikin seikka nostaa jo entuudestaan korkeaa kynnystä oikeuslaitoksen palveluihin turvautumisessa. Vastaajan osalta vain luottamus oikeuslaitokseen uhkaisi vähetä.

Joka tapauksessa ne olosuhteet, joille prekluusion edellytysten täyttymistä arvioitaessa annetaan merkitystä, ovat toisistaan suuresti poikkeavia, kun ajatellaan asianosaistahojen tai tuomioistuimen mahdollisuuksia esittää tai varmistaa niitä koskevaa näyttöä. Laajemmassa merkityksessä on vielä syytä puhua argumentaatiovelvollisuudesta (puolin ja toisin), johtuen aiheen pätevyyden suuresta arvostuksenvaraisuudesta.[246]

5.5.1.3 Prekluusion edellytyksiä koskevasta tiedosta ja tiedon lähteistä

Yllä mainittu lainsäätäjän perusratkaisu ei koske yleisiä prekluusion soveltamisedellytyksiä, joita tarkastellaan ennen siirtymistä yleisiin aiheen pätevyysperusteisiin. Aluksi otetaan kuitenkin esille muutama aivan yleinen näkökohta. Prekluusion edellytysten ilmeinen erityispiirre on se, että todistelun tarpeessa olevista asiaintiloista merkittävä osa liittyy oikeudenkäynnin aikaisiin tapahtumiin ja olosuhteisiin. Todistustaakan jakoa käsittelevä runsas kirjallisuus on sitä vastoin pitänyt silmällä miltei yksinomaan ns. aineellisoikeudellisia ongelmia, asianosaistahojen keskinäisiä yksityisoikeudellisia oikeussuhteita. Toiseksi tarkastellaan lyhyesti oikeudenkäynnin aikaisia olosuhteita koskevan informaation lähteitä, asianosaisten mahdollisuutta hankkia niitä koskevaa jälkikäteistä selvitystä tai varautua todisteluun.

---

[246] Ks. *Klami* 2000 s. 94–95.

5.5.2 Prosessinsisäiset ja prosessinulkoiset olosuhteet

Näyttöä edellyttävät asiaintilaväittämät saatetaan ainakin karkeasti jaotella prosessin sisäisiin ja prosessin ulkoisiin. Tällainen erottelu on järkevä silloin, kun tarkastellaan näyttövelvollisuuden kohdentamista ja näyttövaatimuksen asettamista prekluusion edellytyksenä olevista asiaintiloista.

Koska prekluusion soveltamisen kannalta relevantit asiaintilat liittyvät usein oikeudenkäynnin aikaisiin asianosaisten velvoitteisiin ja niiden täyttämiseen, monet näyttöä edellyttävistä olosuhteista ovat juuri prosessinsisäisiä. Prosessinsisäisillä olosuhteilla tarkoitetaan tässä asiaintiloja, joiden olemassaolo on pääteltävissä puhtaasti oikeudenkäynnin aikana esitettyjen lausumien tai muun oikeudenkäyntiaineiston pohjalta, tarvitsematta turvautua esimerkiksi oikeudenkäyntiä edeltäneisiin tapahtumiin. Tällaisia ovat tyypillisesti esimerkiksi:

– asianosaisen suullinen tai kirjallinen lausuma,
– tuomarin lausumat asianosaisille,
– se, että asianosainen on vedonnut johonkin tosiasiaväittämään,
– todistajan lausuma tai todisteeksi jätetyn asiakirjan sisältö,
– se, että jokin tosiasiaväite on näytetty toteen.

Prosessin ulkoisia ovat vastaavasti sellaiset olosuhteet, jotka edellyttävät havaintoja myös oikeudenkäynnin ulkopuolella tapahtuneesta. Näitä ovat esimerkiksi:

– sopimuksen tekoon tai sopimussuorituksiin liittyvät tapahtumat (kuten sopimusneuvottelut, vakioehtojen antaminen ostajan tutustuttavaksi tai maksun viivästyminen),
– kenen hallussa todiste on,
– sopimuksenteon jälkeiset olosuhdemuutokset,
– asianosaisen tai todistajan tietoisuus jutun faktaolosuhteista.

Tämän kaltaiset faktat voivat saada merkitystä tarkasteltaessa prekluusion soveltamisedellytysten täyttymistä kuten selvitystä määräajassa vedottujen tosiasiaväitteiden sisällöstä tai ns. suksessiivisen relevanssin etenemiseen liittyvää vetoamisvelvoitteiden aktualisoitumista – tai aiheen pätevyyttä, jos määräajan jälkeen on vedottu uuteen tosiasiaväitteeseen.

Esimerkiksi tuomarin kieltäytyminen todisteen vastaanottamisesta on pätevänä aiheena puhtaasti oikeudenkäynnin aikainen tapahtuma. Kyse on ns. rajoittavasta prosessinjohtotoimesta. Prosessitaloudelliset syyt perusteluna asianosaisen vetoamislausuman viivästymiselle puolestaan edellyttävät muun muassa aineellisoikeudellista oikeussuhdetta koskevaa tietämystä. Prosessitaloudelliseen arvioon vaikuttaa lisäksi tieto vetoamistilanteesta, puolin ja toisin vedotuista tosiasiaväitteistä.

Vetoamistilanteeseen on kuitenkin otettava kantaa jo ennakkoluonteisesti suhteessa aiheen pätevyysperusteisiin. Niinpä on tiedettävä, onko uuteen väitteeseen vetoavan vetoamisvelvollisuus aktualisoitunut ennen määräajan päättymistä. Tähän vaikuttavat olosuhteet ovat jokseenkin puhtaasti prosessinsisäisiä. Asiaan saattavat vaikuttaa muiden asianosaistahojen lausumat tai tuomarin toiminta. Esimerkiksi velvollisuus vedota ns. vastatosiseikaksi luokiteltuun faktaperusteeseen edellyttää, että suksessiivisen relevanssin järjestelmässä perustavammalla tasolla sijaitsevaan faktaperusteeseen on vedottu.[247]

Erottelu on merkityksellinen siksi, että oikeudenkäynnin sisäiset olosuhteet useimmiten ovat tai niiden ainakin pitäisi olla tuomioistuimen tiedossa tai selvitettävissä. Tältä pohjalta saatetaan puolustaa jopa lähtökohtaa, jonka mukaan ei voitaisi hyväksyä merkittävää epävarmuutta oikeudenkäynnin sisäisistä olosuhteista. Näkökohdalla on vaikutusta ajatellen sekä näyttötaakan jakoa että näyttökynnyksen määräytymistä.[248]

Ensinnäkin on selvää, että tuomioistuimella on olennaisesti paremmat mahdollisuudet hankkia selvitystä oikeudenkäyntiin liittyvistä kuin oikeudenkäynnin ulkopuolella tapahtuneista asiaintiloista. Mutta tuomioistuimen mahdollisuus hankkia tai jo ennakolta varata näyttöä on usein (tyypillisesti) parempi kuin asianosaisten. Näin on erityisesti mitä tulee asianosaistahojen puolin ja toisin esittämiin lausumiin ja vetoamistilanteeseen. Tähän vaikuttaa tuomioistuimen velvollisuus ja tuomioistuimelle uskottu valtuutus kirjata lausumat ja tulkita niiden sisältö. Samoin asianosaisten rajallinen mahdollisuus vaikuttaa kirjauksiin, joiden avulla vetoamistilanteesta jälkikäteen jouduttaisiin tekemään päätelmiä.[249]

Kun prosessuaalisten normien, kuten vetoamisvelvoitteiden, tulkinta on yksin tuomioistuimen vallassa, asianosainen joutuu todellisuudessa tästäkin syystä luottamaan tuomioistuimen suorittamiin käsitteellisiin jäsennyksiin ja lausumien kirjaamistapaan – esimerkiksi sen suhteen, kuinka yksityiskohtaisesti lausumat on syytä kirjata tai millä tavoin vetoamisvelvollisuus jakautuu asianosaistahojen kesken.

Toisaalta myös tyypillisiin aiheen pätevyysperusteisiin liittyy prosessinsisäisiä olosuhteita. Esimerkiksi prosessitaloudelliseen arvioon vaikuttaa osaltaan tieto vetoamisolosuhteista, puolin ja toisin vedotuista tosiasiaväitteistä. Kun tuomioistuin luonnollisesti tekee myös jutun aineellisoikeudellisen ratkaisun, asianosaisen mahdollisuudet osoittaa prosessitaloudellisten rajausten jär-

---

[247] Mitä väitteitä on esitetty, voidaan ratkaista (ja viime kädessä joudutaan ratkaisemaan) ottamatta vastaan oikeusriitaa koskevaa näyttöä.

[248] Saatetaan esittää eräitä muitakin syitä, jotka perustelevat epävarmuusriskin kohdentamisen julkiselle taholle. Esimerkiksi sosiaalinen riskinkantokyky, sillä prekluusion tavoitteet liittyvät suurelta osin julkisiin intresseihin, kuten resurssien säästöihin.

[249] Vrt. kuitenkin valmistelun päätteeksi laadittava kirjallinen yhteenveto ja tätä koskeva kuulemismahdollisuus.

kevyyttä (vrt. määräajassa vedottuihin perusteisiin nojautuvaa voittoennustetta) eivät voi olla sen paremmat kuin tuomioistuimen. Usein asia on päinvastoin, sillä tuomioistuimella luulisi olevan paremmat edellytykset arvioida omaa tai alemman oikeusasteen ratkaisua. Prosessitaloudellista tilannetta koskevan arvion suorittaa – hypoteettiseen vertailuun nojautuvana – prekluusion soveltuvuuden ratkaiseva tuomioistuin.[250]

5.5.3 Vetoamislausumia ja prosessuaalisia olosuhteita koskevan informaation lähteistä

Kirjan pitäminen asianosaisten vetoamislausumista ja tarpeellisessa määrin muistakin tutkinnan kohteena olevien kysymysten rajauksiin liittyvistä prosessuaalisista olosuhteista on tuomioistuimen vastuulla. Asianosaisella katsotaan toisaalta olevan jonkinlainen velvollisuus varmistua siitä, että kirjaukset tehdään oikein.

Pääasiallisia informaation lähteitä selvitettäessä käräjäoikeuden aikaista prosessuaalista tilannetta ovat tuomion perustelut, pöytäkirja ja valmistelun päätteeksi mahdollisesti laadittu kirjallinen yhteenveto asianosaisten vaatimuksista ja niiden perusteista. Lisäksi oikeuden puheenjohtaja laatii usein jo kirjallisen valmistelun aikana alustavan yhteenvetopaperin.

Tuomion perusteluista on apua, jos ne sisältävät tarkan kuvauksen osapuolten väitteistä. On kuitenkin ymmärrettävää, että juuri silloin kun valitusvaiheessa aiheutuu epäselvyyttä tosiasiaväitteen uutuudesta myös tuomion perustelujen sisältämä kirjaus saattaa olla puutteellinen. Tuomion perustelujen avulla ei juurikaan voida kontrolloida sitä, ovatko kaikki vedotut väitteet tulleet huomioon otetuiksi. Muista olosuhteista kuin lausumien sisällöstä perustelut eivät juuri kerro.

Pöytäkirja (OK 22:4 ja 22:5) on ainakin periaatteessa tuomion perusteluista riippumaton lähde, johon perusteluissa luetteloituja tai referoituja asianosaisten väitteitä saatetaan verrata. Näin on ainakin, jos pöytäkirja on laadittu eriaikaisesti tuomioon verrattuna.

Pöytäkirjaan pätee kuitenkin sama periaatteellinen ongelma, joka rasittaa tuomion perustelujen lähdearvoa. Kun pöytäkirjan laatija ja jutun ratkaisija, samoin kuin lausumien tulkitsija, ovat yksi ja sama taho eli tuomari, kirjaukset saattavat kyllä olla keskenään yhteensopivia. Syynä voi kuitenkin olla laatijan alun alkaen puutteellinen tai virheellinen tulkinta asianosaisten lausumista. Sama tuomarin ymmärrys, johon ratkaisu nojautuu, ohjaa pöytäkirjan laatimista. Jopa valmistelun pöytäkirja saatetaan lisäksi laatia jälkikäteen, miltei sa-

[250] Kuten edellä havaittiin, pätevän aiheen saattaa muodostaa esimerkiksi tuomarin vastapuolelle vielä määräajan jälkeen sallima uusi vetoamislausuma tai se, että tuomari on päättänyt ottaa viran puolesta tutkittavaksi jonkin uuden faktaperusteen.

manaikaisesti tuomion kanssa. Pääkäsittelyn pöytäkirja laadittaneen käytännössä enemmän tai vähemmän kiinteästi yhteydessä tuomion laatimiseen.

Pöytäkirjan laatimiseen ei liity asianosaisten kuulemista, joten mahdolliset väärinymmärrykset tai poikkeamat asianosaisen tarkoittamasta eivät pääse näkyviin prosessin aikana.

> Ruotsalainen käytäntö nähtävästi poikkeaa suomalaisesta siten, että luonnos valmistelun aikana laadittavasta pöytäkirjasta annetaan asianosaisten luettavaksi. Tässä yhteydessä asianosaiset saavat mahdollisuuden pyytää korjauksia.[251]

Lähdearvoltaan merkittävin suullisen oikeudenkäynnin aikainen dokumentti on *valmistelun päätteeksi laadittava kirjallinen yhteenveto* (OK 5:24). Yhteenvedon merkitys johtuu lähinnä siitä, että sen laatimiseen liittyy velvollisuus asianosaistahojen kuulemiseen, jolloin nämä saavat yhtäältä tietää, kuinka tuomioistuin on ymmärtänyt heidän siihenastiset lausumansa, toisaalta mahdollisuuden ehdottaa asiakirjaan tehtäväksi korjauksia. Yhteenvedon lähdearvoa vahvistaa, jos asianosaisella vielä on ollut esteetön mahdollisuus lausumiensa täydennyksiin.

Jos yhteenveto laaditaan verrattain välittömästi ennen valmistelun päättymistä, se sijoittuu ajallisesti prekluusion kannalta erääseen ratkaisevista vaiheista. Kaikissa tapauksissa kirjaukset eivät kuitenkaan ole peräisin tuolta ajankohdalta. Aiemmassa vaiheessa laadittua kirjallista yhteenvetoa saatetaan nimittäin tyytyä täydentämään ainoastaan suullisesti, jolloin suullisen valmistelun aikana tapahtuneesta ei jää lausumismahdollisuuden kohteena ollutta kirjallista dokumenttia. Usein ainakin ensimmäinen yhteenvedon versio laaditaan jo kanne- ja vastinekirjelmien pohjalta.

Kirjallisen yhteenvedon laatiminen on kylläkin monissa tapauksissa pakollista. Merkittävimpiä poikkeuksia ovat juuri mahdollisuus täydentää suullisesti sellaista kirjallista yhteenvetoa, joka on laadittu (suullisen tai jo kirjallisen) valmistelun kestäessä ja asian laatuun sekä laajuuteen nojautuva tarveharkinta.[252]

Kirjallisen yhteenvedon näyttövaikutus liittyy ennen kaikkea asianosaisen vetoamislausumien sisältöön, ei juurikaan prosessuaalisiin olosuhteisiin laajemmassa mielessä. Yhteenvetoon ei toisaalta ole syytä luottaa kritiikittömästi edes osoituksena asianosaisen vetoamislausumien sisällöstä. Muutamat jäljempänä lähemmin tarkasteltavat näkökohdat nimittäin rajoittavat kirjallisen yhteenvedon näyttöarvoa. Asianosainen joutuu jo käytännön syistä pitkälti luottamaan siihen, miten tuomari kirjausten tasolla jäsentää riidan kohteen.

---

[251] Ks. *Ala-Uotila* DL 1995 s. 485.

[252] Ks. OK 5:24. Vrt. kuitenkin oikeuskirjallisuus, jossa lähtökohtana (tai ainakin pääsääntönä) pidetään kirjallisen muodon pakollisuutta. Ks. esim. *Lappalainen* 2002 s. 92.

Lausumien kirjaaminen on tuomarin vastuulla, eikä asianosaisella edes olisi ehdotonta oikeutta saada niihin haluamiaan muotoiluja.[253]

Tästäkin syystä näyttönä siitä, mitä asianosaiset ovat lausuneet, joudutaan nojautumaan myös muuhun kuin suullisesta käsittelystä jäävään aineistoon. Sellaista ovat alkuvaiheen kirjalliset lausumat (kannekirjelmä ja sitä seuranneet vastineet), oikeusnormit yms.

Tuomarin velvollisuus kirjata prosessin aikaisia tapahtumia rajoittuu pääasiassa vain asianosaisen vetoamiin tosiasiaväitteisiin, todisteisiin ja todistusteemoihin. Esimerkiksi asianosaisten vetoamislausumia ei edes suositella kirjattavaksi sen tarkemmin kuin mikä on tarpeen väitteiden ja niihin annettujen vastausten yksilöintiä varten.

Tämä koskee myös valmistelun ja pääkäsittelyn pöytäkirjaa.[254] Niinpä *asiakirjoista ei ole luettavissa valmistelun kulku*, esimerkiksi se, millä tavoin tai missä asiayhteydessä lausumat on esitetty. Niihin ei toisaalta jää merkintää tuomarin mahdollisesti esittämistä kysymyksistä tai muista lausumista. Jos aiottua todistelua selostettaisiin asianosaisten taholta, tätäkään ei kirjata. Ei myöskään oikeudellista argumentaatiota.[255]

Tämä vaikeuttaa tiedonsaantia sellaisista ”prosessuaalisista olosuhteista”, oikeudenkäynnin aikaisista olosuhteista, joille oikeuskirjallisuudessa ja lain esitöissä tavataan antaa vaikutusta tarkasteltaessa prekluusion edellytysten täyttymistä. Toiselta puolen tarkempi menettelyn kulun yksityiskohtien kirjaaminen ei olisi yleiseltä kannalta toivottavaakaan, sillä sellainen haittaisi prosessin sujuvuutta.[256]

Johtopäätöksenä on kuitenkin se, että vetoamislausumien minimisisältöä lukuun ottamatta olosuhteet, joilla on vaikutusta arvioitaessa aiheen pätevyysperusteita, jäävät enimmältä osin kirjaamisvelvollisuuden ulkopuolelle.

Tässä valossa saatetaan pitää erheellisinä sellaisia näkemyksiä, joissa kirjallisen yhteenvedon olemassaololle annetaan miltei yksinään riittävä näyttöarvo, joka vielä ulotetaan koskemaan aiheen pätevyysperusteita. Esimerkiksi Ruotsin oikeudenkäymiskaaren esitöiden mukaan kirjallisen yhteenvedon laatiminen aiheuttaisi niin voimakkaan olettaman pätevän syyn puuttumisesta (törkeästä huolimattomuudesta), että sen kumoaminen edellyttäisi ”vahvoja syitä”.[257] Yhteenveto saisi toisin sanoen aikaan vahvan olettaman luovan näyttövaikutuksen prekluusion edellytysten kaikinpuolisesta täyttymisestä. Mieluumminkin yhteenvedon laatiminen ja siihen liittyvä kuuleminen tulisi nähdä välttämättömä-

---

[253] *Virolainen* 1992 s. 181–182, 294.

[254] Ks. *Virolainen* 1992 s. 290; OK 22:8. Muita kuin OK 22:4:ssä mainittuja tietoja ei pöytäkirjaan edes saa merkitä ilman pätevää syytä.

[255] Tässä suhteessa noudatettava käytäntö poikkeaa vuoden 1993 alioikeusuudistusta edeltäneestä. Ks. *Lappalainen* 1994a s. 203–204.

[256] Ks. myös *Virolainen* 1992 s. 290, *Lappalainen* 1994a s. 203–204 tai *Lappalainen* 2002 s. 12.

[257] Ks. Reg. prop. 1986/87:89 s. 222.

nä – mutta ei vielä läheskään riittävänä – edellytyksenä prekluusiosäännösten soveltamiselle.

> Lindell katsoo tässä esitetystä poiketen, että nimenomaan hovioikeusvaiheessa käräjäoikeuden valmistelussa laaditulle yhteenvedolle voitaisiin antaa tällainen vaikutus.[258] Näkemyksen täytyy nojautua tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien hyvin vahvaan painottamiseen. Käräjäoikeuden pääkäsittelyn aikana Lindell ei nimittäin vastaavanlaista vaikutusta vielä hyväksy.[259]

5.6 PREKLUUSION EDELLYTYKSIÄ KOSKEVASTA NÄYTTÖTAAKASTA JA -VAATIMUKSESTA

5.6.1 Asianosaisen omien lausumien sisältö

Teoriassa näyttövelvollisuus on tuomioistuimella

Myös asianosaisen omien lausumien sisällöstä saattaa ymmärrettävästi olla epävarmuutta. Käytännössä ongelmia syntyy ennen kaikkea muutoksenhaun yhteydessä. Kysymys, mihin seikkoihin asianosainen on vedonnut, on ennakkoluonteinen suhteessa prekluusiosäännösten soveltuvuuteen.

Jos lausumien sisällöstä on erimielisyyttä, kuka on näyttövelvollinen? Entä kuinka vahvaa näyttöä edellytetään? Asianosaisella ei ainakaan teoreettisessa mielessä ole ajateltu olevan näyttövelvollisuutta omien lausumiensa sisällöstä. Näyttövelvollisena on pidetty lähtökohtaisesti tuomioistuinta.[260] Tämä sopiikin tuomioistuimen rooliin prosessia muodollisesti johtavana ja muun muassa kirjauksista huolehtivana tahona.[261] Käytännössä jo alkuasetelma on kuitenkin yleensä päinvastainen. Konkreettinen näyttövelvollisuus siitä, että asianosaisen käräjäoikeusprosessin aikana esittämät lausumat poikkeavat tuomioistuimen kirjaamista, on asianosaisella. Merkinnän tai sen puuttumisen tuomion perusteluista ja oikeudenkäynnin aikaisista dokumenteista (pöytäkirja, yhteenveto) katsotaan luovan olettaman siitä, että vetoamislausumat ovat merkintöjen mukaisia.[262]

Kovin vahvasta olettamasta ei kuitenkaan olisi kyse, sillä olettaman kumoamiseen riittäisi todennäköisyysnäyttö. Kirjauksissa nimittäin tapahtuu helpostikin virheitä tai niihin jää puutteita.[263] Lisäksi jo näyttövelvollisuuden läh-

---

[258] Ks. *Lindell* 1993 s. 111.
[259] Ks. *Lindell* 1993 s. 110.
[260] Ks. *Lindell* 1993 s. 151.
[261] Puhe näyttötaakan kohdentamisesta tuomioistuimelle johtuu siitä, että lausumien sisällön selvittäminen ymmärretään lähinnä tuomioistuimen vastuulla olevaksi tehtäväksi.
[262] Ks. *Lindell* 1993 s. 151–152.
[263] Näin myös *Lindell* 1993 s. 151–152.

tökohtainen asettaminen tuomioistuimelle näyttäisi edellyttävän kirjauksilta jonkinlaista vähimmäistasoa, ajatellen niiden huolellisuutta ja kattavuutta.

Asianosaisen vaikea todistelutehtävä

Pyrkiessään esittämään näyttöä oman näkemyksensä tueksi asianosainen joutuu kuitenkin aivan erityisen vaikean tehtävän eteen. Juuri muuta aineistoa kuin tuomioistuimen laatimat dokumentit ei nimittäin suullisen oikeudenkäynnin aikaisista tapahtumista ole käytettävissä. Puuttuva mahdollisuus varautua näytön hankkimiseen on yleisesti tunnustettu näytön arviointiin (tai näyttötaakan jakoon) vaikuttavaksi näkökohdaksi.[264] Se tulisi ottaa huomioon ainakin näyttövaatimuksen tasoa määriteltäessä. Mutta miten tämä voisi tapahtua, on jo vaikeampi pulma.

Pyrittäessä löytämään ohjeita siihen, miten lausumien sisältöä koskevaan epävarmuuteen tai asiasta kertovaan näyttöön tulisi suhtautua, joudutaan tyytymään vain hyvin yleispiirteisiin suuntaviivoihin. Rajatussa määrin voidaan apuna käyttää tuomioistuimen laatimien dokumenttien yleistä huolellisuuden tasoa. Jos lausumien kirjaukset ovat ylimalkaisia, tämä vähentää niille annettavaa arvoa.[265] Sama vaikutus on kirjausten sisältämillä selvillä virheillä tai ristiriitaisuuksilla.

Jos normaalitasosta on tingitty, heikkenee prekluusiosanktion käytön hyväksyttävyys jo muutoinkin. Samoin voidaan viitata sosiaalisen riskinkantokyvyn arviointiin, sillä haitallinen seuraamus uuden aineiston tutkimisesta (prosessitaloudelliset kustannukset) jää marginaaliseksi verrattuna päinvastaisesta ratkaisusta yksityiselle asianosaistaholle aiheutuvaan haittaan. Merkittävä epäselvyys tai ristiriitaisuus saattaisi epäilemättä estää konkreettisen näyttövelvoitteen asianosaiselle siirtävän olettaman syntymisen. Prekluusio siis estyisi.

Missä määrin kirjausten yleisen asianmukaisuuden voidaan katsoa vahvistavan näkemystä, jonka mukaan asianosaisen väitteet on tutkittu oikeansisältöisinä ja riittävässä laajuudessa? Tämä on jo lähtökohtaisesti ongelmallista, sillä kirjausten huolellisuus ei vielä kerro suoranaisesti mitään niiden täydellisyydestä tai virheettömyydestä. Lisäksi johdonmukaisuuteen voi olla muita syitä kuten se, että laatija yksinkertaisesti on sama taho kuin jutun ratkaisija – tai yhtä hyvin tarkoituksellinen rationalisointi, joka on ymmärrettävä ja todellisuudessa väistämätönkin pyrkimys kaikessa inhimillisessä toiminnassa.

Kirjausten asianmukaisuudelle tulisi varoa antamasta liiaksi niiden sisällön luotettavuutta vahvistavaa näyttöarvoa. Tällainen olisi perusteetonta ja merkitsisi todellisuudessa nojautumista viranomaisen auktoriteettiin, mikä on muu-

---

[264] Ks. esimerkiksi *Klami* 2000 s. 82; *Heuman* 2005 s. 501.

[265] Vrt. KKO 1997:90, jossa kanteen vastustamisen perusteiden suppea merkintä valmisteluistunnon pöytäkirjassa vaikutti osaltaan lausumien saamaan tulkintaan. Ratkaisussa korkein oikeus erikseen kuuli mm. käräjäoikeuden puheenjohtajaa valmistelun aikaisista olosuhteista.

toinkin vaarana, vaihtoehtoisen lähdeaineiston ollessa vähissä tai puuttuessa kokonaan.[266] Huolellisestikin laaditut kirjaukset voivat indikoida omaa luotettavuuttaan vain hyvin heikosti.

Jos valmistelun aikana on laadittu kirjallinen yhteenveto (OK 5:24), josta asianosainen on saanut tilaisuuden lausua oman näkemyksensä, tälle asiakirjalle voidaan antaa vahva näyttöarvo, ainakin valmistelun päättymiseen mennessä esitetyistä vetoamislausumista. Kuten edellä on todettu, yhteenvedon näyttöarvo nojautuu ennen kaikkea siihen liittyneeseen asianosaisten kuulemiseen.

Edes yhteenvetoon ei kuitenkaan voida luottaa yksinomaisesti. Kyse on joka tapauksessa tuomioistuimen, ei asianosaisen itsensä, tekemistä kirjauksista. Vaikka asianosaisen saatetaan edellyttää tai uskoa korjaavan ainakin selvimmät puutteellisuudet ja väärinymmärrykset, ei ole varmaa, kuinka perusteellista korjaamista tai täydentämistä asianosaiselta voitaisiin kohtuudella edellyttää. Asianosaisten yleisempään rooliin liittyy eräitä näkökohtia, jotka vaikuttavat asiaan:

Tuomioistuimella on ensinnäkin valtuutus ratkaista, miten kirjaukset toteutetaan, esimerkiksi millä täsmällisyydellä lausumat kirjataan. Asianosaisella ei edes ole oikeutta vaatimuksestaan saada lausumiaan kirjatuiksi haluamansa sisältöisenä tai haluamassaan muodossa.[267] Mitä kirjataan, on toisaalta riippuvaista vetoamisvelvoitteiden sisällöstä, jota koskevat tulkinnat ovat niin ikään tuomioistuimen vallassa. Vetoamisvelvoitteiden sisällöstä tai jakautumisesta saattaa lisäksi vallita täysin perustellustikin eriäviä näkemyksiä.[268] Mitään varmuutta ei usein ole esimerkiksi siitä, kuinka täsmällisesti lausumat olisi yksilöitävä.

Näin ollen asianosainen joutuu käytännössä pitkälti tyytymään tuomioistuimen harkintaan asian suhteen. On lisäksi täysin oikeutettu vaatimus, että asianosainen voisi jossakin mitassa luottaa kirjausten – ja niiden taustalla olevien tulkintojen – asianmukaisuuteen. Asianosaiselta ei kohtuudella voida edellyttää hyvin pitkälle menevää vastuuta myös kirjausten täydellisyydestä tai oikeellisuudesta ylipäänsä. Tähän päätelmään johtaa jo yksinomaan asioiden yleisen sujuvuuden vaatimus. Itsestään selvää on, että yhteenveto ei kerro mitään valmistelua myöhemmistä, esimerkiksi pääkäsittelyn aikana esitetyistä lausumista.

Jotta yhteenvetoon voitaisiin luottaa selvityksenä valmistelun aikana esitetyistä lausumista, olisi voitava tietää, että kirjallista yhteenvetoa ei ole täydennetty suullisesti, mihin oikeudenkäymiskaari antaa mahdollisuuden silloin, kun alustava yhteenveto laaditaan jo varhaisessa vaiheessa jatkovalmistelun pohjak-

---

[266] Aineiston vähäisyys on toisin sanoen jo johtamassa päätelmään, jota perusteeton luottaminen kirjauksiin vielä vahvistaisi.

[267] Ks. *Virolainen* 1992 s. 181–182. Sama koskee pöytäkirjaa, ks. *Virolainen* 1992 s. 294.

[268] Ks. edellä vetoamisvelvoitteiden sisältöä käsittelevää jaksoa 3.7.

si. Alustava yhteenveto saatetaan laatia jo ennen suullisen valmistelun alkamista, kirjallisten lausumien pohjalta. Yhteenveto tulisi olla laadittu lopullisessa muodossaan valmistelun päätteeksi ja siitä tulisi käydä ilmi, ettei vetoamislausumia ole täydennetty suullisesti.

Asianosaisen kirjallisten lausumien ja tuomarin laatimien kirjausten poikkeavuus

Eräänä konkreettisena ongelmakysymyksenä saatetaan tarkastella tilannetta, jossa ennen suullista valmistelua annetut kirjalliset lausumat ovat selkeästi ristiriidassa tuomioistuimen kirjaamien vetoamisperusteiden kanssa. Kuinka tulisi suhtautua tuomioistuimen kirjausten ja asianosaisen kirjallisten lausumien poikkeavuuteen? Jos haastehakemuksessa tai vastineissa esitetyt lausumat poikkeavat kirjallisen yhteenvedon tai pöytäkirjojen sisältämistä, kumpaan pitäisi lähtökohtaisesti nojautua?

Pulmallisimpia lienevät tilanteet, joissa tuomioistuimen kirjaukset ovat suppeampia. Nähdäkseni vastaus riippuu tällöin keskeisesti siitä, sisältääkö yhteenveto luotettavan selityksen aiemmin vedotuista väitteistä luopumisesta. Kyseessä voisi olla lähinnä riittävän yksilöity ja muutoinkin uskottava mainінta siitä, mistä kaikista aiemmin vedotuista väitteistä asianosainen on ilmoittanut luopuneensa. Jos poikkeavuudelle ei ole luotettavaa selitystä, yhteenvetoon tai pöytäkirjaan kirjattuun näkemykseen ei nähdäkseni voida nojautua vetoamisvelvollisena olevan tappioksi. Lähtökohdaksi on otettava asianosaisen kirjallisen lausuman mukainen vetoamistoimi, olipa se sitten laajempi tai yksityiskohtaisempi tuomioistuimen kirjaamaan verrattuna.[269] Erillisestä vetoamisperusteesta luopuminen tulisi merkitä sekä valmistelun päätteeksi laadittavaan yhteenvetoon että suullisten käsittelyjen pöytäkirjaan.[270] Vastaavasti pääkäsittelyn aikana laaditun pöytäkirjan tulisi sisältää luotettava selvitys valmistelun jälkeen tapahtuneista luopumisista.

Jos tuomioistuimen kirjaama lausuma on joltakin osin kirjelmistä ilmenevää laajempi, lienee luotettava tähän laveampaan kirjaukseen. Näiden mukaisia väitteitä on kohdeltava määräajassa vedottuina. Lausumien täydentäminen on

---

[269] Edellytyksenä on se, että kyse on selkeästä ristiriitatilanteesta. Jos toinen dokumenteista – kirjelmä tai yhteenveto – on lausumien sisällön suhteen tulkinnanvarainen, lähtökohdaksi lienee otettava sisällöltään yksiselitteisen (ymmärrettävän) kirjauksen mukainen lausuma.

[270] Ks. OK 22:4.2 ja OK 22:5.2. Säännöksissä sanottu merkitsee, että kirjaamisvelvoitteen kohteena olevien vetoamislausumien sisältöä muuttavat lausumat tulee merkitä viimeisimpään pöytäkirjaan: ”Jos se, mitä 1 momentin nojalla on merkittävä pöytäkirjaan, käy ilmi haastehakemuksesta, vastauksesta, muusta tuomioistuimelle toimitetusta asiakirjasta tai aikaisemmin laaditusta pöytäkirjasta, riittää, kun pöytäkirjassa siltä osin viitataan sanottuun asiakirjaan tai pöytäkirjaan.”

Vaikka positiivinen vastaava nimenomainen velvoite ei koske yhteenvetopaperia, luopumista tarkoittavan puuttumisen voidaan hyvällä syyllä tulkita merkitsevän, ettei luopumista ole tapahtunut. (Vrt. OK 5:24, joka sallii yhteenvedon täydentämisen suullisesti.)

nimittäin normaalin käytännön mukaista vielä valmistelun aikana. Myös pääkäsittelyn aikana asianosaisella on niin ikään oikeus yrittää lausuman täydentämistä, hyväksynnän jäädessä riippumaan tuomarin harkinnasta. Seuraamusnäkökohtien huomioon ottaminen johtaa nähdäkseni siihen, ettei lähtökohdaksi voitaisi ottaa tuomarin erehdystä.

Yksityiskohtaisemmasta faktakuvauksesta luopumista yleispiirteisemmän hyväksi olisi vielä vähemmän syytä perustaa yksinomaan siihen, että yhteenveto tai pöytäkirja olisivat pelkistetympiä kuin asianosaisen omat kirjalliset lausumat.

5.6.2 Vetoamisvelvoitteiden sisältö nähdään vain oikeusriidan olosuhteiden valossa

Jotta voitaisiin tietää, onko asianosaisen vetoamislausuma puutteellinen, lausumaa on verrattava siihen, mitä vetoamisvelvoitteet edellyttävät. Vetoamisvelvoitteiden sisältö selviää kuitenkin vasta konkreettisessa asiayhteydessä. Asiaan vaikuttavat muiden asianosaistahojen lausumat, tuomarin tutkimisvelvoitteet ja tuomarin tosiasiallinen toiminta – samoin aineellisen oikeusriidan sisältö ja osapuolten oikeussuhteisiin liittyvät faktaolosuhteet.

Näin ollen, jotta asianosaisen voidaan päätellä laiminlyöneen jonkin vetoamisvelvoitteensa, tarvitaan tietoa näistä etupäässä prosessin aikaisista, oikeudenkäyntiin liittyvistä olosuhteista. Voidaan sanoa, että näistä osa liittyy vetoamisvelvoitteen aktualisoitumiseen, osa vetoamisvelvollisuuden olemassaoloon tai puuttumiseen ylipäänsä (vrt. edellä jakso 5.4.3).

5.6.3 Muiden asianosaistahojen lausumat

Jotta voitaisiin päästä selville asianosaisen vetoamisvelvoitteen sisällöstä, tarvitaan tietoa myös vastapuolen lausumista. Aiemmin selostetulla tavoin ne vaikuttavat esimerkiksi suksessiivisen relevanssin etenemiseen tai lausumien yksilöinneiltä vaadittavaan tasoon. Velvollisuus vedota kannetta vastustaviin perusteisiin konkretisoituu, kun vastapuoli on ensiksi vedonnut kanneperusteisiin, jotka sijoittuvat suksessiivisen relevanssin järjestelmässä perustavammalle tasolle (ks. edellä kohta 15). Niinpä esimerkiksi kantajan on vedottava velan vanhentumisen katkaisemista merkitseviin toimiin ainoastaan silloin, jos vastaaja on väittänyt velkaa vanhentuneeksi.

Lisäksi vetoamislausumien yksilöintivaatimus saattaa ankaroitua prosessin edetessä. Vakiintuneen käsityksen mukaan hyväksytään alkuvaiheessa vetoaminen sellaisiin abstrakteihin ilmiöihin kuin vahingon aiheuttaneen henkilön

tuottamukseen tai sopimuksen kohtuuttomuuteen. Vasta väitteen riitauttaminen aiheuttaa velvollisuuden täsmentää, mihin konkreettisiin olosuhteisiin tai tapahtumiin väitteellä viitataan (ks. kohta 16). Kanteen osittaisen myöntämisen tai tosiasian tunnustamisen kaltaiset yksipuoliset määräämistoimet vaikuttavat niin ikään vastapuolen vetoamisvelvoitteiden sisältöön. Kanteen osittainen myöntäminen nimittäin poistaa myönnetyiltä osin velvollisuuden vedota konkreettisiin faktakuvauksiin samoin kuin velvollisuuden ilmoittaa väitteiden tueksi näyttöä. Jos jokin tosiasia tunnustetaan, poistuu ainoastaan velvollisuus näytön ilmoittamiseen. Jos taas käy niin, että yksipuolinen määräämistoimi peruutettaisiin, palautuisivat vetoamisvelvoitteet ennalleen (ks. kohdat 17 ja 18).

Näistä vetoamisolosuhteista kertoviin asianosaisten lausumiin jää usein merkittäviä epävarmuustekijöitä. Tulisiko epävarmuus asettaa uuteen aineistoon vetoavan vai tuomarin ja/tai vastapuolen riskiksi?

Vetoamisvelvoitteen aktualisoituminen on oikeudellisesti arvioituna siinä määrin perustava edellytys prekluusiosäännösten soveltuvuudelle, että tuntuisi kohtuulliselta asettaa niiden selvittämiseen liittyvä epävarmuusriski julkisen tahon kannettavaksi. Velvoitteen olemassaolo on välttämätön lähtökohta asianosaisen tointen arvosteltavuudelle. Jos taas epävarmuuden syynä on osaltaan se, että prekluusiosääntely yksinkertaisesti asettaa vaikeasti selvitettäviä faktaedellytyksiä, riski tulisi kenties tästäkin syystä kohdentaa julkiselle taholle.

Samaan suuntaan puhuu – nyt voimakkaastikin – asianosaiselta miltei täysin puuttuva mahdollisuus varautua näytön esittämiseen. Asianosainen ei voi juurikaan vaikuttaa siihen, kuinka muiden asianosaistahojen lausumat prosessin aikana dokumentoidaan. Eikä liioin olisi järkevää (käytännöllistä) edellyttää asianosaiselta huolehtimista vastapuolen lausumien kirjaamisesta.[271]

Siksi ei tuota vaikeuksia suositella vetoamistilanteen selvitettävyyttä muiden asianosaistahojen lausumien osalta. Näyttövelvollisuus on asetettava tuomioistuimelle, mikä kylläkin jo edellä todettiin normatiiviseksi lähtökohdaksi jopa asianosaisten omien lausumien suhteen. Näyttövaatimuksen tulee nyt kuitenkin olla huomattavasti korkeammalla kuin asianosaisen omia lausumia tarkasteltaessa. Merkittävää epävarmuutta muiden asianosaisten lausumien sisällöstä ei tulisi hyväksyä.[272]

---

[271] Ajateltavissa voisi kenties olla asianosaisen velvollisuus huomauttaa, jos vastapuolen lausumaa koskeva kirjaus (lähinnä kirjallisessa yhteenvedossa tai alustavassa yhteenvedossa) on puutteellinen; esimerkiksi tunnustetun tosiasian tai myönnetyn kannevaatimuksen jäädessä kirjaamatta. Tähänkin liittyisi sellainen ei-toivottava vaikutus, että asianosainen velvoitettaisiin sen kaltaisiin lausumiin, joiden saatetaan uskoa houkuttelevan vastapuolta peruuttamaan yksipuolisia määräämistoimiaan.

[272] Tämä koskee myös vetoamisvelvoitteiden (ulottuvuuden) oikeudellista arviointia, jonka suhteen usein saattaa esiintyä perustellustikin eriäviä näkemyksiä, tulkinnanvaraisuutta.

5.6.4 Tapaukseen soveltuvien faktaperusteiden väitteenvaraisuus

Prekluusion yleisiin soveltamisedellytyksiin kuuluu edellä omaksutun näkemyksen mukaan faktaperusteen väitteenvaraisuus. Prekluusiouhka ei siis ulotu ns. tuomarin suoran tutkimisvelvollisuuden piiriin kuuluviin faktaväitteisiin (ks. kohta 12).

Niinpä jos ei-väitteenvarainen (ja asianosaisen tahdosta riippumatta tutkittava) seikka nousee esiin – joko asianosaisen vetoamana tai tuomioistuimen kiinnittäessä siihen huomiota oma-aloitteisesti – määräajan jälkeen, saattaa taustalla kylläkin olla aiempi tutkintavelvollisuuden laiminlyönti. Tuon aiemman laiminlyönnin ei kuitenkaan tulisi olla prekluusion estymisen edellytyksenä, vaan asianosaisen tulisi ilman muuta säilyttää oikeutensa vedota tällaiseen faktaperusteeseen. Tuomioistuimen tulisi puolestaan saattaa faktaperuste keskustelun alaisuuteen.[273] Prosessin aiempien vaiheiden olosuhteista ei näin ollen tarvittaisi selvitystä.

Siihen, liittyykö oikeusriitaan viran puolesta tutkittavia tosiasiaolosuhteita, joudutaan ymmärrettävästi ottamaan kantaa kaiken aineellisesta oikeussuhteesta tiedetyn valossa. Kyse on oikeudellisesta arvioinnista, joka on yksinomaan tuomioistuimen vastuulla. Asianosaisen näyttövelvollisuus ei toisin sanoen tähänkään sovellu. Ne aineellisen oikeussuhteen faktaolosuhteet, jotka vaikuttavat virallisvelvoitteiden soveltumiseen, asianosaisen on luonnollisesti omassa intressissään tuotava esiin.

5.6.5 Määräämisoikeuden käyttäminen, jos tuomarin tutkimisvastuun piiriin kuuluva faktaperuste on prosessuaalisesti tahdonvaltainen

Tuomioistuimen velvollisuus tutkia määrättyjä kysymyksiä viran puolesta ei aina sulje pois asianosaisen määräämisoikeutta. Edellä on katsottu, että asianosaisen vetoamisvelvoite alkaa vasta sen jälkeen, kun tuomioistuin on tuonut virallistutkintaisen seikan keskustelun alaisuuteen. Niinpä prekluusion edellytyksenä on paitsi informoiva kyselytoimi myös määräämisoikeuden käyttäminen (ks. kohta 13). Nähdäkseni kummastakin tarvitaan positiivista näyttöä, jotta prekluusio voisi tulla kyseeseen. Jos tuomarilla on velvollisuus huolehtia siitä, että väite velan vanhentumisesta nousee keskusteluun, velallinen voi menettää vetoamisoikeutensa vasta sen jälkeen, kun tuomioistuin on täyttänyt kyselyvelvollisuutensa.[274]

---

[273] Kyselyvelvollisuus perustuisi nähdäkseni suojatun tahon intressiin mutta myös siihen julkiseen intressiin, joka on ao. sääntelyn yksityisoikeudellisen pakottavuuden taustalla.

[274] Vrt. edellä luku 5.4.3.4, kohdan 13 sisennetty kappale ja HE 187/2002 s. 70–71.

Perusteluna voidaan viitata tuomioistuimen vastuun ensisijaisuuteen. Viran puolesta tutkittavista seikoista puhuttaessa on oletettu tutkimisvastuun olevan tuomioistuimella. Lisäksi tuomioistuin voi helpostikin huolehtia siitä, että määräämistoimi (luopuminen vetoamasta tällaiseen virallisvalvontaiseen seikkaan) merkitään pöytäkirjaan tai valmisteluistunnon yhteenvetoon. Asianosaisen vastaavasti olisi jokseenkin vaikeaa ryhtyä edes vaatimaan päinvastaisia julkilausumia, koska sellaista totutun käsityksen mukaisesti pidettäisiin tarpeettomana.[275]

Ongelmaksi voi kylläkin muodostua se, onko faktaperusteen soveltumisesta ollut oikeudenkäynnin aikana siinä määrin viitteitä, että tuomioistuin on ollut konkreettisestikin velvollinen kyselytoimiin. Kyselyvelvollisuus edellyttää yleensä jonkinlaista erityistä syytä kuten vaikkapa selvennystä kaipaavia asianosaisen lausumia tai jonkin tasoista tietämystä siitä, että po. faktaperuste voisi soveltua käsiteltävään oikeusriitaan. Esimerkkinä mainitun velan vanhentumisen mahdollisuus lienee useimmiten pääteltävissä velkojan kanteen perustana olevista faktatiedoista (velan synty- ja perimisajankohta), joten kyselyvelvoite olisi ainakin teoriassa mahdollista perustaa tähän tietämykseen.[276]

5.6.6 Tuomarin yleisen kyselyvelvollisuuden laiminlyönti

Myös ne olosuhteet, jotka vaikuttavat tuomarin kyselyvelvoitteiden laiminlyönnin arviointiin, ovat kokonaisuudessaan oikeudenkäynnin sisäisiä (vrt. kohta 14). Kyselyvelvoitteiden olemassaoloa tai toteutusta ei nimittäin voida ratkaista oikeudenkäynnin aikana tietämättömäksi jääneisiin olosuhteisiin nojautuen. Tämä johtuu siitä, ettei myöskään tuomari voi astua tietoonsa tulleen aineiston ulkopuolelle tarkastellakseen menettelyllisten ratkaisujensa perusteltavuutta. Tuomarin velvoitteita on siis arvioitava hänen (prosessin aikaisista) lähtökohdistaan käsin. Aineellisten normien sisältöön voidaan kylläkin samasta syystä nojautua, sillä niistä tuomarin tulisi olla tietoinen.

Kyselyvelvollisuuden sisältö riippuu laajemmasta tapauskohtaisesta harkinnasta kuin vaikkapa tutkinnan kohteena olevien kysymysten väitteenvaraisuus, joka kiinnittyy po. oikeusongelman normatiiviseen arviointiin. Arviointiin vaikuttavat näkökohdat ovat lukuisampia. Sama vertailu soveltuu vetoamisvelvoitteiden

---

[275] Vastapuolella olisi nyt intressi luopumisen kirjaamisesta, mihin kylläkin voi liittyä ongelmia psykologisessa mielessä. Jos asianosainen ryhtyisi vaatimaan vastapuolen luopumis-/myöntämistahdonilmaisujen kirjaamista, tämä saattaisi joissakin tapauksissa houkutella vetäytymään näistä lausumistaan.

[276] Lienee sinänsä avoin kysymys, edellyttäisikö prekluusion estyminen kyselyvelvollisuuden laiminlyöntiä sellaisten prosessuaalisesti tahdonvaltaisten faktaperusteiden kohdalla, joiden suhteen tuomioistuimella on erityistä virallisvastuuta. Tällaisten faktaperusteiden asemaan ei ole otettu tässä suhteessa kantaa ainakaan oikeuskäytännössä tai lainsäädännössä. Vastaus tähän ongelmaan saattaisi riippua suojeluintressin vahvuudesta.

tarkemman sisällön määrittelyyn. Vetoamisvelvoitteiden sisällön hahmottaminen taas nojautuu muun muassa puolin ja toisin esitettyihin lausumiin, aineellisiin normitunnusmerkistöihin ja perinteisiin oikeusongelmien jäsentelyihin.

Kyselyvelvoitteiden sisältöön vaikuttavia näkökohtia ovat ainakin (i) molempien asianosaistahojen siihenastiset lausumat (sekä fakta- että oikeudelliset lausumat), (ii) aineellisten oikeusnormien sisältö, (iii) se mitä tiedetään jutun faktaolosuhteista (kuten todistusaineisto ja mitä siitä on tuotu asianosaisten lausumien kautta ennalta esille) ja (iv) sellaiset ”prosessuaaliset” näkökohdat kuin missä oikeudenkäynnin vaiheessa aihe kyselytoimeen huomataan tai kyselytoimen perustava asianosaislausuma esitetään.[277]

Kun asianosaisen olisi huomattavan vaikea esittää selvitystä tai varautua etukäteen selvityksen esittämiseen näistä olosuhteista, tämän tulisi vaikuttaa kyselyvelvoitteiden laiminlyöntiä koskevan näytön arviointiin. Näkemykseni mukaan asianosaiselle ei voida asettaa varsinaista todistustaakkaa laiminlyöntien suhteen.

5.6.7 Muista prekluusion tyypillisesti estävistä perusteista[278]

(1.) Mahdottomuus tietää tosiasiasta tai todisteesta riittävän ajoissa

Mahdottomuus tietää tosiseikasta tai todisteesta on normatiivisesti vahva peruste prekluusiota vastaan. Prekluusio ei tule kyseeseen, jos asianosainen ei todella ole voinut saada jostakin asiasta tietää. Näytön hankkiminen asiasta on kuitenkin helpompaa asianosaiselle itselleen kuin tuomioistuimelle. Tarkasteltavina kun ovat aineellisen oikeussuhteen sisältöön liittyvät asiantilat ja niitä koskeva todistelu. Yleisesti ottaen asianosaiselle voidaan siksi asettaa näyttötaakka siitä, kuinka hyvin tai huonosti hän olisi voinut täyttää selonottovelvollisuutensa.[279] Todennäköisyysnäyttö selonoton mahdottomuudesta toisin sanoen riittäisi päteväksi aiheeksi.

Näyttökynnystä saattaisi kuitenkin olla perusteltua tarkastella joustavasti. Mikäli jostakin erityisestä syystä ilmenee aihetta epäillä, että vetoaminen olisi ollut täysin mahdotonta, ei tästä ehkä olisi perusteltua edellyttää tavanomaisen vahvuista näyttöä. Näkemystä puoltaa se, että epävarmuus kohdistuisi nyt prekluusion perusedellytykseen eli siihen, voidaanko asianosaisen menettelyn huolellisuutta edes ryhtyä arvioimaan.

Toisinaan mahdottomuus saatetaan päätellä melkoisella varmuudella tuomioistuimen tiedossa olevien olosuhteiden perusteella. Jos tärkeät asiakirjat ovat olleet riidatta vastapuolen hallussa, saatetaan kenties pitää melko varma-

---

[277] Ks. jäljempänä kootusti jaksoa 8.7.1.

[278] Tyyppitilanteiden numerointi (1–10) on tässä luvussa sama kuin edellä luvussa 5.4.3.

[279] Samasta syystä näytön hankkiminen kuuluu lähtökohtaisesti uuteen aineistoon vetoavan asianosaisen eikä tuomioistuimen tehtäviin.

na asianosaisen tietämättömyyttä ainakin asiakirjojen täsmällisestä sisällöstä, joskus jopa niiden olemassaolosta ylipäänsä. Jos todistaja on asianosaiselle ennalta tuntematon, saatetaan ehkä päätellä, ettei asianosainen ole voinut tuntea todistajan määrättyä asiaa koskevaa tietämystä. Näissä tilanteissa voidaan ehkä puhua olosuhteista, jotka synnyttävät olettaman siitä, ettei asianosainen olisi voinut tietää vaihtoehtoisen vetoamisperusteen muodostavista faktoista tai vaihtoehtoisista todistuskeinoista.

(2.) Ns. jälkisattumus

Jos asiaintila syntyy tai ilmenee vasta määräajan jälkeen, on itsestään selvää, ettei asianosainen ole voinut asiaintilaan vedota eikä siis laiminlyödä vetoamisvelvoitettaan. Miten näyttövelvollisuus on järkevää jakaa, riippuu siitä millaisista asiaintiloista on kyse.

Useimmiten asianosaisen, joka vetoaa uuteen aineistoon, on helpompi hankkia selvitystä vedottujen tapahtumien ajankohdasta kuin tuomioistuimen, koskapa kyseessä ovat oikeudenkäynnin ulkopuolelle jääneet asiat. Vetoamisvelvollisella lienee lisäksi vastapuoleen verrattuna helpommin jo intuition pohjalta syy varautua näytön esittämiseen.

Aina ei näin kuitenkaan ole. Jos toisen hallussa oleva omaisuus on tuhoutunut tai vahingoittunut, useimmiten vain omaisuuden haltijalle voidaan kohtuudella asettaa näyttövelvollisuus tuhoutumisen tai vahingoittumisen ajankohdasta. Haltijan on ymmärrettävästi helpointa esittää näyttöä omaisuuden kunnosta, samoin kuin mahdollisen vahingoittumisen ajankohdasta. Vaatimuksen esittäjälle näytön esittäminen sitä vastoin saattaisi olla täysin mahdotontakin. Siksi näyttövelvollisuus on syytä asettaa ensiksi mainitulle, joka tässä tapauksessa olisi uuteen aineistoon vetoavan vastapuoli. Sääntö voisi soveltua vaikkapa kysymykseen irtisanomisriidan kohteena olevan asunnon kunnosta tai vahinkoihin, joita on aiheutunut yhden perillisen hallintavallassa olevalle omaisuudelle.

> Vrt. ekskulpaatiota koskeva näyttövelvollisuus silloin, kun sopimuskumppanin hallussa ollut omaisuus on vaurioitunut. Sopimuskumppanilla, jonka haltuun omaisuus on luovutettu, on näyttövelvollisuus tuottamuksen puuttumisesta (ns. ekskulpaatio) melko kattavasti eri tilanteissa.[280]

Sopimussuhteen aikaisten olosuhdemuutosten ajankohdasta lienee lähtökohtaisesti näyttövelvollisuus sillä, joka vetoaa olosuhdemuutokseen uutena tosiseikkana. Poikkeukset saattavat olla tapauskohtaisesti perusteltuja ainakin silloin kun po. olosuhteet ovat paremmin vastapuolen tiedossa.[281]

---

[280] Ks. *Halila* 1955 s. 272–281; ks. myös *Hemmo* 1994 s. 121.

[281] Vastaavaan tapaan jakautunee yksityisoikeudellisia olosuhdemuutoksia koskeva näyttövelvollisuus.

(3.) Tuomioistuimen kieltäytyminen ottamasta vastaan todistetta tai tosiasiaväitettä

Tuomioistuimen kieltäytyminen ottamasta vastaan asianosaisen tarjoamaa todistetta on sellainen prosessinsisäinen olosuhde, josta tuomioistuimen tulisi olla perillä viran puolesta. Varsinkin kun kieltäytyminen on sallittua vain erityisin syin.[282] Jos asianosainen väittää vetoamisen viivästyneen siksi, että tuomioistuin kieltäytyi todisteen tai tosiasiaväitteen vastaanottamisesta, ratkaisua ei voitane hyväksyttävästi perustaa uuteen aineistoon vetoavan todistustaakkaan. Koska tilanteet lienevät verrattain harvinaisia, sellaiseen ei tosin olisi tarvettakaan. Ainakin teoreettisessa mielessä taakka lienee päinvastoin asetettava tuomioistuimelle.

Käytännön näkökulmasta ongelmana on yleinen vaikeus esittää tällaisesta väitteestä näyttöä kumpaankaan suuntaan. Tuomioistuimella olisi kylläkin ilman muuta velvollisuus tehdä kieltäytymisistä merkintä ainakin asianomaiseen pöytäkirjaan. Aina näin ei kuitenkaan voida uskoa tapahtuvan. Tosiasiaväitteitä puolestaan ei olisi edes lupa torjua, joten ei ole luultavaa, että mahdollisesta torjumisesta tehtäisiin merkintöjä. Käytännössä merkinnän puuttuminen aiheuttanee olettaman asianosaisen tarjoaman selityksen paikkansa pitämättömyydestä, mikä jo alkuvaiheessaan siirtää aktuaalisen näyttövelvollisuuden uuteen aineistoon vetoavalle. Lisäksi tehtävästä uhkaa muodostua verrattain vaikea. Helpotuksena on ainoastaan se, että edes todennäköisyysnäyttöä ei nyt vaadittaisi, vaan ns. näyttöenemmyys riittäisi estämään prekluusion.

Väitteen perustavuudesta johtuen muutoksenhaussa tuomioistuimelle syntynee kuitenkin selonottovelvollisuus, minkä johdosta sen tulisi tiedustella jutun ratkaisseen oikeusasteen näkemystä asianosaisen väitteeseen.[283]

Kuten aiemmin on todettu, kieltäytymisen alkuperäinen oikeutus tai virheellisyys ei vaikuta prekluusioharkintaan. Tosiasiallinen kieltäytyminen muodostaa sellaisenaan prekluusion estävän perusteen.[284]

(4.) Kieltoa lievempi tuomarin ohjeistus

Kieltoa lievempää tuomioistuimen kannanottoa jonkin todisteen esittämistä vastaan tai näkemystä jonkin asiaintilan vaikutuksettomuudesta pidettiin edellä vahvana argumenttina prekluusiovaikutusta vastaan. Selvityksen hankkiminen tällaisista suosituksen luonteisista ohjeista saattaa kuitenkin olla vaikeaa sekä asianosaiselle että tuomioistuimelle. Prosessin aikaisia tapahtumia kuten tuo-

[282] Lähinnä kieltäytyminen voisi perustua siihen, että todistetta pidetään asiaan vaikutuksettomana (OK 17:7).
[283] Vrt. myös KKO 1997:90.
[284] Ks. edellä jakso 5.4.3, s. 195–196 (kohta 3).

marin ohjeita asianosaisille ei merkitä esimerkiksi pöytäkirjaan.[285]

Näytön saatavuutta koskeva ongelma on kaikin puolin vakava. Saman oikeusasteen sisällä tuomioistuimen tosin tulisi olla tietoinen antamistaan ohjeista mutta asianosaisen on hyvin vaikeaa riitauttaa tuomarin näkemystä asiasta. Muutoksenhaun yhteydessä esitetty väite alemman instanssin ohjeistuksesta voinee aiheuttaa muutoksenhakuinstanssille velvollisuuden selvittää asiaa alemmasta instanssista, sillä tätä kautta asiaan saatetaan ainakin toivoa saatavan jonkinlaista valaistusta.

Todistustaakkaa ei voitane soveltaa instanssin sisäisesti, eikä sellaiseen olisi tarvettakaan. Muutoksenhaussa todistustaakkaan sitä vastoin lienee mahdollista turvautua, jolloin asianosaisen olisi osoitettava ohjeistusta koskeva väitteensä todeksi. Muussa tapauksessa selitykseen turvautuminen saattaisi muodostua liian helpoksi. Näyttövaatimusta lienee kylläkin syytä lieventää tapauskohtaisesti näytön hankintaan liittyvien vaikeuksien takia.

(5.) Tarve vedota vaihtoehtoiseen perusteeseen aiheutuu siitä, että vastapuolen sallitaan vedota uuteen tosiseikkaan tai todisteeseen

Jos vastapuolen uusi vetoamislausuma aiheuttaa tarpeen vedota vaihtoehtoiseen seikkaan tai todisteeseen, prekluusion kannalta relevantit asiaintilat ovat osittain prosessinsisäisiä. Prosessinsisäistä tietoa on ensinnäkin se, millaisiin seikkoihin tai todisteisiin (ja millä perusteella) vastapuolen on sallittu vedota.

Periaatteessa tuomioistuimen velvollisuus tuntea määräajan päätyttyä sallitut vetoamiset (sallimiseen liittyvine prosessuaalisine olosuhteineen) ulottuu myös muutoksenhakuun, missä yhteydessä kysymys käytännössä saattaa konkretisoitua. Asianosaisen velvollisuus hankkia näyttöä näistä olosuhteista voidaan siksi kyseenalaistaa, samoin kuin epävarmuusriskin kohdentaminen asianosaiselle. Nähdäkseni asianosaiselle ei voida asettaa todistustaakkaa vastapuolen lausumien sisällöstä tai edes ajankohdasta, mikä merkitsee käytännössä, ettei asiasta voida edellyttää todennäköisyys-tason näyttöä.

Aiheutuiko uudesta lausumasta tarve vedota vaihtoehtoiseen perusteeseen, riippuu osittain prosessinulkoisistakin olosuhteista. Aiemmin kerrotulla tavoin arvioon vaikuttavia kysymyksiä ovat ensinnä se, (i) kuinka uusi lausuma vaikuttaa vedotun perusteen menestymisen ennusteeseen ja toisaalta se, (ii) olisiko vaihtoehtoiseen perusteeseen kaikesta huolimatta pitänyt vedota määräajan puitteissa.[286] Vastattaessa viimeksi mainittuun kysymykseen joudutaan vertaamaan toisiinsa vaihtoehtoisia perusteita ja niiden hypoteettisia menestymisen mahdollisuuksia. Arviointi nojautuu ennen määräajan päättymistä vallinneisiin olosuhteisiin eli sen ajankohdan mukaiseen tilanteeseen, jolloin vetoaminen olisi pitänyt suorittaa.

---

[285] Ks. edellä jaksoa 5.5.3 (s. 233–236).
[286] Ks. edellä luku 5.4.3 s. 198–199 (kohta 5).

Vaikka näihin kysymyksiin vastaaminen saattaa edellyttää osittain prosessinulkoisia olosuhteita koskevaa tietämystä, yleisesti ottaen asianosainen ei ole sen paremmassa asemassa selvityksen esittämiseen kuin tuomioistuin. Lisäksi nämä hypoteettisten tapahtumien ennustamista ja vertailua sisältävät kysymykset ovat hyvin arvostuksenvaraisia.

> Saattoiko asianosainen ennakoida vastapuolensa pätevän aiheen, voi olla enemmänkin prosessinulkoisista olosuhteista riippuva asia. Se voidaan kuitenkin normatiivisesti rajata tarkastelun ulkopuolelle katsomalla, ettei vastapuolen pätevää aihetta tarvitse ennakoida.

Yhdenvertaisuusargumentti puoltaa prosessitaloudellisten näkökohtien (vertailun ja ennusteiden) asianosaisystävällistä tulkintaa, samoin näyttövaatimuksen lieventämistä. Viimeksi mainittua perustelee lisäksi pakko nojautua epävarmoihin hypoteeseihin (ks. myös seuraava kohta 6).

(6.) Vetoamatta olevan väittämän tutkiminen (tai todisteen hankkiminen) viran puolesta ja tästä aiheutuva tarve uuteen lausumaan

Silloin, kun vaihtoehtoinen vetoamistoimi tulee aiheelliseksi viran puolesta tutkitun seikan tai hankitun todisteen johdosta, tilanne on hyvin samankaltainen kuin edellä. Prekluusion soveltamisen kannalta relevantit tosiseikat liittyvät (i) uuden aineiston tutkittavaksi tulemiseen ja (ii) tästä aiheutuvaan tarpeeseen vedota vaihtoehtoisiin faktaperusteisiin tai todisteisiin.

Oikeusasteen sisäisesti tuomioistuimen on oltava tietoinen prosessin kulusta ja eri vaiheissa tehdyistä vetoamistoimista. Näitä koskeva tutkimisvelvollisuus ulottuu muutoksenhakuinstanssiin asti. Kun tutkimismahdollisuudet käytännössä jäävät hyvin rajallisiksi, on tämä seikka otettava huomioon tarkasteltaessa sitä, millä tavoin epävarmuusriski voidaan hyväksyttävästi jakaa. Nähdäkseni näyttövelvollisuus tulisikin asettaa tuomioistuimelle, vaikka sen käytännön merkitys on rajallinen.

Kun virallistutkinta (samoin kuin vastapuolen uuden vetoamistoimen salliminen) merkitsee tietynlaista epäsuhtaa prosessuaalisessa tasapuolisuudessa (tai vaaraa sellaisesta), saatetaan perustella näkemystä, jonka mukaan prosessitaloudellisia näkökohtia ei pitäisi arvioida kovin ankarasti.[287] Normatiivisessa arvioinnissa mahdollisuutta vedota uuteen aineistoon on näissä tapauksissa perusteltu nimenomaan prosessuaalisella yhdenvertaisuudella.[288]

---

[287] Jälkimmäinen kriteeri edellyttää lisäksi nojautumista hypoteettisten vaihtoehtojen vertailuun ja näiden arviointia. (kuten 5)

[288] Vrt. *Jokela* (2004 s. 41) tilanteesta, jossa vastapuolen on sallittu vedota uuteen todisteeseen. Ks. myös *Lindell* (1993 s. 308, 309–310), jossa korostetaan voimakkaasti vastavuoroisuuden vaatimusta prekluusion soveltamista rajoittavana näkökohtana.

Edellä on katsottu, ettei virallistutkintaisen seikan määräajan jälkeistä esille tulemista tarvitse ennakoida (ks. 5.4.3, s. 199–200, kohta 6).

(7.) Vetoaminen uuteen aineistoon on tarpeen muuttuneen oikeuskäytännön johdosta

Muuttuneen oikeuskäytännön aiheuttama vetoamistarve sisältää edellä (kohdissa 5 ja 6) käsiteltyjen perusteiden tavoin kaksiosaisen tunnusmerkistön. Oikeuskäytännön sisältö ja siinä tapahtuneet muutokset ovat täysin suvereenissa mielessä tuomioistuimen vastuulla. Siksi asianosaisen näyttövelvollisuus ei sovellu tähän osioon.

Aiheutuuko muuttuneesta oikeuskäytännöstä tarve uusiin vetoamisperusteisiin, on puolestaan hyvin monitahoinen ongelma. Kysymyksen arviointiin vaikuttavista faktaolosuhteista voidaan kenties jonkinlainen näyttövelvollisuus asettaa. Arviointi saattaa kuitenkin riippua monista varsin arvostuksenvaraisista edellytyksistä. Lisäksi saatetaan joutua vaihtoehtoisten perusteiden perusteltuja menestysodotuksia koskevien hypoteesien vertailuihin, mikä sekään ei ole näyttöongelmana kaikkein tyypillisin. Viime kädessä on usein kyse asianosaisen valintojen prosessitaloudellisesta hyväksyttävyydestä.[289]

Mistään tyypillisestä näyttöongelmasta ei siis ole kysymys. Keskeisen faktakysymyksen muodostaa esimerkiksi se, missä määrin perusteen oikeudellinen relevanssi on vahvistunut tai heikentynyt. Myös muut faktat ovat arvostuksenvaraisia kuten se, mikä oikeudellinen merkitys annetaan oletetuille kustannuksille, ajankäytölle tai vaihtoehtoiseen perusteeseen liitettävissä olevan voittoennusteen paremmuudelle tai huonommuudelle verrattuna vedotun perusteen ennusteeseen.

Lisäksi keskeistä faktapohjaa ovat voittoennusteet ja oletukset eri vetoamislausumien aiheuttamasta ajankäytöstä tai taloudellisista kustannuksista. Näiltä osin joudutaan siis nojautumaan hypoteettisiin päätelmiin. Puhtaat faktaongelmat puolestaan jäävät vähäiseen rooliin ratkaisuun vaikuttavien näkökohtien joukossa (tai ne ovat selvillä).

Varsinaista pulaa faktatietämyksestä ei useimmiten ole. Arvio oikeudellisten muutosten aiheuttamista uusista vetoamistarpeista voidaan nojata tutkittavana olevan oikeusriidan jo tiedossa oleviin faktaolosuhteisiin eli asiassa puolin ja toisin esitettyyn ja muutoin riita-asiasta tiedettyyn. Erityisesti saatetaan tukeutua siihen, mitä tiedetään aineellisesta oikeussuhteesta ja prosessinaikaisista vetoamislausumista.

---

[289] Ks. edellä 5.4.3, s. 201–202 (kohta 7).

(8.) Hyväksyttävä tietämättömyys asiaintilan tai todisteen olemassaolosta

Asianosaisen hyväksyttävä tietämättömyys määrätystä tosiseikasta tai todisteesta sisältää sekin kaksi pääasiallista edellytystä. Asianosaisen on pitänyt olla tosiasiassa tietämätön tosiseikan tai todisteen olemassaolosta. Lisäksi hänen ei ole edes pitänyt olla siitä tietoinen määräajan puitteissa vallinneissa olosuhteissa.[290]

Tietämättömyyttä jostakin osapuolten väliseen oikeussuhteeseen liittyvästä asiaintilasta tai hankittavissa olevan näytön sisällöstä ei voida yleensä saada selville yksinomaan oikeudenkäynnin aikana esille tulevan aineiston perusteella. Niinpä sen päätteleminen, mitä asianosainen tiesi määräajan puitteissa, riippuu olennaisesti prosessinulkoisista olosuhteista, joista uuteen aineistoon vetoava kykenee parhaiten esittämään selvitystä. Joissakin tapauksissa tietämättömyys saattaa kylläkin olla ilmeistä asiaan osallisten lausumien tai oikeudenkäynnin aikana selvitettyjen, pääasiaan liittyvien faktojen pohjalta.

Edellä sanottu koskee ehkä vielä enemmän selonottovelvollisuuden täyttymisen arviointia. Ratkaisevaa on nimittäin se, mitä asianosainen on tehnyt selvittääkseen käytettävissä olevia vetoamisperusteita, todistajia tai todistajien asiaa koskevaa tietämystä. Tai onko vastapuoli, todistaja tai jokin muu taho antanut virheellistä tietoa.

Hyväksyttävä tietämättömyys tosiasioista tai todisteista poikkeaa tässä suhteessa olennaisesti edellä käsitellyistä perusteista. Tätä aiheen pätevyysperustetta koskevan näytön hankkiminen on useimmiten helpompaa asianosaiselle itselleen. Tuomioistuimelle tai vastapuolelle selvityksen hankkiminen on useimmiten vaikeaa tai mahdotonta. Todistustaakan asettaminen asianosaiselle on siksi paitsi mahdollista myös perusteltua.

(9.) Hyväksyttävä tietämättömyys asiaintilan tai todisteen merkityksestä

Hyväksyttävä tietämättömyys tosiseikan tai todisteen merkityksestä on vastaavalla tavoin kaksiosainen edellytys. Kysymyksenä on nyt, tiesikö asianosainen tai olisiko hänen pitänyt tietää faktaperusteen oikeudellisesta merkityksestä tai todisteen merkityksestä näyttönä.

Ensiksi mainitun kriteerin toteutumisesta on vaikeaa esittää näyttöä kumpaankaan suuntaan, ellei sellaisena pidetä sitä näkökohtaa, että vetoaminen on jäänyt suorittamatta. Tosiasiallinen tietämättömyys saatetaan kuitenkin perustaa olettamukseen, sillä useimmiten asianosaiset kyllä vetoavat kaikkiin vaikutuksellisiin perusteisiin. Ja pääsääntöisesti he myös pyrkinevät hankkimaan vaikutuksellisena pitämänsä näytön, jos sellaista vain on saatavissa.

[290] Ks. edellä 5.4.3, s. 202–204 (kohta 8).

Tietämättömyyden hyväksyttävyyden arvioinnissa on faktaperusteiden osalta ongelmana se, pitikö asianosaisen arvata tuntemiensa faktojen oikeudellinen merkitys. Asiaa arvioidaan ennen määräajan päättymistä vallinneiden olosuhteiden pohjalta.

Arviointi nojautuu enimmäkseen prosessinsisäisiin olosuhteisiin. Näitä ovat tiedossa oleva näyttötilanne ja oikeusriidan sisältö, mihin puolestaan vaikuttavat osapuolten vetoamislausumat. Samoin se, onko oikeusriitaa ylipäänsä pidettävä yksinkertaisena vai hyvinkin laajana tai vaikeana.[291] Ymmärrettävästi asiaan vaikuttaa myös oikeusnormien sisältö, joka tosin on näyttövelvollisuuden ulkopuolella.

Arviointi saattaa kuitenkin edellyttää tietoa oikeudenkäynnissä muutoin esille tulemattomista asiaintiloista. Aineellisen oikeussuhteen sisältöön vaikuttaneet asiaintilat tai sellainen tietämys todisteista, joka ei ole tullut esiin, saattaisi tarjota asianosaisen tietämättömyydelle hyväksyttäviä selityksiä. Asianosainen on saattanut esimerkiksi perustellusti luulla joidenkin esille tuomattomien faktojen kaatavan vaihtoehtoisen vetoamisperusteen.

Todisteiden osalta tietämättömyyden hyväksyttävyys nojautuu pitkälti samantapaiseen aineistoon. Normitiedon sijasta asianosaisen on pitänyt osata ennakoida tarvittava todistusaineisto.

Oikeudellisesti kynnys vastuusta vapautumiseen on tahdottu pitää korkeana, mikä perustelee osaltaan todistustaakan asettamista asianosaiselle.[292] Huolimatta siitä, että puheena olevat olosuhteet ovat periaatteessa suurelta osin kaikkien yhtä hyvin tai huonosti selvitettävissä ja osin (suvereenissa merkityksessä) tuomioistuimen vastuulla, näyttövelvoitteen asettaminen asianosaiselle ei ole mahdotonta. Sen tulisi kuitenkin rajautua näihin prosessinulkoisiin asiaintiloihin.

(10.) Prosessitaloudelliset syyt

Ryhdyttäessä tarkastelemaan asianosaisen vetoamisratkaisujen prosessitaloudellista perusteltavuutta lähtötilanne on sama kuin edellä. Asianosainen on arvioinut väärin seikan tai todisteen merkityksen asiassa. Nyt kysytään, onko hyväksyttävänä syynä jokin prosessitaloudellinen selitys tai voitaisiinko sellainen esittää.

Näkökulma on nyt laajempi, samoin arviointiin vaikuttavien seikkojen piiri on laajempi. Koska lähtökohtana on objektiivinen arvio, ei tarvita tietoa asianosaisen tosiasiallisista motiiveista – ellei niitä suorastaan tiedetä epälojaaleiksi.

Aiemmin selostetulla tavoin arvioinnissa on keskeisesti kyse siitä, millaisia ennusteita vaatimusten menestymisestä valitulla näytöllä tai perusteilla oli ai-

[291] Ks. 5.4.3, s. 205–206 (kohta 9) ja siinä viitattu lähdeaineisto.
[292] Ks. esimerkiksi *Lindell* (1993 s. 312), joka katsoo, että oikeudenkäyntiavustaja voisi vain poikkeuksellisesti vedota hyväksyttävään tietämättömyyteensä.

kanaan tehtävissä. Valintojen hyväksyttävyyteen vaikuttavat lisäksi aineiston tutkimisesta odotettavissa olleet ajankäytölliset ja taloudelliset kustannukset. Lisäksi keskeistä fakta-aineistoa ovat vastapuolen lausumat, näyttötilanne ja aineellisen oikeussuhteen sisältö.

Korostetussa asemassa on kuitenkin ennen kaikkea vaihtoehtoisten faktaperusteiden oletettua relevanssia koskevan lähinnä oikeudellisen arvostelun lopputulos. Oliko faktaperustetta syytä pitää tapaukseen soveltuvana ja lopputuloksen kannalta vaikutuksellisena?[293]

Kun pyrkimyksenä on näyttää toteen hyväksyttävä prosessitaloudellinen peruste, voidaan sanoa ensinnäkin, että faktapohja koostuu jälleen suurelta osin prosessinsisäisistä olosuhteista ja toisaalta oikeudelliseen arviointiin pohjaavasta voittoennusteesta. Niinpä vedotut perusteet ja vastapuolen lausumat ovat jokseenkin yhtäläisesti kaikkien prosessin osanottajien selvitettävissä. Lisäksi tuomioistuimella on periaatteellinen velvollisuus ottaa niistä selvää. Voittoennustetta tuomioistuimen on useimmiten helpompi arvioida myös näytön osalta – tai pikemminkin perustella (vrt. oikeudellisen arvioinnin määräävä rooli).

Silti prosessin ulkopuolelle jääneillä oikeussuhteen faktaolosuhteilla tai todisteilla saattaa olla tärkeä merkitys. Tällaisia voisivat olla esimerkiksi se, kuinka paljon kustannuksia näytön hankkimisesta olisi aiheutunut tai mitä näyttöä vetoamatta jääneen perusteen tueksi oli määräajan puitteissa saatavissa (vrt. uuden perusteen voittoennuste ja kustannukset). Vastaavasti näitä voisivat olla yllättävänä pidettävien tosiasioiden esille tuleminen tai se, että todistaja on muuttanut kertomustaan (vrt. luottamus valittuun perusteeseen tai näyttöön). Näistä prosessinulkoisista olosuhteista tulee näyttötaakka asettaa niihin vetoavalle asianosaiselle.

[293] Ks. 5.4.3, s. 206–208 (kohta 10).

6 Erityisiä suojelutavoitteita sisältävästä yksityisoikeudellisesta sääntelystä

6.1 YLEISTÄ

Ryhdyttäessä tässä ja seuraavissa luvuissa tarkastelemaan lähemmin asianosaisen ja tuomioistuimen yksilöintivelvoitteiden ilmenemistä pakottavan yksityisoikeudellisen sääntelyn kohteena olevissa kysymyksissä on aiheellista ottaa esille kaksi näkökulmaa. Ne ovat yhtäältä sääntelyyn sisältyvät erityiset suojelutavoitteet ja toisaalta juuri sääntelyn pakottavat, yhteisen asianosaistahdon sivuuttavat oikeusvaikutukset.

Näistä suojelutavoitteet ovat näkökulmana primäärisempi, sillä ne ovat ymmärrettävästi peruste pakottavuusvaikutuksille. Pakottavat vaikutukset puolestaan ovat keino, jonka avulla suojan kohteena olevan oikeusaseman turva pyritään toteuttamaan.

Vetoamisvelvoitteiden kannalta kysymys siviilioikeudellisesta tahdonvaltaisuudesta tai pakottavuudesta on kuitenkin kiinnostava, sillä suhtautuminen vetoamisvelvollisuuden ulottuvuuteen on ratkaistu kysymällä, tulisiko ao. faktaperustetta pitää oikeudenkäynnin kannalta tahdonvaltaisena vai pakottavana. Nämä kysymykset ovat toisin sanoen analogisia, vaikkakin niihin on useiden faktaperusteiden osalta vastattu eri tavoin. Kuten on käynyt ilmi, lisäksi jopa vastuu näitä faktaperusteita koskevien väittämien tulosta mukaan oikeudenkäynnin aikana käytävään keskusteluun on käytännössä noudattanut samaa rajalinjaa. Ainakaan missään tehokkaassa merkityksessä vastuuta vetoamisvelvoitteen kohteena olevista faktaperusteista ei ole voitu siirtää tuomioistuimelle, eikä sellaista juuri ole edes ehdotettu prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa.[1]

Toisaalta yksityisoikeudellinen pakottavuus on oikeusasemien turvaamisen keinona hyvin keskeinen. Täysin ylivoimainen osa ns. sosiaaliseen siviilioikeuteen luettavasta sääntelystä sisältää pakottavia vaikutuksia. Niitä on myös esimerkiksi oikeustoimilain yleisillä pätemättömyys- ja kohtuullistamissäännöksillä.

Seuraavassa yleistä pätemättömyys- ja kohtuullistamissääntelyä verrataan muuhun sosiaaliseen siviilioikeudelliseen sääntelyyn, toisin sanoen sääntelyyn, joka pyrkii erityisellä tavoin suojaamaan heikommaksi katsotun sopijapuolen oikeusasemaa. Säännökset poikkeavat hieman toisistaan pakottavien vaikutustensa osalta. Luvun alkupuolella analysoidaankin lyhyesti säännösten pakotta-

[1] Viimeksi sanotusta tarkemmin jäljempänä luvussa 8.

via vaikutuksia niiden laadun ja ilmenemismuodon suhteen. Pyrkimyksenä on taustoittaa kysymystä suojelusäännöksiin perustuvien oikeuksien prosessuaalisista vaikutuksista.

Sääntelyn pakottavuusvaikutuksilla on toisaalta muutakin käyttöä: pakottavuusominaisuus auttaa erityisiä suojelutavoitteita sisältävän sääntelyn tunnistamistehtävässä. Pakottavien vaikutusten laatu (vrt. astevaihtelut) kertoo toisaalta omalta osaltaan ainakin jotakin suojeluintressien vahvuudesta.

6.2 PAKOTTAVASTA SÄÄNTELYSTÄ

6.2.1 Mitä sääntelyn pakottavuudella tarkoitetaan?

Jaottelua pakottaviin ja tahdonvaltaisiin normeihin pidetään sopimusoikeudessa keskeisimpiin kuuluvana erotteluna. Pakottavuudella sanotaan tarkoitettavan sitä, että normin vastainen sopimusehto katsotaan mitättömäksi.[2] Sopimusehdon sijasta noudatetaan tällöin lain tai muiden oikeuslähteiden sisältämää oikeusohjetta. Tahdonvaltainen oikeus sitä vastoin ei voi syrjäyttää osapuolten sopimusta, vaan asianosaiset päinvastoin voivat tehdä pätevän sopimuksen, joka poikkeaa tahdonvaltaisen oikeuden sisällöstä.[3]

Säännökset eivät ymmärrettävästi noudata jaottelua täysin puhdaspiirteisesti, vaan varsinkin pakottavien säännösten sisällä esiintyy muun muassa suojatun tahon vetoamisvelvollisuuteen ja pätemättömyyden korjaantumiskelpoisuuteen liittyviä astevaihteluita. Siksi saatetaan puhua hieman laajemmassa merkityksessä *pakottavia vaikutuksia sisältävästä* sääntelystä.[4]

Erottelun taustalle voidaan ajatella sopimusvapauden määritelmä, jonka mukaan sopimuksen sitovuus ja sisältö tulee perustaa osapuolten vapaiden tahdonilmaisujen pohjalle. Normeja, jotka eri tavoin sääntelevät sitä, missä laajuudessa osapuolet ovat oikeutettuja tekemään sopimuksia, kutsutaan pakottaviksi normeiksi.[5]

Periaatteessa pakottavat vaikutukset ulottuvat sisältövapauden lisäksi muihinkin sopimusvapauden ulottuvuuksiin kuten päätäntävapauteen, sopimuskumppanin valintaan, muotovapauteen ja sopimuksen purkamisvapauteen. Seuraavassa mielenkiinto kohdistuu nimenomaan sisältövapautta koskeviin oikeusvaikutuksiin. Näistä keskeisimmät liittyvät yhtäältä osapuolten yhtei-

---

[2] Ks. *Hemmo* 2003a s. 41; *Wilhelmsson* (EIF I s. 778) puhuu pätemättömyydestä.
[3] *Hemmo* 2003a s. 41.
[4] Puhutaan myös tahdonvaltaisen sääntelyn ”puolipakottavasta” vaikutuksesta. Tämä vaikutus liittyy kuitenkin mm. pakottavuusvaikutuksia omaavan oikeustoimilain 36 §:n tulkintaan. Kyse on siitä, että tahdonvaltainen sääntely voi saada merkitystä mittapuuna, kun arvioidaan sopimusehtojen kohtuullisuutta Ks. *Grönfors – Dotevall* 2010 s. 285 tai *Hemmo* 2003b s. 60.
[5] Ks. *Telaranta* 1990 s. 5.

sen sopimustahdon mukaisten ehtojen pätevyyteen ja toisaalta suojatun tahon oikeuteen luopua hänelle varatusta oikeussuojasta.

6.2.2 Kuinka pakottava sääntely tunnistetaan?

Pakottavan sääntelyn tunnistaminen ei yleensä tuota suuria pulmia. Useimmiten säännöksen pakottavuus ilmaistaan lakitekstissä. Esimerkiksi saatavien perinnästä annetun lain 2 §:n mukaan lain säännöksistä ei saa poiketa velallisen vahingoksi. Huoneenvuokralain 52.4 §:n mukaan ehto, jolla vuokranantajan irtisanomisaikaa lyhennetään tai vuokralaisen irtisanomisaikaa pidennetään, on mitätön. Niinpä on sanottu, että pakottavuutta koskevan maininnan puuttuessa säännöksen voidaan yleensä olettaa olevan tahdonvaltainen.[6] Aina näin ei siis kuitenkaan ole.[7] Ja on syytä huomata, että myös kirjoittamattoman oikeuden katsotaan voivan olla pakottavaa.[8]

Poikkeuksen muodostavat kylläkin juuri oikeustoimilain pätemättömyys- ja kohtuullistamisperusteet (OikTL 28–33, 36), joiden pakottavista vaikutuksista laissa ei nimenomaisesti mainita. Kuitenkin niillä katsotaan vakiintuneesti olevan pakottavia, yhteisen asianosaistahdon sivuuttavia vaikutuksia.[9]

> Usein ne myös terminologisesti sisällytetään pakottaviin säännöksiin kuuluviksi. Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa on tosin ollut yleisempää kutsua pakottaviksi ainoastaan siviilioikeudellisessa mielessä ns. absoluuttisesti pakottavia säännöksiä.[10] Niille on ominaista (säännöksen vastaisuudesta johtuvan pätemättömyyden) siviilioikeudellinen korjaantumattomuus ja seuraamustasolla pätemättömyyden itsestäänvaikuttavuus. Oikeusseuraamuksena mainitaan toisinaan mitättömyys.[11]
>
> Tällöin pätemättömyys- ja kohtuullistamisperusteet jäisivät termin ulkopuolelle. Seuraavassa siis oikeustoimilain kohtuullistamis- ja pätemättömyyssäännökset rinnastetaan pakottavaan sääntelyyn niiden pakottavuusvaikutusten takia.

Pakottavuusvaikutukset ovat käytännölliseltä kannalta välttämättömiä pätemättömyys- ja kohtuullistamissääntelyn suojatavoitteiden toteutumisen näkökulmasta. Jos vaikkapa oikeustoimilain 36 §:n sivuuttamisesta voitaisiin sopia

---

[6] Ks. *Rodhe* 1986 s. 29.

[7] *Taxellin* (1972 s. 52) mukaan heikomman suojaamisen tarkoitus voi epävarmoissa tapauksissa aiheuttaa olettaman pakottavuudesta.

[8] Ks. *Grönfors* 1966 s. 211.

[9] Ks. *Grönfors* 1966 s. 210, joka pitää osaa Ruotsin oikeustoimilain pätemättömyysperusteista luonteeltaan pakottavina. Ks. myös *Ämmälä* (1993 s. 154), joka mainitsee oikeustoimilain yleiset pätemättömyys- ja kohtuullistamisperusteet ”osittain pakottavina”.

[10] Ks. esimerkiksi *Pöyhönen*, EIF I s. 750, joka mainitsee, että sopimuksen sovittelu merkitsee ”pakottavan lainsäädännön ohella” toista tapaa rajoittaa sopimusten sitovuutta.

[11] Vrt. edellä ensiksi mainittua määritelmää. *Hemmo* 2003a s. 41.

etukäteen, suojelutavoite voitaisiin sopimusta tehtäessä helposti kiertää. Käytännössä siis oikeussuhteen vahvempi osapuoli voisi käyttää tosiasiallista vaikutusvaltaansa syrjäyttääkseen kohtuullistamissuojan. Sama koskee pätemättömyysperusteita. Ja olisi ehkä jollakin tavoin voimakkaasti ristiriitaista, jos vieläpä tahdonmuodostuksen puutteita koskeva sääntely voitaisiin syrjäyttää sellaisiin tahdonilmaisuihin nojautuen, joiden sisältö aiheuttaisi jo lähtökohtaisesti tointen täyteen vapaaehtoisuuteen liittyviä epäilyksiä. Näin voisi olla, jos vaikkapa toinen osapuolista ilmoittaisi luopuvansa jatkossa vetoamasta esimerkiksi pakon, kiskomisen tai petoksen aiheuttamaan pätemättömyyteen.

6.2.3 Vahingonkorvauslain eräiden vastuusäännösten pakottavuusvaikutukset?

Vaikka erottelu tahdonvaltaiseen ja pakottavaan sääntelyyn on sopimusoikeudellinen, kysymyksen merkitys ulottuu ymmärrettävästi myös suoraan lakiin perustuviin velvoitteisiin ja oikeuksiin. Myös niiden osalta on ratkaistava, voitaisiinko niistä määrätä sopimuksin. Niinpä erottelu on jälleen relevantti, kun puhutaan asianosaisen lakiperusteista vahingonkorvausvastuuta koskevista sopimuksista, kuten vastuuta rajoittavista tai laajentavista lausekkeista.[12]

Esimerkiksi vahingonkorvauslaissa säädetään työntekijän tai virkamiehen vastuuta laajentava ehto tai virkasäännön määräys mitättömäksi (VahL 7:1 vrt. VahL 4:1–3). Pakottava on näin ollen myös säännös korvausvastuun kanavoinnista (VahL 3:1), jonka mukaan työnantaja vastaa työssä aiheutetusta vahingosta suhteessa vahingonkärsijään.

> Vastaavasti työntekijän työnantajalle aiheuttamaan vahinkoon sovelletaan VahL 4:1:ssä mainittuja periaatteita, joiden mukaan työntekijän on korvattava kohtuulliseksi arvioitava määrä. Jos työntekijän viaksi jäävä tuottamus on lievä, ei korvausvelvollisuutta ole tuomittava. (TSL 51 §)

Tähän nähden vaikuttaa yllättävältä, ettei pakottavuus sitä vastoin ulotu suoraan lakitekstin nojalla asevelvolliseen (VahL 4:2.2) tai julkisyhteisön luottamushenkilöön (VahL 4:2.4), joiden korvausvelvollisuuteen kylläkin sovelletaan samoja VahL 4:1:n määräyksiä. Tämä ei voi johtua ainakaan siitä, että asevelvollinen olisi työntekijään nähden vahvemmasta neuvotteluasemassa ajatellen korvauksista sopimista. Niinpä myös nämä säännökset lienee katsottava osittain pakottaviksi.

Mutta voitaisiinko sopimuksella syrjäyttää vahingonkorvauksen yleinen kohtuullistamissäännös? Vahingonkorvauslain yleisenä lähtökohtana on sään-

[12] Ks. myös *Rodhe* 1986 s. 33.

nösten tahdonvaltaisuus. Hallituksen esityksessä lain soveltamisalan määrittelyn mainitaan osoittavan, että vahingon korvaamisesta ”voidaan yleensä sopia lain säännöksistä poikkeavasti”.[13] Sitä ei kylläkään kerrota, olisivatko vahingonkorvauksen perusteet (vastakkaisen maininnan puuttuessa) kokonaan tahdonvaltaisia.

Esitöiden valossa näyttää ehkä siltä kuin korvausvastuun perusteista ja määrästä voitaisiin sopia yhtä hyvin ennen vastuuperusteen syntyä kuin vastuuperusteen synnyn jälkeen. Vahingonkorvauslain yleisen kohtuullistamislausekkeen sosiaalinen suojelutavoite eli pyrkimys suojata vahingonaiheuttajan taloudellista asemaa kohtuutonta korvausseuraamusta vastaan perustelee kuitenkin pakottavuutta vähintäänkin korvausperusteen syntyyn ja ilmenemiseen (vahinkotapahtuma + vahingon ilmeneminen) asti. Tulkinta näyttää mahdolliselta siksi, että laissa näyttäisi olevan vain poikkeuksellisesti mainintoja muista kuin (siviilioikeudellisessa mielessä) ns. ehdottomista pakottavuusvaikutuksista.[14] Pakottavuusvaikutuksia perustelisi myös todennäköinen olettamus taloudellisesta, tiedollisesta tai taidollisesta heikommuudesta tällaisen vastuuta laajentavan sopimuksen aiheuttajana.

Sama päättely soveltuu vielä paremmalla syyllä ns. erityisiin kohtuullistamisperusteisiin, joissa on kyse alaikäisen (VahL 2:2) ja mielisairaan, vajaamielisen tai sieluntoiminnaltaan häiriintyneen (VahL 2:3) korvausvastuun määrästä. Näitäkään säännöksiä ei lakiteksti määrittele pakottaviksi.

Selvää on, että sopimusta, jolla korvausvastuun perusteista tai määrästä olisi sovittu joko etukäteen tai vahingon ilmenemisen jälkeen, voidaan kohtuullistaa oikeustoimilain 36 §:n nojalla. Sen kautta saatetaan käytännössä päätyä samaan lopputulokseen ajatellen korvauksen määrän sovittelua. Vastuuta laajentaneen sopimuksen kohtuullistamisen edellytykset lienevät kuitenkin ankarammat kohtuuttomuuteen vetoavan näkökulmasta.

6.2.4 Pakottavien oikeusvaikutusten lähempää tarkastelua

6.2.4.1 Pakottavuuden astevaihtelut

Sopimusten sisältövapautta rajoittavan sääntelyn pakottavuuden suhteen esiintyy astevaihtelua, sillä ensinnäkin monien säännösten aiheuttama pätemättömyys on suhteellista jo siviilioikeudellisessa katsannossa. Esimerkiksi tiekuljetuslain 5 §:n mukaan tavaran tai kuljetuksen poikkeuksellinen laatu tai muut

[13] HE 187/1973 s. 12.

[14] Toisaalta vahingonkorvauslain 7:1 puhuu nimenomaan ”mitättömyydestä”. Siksi maininnan puuttumisesta ei voida tehdä vastakohtaispäätelmää ajatellen korjaantumiskelpoista pätemättömyyttä.

erityiset olosuhteet saattavat perustella säännösten syrjäyttämisen osapuolten välisen oikeussuhteen sisällön perustana. Keskeistä lievennystä merkitsee kuitenkin oikeustoimilain mukaisen pätemättömyyden ja kohtuuttomuuden korjaantumiskelpoisuus, jolla on muun muassa ajallisia edellytyksiä.[15]

Toisaalta, vaikka muista säännöksistä aiheutuva pätemättömyys useimmiten on korjaantumiskelvotonta, vain harvoin korjaantumiskelvottomuus ulottuu oikeudenkäyntiin asti. Grönfors luokitteleekin pakottavat säännökset neljään ryhmään niiden pakottavuuden asteen mukaan. Keskeisenä ominaisuutena luokittelussa on pakottavuuden ajallinen ulottuvuus.[16]

Käytännössä verrattain harvoin soveltuvia ovat normit, jotka (1) eivät anna asianosaisille lainkaan määräämisvaltaa jonkin sopimussisällön suhteen. Näistä mainitaan usein esimerkkinä hyvän tavan vastaiset oikeustoimet kuten laiton pelivelka. Prosessuaalisesti ne olisivat ns. indispositiivisia seikkoja, joista oikeuskirjallisuudessa tunnetaan vain vähän esimerkkejä (vrt. edellä luku 3.8.1).

Yleensä viimeistään (2) oikeudenkäynnin aikana oikeussuhteen osapuolille myönnetään (sopimukseen perustuvia) oikeuksia ja velvoitteita koskeva määräämisoikeus. Itse asiassa väittämistaakka lisäksi edellyttää positiivista – ja erityisiä prosessitaitoja vaativia – toimenpiteitä oikeutetulta taholta. Kantajan näkökulmasta hänen oikeuksiensa käytännön toteutus edellyttää lisäksi kanteen nostamista.

Valtaosa pakottavaksi luetusta sääntelystä on kuitenkin siviilioikeudellisessa mielessä ehdottomasti pakottavaa. Säännöksen vastainen sopimusehto ei tällöin voi saada aikaan tarkoitettua siviilioikeudellista vaikutusta.[17] Esimerkiksi kuluttajansuojalain 5 luvun säännösten vastainen ehto on ”mitätön” (KSL 5:2), eikä aiheutunut pätemättömyys siis voisi korjaantua edes nimenomaisin sopimuksin. Sama koskee esimerkiksi huoneenvuokralain, perintälain tai työsopimuslain pakottavien säännösten vaikutusta.

> Asianosaiset voisivat siis kylläkin tosiasiassa toimia yhteisesti sopimallaan tavalla. Ehdoton siviilioikeudellinen pakottavuus merkitsee, että oikeusjärjestys ei kuitenkaan tunnustaisi sopimukselle sen tarkoittamaa vaikutusta.

Tästä huolimatta siis oikeudenkäynnin aikana tehty prosessuaalinen sovinto sitoisi asianosaista. Asianosainen voi myös pidättäytyä vetoamasta pakottavan sääntelyn tarkoittamaan faktaperusteeseen.[18]

Pakottavien vaikutusten kesto saattaa toisaalta olla (3) kytköksissä säännöksessä mainitun oikeustosiseikaston syntyyn, jolloin pätemättömyyden sanotaan

---

[15] Ks. *Ämmälä* 1993 s. 154.

[16] Ks. *Grönfors* 1966 s. 214–216. Kun kirjoituksesta on jo kulunut huomattavasti aikaa, luokitteluun sisällytettävän sääntelyn suhteen on tapahtunut varsinkin määrällisiä muutoksia. Luokittelun perusta vaikuttaa kuitenkin yhä täysin relevantilta.

[17] Ks. *Ämmälä* 1993 s. 149; *Hemmo* 2003a s. 308; *Ramberg* 1996 s. 38; *Taxell* 1972 s. 52.

[18] Ks. esimerkiksi *Ekelöf* 1984 s. 246.

voivan korjaantua. Korjaantumisen voi aiheuttaa osapuolten asiaa koskeva nimenomainen sopimus tai ajan kuluminen ja oikeutetun tahon passiivisuus.[19]

Käytännössä lähinnä oikeustoimilain mukaiset pätemättömyysperusteet (OikTL 28–33 §) ja yleinen kohtuullistamisperuste (OikTL 36 §) ovat korjaantumiskelpoisia. Samoin edellä puolustettuun näkemykseen viitaten vahingonkorvauksen yleinen kohtuullistamisperuste (VahL 2:1.2).

Ymmärrettävästi jäisi tapauskohtaisten olosuhteiden ja tulkintojen varaan, milloin korjaantumisen voitaisiin katsoa tapahtuneen. Pätemättömyyden korjaantuminen edellyttäisi vähintäänkin suojatun osapuolen tietoisuutta pätemättömyyden aiheuttavista olosuhteista ja niiden merkityksestä. Pätemättömyyden aiheuttavien olosuhteiden on lisäksi pitänyt poistua. Ja on katsottu, että oikeutetulle taholle pitää varata kohtuullinen aika vetoamiseen.[20]

Monissa tapauksissa pätemättömyyden tuskin voitaisiin katsoa korjaantuneen ennen oikeusriidan syntyä, sillä vasta konkreettisessa asiayhteydessä asianosaiselta useimmiten voitaisiin edellyttää ainakaan aktiivista vetoamista pätemättömyys- tai kohtuullistamisperusteeseen tai edes pätemättömyyden aiheuttavien asiaintilojen merkityksen ymmärtämistä.[21]

> Vrt. myös välityssopimusten pätemättömyys ja kohtuuttomuus, jota arvioitaessa on annettu keskeinen merkitys nimenomaan oikeusriidan syntyajankohdalle.[22]

Pätemättömyyden passiivinen korjaantuminen lienee joka tapauksessa ennemminkin poikkeuksellinen kuin pääsääntöinen ilmiö. Se liittynee ennen kaikkea pitkäaikaisiin sopimuksiin, joissa vastapuolelle voi syntyä oikeutettu luottamus ehtojen hyväksymisestä.[23] Kuitenkin myös kertaluonteisissa sopimuksissa edellytetään vetoamista kohtuullisessa ajassa.[24] Vetoamisoikeudesta luopumista merkitsevä aktiivinen sopiminen lienee käytännössä vielä harvinaisempaa. Oikeudenkäyntiä ajatellen korjaantumista ei siksi ole mitään syytä olettaa.

Joissakin tapauksissa pakottava säännös saattaa sallia oikeusohjeen syrjäyttämisen (4) määrätyin edellytyksin jo ennen siinä mainitun oikeustosiseikaston syntyä.[25] Esimerkiksi työoikeudellisen sääntelyn sisällöstä saatetaan poi-

---

[19] Ks. *Grönfors* 1966 s. 215. Ks. myös *Ämmälä* 1993 s. 161; *Hemmo* 2003a s. 312–313.
[20] Ks. esim. *Hemmo* 2003a s. 312–313.
[21] *Ekelöf* mainitsee nimenomaan oikeusriidan synnyn ratkaisevana ajallisena rajapyykkinä. Ks. *Ekelöf – Boman* I 1990 s. 57. Tämä on siis kuitenkin yksinkertaistus, sillä joissakin tapauksissa asianosainen voisi olla vetoamisvelvollinen jo ennen konkreettisen oikeusriidan syntyä.
[22] Ks. *Möller* 1997 s. 34 tai JFT 1996 s. 441 ss.
[23] Ks. *Ämmälä* 1993 s. 185 tai s. 18, jossa mainitaan, että konkludenttisen hyväksyminen ”monissa tapauksissa” katsotaan tapahtuneen vasta usean hyväksymistä osoittavan toimenpiteen jälkeen”.
[24] Ks. *Ämmälä* 1993 s. 185.
[25] Ks. *Grönfors* 1966 s. 215.

keta työntekijän vahingoksikin työehtosopimuksin. Näin on siitä huolimatta, että työlainsäädännön sisältämää suojeluintressiä pidetään erityisen vahvana. Syynä järjestelyyn on se, että etujärjestöjen uskotaan kykenevän puolustamaan työntekijän intressejä. Näistä sopiminen on delegoitu kollektiiviseen menettelyyn.[26]

6.2.4.2 Yhteisen sopimustahdon sivuuttaminen ja suojatun oikeus luopua oikeussuojasta

Pakottavaksi kutsutun sääntelyn pakottavat oikeusvaikutukset voidaan erotella sen mukaan liittyvätkö ne (1) osapuolten yhteisen sopimustahdon mukaisten ehtojen pätevyyteen vai (2) suojatun tahon oikeuteen luopua hänelle varatusta oikeussuojasta. Viimeksi mainittu rajoitus on tarpeen sen varmistamiseksi, että vetoamismahdollisuus voisi toteutua.

Niinpä esimerkiksi työsopimuslain 1 §:ssä säädetään tunnusmerkeistä, jotka määrittävät työlainsäädännön soveltamisalan.[27] Työlainsäädännön soveltamisesta työntekoa koskevaan oikeussuhteeseen ei voida sopia vapaasti etukäteen eikä myöskään sopimuksen kestäessä. Edes oikeussuhteen päättymisen jälkeen ei säännöstä voitaisi sivuuttaa. Hyvänä syynä tähän on työntekijän asemassa olevan henkilön työnantajasta riippuva asema.

Esimerkiksi työsopimuslain, työaikalain ja vuosilomalain pakottavista säännöksistä useimmat ovat samalla tavoin absoluuttisia. Vuosilomalain mukaista vuosilomapalkkaa ja lomakorvausta (9–15 §) koskeva vaatimus on sitä vastoin esitettävä viimeistään kahden vuoden kuluessa sen kalenterivuoden päättymisestä, jonka aikana loma olisi pitänyt antaa tai lomakorvaus maksaa (vuosilomalain 34 §). Vaikka pätevä sopiminen lain vastaisesti ei siis ole mahdollista, työntekijä menettää oikeutensa passiivisuuden seurauksena.

Suhteessa näihin ominaisuuksiin pakottava sääntely saatetaan jakaa karkeasti kolmeen ryhmään jotka ovat toisiinsa nähden huomattavan poikkeavia, (1) tahdonmuodostuksen edellytyksiä suojaaviin yleisiin pätemättömyyssäännöksiin, (2) niihin erityissäännöksiin, jotka vaikuttavat sopimussuhteen sisältöön asettamalla osapuolille määrättyjä (konkreettisia) oikeuksia ja velvollisuuksia ja (3) yleisiin kohtuullistamissäännöksiin (OikTL 36 §, VahL 2:1.2).

6.2.4.3 Oikeustoimilain yleiset pätemättömyyssäännökset

Koska oikeustoimilain yleiset pätemättömyyssäännökset suojaavat ennen kaikkea tahdonmuodostuksen edellytyksiä, ne ovat pääosin sopusoinnussa sopimus-

---

[26] Tähän kategoriaan lukeutuu myös tiekuljetuslain 5 §, jonka mukaan tavaran tai kuljetuksen poikkeuksellinen laatu tai muut erityiset olosuhteet voivat perustella säännöksen sivuuttamisen.

[27] Työsopimuslain soveltamisalaan liittyvistä sisällöllisistä kysymyksistä ks. esimerkiksi *Kaisto – Kallio* 2011 s. 31 ss.

vapauden ajatuksen kanssa. Säännökset eivät toisin sanoen sivuuta yhteistä sopimustahtoa, vaan pätemättömyysseuraamuksen perusteluna on päinvastoin se, että sopimus ei vastaa toisen osapuolen tosiasiallista tarkoitusta tai vapaata tahtoa.

Yleisten pätemättömyysnormien pakottavuusvaikutus liittyy ainoastaan suojatun tahon oikeuteen luopua säännösten tarjoamasta oikeussuojasta. Etukäteen tehty sopimus, jolla yleiset pätemättömyysperusteet (OikTL 28–33 §§) syrjäytettäisiin, olisi pätemätön.[28] Suojatun tahon vapauden rajoitus olisi kuitenkin suhteellinen, sillä useimmiten pätemättömyys voisi korjaantua esimerkiksi erillisellä sopimuksella sen jälkeen, kun suojattu taho on tullut tietoiseksi pätemättömyysperusteesta ja kun tahdonmuodostuksen puutteellisuuden (pätemättömyyden) aiheuttanut olosuhde on poistunut.[29]

6.2.4.4 Positiivisia sopimussisältöjä asettavat säännökset

Valtaosa pakottavista säännöksistä ei liity tahdonmuodostuksen puutteellisuuksiin tai ilmaistun ja tarkoitetun tahdon eroavuuksiin, ainakaan suoraan. Useimmat pakottavat normit päinvastoin sivuuttavat osapuolten tahdonilmaisut oikeussuhteen sisällön perustana. Ne asettavat oikeussuhteen osapuolille nimenomaan määrättyjä oikeuksia ja velvoitteita.

Säännöksille on ominaista suhteellinen konkreettisuus, joka ilmenee mm. pyrkimyksenä suojata ominaisuuksiltaan tunnettua henkilötahoa tai -ryhmää. Usein sääntely nojautuu määrättyyn sopimustyyppiin tai henkilörelaatioon.

Nämä säännökset ovat useimmiten siviilioikeudellisessa mielessä absoluuttisia siten, ettei suojattu osapuoli voi luopua oikeudestaan vedota po. säännöksiin. Tällaista koskeva sopimus olisi suoraan lain nojalla mitätön.[30] Joissakin harvemmissa tapauksissa luopuminen tosin voi tulla kyseeseen. Esimerkiksi kuluttajan, työntekijän tai elatusapua vaativan tai saavan oikeutta rajoittava oikeuspaikkasopimus on sallittu, jos se tehdään riidan syntymisen jälkeen (OK 10:19.2). Näin ollen myös ennen riidan syntyä tehdyn oikeuspaikkasopimuksen pätemättömyys voisi korjaantua.

6.2.4.5 Oikeustoimilain 36 §

Vaikka oikeustoimilain yleisen kohtuullistamislausekkeen keskeisenä tehtävänä on korjata tahtovirheitä, myös sopimuksen kohtuullistaminen useimmiten sivuuttaa sopimusosapuolten tahdon. Kohtuullistamisen lopputuloksena asianosaiset voivat tulla sidotuiksi sisällöltään sellaiseen sopimukseen, jota ainakaan toinen asianosaisista ei ole alun alkaen tarkoittanut. Kenties kohtuullistettu so-

---

[28] Ks. *Ämmälä* 1993 s. 154.
[29] *Ämmälä* 1993 s. 170–173; *Hemmo* 2003a s. 313.
[30] Ks. edellä s. 258 alaviitteessä 17 mainitut lähteet.

pimus ei vastaa kummankaan osapuolen alkuperäistä tarkoitusta.[31]

Tuomioistuimen harkintavalta merkitsee käytännössä sitä, että soviteltu sopimus voi poiketa jossakin määrin jopa oikeudenkäynnin aikana esitetyistä vaatimuksista. Tämä tietysti johtuu siitä, että kohtuullisuuden arvioinnissa nojaudutaan moniin muihinkin mittapuihin ja lähteisiin kuin asianosaisten tahtoon tai tahdonilmaisuihin. Näitä ovat esimerkiksi sopimussuoritusten tasapainoisuus, olosuhteiden muuttuminen sopimuksen teon jälkeen, tahdonvaltaisen sääntelyn sisältö tai osapuolten tiedollinen, taidollinen ja taloudellinen epätasavertaisuus.[32] Kohtuusarviointi muodostaa toisin sanoen konkreettisia ohjeita sisältävän sääntelyn ohella sopimustahdonilmaisusta riippumattoman lähteen, joka vaikuttaa sopimuksen osapuolten oikeuksien ja velvollisuuksien sisältöön.[33]

Edellä selostetulla tavoin myös kohtuullistamissäännöksen tarkoitus edellyttää käytännössä sitä, ettei oikeutettu taho voi luopua oikeussuojastaan ainakaan etukäteen, ennen kuin on saanut mahdollisuuden (edes teoreettisen tai tosiasiallisen) harkita ryhtymistä oikeuksiensa toteuttamiseen tähtääviin toimiin. Tämä näkökohta soveltuu kaikkeen pakottavaan sääntelyyn.

Toisin kuin valtaosassa positiivisia sopimussisältöjä asettavaa pakottavaa sääntelyä, oikeudesta vedota kohtuuttomuuteen katsotaan voitavan luopua. Tässä suhteessa oikeustoimilain yleinen kohtuullistamislauseke muistuttaa yleisiä pätemättömyyssäännöksiä. Vahingonkorvauslain yleinen kohtuullistamissäännös (VahL 2:1.2) puolestaan rinnastunee tässä suhteessa oikeustoimilain 36 §:ään.

6.2.5 Pakottavat säännökset vähimmäisoikeuksia luovina normeina

Pakottaville säännöksille on usein tunnusomaista pyrkimys erityisesti suojata jonkin enemmän tai vähemmän ennalta määrätyn tahon intressejä. Tämä ilmenee esimerkiksi pakottavien vaikutusten yhdensuuntaisuutena. Vaikkapa huoneenvuokralain pakottavien säännösten sisällöstä voidaan poiketa vuokralaisen eduksi mutta ei hänen tappiokseen. Pakottavien säännösten sanotaankin luovan suojatulle taholle vähimmäisoikeuksia, oikeuksia, joita voidaan sopimuksin laajentaa mutta ei kaventaa.[34]

Ajatus oikeuksien suojaamisesta edellyttää säännöksiltä tiettyä konkreetti-

---

[31] Ks. *Pöyhönen* 1988 s. 353.

[32] Ks. esimerkiksi *Grönfors – Dotevall* 2010 s. 255, 267–268, 270–273; *Wilhelmsson* 2008 s. 126–148. Arviointiin saattavat vaikuttaa lisäksi osapuolten olosuhteet sopimusta täytettäessä kuten sosiaalinen suorituseste. Ks. *Wilhelmsson* 2008 s. 130–132.

[33] Vrt. keskusteluun oikeuden aineellistumisesta; lainsäädäntöön perustuvien oikeuksien ja velvoitteiden luomiseen sopimussuhteissa laajemminkin.

[34] Ks. esimerkiksi *Hemmo* 2003a s. 72.

suutta yhtäältä niiden tahojen määrittämisessä, joiden keskinäisestä oikeussuhteesta on kyse, toisaalta asetettavien oikeuksien ja velvoitteiden määrittämisessä.

Erityinen suojelupyrkimys kytkeytyy usein johonkin määrättyyn sopimustyyppiin tai henkilörelaatioon kuten kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan tai työntekijän ja työnantajan väliseen suhteeseen.[35] Suojattu taho on saatettu kyllä määritellä vähemmänkin konkreettisella tavalla kuten käsitteen velallinen (osa perintälain säännöksistä, takauslain 8 § tai laki velan vanhentumisesta) avulla. Vastaavasti pätemättömyys- ja kohtuullistamissäännösten kohdalla suojelutarve liittyy enemmänkin tapauskohtaisesti pääteltäviin olosuhteisiin. Nämä säännökset korostavat kuitenkin henkilöön liittyviä ominaisuuksia ja tarveharkintaa.[36]

Myös säännösten asettamat oikeudet ja velvoitteet on usein määritelty konkreettisesti kuten esimerkiksi työntekijän oikeus vuosilomaan. Näin ei kuitenkaan ole poikkeuksetta, vaan monet säännökset ovat luonteeltaan yleispiirteisiä. Oikeustointen yleisen kohtuullistamissäännön suojeluintressin voidaan sanoa kohdistuvan sopimusten tietynmääräiseen tasapuolisuuteen. Kohtuullisuuden arviointiin vaikuttavat olosuhteet ovat kuitenkin korostetun tapauskohtaisia. Merkittävältä osin ne ovat lisäksi henkilösidonnaisia.[37]

Miltei poikkeuksetta pakottavuusvaikutusten syynä on oletus suojatun tahon heikommuudesta verrattuna säännösten velvoittamaan osapuoleen. Poikkeuksena tästä on laki velan vanhentumisesta, jonka kohdalla määräävänä sääntelyintressinä on ollut oikeustilan rauhoittaminen, yksityisten ja taloudellisten toimijoiden suoja vanhoja ja kenties unohtuneitakin vaateita vastaan.[38]

Riippumatta syistä pakottava sääntely voidaan nähdä osana laajempaa ilmiötä, jossa lainsäätäjän toimin pyritään vaikuttamaan yksityisoikeudellisten toimijoiden keskinäisiin oikeussuhteisiin. Sopimusoikeuden osalta vaikutuksen kohteena on sopimussuhteesta aiheutuvien velvoitteiden ja oikeuksien sisältö.

Pakottavat vaikutukset ovat edellä selostetulla tavoin keino oikeusasemien turvaamiseen. Ne estävät pätevän sopimisen säännöksen sisältämän oikeusohjeen vastaisesti. Oletuksena on, että oikeutettu taho saattaisi esimerkiksi taloudellisen riippuvaisuuden takia tai muista syistä (kuten sosiaalisen, tiedollisen, taidollisen heikommuuden takia) todellisuudessa joutua painostetuksi huomattavan epäedullisiin ehtoihin.[39] Tällöin tahdonvaltaiset säännökset syrjäytyisivät kenties toisen osapuolen tosiasiallisen tahdon vastaisesti.

---

[35] Ks. *Wilhelmsson* 2008 s. 9.

[36] Ks. esimerkiksi *Wilhelmsson* 1987 s. 62 (pätemättömyyssäännöksistä), 1987 s. 130–132 ja 2008 s. 11, 15 (kohtuullistamissäännöksestä).

[37] *Wilhelmsson* 1987 s. 130–132.

[38] Ks. HE 187/2002 s. 41–42. Vanhentumislain 3.1 § on pakottava kaikkien velallisten hyväksi.

[39] Ks. *Hemmo* 2003a s. 71–72, jonka mukaan pakottavan sääntelyn avulla pyritään välttämään sopimusten epätasapainoisuutta, joka seuraisi osapuolten tosiasiallisten sopimuksentekoasemien erilaisuudesta.

> Esimerkiksi vakioehtojen käytön avulla on katsottu usein sivuutettavan tahdonvaltaista sääntelyä tai muutoin päästävän toista osapuolta yksipuolisesti suosivaan lopputulokseen.[40]

Keskeinen pakottavuusvaikutus liittyy siihen, ettei oikeutettu taho voi rajoituksetta luopua sääntelyn sisältämästä oikeussuojasta. Tämän voidaan sanoa turvaavan nimenomaan asianosaisen vetoamisoikeutta. Jotta tarkoitettu suoja voisi toteutua, asianosaisella on oltava mahdollisuus riippumattomaan päätöksentekoon sen suhteen, pitääkö hän sopimusta tehtäessä kiinni oikeuksiensa ajatellusta vähimmäistasosta vai luopuuko hän siitä. Samoin hänen on voitava päättää, ryhtyykö hän jälkikäteen toimiin oikeuksiensa puolustamiseksi.

Useimmiten vetoamisoikeus säilyy ajallisesti yli sen, mikä ehdottomassa minimissään olisi välttämätöntä. Enin osa sosiaalista siviilioikeutta on pakottavuusvaikutuksiltaan korjaantumatonta. Mutta myös kohtuullistamis- ja pätemättömyyssäännösten kohdalla vetoamisoikeus useimmiten säilynee oikeusriidan syntyyn tai jopa mahdolliseen oikeudenkäyntiin asti.

> On huomattava, että suojatun näkökulmasta tähän sisältyy myös vapausoikeuksien rajoitus (ks. jäljempänä jakso 7.4.1). Sen vastapainoksi hänelle siis aiheutuu oikeuksia, jotka kohdistuvat sopimuskumppaniin.

Sinänsä merkittävä osa pakottavasta sääntelystä ei liity yksittäisten asianosaisten oikeusaseman suojaamiseen, vaan on luonteeltaan enemmänkin julkista intressiä edistävää tai suojaa kolmatta henkilötahoa.[41] Tämän tutkimuksen aiheen kannalta kiinnostus kohdistuu kuitenkin yksittäisten asianosaisten oikeussuhteisiin vaikuttavaan sääntelyyn.

Vaikka pakottavaan sosiaaliseen siviilioikeuteen luettavilla säännöksillä ajatellaan olevan korostetusti myös sopimuskäytäntöä ohjaavaa vaikutusta, on jatkoa ajatellen ehkä syytä painottaa, että ne ennen kaikkea luovat asianosaisille yksilöllisiä oikeuksia, jotka tyypillisesti täyttävät oikeuksille filosofisessa keskustelussa usein asetettavat tehokkuusehdot. Sosiaalisen siviilioikeuden nojalla asianosainen voi vaatia niihin perustuvien velvoitteiden (palvelusten) täyttämistä tai vastustaa vastapuolen ylimitoitettuja tai perustelemattomia vaatimuksia.

Suhteutettuna vaikkapa osapuolten sopimussuhteen kokonaisuuteen kyse on määrältään tai laajuudeltaan eräänlaisista kohtuullisena pidettyä minimitasoa puolustavista oikeuksista. Laadultaan nämä oikeudet ovat kuitenkin siinä mielessä erityisen vahvoja, että ne perustuvat yhteisen sopimustahdon syrjäyttävään normiin, minkä lisäksi siis asianosaisen vetoamisoikeutta erityisellä ta-

---

[40] Ks. *Wilhelmsson* 2008 s. 39, *Pöyhönen* 1988 s. 298 tai KM 1990:20 s. 298.

[41] Ks. *Ämmälä* 1993 s. 151–152; *Wilhelmsson* 2008 s. 12–14. Oikeustoimilain pätemättömyyssäännöksistä kolmatta tahoa suojaavia ovat OikTL 34 § ja 35 §.

valla suojataan. Taustalla voidaan siksi nähdä erityisen vahva suojeluintressi. Toiselta puolen saatetaan hyvin ajatella, että juuri oikeuksien vähimmäistasoa puolustaviin sääntöihin liittyy erityisen vahva velvoittavuus.

> Oikeuksien vähimmäistason puolustaminen on sosiaalisen siviilioikeuden yhteinen piirre verrattuna *perusoikeuksiin*. Samoin näiden oikeuksien suhteellinen 'luovuttamattomuus', joka voidaan rinnastaan siihen vaikutukseen, joka ihmis- ja perusoikeuksilla on suhteessa valtiovaltaan. Näistäkään oikeuksista ei katsota voitavan sopimuksin luopua täysin rajoituksetta. Kansalainen ei toisin sanoen voi sopia pätevästi ja sitovasti siitä, että hän luopuu vetoamasta johonkin perusoikeuden turvaamaan etuuteen tai vapauteen. Lisäksi eduskunta ei voi luopua oikeuksista täysin rajoituksetta kansalaisten puolesta.[42]

Oikeuskirjallisuudessa tavataan usein korostaa sosiaalisen siviilioikeuden alan laajenemisen (tai yleensäkin sääntelyn alan laajenemisen) merkitsevän lainsäätäjän/julkisen tahon voimakasta puuttumista kansalaisten vapaan toiminnan kenttään, sopimusvapauden alan kaventumista. Sosiaalisella siviilioikeudella on kiistatta tämä ulottuvuutensa myös silloin, kun puhutaan yksilöllisiä oikeuksia ja velvollisuuksia koskevista säännöksistä. Jäljempänä korostetaan kuitenkin sitä, että vähimmäisoikeuksia suojaavat säännökset saatetaan nähdä oikeutetun tahon vapauksia puolustavina (ks. jakso 7.4).

6.3 YKSITYISOIKEUDELLISTEN SUOJELUTAVOITTEIDEN PROSESSUAALISISTA VAIKUTUKSISTA

6.3.1 Perustelevatko suojeluintressit prosessuaalisia vaikutuksia?

Edellä selostetulla tavoin ehkäpä keskeisin pakottavuusvaikutuksista liittyy sopimusosapuolen vetoamisoikeuden turvaamiseen. Mutta perustelevatko pakottavan yksityisoikeudellisen sääntelyn suojeluintressit prosessuaalisia vaikutuksia, jotka liittyvät vetoamisoikeuden toteuttamiseen oikeudenkäynnin aikana?

Prosessuaalisina vaikutuksina voisivat teoriassa tulla kyseeseen (1) vaikutus vetoamislausumien tulkintaan, jolloin normaalisti edellytettyä vähemmänkin täsmällisesti yksilöity lausuma tulkittaisiin väittämis- ja vaatimistaakan täyttäväksi (vrt. keskustelu väittämistaakan ohentumisesta), (2) tuomarin ky-

[42] Näin voidaan sanoa siinä merkityksessä, että perustuslain kanssa ristiriidassa olevat lakiehdotukset on hyväksyttävä vaikeutetussa lainsäätämisjärjestyksessä, minkä lisäksi perustuslakivaliokunta joutuisi ottamaan kantaa perusoikeuksia rajoittaviin ehdotuksiin. Suhteellista lainsäätäjän vallan rajoitusta merkitsee lisäksi perusoikeuksien ns. tulkintavaikutus lainsoveltamisvaiheessa, vaikka tuomioistuimille ei lakien perustuslainmukaisuuden kontrollivaltaa olekaan luovutettu.

selyvelvoitteiden ulottaminen tilanteisiin, joissa esiintyisi indisioita pakottavan sääntelyn soveltumisesta tai (3) ns. virallistutkinta, jolloin asianosaiselta ei edellytettäisi vetoamista aineellisten oikeuksiensa tutkimisen ehtona.[43] Neljäntenä mahdollisuutena on (4) vetoamisvelvollisuuden asettaminen pakottavan sääntelyn velvoittamalle asianosaistaholle.

Prosessuaalisesta näkökulmasta asia saatetaan ymmärtää kysymyksenä siitä, turvataanko oikeutetun tahon vetoamisoikeutta myös oikeudenkäynnin aikana. Ulottuuko vetoamisoikeuden erityinen suoja tavalla tai toisella myös oikeudenkäyntiin? Pakottavan sääntelyn vaikutuksesta vetoamismahdollisuus useimmiten vielä on jäljellä siviilioikeudellisessa mielessä. Oikeudenkäynnin aikana on kyse tämän oikeuden käytännön toteutuksesta.

Prosessuaalisia vaikutuksia saattaisivat puoltaa pääasiallisina syinä niiden (a) käytännöllinen välttämättömyys sääntelyn oikeusvaikutusten toteuttamisen näkökulmasta, (b) suojatun tahon tyypillisesti puutteellinen valmius valvoa oikeuksiaan tai (c) säännösten taustalla olevien suojeluintressien vahvuus.

a. Ryhtymättä tässä vaiheessa eri tilanteiden lähempään tarkasteluun saatetaan nähdäkseni havaita, että vetoamisvelvoitteista poikkeaminen tai edes niiden minkään muotoinen lieventäminen ei ainakaan useimmissa tapauksissa ole täysin välttämätöntä, jotta asianosainen voisi toteuttaa oikeutensa oikeudenkäynnissä. Oikeusriidan synnyttyä asianosainen saa mahdollisuuden tarkastella sopimusehtojen kohtuullisuutta ja pätevyyttä, joten on mahdollista puolustaa näkemystä vetoamismahdollisuuden riittävästä toteutumisesta.[44] Poikkeuksena voisivat ehkä olla tilanteet, joissa vaikkapa tahdonmuodostuksen puutteellisuuteen liittyvä, pätemättömyyden aiheuttava syy ei ole poistunut ennen oikeudenkäyntiä. Toinen tyypillinen tilanne, jossa epäilykseen on aihetta, voisi olla yhä jatkuvaan (pitkäkestoiseen) sopimussuhteeseen liittyvä riippuvaisuus toisesta osapuolesta, joka saattaisi estää vapaan harkinnan käytön.

Perusteluja on siksi etsittävä lähinnä vetoamismahdollisuuden tosiasiallisen toteutuksen ja suojeluintressien voimakkuuden suunnasta.

b. Onko sosiaalisen siviilioikeuden suojaaman asianosaisen kyky valvoa oikeuksiaan siinä määrin puutteellinen tai vastapuolta heikompi, että tavanomaisista väittämistaakan, vetoamislausumien tulkinnan tai virallistutkinnan periaatteista tulisi poiketa? Korostuuko toisin sanoen menettelyyn liittyvien vaatimusten raskaus sosiaalisen siviilioikeuden soveltamistilanteissa?

Sinänsä voidaan pitää selvänä, että vetoamisvelvoitteet saattavat muodostaa verrattain vaikeasti ylitettäviä menettelyllisiä esteitä oikeuksien käytännön toteutuksessa. Myös olettamus prosessuaalisten resurssien heikommuudesta vas-

---

[43] Puhuttaessa virallistutkinnasta on vielä erotettava määräämisoikeutta kunnioittava ja määräämisoikeuden syrjäyttävä muoto.

[44] Esimerkiksi *Ovaskainen* (1989 s. 111, 114) ei näe ”mitään syytä” tavanomaista aktiivisempaan prosessinjohtoon nimenomaan yleisten pätemättömyys- tai kohtuullistamisperusteiden kohdalla.

tannee hyvin usein todellisuutta. Näin on erityisesti sellaisissa henkilörelaatioissa kuin kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan tai ns. institutionaalisen velkojan ja velallisena olevan yksityishenkilön tai pienyrityksen välisessä oikeusriidassa. Tyypillisesti vaikkapa velallinen saattaa jäädä prosessuaalisesti passiiviseksi (tai joka tapauksessa ilman avustajaa) vastaaja-asemassaan silloin, kun hän pitää kantajan vaatimuksia päävaateen osalta oikeutettuina – tai ei näe kanteen vastustamiselle menestymisen mahdollisuuksia. Tällöin passiivisuus on hänen näkökulmastaan rationaalista, varsinkin ajatellen prosessoinnista aiheutuvia kuluseuraamuksia. Käytännössä on hyvin tavallista, että esimerkiksi kuluttaja-asemassa oleva yksityinen kansalainen (tai velallinen) päätyessään käräjille esiintyy nimenomaan vastaaja-asemassa, huonoin ennustein esitetyn päävaatimuksen suhteen. Silti hänellä voisi olla mahdollisuus vedota esimerkiksi vastuutaan rajaaviin pakottaviin säännöksiin.

Kaikissa tapauksissa prosessuaalisten voimasuhteiden epäsuhtaa ei kuitenkaan vallitse. Tai kenties epäsuhta ei olisi laadultaan sellainen, että sitä voitaisiin pitää merkityksellisenä ajatellen vetoamisvelvoitteiden täyttämistä. Jos pakottavan sääntelyn suojaama taho on hankkinut avustajan, prosessuaalisia voimasuhteita pidettäneen yleensä ”riittävän” tasavahvoina.[45]

Näkökohta tarjoaa mahdollisuuden vasta-argumenttiin, jonka mukaan lievennyksiin olisi tarvetta ainoastaan silloin, kun asianosainen esiintyisi oikeudenkäynnissä ilman avustajaa.[46] Toiselta puolen avustajan puuttumisen aiheuttamaa kompensointia (kompensoinnin kytkemistä avustajan puuttumiseen) voitaisiin syystäkin arvostella siitä, että taloudellinen panostaminen oikeudenkäyntiin saattaisi tältä osin johtaa yksittäisen asianosaisen aseman heikkenemiseen eli negatiiviseen kannustukseen ajatellen hyvän prosessoinnin vaatimusta, jota muutoin voimakkaasti edellytetään. Joka tapauksessa vallitseva ajattelu lisäksi oikeastaan edellyttää avustajan hankkimista. Määrätyissä rajoissa tämä lienee oikeutettuakin. Toiselta puolen esiintyy mielipiteitä, joiden mukaan yksityisen kansalaisen tulisi halutessaan voida ajaa asiaansa ilman avustajaa.[47]

c. Laajimmalle kantava näkökohta, joka perustelee sosiaalisen siviilioikeuden erityisasemaa, liittyykin säännösten taustalla olevien suojeluintressien vahvuuteen. Pitäisin tärkeimpänä argumenttina pyrkimystä juuri sen oikeuksien ”vähimmäistason” turvaamiseen, jota siviilioikeudelliset pakottavuusvaikutukset ilmentävät. Tämä näkökohta puolestaan perustelee, miksi prosessuaalisen vetoamisoikeuden toteutumista tulisi turvata.

---

[45] Kun siviilioikeudellisen vetoamisoikeuden pysyvyyden keskeisenä perusteluna on oikeutetun heikko laintuntemus, tämä näkökohta ei siis välttämättä vaikuta enää oikeudenkäynnin aikana.

[46] Ks. *Boman* TfR 1979 s. 352. Vrt. myös *Lindell* (1993 s. 312), joka katsoo avustajan voivan vedota vain poikkeuksellisesti vaihtoehtoisen faktaperusteen tai todisteen merkitystä koskevaan tietämättömyyteen ns. aiheen pätevyysperusteena.

[47] Ks. Oikeusministeriön työryhmämietintö 2009:17 s. 74–75; *Kaisto* 2010 s. 219–220.

Yllä selostetulla tavoin oikeuksien vähimmäistason määrittelyä saatetaan pitää lainsäätäjän taholta huomattavan voimakkaana kannanottona. Vähimmäisoikeuksien toteuttamiseen liittyy näin ajatellen oikeusjärjestyksen kannalta perustavana pidettävä intressi. Siksi asianosainen saattaa oikeutetusti vaatia tuomioistuimelta myötävaikuttamista oikeuksiensa vähimmäistason puolustamiseen tuomarin prosessuaalisten velvoitteiden kautta.

Näkemystä tukee se, että (vaatimusten ja perusteiden yksilöintiin liittyvissä) tuomarin velvoitteissa saatetaan hyvin nähdä olevan kyse huomattavan vaativien asianosaisen menettelyllisten velvoitteiden lieventämisestä. Joissakin tilanteissa saatetaan puhua oikeuksiin pääsyn menettelyllisten esteiden madaltamisesta.

Saatettaisiin myös vedota lainsäätäjän auktoriteettiin. Kun asianosaisen vetoamisoikeutta suojataan siviilioikeudellisessa mielessä niinkin vahvasti kuin edellä on selostettu – useimmiten oikeussuojasta ei edes voisi luopua –, pitäisi kenties esittää erityisen vakuuttavia perusteita prosessuaaliset vaikutukset torjuvan näkemyksen tueksi. ”Argumentaatiovelvollisuus” toisin sanoen sijaitsee ehkä ennemminkin lievennykset kieltävällä puolella.

Prosessuaalisia vaikutuksia saatetaan perustella myös sosiaalisen siviilioikeudellisen sääntelyn sopimuskäytäntöjä ennalta ohjaavan vaikutuksen tehostamisella.[48] Siinäkin tuomarin velvoitteilla voi olla oma merkityksensä: kenties ennen kaikkea sen tyyppisten vetoamisperusteiden kohdalla, jotka eivät tulisi kovin helposti vedotuiksi. Näitä voisivat olla esimerkiksi velkavaateiden osittaisen vastustamisen perusteet. Tällöin tuomioistuinaloitteinen tutkinta olisi luomassa asiaa koskevaa oikeuskäytäntöä, jonka saattaisi olettaa tulevan ainakin institutionaalisten toimijoiden tietoon. Pääsääntöisesti yksittäisten oikeudenkäyntien lopputulokset ovat kuitenkin merkityksellisiä lähinnä asianosaistahoille, yksittäisessä prosessissa noudatettavien menettelyperiaatteiden ohjausvaikutuksen jäädessä vähäiseksi.

Yksilöintivelvoitteiden jakautumisen näkökulmasta oikeustoimilain 36 §:n mukaisen kohtuullistamisperusteen keskeinen erityispiirre on sen luonne yleislausekkeena. Säännöksen avoin tunnusmerkistö vaikeuttaa suojatun tahon vetoamistehtävää merkittävällä tavalla. Asianosaisen on vaikea tietää, mitkä faktat ovat merkityksellisiä säännöksen soveltumista ajatellen. Tällöin hänen on vaikea vedota riittävän yksilöidysti tai vedota juuri oikeisiin faktoihin (vrt. edellä jakso 3.7.4).

Vielä merkittävämpi hankaluus liittynee kuitenkin siihen, milloin säännöksen voitaisiin uskoa todella soveltuvan. Asianosaisen on nimittäin otettava huomioon pyrkimys välttää turhien oikeudenkäyntikulujen aiheutumista. Kuluvastuun vaara rajoittaa vetoamishaluja silloinkin, kun menestymisen mahdollisuuksia olisi.

---

[48] Ks. esim. *Lindblom* SOU 1982:26 s. 617 tai *Ekelöf* 1984 s. 246.

Virallisvelvoitteisiin voisi olla vielä enemmän syytä vain harvoin sovellettavaksi tulevan suojasäännöksen kohdalla. Tällöinhän suojatun tahon prosessiriski olisi korkeimmillaan.[49] Vaikka oikeustoimilain 36 §:n soveltamiskynnys on nykyisin madaltunut, ongelmaksi jää säännöksen oikeudellinen tulkinnanvaraisuus. Asianosainen ei sen vuoksi osaa arvioida menestymisen mahdollisuuksia nojautuessaan yleislausekkeeseen. Tämä on varteenotettava syy, miksi kohtuullistamisperuste voi jäädä vetoamatta. Kun tulkinnallinen tilanne on aidosti vaikea, edes asianajaja ei hyvin usein kykene luotettavaan ennusteeseen. Asianosaisen ei siksi kenties voida perustellusti edellyttää vetoavan yleislausekkeeseen vain varmuuden vuoksi. Kun otetaan huomioon vähimmäisoikeuksien suoja, voidaan perustella virallisvastuun ulottamista kohtuullistamiskysymykseen.

Käsillä olevien faktojen pohjalta tuomari voi usein varsin pitkälle arvioida kohtuullistamisperusteen soveltuvuutta. Keskeiset faktat ovat hyvin usein jo tiedossa. Tilanne on tällöin sen kaltainen, että normien soveltaminen ainoastaan edellyttäisi vetoamistoimia. Kohtuullistamisharkinnan tapaisessa kysymyksessä juuri tuomioistuimella on tiedollisesti toisinaan jopa asianosaista paremmat edellytykset arvioida, mitä oikeudellisesti relevantteja asiaintiloja asianosaisten väliseen oikeussuhteeseen liittyy.

On kylläkin huomattava, että kohtuullisuuskysymyksen nostaminen mukaan oikeudenkäyntiin saattaa laajentaa fakta-aineistoa ja aiheuttaa tarvetta todisteluun. Oikeudenkäynnin ulkopuolelle tavanmukaisesti jää olosuhteita, jotka saattavat muuttaa arviointia.

6.3.2 Rajausongelma?

Näkemys erityisten suojelutavoitteiden prosessuaalisista vaikutuksista johtaa kysymykseen, koskisivatko vaikutukset yhtälailla kaikkia ns. pakottavuusvaikutuksia sisältävän sääntelyn turvaamia oikeuksia. Vai tulisiko vaikutuksia jollakin tavoin rajata ajatellen pakottavan sääntelyn kenttää? Tätä kysymystä perustelee ainakin tärkein niistä vasta-argumenteista, joita prosessuaalisten vaikutuksia vastaan voidaan esittää, nimittäin pyrkimys välttää oikeusriidan alan hallitsematonta tai turhaa laajenemista.

Mitkä säännökset sitten sisältävät muita voimakkaamman suojelutavoitteen? Tai milloin suojelutavoite on riittävän voimakas, jotta prosessuaalisia vaikutuksia tulisi myöntää? Seuraavassa ei vielä tavoitella vastausta näihin ongelmiin. Toiselta puolen jo lähtökohtaisesti voidaan olettaa prosessuaalisten vaikutusten vaihtelevan paitsi tapauskohtaisista faktaolosuhteista myös suojeluintressin

[49] Vrt. *Wilhelmsson* 1977 s. 27–28.

voimakkuudesta riippuen. Taustana näille kysymyksille saattaakin olla hyödyllistä tarkastella, kuinka voimassa oleva oikeus on suhtautunut suojeluintressin perustavuuteen muutamissa vertailukelpoisissa tilanteissa.

6.3.3 Yleiskatsaus pakottavan sääntelyn alaan

Pyrkimättä mihinkään täydelliseen luetteloon pakottava sääntely saatetaan jaotella esimerkiksi sääntelyn kohteena olevan henkilörelaation mukaan vaikkapa seuraavasti:

työntekijä / työnantaja (työsopimukset)

työsopimuslaki,
työaikalaki,
vuosilomalaki,
merimiesten vuosilomalaki,
yhdenvertaisuuslaki,
laki naisten ja miesten tasa-arvosta,
työehtosopimuslaki,
työterveyshuoltolaki,
työturvallisuuslaki,
merityösopimuslaki,
laki nuorista työntekijöistä,
laki lähetetyistä työntekijöistä,
yhdenvertaisuuslaki,
laki yksityisyyden suojasta työelämässä,
vahingonkorvauslaki (4:1.1, 3:1)

kuluttaja / elinkeinonharjoittaja (kuluttajasopimukset)

kuluttajansuojalaki
vakuutussopimuslaki,
valmismatkalaki,
laki kiinteistöjen ja vuokrahuoneistojen välityksestä,
asuntokauppalaki,
tuotevastuulaki,
osamaksukauppalaki (viivästysseuraamukset),
laki velan vanhentumisesta (3.2 §)

vuokralainen / vuokranantaja (huoneenvuokra ym.)

huoneenvuokralaki
laki asumisoikeusasunnoista
maanvuokralaki

velallinen / velkoja (yleinen velallisensuoja)

takauslaki (7 §, 22 §)
laki saatavien perinnästä (osa säännöksistä)

korkolaki
laki velan vanhentumisesta
ulosottokaari (2:24–27)

muu heikomman / vahvemman osapuolen välinen relaatio

laki kauppaedustajista ja myyntimiehistä
laki elinkeinonharjoittajien välisten sopimusehtojen sääntelystä
vahingonkorvauslaki (2:2, 2:3)

soveltamisalaltaan yleiset säännökset

oikeustoimilaki (28–33 §§ ja 36 §)
vahingonkorvauslaki (2:1.2)

Pakottavan sääntelyn on sanottu liittyneen historiallisessa mielessä aluksi määrättyihin sopimustyyppeihin (kuten työ- tai vakuutussopimuksiin) ja myöhemmässä vaiheessa sopimuksen tarkoitukseen (huoneenvuokra vrt. liikehuoneiston vuokra).[50] Kummassakin tapauksessa sääntelyn kohteena ovat määrätyt henkilörelaatiot, joihin useimmiten liittyy ajatus suojatun osapuolen tiedollisesta tai taloudellisesta heikommuudesta.

Määrällisesti pakottavaa sääntelyä esiintyy eniten työ- ja kuluttajaoikeudessa. Tämä johtuu osaltaan siitä, että juuri näillä elämänalueilla osapuolten epätasa-arvoa on pidetty erityisen selkeästi havaittavana.[51] Muita sääntelyn kohteena olevia henkilösuhteita ovat vuokralainen/vuokranantaja ja velallinen/velkoja tai yksityishenkilö-velallinen/velkoja.

Yleisen sopimusoikeuden alalla pakottavan sääntelyn vaikutus on vähemmän voimallista. Erityisesti oikeustoimilain yleiset pätemättömyys- ja kohtuullistamisnormit sisältävät yllä kerrotulla tavoin pakottavia vaikutuksia. Oikeustoimilain 36 § on liitetty yksityisen asianosaisen konkreettiseen suojantarpeeseen ja henkilökohtaisten olosuhteiden huomioon ottamiseen. Edustavana esimerkkinä viimeksi mainitusta sosiaalisen siviilioikeuden piirteestä on nähty toisaalta vahingonkorvauslain yleinen kohtuullistamissäännös.[52]

Yllä on luettu pakottavaksi myös vahingonkorvauslain yleiset ja erityiset kohtuullistamissäännökset. Lisäksi havaitaan, että joihinkin lakeihin sisältyy eri henkilörelaatioita koskevia säännöksiä. Esimerkiksi vahingonkorvauslaki sisältää työntekijää tai viranhaltijaa työ- ja virkasuhteessa suojaavia erityissäännöksiä. Lisäksi Euroopan Unionin lainsäädäntö sisältää pakottavaa sääntelyä erityisesti kuluttajaoikeuden ja jonkin verran työoikeuden alueella.[53]

---

[50] Ks. *Wilhelmsson* 1987 s. 51 ss. tai 2008 s. 14–15.
[51] Ks. myös *Kröger* 1995 s. 78.
[52] *Wilhelmsson* 1987 s. 68, 91 ja 131–132.
[53] Kuluttajaoikeudelliseen säännöksiin lukeutuu esimerkiksi kuluttajakauppadirektiivi (1999/44/EY), kohtuuttomuusdirektiivi (93/13/ETY), kulutusluottodirektiivi (2008/48/EY) ja matkapakettidirektiivi (90/314/ETY).

6.3.4 Joitakin vertailuja – vähimmäisoikeuksien suoja eräissä tilanteissa

6.3.4.1 Kansainvälinen pakottavuus ja muut lainvalintaa koskevien sopimusten rajoitukset

Jos halutaan tehdä vertailuja sen suhteen, kuinka vahvaksi eri oikeudenaloja tai henkilörelaatioita koskevien pakottavien säännösten velvoittavuus on ymmärretty, eräs mahdollisuus on käyttää indikaattorina (eräitä koko sääntelykentän kattavia) kysymyksiä, joissa on otettu kantaa vähimmäisoikeuksien pysyvyyteen.

Kelvollisen vertailukohdan muodostaa kysymys kansainvälisten pakottavuusvaikutusten alasta (eli lainvalintaa koskevien sopimusten syrjäyttämisestä). Kansainvälisen pakottavuuden sanotaankin olevan siinä mielessä ”vahvennettua” pakottavuutta, että vain osa kansallisesti pakottavasta sääntelystä on ns. välittömästi soveltuvaa.[54]

Vaikka kansainvälisten pakottavuusvaikutusten normipohja on osittain ylikansallista, vaikutusten ulottuvuuteen otetaan kantaa viime kädessä kansallisten oikeusjärjestysten pohjalta. Tällöin kysymyksenä on, mikä osa kotimaisesta sääntelystä on siinä määrin tärkeää – heijastelee perustavimpia ja vahvimmin suojattavia intressejä tai oikeuksia – että po. normien vastainen kansainvälinen sopimus tulee syrjäyttää.

Puhuttaessa *kansainvälisestä pakottavuudesta* tarkoitetaan tuomioistuinvaltion oikeuden ns. suoraa sovellettavuutta, joka syrjäyttää osapuolten sopimuksen oikeusriitaan sovellettavasta laista. Jos tuomioistuinvaltion oikeusjärjestyksen mukaan jokin säännös on kansainvälisesti pakottava, säännöksen kanssa ristiriidassa oleva laki jää tältä osin vaikutuksettomaksi.[55]

Tuomioistuinvaltion oikeusjärjestys toisin sanoen ratkaisee sen, mitkä säännöt ovat kansainvälisesti pakottavia. Tähän Rooma I asetuksen 9 (2) artikla nimenomaisesti varaa mahdollisuuden. Asetuksessa lähtökohdaksi otetulla sopimusvapauden periaatteella saattaa kylläkin olla kansallisen oikeuden kansainvälisen pakottavuuden alaa rajaavaa vaikutusta.

Hallituksen esityksen mukaan suoraan sovellettavia (kansainvälisesti pakottavia) voisivat olla erityisesti heikomman suojaksi säädetyt säännökset. Näistä mainitaan esimerkkeinä huoneenvuokrasopimuksia, kuluttajasopimuksia, matkustajien kuljetusta ja työsopimuksia koskevat säännökset sekä oikeustoimilain 36 §.[56] Lisäksi työehtosopimusten mukaisten palkkaehtojen noudattaminen

---

[54] Ks. *Liukkunen* 2000 s. 68. Samoin *Bogdan* (2008 s. 264–265), jonka mukaan Rooma I asetuksen 9 artiklassa tarkoitetaan kansainvälisesti pakottavilla säännöksillä ”vain pientä osaa” kansallisen siviilioikeuden mukaan pakottavista säännöksistä.

[55] Ks. esim. *Liukkunen* 2000 s. 66–67 tai 2004 s. 128.

[56] Ks. HE 103/1998 s. 21–22.

ja kauppaedustajista ja myyntimiehistä annetun lain pakottavat säännökset on erikseen säädetty kansainvälisesti pakottaviksi (ks. TSL 17.6 § ja laki kauppaedustajista ja myyntimiehistä 2.2 §).

Toinen merkittävä ulkomaisen oikeuden soveltamista rajoittava tekijä ovat nimenomaan *Rooma I asetukseen sisältyvät erityisnormit*, joihin liittyy asiallisesti samankaltaisia vaikutuksia. Nämä liittyvät kuluttajan (6 artikla) ja työntekijän (8 artikla) suojeluun. Artiklojen sisältönä on, ettei suojattu taho voi menettää kansallisesti pakottavan sääntelyn turvaamaa etua tai oikeutta. Jos näin kävisi, sovellettaisiin tältä osin kansallisia pakottavia säännöksiä. Suojatun tahon eduksi pakottavan sääntelyn sisällöstä voidaan poiketa. Kyse on toisin sanoen ns. edullisemmuussäännöistä. Asetuksen 7 (3) artiklassa vastaavan tyyppisen erityissääntelyn kohteena ovat lisäksi kansainvälisen liitynnän omaavat vakuutussopimukset.[57]

> Kuluttajasopimukseen voi tulla sovellettavaksi sopimuksessa viitatun lain sijasta kuluttajan kotipaikan oikeus (6 (2) art.), työsopimukseen puolestaan ensi sijassa joko työhönottovaltion tai työn pääasiallisen sijaintivaltion oikeus (8 (2) art.).

Lisäksi puhutaan *oikeusjärjestyksen perusteiden* (ordre public) *vastaisuudesta*, joka edellyttää viitatun oikeusjärjestyksen kokonaistarkastelua. Sisällölliseltä perustaltaan kyse on kuitenkin samasta ilmiöstä, kansallisen sääntelyn näkökulmasta erityisen perustavien oikeuksien huomioon ottamisesta ja sovitun lain sivuuttamisesta. Myös näiden oikeuksien perustana olevat normit ovat toisin sanoen kansainvälisesti pakottavia. Yllä oleviin verrattuna tämä instituutio tarjoaa aineellisen sääntelyn sisältämille oikeuksille huomattavasti heikompaa suojaa, sillä oikeusjärjestyksen perusteiden vastaisuudelta edellytetään ilmeisyyttä.[58]

Erityisasemassa on tämän perusteella ainakin työntekijää ja kuluttajaa suojaava sääntely johtuen Rooma I asetuksen sisältämästä erityissääntelystä (6 ja 8 artiklat). Tuomioistuinvaltion oikeuden edullisemmuussääntö kattaa koko pakottavan kuluttaja- ja työoikeuden alan. Myös suoran sovellettavuuden osalta pakottava kuluttaja- ja työoikeus ovat keskeistä aluetta.[59]

Kun suora sovellettavuus ulottuu vain osaan pakottavasta sääntelystä, on huomionarvoista, että (Rooman konvention liittymissopimuksen hyväksymistä

---

[57] Ks. tästä *Liukkunen* 2012 s. 227. Vakuutussopimuksia koskevaa erityissääntelyä on lisäksi kotimaisessa lainsäädännössä. Ks. laki eräisiin kansainvälisluonteisiin vakuutussopimuksiin sovellettavasta laista 8.1.1993/91.

[58] Ks. esim. *Klami – Kuisma* 2000 s. 82, 102 tai *Liukkunen* 2004 s. 25–26; ks. myös Rooma I asetuksen 21 artikla.

[59] Vrt. HE 103/1998 s. 21–22 tai *Liukkunen* (2004 s. 138), jonka mukaan Suomessa kaikki pakottavat työoikeudelliset säännökset voivat ainakin periaatteessa olla suoran sovellettavuuden piirissä, joskin kysymys suoran sovellettavuuden alasta on sinällään huomattavan avoin. Lainvalinnasta kuluttajansuojan kannalta ks. esim. *Ämmälä* 2006 s. 10–13.

koskevan) lain esitöissä oikeustoimilain 36 § mainitaan esimerkkinä tällaisesta suoraan sovellettavasta säännöksestä. Muita yksittäisiä säännöksiä ei nimetä.

> Kun suora sovellettavuus ei riipu tapauskohtaisesta harkinnasta, lausuma merkitsee 36 §:n osalta kannanottoa suoran sovellettavuuden puolesta, vaikkakin ehdollisesti ilmaistuna: ”voivat olla”. Muita suoraan sovellettavia säännöksiä ei erityisesti nimetä, joten lainsäätäjän kanta muiden säännösten osalta jää avoimeksi.

Vastaava maininta sisältyy ruotsalaiseen lainvalmisteluaineistoon.[60] Näkemys oikeustoimilain 36 §:n suorasta sovellettavuudesta esiintyy toisaalta oikeuskirjallisuudessa.[61] Perusteluna on viitattu siihen, että kohtuullistamissäännöstä sovelletaan vain ilmeisiin suoritusten epätasapainotilanteisiin.[62] Suomessa Klami ja Kuisma ovat kuitenkin katsoneet, ettei oikeustoimilain 36 §:ää tulisi pitää suoraan sovellettavana.[63]

Periaatteessa suora sovellettavuus näyttää kylläkin ulottuvan laajalle alueelle pakottavan sääntelyn koko kenttää ajatellen. Asiaa koskevan hallituksen esityksen lausuma suoraan sovellettavista säännöksistä on hyvin yleinen, puhuessaan heikomman suojaksi tarkoitetuista säännöksistä.[64] Kansainvälisen pakottavuuden mahdollinen soveltuvuus kattaa siis miltei koko pakottavan sääntelyn alan.

Vapaan tahdonmuodostuksen suojaamiseen (pakkoa, petosta, kiskomista yms. vaikutusta vastaan) liittyvät oikeustoimilain pätemättömyysperusteet puolestaan mainitaan ordre public -perusteen aiheuttavina.[65]

6.3.4.2 Oikeuspaikkasopimusten kotimainen ja kansainvälinen (vrt. OK 10:25) sitovuus

Kotimaisten ja kansainvälisten oikeuspaikkasopimusten sitovuuden rajoitukset tukevat jossakin määrin vaikutelmaa työ- ja kuluttajasopimusten erityisasemasta. Kuluttaja- ja työsopimusten lisäksi rajoitukset koskevat elatusasioita. (OK 10:19.2) Suojeltuina tahoina ovat kuluttaja, työntekijä sekä elatusta saava tai vaativa henkilö. Tavallisesti pakottavan sääntelyn oikeutettuna henkilötahona esiintyvistä suojan ulkopuolelle jää esimerkiksi vuokralainen. Myös soveltamisalaltaan yleinen oikeuspaikkasopimuksen pätemättömyyttä koskeva säännös on säädetty ns. kansainvälisesti pakottavaksi. (OK 10:25)

---

[60] Reg. prop. 1997/98:14 s. 28.
[61] *Bogdan*, Lov og Rett 1996 s. 119; ks. myös *Pålsson* 1998 s. 119.
[62] *Bogdan*, Lov og Rett 1996 s. 117, jonka mukaan 36 § voisi tästä syystä aiheuttaa myös ordre public -perusteen.
[63] Ks. *Klami – Kuisma* 2000 s. 84–85.
[64] Ks. HE 103/1998 s. 21–22.
[65] Ks. *Klami – Kuisma* 2000 s. 82; *Pålssonin* (1998 s. 119) mukaan nämä voisivat olla suoraan sovellettavia säännöksiä.

Ehdottomien forumsäännösten suoja (vrt. OK 10:19.3) liittyy sitä vastoin perheoikeudellisiin statusasioihin (avioero, isyyden vahvistaminen ja kumoaminen, lapsen huolto ja tapaamisoikeus, edunvalvonta-asiat, lapseksi ottamisen vahvistaminen) ja jäämistöoikeudellisiin asioihin. Jäämistöasioita lukuun ottamatta kyse on siis tyypillisistä indispositiivisista asioista.

6.3.4.3 Kuluttajaa suojaavien tosiasiaperusteiden tutkiminen EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan

EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntö on asettunut erityisellä tavoin turvaamaan kuluttajan menettelyllisiä oikeuksia. Kuluttajaa suojaavia EU-oikeudellisia faktaperusteita on nimittäin tutkittu melko vakiintuneesti viran puolesta. Joissakin ratkaisuissa on puolestaan pysytetty kuluttaja-asianosaisen vetoamisoikeus.

Tuomioistuimen velvollisuus tutkia kuluttajaoikeudellisiin faktaperusteisiin nojautuvia vaateita viran puolesta on todettu useissakin tapauksissa. Näistä osassa on ollut kyse sopimusehtojen kuten oikeuspaikkalausekkeen[66] tai luottosopimuksen[67] ehtojen kohtuuttomuudesta EU:n kohtuuttomuusdirektiivin (93/13/ETY) valossa. Tai ne ovat liittyneet esimerkiksi kulutusluottosopimuksen ehtojen pätevyyteen[68] (vrt. kulutusluottodirektiivi 87/102/ETY, kumottu) tai hinnanalennusvaateeseen silloin, kun kuluttajan vaatimus kaupan purkamisesta ei ole menestynyt[69] (vrt. kuluttajakauppadirektiivi, 1999/44/ETY).

Vetoamisoikeuden pysyvyyttä on suojattu esimerkiksi (vuonna 2005 annetussa) päätöksessä, jonka mukaan kansallisen tuomioistuimen piti ottaa tutkittavaksi välityssopimuksen kohtuullisuus huolimatta siitä, että väitettä ei ollut esitetty välimiesmenettelyssä, vaan vasta muutoksenhaun yhteydessä eli moitekanteessa.[70] Kun oikeuspaikka- ja välityssopimuksen pätevyys luokitellaan ns. tahdonvaltaiseksi prosessinedellytykseksi, pätemättömyyden tutkiminen edellyttää ainakin suomalaisten prosessiperiaatteiden mukaan vetoamista. Prosessinedellytyksiin pitää vedota ennen pääasiaan vastaamista, joten laiminlyönti aiheuttaa jo alioikeusprosessin aikana prekluusioon verrattavan vaikutuksen.

---

[66] Ks. Oceano Grupo Editorial SA ja Salvat Editores SA vs. Rocio Murciano Quintero ym. (asiat C-240/98 ja C-244/98).) tai Pannon GSM Zrt vs. Erzsébet Sustiké Győrfi, (asia 243/08). Kummassakin ratkaisussa todettiin, että kansallisen tuomioistuimen piti tutkita oikeuspaikkalausekkeen kohtuullisuus, vaikka asianosainen ei ollut esittänyt asiaa koskevaa vaatimusta/väitettä.

[67] Ks. ratkaisua asiassa Banif Plus Bank Zrt. vs. Csaba Csibai ja Viktória Csibai (asia C-472/11), jossa oli tutkittavana luottosopimuksen ehdon kohtuuttomuus, kun luotonantaja oli irtisanonut luottosopimuksen luotonottajan sopimusrikkomuksen perusteella. Tapauksessa Erika Jőrös vs. Aegon Magyarország Hitel Zrt (asia C-397/11) tutkittiin kysymys asianosaisten välillä luottosopimuksen nojalla suoritettavista summista (koroista, tilinhoitomaksuista yms.).

[68] Ks. Max Rampion ja Marie-Jeanne Godard, nykyään Rampion vs. Franfinance SA ja K par K SAS (asia C-429/05).

[69] Ks. ratkaisua tapauksessa Soledad Duarte Hueros vs. Autociba SA, Automóviles Citroen España SA (asia C-32/12).

[70] Ks. Elisa Maria Mostaza Claro vs. Centro Movil Milenium SL, asia C-168/05.

Tällaiselta vaikutukselta kuluttajan siis nähtävästi olisi pitänyt välttyä viimeksi mainittua ratkaisua vastaavassa tilanteessa.

Toisessa ratkaisussa, joka on sisällöltään hyvin samansuuntainen, voidaan siinäkin sanoa otetun kantaa suoraan oikeussuojan pysyvyyteen. Ratkaisussa nimittäin katsottiin, että kuluttajasopimuksen ehtojen kohtuullisuuden tutkintaa ajallisesti rajoittava kansallinen säännös vaaransi kohtuuttomuusdirektiivin 6 ja 7 artiklassa säädetyn suojan tosiasiallisen toteutumisen.[71] Myös tämä ratkaisu näyttää soveltuvan kotimaiseen prekluusioinstituutioon.

Oikeudenkäyntimenettelyn sisäiseen prekluusioon liittyy ainakin yksi ratkaisu. Siinä tosin ratkaisevaa vetoamisoikeuden pysyvyydelle oli se, että kansallisen lainsäädännön mukaisesti toimien kuluttajan oikeudenmenetys olisi muodostunut pysyväksi. Asianosainen ei olisi nimittäin voinut oikeudenkäynnin aikana tarkentaa vaatimuksiaan, sillä tarkentamista olisi pidetty kiellettynä kanteen muuttamisena. Lisäksi ratkaisun oikeusvoimavaikutus olisi estänyt asianosaista nostamasta uutta kannetta, jossa hän olisi vaatinut kaupan purkamisen sijasta hinnanalennusta.[72]

6.3.5 Pakottavan sääntelyn suojaamien oikeuksien tutkinnasta oikeuskirjallisuuden ja virallislähteiden mukaan

Tarkasteltaessa oikeuskirjallisuudessa esitettyjä kannanottoja virallisvelvoitteiden ulottuvuuteen on jo alustavasti tehtävä yleinen huomautus. Puhuttaessa tuomarin vastuusta on useimmiten pidetty silmällä vain asianosaisten määräämisoikeuden syrjäyttävää virallistutkintaa. Niinpä vastuunjako asianosaisten ja tuomioistuimen kesken on palautunut kysymykseen vetoamisvelvoitteen noudattamisesta.

Pakottavien säännösten soveltamisen sanotaan edellyttävän, että asianosainen on vedonnut vastaavaan faktatason ilmiöön eli ”konkreettisiin tosiasioihin”. Pakottavan sääntelyn tarkoittamiin faktaperusteisiin nähden noudatetaan toisin sanoen väittämistaakkaa. Näkemystä voidaan pitää vakiintuneena myös sopimusoikeudellisessa kirjallisuudessa.[73]

Prosessioikeudessa on samoin vakiintuneesti katsottu, ettei pakottavan sääntelyn kannalta merkityksellisiä seikkoja tutkita viran puolesta, vaan että niihin pitää vedota.[74] Virallistutkinnan alaisuuteen nämä faktaperusteet on luettu vain

---

[71] Ks. Codifis SA vs. Jean-Louis Fredont, asia C-473/00.

[72] Ks. Soledad Duarte Hueros vs. Autociba SA, Automóviles Citroen España SA (asia C-32/12). Ks. ratkaisun tuomiolauselma ja perustelujen kohdat 35, 36 ja 37.

[73] Ks. *Ramberg* 1996 s. 38; *Hemmo* 2003a s. 308 alav. 16; *Saloheimo*, LM 1991 s. 668.

[74] *Ekelöf* 1984 s. 246; SOU 1982:26 s. 114; *Virolainen* 1988 s. 333; *Ovaskainen* 1989 s. 111–112. Vrt. kuitenkin KKO 1998:81, jonka perusteluosassa muun muassa vahingonkorvauslain työntekijän vastuun kanavointia koskeva vaatimus perusteineen mainitaan tutkitun viran puolesta.

sillä ehdolla, että suojeluintressi on ns. julkinen tai kolmannen tahon intressi.[75] Merkitystä ei ole ollut edes sillä, voisiko pätemättömyys korjaantua tai olisiko se korjaantumatonta tai olisiko se korjaantumiskelvotonta siviilioikeudellisessa mielessä. Tutkinnan on toisin sanoen katsottu edellyttävän vetoamista riippumatta siviilioikeudellisen pakottavuuden asteesta, suhteellisuudesta tai absoluuttisuudesta. Myös siviilioikeudellisessa mielessä absoluuttisesti pakottaviin faktaperusteisiin pitää vedota.

Sanotusta poikkeavasti Ämmälä näyttää kuitenkin asettavan siviilioikeudellisen pakottavuuden lopullisuuden myös prosessuaalista sopimusvapautta tai pakottavuutta määrittäväksi ominaisuudeksi.[76] Kun siviilioikeudellinen tarkastelu ei salli sopimista toisin, voidaan siis Ämmälän mukaan po. faktaperusteet tutkia viran puolesta. Päättely ulottuu heikompaa osapuolta suojaavaan huoneenvuokra- ja maanvuokralakeihin, työlainsäädäntöön sekä vakuutuksenottajaa, ostajaa, kuluttajaa ja osamaksulaissa tarkoitettua ostajaa koskevaan sääntelyyn.[77] Oikeustoimilain pätemättömyyssäännökset sitä vastoin jäisivät pääasiassa virallistutkinnan ulkopuolelle, pätemättömyyden ollessa korjaantumiskelpoista.[78]

> Kuitenkin viran puolesta tulisi ottaa huomioon törkeä pakko (OikTL 28 §), johtuen moitittavuuden vakavasta asteesta,[79] mahdollisesti myös sopimuskumppanin iästä, sairaudesta tms. syystä johtuva kykenemättömyys hoitaa asioitaan (vrt. OikTL 33 §).[80]

Käsitys siitä, että virallistutkinta ulottuu pakottavan sääntelyn tarkoittamiin faktaperusteisiin, esiintyy myös sopimusoikeudellisessa lainvalmisteluaineistossa. Kuluttajansuojalain muutoksen esitöissä nimittäin katsotaan, että sopimusehdon lainvastaisuuden aiheuttama mitättömyys tulee ottaa huomioon viran puolesta.[81]

Tämä näkemys on nyttemmin yhtenevä EU-oikeudellisen kuluttajansuojaa koskevan ajattelun kanssa. Kuten edellä todettiin, EU-tuomioistuin on ennakkoratkaisupyyntöihin perustuvassa soveltamiskäytännössään harjoittanut EU:n kuluttajaoikeudellisten direktiivien vastaisen kohtuuttomuuden ja pätemättömyyden virallistutkintaa. Kun direktiivit ovat Suomessa voimassa olevaa oikeutta, kotimaiset tuomioistuimet ovat velvollisia noudattamaan EU-tuomioistuimen suosittelemaa käytäntöä.[82]

---

[75] Ks. jakso 3.8.1.
[76] Ks. *Ämmälä* 1993 s. 149.
[77] Ibid.
[78] *Ämmälä* 1993 s. 152 ja 159.
[79] *Ämmälä* 1993 s. 152–153.
[80] *Ämmälä* 1993 s. 154.
[81] Ks. HE 360/1992, erityiset perustelut KSL 5 luvun 2 §:n ja 8 luvun 2 §:n kohdalla. Kyse on nimenomaan 5 ja 8 lukujen säännösten vastaisista ehdoista.
[82] EU-oikeudella katsotaan olevan tulkintavaikutus, joka merkitsee, että kansallisen oikeuden

Prosessioikeudessa vallitseva näkemys vetoamisvelvollisuuden ulottumisesta pakottavan sääntelyn tarkoittamiin tosiasiaperusteisiin merkitsee, että nimenomaan oikeudenkäynnin aikana suojatun tahon katsotaan voivan luopua sääntelyn tarjoamasta oikeussuojasta. Asianosaisen on katsottu voivan halutessaan pidättyä vaatimasta pakottavan säännöksen aiheuttamaa oikeusseuraamusta.[83] Samoin asianosainen voisi myöntää vastapuolen vaatimuksen oikeaksi, tunnustaa haluamansa faktaväittämän tai tehdä vastapuolen kanssa pätevän prosessuaalisen sovinnon.

Kysymykseen, miksi faktaperusteen tutkinnan on oltava riippuvainen asianosaisen vetoamislausumasta, Ekelöf vastaa toteamalla, että asianosainen saattaisi pitää edullisempana sitä, että pakottavaa säännöstä ei lainkaan sovellettaisi tapaukseen.[84]

Onkin totta, että kaikissa tapauksissa faktaperusteen tutkiminen ei olisi asianosaisen tahdon mukaista. Eikä määräämisoikeuden epäämiseen toisaalta useimmissa tapauksissa liene mitään perusteita. Jos nimenmaista sopimusta osapuolten kesken ei kuitenkaan ole tehty (tai sellaisesta ole mitään tietoa), ei käytännössä kuitenkaan ole luultavaa, että vetoamattomuus lupaavaan faktaperusteeseen olisi tarkoituksellista.

Kun vetoamisvelvollisuus siis yhtäältä perustuu ainakin osittain määräämisoikeuden kunnioittamiseen, on ilmeisenä ongelmana toisaalta se, että asianosainen ei aina tunne realistisia vetoamismahdollisuuksia. Todennäköisempi syy, miksi asianosainen ei tahtoisi vedota edukseen olevaan perusteeseen, on epäilys menestymisen mahdollisuuksia kohtaan. Menestystä koskeva arvio saattaa kuitenkin olla myös virheellinen. Myös vetoamisen aiheuttama prosessiriski saatetaan yliarvioida. Tunnetusti asianosainen saattaisi kylläkin epäonnistua prosessiteknisesti, jolloin vedotut asiaintilaväitteet jäisivät liian suppeiksi.

Ehkäpä näistä syistä onkin ehdotettu, että tuomarin tulisi ”tarpeen vaatiessa” kiinnittää asianosaisen huomiota ongelmaan. Tätä edellyttäisivät oikeudenkäymiskaaren prosessinjohtosäännökset.[85] Mitä tämä prosessinjohtovelvoite lähemmin merkitsee, ei kuitenkaan edes oikeuskirjallisuudessa ole sanottavammin täsmennetty.

> Virolaisen mukaan, vaikka suojan kohteena olevaa osapuolta ”ei voida asettaa väittämistaakan suhteen vastapuolta edullisempaan asemaan, tulisi oikeuden harjoittaa voimakasta prosessinjohtoa juuri mainitunlaisten asianosaista-

---

säännöksille on lähtökohtaisesti pyrittävä antamaan eurooppaoikeuden ja integraatiotavoitteiden kanssa yhteensopiva sisältö. Ks. *Raitio* 2013 s. 264 ss. tai *Wilhelmsson* 2008 s. 19.

[83] *Ekelöf* 1984 s. 246.

[84] Ibid.

[85] Ibid.

hojen etua silmällä pitäen".[86] Ovaskainen katsoo, että pakottavan sääntelyn suojaa nauttivan asianosaisen hyväksi "voidaan harkita jossakin määrin voimakkaampaa prosessinjohtoa".[87] Näkemys ei kuitenkaan koske oikeustoimilain mukaisia yleisiä pätemättömyys- tai kohtuullistamisperusteita.[88]

Kyselytoiminnan jäädessä tapauskohtaisten olosuhteiden ja prosessinjohdossa yleisesti noudatettujen periaatteiden varaan voidaan sanoa, että lähtökohtainen vastuu kohtuullistamisongelman (kuten minkä tahansa sääntelyn tarkoittaman faktaperusteen) huomaamisesta ja saattamisesta keskusteluun on asetettu asianosaisen harteille. Vaarana on, että ylipäänsä ne periaatteet, jotka ohjaavat kyselytoimintaa, ovat epäselviä.

Edes näkemys "tavanomaista aktiivisemmasta" prosessinjohdosta kohtuullistamiskysymyksissä tai pakottavan sääntelyn tilanteissa ei ole ollut yksimielinen.[89] Sellaista oikeuskäytäntöä, jossa olisi otettu hyvin selvästi kantaa kyselyvelvollisuuden ulottuvuuteen yleensä tai pakottavan sääntelyn soveltumistilanteissa, on vähän tai ei lainkaan.

Näkemys väittämistaakan ohentumisesta on kiinnostava, koska vetoamistarkoituksen tulkinta merkitsee (aiemmin selostetulla tavoin) noissa olosuhteissa virallisvelvoitetta, joka on keskeisellä tavoin voimakkaampaa aloitteellisuutta osoittavaa kuin kyselytoiminta sivuuttaessaan vetoamistarkoituksen nimenomaisen varmistamisen (ks. jakso 4). Jos noissa olosuhteissa (oikeuskirjallisuudessa ja -käytännössä) on oltu valmiita asettamaan suora tutkimisvelvollisuus, täytynee vastaava tutkinta olla toteutettavissa kyselyvelvollisuuden kautta.

Tulkintakäytännön ja sopimusoikeudellisessa kirjallisuudessa heränneiden tarkastelujen merkitystä rajoittaa toisaalta sovellusten kapea-alaisuus. Tarkastelu on jäänyt tilanteisiin, joissa jo on vaadittu sopimuksen pätemättömyyttä (tai kiistetty korvausvaatimus kokonaan) tai vedottu pätemättömyysperusteisiin. Kyse on toisin sanoen eräiden toisiaan käsitteellis-teknisestikin lähellä olevien faktaperusteiden ja vaatimusten ottamisesta mukaan osaksi laillista oikeudenkäyntiaineistoa keskeisen syyn liittyessä tunnusmerkistöjen ja/tai vaaditun oikeusseuraamuksen osittaiseen yhtenevyyteen. Syynä on lisäksi ajatus vetoamistahdon ilmenemisestä. Tulkintojen soveltamisala näyttäisi ainakin ensikatsannossa jäävän kapeaksi. Niihin saattaa kuitenkin liittyä laventamismahdollisuuksia.

Vrt. esimerkiksi ratkaisua KKO 2008:77, jossa pakottavaan säännökseen (laki kauppaedustajista ja myyntimiehistä 28 §) perustuva hyvitysvaatimus perusteineen tutkittiin myös kohtuullistamisperusteisena (OikTL 36 §).

---

[86] *Virolainen* 1988 s. 333.
[87] *Ovaskainen* 1989 s. 93.
[88] Vrt. *Ovaskainen* 1989 s. 111, 114.
[89] Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 111 ja 114, jonka mukaan poikkeamiseen tavanomaista aktiivisempaan suuntaan ei ole mitään aihetta kohtuullistamis- tai pätemättömyysperusteiden kohdalla.

6.3.6 Arviointia ja suosituksia

Väitteenvaraisuus pääsääntönä

Voimassa olevan oikeuden näkökulmasta pakottavaan sääntelyyn nojautuvia faktaperusteita lienee pidettävä joitakin poikkeuksia lukuun ottamatta väitteenvaraisina huolimatta siviilioikeudellisessa kirjallisuudessa tai lainvalmisteluaineistossa ajoittain esiintyvistä poikkeavista näkemyksistä. Näin voidaan päätellä, koska pakottavien faktaperusteiden suorasta virallistutkinnasta ei ole johdonmukaista tai laajaa oikeuskäytäntöä. Prosessioikeuden piirissä näkemys on toisaalta vakiintunut ja melko yksimielinen.

Osittain ristiriitaiset kannanotot yhtäältä prosessioikeudellisessa ja toisaalta siviilioikeudellisessa kirjallisuudessa ja lainvalmistelussa eivät ehkä selity sillä, että siviilioikeuden ja prosessioikeuden edustajilla olisi ollut mielessään hieman eri kysymys. Luontevasti ja nähdäkseni perustellusti osa ristiriidasta saatettaisiin kylläkin poistaa omaksumalla näkemys yhtäältä faktaperusteiden keskusteluun saattamista koskevan vastuun ja toisaalta väitteenvaraisuuden ja määräämisoikeuden erottamisesta. Väitteenvaraisuudesta ei seuraa, etteikö tuomarin voisi olla vastuussa jonkin määrätyn faktaperusteen tutkimisesta esimerkiksi siinä merkityksessä, että tuomarin olisi nostettava kysymys tuosta faktaperusteesta keskusteluun. Samanaikaisesti asianosainen voisi joko vedota faktaperusteeseen tai luopua vetoamisesta. Näkemykseni mukaan kysymyksiä on perusteltua tarkastella tätä tuomarin ja asianosaisten oikeuksien ja velvollisuuksien erottelua vasten.

Näyttää siltä, että myös aiemmin selostettu EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö on sovitettavissa yhteen tässä esitettyjen ajatusten kanssa. Ennakkoratkaisuissa on kylläkin katsottu, että kansallisten tuomioistuinten on voitava tutkia kuluttajaoikeudellisiin direktiiveihin nojautuvat faktaperusteet, vaikka asianosainen ei olisi niihin vedonnut. Ratkaisut eivät kuitenkaan ota kantaa siihen, voitaisiinko tutkimisvelvollisuus toteuttaa kyselytointen muodossa, jos asianosaiselta samalla edellytettäisiin lopullista päätöksentekoa sen suhteen, mihin seikkoihin tai vaatimuksiin hän vetoaa. Uudemman käytännön mukaan asianosaisella olisi oikeus oma-aloitteisesti luopua oikeussuojasta, jos hän olisi tietoinen käytettävissään olevista vetoamismahdollisuuksista.[90] Huomattakoon, että ratkaisukäytäntö on toisaalta edellyttänyt ”pääsääntöisesti” tuomarilta kyselytoimia suojatun tahon vastapuolena olevan intressissä.[91]

---

[90] Ks. ratkaisua asiassa Pannon GSM Zrt. vs. Erzsébet Sustikné Győrfi (C-243/08), jossa tuomiolauselman 2-kohta sisältänee ajatuksen, että asianosainen voisi luopua ”vetoamasta” oikeuspaikkasopimuksen kohtuuttomuuteen. Luopuminen on hyväksyttävää myös ratkaisun C-472/11 mukaan. Ratkaisun perusteluissa (kohta 35) pidetään luopumista hyväksyttävänä, ”kun kuluttaja on tietoinen kohtuuttoman ehdon sitomattomuudesta mutta kuitenkin toteaa, että hän vastustaa sen huomiotta jättämistä, ja antaa näin vapaaehtoisen ja tietoisen suostumuksensa kyseiseen ehtoon”.

[91] Ks. ratkaisua asiassa Banif Plus Bank Zrt vs. Csaba Csipai ja Viktoria Csipai (C-472/11), pe-

Virallisvastuun rajaaminen ja toteuttamistapa

Mutta mitkä faktaperusteet sitten olisi tutkittava viran puolesta ja millä tavoin? Virallislähteistä ei *tähän* ongelmaan siis juurikaan saada apua. Perustavia erotteluja ei näkemykseni mukaan ole syytä rakentaa sen varaan, minkä oikeudenalan sääntelystä kulloinkin on kyse. Eikä tällainen olisi mahdollistakaan hajanaisen ja puutteellisen virallislähteistön pohjalta. Edellä oleva tarkastelu osoittaa kylläkin sen, että ajatuksella virallisvastuusta on normatiivista voimaa mm. pakottavan työ- ja kuluttajaoikeudellisen sääntelyn osalta. Asiakohtainen suojeluintressin vahvuus on parempi lähtökohta virallisvastuiden tarkasteluun.

Niinpä poikkeuksellisen vahva suojeluintressi voisi perustella asianosaisen määräämisoikeuden sivuuttavan virallistutkinnan. Kyseeseen voisi nähdäkseni tulla lähinnä sellainen peruste, joka liittyy suojatun asianosaisen tosiasiallisen tahdonvapauden voimakkaaseen rajoittumiseen. Vahvimmat intressit liittynevät eräisiin oikeustoimilain (ja sopimusoikeuden yleisten oppien) mukaisista pätemättömyysperusteista. Samoin sellainen pitkäkestoinen oikeussuhde, jonka jatkuminen aiheuttaa sen, että osapuoli joutuisi varomaan oikeuksiensa puolustamista, saattaisi perustella asianosaisen vetoamislausumista riippumattoman virallistutkinnan. Tyypillisesti työsuhteeseen, virka- tms. palvelussuhteeseen liittyvät oikeusongelmat saattaisivat olla tässä suhteessa erityisasemassa.

Absoluuttisen pakon tai törkeän pakon tutkimiseen on asianosaisen oikeusturvan lisäksi kohtalainen julkinen intressi. Kun absoluuttisen pakon aiheuttama oikeustoimen ns. ineksistenssi tai törkeän pakon aiheuttama pätemättömyys saattaisivat korjaantua, ei osapuolen oikeudenkäynnin aikana ilmaisemaa tahtoa kannata syrjäyttää, vaan tutkimisvelvollisuuden tulisi olla lähtökohtainen siten, että asianosainen voisi ilmoittaa luopuvansa ao. faktaperusteen tutkimisesta. Näihin tosiasiaperusteisiin voisi toisaalta vaihtoehtoisesti soveltua vetoamisvelvollisuuden asettaminen pakottavien normien velvoittamalle asianosaistaholle.[92] Ratkaisun etuna on, että sen avulla vältettäisiin tyylikkäästi faktaperusteen prekludoituminen.[93] Tutkinnan aktualisoituessa olisi kuitenkin tarkasti huolehdittava siitä, ettei sopimukseen vetoava osapuoli joudu prosessitaktisesti epäsuotuisaan asemaan ja että hänen kuulemisoikeuttaan ei loukata. Sopimukseen vetoavaan kohdentuva todisteiden prekluusiouhka olisi voitava välttää tulkinnan keinoin. Jos ajatuksena on, että osapuoli vetoaa pakon puuttumiseen vain implisiittisesti, häneltä ei voida järkevästi edellyttää väitettä tukevan todistelun ilmoittamista.

---

rustelujen kohdat 29 ja 30 sekä tuomiolauselma. Jopa menettely, jossa informointi on ehtona faktaperusteen tutkimiselle, on hyväksytty. Ks. saman ratkaisun perustelukohdat 29, 30 ja 32.

92 Ks. *Kaiston* (2007 s. 105–107) ehdotusta, johon viitattiin luvussa 3.5.4.

93 Säännösten sanamuodon nojalla on nimittäin (luvussa 5 kerrotulla tavoin) jossakin määrin epävarmaa, soveltuuko hovioikeusprekluusio viran puolesta tutkittaviin faktaperusteisiin.

Sama argumentaatio voisi soveltua eräisiin muihinkin pätemättömyys- ja sitomattomuusperusteisiin. Ainakin vaatimuksen perusteena olevan asiakirjan aitous on siinä määrin perustava näkökohta, että sopimukseen vetoavan saatetaan realistisesti ajatella ottavan sen huomioon. Vaatimuksen perustuminen epäaitoon tai väärennettyyn asiakirjaan on ns. vahva sitomattomuusperuste, jota vastaan asiakirjaan vetoava ei saa vilpittömän mielen suojaa. Nähdäkseni vetoamisvelvollisuuden asettamista asiakirjaan vetoavalle tukee lisäksi se, että myös todistustaakka asiakirjan aitoudesta on asiakirjaan vetoavalla silloin, kun se henkilö, jonka nimi on asiakirjassa, kiistää allekirjoituksen aitouden.[94] Kyse on toisekseen sinänsä helposti rajattavasta edellytyksestä. Vetoamisvelvoitteiden järjestelmä ei ehkä vielä mutkistuisi liiaksi, jos tämän kaltaista seikkaa koskeva väittämistaakka kohdennettaisiin asiakirjaan vetoavalle. Vaikka vastapuoli luonnollisesti tarvitsee oikeussuojaa myös vahvoja vetoamisperusteita vastaan, ei näin jaetusta väittämistaakasta aiheudu hänelle kohtuutonta haittaa. Asianosainen säilyttäisi mahdollisuutensa saada asiakirjan aitous tutkittavaksi vain meneillään olevan oikeusprosessin ja muutoksenhakuvaiheen ajan.[95]

Voidaan toisaalta ajatella vaikkapa oikeustoimilain 31 §:ssä säänneltyä kiskomista oikeustoimen pätemättömyysperusteena. Jos henkilö olisi vaikkapa humalapäissään tai tilapäisen henkisen järkytyksen vaikutuksesta myynyt kiinteistön yhdellä viidesosalla verrattuna käypään arvoon ja ostaja olisi käyttänyt hyväkseen tällaisesta syystä aiheutunutta kevytmielisyyttä tai ostajasta riippuvaista asemaa, lienee vetoamisoikeuden säilyttämiseen ainakin meneillään olevan oikeudenkäynnin ajan poikkeuksellisen voimakas julkinen ja yksityinen intressi.[96] Kaikissa tapauksissa oikeustoimilain 31 §:n soveltumiseen ei kuitenkaan ole (edes ensikatsannossa) näin selkeitä perusteita, vaan olosuhteet ovat usein hyvin tulkinnanvaraisia. Toisaalta on aidosti hyvin vaikea tehtävä rajata, mitkä pätemättömyysperusteista (tai pakottavan sääntelyn kohteena olevista faktaperusteista) ovat suojeluintressinsä puolesta niin vahvoja, että tämän tulisi vaikuttaa väittämistaakan jakoon. Järjestelmän selkeys puoltaa siksi tässä tapauksessa väittämistaakan jakamista samalla tavoin todistustaakan kanssa.

Asianosaisen alentuneesta ymmärryskyvystä johtuva oikeustoimikelpoisuuden puute voitaisiin sitä vastoin tutkia siitä riippumatta, mitä vetoamislausumia asianosaisen puolesta on esitetty. Puutteen vaikutus oikeustointen pätevyyteen tulisikin tutkia, jos käsillä ei ole selvitystä siitä, että puute olisi korjaantunut ja että asianosainen olisi hyväksynyt vastaavan sitoumuksen jälkeenpäin. On periaatteellisesti vaikea pulma, kenen tulisi huolehtia sellaisen henkilön edusta,

---

[94] Ks. *Hemmo* 2003a s. 385–386. Todistustaakka asettunee kylläkin toisin, jos joku muu kuin allekirjoittaja väittää asiakirjaa väärennetyksi.

[95] Lainvoimaisen ratkaisun johdosta syntyvän negatiivisen oikeusvoimavaikutuksen ansiosta vastapuoli saavuttaa lopullisen suojan ainakin asiassa tutkittuja tosiasiaperusteita vastaan.

[96] Ks. myös *Ämmälän* (1993 s. 51–53) mainitsemia esimerkkejä.

jonka oikeustoimikelpoisuus on rajoittunut tosiasiallisesti mutta joka on muodollisesti täysivaltainen. Nähdäkseni tuomioistuin voi hyvin ottaa tämän vastuun meneillään olevaan oikeusriitaan liittyvää tutkimisvastuuta ajatellen.[97] On myös täysin perusteltua, ettei työntekijän tarvitse vedota korvausvastuun kanavoinnin perustaviin faktaolosuhteisiin tai vaatia vastuun kanavointia.[98] Työntekijä saattaisi helposti tuntea asemansa suhteessa työnantajaan siinä määrin epävarmaksi, että hän sen vuoksi pidättyisi vetoamasta työnantajan vahingoksi koituviin perusteisiin ja vaatimuksiin. Näin ollen pakottavan säännöksen turvaama oikeus uhkaisi jäädä toteutumatta. Jos työsuhteen kestäessä olisi meneillään oikeusriita työnantajan ja työntekijän välillä, saatettaisiin pakottavaa sääntelyä oman näkemykseni mukaan yleensäkin kohdella samasta syystä eiväitteenvaraisena.

Tuomioistuimen lähtökohtainen tutkimisvelvollisuus?

Tulisiko sitten tuomioistuimen olla lähtökohtaisesti vastuussa joidenkin määrättyjen faktaperusteiden saattamisesta keskustelun alaisuuteen? Entä kuinka tällaisen vastuun piiriin luettavat faktaperusteet voitaisiin rajata? Riittävänä rajauksena voisi toimia parhaiten edellytys, jonka mukaan tuomarin vastuun piiriin kuuluisivat kaikki faktaperusteet, joihin liittyy joko sääntelyn tasolla tai kirjoittamattomaan oikeuteen vakiintuneesti perustuvia pakottavia vaikutuksia. Luopumismahdollisuus on siinä mielessä teoreettinen, että asianosaisen ei voida yleisen elämänkokemuksen nojalla olettaa kovinkaan usein luopuneen sääntelyyn perustuvasta oikeussuojasta, jos tästä ei ole nimenomaista evidenssiä. Pakottavuusvaikutuksia sisältävien faktaperusteiden piiri on toisaalta kohtuudella määriteltävissä.

On huomautettava, että periaatteellisen vastuun asettaminen tuomioistuimelle ei vielä suinkaan ratkaisisi kaikkein tärkeimpiä pulmia, joita faktaperusteita koskevaan vastuunjakoon liittyy. Edes prekluusiouhan soveltuvuutta koskevaan ongelmaan ei tätä kautta saataisi ratkaisua, vaikka hyväksyttäisiin luvussa 5 esitetty näkemys vetoamisvelvollisuuden aktualisoitumisesta prekluusion edellytyksenä. Prekluusiosäännösten sanamuoto (”asiassa, jossa sovinto on sallittu”) ei salli prekluusiouhan sivuuttamista ilman prosessuaalista indispositiivisuutta. Tuskin voitaisiin tulkita, että OK 6:9:ssä tai OK 5:22:ssa olisi tarkoitettu vain siviilioikeudellista pakottavuutta.

---

[97] Toinen asia on, että luonnollisesti vain harvoin asiassa voisi olla selvitystä oikeustoimikelpoisuuden puutteellisuudesta, jos asianosaisen puolelta ei olisi esitetty tästä minkäänlaisia väitteitä.
[98] Vrt. KKO 1998:81, jossa sanotaan tutkitun viran puolesta kysymys vahingonkorvauslain mukaisesta vastuun kanavoinnista (VahL 6:2) ja työntekijän vastuuta koskevien kohtuullistamisperusteiden soveltumisesta. Samankaltainen vastuun kanavointia koskeva säännöstö sisältyy merilain 7 luvun 1 §:ään, jonka mukaan laivanisäntä on ensisijaisesti vastuussa laivan päällikön tai aluksen lukuun työskentelevän laiminlyönnillään tai virheellään aiheuttamasta vahingosta.

Ongelmaksi jäisi rajauksen kannalta toisaalta se, milloin myös faktaperusteen konkreettiseen tutkimiseen on syytä. Kaikkia periaatteessa virallisvastuun piiriin kuuluvia kysymyksiä ei nimittäin voida ottaa konkreettisestikin tutkittaviksi tai keskusteltaviksi.[99] Nähdäkseni olisi mahdotonta velvoittaa tuomioistuinta ottamaan keskusteltavaksi kaikki teoriassakin mahdolliset tai mieleen tulevat pakottavaan sääntelyyn nojautuvat faktaperusteet.[100]

Voitaisiinko tällainen lähtökohtainen tutkimisvelvoite sitten asettaa tuomioistuimelle voimassa olevan oikeuden näkökulmasta? Tämä lienee sinänsä epävarmaa, vaikka omasta puolestani pitäisin sitä (määrätyin varauksin) mahdollisena. Nähdäkseni asiaa on kuitenkin aiheellista tarkastella yhteydessä kyselyvelvollisuuden ulottuvuutta koskevaan ongelmaan, kun otetaan huomioon juuri se, että velvoitteen ulottuvuus jouduttaisiin joka tapauksessa määrittelemään tapauskohtaisesti, kulloinkin vallitsevissa prosessuaalisissa yms. olosuhteissa. Samaan suuntaan vaikuttaa tuomioistuimelle kaikissa tapauksissa aiheutuva informointivelvoite.

Tässä vaiheessa olisin jo myöhempää tarkastelua ennakoiden valmis esittämään, että ainakin silloin, kun tuomioistuin kohtalaisella varmuudella tietäisi jonkin pakottavaan sääntelyyn nojautuvan faktaperusteen soveltuvan, kysymys siihen vetoamisesta tulisi ottaa keskusteluun.

Tuomioistuimen tutkimisvelvollisuus vastaajan poissa ollessa

Väitteistä riippumattomalla tosiasiaperusteiden tutkinnalla on ainakin jossakin määrin yllä kerrottua enemmän käyttöä ns. poissaolotilanteissa. Vastaajan poissa ollessa kantajan vaatimus on nimittäin hylättävä siltä osin kuin se on selvästi perusteeton (OK 5:13.1 ja OK 12:13). Voidaan sanoa, että päätelmä kantajan vaatimusten selvästä perusteettomuudesta on tehtävissä käytännössä helpommin pakottavien kuin tahdonvaltaisten yksityisoikeudellisten normien perusteella. Erityisesti tämä koskee siviilioikeudellisessa mielessä ns. absoluuttisesti pakottavia normeja, joiden vuoksi pätemättömyys tai sitomattomuus on korjaantumiskelvotonta.

Tähän on olemassa prosessitekninen selitys mutta nähdäkseni pakottavien normien kohdalla virallistutkintaan on myös muita syitä. Jos kantajan vetoamisja todistelutarkoituksessa esittämien lausumien perusteella olisi suoraan pääteltävissä, että vedottu sopimus on lainvastaisena pätemätön korjaantumiskelvottomalla tavalla, minkäänlainen osapuolten keskinäinen sopimus ei muuttaisi tätä asiaa. Niinpä ei tarvitse ottaa huomioon mahdollisuutta, että osapuolet olisivat yksinkertaisesti sopineet toisin tai että suojattu osapuoli olisi luopunut vetoa-

[99] Vrt. luku 9, jossa pohditaan mahdollisuutta määritellä kyselyvelvoitteiden ulottuvuutta; parhaassakin tapauksessa rajankäynnit jäävät riippuvaisiksi tapauskohtaisista olosuhteista.
[100] Vrt. jäljempänä kohdassa 7.5 esitettyyn.

masta pakottavaan normiin perustuvaan oikeuteensa. Tällöin asiaan vaikuttavia faktaolosuhteita voitaisiin nähdäkseni pitää riidattomina. Jos kantaja on vaatinut häätötuomiota vuokrasopimuksen purkamisen perusteella, ja kantajan esityksestä käy ilmi, että sopimus on purettu ilman, että vuokralaiselle on annettu kirjallista varoitusta, vaatimusta lienee pidettävä selvästi perusteettomana.[101]

Mutta tarvitseeko faktaolosuhteiden olla riidattomia vai voitaisiinko päätelmä vaatimusten selvästä perusteettomuudesta perustaa sellaiseen fakta-aineistoon, jota voitaisiin pitää näytön puolesta kohtalaisen yksiselitteisenä? Omasta puolestani olisin valmis puoltamaan virallistutkintaa ainakin pakottavan sääntelyn soveltuessa. Mikä olisi tähän kysymykseen voimassa olevan oikeuden kanta, lienee kylläkin suuresti epävarmaa. Peruslähtökohtana mainitaan usein, että näytön arviointi rajoittuu notorisesti väärien tai ilmeisesti mahdottomien tosiasioiden torjumiseen.[102] Oikeuskirjallisuudessa asiasta esiintyy kuitenkin hieman poikkeavia painotuksia.[103]

Virallistutkintaa saatetaan vastustaa näytöllisesti huomattavan selkeissäkin tapauksissa sillä perusteella, että se suosisi asianosaisen passiivisuutta. Aktiivista osallistumista prosessiin on pidetty tavoiteltavana päämääränä ja esimerkiksi Virolaisen mukaan virallistutkinta heikentäisi poissaoloon kohdistuvaa sanktiouhkaa.[104] Jos ja kun pakottavasti säänneltyjen faktaperusteiden tutkinta rajoittuisi jokseenkin selviin tapauksiin, ei poissaolo kuitenkaan aiheuta lisäkustannuksia tai vaikuta prosessin kulkuun muutoinkaan haitallisella tavalla. Asianosaisen voidaan tuskin sanoa hyötyvän poissaolostaan, sillä läsnä ollessaan hän kykenisi joka tapauksessa paitsi vetoamaan ao. faktaperusteeseen myös esittämään väitettä tukevaa näyttöä.

Eikä aktiivinen suhtautumistapa toisekseen edes kaipaa voimakasta tukea prosessijärjestelmän taholta, sillä passiivisuus on realistinen ja asianosaisen intressissä edullinen vaihtoehto silloin, kun hänellä ei ole keinoja saavuttaa voittoja prosessiin osallistumalla. Passiivisuus voi kuitenkin johtua tietämättömyydestä, kuluriskin pelosta tai prosessoinnin edellyttämien taloudellisten voimavarojen puuttumisesta. Tämän vuoksi en näe syytä, miksi asianosaisen passiivisuutta tulisi erityisesti varoa ”suosimasta”.

---

[101] Nähtävästi toisin *Virolainen* (LM 1985 s. 1000), jonka mukaan edes kantajan omaksi tappiokseen vetoamien tosiasioiden oikeudellista merkitystä ei voida tutkia vastaajan hyväksi.

[102] Ks. esimerkiksi *Lappalainen* 1994b s. 186–187; *Leppänen* 1998 s. 107–108. *Lappalaisen* (1986 s. 396–397 ja alav. 34) mukaan tuomioistuin voi joissakin tapauksissa hylätä näytöllisesti ilmeisen perusteettomia kantajan vaatimuksia.

[103] *Virolainen* (LM 1985 s. 999) samoin kuin *Ovaskainen* (1989 s. 138) katsovat, että kantajan vaatimusta ei voisi milloinkaan hylätä näytön arvioinnin perusteella. Kumpikin mainitsee, että vastatosiseikka tulee ottaa huomioon ainoastaan siinä tapauksessa, että asianosainen tulee paikalle ja esittää asiaa koskevan väitteen.

[104] Näin *Virolainen* LM 1985 s. 999. Samoin *Ovaskainen* 1989 s. 138 ja *Leppänen* 1998 s. 107–108. Tästä poiketen Lappalainen (1989 s. 397) katsoo, että tuomioistuin voi pitää viran puolesta suuremmassa määrin huolta poissa olevan kuin läsnä olevan asianosaisen intresseistä.

Ehkäpä vakavampi vasta-argumentti liittyy siihen, että pakottavasti säänneltyjen faktaperusteiden tutkinta kuormittaisi liiaksi summaarista menettelyä. Ekelöfin mukaan summaarinen siviiliprosessi menettäisi sen vuoksi tehokkuuttaan siviilioikeudellisen sääntelyn yhteiskunnallisen ohjausvaikutuksen välittäjänä.[105] Pitäisin näkemystä liioiteltuna, jos ja kun virallistutkinta rajautuisi näytöllisesti ilmeisen selviin tapauksiin.

Huomattakoon, että EU:n kuluttajaoikeudellisten direktiivien soveltuessa EU-tuomioistuimen oikeuskäytäntö edellyttää poissaolotilanteissa virallistutkintaa, jos faktaperusteen soveltamiseen johtavat tosiasiat ovat selviä.[106]

6.3.7 Virallisvelvoitteiden mahdollisia indikaattoreita

Jos tuomarilla on velvoitteita, jotka kohdistuvat pätemättömyys- tai kohtuullisuuskysymyksen saattamiseen keskustelun alaisuuteen, joudutaan kysymään, millä tavoin velvoitteiden ulottuvuutta voidaan rajata. Säännösten laajan soveltamisalan vuoksi rajausongelma on erityisen vaikea yleisten pätemättömyys- ja kohtuullistamisperusteiden kohdalla. Aivan yhtä tärkeä kysymys on tietysti se, milloin tuomarilla konkreettisesti on jokin velvoite.

Vasta jäljempänä (jaksossa 8) tarkastellaan lähemmin nimenomaan kyselytoiminnan ulottuvuudelle oikeuskirjallisuudessa esitettyjä tai oikeuskäytännössä sovellettuja kriteerejä. Niistä saatetaan kuitenkin jo alustavasti todeta, että kyselytoiminnan kriteerit ovat varsin pitkälti ohittaneet kysymyksen sovellettavaksi tulevan aineellisen oikeuden luonteesta. Kirjallisuudessa esitetyt mittapuut ovat kytkeytyneet ennen kaikkea sellaisiin näkökohtiin kuin vetoamislausumien sisältöön ja lausumien osoittamaan vetoamistarkoitukseen tai oikeudenkäynnin ajalliseen vaiheeseen. Tärkeässä asemassa ovat olleet kyselytoimilta odotetut prosessitaloudelliset vaikutukset.

Seuraavassa tarkastellaan alustavasti muutamia olosuhteita, jotka saattaisivat puoltaa virallisvelvoitteita. Sopimusoikeuden näkökulmasta tarkastelun arvoisia olosuhteita saattaisivat olla tyyppikohtuuttomuus, sopimusehdon luonne vakioehtona, ehdon yksipuolinen synty (ehdosta ei ole erikseen neuvoteltu osapuolten kesken) ja sopimusosapuolten tiedollisten, taidollisten ja taloudellisten voimasuhteiden merkittävä eroavuus (heikompi/vahvempi-asetelma).

Yleisemminkin kuin vain kohtuullistamis- tai pakottavan sääntelyn tilanteisiin soveltuva näkökohta on puolestaan se, mikä merkitys kyselyvelvollisuuden perusteena tulisi antaa tuomarin tosiasioita koskevalle tietämykselle. Kaiken asiassa esitetyn (ns. laajan oikeudenkäyntiaineiston) perusteella tuomari saat-

---

[105] Ks. *Ekelöf* 1984 s. 246–250.

[106] Ks. ratkaisua asiassa Banco Español de Crédito SA vs Joaquín Calderón Camino (asia C-618/10)

taa usein jo melko varmasti tietää joidenkin säännösten soveltumisesta oikeusriitaan. Kuten edellä on havaittu, vetoamisvelvollisuus koskee myös niitä tosiasioita, joiden olemassaolosta olisi täysi näyttö.

a. Sopimusehdon tyyppikohtuuttomuus

Vaikuttaisiko tuomarin kyselyvelvollisuuteen, jos toisen osapuolen vetoamaa (tai hänen edukseen muutoin vaikuttavaa) sopimusehtoa olisi pidettävä tyyppikohtuuttomana? Tyyppikohtuuttomuudella tarkoitetaan, että jokin ehto on kohtuuton ”sellaisenaan”.[107] Tällöin arviointi rajautuu ainakin ensi vaiheessa po. yksittäiseen ehtoon. Avuksi ei toisin sanoen tarvittaisi sopimuskokonaisuuden tarkastelua eikä tapauskohtaista harkintaa sen suhteen, johtaako ehto kohtuuttomaan tulokseen. Täysin ilman ehtojen kokonaistarkastelua ei kylläkään selvitä, vaan ehtojen kokonaisuus saattaa poikkeuksellisesti oikeuttaa yksittäisen ehdon poikkeuksellisen silmiinpistävältä näyttävän epätasapainoisuuden.

Esimerkkinä tyyppikohtuuttomasta ehdosta mainitaan usein ns. yksipuolinen ehto, jonka mukaan toinen osapuoli saa ratkaista yksin sopimuksen sisältöön olennaisesti vaikuttavan seikan.[108] Näistä puolestaan mainitaan esimerkkeinä ostajan ajallisesti rajoittamaton sidonnaisuus tehtyyn tarjoukseen samalla kun myyjä voi omasta puolestaan päättää sopimuksenteosta vapaasti, myyjän yksipuolinen oikeus hinnan korottamiseen ja myyjän yksinoikeus päättää, onko tavarassa virhe.[109] Usein mainitaan myös ehto, jonka mukaan luotonantaja saa yksin arvioida, onko velan vakuus edelleen riittävä vai onko luotonsaajan annettava lisää vakuuksia.[110]

Tämän kaltaisten asiaintilojen virallistutkintaa helpottaa aineellisoikeudelliseen harkintaan vaikuttavien olosuhteiden rajallisuus. Harkintaan vaikuttavat seikat eivät (useimmiten) aiheuta epävarmuutta, eivätkä sellaisenaan edes johtaisi esimerkiksi näytön laajenemiseen. Lisäksi tyyppikohtuuton ehto on helposti ratkaisijan havaittavissa, varsinkin silloin kun on puhe nimenomaan sellaisten ehtojen tutkimisesta, jotka jo vaikuttavat oikeusriidan lopputulokseen. Jos vastapuolen on pitänyt vedota po. ehtoon, kysymys tyyppikohtuuttomuudesta ei jäisi huomaamatta.

> Jos vastapuolen on pitänyt vedota tyyppikohtuuttomaan ehtoon, seuraa väittämistaakkaoppien mukaisesta taakan jaosta, että asianosaisen pitää väittää ehtoa kohtuuttomaksi tai pätemättömäksi. Kun asiaan vaikuttavien olosuhteiden piiri nyt kuitenkin rajautuu lähinnä (jo vedotun) ehdon sisältöön, saa-

[107] *Wilhelmsson* 2008 s. 126.
[108] HE 247/1981 s. 12; KKO 1983 II 91.
[109] Ks. *Grönfors – Dotevall* 2010 s. 252–253; Reg. prop. 1975/76:81 s. 118–119; nämä samat esimerkit HE 247/1981 s. 14; *Wilhelmsson* 2008 s. 158.
[110] HE 247/1981 s. 14; *Wilhelmsson* 2008 s. 158.

tettaisiin ehdon tyyppiin perustuva kohtuusarviointi kenties luokitella yhtä hyvin lainsoveltamiskysymykseksi. On toisin sanoen tulkinnanvaraista, jäisikö tyyppikohtuuttomuuteen nojautuva kohtuuttomuus ja pätemättömyys väittämistaakan ulkopuolelle jo yleisten oppien nojalla. Ongelmaksi muodostuisi tosin vaatimistaakka, joka vakiintuneen näkemyksen mukaan edellyttäisi vaatimusta ehdon kohtuuttomaksi tai pätemättömäksi julistamisesta.

b. Sopimusehdon luonne vakioehtona

Sopimusoikeudellisessa kirjallisuudessa vakioehtojen käyttöä on pidetty erityisen ongelmallisena sopimusten tasapuolisuutta ja osapuolten yhtäläisiä vaikutusmahdollisuuksia ajatellen. Niinpä vakioehtojen laajentunut käyttö on nähty yhtenä alun perin tärkeimpänä syynä sopimusvapauden rajoittamiselle esimerkiksi kuluttajansuojalaissa ja vakuutussopimuslaissa.[111]

Vakioehdolla tarkoitetaan useissa sopimussuhteissa eri sopijapuolten välillä noudatettavaa ehtoa.[112] Vakioehdon vastakohta on yksilöllinen sopimusehto. Vakioehdon tunnusmerkkeihin kuuluu, että ne on laadittu etukäteen, myöhempää sopimussuhdetta silmällä pitäen, eikä siis kiinnittäen huomiota yksittäisen sopimuksen tarpeisiin. Kun vakioehtoja käytetään useiden sopimuskumppanien kanssa, ainakaan toisen osapuolen erityistarpeita ei ole voitu ottaa huomioon.[113]

Vakiosopimusten ongelmallisuus liittyy ennen kaikkea yksipuolisuuteen ehtojen laatimisessa ja tätä kautta siihen, että toisen sopimuskumppanin toivomukset jäävät huomioon ottamatta. Vakioehtoja käytetään hyvin usein instituutioiden ja yksityisten tahojen välisissä sopimuksissa. Puhutaan massasopimuksista. Kun osapuolina ovat elinkeinonharjoittaja ja kuluttaja (tai muu instituutio ja yksityinen kansalainen), usein viimeksi mainitulla ei ole mahdollisuutta vaikuttaa ehtojen sisältöön, vaan hänen ratkaistavakseen jää joko ehtojen hyväksyminen tai sopimuksen jättäminen tekemättä. Vaikeuksia voi aiheuttaa myös ehtoihin tutustuminen, ja yleensä ne hyväksytään viittauksenomaisesti.[114]

Näin ollen osapuolitahto sopimuksen sisällön ja siihen liittymisen perustana vaarantuu. Lisäksi vakioehdot voivat usein johtaa sopimussuoritusten epätasapainoon. Vakiosopimusten avulla vahvemman (kuten institutionaalisen) osapuolen on katsottu usein pyrkivän toteuttamaan itselleen huomattavan edullisia ehtoja.[115]

Tuomarin kyselyvelvoitteiden näkökulmasta vakioehdot ovat kiinnostavia yhtäältä juuri siksi, että niissä esiintyy keskimääräistä useammin kohtuutto-

---

111 Ks. KM 1990:20 s. 299 ja *Saarnilehto* 1990 s. 82.
112 KM 1990:20 s. 347 ja komitean laatima ehdotus vakioehtoja koskevaksi laiksi 1 §; *Wilhelmsson* 2008 s. 36; *Bernitz* 2008 s. 15–16.
113 Ks. *Wilhelmsson* 2008 s. 36; *Bernitz* 2008 s. 15–16.
114 *Wilhelmsson* 2008 s. 39–40.
115 KM 1990:20 s. 298; *Pöyhönen* 1988 s. 298.

muuksia. Oikeustoimilain esitöissä yksipuolisesti laadittujen vakioehtojen käyttö jopa mainitaan sellaisenaan kohtuullistamista puoltavana olosuhteena.[116]

> Oikeudellisesti jo lähtökohtainen tosiasiallisen sopimusvapauden rajoittuminen ja voimasuhteiltaan epätasavertaisten osapuolten välinen asetelma puoltavat kohtuullistamista.[117]

Jos oikeusriidassa (esimerkiksi vastapuolen toimesta) toisaalta on vedottu sellaiseen vakioehtoon, joka on kohtuuton, voidaan sanoa, että merkityksellisistä faktaolosuhteista keskeinen osa on jo tuotu mukaan keskusteluun. Usein nimenomaan vastapuolen pitää vedota kohtuuttomaan ehtoon omaksi edukseen. Sen, joka tahtoo tutkittavaksi ehdon kohtuullisuuden, on kuitenkin tehtävä väite kohtuuttomuudesta.

Huomattakoon, että ehtojen yksipuolisuuden tai tyyppikohtuuttomuuden nähdään usein liittyvän nimenomaan vakioehtoihin. Kohtuuttomuuteen viittaavat olosuhteet (indisiot) esiintyvät usein yhtäaikaisesti. Tällainen ominaisuus on myös osapuolten taloudellisten ja tiedollisten voimasuhteiden huomattava epäsuhta.

c. Sopimusehdon sisällöstä ei ole neuvoteltu

Kysymys, onko yksittäisestä ehdosta neuvoteltu osapuolten kesken, on lähellä vakioehtojen ja yksilöllisten ehtojen erottelua. Vakioehtoihin liittyy useimmiten se ominaisuus, ettei niistä ole erikseen neuvoteltu. Ehto, josta ei ole neuvoteltu, voi kuitenkin olla myös yksilöllinen. Myös yksilöllisten ehtojen yksipuolinen synty, johon saattaa liittyä voimasuhteiden eroavuudesta johtuvaa sanelua, sopimustahdon puuttumista, on kohtuullistamisharkintaan olennaisesti vaikuttava seikka.[118]

> Huomattakoon, että EU:n kuluttajia suojaava kohtuuttomuusdirektiivi rajautuu nimenomaan vain ehtoihin, joista ei ole neuvoteltu erikseen.

d. Heikomman ja vahvemman osapuolen välinen oikeussuhde

Saattaisi tuntua luontevalta ajatella, että kohtuullistamiskysymysten tutkintaa koskeviin virallisvelvoitteisiin vaikuttaisi osaltaan oikeusriidan osapuolten tiedollisten ja taloudellisten voimasuhteiden tasavertaisuus tai epätasavertaisuus. Merkitystä voitaisiin tällöin antaa esimerkiksi voimavarojen epäsuhtaan viittaaville rooliasetelmille. Prosessuaaliselta kannalta tätä voitaisiin perustella ehkä parhaiten pyrkimyksellä oikean ratkaisun edellytysten edistämiseen.

---

[116] HE 1981/247 s. 16.
[117] Ks. *Pöyhönen* 1988 s. 316.
[118] Ks. myös *Wilhelmsson* 2008 s. 50.

Aineellisoikeudellisessa tarkastelussa heikommuus/vahvemmuus -ominaisuuksille annetaankin merkitystä.[119] Heikomman suojaamisen periaate merkitsee oikeudellisen relevanssin myöntämistä myös rooliasemille. Myös prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa on edellä selostetulla tavoin suositeltu tavanomaista voimakkaampaa prosessinjohtoa pakottavan sääntelyn suojaaman asianosaisen eduksi.[120]

Oikeustoimilain 36 §:n suojelutavoitteiden kannalta tällainen tarkastelun eriyttäminen ei kuitenkaan olisi mitenkään ongelmatonta. Säännöksen suojelukohde on yleinen eikä säännös tee ainakaan poissulkevia rajauksia. Vaikka sopimus olisi tehty tasavertaisten osapuolten kesken, on kohtuuttomuudesta kärsimään joutuneen osapuolen oikeutta pidettävä yhtä vahvana.

Prosessuaalisen vaikutuksen antaminen osapuolten rooliasemille edellyttäisi nähdäkseni yleisemmän sosiaalisen kompensaation hyväksymistä lähinnä periaatetyyppisten normien tasolla. Se merkitsisi toisin sanoen prosessioikeudellista heikomman hyvittämisen periaatetta. Tällaista on prosessioikeuden piirissä ehdottanut lähinnä Klami katsoessaan sosiaalisen riskinkantokyvyn näyttövaatimuksen tasoon yleisesti vaikuttavaksi näkökohdaksi.[121]

Tällainen yleisempi lähestymistapa olisi perusteltu, jotta voitaisiin ottaa huomioon osapuolten yksilölliset, konkreettiseen oikeudenkäyntiin liittyvät olosuhteet. Se avaisi luontevan puitteen esimerkiksi asianosaisen prosessuaalisten (aktuaalisten) puolustautumismahdollisuuksien tarkasteluun. Muutoinkin kyselytoiminnan ensisijainen tehtävä liittyy nähdäkseni nimenomaan aineellisen sääntelyn tarkoittamien yksilöllisten oikeuksien suojaamiseen.[122]

Arviointia

Tässä selostetut kohtuuttomuuteen viittaavat olosuhteet (a–d) esiintyvät usein yhtäaikaisesti. Esimerkiksi yksipuolisuus tai tyyppikohtuuttomuus on nähty usein nimenomaan vakioehtoihin liittyvänä ilmiönä. Tällaiselle kumuloitumiselle saatettaisiin antaa merkitystä myös arvioitaessa tuomarin kyselyvelvoitteita. Käsitellyt olosuhteet jäävät silti hieman hajanaisiksi luodakseen tyydyttävää pohjaa virallisvelvoitteiden määrittelylle.

Kyselyvelvoitteita ei toisekseen olisi tarkoituksenmukaista rajata minkään tyyppitilanteiden tai osapuolina olevien henkilötahojen (henkilörelaatioiden) mukaan. Ainakaan ei voitaisi pitää hyväksyttävänä kyselytointen rajaamista sulkemalla esimerkiksi tasavahvoina pidetyissä oikeussuhteissa esiintyviä pätemättömyys- tai kohtuuttomuustilanteita virallisvelvoitteiden ulko-

---

[119] Ks. esimerkiksi *Pöyhönen* 1988 s. 273–274, 311–316.
[120] *Virolainen* 1988 s. 333.
[121] Ks. *Klami* 2000 s. 82–83, 85.
[122] Jäljempänä (jaksossa 7.7.3.1) kysytään, missä määrin tällaisten yksilöllisten olosuhteiden tulisi vaikuttaa prosessuaaliseen vastuunjakoon (ks. myös jakso 9.3.3.2).

puolelle. Tällainen tuskin olisi myöskään oikeustoimilain suojatavoitteiden mukaista.

e. Pätemättömyys- tai kohtuullistamisperusteen soveltuminen tapauksen olosuhteisiin

Virallisvelvoitteita on saatettu toisinaan suositella nimenomaan olosuhteissa, joissa määrätynlainen, esimerkiksi siviilioikeudellisesti pakottava säännös tulisi sovellettavaksi. Niinpä esimerkiksi Ämmälän mukaan viran puolesta on otettava huomioon heikomman osapuolen suojaksi annetun pakottavan säännöksen syrjäyttäminen, ”jos syrjäyttäminen käy ilmi esitetystä oikeudenkäyntiaineistosta”.[123]

Vetoamistaakan soveltamisalaa paremmin tämä sanonta sopii kuvaamaan kyselyoikeuden mahdollista ulottuvuutta, sillä kysymys pakottavan sääntelyn vastaisuudesta voi luonnollisesti tulla tutkittavaksi silloinkin, kun pakottavaa säännöstä ei ole syrjäytetty.

> Yllä se tarkoittaneekin, että pakottavan sääntelyn sisältämät perusteet on tutkittava viran puolesta. Tutkintaan (mm. prosessinjohtoa sisältäviin toimiin) on ryhdyttävä ainakin silloin, jos sääntelyn syrjäytyminen ilmenisi jo siihen asti esitetystä oikeudenkäyntiaineistosta.

Kyselyvelvoitteista puhuttaessa sanonta kiinnittää huomiota siihen, mitä kaiken käsillä olevan perusteella (ns. laajan oikeudenkäyntiaineiston valossa) tiedetään yhtäältä asianosaisten keskinäiseen oikeussuhteeseen liittyvistä tosiasioista ja toisaalta niiden oikeudellisesta merkityksestä. Jos pakottava säännös sen hetkisen aineiston valossa näyttäisi soveltuvan, tuomarille saatettaisiin asettaa velvollisuus selvittää, aikooko oikeutettu taho vedota sääntelyn tarkoittamaan faktaperusteeseen. Jos taas riittävää varmuutta perusteen soveltumisesta ei olisi, kyselyvelvoitetta ei ainakaan tällä perusteella aiheutuisi.

Keskeinen vasta-argumentti on ollut se yleinen näkökohta, ettei faktoja tutkimatta tiedetä, soveltuisivatko määrätyt säännökset jutun olosuhteisiin. Päättely olisi toisin sanoen vääränsuuntaista alkaessaan joidenkin nimenomaisten säännösten soveltumisesta. Oikeudenkäyntiaineisto ei ensinnäkään vielä ole täydellinen tuossa vaiheessa, jolloin kyselytoimia jouduttaisiin harkitsemaan, varsinkaan todistusaineiston osalta. Niinpä käsitys po. sääntelyn soveltumisesta saattaisikin osoittautua virheelliseksi. Lisäksi osa fakta-aineistosta usein jäisi tietymättömäksi, mistä syystä takeita oikeaan ratkaisuun pääsemisestä ei saavutettaisi, riippumatta siitä, millaisia velvoitteita tuomioistuimelle tämän tavoitteen nimissä asetettaisiin.[124]

---

[123] Ks. *Ämmälä* 1993 s. 149.
[124] Vrt. *Boman* 1964 s. 26–27; *Leppänen* 1998 s. 52.

Ongelmaksi kyllä voisikin muodostua prosessin aikaisen tilanteen jälkikäteinen konstruointi tai osoittaminen. Ei kuitenkaan ole syytä liioitella aiheutuvia vaikeuksia. Useimmiten riittävä näyttö voitaneen perustaa valmistelun aikana puolin ja toisin esitettyihin lausumiin ja vedottuun todisteluun. Jälkikäteisessä tulkinnassa voidaan käyttää apuna myös lopullista oikeudenkäyntiaineistoa. Vaikka on selvää, että näyttövaikeuksia syntyisi, ei niiden perusteella kannata sivuuttaa niitäkin tilanteita, joissa riittävä selvitys olisi saatavilla.

Tosiasioita ja niiden oikeudellista merkitystä koskeva tietämys sisältyykin edellytyksenä erääseen keskeisimmistä tyyppitilanteista, joiden avulla oikeuskirjallisuudessa on koetettu luoda rajoja kyselyvelvollisuuden ulottuvuudelle. Kyse on ns. laajaan oikeudenkäyntiaineistoon (tuomioistuimelle jätettyyn kirjalliseen aineistoon ja asianosaisten lausumiin), voimassa olevaan oikeuteen ja tuomarin kokemukseen nojautuvasta tietämyksestä. Mitä siis kaiken käsillä olevan perusteella tiedetään jonkin vaihtoehtoisen vetoamisperusteen olemassaolosta ja soveltuvuudesta?

Ehkäpä täsmällisimmin näkökohdan määrittelee Boman, jonka viittaamassa tyyppitilanteessa ”oikeudenkäyntiaineisto antaa aiheen olettaa, että on olemassa jokin vaihtoehtoinen oikeustosiseikka”.[125] Kriteeri sisältänee juuri näkemyksen yhtäältä faktojen olemassaolosta, toisaalta niiden oikeudellisesta relevanssista po. jutun olosuhteissa. Näytöstä ja seikkojen oikeudellisesta vaikutuksellisuudesta ei edellytettäne kovin suurta varmuutta, ei ainakaan täyttä varmuutta. Näin voisi päätellä sanonnasta ”antaa aiheen olettaa”, joka asettuu oikeuskirjallisuudessa vakiintuneesti ns. todennäköisyysnäyttöä alemmalle tasolle näytön varmuutta kuvaavalla asteikolla. Edellytettyä faktuaalisen olemassaolon tai oikeudellisen vaikutuksellisuuden varmuutta ei toisaalta ole ryhdytty tämän pidemmälle analysoimaan.

Tämä ei kuitenkaan merkitse sitä, että vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolo aiheuttaisi kyselyvelvollisuuden. Oletus vaihtoehtoisen vetoamisperusteen olemassaolosta ja relevanssista esiintyy ainoastaan lähtökohtana sille, että kyselytointen tarve nousee tarkasteluun. Pelkkä olettamus vaihtoehtoisen perusteen soveltuvuudesta ei toisin sanoen yksin riitä aiheuttamaan kyselyvelvollisuutta – tai kyselyoikeutta kuten termi kuuluu. Tarvittavat lisäkriteerit ovat voineet liittyä prosessin vaiheeseen (valmistelu, pääkäsittely, alkukeskustelu, loppukeskustelu), asianosaisen vetoamis- ym. lausumiin (mainitseminen, kokonaisvastustaminen, oletettu erehdys, ”vetoaminen on lähellä”) tms. näkökohtiin.[126]

---

[125] Ks. *Boman* 1964 s. 33–34. Virolaisen ja Ovaskaisen käyttämissä tyyppitilanteissa asianosainen vastaavasti joko on ”maininnut” jostakin oikeustosiseikasta tai oikeustosiseikka ”ilmenee todistelusta tai muusta oikeudenkäyntiaineistosta”. Ks. *Virolainen* 1988 s. 116; *Ovaskainen* 1989 s. 52, 53.

[126] Ks. jäljempänä jakso 8.4.

Minkään korkeammankaan varmuuden asteen ei toisaalta ole esitetty yksinään aiheuttavan kyselyvelvollisuutta. Edes täysi näyttö tai varmuus vaihtoehtoisen perusteen soveltuvuudesta ei esiinny yksin riittävänä perusteena.

> Vrt. kuitenkin Boman, jonka mukaan vielä pääkäsittelyn aikana todistettu ja riidaton seikka voisi aiheuttaa kyselyoikeuden, johtuen siitä, että nyt ei syntyisi (lähinnä riidattomuus huomioon ottaen) vastavetoamisia.[127]

Oikeastaan näytölliseen varmuuteen tai oikeudelliseen vaikutuksellisuuteen on suhtauduttu kohtalaisen torjuvasti kyselyvelvollisuuden aiheuttavina olosuhteina. Niitä ei edes mainita systemaattisesti suosituksiin vaikuttavana, eikä varsinkaan keskeisimpiin kuuluvana tekijänä.[128]

> Torjuva suhtautuminen näiden näkökohtien vaikutukseen näkyy toisaalta nimenomaisissa lausumissa, joiden mukaan esimerkiksi aineellisen oikeudenmenetyksen (vrt. kyselytoimiin ryhtyminen) todennäköisyydelle tai rahalliselle arvolle ei tulisi antaa merkitystä tapauskohtaisessa harkinnassa.[129]

Se, miksi tietämyksen faktaolosuhteista tulisi perustella kyselytoimia, johtuu keskeisesti siitä, että ne muut olosuhteet, joiden varaan kyselytoiminnan oikeudellinen kontrolli kenties voitaisiin perustaa, ovat ehkäpä vielä vaikeammin selvitettävissä jälkikäteen. Prosessin päätyttyä ollaan useimmiten viisaampia faktaolosuhteiden suhteen. Toisaalta edes mahdollinen ”jälkiviisaus” eli prosessin aikaisen tietämyksen yliarviointi ei aiheuttaisi suurta haittaa.

Prosessin aikaisia lausumia sitä vastoin on niitäkin kovin vaikea ryhtyä jälkikäteen selvittämään täydellä varmuudella ja yksityiskohtaisuudella. Tämä koskee varsinkin asianosaisten suullisia lausumia tai niiden täsmennyksiä.

Faktatietämyksen (ja siis oikeussuhteen tosiasiallisten olosuhteiden) huomioon ottamista puoltaa pyrkimys oikean ratkaisun edellytysten turvaamiseen. Prosessitaloudellisestikin kyselytointen suuntaaminen erityisesti tilanteisiin, joissa vaihtoehtoisella vetoamisella tai vaatimuksella näyttää olevan vaikutusta jutun lopputulokseen, olisi edullista. Sitä vastoin jo intuitiivisesti tuntuu erityisen vaikealta perustella varmoja tai hyvin todennäköisiä aineellisia oikeudenmenetyksiä, joiden syynä olisi ainoastaan asianosaisen tietämättömyys tai huomaamattomuus.

---

127 Ks. *Boman* 1964 s. 38–39.
128 Ks. esim. *Boman* 1964; *Ovaskainen* 1989; tarkemmin jäljempänä jakso 8.4.
129 Vrt. myös prekluusio-ongelmia koskevaan keskusteluun; *Lindell* 1993 s. 307, 308, 313 ja 116; osin myös *Leppänen* 1998 s. 366.

7 Tuomarin kyselyvelvollisuus ja vastuu oikeudenkäyntiaineistosta

7.1 JOHDANTO

7.1.1 Tutkimuksen loppuosan kysymyksenasettelusta

7.1.1.1 Yleistä

Keskeisimpänä pyrkimyksenä tässä ja kahdessa viimeisessä luvussa on tarkastella tuomarin kyselyvelvoitteita osana väiteaineiston riittävyyttä koskevaa vastuunjakoa asianosaistahojen ja tuomioistuimen kesken. Siksi esitys painottuu sellaisiin ongelmiin kuin kyselytoiminnan ulottuvuuteen ja oikeudelliseen ohjaukseen. Asiaa pohditaan sekä toiminnan oikeuspoliittisen perusteltavuuden että voimassa olevan oikeuden tulkinnan näkökulmasta. Tässä luvussa painottuu oikeuspoliittinen ja oikeusteoreettinen tarkastelu kun taas kahdeksannessa ja yhdeksännessä luvussa on kyse sinänsä väljästi säännellyn voimassa olevan oikeuden tulkinnasta.

Tutkimuksen pääotsikon mukaisesti tuomarin velvoitteita tarkastellaan erityisesti tilanteissa, joihin voisi soveltua yksityisoikeudellinen kohtuullistamisperuste tai muuta ns. pakottavaa yksityisoikeudellista sääntelyä. Pakottavan sääntelyn tilanteita koskeva arviointi pyritään kuitenkin suhteuttamaan kyselytoiminnan yleisiin perusteisiin. Ensiksi mainittua ei ole mielekästä irrottaa liiaksi siitä tavasta, jolla kyselyvaltuuksien tai -velvoitteiden ulottuvuutta arvioidaan tai hahmotellaan käsitteellisessä mielessä aivan yleisesti.

Tähän on monia syitä mutta pääasiallinen syy on nähdäkseni se, että yksityinen asianosainen voi selvästikin olla kyselyjen kautta tarjottavan avun tarpeessa, vaikka oikeusriitaan soveltuva sääntely olisi tahdonvaltaista. Usein kyselytoimia puoltavat perusteet ovat aivan yhtä painavia.

Vaikka sääntelyn erityisten suojelutavoitteiden katsotaan tässä tutkimuksessa perustelevan tuomarin kyselyvelvoitteita, harkintaan yleisesti vaikuttavat näkökohdat eivät sittenkään eroa täysin ratkaisevasti edes teknisessä mielessä (tahdonvaltaisuudesta riippuen). Useimmiten kyselyvelvoitteita aiheuttavat näkökohdat ovat suurelta osin yhteisiä. Varsinkaan tuomarin näkökulmasta tarkasteltuna se tilanne, jossa kyselyjen tarve tulisi tunnistaa, ei ole perustavalla tavalla poikkeava.

Jos asiassa kertyneen aineiston valossa jokin vedottuihin nähden vaihtoehtoinen vetoamisperuste on tiedossa ja vetoamatta jättäminen tuohon perusteeseen mitä luultavimmin ratkaisisi jutun lopputuloksen, saattaa herätä kysymys,

tulisiko asianosaisen huomiota kiinnittää kyseiseen vetoamismahdollisuuteen. Ongelman painoarvoa voi lisätä, jos vielä oikeudenmenetyksen taloudellinen merkitys asianosaiselle olisi huomattava.

Esitys jäsentyy siten, että 7. luvussa pohditaan ensin muutamia yleisiä kysymyksiä, jotka liittyvät oikeudellisen sääntelyn soveltuvuuteen ja toimivuuteen tuomarin kyselytoiminnan ohjaamisessa. Lisäksi tarkastellaan toiminnan oikeuspoliittista perusteltavuutta. Tutkimuksen 8. luvun aiheena on se, millä tavoin kyselyvelvoitteiden tai -valtuuksien ulottuvuutta on oikeuskirjallisuudessa ja lainvalmisteluaineistossa pyritty määrittelemään. Teoksen 9. luvussa esitetään oma ehdotus siitä, millä tavoin kyselyvelvoitteiden rajoja tulisi arvioida voimassa olevan oikeuden näkökulmasta.

Harkintatilanteita pyritään tuossa yhteydessä hahmottelemaan oikeudellisten ratkaisuperiaatteiden punnintana. Tässä tarkoituksessa perustellaan näkemystä ratkaisuharkintaan konkreettisessa (kyselynormien) soveltamistilanteessa vaikuttavista periaatteista. Lopuksi periaateargumentaatiota sovelletaan eräisiin tyyppitilanteisiin.

7.1.1.2 Kyselytoiminnan oikeudellinen kontrolloitavuus ja asianosaisten oikeusasema

Joitakin yleisiä näkökohtia, jotka vaikuttavat keskeisesti kyselytoiminnan oikeuttamisperustaan, on aiheellista tarkastella alustavasti jo ennen kuin ryhdytään esittelemään asiasta käytyä keskustelua. Näistä tärkeimmät liittyvät kyselytoiminnan oikeudelliseen kontrolloitavuuteen ja asianosaisten oikeusasemaan suhteessa toimintaa harjoittavaan tuomioistuimeen.

Tässä suhteessa kyselytoimintaan liittyy luonteeltaan paitsi melko puhtaasti käytännöllisiä myös sääntelyn avoimuudesta johtuvia pulmia. Toiminnan käytännöllisiä reunaehtoja käsitellään jaksossa 7.2, jossa vertaillaan, millä tavoin tuomarin kyselytoimintaan luettavat ratkaisut poikkeavat useimmista muista oikeudenkäynnin aikana tehtävistä ratkaisuista. Jaksossa 7.3 hahmotellaan lähinnä teoreettiselta kannalta sitä, missä merkityksessä olisi mahdollista tai järkevää puhua asianosaisilla olevista oikeuksista suhteessa tuomarin kyselyvelvoitteisiin. Asiaa tarkastellaan ns. oikeuksien teorian valossa.

Konkreettisemmin näitä asioita tarkastellaan hieman jäljempänä (jaksossa 7.8), jolloin kysytään millä tavoin oikeuskirjallisuudessa ja lainvalmisteluaineistossa on suhtauduttu kyselytoiminnan oikeudelliseen velvoittavuuteen. Jaksossa 7.9 tarkastellaan lähemmin mitä oikeusseuraamuksia kyselyvelvoitteiden laiminlyönteihin tai ylityksiin on liitetty tai tulisi liittää.

7.1.1.3 Kyselytoiminnan vapausvaikutukset

Tuomarin kyselytoimintaa perustellaan usein toteamalla, että asianosaisten määräämisvalta oikeudenkäynnin kohteesta ei kyselyjen johdosta rajoitu, vaan päinvastoin vahvistuu. Tämä johtuu siitä, että kyselyjen avulla huolehditaan osaltaan määräämisvallan käytännön toteutuksesta.[1] Niinpä kyselytoiminnan ajatellaan sopivan yhteen yksityisoikeudellisen sopimusvapauden kanssa.

Yksityisoikeudellisella sopimusvapaudella on kuitenkin yhä prosessioikeudellisen kirjallisuuden ja lainvalmisteluaineiston valossa myös vastakkaiseen suuntaan vaikuttava eli kyselytoiminnan ulottuvuutta rajaava perusteluyhteys.[2] Varallisuusoikeudellisissa asioissa noudatettavan sopimusvapauden mainitaan perustelevan sitä, että pääasiallinen vastuu väiteaineiston riittävyydestä on asetettu asianosaiselle. Sopimusvapaus toisin sanoen aiheuttaa keskeisen argumentin ainakin liiallisena pidettävää vastuun siirtämistä vastaan.[3] Mistä tämä päätelmä johtuu, ei ole lähemmin analysoitu.

Jaksossa 7.4 tarkastellaan kyselytoiminnan vapausvaikutuksia lähemmin. Mitä ovat kyselytoiminnan asianosaisten vapauksia *kaventavat* vaikutukset? Tässä yhteydessä katsotaan, että vapauksien näkökulmasta merkityksellisiä ovat kilpailunvapauden ja asioiden spontaanin järjestymisen rajoittuminen (ks. 7.4.2). Kyselytoiminnalla on toisaalta myös asianosaisten vapauksia *vahvistavia* vaikutuksia. Prosessuaalisen määräämisoikeuden toteutumisessa ei silti välttämättä ole kyse vapauksien, vaan niiden käyttämiseen liittyvän kyvyn vahvistamisesta.[4] Kiistaton vapausvaikutus on sitä vastoin niiden aineellisten oikeusasemien puolustamisella, jotka ovat oikeusriidan kohteena (vrt. vapauden negatiiviset määritelmät). Kyse on tällöin vapauksista sopimuskumppanien keskinäisessä oikeussuhteessa (ks. jakso 7.4.3).

Kolmantena näkökulmana on eräs kyselytoiminnan oikeudelliseen sitovuuteen ja kontrolloitavuuteen liittyvä pulma. Jos kyselytoimintaan sisältyy vapaata harkintavaltaa, tämän saatetaan nähdä jo sellaisenaan kaventavan asian-

---

[1] Ks. esim. *Lappalainen* 1995 s. 92; *Virolainen* 1995 s. 276.

[2] Tämän yhteyden toteaa esimerkiksi Lappalainen, jonka mukaan käsittelymenetelmän mukaista työnjakosääntelyä on pidetty tarkoituksenmukaisena dispositiivisissa prosessikysymyksissä. Tällä alueella asianosaisille on annettu ”aktiivinen rooli”. Ks. *Lappalainen* 1995 s. 96. Ks. myös *Ekelöf – Boman* I 1990 s. 63.

[3] Ks. SOU 1982:26 s. 111, jossa katsotaan, että varallisuusoikeudellisissa asioissa – sopimusvapaudesta johtuen – ”on ennen kaikkea kansalaisen omana asiana huolehtia omista intresseistään”. Myös *Lappalainen* (1995 s. 92) toteaa, että käsittelymenetelmää ”on edelleen syytä pitää asianosaisten ja tuomioistuimen välisen työnjaon lähtökohtana”.

[4] Huomattakoon, ettei tämä seikka vähennä näkökohdan arvoa argumenttina kyselyvelvoitteiden puolesta. Yhteiskuntafilosofisessa kirjallisuudessa tämä aspekti jää kuitenkin usein vapauden käsitteen ulkopuolelle. Esimerkiksi Berlin katsoo, ettei kykyjen puute ole vapauden puuttumista. (*Berlin* 2001 s. 48) Vapauden rajoittumisesta on kysymys silloin, kun kykyjemme rajoissa oleva teko on estetty, ei milloinkaan muutoin. Ks. myös *Skinner* (2003 s. 20), joka pitää tätä käsitystä oikeana.

osaisten vapauksia prosessin aikana (vrt. käsitykseen vapaudesta mielivallan puuttumisena). (Ks. jakso 7.4.4.)

7.1.1.4 Kyselytoiminnan oikeuspoliittinen perusta

Kyselytoiminnan oikeuspoliittista perusteltavuutta tarkastellaan varsinaisesti jaksoissa 7.5–7.7. Aluksi esitellään, millaisia pääpiirteittäisiä perusteluja tuomarin kyselyvaltuuksien tueksi on esitetty lähinnä pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa ja lainvalmistelussa. Asiasta on käyty ajoittain melko laajaakin keskustelua. Jaksossa 7.6 kerrotaan vastaavasti millaisten näkökohtien on katsottu rajoittavan kyselytoiminnan oikeutusta ylipäänsä tai puoltavan tuomarin passiivista suhtautumista konkreettisissa toimissaan. Tämän jälkeen tarkastellaan vielä lähemmin tärkeimmiksi arvioituja perusteita ja otetaan kantaa niiden merkitykseen (ks. jakso 7.7).

Oikeutusperustaan vaikuttavilla näkökohdilla on merkityksensä kyselynormien tulkinnan kannalta. Sääntelyn avoimuudesta johtuen kyselyvaltuuksien ja -velvoitteiden määrittelyssä on nojauduttava enemmän tai vähemmän juuri keskustelussa esiintyneen kaltaisiin näkökohtiin, eri toimintavaihtoehtojen tapauskohtaisiin tai yleistettävissä oleviin vaikutuksiin. Näin ollen esitys pohjustaa myöhempää argumentaatiota luvussa yhdeksän, jossa otetaan kantaa kyselyvelvoitteiden ulottuvuuteen ja arviointiperusteisiin.

7.1.2 Lainsäätäjän tuomarin kyselytoiminnalle asettamista tehtävistä – alustavia huomautuksia

Tuomarin prosessinjohtoon asetettujen toiveiden laaja-alaisuus

Viimeisintä prosessinjohtosäännösten uudistusta valmistelleessa ruotsalaisessa komiteamietinnössä mainitaan tuomarin kyselytoiminnalle asetettuina tehtävinä tuomioiden oikeellisuuden edistäminen,[5] samanaikaisesti ankaroituneiden prekluusiosäännösten aiheuttamien oikeudenmenetysten estäminen ja prosessitaloudellisesti hyödyllisten vaikutusten saavuttaminen. Lisäksi kyselytoiminnan tulisi edistää mahdollisuutta sovintojen määrän kasvuun.[6] Vaikka kotimainen lainvalmisteluaineisto ei ole asian suhteen näin selväsanainen, pääasiassa juuri samoihin tavoitteisiin on pyritty vuoden 1993 alioikeusuudistuksen yhteydessä.

---

[5] Aineellisesti oikean ratkaisun tavoitteesta saatetaan erottaa pyrkimys vahvistaa vetoamisvelvollisen mahdollisuutta vedota haluamaansa väiteaineistoon. Tämä erottelu on teoreettisessa mielessä aiheellinen mutta tässä asiayhteydessä se ei ole mitenkään ratkaiseva. Se ei toisin sanoen muuta tässä esitettäviä päätelmiä.

[6] Ks. SOU 1982:26 s. 116.

Kotimaisessa siviiliprosessissa tuolloin ensimmäistä kertaa käyttöön otetun tosiasiaväitteiden (ja todisteluaineiston) prekluusioinstituution katsotaan erityisellä tavalla korostavan kyselytoiminnan tärkeyttä.[7] Prosessitaloudelliselta kannalta kyselytoimet nähdään hyödyllisinä siksi, että väitteiden selkiintyminen mahdollisimman varhain nopeuttaa monin tavoin jutun käsittelyä. Mutta toisaalta kyselytointen avulla saatettaisiin rajata oikeusriidan laajenemista. Realistisen arvion käytettävissä olevista faktaperusteista tai jutun oikeudellisesta puolesta ajatellaan varoittavan asianosaisia vetoamasta toivottomiin väitteisiin tai parhaassa tapauksessa jopa houkuttelevan sovintoratkaisuun. Tuomarilla katsotaan olevan velvollisuus myös tämän suuntaiseen riidan laajuuden rajoittamiseen tähtäävään toimintaan. Tuomari voi esimerkiksi huomauttaa asiasta, jos asianosaisen vetoama faktaperuste on erityisen epärelevantti.[8]

Kyselytoiminnalle asetettujen tehtävien vaativuus ja laaja-alaisuus havaitaan jo tämän lyhyen katsauksen perusteella.

Tuomio-oikeellisuuden edistämistä koskevan pyrkimyksen vakavuus käy ilmi käräjäoikeuden valmistelua koskevan kyselysäännöksen (OK 5:21.1) sanamuodosta, jonka mukaan tuomioistuimen on ”huolehdittava siitä, että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota”. Tämä olisi jo yksin hyvin haasteellinen tehtävä, sillä asianosaisten saatetaan uskoa haluavan useimmiten vedota ainakin kaikkiin sellaisiin faktaperusteisiin, joilla on asiassa ratkaisevaa merkitystä. Hyvin laajasti ymmärrettynä tehtävä on käytännössä mahdoton.[9]

Lainvalmisteluaineiston valossa säännöksessä täsmennettyä tehtävänkuvaa ei toiselta puolen voitaisi ottaa täysin kirjaimellisesti. Kyselytoiminnan rajoituksena mainitaan, että tuomioistuimen on prosessinjohtoa harjoittaessaan vältettävä oikeusriidan ”tarpeetonta laajenemista”.[10] Niinpä havaitaan, että kyselyvaltuuksien käytössä olisi pyrittävä tasapainoiluun keskenään ainakin osittain ristiriitaisten päämäärien tavoittelussa.

Tämä ei ehkä entisestään suuresti vaikeuta tavoitteiden toteutusta. Merkittäväksi ongelmaksi nousee kuitenkin vastakkaisten päämäärien keskinäinen painottaminen. Samoin se, millä tavoin konkreettisissa ongelmatilanteissa tulisi tulkita tai ennakoida kyselyratkaisujen vaikutusta eri päämäärien toteutusta ajatellen.

---

[7] Ks. esimerkiksi HE 15/1990 s. 126, jossa uuden oikeudenkäyntiaineiston esittämistä hovioikeudessa koskevien rajoitusten mainitaan olevan ”hyvin läheisessä yhteydessä aineelliseen oikeudenkäynnin johtamiseen alioikeudessa”. Prekluusiouhka toisin sanoen perustelee, miksi tuomarin on huolehdittava prosessinjohtovelvoitteiden täyttämisestä säännösten edellyttämällä tavoin jo valmisteluvaiheesta alkaen.

[8] Ks. HE 15/1990 s. 27–28, jonka mukaan tuomioistuimen ”on valvottava, ettei asiassa esitetä tarpeetonta tai merkityksetöntä aineistoa”. Ks. myös *Virolainen* 1988 s. 79–80.

[9] Ks. jäljempänä jaksoa 7.6.2 (b) ja siinä viitattua kirjallisuutta. Oikeuskirjallisuudessa on toisinaan suhtauduttu ratkaisujen oikeellisuustavoitteen edistämiseen hyvinkin skeptisesti. Nähdäkseni suhtautuminen on ollut usein tässä suhteessa liiankin kriittistä.

[10] HE 15/1990 s. 28.

Aineellisesti oikea ratkaisu ja prosessitaloudellinen tehokkuus usein vastakkaisina päämäärinä

Näyttää mahdolliselta ajatella, että kyselyoikeus ja valtuutus väiteaineiston prekluusiota merkitseviin ratkaisuihin olisivat pääasiassa toisiaan täydentäviä keinoja, joiden päämäärät ovat tärkeimmiltä osin yhteisiä. Tällaiseen käsitykseen voisi viitata se, että prekluusiosanktion toimivuus on toisinaan asetettu tärkeysjärjestyksessä kyselyvelvoitteiden edelle.[11] Yhteisenä päämääränä on ainakin pyrkimys turvata kuulemisoikeuden toteutusta ja pyrkimys säästää prosessin aiheuttamia taloudellisia kustannuksia.

Kyselytoiminnan ja prekluusioinstituution funktiot ovat kuitenkin paitsi keskeisilta osin poikkeavia myös perustavalla tavoin ristiriitaisia. Prekluusio on ymmärrettävä yhtäältä viimesijaisena sanktiona epälojaalia tai selkeästi huolimatonta prosessointia vastaan, toisaalta prosessissa saavutetun tuloksen pysyvyyttä suojaavana instituutiona. Prekluusion toteuttaminen edellyttää 5. luvussa selostetulla tavoin olettamusta asianosaisen prosessoinnin erityisestä moitittavuudesta. Prosessin sisäisesti väitteiden prekludoitumisella on negatiiviseen oikeusvoimaan verrattava vaikutus jo alioikeusvaiheen jälkeen tai jopa ennen pääkäsittelyn alkua. Kyselyvelvoitteiden tärkeimpänä tavoitteena on tuomioistuinoikeellisuuden turvaaminen, eikä pelkästään prekluusion haitallisten vaikutusten vähentäminen.[12] Tästäkään syystä prekluusiosanktion tehokkuuden varjeleminen ei käy argumentiksi vaikkapa kyselyvelvoitteiden juridisointia vastaan.[13]

Sikäli kuin kyselytoiminnalle asetetut tavoitteet ovat keskenään ristiriitaisia, niiden samanaikainen saavuttaminen ei tietysti ole realistisesti arvioiden mahdollista. Jäljempänä lähdetään näkemyksestä, jonka mukaan prosessinormit asettavat oikeussuojan toteutuksen ainakin yleisellä tasolla etusijalle verrattuna sen kanssa ristiriidassa oleviin prosessitaloudellisiin päämääriin (ks. erityisesti jaksot 7.7 ja 9.2). Lainvalmisteluaineisto tukee nähdäkseni ainakin varovaisesti tätä päätelmää siksi, että prosessitaloudellisten näkökohtien painotus on verrattain lievä. Näin on varsinkin kotimaisen lainvalmisteluaineiston valossa.[14]

Valmisteluvaiheessa ristiriita näiden tärkeimpien tavoitteenasettelujen kesken on tosin muutoinkin lievempi. Prosessitaloudellisia päämääriä on useim-

---

[11] Ks. *Lindell* 1993 s. 210, joka vastustaa kyselyvelvoitteiden laiminlyönneille annettavia oikeusvaikutuksia sillä perusteella, että ne vaarantaisivat prekluusiosanktion tehokkuuden. Ks. samoin *Liljenfeldt* DL 1994 s. 177.

[12] Myös *Ekelöf* (1979 s. 277) korostaa, etteivät kyselytoiminnan tavoitteet palaudu keskeisiltä osiltaan vain prekluusion aiheuttamien haittojen rajaamiseen.

[13] Tällainen näkemys merkitsisi asianosaisen oikeuksien varsin perusteellista sivuuttamista. Ks. myös jäljempänä sivuilla 344 (jakso 7.6-f) ja 353 (jakso 7.7.2.2) olevaa esitystä.

[14] Nähdäkseni prosessitaloudelliset päämäärät esiintyvät mieluummin kyselytoimia rajaavina näkökohtina kuin ratkaisujen oikeellisuustavoitteen yli menevänä pyrkimyksenä. Oikean ratkaisun edellytysten turvaaminen esiintyy sitä vastoin kyselytoiminnan tavoitteena varsin monessa kohdin hallituksen esitystä. Ks. esimerkiksi HE 15/1990 s. 27–28.

miten katsottu edistettävän samalla kun pyritään varmistamaan asianosaisen tosiasiallisen vetoamisoikeuden (tai oikean ratkaisun saavuttamisen edellytysten) turvaaminen.

Jatkossa tarkastellaan erityisesti pulmia, jotka liittyvät oikeaa ratkaisua tavoittelevien velvoitteiden tehokkuuteen. On pelättävissä, että kyselytoiminta ei kykene estämään esimerkiksi prekluusion aiheuttamia oikeudenmenetyksiä. Asianosaisen on samoin jäämässä sivustaseuraajan asemaan, sillä puuttuu takeita siitä, että tuomari todella harjoittaisi häneltä edellytettyä aktiivisuutta. Jos kyselytoimet laiminlyötäisiin, on syytä epäillä, jäisikö asianosaiselle keinoja, joiden avulla korjata tästä aiheutuvia haittoja.

7.1.3 Kyselytoiminnan teknisistä funktioista

7.1.3.1 Selventävä, täydentävä ja rajoittava kyselytoiminta

Keskusteltaessa tuomarin kyselyvaltuuksista tai -velvollisuuksista oikeuskirjallisuudessa on tehty erottelu selventävään, täydentävään ja rajoittavaan prosessinjohtoon.[15] Virolainen puhuu lisäksi korjaavasta prosessinjohdosta. Nämä erottelut liittyvät siihen, miten jokin ajateltu kyselytoimi suhteutuisi asianosaisen vetoaman väiteaineiston laajentumiseen tai supistumiseen. Erottelujen avulla siis voidaan kuvata lähinnä sitä, onko kysyjän tavoittelemana päämääränä vain varmistua asianosaisen lausumien sisällöstä, laajentaa lausumia vai rajata niitä.[16]

Termeillä on siis käyttöä keskusteltaessa kyselytointen suhteesta jo vedotuksi tulkittuun väiteaineistoon. Niinpä esimerkiksi tuomarilla on hyvä olla jonkinlainen käsitys aikomiensa kyselytointen oletetusta vaikutuksesta tähän nähden. Tässä merkityksessä selventävästä ja täydentävästä prosessinjohdosta puhutaan myös jäljempänä. Jaottelua ei pidä ymmärtää sallitun tai edellytetyn kyselytoiminnan rajoja noudattavaksi. Vakiintuneen käsityksen mukaan kyselyoikeus/velvollisuus ulottuu myös vedottua oikeudenkäyntiaineistoa täydentäviin toimiin.[17]

Kyselytoiminnan ulottuvuutta koskevien rajankäyntien kriteereiksi jaottelut eivät edes kelpaisi. Yksittäisellä kysymyksellä tavoiteltava päämäärä on tähän tarkoitukseen liian subjektiivinen näkökohta. Sellaiseen nojautuen ei voitaisi esimerkiksi valvoa velvollisuuksien noudattamista. Vaikka asianosaisen lausumaa saatettaisiin objektiivisestikin arvioiden pitää epäselvänä, lausumaa sel-

---

[15] Ks. *Virolainen* 1988 s. 61–75; *Leppänen* 1998 s. 211. Sama jaottelu esiintyy hallituksen esityksessä. Ks. HE 15/1990 s. 27.

[16] Kotimaisessa kirjallisuudessa puhutaankin prosessinjohdon yllä mainituista ”funktioista”.

[17] Ks. esimerkiksi *Ekelöf* 1979 s. 276–277; *Leppänen* 1998 s. 211; *Jokela* 2000 s. 179; *Brolin – Rehnström – Widebeck* 2008a s. 98; Ot.prp. 51/2004–2005 s. 406–407.

ventävässä tarkoituksessa esitetty kysymys voisi toisaalta hyvin usein johtaa siihen, että asianosainen laajentaisi lausumiaan siihen verrattuna mitä hän on alun perin tarkoittanut.[18]

Myös rajoittavan prosessinjohdon yhteydessä on perusteltua puhua kyselytoimista siinä mielessä, että asianosaisella on prosessinormien mukaan viime kädessä valta päättää väiteaineistonsa rajauksista. Tuomarilla ei ole oikeutta kieltäytyä ottamasta tosiasiaväitteitä tutkittaviksi. Ainoastaan todistelun suhteen tuomari voi evätä tarpeettomina pitämiään todisteita.[19] Väiteaineiston rajaamiseen tuomari voi käyttää ainoastaan suostuttelua tai vielä epäsuorempia keinoja kuten informointia siitä, että väiteaineisto tuomarin näkemyksen mukaan on joltakin osin epärelevantti.[20]

7.1.3.2 Informatiivinen prosessinjohto

Lisäksi puhutaan informatiivisesta prosessinjohdosta, jolla tarkoitetaan tuomarin lausumia, joilla hän pyrkii välittämään asianosaisille tietoa oikeusriidan ratkaisuun vaikuttavista (tai menettelyn kannalta merkityksellisistä) näkökohdista. Informatiivisen prosessinjohdon kohteena voi olla (1) tuomarin näkemys oikeusnormien sisällöstä, (2) näkemys asiaan mahdollisesti vaikuttavista oikeustosiseikoista tai (3) tuomarin alustava näkemys näyttökysymyksestä[21].[22] Informatiivisesta prosessinjohdosta on kyse myös tuomarin velvollisuudessa (4) tiedottaa asianosasille viran puolesta huomioon otettavista oikeustosiseikoista[23] tai velvollisuudessa (5) tiedottaa asianosaisten vetoamislausumien sisältöä koskevista tulkinnoistaan.[24]

Informatiivinen prosessinjohto voi olla perimmäiseltä tarkoitukseltaan selventävää, täydentävää tai rajoittavaa. Mutta asianosaisten informoinnilla voi olla näistä pyrkimyksistä riippumaton tehtävänsä. Asianosaiset saattavat tarvi-

---

[18] Ks. myös *Brolin – Rehnström – Widebeck* 2008b s. 39.

[19] Ks. OK 17:7.

[20] Esimerkiksi OK 6:2a.2 ei valtuuta tuomaria kieltäytymään tosiasiaväitteiden tutkimisesta. Myös *Virolainen* (1988 s. 80–81) puhuu ainoastaan todistusaineistosta tuomarin päätöksen nojalla rajattavana aineistona. Ilmeisen perusteettomat väitteet ymmärrettävästi tulisivat lopulta hylätyiksi.

[21] Näytön riittävyyden arviointia koskevana esimerkkinä *Virolainen* mainitsee sen, että tuomarin tulisi huomauttaa asianosaiselle siitä, jos tämän selvitettynä pitämä näyttökysymys olisikin tuomarin arvioin mukaan epäselvä. (Ks. *Virolainen* 1988 s. 79)

[22] Ks. *Taksoe-Jensen* 1976 s. 544; *Virolainen* 1988 s. 77–78; *Laukkanen* 1995 s. 278–279.

[23] Ks. *Virolainen* 1988 s. 77–78.

[24] *Taksoe-Jensen* 1976 s. 544. Tätä tehtävää koskee tuomarin velvollisuus asianosaisten väitteitä ja vaatimuksia käsittelevän yhteenvedon laatimiseksi valmistelun päättyessä (OK 5:24). Joissakin tilanteissa tuomarin saattaisi olla aiheellista informoida asianosaisia myös heidän omien lausumiensa prosessuaalisesta merkityksestä, kuten esimerkiksi siitä, mikä merkitys on sillä, että asianosainen myöntää vastapuolensa vaatimuksen. (Ks. *Laukkanen* 1995 s. 240.) Tämä on perusteltua ainakin silloin, jos asianosainen esiintyy ilman oikeusavustajaa.

ta tietoa voidakseen osallistua oikeudelliseen argumentaatioon tai voidakseen ylipäänsä varmistua siitä, mitkä faktaväitteet ovat oikeusriidan kohteena.[25] Tuomarin pyrkimyksenä voisi puolestaan olla melko puhtaasti asianosaisen kuulemismahdollisuuden varmistaminen, ilman että asianosaiselta ensi sijassa odotettaisiin määrätynlaista suhtautumista.

7.1.3.3 Prosessinjohtoa ei voida rajata vain epäsuoriin toimiin

Informatiivisen prosessinjohdon käsitteellisenä vastineparina olisivat lähinnä sellaiset suorat kyselytoimet, joilla tuomari tiedustelee, mitä asianosainen tarkoittaa jollakin lausumallaan tai haluaisiko hän vedota määrättyyn faktaperusteeseen. Suoraan kyselyyn verrattuna asianosaisen informointia on pidetty toisinaan neutraalimpana tapana harjoittaa prosessinjohtoa. Siksi informointia on saatettu pitää suoria kyselyjä suositeltavampana.[26] Sen lienee tällöin ajateltu merkitsevän vähäisempää puuttumista väiteaineistosta huolehtimiseen, joka on luettu lähtökohtaisesti asianosaisten vastuualueeseen kuuluvaksi.

Informatiivinen prosessinjohto ei kuitenkaan voisi korvata suoria kyselytoimia ainakaan kokonaan. Ja on kyseenalaista, missä määrin sen avulla suoria kyselyjä ylipäänsä edes voitaisiin rajata. Jos nimittäin vaikkapa informointi oikeusnormien sisällöstä (tai käytettävissä olevista vaihtoehtoisista vetoamismahdollisuuksista) ei johtaisi tavoiteltuun lopputulokseen, jouduttaisiin joka tapauksessa harkitsemaan suoria kyselytoimia. On selvää, että informoinnin tai vihjailun avulla ei useinkaan saataisi vastausta siihen, mitä asianosainen on lausumallaan tarkoittanut tai haluaisiko hän vedota määrättyyn faktaperusteeseen.

Saatettaisiin kyllä puolustaa sellaistakin näkemystä, jonka mukaan tuomarin tulisi ylipäänsä rajoittaa prosessinjohtoon luettavat toimensa vain periaatteellisella tasolla tapahtuvaan informointiin ja välttää kaikenlaisia kannanottoja konkreettisiin tosiasiakysymyksiin. Pulmana olisi kuitenkin se, että asianosaiset voisivat tällöin jäädä eriarvoiseen asemaan. Myös säännösten tavoittelemat päämäärät eli tuomio-oikeellisuuden edistäminen tai prosessitaloudelliset hyödyt jäisivät tällöin saavuttamatta.

Epäsuorien keinojen saatettaisiin katsoa säilyttävän tuomarin puolueettomuutta koskevan vaikutelman, kun taas suorat kyselytoimet olisivat tässä suhteessa arveluttavia. Ratkaisevaa merkitystä ei kuitenkaan voitane antaa pelkälle ulkoiselle vaikutelmalle. Edes tuomarin puolueettomuudelle ei toisaalta olisi sen varmempia takeita, sillä epäsuorien keinojen käyttö jäisi vähemmän näkyvänä suoria kyselyjä luultavammin oikeudellisen kontrollin ulottumattomiin.

---

[25] Ks. *Taksoe-Jensen* 1976 s. 544.

[26] Näin *Virolainen* 1988 s. 312. Tältä osin vallitseva näkemys on muuttunut, sillä aiemmin erityisesti oikeuskysymystä koskeviin tuomarin arviointeihin on suhtauduttu torjuvasti. Ks. tästä *Ekelöf* 1979 s. 279.

Näistä syistä pitäytyminen informointiin ei voisi ratkaista tyydyttävällä tavalla kysymystä sallitun kyselytoiminnan ja kyselyvelvollisuuden rajoista.

Jatkossa ei kiinnitetä ratkaisevaa huomioita siihen, *millä tavoin* kyselytoimia tulisi harjoittaa. Pääasiallisena ongelmana on se, *milloin* kyselyihin on aihetta. Jos prosessinjohtotoimet ovat tarpeen, tilanteeseen sopivimmat keinot katsotaan voitavan valita tapauskohtaisesti. Jos epäsuora informointi ei täytä tehtäväänsä, suorat kyselytoimet ovat nähdäkseni lähtökohtaisesti aiheellisia. Usein kannattanee kuitenkin selvyyden vuoksi käyttää suoria kyselytoimia jo alkuvaiheessa, jotta kyselyjen välittömän tavoitteen toteutuminen voitaisiin varmistaa.

7.2 ALUSTAVIA HAVAINTOJA PROSESSINJOHTOON KUULUVIEN RATKAISUJEN OIKEUDELLISESTA LUONTEESTA

Tuomarin kyselytoimintaan saatetaan helposti sanoa liittyvän muutamia ominaisuuksia, jotka vaikeuttavat toiminnan oikeudellista ohjattavuutta ja kontrolloitavuutta. Näiden pohjalta vaikuttaa epävarmalta vähintäänkin se, kuinka vahva tai peräti heikko on asianosaisen oikeusasema suhteessa velvoitteensa mahdollisesti laiminlyövään viranomaistahoon. Mutta voitaisiin asettaa epäilyksenalaiseksi jopa se, noudattaako kyselytoimia harjoittava tuomari ylipäänsä mitään lähempiä normeja.

Näkökohdista osa liittyy prosessinjohdon luonteeseen ns. tosiasiallisena toimintana. Prosessinjohtotointen yhteydessä ei yleensä anneta sen enempää suullisia kuin kirjallisiakaan ratkaisuja.[27] Varsinkaan tosiasiaväitteiden selventämistä tai täydentämistä koskevista kyselytoimista sellaisia ei sinänsä ymmärrettävästi tehdä.[28] Näin ollen kyselytoimiin tai niiden puuttumiseen ei myöskään liity suoraa muutoksenhakumahdollisuutta.[29]

---

[27] Poikkeuksena on esimerkiksi päätös uuden todistajan hankkimisesta (ks. *Virolainen* 1988 s. 417) tai ns. prekluusiouhkainen kehotus (OK 5:22) esittää vaatimukset, niiden perusteet ja ilmoittaa todistelu. Myös todisteiden epääminen edellyttänee kirjallista ratkaisua. Niinpä korkeimman oikeuden ennakkoratkaisun KKO 2011:20 mukaan hovioikeuden olisi pitänyt antaa kirjallinen ratkaisu, kun se oli pitänyt asiantuntevan todistajan lausuntona tarjottua kirjelmää yksityisluonteisena todistajankertomuksena ja kieltäytynyt ottamasta kirjelmää vastaan. Korkeimman oikeuden kannanottoa oli edeltänyt Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisu tapauksessa Suominen v. Suomi (1.7.2003), jossa oikeudenkäyntimenettelyn katsottiin rikkoneen EIS 6 (1) artiklan oikeudenmukaisuusvaatimusta, kun käräjäoikeus ei ollut tehnyt perusteltua kirjallista päätöstä todisteiden epäämisestä.

Kirjallinen ratkaisu on pääsäännön mukaan annettava, jos toimenpiteeseen on liitettävä tai voidaan liittää laissa säädetty tehoste. Ks. *Virolainen* 1988 s. 417.

[28] Syyt ovat melko puhtaasti käytännöllisiä. Toisaalta avun tarpeessa olevan asianosaisen olisi vaikea kuvitella pääsääntöisesti osaavan sellaista vaatia.

[29] Ks. OK 25:1.2–3. Hovioikeuteen voidaan valittaa lähtökohtaisesti tuomiosta tai lopullisesta päätöksestä. Näin ollen kyselyistä ei tosiasiallisina toimina voi valittaa. Ei-lopullisista päätöksis-

Tästä huolimatta kyselytoimintaa saatetaan arvioida pääasiaa koskevan muutoksenhaun yhteydessä, jolloin tuomioistuimen passiivisuus tai aktiivisuus voi saada oikeudellista vaikutusta. Niinpä esimerkiksi kyselytointen laiminlyönti on nähty itsenäisenä muutoksenhakuperusteena. Oikeuskirjallisuudessa on niin ikään katsottu kyselyvelvoitteiden laiminlyöntien voivan vaikuttaa prekluusion edellytysten täyttymistä koskevaan arviointiin.[30] Näin ollen kyselytoiminta ei liene oikeudellisten kontrollimahdollisuuksien ulkopuolella ainakaan aivan kokonaan.[31]

Huomio kiinnittyykin seuraavassa näkökohtiin, jotka ovat luonteeltaan ennemmin tosiasiallisia kuin normatiivisia. Nämä liittyvät kyselytoiminnan tilannesidonnaisuuteen (riippuvaisuuteen muuttuvista prosessuaalisista olosuhteista), kyselytoiminnan julkisuuden rajoittuneisuuteen ja perusteluvelvollisuuden puuttumiseen sekä käytettävissä oleviin oikeusseuraamuksiin silloin, kun kyselytoiminta on ollut joko suppeampaa tai laajempaa kuin mitä kyselynormit olisivat edellyttäneet tai sallineet. Ongelmia saatetaan nähdä lisäksi siinä, kuinka oikeudellisten toimijoiden voidaan olettaa suhtautuvan prosessinjohtoon tuomaria velvoittavana ilmiönä.

Toiminnan tilannesidonnaisuus

Yleisesti ottaen voidaan sanoa, että se, millä tavoin tuomarin tulisi harjoittaa kyselytoimia, on sidoksissa moniin yhtäältä prosessuaalisiin ja toisaalta asianosaisten väliseen aineelliseen oikeussuhteeseen liittyviin olosuhteisiin. Näistä suuri osa muuttuu oikeudenkäynnin aikana, kuten asianosaisten puolin ja toisin esittämät lausumat ja se, mitä prosessiaineiston nojalla tiedetään osapuolten välisestä aineellisesta oikeussuhteesta (ns. ulkoprosessuaalisista tosiasioista).

Prosessinjohto edellyttää tuomarilta reagointia oikeudenkäynnin aikaisiin tapahtumiin ja ainakin pääsääntöisesti se voi nojautua lähinnä siihen ns. laajaan prosessiaineistoon, joka on ollut esillä oikeudenkäynnin aikana. Sellainenkin rajaus on tehtävä, että tuomarin ei voida edellyttää tuntevan aivan kaikkea kirjallista materiaalia, joka oikeuteen on ehditty toimittaa.

---

tä voidaan valittaa vain, jos valittaminen on nimenomaisesti sallittu. (Ks. myös *Virolainen* 1988 s. 421 tai *Leppänen – Välimaa* 1998 s. 22, 24.)

Asiasyynä siihen, miksi valitusoikeus puuttuu, viitataan valituksen aiheuttamaan viivytykseen. (*Sjöström* 1948 s. 59; *Virolainen* 1988 s. 421.) Ajatellen aineiston täydentämistä koskevia kyselytoimia erillinen valitusoikeus olisikin epäilemättä paitsi epäkäytännöllinen myös raskas menettely. Avun tarpeessa oleva tuskin sellaista osaisi edes vaatia.

[30] Kumpikin oikeusvaikutus on tosin oikeuskirjallisuuden valossa ainakin osittain riidanalainen. Laiminlyöntien vaikutusta prekluusion edellytyksiä arvioitaessa tarkasteltiin jo alustavasti jaksoissa 5.3.4 ja 5.4.3.4, kohta 14. Oikeuskirjallisuuden suhtautumista asiaan selostetaan lähemmin jaksossa 7.8 ja 7.9.

[31] Lisäksi käytettävissä on kantelu yleiselle laillisuudenvalvojalle, joka oikeuslaitoksen osalta on eduskunnan oikeusasiamies.

Toiminnan tilannesidonnaisuus ja velvoitteiden arviointiin vaikuttavien olosuhteiden runsaslukuisuus vaikeuttaa prosessinjohdon oikeudellista normeeraamista. Selvää on, että monitahoisia tilannevariaatioita varten ei ole mahdollista etukäteen laatia mitään yksinkertaisia toimintaohjeita. Näitä kun ei kyettäisi käytännössä noudattamaan.[32] Tämä on eräs keskeisistä syistä, miksi sääntelyssä on turvauduttu yleispiirteisiä suuntaviivoja asettaviin lausekkeisiin. Oikeuskirjallisuudessa on toiminnalle pyritty luomaan täsmällisempiä tunnusmerkkejä.

Prosessuaaliseen tilanteeseen kiinnittyviä olosuhteita on toisaalta usein vaikea selvittää jälkikäteen. Esimerkiksi asianosaisten suullisten lausumien täsmällistä sisältöä on erityisen vaikea todentaa vaikkapa muutoksenhaun yhteydessä. Lausumista ei nimittäin pidetä tarkkaa kirjanpitoa, eikä niiden laaja kirjaaminen olisi mahdollistakaan.[33] Sellaiset prosessinulkoiset olosuhteet kuten osapuolten välisen oikeussuhteen sisältö, saavat oikeudenkäynnin aikana osakseen lisävalaistusta. Mitä tuomarin voidaan edellyttää niistä tietäneen oikeudenkäynnin aikana, on jo hieman vaikeampi pulma. Vaikkapa valmistelun aikaisia olosuhteita on hankala konstruoida jälkikäteen.

Perusteluvelvollisuuden puuttuminen

Merkittävä näkökohta on perusteluvelvollisuuden puuttuminen ja muukin kyselytoiminnan julkisuuteen liittyvä rajoittuneisuus. Kun varsinaisia ratkaisuja ei tointen johdosta tehdä, kyselytoimia ei jouduta perustelemaan. Tässä mielessä kyselytoiminta ei ole julkista.

Lainkäytön julkisuus ja ratkaisujen perusteluvelvollisuus on nähty toiminnan legitimiteetin kannalta keskeisinä ominaisuuksina.[34] Perusteluvelvollisuutta on pidetty tärkeänä paitsi lainkäytön nauttiman julkisen luottamuksen ennen kaikkea asianosaisten oikeusturvan kannalta. Ratkaisun perustelut nimittäin muodostavat lähtökohdan, jonka pohjalta asianosainen voi harkita muutoksenhakua ja perustella valitustaan. Niinpä perusteluvelvollisuus on tärkeä erityisesti ajatellen valitusoikeuden käytännön toteutusta.[35]

Perustelemisvelvollisuus on toisaalta nähty takeena mielivaltaa vastaan. Ajatuksena on, että ratkaisun rakentaminen mielivaltaisten tai muutoin ei-oikeudellisten perusteiden varaan olisi vaikeaa.[36] Epäilemättä perustelemisvelvollisuus usein ainakin huomattavasti hankaloittaa mielivaltaisiin syihin nojautuvaa vallankäyttöä.

---

[32] Ks. myös Reg. prop. 1986/87:89 s. 105 ja 106, jossa korostetaan, että kyselytoimintaa ei kyettäisi sääntelemään yksityiskohtaisten säännösten tai soveltamisesimerkkien avulla.
[33] Ks. jakso 5.5.3.
[34] Ks. *Bergholtz* 1987 s. 18–19.
[35] Ks. *Frände* LM 1998 s. 1248.
[36] Ks. *Bergholtz* 1987 s. 418. Perustelemisvelvollisuuden tehtävistä yleisesti ks. esimerkiksi *Bergholtz* 1987 s. 364 ss., *Huovila* 2003 s. 109 ss. tai *Virolainen – Martikainen* 2003 s. 12–13 ja 63 ss.

Nimenomaisen ratkaisun puuttuessa asianosaisilta ei jää tietämättömiksi ainoastaan tointen perustelut, vaan myös se, minkälaiset kyselytoimet ovat olleet tuomarin harkinnan kohteena. Kun kyselyjä ei pääsääntöisesti dokumentoida, tämä vaikeuttaa yhtäältä toteutuneiden kyselytointen tai niiden puuttumisen jälkikäteistä osoittamista.[37] Vastaavasti ne olosuhteet, jotka vaikuttaisivat tuomarin konkreettisen kyselyvelvollisuuden arvioimiseen esimerkiksi alioikeusprosessin aikana, kirjataan vain osittain.[38] Edellytykset kyselyvelvoitteiden laiminlyöntiin perustuvan valituksen laatimiseen ovat tästäkin syystä tavallista heikommat.

Päätöksentekotilanne

Kyselytoimintaan liittyvään päätöksentekotilanteeseen sisältyy piirteitä, jotka aiheuttavat epäilyksiä normien tehokkuutta kohtaan. Kyselytoiminta edellyttää usein melko nopeaa reagointia kulloiseenkin prosessuaaliseen tilanteeseen, tässä ja nyt tapahtuvaa päätöksentekoa. Toiminta voi olla verrattain spontaaniakin, eikä tuomarilla ole käytännössä mahdollisuuksia pitkälle menevään tai aikaa vievään harkintaan, varsinkaan silloin kun pitäisi reagoida suullisen käsittelyn aikana esitettyihin lausumiin ja tapahtumiin. Kanne- ja vastinekirjelmien pohjalta tuomarilla tosin on mahdollisuus jo ennen suullista valmistelua pohtia kyselyjen tarvetta.

Kun varsinaisia ratkaisuja ei kyselyjen johdosta tehdä, ratkaisun laatiminen ei tarjoa tuomarille mahdollisuutta tointen kriittiseen tarkasteluun.[39] Tätä puutetta korvaa rajatussa määrin valmistelun päätteeksi laadittava kirjallinen yhteenveto, johon osapuolten vetoamat vaatimukset ja tosiasiaväitteet sekä näiden tueksi ilmoitetut todisteet ja todistusteemat tulisi luetteloida.

Asianosaisen käytettävissä olevat oikeussuojakeinot

Eräs harkintavallan oikeudellisen sidonnaisuuden tunnusmerkeistä on epäilemättä se, että velvollisuuksien laiminlyöntiin on liitettävissä sanktioita eli konkreettisia oikeusseuraamuksia.[40] Vielä varmempi osoitus asiasta olisi se,

---

[37] Se, kuinka laajasti kyselyt ja niihin annetut vastaukset merkitään pöytäkirjaan, jää riippumaan pitkälti tuomarin harkinnasta. (*Virolainen* 1988 s. 418.) Virolaisen mukaan välttämätöntä on kuitenkin kirjata sellaiset kysymykset ja niihin annetut vastaukset, joiden johdosta asianosainen muuttaa aiemmin esittämäänsä vaatimusta tai sen tueksi vetoamiaan oikeustosiseikkoja tai ottaa käyttöön jonkin uuden todistuskeinon.

[38] Ks. tästä lähemmin jaksossa 5.4.3 olevaa esitystä.

[39] Ks. myös *Havansi* 2007 s. 26, joka mainitsee tuomioistuimen joutuvan ratkaisuharkinnan yhteydessä (perusteluja laatiessaan) vakuuttamaan myös itsensä ratkaisunsa sisällöllisestä kestävyydestä.

[40] Pidetäänhän jonkin tasoista vähimmäistehokkuutta oikeusteoriassa yleisesti normin voimassaolon eräänä edellytyksenä. Ks. *Klami* EIF VII s. 520–521; *Aarnio* 1989 s. 98. Samoin puhutaan tehokkuudesta yhtenä voimassaolon ulottuvuuksista. (*Aarnio* 1989 s. 98 ja 91–92 tai *Pöyhönen*

jos oikeutettu taho voisi vaatia tehokkaasti velvoitetta vastaavien oikeuksiensa toteutusta, toisin sanoen velvoitteen sisältönä olevan palveluksen tai edun toteuttamista tai jonkinlaista hyvitystä, mikäli palvelusta ei sellaisenaan voida toteuttaa.

Kumpikaan ei tosin ole vielä tässä mielessä aivan välttämätön, sillä esimerkiksi oikeusseuraamusten huomattavakaan epätodennäköisyys (tai edes puuttuminen) ei vielä sulje pois mahdollisuutta, että po. normi voisi ohjata velvoitetun tahon toimintaa.[41] Mutta jos näkyvät oikeusseuraamukset ovat hyvin epätodennäköisiä, voisi olla vaikea uskoa edes kyselynormien vaikutuksellisuuteen käytännön oikeuselämässä.

Käytännön tasolla oikeusseuraamuksiin liittyy vähintäänkin kahdenlaisia probleemeja. Jos kyselytoimet ovat liian passiivisia, saatetaan epäillä oikeusseuraamusten toteutumista. Asianosaisen näkökulmasta ongelmana on se, voisiko hän vaatimuksestaan toteuttaa po. oikeusseuraamuksen. Jos taas kyselytoiminnan sallittu ala ylitettäisiin, olisi toimiin vaikea liittää ylipäänsä mitään oikeusseuraamuksia. Näkemykseni mukaan ainakaan kovin painavat seuraamukset eivät ole mahdollisia. (Näkemystä perustellaan jäljempänä. Ks. jakso 7.9.4 (s. 379–382).)

Pulmia liittyy toisin sanoen relevanttien oikeusseuraamusten käytettävyyteen ylipäänsä ja toisaalta sekä autetun tahon että hänen vastapuolensa käytössä olevien oikeussuojakeinojen tehokkuuteen.[42] Oma ongelmansa on selostetun kaltainen epäsymmetria oikeussuojakeinojen osalta. Autetun tahon oikeussuojakeinot näyttävät joka tapauksessa hänen vastapuolensa käytettävissä olevia keinoja vahvemmilta.[43]

Tähän asti kertyneen kokemuksen valossa näyttää olevan syytä epäillä oikeusviranomaisten halukkuutta suhtautua prosessinjohtoon tuomioistuinta velvoittavana ilmiönä. Tähän viittaa ainakin tuomarin kyselyvelvoitteita koskevan oikeuskäytännön vähäinen, joka tapauksessa riittämätön määrä.[44] Erityisesti puuttuu sellaista oikeuskäytäntöä, jossa olisi otettu kantaa väiteaineiston selventämistä ja riittävyyttä koskeviin kyselyvelvoitteisiin.[45]

Toisaalta on huomautettu asianosaiselle ja hänen avustajalleen olevan psykologisessa mielessä epämiellyttävää vedota prosessinjohdossa olleisiin lai-

---

EIF VII s. 1292.) Sanktioiden mahdollisuus puolestaan on keskeinen normin tehokkuuden mittari. (*Klami* EIF VII s. 521.)

[41] Ks. *Klami* EIF VII s. 521–522.

[42] Asiaa pohditaan yleiseltä kannalta jaksossa 7.3. Konkreettisia oikeussuojakeinoja tarkastellaan jaksossa 7.9.

[43] Kysymystä siitä, voidaanko tämä epäsymmetria hyväksyä, tarkastellaan jaksoissa 7.7.3.2 ja 8.7.2.

[44] Oikeuskäytännön vähäisestä määrästä huomauttavat jo *Ekelöf* 1979 s. 276 ja *Taksoe-Jensen* 1976 s. 437–438. Ks. myös *Westberg* JT 1995–1996 s. 75.

[45] Kertyneen aineiston pohjalta ei vielä juurikaan voida hahmotella, mihin konkreettisiin tilanteisiin kyselyvelvollisuus ulottuu. Oikeuskäytäntöä tarkastellaan lähemmin luvuissa 7.9 ja 8.8.

minlyönteihin osana valitusperustetta. Syynä on se, että tämä nostaisi huomion kohteeksi asianosaisen mahdollisen oman laiminlyönnin vetoamislausumiensa muotoilussa tai rajaamisessa.[46] Tähän ei kyllä pitäisi olla aihetta, varsinkaan jos tuomioistuimen ymmärretään olevan osavastuussa faktaperusteiden saattamisesta keskustelun alaisuuteen, kuten edellä omaksutun ajattelun mukaan tulisi ymmärtää.[47] Jos tuomioistuin on vastuussa väiteaineiston riittävyydestä, pitää vastuuseen voida vedota muutoksenhaun kautta. Asianosaisten varautunut suhtautuminen kyselyvelvoitteiden laiminlyöntiin valitusperusteena saattaakin johtua – ainakin merkittävältä osin – yksinkertaisesti epäilyksestä tämän perusteen menestymisen mahdollisuuksia kohtaan.[48]

7.3 TUOMARIN KYSELYTOIMISTA OIKEUKSIEN TEORIAN VALOSSA

7.3.1 Mitä tarkoitetaan puhuttaessa asianosaisen oikeuksista? – oikeuden käsitteen merkityksestä valintateorian ja intressiteorioiden mukaan

Tuomarin harkintaa yksittäisissä prosessinjohtoon kuuluvissa ratkaisuissa saatetaan pitää joko vapaana tai oikeudellisesti sidottuna. Lisäksi on mahdollista ajatella, että harkinta on sidottua vain osaksi. Tällöin ratkaisujen voitaisiin sanoa sisältävän vapaan harkinnan alueen. Lähinnä kyselytoiminnan ns. ydinalueella tuomari olisi oikeudellisesti velvoitettu kyselytoimiin. Ns. reunaalueilla taas tulisi vastaan kysymys siitä, olisivatko kyselytoimet enää sallittuja.[49] Mutta jos tuomarilla on velvollisuus harjoittaa kyselytoimintaa, mitä tämä merkitsee asianosaisten kannalta? Voitaisiinko näissä tilanteissa sanoa, että asianosaisella on vastaavasti jokin oikeus? Mitä oikeudella tällöin voitaisiin tarkoittaa?[50]

---

[46] *Virolainen* (1988 s. 437) mainitsee olevan ymmärrettävää, että asianosainen ei vetoa tuomioistuimen passiivisuuteen, koska päävastuu oikeudenkäyntiaineiston esittämisestä on asianosaisilla.

[47] Ainakin yleisellä tasolla samaa mieltä näyttää olevan *Laukkanen* (1995) puhuessaan oikeudenkäyntiaineiston hankkimista koskevasta yhteistoiminnasta.

[48] Vrt. myös *Westberg*, JT 1995–1996 s. 75, joka mainitsee kyselytoiminnan menettelykysymyksenä, joka ”vain harvoin jos koskaan” viedään ylemmän oikeusasteen tutkittavaksi. Samoin *Ekelöf* (1979 s. 276), joka toisaalta luonnehtii kyselytoimintaa ”puhtaaksi tarkoituksenmukaisuuskysymykseksi”. Ekelöf ei näytä pitävän asiaa mitenkään erikoisena. Syynä voi olla näkemys, jonka mukaan kyselyvaltuuksien käyttö olisi melko vapaata. Vrt. *Ekelöf* TSA 1962 s. 222.

[49] Ks. jakso 7.8, jossa käsitellään kyselytoiminnan oikeudellista sidonnaisuutta.

[50] Oikeuksista saatetaan puhua hyvinkin heikossa merkityksessä. Näin myös tosiasiallisessa juridisessa kielenkäytössä tapahtuu. Se, että jollakin sanotaan olevan määrätty oikeus, ei vielä merkitse oikeussuojakeinojen käsillä oloa tai velvoitteen tehokasta toteutumista muutoin. Toisekseen termille oikeus ei ylipäänsä ole mitään vakiintunutta merkityssisältöä, vaan oikeuksista puhutaan vaihtelevalla tavoin.

Oikeus- ja moraalifilosofinen keskustelu juridisten oikeuksien käsitteen merkityksestä auttaa jäsentämään, mitä piirteitä oikeuksista puhuttaessa saatetaan pitää tärkeinä. Mielenkiinnon kohteena on nyt ennen kaikkea kansalaisen ja julkisen tahon välinen oikeussuhde.

> Tuossa keskustelussa oikeuden käsitteen eräänä tehtävänä on rajata kansalaisen ja julkisen tahon valtasuhteita ja turvata yksilön vapauksien aluetta. Oikeudet saattavat joko (ns. negatiivisten oikeuksien tapauksessa) puolustaa asioihin puuttumattomuuden aluetta tai (puhuttaessa ns. positiivisista oikeuksista) asettaa julkiselle taholle asianosaisen intressissä määrättyjä tehtäviä.

Velvollisuuksien ja oikeuksienhaltijan suhdetta koskevat teoriat jaetaan kahteen pääryhmään, ns. tahto- tai valintateorioihin (choice theories of rights) ja intressiteorioihin (benefit theories).[51] Erottelu on saanut alkunsa H. L. A. Hartin kirjoituksesta, jossa hän esittää kritiikkiä eräitä aiempia näkemyksiä kohtaan. Kritiikki kohdistuu erityisesti intressiteorioiden pohjana olleisiin Jeremy Benthamin ajatuksiin.[52]

Keskustelussa nojaudutaan useimmiten Hohfeldin tunnettuun oikeuksien ja velvollisuuksien suhdetta koskevaan analyysiin – tai ainakin lähdetään siitä liikkeelle. Hohfeld tyypitteli neljä oikeuksien ja niitä vastaavien velvollisuuksien lajia.[53] Oikeuksien yleiseltä kannalta keskeisiä ominaisuuksia on etsitty vaade-nimisestä oikeuden tyypistä, jossa oikeutetulla taholla sanotaan olevan velvoitettuun nähden oikeutettu vaatimus, jonka kohteena on jokin positiivista toimintaa tai negatiivista toiminnasta pidättäytymistä merkitsevä palvelus. Teoriat pyrkivät vastaamaan kahteen kysymykseen, joista kumpaankaan Hohfeld ei ottanut kantaa: Kun oikeussuhteen jollakin taholla on määrätty velvollisuus, millä ehdoin voidaan sanoa jollakin toisella olevan vastaava oikeus (claim right eli vaade)? Ja tähän liittyen: kenelle oikeus tällöin kuuluu?[54]

> Hohfeldin analyysi käsittelee lähinnä oikeuksien ja velvollisuuksien loogista suhdetta. Nyt puheena olevat teoriat taas ovat kiinnostuneita siitä, tuleeko oikeuden käsitteelle antaa jokin velvoitteista riippumaton merkityssisältö ja mikä se olisi. Nämä ongelmat liittyvät puolestaan kysymykseen oikeuksien normatiivisesta voimasta – jonka tehtäviin kuuluisi muun muassa yksilön aseman turvaaminen suhteessa julkiseen tahoon. Ongelmana on, sitovatko jotkin erityisellä tavalla yksilöä (julkisen tahon byrokraattisilta intresseiltä) suojaavat normit lainkäyttäjää tai jopa lainsäätäjää.

---

[51] Näiden ilmentämistä vastakkaisista ajattelutavoista historiallisessa katsannossa ks. *Tuck* 1979 s. 5–7.
[52] Ks. *Hart* 1982.
[53] *Hohfeld* 1964 s. 35 ss.
[54] Ks. *Finnis* 1980 s. 202.

Hartin kritisoiman intressiteorian mukaan oikeudesta voidaan puhua aina kun voidaan tietää, että (i) jokin määrätty henkilö hyötyy toisella olevan velvoitteen täyttämisestä ja kun (ii) velvollisuus on asetettu tässä tarkoituksessa.[55] Hyötyjää saatetaan tällöin pitää oikeudenhaltijana. Valintateorian mukaan hyötyjällä on oikeus vain, jos hänellä on valta ryhtyä täytäntöönpanoon tähtääviin toimenpiteisiin siinä tapauksessa, että velvoitettu taho laiminlyö velvoitteensa. Lisäksi oikeudenhaltijalla tulisi olla valta luopua oikeudestaan.[56]

Syvällisemmässä mielessä erilaiset näkemykset heijastelevat sitä, mikä oikeuksien käsitteessä teorioiden mukaan on keskeistä. Kysymykset liittyvät toisin sanoen siihen, millä tavoin oikeuksien merkitys ymmärretään. Tällä on käsitteellinen (analyyttinen) ja normatiivinen ulottuvuutensa.

Hartin kritiikin mukaan intressiteoriat suhtautuvat oikeuksiin ainoastaan eräänlaisina velvoitteita koskevien normien heijastumina tai peilikuvina.[57] Oikeuden käsite palautuu joko yleisen hyödyn edistämiseen, lainsäätäjän tarkoituksen toteuttamiseen tai lain kirjaimeen. Oikeuksilla ei tällöin ole mitään ominaisuuksia, joita vasten lainsäädäntöä tai oikeuskäytäntöä voitaisiin arvioida kriittisesti, jos asiaa tarkastellaan nimenomaan velvoitteiden täyttämisestä hyötyvän näkökulmasta.

Voidaan sanoa, että kritiikkiin sisältyy näkemys, jonka mukaan oikeussuhteita on voitava arvioida oikeuksien termein. Oikeuksien näkökulma taas liittyy velvoitteesta hyötyvään yksittäiseen asianosaiseen. Tämä edesauttaa analyyttistä tarkastelua, sillä nyt saatetaan kysyä mielekkäästi, onko asianosaisella määrätyssä oikeussuhteessa oikeuksia. Jos niitä ei oikeussuhteeseen liity, tulisi Hartin mukaan puhua vain toisella osapuolella olevista velvoitteista. Toisaalta Hartin näkemys on siinä mielessä normatiivinen, että puheeseen oikeuksista hänen mukaansa liittyy oletus oikeuksienhaltijan asettamisesta määrätynlaiseen juridiseen asemaan. Kyse on siitä suvereenista asemasta, jossa oikeuksien haltija voi tehdä oikeuksien kohteena olevien palveluksien (vastapuolen velvoitteiden) toteuttamista tai niistä luopumista koskevia valintoja.

Hartin mukaan oikeuksien ydinsisältönä on se, että oikeuksia perustelevat normit erityisellä tavoin tunnustavat henkilön valinnanvapauden. Tämä voi tapahtua negatiivisesti, kunnioittamalla vapaata valintaa (vrt. vapaus, immuniteetti) tai myönteisesti, antamalla tehdylle valinnalle tietty moraalinen tai oikeudellinen vaikutus (vrt. vaade ja kompetenssi).[58] Negatiivisten oikeuksien haltija on suojattu vapautensa rajoittamiselta, positiivisten oikeuksien tapauksessa oikeudenhaltija on oikeutettu rajoittamaan velvoitetun tahon vapautta.[59]

---

[55] Ks. *Hart* 1982 s. 175–181.
[56] *Hart* 1982 s. 183–184.
[57] *Hart* 1982 s. 181–182.
[58] Ks. *Finnisin* (1980 s. 204) luonnehdintaa.
[59] Ks. erityisesti *Hart* 1984 s. 88, jossa positiiviseen oikeuteen vetoamisen sanotaan merkitsevän

Tämä näkemys toimii perusteluna sille, miksi juuri toteutettavuuden tulee olla juridisen oikeuden käsitteelliseen sisältöön luettava ominaisuus.[60]

Valintateorian mukaan ei ole syytä puhua oikeudesta esimerkiksi tilanteessa, jossa velvoitetun tulee huolehtia hyötyjänä olevan intresseistä mutta jossa konkreettisten toimenpiteiden toteuttaminen on riippuvainen velvoitetun tahdosta. Jos velvollisuuden kohteena olevan asiaintilan toteutuminen on riippuvainen ylipäänsä muusta seikasta kuin hyötyjän tahdosta, hyötyjällä ei voida sanoa olevan velvoitettuun nähden oikeuksia.

Näin ollen sosiaalisten etuuksien tapauksessa ei usein voitaisi puhua kansalaisella olevista oikeuksista. On tavallista, että viranomainen verraten vapaasti harkitsee tuen tarpeen, eikä hyötyjänä oleva voi tehokkaasti vaatia etuuden toteuttamista.

Intressiteorioiden etuna on nähty niiden laajempi kattavuus ajatellen suojattavien intressien piiriä mutta myös oikeuksin suojattujen tahojen piiriä. Niiden onkin väitetty kykenevän tarjoamaan paremman selityksen muun muassa hyvinvointivaltiollisista etuuksista oikeuksina.[61] Valintateorian edellyttämä kompetenssi, oikeudenhaltijan valta määrätä oikeuksista, jättäisi toisaalta oikeustoimikyvyttömät tai rajoitetusti oikeustoimikykyiset oikeuksia koskevan keskustelun ulkopuolelle.[62] Asiallisesti ottaen puhe lasten tai sairauden vuoksi oikeustoimikyvyttömien oikeuksista tuntuu erityisen hyvin perustellulta.

> Toisaalta on sanottava, että juuri valta tehokkaasti vaatia julkisen tahon vastuulla olevia etuuksia on merkitykseltään ratkaiseva, hyötyjää kiinnostava näkökohta myös sosiaalisten oikeuksien kohdalla. Jos tällaista valtaa, tehokasta oikeutta ei ole, saatettaisiin pärjätä puhumalla vain viranomaisen velvoitteista. Lisäksi myös etuudet saatetaan selittää oikeuksina haltijansa vapauksien suojaamiseen tai edistämiseen. Niiden perusteluna voidaan toisin sanoen nähdä pyrkimys suojata oikeutetun tahon toimintavapauksia.[63]

Oikeudenhaltijan suvereenisuus edellyttää, että hän voi halutessaan luopua oikeudesta tai sen toimeenpanosta. Tätä näkökohtaa on pidetty ongelmallisena ajatellen ns. luovuttamattomia oikeuksia, joihin osittain vertautuvat muutamat pakottavan yksityisoikeudellisen sääntelyn tai perustuslain suojaamista oikeuksista.[64]

---

väitettä, jonka mukaan asianosaisella on oikeus rajoittaa toisen vapautta jossakin tietyssä suhteessa. (Mainittakoon, että kirjoittaja käyttää positiivisesta oikeudesta tässä yhteydessä nimitystä ”erityinen” oikeus.)

[60] Perustelu täydentyy sillä, että yhteiskunnan jäseniin kohdistuvien vapaudenrajoitusten viimekätinen legitimaatio nojautuu yhtäläisen vapauden kunnioittamiseen (puhuttaessa negatiivisista oikeuksista) tai olennaisessa määrin velvoitetun vapaaseen tahtoon (lähinnä ns. positiivisten oikeuksien kohdalla). Ks. *Hart* 1984 s. 88.

[61] Ks. *Waldron* 1984 s. 11; *Zuckert* 2002 s. 174.

[62] Ks. *Hart* 1984 s. 81–84.

[63] Näin esimerkiksi *Wellman* 1982 s. 30, vrt. s. 16–17.

[64] Yhteiskuntafilosofiassa kutsutaan luovuttamattomiksi sellaisia perustaviksi katsottuja oikeuk-

Näkökohta on kuitenkin tärkeä. Jos hyötyjä ei voi luopua toiselle taholle kuuluvasta velvollisuudesta tai sen toteuttamisesta, hän on itsekin velvoitettu. Puhetapa, jossa henkilön velvollisuudella ja oikeudella on yhteinen kohde, antaa asioista usein täysin virheellisen vaikutelman. Erityisen hämmentävää olisi puhua yhtä aikaa määrätystä toimintavelvoitteesta ja täysin samaa asiaa koskevasta oikeudesta. Jos minulla on yhteiskuntaa kohtaan velvollisuus maksaa veroja, mitä tarkoitusta palvelisi sanoa, että minulla onkin verojen maksamiseen yhtä hyvin oikeus?[65]

Puhetta oikeuksista silloinkin kun niistä ei voida luopua, on kuitenkin puollettu vedoten asiasyihin. Saatetaan väittää, että esimerkiksi tärkeämpiä vapauksia kuin oikeuteen kohdistuva valinnanvapaus, ovat ne hyötyjän toimintavapaudet, jotka saavutetaan rajoittamalla juuri ensiksi mainittua. Niinpä esimerkiksi säännösten, jotka rajoittavat henkilön oikeutta luopua lopullisesti henkilökohtaisen vapautensa suojasta, voidaan MacCormickin mukaan sanoa suojaavan hänen oikeuksiaan.[66] Myöskään työsuojelunormien pakottavuus-ominaisuus ei estä puhumasta työntekijöillä niiden nojalla olevista oikeuksista.[67]

Perusoikeuksien on puolestaan katsottu lisäksi edellyttävän sitä, että oikeuksista kyettäisiin keskustelemaan jo ennen kuin tiedetään, mitä velvoitteita niistä konkreettisesti aiheutuu. Tällöin ei siis myöskään edellytettäisi oikeuksien ja velvoitteiden vastaavuutta.[68] Tähän puoleen ei kuitenkaan voida tässä yhteydessä kiinnittää enempää huomiota.

7.3.2 Aktiiviset ja passiiviset oikeudet

Tässä yhteydessä ei ole tarvetta ottaa kantaa teorioiden paremmuuteen eikä ehdottaa muutoksia yleiseen puhetapaan, joka poikkeaa varsinkin valintateorian mukaisesta. Sitä vastoin teorioiden mukaiset oikeus-termin määrittelyt tuovat esiin hyödyllisen erottelun: Valintateorian edellyttämät ehdot täyttäviä oikeuksia onkin toisinaan nimitetty aktiivisiksi oikeuksiksi. Ne oikeudet, jotka täyttävät ainoastaan intressiteorian mukaiset ehdot, ovat puolestaan passiivisia oikeuksia.

Tuck käyttää nimityksiä viittaamaan juuri valinta- ja intressiteorioiden mukaisiin oikeuksiin.[69] Lyons mainitsee aktiivisen oikeuden tarkoittavan oikeut-

---

sia, jotka rajoittavat lainsäätäjän kompetenssia. Toisaalta oikeutetun itsensäkään ei katsota voivan pätevästi luopua puheena olevista oikeuksista. Yksityisoikeudellinen ns. pakottava sääntely asettaa rajoituksia lähinnä vain oikeussuhteen osapuolille.

[65] Ks. *Hart* 1982 s. 173–174.

[66] Tämä on *MacCormickilla* eräs keskeisistä argumenteista intressiteorian puolesta. Ks. *MacCormick* 1977 s. 196.

[67] Ks. *MacCormick* 1977 s. 197–198.

[68] Ks. *Waldron* 1984 s. 5 tai *Campbell*, Stanford Encyclopedia of Philosophy: Legal Rights.

[69] Ks. *Tuck* 1979 s. 6–7.

> ta tehdä jotakin (rights to do things).[70] Zuckert puolestaan kutsuu Hartin teoriaa aktiivisten oikeuksien teoriaksi. Aktiiviset oikeudet ovat vaateita, joihin oikeudenhaltija voi vedota, kun taas passiiviset oikeudet merkitsevät ainoastaan toisen velvoitteesta aiheutuvan hyödyn passiivista vastaanottamista. Jos velvoite laiminlyödään, hyötyjällä itsellään ei ole mahdollisuutta ryhtyä asiaa korjaamaan.[71]

Valinnan mahdollisuutta on pidettävä tärkeänä oikeuksiin sisältyvänä elementtinä. Käytännössä on tärkeää pyrkiä selvittämään, milloin oikeudenhaltijalla on valinnan mahdollisuus ja milloin sellaista ei ole.[72] Seuraavassa tarkastellaan tuomarin kyselytoimintaan liittyviä tuomarin velvoitteiden ja asianosaisten (menettelyllisten) oikeuksien suhdetta po. jaottelun valossa, lähinnä siltä kannalta, voidaanko tuomarin velvoitteista hyötyvän asianosaisen oikeuksia luonnehtia miltään osin aktiivisiksi oikeuksiksi.

7.3.3 Tuomarin kyselyvelvollisuudet asianosaisten oikeuksien näkökulmasta

Ainakin väljästi arvioiden enimmän osan tuomarin kyselytoimintaan kuuluvista toimista saatetaan katsoa suojaavan asianosaisten intressejä. Varsinkin vetoamislausumia selventävä ja täydentävä kyselytoiminta voidaan liittää autetun tahon intresseihin. Intressiteorioiden näkökulmasta ei siis olisi erityisiä vaikeuksia puhua kyselyvelvoitteisiin liittyvistä oikeuksista.[73] Mutta voidaanko asianosaisilla katsoa olevan kyselyvelvoitteiden johdosta aktiivisia oikeuksia? Aktiivinen oikeus sisältäisi edellä olevan pohjalta lähinnä oikeuden määrättyyn

---

[70] Ks. *Lyons* 1970 s. 48.

[71] Ks. *Zuckert* 2002 s. 172.

[72] Tavanomaisessa kielenkäytössä puhutaan usein *subjektiivisista oikeuksista*, tarkoittaen sellaista kansalaisen julkiseen tahoon kohdistuvaa oikeutta, joka on käytännössäkin toteutettavissa, jos kansalainen niin vaatii. (Vrt. esimerkiksi puhe lapsen päivähoidosta lapsen (ja/tai hänen vanhempansa) subjektiivisena oikeutena.) Oikeustieteessä (ja erityisesti oikeusteoriassa) subjektiivisen oikeuden käsite ei kuitenkaan edellytä tehokkuutta tai samanlaista erityistä vahvuutta kuin esimerkiksi aktiivinen oikeus. Kyse on ainoastaan oikeussuhteesta, jossa on kaksi osapuolta, lähinnä siis oikeutettu ja velvoitettu taho. Velvoitteen ja oikeuden laadun lähempi luonnehdinta ei sisälly määritelmään. (Ks. esimerkiksi *Klami* EIF VII s. 1080–1081.) Subjektiivinen oikeus saattaa toisin sanoen olla esimerkiksi ns. intressiteorioiden mukaisen oikeuden kaltainen.

Subjektiivisen oikeuden käsite ei myöskään edellytä oikeussuojakeinojen käsillä oloa. Subjektiivisista oikeuksista voidaan toisin sanoen puhua edellyttämättä esimerkiksi mahdollisuutta saattaa oikeus lainkäyttöelimen vahvistettavaksi. (Näin esimerkiksi *Tuori* 2004 s. 244.)

[73] Ongelmana voisi kylläkin olla se, missä määrin teoria edellyttäisi nimenomaista tarkoitusta suojata asianosaisen intressejä. Intressiteorioiden uudemmat versiot edellyttävät usein juuri sitä, että velvoite on asetettu asianosaisen yksilöllisten intressien suojaksi. Ks. esim. *MacCormick* 1977 s. 192. Useinhan kyselyvelvoitteita perustellaan julkisten intressien edistämisellä. (Vrt. jäljempänä jaksot 7.5 ja 7.7.1.)

palvelukseen (positiiviseen toimintaan tai negatiiviseen toiminnasta pidättäytymiseen) velvoitetulta ja kompetenssin vaatia oikeuden sisältönä olevan palveluksen toteutusta.

Tuomarin kyselytoimet eivät sellaisenaan ole palvelus, jota asianosainen voisi – tai jota olisi millään tavoin järkevää – vaatia konkreettisessa merkityksessä toteutettavaksi. Vaatimuksen konkreettisena kohteena voisi mieluumminkin olla asianosaisen mahdollisuus saada niin halutessaan tutkituksi määrättyjen asiaintilojen oikeudellinen merkitys. Tämä voisi edellyttää kyselytoimia, joilla asianosaisen suhtautuminen selvitetään tai varmistetaan. Lisäksi prekluusion estymisen olisi oltava kyselytoimen laiminlyönnin oikeusseuraamuksena. Oikeutetun vaatimuksen kohteena olisi siis tuomarin velvollisuus pidättäytyä prekludoimasta faktaperusteita tai vaatimuksia, joita koskeva kyselyvelvoite on laiminlyöty.

> Jos tai kun tuomioistuimella on velvoitteita, jotka liittyvät tosiasiaväitteiden selventämiseen ja/tai täydentämiseen, voidaan puhua myös tuomarin velvoitteista, jotka koskevat faktaperusteiden saattamista keskustelun alaisuuteen, asianosaisen huomion kohteeksi. Oikeuden sisältönä olevan palveluksen tai asiaintilan toteutettavuuteen liittyy kuitenkin lähtökohtaisesti merkittäviä ongelmia.

Selvää on, että kyselytointen laiminlyöntiin ei toisaalta voida liittää velvollisuutta sijaissuoritukseen kuten vahingonkorvaukseen, joka on tyypillinen seuraamus sopimusoikeudellisissa oikeussuhteissa. Asianosaisella saattaa silti olla käytössään oikeussuojakeinoja, erityisesti valitusmahdollisuus. Jos tuomari laiminlyö kyselytoimen, saatettaisiin po. faktaperusteiden tutkimista vaatia muutoksenhaun yhteydessä.[74] Laiminlyöntiin saattaa näin ollen liittyä ainakin yllä mainittuja oikeusseuraamuksia, joiden ”täytäntöönpanoa” tai huomioon ottamista asianosainen saattaisi tehokkaastikin vaatia. Jos seuraamuksena on prekluusion estyminen, tämä kysymys tulee luonnollisesti harkittavaksi jo osana prekluusion edellytyksiä. Myös prekluusioratkaisuun tulisi voida hakea muutosta kyselyvelvollisuuden laiminlyönnin johdosta.

Näin ollen asianosaisen oikeutettuja vaatimuksia tuomioistuinta kohtaan voisivat olla ainakin:

> (1) määrättyjen tosiasioiden oikeudellisen merkityksen tutkimista koskeva vaade, joka muodostaisi ns. itsenäisen muutoksenhakuperusteen eli käytännössä mahdollisuuden muutoksenhakuun kyselytoimen laiminlyönnin perusteella; ja

---

[74] Ainakin periaatteessa myös ylimääräinen muutoksenhaku saattaisi olla käytettävissä asianosaisen oikeussuojakeinona, jos tuomioistuin laiminlyö kyselyvelvoitteitaan tai suoria tutkimisvelvoitteitaan.

(2) prekluusion estymistä koskeva vaade asianosaisen vedotessa seikkaan, joka tuomarin olisi pitänyt ottaa keskustelun alaisuuteen (ennen prekluusion kriittisen ajan umpeutumista) tai jos vetoamatta jääminen on voinut johtua siitä syystä, että tuomari on laiminlyönyt oikeusohjeita koskevan informaatiovelvollisuutensa.

Nämä voisivat olla toteutettavissa myös käytännön tasolla. Lähinnä vain teoriassa mahdollisiksi seuraamuksiksi jäisivät sitä vastoin tuomarin virkavastuu tai korvausvelvollisuus (ks. lähemmin jakso 7.9).

Kun asianosaisella olevan oikeuden sisällöksi asetetaan mahdollisuus vedota, valintateorian edellyttämä disponointivalta sisältyy asianosaisen toimintamahdollisuuksiin. Tosiasioiden oikeudellisen merkityksen tutkiminen kun joka tapauksessa (miltei poikkeuksetta) edellyttää asianosaisen vetoamistahdonilmaisua. Prekluusion estymisestä asianosainen ei voisi suoraan disponoida. Käytännössä asianosainen kuitenkin voi päättää siitä, mihin seikkoihin hän vetoaa. Kysymys vetoamisoikeuden menettämisestä ei nouse esiin ilman asianosaisen vetoamistahdonilmaisua.

Varmimmin toteutettavissa olevia vaatimuksia

Ainakaan normatiivisessa mielessä ei ole estettä suhtautua yllä mainittuihin vaatimuksiin siten, että asianosaisella tulisi laiminlyöntitapauksessa olla ehdoton oikeus seuraamusten toteuttamiseen. Epäilykset liittyvät enemmänkin käytännön toimivuuteen. Tässä alustavassa tarkastelussa on siksi aiheellista kiinnittää huomiota niihin mahdollisiin vaatimuksiin, jotka tuntuvat kaikkein realistisimmilta käytännön toteutettavuuden näkökulmasta. Tällaisia voisivat olla ainakin (a) velvollisuus informoida asianosaisia näyttövelvollisuuden jakautumisesta, (b) kielellisesti puutteellista vetoamislausumaa koskeva selventämisvelvollisuus ja (c) velvollisuus tiedustella asianosaiselta, haluaako hän toistaa aiemmassa menettelyvaiheessa esittämänsä vetoamislausuman.

a. Tuomarin velvollisuus informoida asianosaisia oikeusnormien sisällöstä luokitellaan informatiiviseen prosessinjohtoon kuuluvaksi. Velvollisuuden edellytyksenä katsotaan olevan sen, että ainakin toisella asianosaisista on virheellinen käsitys asiassa merkityksellisten oikeusnormien sisällöstä.[75]

Usein suhteellisen selvästi tunnistettavana (helposti todennettavissa olevana) tapauksena saatetaan pitää asianosaisen *virheellistä näkemystä näyttövelvollisuuden jakautumisesta*. Asianosainen saattaa usein mainita näyttövelvollisuuden kuuluvan vastapuolelle. Tai hänen tuomioistuimen kannasta poikkeava käsityksensä voi käydä ilmi jo siitä, että po. väittämän osalta ei ole ilmoitettu

[75] Toisinaan informointivelvoitteen on katsottu syntyvän, jos tuomioistuin soveltaa asian ratkaisuun sellaista normia, jota kumpikaan asianosaisista ”ei ole edellyttänyt”; mitä tällä voidaan tarkoittaa, on käytännössä usein tulkinnanvaraista. Ks. esimerkiksi *Lindell* 2012 s. 298–299.

todisteita tai esitetty näytön arviointia koskevaa argumentaatiota.

Rajankäynti sen suhteen, milloin asianosaisen virheellinen käsitys oikeuskysymyksistä aiheuttaa informointivelvollisuuden, on selvästikin varsin vaikeaa. Kyselyvelvollisuutta perustelee tässä tapauksessa se, että näyttövelvollisella on konkreettinen tarve lisänäytön hankkimiseen, mikä ei virheellisen oikeudellisen arvioinnin vuoksi onnistuisi. Rajankäynti on sitä vastoin erityisen hankalaa, jos virheellinen käsitys koskee puhtaasti oikeudellisia näkökohtia, ilman että nähtävissä olisi mahdollinen tarve lisänäyttöön tai tosiasiaväitteisiin.

Velvollisuus informoida asianosaisia näyttövelvollisuuden jakautumisesta on vahvistettu oikeuskäytännössä. Ratkaisun KKO 2007:52 kohteena olleessa jutussa toisella osapuolista oli virheellinen käsitys todistustaakan jaosta, minkä johdosta asiassa merkitykselliset tosiasiat olivat jäämässä selvittämättä. Korkeimman oikeuden mukaan käräjäoikeuden olisi pitänyt kertoa asianosaisille oma näkemyksensä siitä, kuinka todistustaakka asiassa jakautui.[76]

b. *Lausuman kielellinen tai muusta syystä johtuva tulkinnallinen epäselvyys* samoin kuin *faktakuvauksen epätäydellisyys* ovat tilanteita, joissa oikeuskirjallisuus on verrattain yksimielinen tuomarin velvollisuudesta tai ainakin oikeudesta kyselytoimiin.[77] Tavallisesti hyvin vaikean ongelman aiheuttaa kylläkin se, milloin lausumaa olisi pidettävä epäselvänä tai puutteellisesti yksilöitynä. Toisaalta on monia käytännön tilanteita, joissa kyselytointen tarpeen tunnistaminen ei tuota ylivoimaisia vaikeuksia.

Oikeuskirjallisuudessa mainitaan esimerkkinä lausuman tulkinnallisesta epäselvyydestä tapaus, jossa on epävarmaa, onko asianosaisen tarkoituksena vedota johonkin mainitsemaansa faktaperusteeseen. Vaikka yksiselitteistä rajankäyntiä ei tämän kriteerin pohjalta voida osoittaa, tällainen kuvaus muodostaa kylläkin monissa käytännön tilanteissa riittävän luotettavan pohjan arvioida tuomarin kyselyvelvollisuutta.[78]

Kyselyvelvollisuus saatettaisiin niin ikään liittää vetoamislausuman sisältämän faktakuvauksen epätäydellisyyteen. Lausuman puutteellisuus ei nyt koske vetoamistarkoitusta tai vedottujen asiaintilaväitteiden sisältöä, vaan vedottujen tosiasiaväitteiden yksilöintiä, joka on liian suppea väittämistaakan edellyttämään nähden.[79]

---

[76] Juttu palautettiin käräjäoikeuteen. Myös ratkaisu KKO 2005:69 tukee näkemystä näyttötaakan jakoon kohdistuvasta informointivelvollisuudesta. Korkeimman oikeuden mukaan nimittäin prosessinjohdon laiminlyönti alemmissa oikeusasteissa vaikutti siihen, että uutta kirjallista todistusaineistoa hyväksyttiin vielä korkeimpaan oikeuteen tehdyn valituksen yhteydessä. Alemmat oikeusasteet olivat erehtyneet todistustaakan jaosta, joten maininta prosessinjohdon puutteellisuudesta liittynee osaltaan todistustaakan jakoa koskevaan informointivelvollisuuteen.

[77] Ks. esimerkiksi *Ekelöf* TSA 1962 s. 218; *Boman* 1964 s. 33–35; *Virolainen* 1988 s. 250 ja 253. Ks. myös jäljempänä jaksot 8.2 ja 8.4.

[78] Ks. jakso 8.3.

[79] Ks. jäljempänä jaksossa 8.4 (sivuilla 389–390) olevaa esitystä.

Esimerkkinä mainitaan usein tilanne, jossa vetoamisvelvollisuuden kohteena oleva oikeustosiseikka jakautuu useampaan osioon. Velkomisasian vastaaja saattaa väittää, että velkakirjan haltijalla ei ole ns. laillista saantoa, koska luovuttaja ei ole ollut oikeutettu määräämään velkakirjasta. Vastaaja ei kuitenkaan esitä mitään väitteitä velkakirjan luovutuksensaajan vilpillisestä mielestä.[80] Tässä tapauksessa tunnusmerkistön osatekijät ovat vakiintuneita ja ne tunnetaan säännöksen (VKL 14 §) sanamuodon perusteella. Siksi kyselytointen tarve voidaan tunnistaa verrattain helposti ja velvoitteen ulottumisesta tuohon tilanteeseen saatettaisiin suhteellisen helposti päästä yhteisymmärrykseen.

c. Vetoamisvelvollisuuden piiriin kuuluu velvollisuus *uudistaa aiemmin esitetyt vetoamislausumat* menettelyn myöhemmässä vaiheessa. Käräjäoikeuden valmistelun aikana esitetyt vetoamislausumat on toistettava pääkäsittelyssä (OK 24:2.1). Samoin käräjäoikeudessa esitetyt vetoamiset on uudistettava muutoksenhakuprosessin aikana, sillä muutoksenhaussa noudatetaan vastaavaa väittämistaakkaa kuin alioikeusprosessissa (OK 26:1).

Käytännölliseltä kannalta viimeksi mainittu aiheuttaa asianosaisen näkökulmasta enemmän pulmia, sillä valmistelun aikana esitettyjen lausumien uudistaminen onnistuu usein lyhyellä toteamuksella. Hovioikeutta varten erityisesti kanneperusteisiin vetoaminen edellyttää valituskirjelmässä tehtävää yksilöintiä. Lisäksi on tavallista, että valitusperusteina ei toisteta aivan samoja faktaperusteita kuin mihin on vedottu alioikeudessa. Muutoksenhaun vastaaja joutuu toisaalta jo selvyyden takia niin ikään yksilöimään omat faktaperusteensa melko yksityiskohtaisesti vastinekirjelmässä. Eikä siinä ole tarkoituksenmukaista vain yleisesti toistaa kaikkea käräjäoikeuden aikana esitettyä.

Saatetaan puolustaa näkemystä, jonka mukaan asianosaisella olisi vetoamislausumien uudistamisen suhteen ehdoton oikeus edellyttää mahdollisuutta vaatimusten ja tosiasiaväitteiden uudistamiseen.[81] Jos jokin edes mahdollisesti relevantti tosiasiaväite on jäänyt uudistamatta, tuomarin velvollisuutena olisi toisin sanoen varmistaa, onko asianosainen tarkoittanut rajata vetoamislausumiaan aiemmassa vaiheessa esitetyistä. Näissä tilanteissa tuomarin kyselyvelvollisuuden aiheuttavat olosuhteet olisi helppo tunnistaa.[82]

---

[80] Vrt. velkakirjalain 14 §, joka suojaa luovutuksensaajan vilpitöntä mieltä. Ks. *Olsson* 1964 s. 148–149. Ks. myös jäljempänä jaksossa 8.4 (s. 390) olevaa esitystä.

[81] Näin esimerkiksi *Westberg* 1988 s. 687, jonka mukaan kyselyvelvoitteen tulisi tässä tilanteessa olla ehdoton. Oikeuskirjallisuudessa esiintyy useita muitakin mainintoja kyselyvelvollisuudesta. Ks. esimerkiksi *Ekelöf* V 1990 s. 73 tai ruotsalaisen lainvalmistelun osalta Reg. prop. 1986/87:89 s. 216.

[82] Oikeuskäytännöstä ks. NJA 2004 s. 213, jossa kyselyvelvollisuuden olemassaolo todetaan hovioikeusprosessin sisäisesti; vrt. kuitenkin NJA 1987 s. 450, jossa hovioikeudella ei ollut kyselyvelvollisuutta, kun valittaja ei ollut vedonnut käräjäoikeudessa vetoamaansa vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen.

7.3.4 Autettavana olevan tahon vastapuolen oikeuksien tehottomuus

Voidaan ajatella, että sallitun ylittävä kyselytoiminta loukkaisi autetun tahon vastapuolena olevan menettelyllisiä oikeuksia. Tällöin vastapuolena olevan oikeutta voidaan luonnehtia reiluuden periaatteen asettamana vaatimuksena, eikä se niinkään liity ratkaisujen sisällölliseen oikeellisuuteen.[83] Liiallisen pitkälle menevää toisen osapuolen auttamista saatetaan pitää puolueettomuusvaatimuksen vastaisena.[84]

Oikeusseuraamusten liittäminen sallitun ylittäviin kyselytoimiin on kuitenkin erityisen vaikeaa. Vastapuolen oikeudet jäävät siksi ylipäänsä tehottomiksi, eivätkä ne ainakaan vastaa aktiivisia oikeuksia. Vastapuolen käytössä ei ole juuri oikeussuojakeinoja. Täysin vailla merkitystä normien rikkominen ei silti ole. Ainakin periaatteellista merkitystä lienee kuitenkin sillä, että liiallinen aktiivisuus voisi muodostaa esteellisyysperusteen. Tällä voisi olla myös käytännössä ennalta ohjaavaa vaikutusta. Onkin toisaalta pelätty, että ennalta ohjaava vaikutus voisi olla ylimitoitettua.[85] Tämä on epäilemättä sinänsä täysin realistinen pelko.[86]

7.3.5 Aineellisen oikeuden toteutukseen liittyvä menettelyllinen oikeus hyvinvointivaltiollisena oikeutena

Asianosaisen mahdolliset oikeudet, jotka liittyvät kyselyvelvoitteisiin, *vertautuvat* joiltakin osin ns. *hyvinvointioikeuksiin*. Yhteistä on se, että oikeutettu taho on kansalainen (oikeudenkäynnin osapuoli) velvoitetun tahon ollessa viranomainen.

Erään määritelmän mukaan hyvinvointietuudella tarkoitetaan minkä tahansa muotoista avustusta tai tukea – rahasuoritusta, hyödykettä tai palvelua – joka tarjotaan yksilölle hänen tarpeestaan johtuen. Hyvinvointioikeus puolestaan on oikeus tällaiseen etuun.[87] Jos siis ajatellaan, että tuomari kyselytoimintaa harjoittaessaan auttaa asianosaisia vetoamistointen suorittamisessa (mikä tosiasiassa on täysin oikea kuvaus asiasta), kohteena oleva etuus, menettelyllinen apu, on hyvinvointietuuden kaltainen. Varsinkin kun ennakko-olettamana

---

[83] Jäljempänä (7.7.4 ja 9.3.1) menettelyllisiksi oikeuksiksi kutsutaan myös autetun tahon oikeutta aineellisesti oikean ratkaisun edellytysten turvaamiseen.

[84] Puolueettomuusvaatimuksen merkityksestä ja manettelyllisestä reiluudesta ks. jäljempänä jaksoja 7.7.5 (s. 356–361) ja 9.3.2 (s. 450–453).

[85] Ks. *Virolainen* 1988 s. 441.

[86] Sallitun ylittäviin prosessinjohtotoimiin liitettäviä oikeusseuraamuksia tarkastellaan jäljempänä luvussa 7.9.4 (s. 379–382).

[87] Ks. *Wellman* 1982 s. 30.

muutoin olisi se, että prosessointi (vaatimusten ja perusteiden osalta) nojautuu asianosaisten aloitteellisuuteen.

> Sosiaalisille oikeuksille on keskeistä se, että niiden sisältönä on julkisen vallan jokin positiivinen toiminta, mikä seikka erottaa ne ns. vapausoikeuksista, jotka niin ikään kohdistuvat julkiseen valtaan.[88]
>
> Sosiaalisista oikeuksista puhutaan myös suppeammassa merkityksessä, tarkoittaen lähinnä toimeentuloturvan tai sosiaali- ja terveyspalvelujen kaltaisia etuuksia.[89] Tällöin niiden lähteenä olevat normit on luettu sosiaalioikeuden (sosiaalioikeus – nimisen oikeudenalan piiriin) alaan kuuluviksi.[90]

Toiselta puolen asiaa saatetaan tarkastella yhtä hyvin menettelyn aiheuttamien esteiden poistamisena tai mataloittamisena. Vetoamisvelvollisuuden voidaan hyvin perustein sanoa asettavan vaativia menettelyllisiä edellytyksiä oikeuksien toteutumiselle. Niiden merkitystä vielä korostaa prekluusiosääntely. Velvoitetta ei siis ole välttämätöntä perustaa painotetusti asianosaisen tarpeeseen.[91]

Ainakin eräässä suhteessa vertailu on kuitenkin paikallaan. Menettelylliset oikeudet ovat ainakin kotimaisen oikeuden näkökulmasta suunnilleen yhtä uusi elementti kuin hyvinvointioikeudet, ns. vahvoina oikeuksina. (Vrt. keskusteluun subjektiivisista oikeuksista sosiaalioikeuden alalla.) Viranomaisen taloudelliset tai byrokraattiset intressit eivät liene sallineet vahvojen oikeuksien tunnustamista kummallakaan alueella.

Edellä olevan perusteella saatetaan todeta seuraavaa: Menettelylliset oikeudet samoin kuin hyvinvointioikeudet ovat viranomaiseen kohdistuvia positiivisia oikeuksia, määrättyä toimintaa edellyttäviä vaateita. Tai ne voidaan nähdä sellaisina.

7.3.6 Periaateluonteiset oikeudet

Jäljempänä puhutaan oikeudellisista ratkaisuperiaatteista (punnintaperiaatteista), joiden katsotaan perustelevan tuomarin velvoitteita oikeudellisessa ratkaisutoiminnassa. Ratkaisuperiaatteiden saatetaan sanoa luovan asianosaiselle periaateluonteisia oikeuksia.[92]

---

[88] *Alexy* 1986 s. 171 ss.; *Tuori* 2004 s. 178.
[89] Ks. *Tuori* 2004 s. 177.
[90] Ks. *Tuori* 2004 s. 3.
[91] Ainakin, jos merkityksellinen fakta on tuomarin tiedossa, oikeampi vertailukohta on menettelyllisen esteen poistaminen kuin erityisestä palvelusta huolehtiminen.
[92] Ks. *Alexy* 1995 s. 238, jossa puhutaan optimointikäskyjen luonteisista oikeuksista/optimointikäskyistä asianosaisen oikeuksina. *Dworkin* (1984 s. 153–167) mainitsee (periaateluonteisten) oikeuksien olevan kansalaisen hallussa olevia ”valttikortteja”.

Oikeudet ovat tällöin lähinnä erityisen painavia juridisia argumentteja, jotka vaikuttavat määrätyn oikeusongelman ratkaisemiseen. Saatetaan myös keskustella yleisesti jonkin oikeudenalan keskeisten oikeusongelmien ratkaisemisessa huomioon otettavista oikeuksista.

Keskusteltaessa oikeusperiaatteista huomio ei niinkään keskity oikeuksien ja velvollisuuksien keskinäissuhteiden tarkasteluun tai ylipäänsä oikeussuhteiden käsitteelliseen jäsentelyyn. Saatetaan kuitenkin todeta, että puhe periaateluonteisista oikeuksista vertautuu monelta osin siihen tapaan, jolla keskustellaan perus- ja ihmisoikeuksista. Asianosaisella voidaan sanoa olevan jokin periaateluonteinen oikeus, vaikka se ei olisi tehokas määrätyssä yksittäistapauksessa. Sama koskee perus- ja ihmisoikeuksia. Oikeuden käytännön toteutus riippuu konkreettisen ratkaisuharkinnan lopputuloksesta. Periaateluonteisesta oikeudesta voidaankin puhua hyötyvän oikeutena vaatia asiaintilaa, jonka periaatetyyppinen normi käskee optimoimaan.

> Alexyn mukaan toteutettavuus ei ole oikeuden käsitteellinen ehto, vaan oikeudet tulee voida nähdä perusteina vaatia määrätyn asiaintilan toteuttamista.[93]

Näin ollen oikeusperiaatteet (samoin kuin perusoikeusnormit) tarjoavat mahdollisuuden keskustella yksityisen asianosaisen oikeuksista jo ennen kuin tiedetään, mikä on niitä vastaavien velvollisuuksien konkreettinen sisältö tai keihin henkilötahoihin (lainkäyttäjän lisäksi) velvollisuudet ja oikeusvaikutukset viime kädessä kohdistuvat. Puhetapa ei toisin sanoen edellytä oikeuksien ja velvollisuuksien vastaavuutta tai edes kaikkien velvoitettujen tahojen konkreettista määrittämistä.[94] Tämä johtuu niiden tehtävästä oikeudellisessa argumentaatiossa. Asianosaisella katsotaan olevan joitakin perustavia oikeuksia, jotka on otettava huomioon ratkaisuharkinnassa.

7.4 VAIKUTTAAKO KYSELYTOIMINTA RAJOITTAVASTI ASIANOSAISTEN VAPAUKSIIN?

7.4.1 Sopimusvapaudesta yksityisoikeudellisissa suhteissa

7.4.1.1 Sopimusvapaus suhteessa sopimuskumppaniin ja julkiseen tahoon

Puhuttaessa sopimusvapaudesta viitataan asianosaistahojen autonomiaan suhteessa julkiseen tahoon, lainsäätäjään tai lainkäyttäjään. Kyse on sopimussuhteiden sisällön, synnyn ja sitovuuden riippumattomuudesta ulkopuolisten vai-

---

[93] Ks. *Alexy* 1995 s. 237 tai 1986 s. 167–168.
[94] Ks. *Campbell*, Stanford Encyclopedia of Philosophy (Legal Rights); *Waldron* 1984 s. 11.

kutuksesta. Kuitenkin sopimusvapauden ajatus asettaa edellytyksiä vapauden toteutumiselle myös sopimusosapuolten keskinäisessä suhteessa.

Sopimusvapaudella on ymmärretty vakiintuneesti sopimuksen sisällön ja sitovuuden perustamista kummankin osapuolen vapaasti määrittämien oikeuksien ja velvollisuuksien pohjalle.[95] Tästä lähtökohdasta sopimusvapaus edellyttäisi kaiken pakon tai erehdyttämisen poissaoloa.[96] Ainakin jos puhutaan ns. tosiasiallisesta vapaudesta, toisin sanoen siitä, että asianosainen on myös tosiasiassa ollut vapaa tahdonmuodostuksessaan.

Suhtautumisessa tahdonmuodostuksen tosiasialliseen vapauteen on tosin ollut eroavuuksia. Niinpä on eriäviä näkemyksiä siitä, millaisiin tahdonmuodostuksen puutteisiin sopimuksia tulkittaessa tai sopimuksen sitovuudesta päätettäessä tulisi puuttua ja millä tavoin. Merkittävin argumentti korjaamistoimia vastaan liittyy vastapuolena olevan oikeutetun luottamuksen suojaamiseen sekä vaihdannan intresseihin, joita luottamuksen suojaaminen puolestaan edistäisi.[97]

Ongelmaksi muodostuu toisaalta se, kuinka tahdonmuodostus voidaan tietää vapaaksi tai epävapaaksi, puutteelliseksi. Tätä arvioitaessa joudutaan ottamaan kantaa menneisiin tapahtumiin ja olosuhteisiin, ehkä lisäksi myöhempien, sopimusta tehtäessä ennustamattomien tapahtumien vaikutukseen. Tässä suhteessa sopimuksen tulkinta poikkeaa merkityksellisellä tavoin oikeudenkäynnin aikaisten prosessitointen tulkinnasta. Tuomarin on nimittäin mahdollista kysymyksin selvittää asianosaisen tosiasiallista vetoamistarkoitusta samoin kuin informoida asianosaista vetoamistoimissa mahdollisesti olevista puutteista.

---

[95] Ks. esim. *Ämmälä* 1993 s. 23.

[96] Yhteiskuntafilosofisessa keskustelussa vapauden käsite jaotellaan usein negatiiviseen ja positiiviseen vapauteen. Määritelmistä ei ole päästy yhteisymmärrykseen mutta negatiivisella vapaudella sanotaan (useimmiten) tarkoitettavan henkilön mahdollisuutta tehdä tekoja oman valintansa mukaan, ilman että kukaan sivullinen estää hänen toimintaansa. (Ks. *Berlin* 2001 s. 48.) Positiivinen vapaus puolestaan merkitsee lähinnä henkilön kykyä tavoitella juuri niitä päämääriä, joita hän aidosti haluaa toteuttaa. (Ks. *Berlin* 2001 s. 56.) Ratkaisevana eroavuutena on siis se, että negatiivisen vapauden esteeksi ymmärretään muiden ihmisten toiminta kun taas positiivista vapautta rajoittaa henkilön oma rationaalisuuden (tai joidenkin tulkintojen mukaan myös tiedollisten, taidollisten yms. kykyjen) puute. Positiivisessa vapaudessa on kyse itsetoteutuksesta, kyvystä olla oman itsensä herra. (Negatiivisen vapauden esteitä kuvataankin usein ulkoisiksi kun taas positiivisen vapauden esteet ovat sisäisiä esteitä.)

Seuraavassa puhutaan vapaudesta lähinnä vain negatiivisen vapauden merkityksessä. Vapauden rajoituksena pidetään kuitenkin myös oikeudellisten kompetenssien puutetta. (Ks. *Lagerspetz* 2004 s. 165–166.) Kompetenssien puute (tai niiden tunnustaminen) on nimittäin yhteydessä sosiaalisiin käytäntöihin.

Huomattakoon, että merkittävä pulma negatiivisen vapauden määrittelyssä koskee sitä, millaiset toiminnan rajoitukset luetaan ihmistekoisiksi esteiksi. Suppeimpien määrittelyjen mukaan ihmistekoisia esteitä ovat vain toisen henkilön toiminnan tarkoituksellisesti estävät toimet. Joidenkin kirjoittajien mukaan vapautta rajoittavina voidaan pitää myös sellaisia toimia, joiden vaikutus on kausaalista (ei-intentionaalista). Toisinaan vapauden esteiksi luetaan lisäksi esteet, joiden olemassaolo saatetaan asettaa moraalisessa mielessä muiden vastuulle. (Ks. tästä *Carter*, Stanford Encyclopedia of Philosophy (Positive and negative liberty).

[97] Ks. esimerkiksi *Pöyhönen* 1988 s. 190–191 ja 270–273; *Hemmo* 2003a s. 17–18.

Sopimusvapauteen on siis yleensä sisällytetty oletus vapauden toteutumisesta myös tosiasiallisesti. Niinpä vaikkapa sellaiset oikeudelliset perusteet, joilla pyritään korjaamaan tosiasiallisen ja sopimustekstissä ilmenevän tahdon ristiriitatilanteita, luetaan sopimusvapauden toteutumista edistäviksi. Sopimusvapautta rajoittaviksi taas luetaan normit, jotka eivät tunnusta osapuolten yhteisesti sopimien ehtojen pätevyyttä.[98] Näin tekee myös Pöyhönen, joka ymmärtää sopimusvapauden punnintaperiaatteeksi. Tällöin vähäinenkin tosiasiallinen vapauden puute on otettavissa huomioon periaatteen suojaamaa oikeutta loukkaavana.[99]

7.4.1.2 Pakottavan sääntelyn vapausvaikutuksista

Aiemmin selostetulla tavoin pakottaviksi kutsutaan normeja, jotka sääntelevät eri tavoin sitä, missä laajuudessa yksilöt ovat oikeutettuja tekemään sopimuksia.[100] Tarkemmin sanoen tällaisilla normeilla on eräitä pakottavia, asianosaistahdon sivuuttavia vaikutuksia.[101] Pakottavat vaikutukset on hyödyllistä jaotella sen mukaan liittyvätkö ne (a) osapuolten yhteisen tahdon mukaisten ehtojen pätevyyteen vai (b) suojatun oikeuteen luopua hänelle varatusta oikeussuojasta (ks. jakso 6.2.4.2).

Pakottavat säännökset saatetaan jakaa kolmeen ryhmään sen mukaan, kuinka ne eroavat toisistaan näiden pakottavuusvaikutusten suhteen. (1) Tahdonmuodostuksen edellytyksiä suojaavat säännökset eivät sivuuta yhteistä sopimustahtoa oikeussuhteen sisältöä määrittelevänä perusteena. Ne ainoastaan estävät suojattua tahoa luopumasta jo etukäteen säännöksen tarjoamasta oikeussuojasta ja estävät vastapuolta vetoamasta tällaiseen luopumiseen.

Käsitteellisessä mielessä asianosaisen tosiasiallisen tahdon suojaaminen on pääosin sopusoinnussa sopimusvapauden ajatuksen kanssa; sopimuksia saatetaan julistaa pätemättömiksi tai sopimusehtoja sitomattomiksi nimenomaan siksi, etteivät ne vastaa asianosaisen tosiasiallista tarkoitusta. Tosiasiallista tahtoa suojaavia normeja ovat ennen kaikkea oikeustoimilain pätemättömyyssäännökset (OikTL 28–33 §§), jotka asettavat yleisiä edellytyksiä sopimuksen sitovuudelle.[102] Nämä säännökset ovat pakottavia siinä merkityksessä, että asianosainen ei voisi etukäteen luopua niiden tarjoamasta oikeussuojasta.[103] Olkoonkin,

---

98 Ks. *Ämmälä* 1993 s. 23.
99 Ks. *Pöyhönen* 1988 s. 269–270.
100 Ks. *Telaranta* 1990 s. 4–5.
101 Tässä pakottaviksi luetaan siis myös muut kuin ehdottomasti pakottavat säännökset. Samoin *Grönfors* 1966 s. 210 ja *Ämmälä* 1993 s. 42. Myös *Rodhe* (1986 s. 32) mainitsee AvtL 36 §:n pakottavaksi säännöksi. Kirjallisuudessa esiintyy toisenlaistakin terminologiaa, jossa pakottaviksi kutsutaan vain säännöksiä, joiden oikeusseuraamuksena on sääntelyn vastaisen sopimusehdon mitättömyys. (Näin esim. *Hemmo* 2003a s. 41.)
102 Huomattakoon, että myös oikeustoimilain 36 §:llä on sopimusosapuolen tosiasiallista tahtoa suojaavaa vaikutusta.
103 Ks. *Ämmälä* 1993 s. 42.

että usein ajatus erillisestä tällaista koskevasta sopimuksesta on teoreettinen.

(2) Valtaosa pakottavista säännöksistä (esim. pakottava työlainsäädäntö tai kuluttajansuojalainsäädäntö) vaikuttaa suoraan osapuolten väliseen aineellisoikeudelliseen oikeussuhteeseen, sivuuttamalla osapuolten omat tahdonilmaisut. Nämä säännökset asettavat sopimuksen osapuolille nimenomaisia oikeuksia ja velvoitteita.[104] (Positiivisia sopimussisältöjä asettavat säännökset)

Säännösten soveltaminen ei nojaudu olettamukseen tahdonmuodostuksen konkreettisesta puutteellisuudesta. Sääntelyn taustalla on silti epäilys vapaan sopimustahdon toteutumatta jäämisestä, johtuen useimmiten suojatun tahon heikommasta neuvotteluasemasta. Tämän vuoksi suojatulle taholle on haluttu taata mahdollisuus vedota määrättyihin oikeuksiin riippumatta siitä, mitä osapuolten kesken on sovittu.

Yksityisoikeudellisessa mielessä nämä säännökset ovat yleensä siten absoluuttisia, ettei sääntelyn vastaisten ehtojen pätemättömyys korjaannu edes nimenomaisin, riidan synnyn jälkeisin määräämistoimin. Tässä merkityksessä voidaan sanoa, ettei oikeutettu taho nyt voi luopua oikeussuojastaan.

(3) Yleisillä kohtuullistamissäännöksillä kuten oikeustoimilain 36 §:llä on sekä asianosaistahdon sivuuttavia että suojatun tahon oikeudesta luopumiseen liittyviä vaikutuksia. Sopimuksen sovittelu merkitsee yleensä poikkeamista osapuolten yhteisesti sopimista sopimussisällöistä. Ja voi olla, että kumpikaan osapuolista ei ole tarkoittanut sitoutua juuri sellaiseen sopimusehtoon, johon tuomioistuin päätyy ehtoja kohtuullistaessaan.[105]

Kohtuullistamissäännöksen suojelutarkoituksen toteuttaminen edellyttää käytännössä sitä, että oikeutettu taho ei voi luopua oikeussuojastaan ainakaan etukäteen, ennen kuin on saanut mahdollisuuden harkita ryhtymistä niihin toimenpiteisiin, joita suojatun oikeuden toteuttaminen edellyttäisi. Muussa tapauksessa säännöksen suojelutavoite voitaisiin helposti kiertää jo sopimusta tehtäessä. Oikeudesta vedota sopimuksen kohtuuttomuuteen katsotaan kuitenkin voitavan luopua, lähinnä nimenomaisin määräämistoimin.

Suojatun vastapuolena olevan vapauksia rajoitetaan kaikissa yllä olevissa tapauksissa ymmärrettävästi merkityksellisemmin kuin suojatun vapauksia, varsinkin jos asiaa tarkastellaan vähänkään käytännönläheisesti. Jos nimittäin suojattu osapuoli voi vedota menestyksekkäästi pakottavaan säännökseen, velvoitettu joutuu luopumaan sellaisesta edusta, johon hän muutoin olisi sopimuksen perusteella oikeutettu. Suojattu puolestaan hyötyy aineellisessa mielessä, vaikka myös hänen vapautensa solmia määrätynsisältöisiä sopimuksia on kaventunut.

---

[104] Ks. *Telaranta* 1990 s. 17–18 (yleisesti ja työlainsäädännön osalta); *Kröger* 1995 s. 79 (työlainsäädännön osalta).

[105] Ks. *Pöyhönen* (1988 s. 353), joka korostaa sitä, että periaatteellisessa mielessä juuri kohtuullistaminen merkitsee sopimusoikeuden järjestelmän kannalta merkittävämpää asioihin vaikuttamista kuin koko sopimuksen toteaminen sitomattomaksi.

Myös suojatun tahon sopimisvapautta siis rajoitetaan siten, että häntä estetään luopumasta jostakin oikeuksiensa vähimmäistasosta, oikeussuhteeseen liittyvistä määrätyn tasoisista eduista tai palveluksista.[106] Rajoitus on todellinen, mikä on periaatteelliselta kannalta tärkeää huomata, vaikkakin tällaisen rajoituksen käytännön merkitystä kyllä saatetaan usein luonnehtia verraten triviaaliksi. Useimmiten sopimusvapauden rajoittaminen on suhteellista. Suojattu osapuoli voi jossakin vaiheessa luopua hänelle varatusta oikeussuojasta. Tällöin sopimusvapautta rajoittava normi ainoastaan antaa suojatulle osapuolelle mahdollisuuden oikeutensa toteuttamiseen vetoamalla määrättyyn perusteeseen. Jos oikeussuojasta ei voida luopua, sopimusvapauden suojasta ei voida puhua. Sitä vastoin (ainakin osittaisen) suojan kohteiksi voisivat tällöin tulla ne vapaudet, jotka ovat materiaalisten oikeuksien sisältönä (ks. jäljempänä jakso 7.4.3).

> Pöyhönen näyttää asettavan vapaiksi luettaville tahdonilmaisuille sisällöllisiä edellytyksiä, puhuessaan ns. kvalifioidusta vapauden käsitteestä.[107] Tästä seuraisi, ettei työsuhteen tai asuinhuoneiston vuokrasuhteen irtisanomisen sääntely merkitsisi työnantajien ja vuokranantajien sopimusvapauden rajoittamista: ”Yksinomaan toisen osapuolen tahdon varassa oleva irtisanomisoikeus ei ole sopimusvapauden mukaista”.[108]
>
> Kyse ei tällöin enää ole ns. negatiivisesta vapaudesta, vaan lähinnä sellaisesta ns. positiivisen vapauden tulkinnasta, jossa määrätynlainen valinta, jos se on sisällöltään ”virheellinen”, tietyn normatiivisen mittapuun vastainen, tulkitaan epäaidoksi. Tässä tapauksessa siis sopimus, jolla vuokralainen sitoutuisi laissa säädettyä huonompiin ehtoihin, ei mahtuisi käsitteellisesti sopimisen vapauden piiriin. Koska näin tehtäessä asianosaisten valinnanvapaus sivuutetaan, ei nähdäkseni tulisi sanoa heidän sopimisen vapauttaan päinvastoin kunnioitettavan.[109]

Puhuttaessa sopimustoiminnasta kyse on ennen kaikkea vapaan kilpailun rajoittamisesta. Sääntely rajoittaa toisin sanoen osapuolten mahdollisuutta tavoitella parasta mahdollista sopimusta. Kilpailun rajoitus on ainakin potentiaalisesti kohdistunut kumpaankin osapuoleen, myös pakottavasta sääntelystä hyötyvään. Hänhän olisi voinut toisissa olosuhteissa hyötyä vapaasta sopimisesta – jos hän olisi paremmalla onnella tai taidolla päässyt vastapuolta edullisempaan asemaan. Niissä tapauksissa, joissa suojattu taho on määritelty yksilöidysti (työntekijä, kuluttaja tms.), pakottavuus on ns. yhdensuuntaista. Toinen

---

[106] Kyse ei ole varsinaisesta kiellosta, vaan ainoastaan suojatun osapuolen kompetenssin rajoittumisesta, sillä pakottavan säännöksen vastainen tahdonilmaisu ei saisi aikaan hänen tarkoittamaansa oikeusvaikutusta. Viranomainen ei toisin sanoen antaisi tahdonilmaisulle sitä merkitystä, jota suojattu osapuoli on tavoitellut. Ks. *Lagerspetz* 2004 s. 165.

[107] Ks. *Pöyhönen* 1988 s. 268–269.

[108] *Pöyhönen* 1988 s. 269.

[109] Ks. *Berlin* 2001 s. 57–59.

osapuoli voi tällöin ainoastaan hyötyä kilpailun rajoittamisesta, kun taas vastapuoli joutuu kärsimään haitalliset seuraamukset.[110] Hyötyvälle taholle pakottavat säännökset luovat vähimmäisoikeuksia, joiden alittaminen on viranomaisen näkökulmasta kielletty mutta ylittäminen sallittu.

7.4.1.3 Sopimusvapauden palautuminen oikeudenkäynnin aikana

Kyselytoiminta ei merkitse asianosaisten määräämisoikeuden sivuuttamista, jos tällaista vaikutusta ei muutoin liitetä tuomioistuimen tosiasia-aineistoa koskevaan oikeudelliseen vastuuseen. Tällöin puhuttaisiin kuitenkin suorasta viralllistutkinnasta, eikä enää vain kyselyvelvollisuudesta.

Aineellisen oikeuden suojaaman tahon määräämisoikeutta ei sivuuteta oikeudenkäynnin aikana lukuun ottamatta verrattain harvoja poikkeuksia. Tämä on pitkälti riippumatonta siitä, olisiko mahdollisesti soveltuvaksi tuleva sääntely yksityisoikeudellisessa mielessä pakottavaa vai tahdonvaltaista.[111]

Näin ollen kyselytoiminta ainoastaan saattaa tarjota asianosaiselle vetoamismahdollisuuden. Kyselyjen avulla voidaan turvata vetoamisoikeuden käytännön toteutusta mutta ratkaisu vetoamislausumien suhteen jää asianosaiselle. Jos vaikkapa käsillä olevan tosiasia-aineiston valossa mahdollisesti sovellettavaksi tulevan yksityisoikeuden pakottava luonne perustaisi tuomioistuimelle velvoitteen varmistaa vetoamismahdollisuus, viimeistään oikeudenkäynnin aikana[112] asianosaisella olisi mahdollisuus luopua oikeussuojasta, yksinkertaisesti pidättäytymällä vaatimasta oikeussuojan toteuttamista.[113]

---

[110] Tosiasiallisesti suojalainsäädännöstä saattaisi kylläkin aiheutua tosiasiallisesti haitallisia seuraamuksia suojelun kohteena oleville henkilötahoille. Keskustelussa on viitattu siihen, että palvelujen tarjonta sääntelyn liian vahvasti rajoittamilla elämänaloilla voisi vähetä. Ks. *Hemmo 2003*a s. 21–22.

[111] Ks. esimerkiksi *Ekelöf* 1984 s. 246; ks. myös edellä s. 276–277 olevaa esitystä.

[112] Ajallisella ulottuvuudella tarkasteltuna on useampia vaihtoehtoja. *Grönfors* jakaa käytännössä esiintyvät pakottavat normit neljään ryhmään sen mukaan, miten ne suhtautuvat normin sisällön vastaisiin määräämistoimiin. Näissä asianosaisille (1) ei ole annettu laisinkaan mahdollisuutta poiketa normin sisällöstä, (2) normin sisällön vastainen määräämistoimi sallitaan oikeudenkäynnin aikana, (3) määräämistoimeen voidaan ryhtyä säännöksessä viitatun oikeustosiseikaston synnyn/tapahtumisen jälkeen tai (4) määräämistoimi on sallittu jo tätä aiemmin (esimerkiksi sopimusta tehtäessä) mutta vain tietyin laissa määritetyin edellytyksin. (Ks. *Grönfors* 1966 s. 214–215.)

Määräämistointen tai säännösten vastaisten oikeustointen sallimisen sijasta saatetaan hyvin puhua myös oikeussuojasta luopumisesta. Oikeudenkäynnin aikana (vrt. 2) oikeussuojasta luopuminen (tai säännöksen sisältämän ohjeen sivuuttaminen) ei tosin edellytä aktiivisia määräämistoimia, vaan oikeussuojan toteuttaminen päinvastoin edellyttää väitteitä. Prosessioikeudessa on puhuttu väitteenvaraisuudesta.

[113] Edellä (luvussa 6.3.1) on oltu prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa vallitsevan näkemyksen kanssa yhtä mieltä siitä, että pakottavuusvaikutuksen säilyminen ei ole välttämätöntä enää oikeudenkäynnin aikana pakottavan sääntelyn suojelutavoitteiden kannalta. Määräämisoikeuden sivuuttaminen ei myöskään ole perusteltua, jos suojattu osapuoli on voinut tehdä ratkaisunsa harkitusti.

7.4.2 Miten tuomarin kyselytoiminta kaventaa asianosaisten autonomiaa?

7.4.2.1 Autonomiasta tavoiteltavana päämääränä

Jos tuomarin kyselytoimet eivät rajoita asianosaisten määräämisoikeutta miltään osin, kaventavatko ne silti jollakin tavoin asianosaisten vapauksia? Voidaan sanoa, että kaikella sääntelyllä on yksityisoikeudellisten toimijoiden vapauksia rajoittavia vaikutuksia. Sisältäväthän säännökset juuri oikeudellisia kieltoja ja käskyjä. Ne asettavat heidän toiminnalleen toisiin oikeussubjekteihin kohdistuvia vaikutuksia tai valtuuttavat viranomaisen rajoittamaan kansalaisten toimintaa. Toisinaan kaikki sääntely onkin ymmärretty poikkeuksetta kansalaisten vapauksia kaventavaksi.[114]

Sääntelyn merkitykseen liittyy kuitenkin eräs tärkeä näkökohta, josta oikeusfilosofisessa keskustelussa usein huomautetaan. Vapauksien tehokas suoja edellyttää sääntelyä.[115] Ilman sääntelyä ei voitaisi puolustaa yksittäisen kansalaisen tai oikeussubjektin vapauksia toisen oikeussubjektin taholta tulevia loukkauksia vastaan. Nykyaikaisessa yhteiskunnassa sääntelyä tarvitaan lisäksi valtion taholta tulevia loukkauksia vastaan. Niinpä esimerkiksi minimisääntelyä ei voitaisi uskottavasti perustella vain yleisellä kansalaisten vapauksien puolustamisella. Tarvitaan hieman täsmentyneempi näkökulma. Kysymys ei useinkaan ole siitä, tarvitaanko sääntelyä, vaan siitä, millaista sääntelyn tulisi olla.

Vapausvaikutusten näkökulmasta kyselytoiminnan mielenkiintoinen ominaisuus on pyrkimys saavuttaa konkreettisia, etukäteen tunnettuja asianosaistahoja koskettavia vaikutuksia, jotka ulottuvat aineellisten oikeuksien toteutumiseen oikeudenkäynnissä. Esimerkiksi oikeusriidan kohteen määrittyminen, supistuminen tai laajentuminen saattaa vaikuttaa ennalta arvattavalla tai tiedossa olevalla tavoin oikeuksien käytännön toteutumiseen. Tämä piirre on olennaiselta osin yhteinen ns. erityisiä suojelutavoitteita sisältävän yksityisoikeudellisen sääntelyn kanssa. Yksityisoikeudellinen sääntely vaikuttaa konkreettisesti mää-

---

Suojelutavoitteen toteutumisen katsottiin kuitenkin edellyttävän vähintäänkin sitä, että suojatulla taholla on ollut todellinen mahdollisuus vedota oikeuteensa. (Ks. s. 259 olevaa esitystä.) Esimerkiksi pätemättömyyssäännösten osalta hänen on pitänyt olla tietoinen pätemättömyyden aiheuttavista olosuhteista. Pätemättömyyden aiheuttavien olosuhteiden on lisäksi pitänyt poistua, minkä lisäksi suojatulle taholle on varattava kohtuullinen aika vetoamiseen (esimerkiksi reklamaatioon tai kanteen nostamiseen). Käytännölliseltä kannalta pätemättömyyden korjaantuminen edellyttänee useimmiten nimenomaista tahdonilmaisua.

Siviilioikeudellisessa mielessä korjaantumattoman pätemättömyyden vaikutus ulottuu ajallisesti oikeudenkäyntiin asti. Korjaantuminen edellyttää tällöin joko nimenomaista sopimusta tai sitä, että tuomioistuimen antaman ratkaisun oikeusvoimavaikutus estää asiaa koskevat myöhemmät prosessit.

[114] Ks. tästä *Hayek* 1998 s. 84.

[115] Ks. *Hayek* 1998 s. 84 tai *Oppenheim* 1961 s. 125–127.

riteltyjen tahojen välisten oikeussuhteiden sisältöön. Kyselytointen vaikutus liittyy oikeuksien toteuttamisvaiheeseen.[116]

Relevantteja vapausvaikutuksia on ainakin kaksi. Tuomarin kyselytoiminnassa saatetaan nähdä pitkälle menevää suunnittelua, jonka toimivuutta on syytä epäillä. Hayekin termein kyselytoiminta (samoin kuin erityisiä suojelutavoitteita sisältävä sääntely) olisi hajautuneen järjestyksen ajatuksen vastaista.[117] Yksittäisen toimijan näkökulmasta rajoittuu lähinnä hänen vapautensa kilpailun kautta saavutettavien etujen voittamiseen. Kyselytoiminta toisin sanoen kaventaa aluetta, jonka sisällä yksityiset toimijat voivat pyrkiä vapaasti valitsemiinsa päämääriin (vrt. klassisen liberalismin mukainen vapauskäsitys, jossa usein korostuu kansalaisen ja julkisen vallan välinen suhde).

Selvää on, että nyt on puhe nimenomaan oikeudenkäynnin pienoismaailmassa toteutuvasta kilpailun vapaudesta tai menettelyn spontaanisuudesta, nojautumisesta asianosaisten aloitteellisuuteen. Vaikutukset ovat kuitenkin analogisia ns. suojelutavoitteita sisältävän yksityisoikeuden vaikutuksille sopimustodellisuudessa, sopimuskäytäntöjen maailmassa. Yllä tarkoitetut pakottavuusominaisuudet eivät tähän nähden ole välttämättömiä. Näitä vaikutuksia voidaan tarkastella lähemmin F. A. Hayekin nykyaikaisen sääntelyn kehityspiirteisiin kohdistaman kritiikin pohjalta.

7.4.2.2 Asioiden spontaani järjestyminen ja kyselytoiminta

Suunnittelun tehottomuus kritiikin lähtökohtana

Hayekin sääntelykritiikki nojautuu ensisijassa näkemykseen, jonka mukaan ihmisten kanssakäymisen hajautunut järjestys on tehokkain tapa käyttää resursseja ja luoda niitä lisää. Hayek arvostelee liiallista luottamista yhteiskunnalliseen suunnitteluun. Sääntelyn vaikutuksia ei voida hyvin pitkälle ennustaa, eikä yhteiskunnallisia toimintoja voida suunnitella kaiken kattavasti. Tehokkain mahdollinen ohjaus resurssien järkevään käyttöön tapahtuu hajautuneen järjestyksen osin näkymättömien, taloudellisluonteisten lainalaisuuksien kautta. Viime kädessä tämä on ainoa mahdollinen ohjauskeino.[118]

Hajautuneella järjestyksellä Hayek tarkoittaa talouden tapauksessa kansalaisten aloitteellisuuteen ja päätösvaltaan perustuvaa toimintaa, jonka yleiset puitteet – mutta vain ne – ovat lainsäädäntötoimin turvattuja. Hajautuneessa järjestyksessä julkinen valta ei pyri vaikuttamaan ihmisten keskinäiseen kanssakäymiseen konkreettisin, tiedossa olevien ryhmien tai yksittäisten toimijoiden intressejä, oikeuksia tai vapauksia puolustavin tai rajoittavin toimenpitein.

---

[116] Kyselyvelvollisuus ulottuu ymmärrettävästi myös ns. dispositiivisesti säänneltyihin kysymyksiin, joten sen sovellusalue on tässä mielessä laajempi.
[117] Ks. *Hayek* 1973 tai 1998.
[118] Ks. *Hayek* 1998 s. 89–119.

Sääntelyä koskevassa tarkastelussa kritiikki kohdistuukin sellaiseen sääntelyyn, jolla on tällaisia erityistavoitteita (vrt. ns. organisaationormit). Hajautunutta järjestystä tukevia ovat sen sijaan abstraktit, yleistettävät normit, jotka määrittelevät oikeudenmukaista käyttäytymistä (ns. oikeudenmukaisen käyttäytymisen säännöt).[119]

Myös yksityisoikeudellinen sääntely on Hayekin mukaan muuttunut voimakkaasti näissä suhteissa. Hayek kutsuu ”julkisoikeudelliseksi” kaikkea sääntelyä, joka ei täytä abstraktisuuden ja yleisyyden edellytyksiä eli jossa ei ole kyse yleisistä käyttäytymissäännöistä.[120]

> Kritiikin kärjestä kuitenkin huomattava osa suuntautuu sääntelyyn, jolla avointa, yhteiskunnallisia tavoitteita palvelevaa harkintavaltaa on luovutettu nimenomaan hallintoviranomaisille. (Ks. asiaa koskevaa Tuorin esitystä.)121 Tämä on kaventanut kansalaisten vapauksia ja heikentänyt hajautuneen järjestyksen toimivuutta.
>
> Keskeisenä huolenaiheena on lainsäätäjän toimivallan rajojen puuttuminen samoin kuin vaikeus rajoittaa viranomaisen harkintavaltaa käytännön tasolla.122

Mitä tämä merkitsee sopimusoikeuden tai prosessioikeuden ja erityisesti tuomarin kyselytoiminnan näkökulmasta?

Sopimusoikeus

Jos kritiikkiä sovelletaan sopimusoikeuteen, hajautuneen järjestyksen vastaisena saatetaan nähdä tietoinen pyrkimys vaikuttaa lainsäädännön kautta sopimusten sisältöön ja sitovuuden ehtoihin. Yleisimmin jopa luonteeltaan universaalin sääntelyn määrän kasvun saatettaisiin katsoa merkitsevän vapaan määräytyvyyden vähenemistä. Oikeustoimilain pätemättömyysperusteita voidaan pitää universaaleina, sillä niiden potentiaalista kohderyhmää ei kyetä mainittavasti määrittelemään. Usein kylläkin luonnollisia henkilöitä saatetaan ajatella erityisen suojelun kohteiksi. Sama koskee oikeustoimilain yleistä kohtuullistamissäännöstä (OikTL 36 §). Alue, jolla oikeuksista ja velvoitteista saatetaan sopia vapaasti, sääntelystä riippumattomasti, kuitenkin kapenee myös sääntelyn ollessa universaalia. Asiaan vaikuttaa keskeisesti myös sääntelytekniikka. Yleislausekkeet tarjoavat lainkäyttäjälle käytännössä laajan harkintavallan.[123]

---

[119] Ks. *Hayek* 1973 s. 48–52, 98. Kotimaisessa kirjallisuudessa *Hayek*in yleistä sääntelykritiikkiä esittelee *Tuori* 2000 s. 17.

[120] *Hayek* 1973 s. 141–143.

[121] *Tuori* 2000 s. 18.

[122] Ibid.

[123] Keskustelussa viitataan usein siihen, että yhteiskunnalliset ohjauspyrkimykset vaikuttavat nimenomaan lainkäyttäjälle (tai muulle viranomaiselle) delegoidun harkintavallan kautta. Ks. esimerkiksi *Tuori* 1990 s. 33–37.

Tyypillisesti hajautuneen järjestyksen ajatuksen vastaista lienee kuitenkin sääntely, jonka tarkoituksena on turvata etuja johonkin määrättyyn ryhmään kuuluville. Sopimusoikeudessa on puhuttu juuri ryhmäkuuluvuuksille annettavasta merkityksestä.[124] Sääntelyllä on erityisesti pyritty turvaamaan esimerkiksi työntekijöiden tai kuluttajien intressejä.

Suunnittelu ei kuitenkaan aina liity ”ryhmäetuihin”, vaan sen suojelukohteena voivat olla yksilölliset intressit. Tällöin sääntely saattaa kiinnittää huomiota henkilöiden yksilöllisiin ominaisuuksiin kuten varattomuuteen, ikään tms. Yleisesti muotoiltu argumentti, joka antaa merkitystä yksilöllisille ominaisuuksille, liittyy tarvesidonnaisuuteen. Vastaavasti puhutaan heikomman osapuolen suojaamisesta.[125]

Selvää on, että hajautuneen järjestyksen vastaisena asianosaisten vapauden kaventamisena on pidettävä sellaista sääntelyä, jossa annetaan merkitystä osapuolten intressit ohittaville yhteiskuntapoliittisille näkökohdille. Esimerkki tällaisesta on sääntelyn yleinen ohjausvaikutus kuten vaikutus sopimuskäytäntöihin. Julkiset intressit eivät ole millään tavoin erityisasemassa (sääntelyn avulla/lainkäytössä) tavoiteltavina päämäärinä.[126] Näin ollen myös yksityisoikeudellisen järjestelmän yleisiin tehokkuus-, järkevyys- ja taloudellisuusedellytyksiin liittyville näkökohdille annettava relevanssi merkitsisi Hayekin näkökulmasta ei-toivottua ohjausvaikutusta. Vaikutus saattaisi näkyä joko absoluuttisena (yksityisoikeudellisessa mielessä) pakottavuutena tai poliittisten näkökohtien tulkintavaikutuksena.[127]

Oikeudenkäynti/prosessioikeus

Yhtä hyvin kuin talous tai siihen liittyen sopimusoikeudelliset suhteet myös oikeudenkäynti saatettaisiin nähdä joko hajautuneena tai suunniteltuna järjestyksenä. Saatetaan toisin sanoen kysyä, missä määrin oikeudenkäynti pohjautuu asianosaisten aloitteellisuuteen tai määräämisvaltaan.[128]

---

[124] Ks. *Hemmo* (2003a s. 71–72), joka mainitsee ryhmäkuuluvuuksille annettavan merkityksen kasvun yhtenä sopimusoikeudellisen sääntelyn kehityspiirteenä.

[125] Ks. *Hemmo* 2003a s. 71. Tarvesuuntautuneisuudesta konkreettisessa lainsäädännössä ks. *Wilhelmsson* 1987 s. 72 ss.

[126] Ks. esimerkiksi *Hayek* 1973 s. 48–52. Kaikesta suunnittelusta valtaosa tähtää juuri yhteisöllisten päämäärien edistämiseen.

[127] Hayekin kohdalla tämä saattaa näyttää paradoksilta, sillä hänen argumentaationsa on viime sijaisen oikeuttamisperusteensa osalta utilitaristinen. Hajautuneen järjestyksen oikeutus perustuu nimittäin viime kädessä näkemykseen tehokkuusvaikutuksista. (Ks. *Hayek* 1998 s. 12.) Selityksenä on kuitenkin se, että universaaleja sääntöjä kunnioittava – siis normeja ja niihin perustuvia kansalaisten oikeuksia korostava – järjestelmä on tehokkaampi nimenomaan pitkäaikaisilta vaikutuksiltaan. (Lyhytaikaisiin hyötylaskelmiin perustuva suunnittelu muodostaa hajautuneelle järjestykselle itse asiassa kaikkein pahimman uhan.)

[128] Prosessioikeudessa onkin oikeastaan puhuttu samansuuntaisesti asianosaistoimintoisuudesta tai virallistoimintoisuudesta. Termit kuvaavat yhtäältä asianosaisen ja toisaalta tuomarin roolin

Vertailua voidaan soveltaa erityisesti vaatimusten ja tosiasiaväitteiden esille tuomiseen ja yksilöintiin. Näillä alueilla oikeudellinen vastuu on perinteisesti jätetty lähinnä asianosaisille. Tuomarin kyselyvelvoitteet merkitsevät tässä suhteessa ainakin osittaista muutosta.

Tuomarin vastuu aineellisten oikeuksien toteutumisesta on verrannollinen sellaiseen yksityisoikeudelliseen sääntelyyn, jolla pyritään konkreettisesti vaikuttamaan sopimussisältöihin. Vaikka tuomarin prosessinjohtovaltuudet eivät merkittävästi vahvistaisi asianosaisen prosessuaalista asemaa, ne antavat tuomarille joka tapauksessa mahdollisuuden aloitteellisuuteen väiteaineiston täydentämisessä.

Aineellisen oikeussuojan käytännön toteutus, oikeusriidan kohdetta mahdollisesti laajentavana perusteena, merkitsee varsin konkreettisten tavoitteiden toteuttamista. Oikean ratkaisun sisällöstä on nimittäin nyt jo vähintään olettamus tai ainakin ajatus. Mutta ennen kaikkea ne henkilötahot, joita riita koskee, ovat tiedossa.

Jos kyselytoimiin ryhtymisen perusteluna esiintyvät johonkin ryhmään kuuluvien etujen turvaaminen tai asianosaisen henkilöön liittyvät ominaisuudet, tämä olisi sellaista suunnittelua, jota saatettaisiin pitää hajautuneen järjestyksen vastaisena. Niinpä pakottavan sääntelyn soveltuminen meneillään olevan oikeusriidan olosuhteissa tulisi torjua harkintakriteerinä. Myös sosiaalinen riskinkantokyky olisi vastaavan kaltainen (lähinnä tarverationaalisuuteen luettu) kriteeri.[129]

Sama pätee vielä selvemmin yleisiin prosessitaloudellisiin syihin silloin, kun nämä ohittaisivat asianosaisten intressit ratkaisten vaikkapa oikeudenkäynnissä toteutettavan oikeusriidan tutkimisen laajuuden. Yksilöllisten intressien sivuuttaminen yleisten tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien vuoksi olisi varmuudella hajautuneen järjestyksen ajatuksen vastaista suunnittelua.[130] Parhaiten hajautunutta järjestystä edustaisi luultavasti kuitenkin tuomarin verrattain passiivinen asennoituminen prosessinjohtoon ylipäänsä.

Myös yhdenvertaisuus kritiikin perusteena

Vaikka sääntelykritiikin perustelu liittyy ennen kaikkea tehokkuusnäkökohtiin, Hayek painottaa erityistavoitteita sisältävän sääntelyn loukkaavan kansalaisten

---

aktiivisuutta (vastuuta ja päätäntäoikeutta) menettelyyn, muun muassa oikeudenkäyntiaineiston hankkimiseen ja riidan kohteesta määräämiseen liittyvissä kysymyksissä. Ks. *Virolainen* 2012 s. 199.

[129] *Klami* (1987 s. 82) katsoo sosiaalisen riskinkantokyvyn vaikuttavan näyttökynnyksen korkeuteen ja näyttötaakan jakautumiseen.

[130] Kuten jäljempänä havaitaan, prosessitaloudelliset päämäärät ja viime kädessä pyrkimys siviilioikeudellisen sanktiotehokkuuden edistämiseen on nähty varsin usein tärkeimpinä niistä näkökohdista, jotka tulisi ottaa huomioon kyselynormeja tulkittaessa. (Ks. jakso 7.5 ja 7.7.2.) Oikeuskirjallisuuden osalta ks. esimerkiksi *Boman* 1964 s. 34–44 tai TfR 1979 s. 350–351; *Ekelöf* TSA 1962 s. 224.

oikeutta yhdenvertaiseen kohteluun. Yhdenvertaisuusvaatimus liittyy klassisen liberalismin mukaiseen lähtökohtaan, jonka mukaan pakkoa on sallittua käyttää kansalaista kohtaan ainoastaan turvaamaan universaalien käyttäytymissääntöjen noudattaminen ja niiden kautta luotava vapaan toiminnan tila.[131] Tämä näkökulma yhdenvertaisuuteen on kuitenkin huomattavan kapea.

Kritiikin kohteeksi joutuvat yhtäältä poliittiset päämäärät mutta toisaalta myös yksilölliset oikeudet siinä tapauksessa, että kyse olisi ns. sosiaalisista oikeuksista. Yllä kerrotulla tavoin sosiaalinen saa laajan merkityssisällön. Näkemyksestä seuraisi, ettei kansalaisille tulisi pyrkiä takaamaan sellaisia sisällöllisiä vähimmäisoikeuksia, joista on puhe sosiaalisen siviilioikeuden yhteydessä. Mitä tulee vapausvaikutuksiin, tällaisia vähimmäisoikeuksia saatettaisiin kuitenkin puolustaa juuri siksi, että niiden kautta voidaan turvata kansalaisten vastaavia toimintavapauksia. Kilpailun (tai vähäisemmältä osin sopimisen) vapauden vastaava kapeneminen olisi tällöin hinta, joka suojatun tahon oikeuksien ja toimintavapauksien turvaamisesta jouduttaisiin maksamaan (ks. seuraava jakso 7.4.3).

7.4.2.3 Asianosaisten näkökulmasta suunnittelu rajoittaa kilpailunvapautta

Yksittäisen asianosaisen näkökulmasta suunnittelua sisältävä yksityisoikeudellinen sääntely kaventaa lähinnä kilpailun vapautta. Talouden tai sopimustoiminnan yhteydessä voidaan puhua luontevasti kansalaisen (tai yksityisen toimijan) oikeudesta kilpailla markkinoilla saavutettavissa olevista eduista. Velvoitetun näkökulmasta hänen vapauttaan rajoitetaan, jos vastapuoli voi vedota osapuolista riippumattomiin ja heidän tahdonilmauksistaan poikkeaviin normilähteisiin. Rajoitetuksi on tosin joutunut myös oikeutetun tahon vapaus, sillä myös häneltä on sopimustilanteessa puuttunut vastaava kilpailun mahdollisuus.

Tähän verrattava vaikutus on tuomarin kyselytoimilla, jos niiden kautta toista asianosaista autetaan vetoamisvelvoitteen täyttämisessä. Jos tuomari vaikuttaa prosessin kulkuun auttamalla vetoamislausumien muotoilussa tai täydentämisessä, tuomari vaikuttaa osapuolten menestymisen edellytyksiin. Kyselytoiminta vaikuttaa oikeudenkäynnin pienoistodellisuudessa osapuolten kesken vallitsevaan kilpailutilanteeseen, vaikka toimet eivät sivuuta autetun tahon määräämisoikeutta tai sisällä minkäänlaisia kieltoja tai kompetenssin rajoituksia myöskään autetun vastapuolta kohtaan. Tällä tavoin prosessuaalisesti vahvempaa osapuolta estetään hyötymästä tiedolliseen tai taloudelliseen etulyöntiasemaan perustuvasta edustaan,[132] toisin sanoen siitä kilpailuasetelmasta, joka vallitsisi ilman tuomarin aloitteellisuutta.

---

[131] Ks. *Hayek* 1973 s. 141–143.

[132] Rajoitus on vähintäänkin tosiasiallinen.

Voidaanko tuomarin passiivisuutta perustella kilpailunvapautta koskevalla oikeudella, on kokonaan toinen asia, jota tarkastellaan jäljempänä (ks. jakso 7.7.5).

7.4.3 Kyselytoiminnan vaikutuksista asianosaisten vapausasemiin

Puhuttaessa kyselytoiminnan vapausvaikutuksista saatetaan huomiota kiinnittää myös niihin vapauksiin, jotka ovat aineellisten oikeussuhteiden sisältönä tai joihin oikeussuhteilla on vaikutuksensa. Kyselytoiminta edistää useimmiten aineellisesti oikeaa ratkaisua, jolloin se myötävaikuttaa oikeutetun tahon näkökulmasta hänen oikeuksiensa käytännön toteutumiseen. Tässä mielessä kyselytoiminta liittyy oikeuksin suojattujen vapausasemien turvaamiseen. Voidaan sanoa, että kyselytoiminnan tyypillisenä (ja tarkoitettuna) vaikutuksena on asianosaisen toimintavapauksien suojaaminen.

Tämä johtuu siitä, että oikeussuhteissa on keskeisesti kyse juuri yksityisoikeudellisten toimijoiden vapauspiirien määrittämisestä suhteessa muihin yksityisiin tahoihin. Oikeutetulla taholla katsotaan olevan valta määrätä siitä, kuinka velvoitetun tulee toimia.[133] Velvollisuuden sisältönä oleva toiminta voi olla joko negatiivista toiminnasta pidättymistä tai positiivista, nimenomaista toimintaa. Tämä soveltuu kaikkiin oikeuksien ja niitä vastaavien velvollisuuksien lajeihin.[134]

Samoin Wellman, joka korostaa sitä, että jokainen oikeuden elementeistä turvaa oikeutetun tahon vapautta tai määräämisvaltaa.[135] Näkemys oikeussuhteiden liitynnästä vapauspiireihin lienee sinänsä riidaton.[136]

Niinpä sopimuksin osapuolet disponoivat nimenomaan vapauspiiriensä rajoista. Kun maksuun oikeutettu taho saa oikeuden (ja siihen sisältyvän vapauden) vaatia velan maksua, velvoitetun tahon vapaudelle aiheutuu rajoitus. Hän ei voi oikeutetusti kieltäytyä häneltä vaaditusta suorituksesta. Oikeutetulla osapuolella on valta määrätä siitä, kuinka toisen tulee toimia. Vapausvaikutus on samansuuntainen, vaikka oikeuden tehokkuudessa (toteutettavuudessa) olisi puutteita. Vaikka velvoitteena olevan palveluksen toteuttaminen olisi riippuvainen viranomaisen vapaasta tai tarkoituksenmukaisuuteen nojautuvasta harkinnasta, oikeutettu osapuoli saattaisi kuitenkin käytännössä kyetä vaatimuksensa toteuttamaan.

---

133 Ks. *Hart* 1984 s. 88.
134 Ibid.
135 Ks. *Wellman* 1982 s. 16.
136 Ks. *Lagerspetz* 2004 s. 161 ja siinä viitatut lähteet tai *Oppenheim* 1961 s. 127. Eriäviä näkemyksiä on muun muassa siitä, edellyttääkö puhe oikeuksista niiden toteutettavuutta ja oikeutetun tahon määräämisoikeutta (ks. jakso 7.3).

Erityisesti on huomattava, että vaikkapa velkojan oikeus maksunsaantiin tai sopimuksen kohtuuttomuuteen vetoavan oikeus eivät poikkea toisistaan tässä suhteessa huolimatta siitä, että viimeksi mainittu perustuu yksityisoikeudellisesti pakottavaan säännökseen. Kumpaakin oikeutta koskeva sääntely määrittelee osapuolten keskinäistä oikeuksien ja vapauksien suhdetta. Myös tahdonvaltainen sääntely suojaa oikeutetun tahon toimintavapauksia. Pakottavan sääntelyn erityispiirteeksi jää näin ollen se, että se rajoittaa suojatun asianosaisen mahdollisuutta luopua jo etukäteen jostakin minimimäärästä omaa vapauttansa.

Kyselytoiminnan asianosaisen oikeusasemaa ja vapauksia suojaavat vaikutukset jäävät riippumaan muun muassa siitä, millä tavoin kyselytointen velvoittavuus ymmärretään. Jos kyselytoiminnan ajatellaan perustuvan tuomarin vapaaseen harkintaan, ei asianosaiselle voi syntyä edes teoriassa oikeutta vaatia myötävaikutusta aineellisten oikeuksiensa toteutuksessa. Samoin jos kyselyvelvoitteiden perusteena nähdään lähinnä yleinen tarkoituksenmukaisuus, ei asianosaiselle synny edellä (ks. jakso 7.3.1) viitattua kompetenssia, jonka perusteella hän voisi edellyttää tuomarilta mitään nimenomaisia toimia. Hän ei myöskään voisi ryhtyä oikeuksiaan puolustaviin toimenpiteisiin, mikäli kyselytoimet laiminlyötäisiin.

Merkitystä on toisaalta puhtaasti käytännöllisillä näkökohdilla. Jos prosessinjohdon käytännön toimivuus on epävarmaa, ei oikeuksien tunnustamisesta ole suurta hyötyä. Kumpaankin näkökohtaan liittyy kyselytoiminnan tapauksessa määrättyjä epäilyksiä.

7.4.4 Mielivalta vapaudenrajoituksena

Vapaa harkinta viranomaistoiminnassa merkitsee erään näkemyksen mukaan keskeistä vapauden rajoitusta. Toisen ollessa vapaa tekemään asioitani koskevia päätöksiä minun saatetaan sanoa olevan riippuvainen päätöksentekijän mielivallasta.[137] On monia syitä, miksi viranomaisen vapaata harkintavaltaa ei pidetä toivottavana. Kaikkein painavimpiin kuuluu varmastikin se, että vapaa, oikeudellisesti sitomaton tai tosiasiassa kontrolloimaton harkintavalta mahdollistaa vallan väärinkäytön, päätösten perustumisen epäasiallisiin vaikuttimiin.[138]

---

[137] Ks. *Skinner* 2003 s. 22–32.

[138] Muita syitä ei ole tässä yhteydessä tarpeen ryhtyä tarkemmin analysoimaan. Näkemys, jonka mukaan julkisen vallan käytön tulisi olla mahdollisimman pitkälti lakiin sidottua, on juurtunut varsin syvälle. Perusteluna voitaisiin epäilemättä nähdä sellaisia näkökohtia kuin kansalaisten oikeusturvaodotus, yleisen hyvän edistäminen tai kansanvallan vaatimus, joka edellyttäisi että viranomaistoiminnassa toteutettaisiin yhteisesti päätettyä tahtoa. Vielä yleisemmällä tasolla voitaisiin viitata myös odotukseen, jonka mukaan julkisen vallan käytön tulisi noudattaa ainakin jonkinlaista rationaalisuutta.

Vapaa harkintavalta merkitsee kuitenkin vallan alaisen näkökulmasta vapauden rajoitusta siitä riippumatta, millä tavoin valtaa lopulta tosiasiassa käytettäisiin. Jo pelkkä tietoisuus siitä, että toisella on tällainen valta, merkitsee vapaudenrajoitusta.[139] Tietoisuus toisen ylivallasta saattaa nimittäin vaikuttaa vallanalaisena olevan käyttäytymiseen rajoittavasti tai ohjaavasti.

Näin ollen, mitä enemmän sääntely tarjoaa viranomaiselle vapaata harkintavaltaa, sitä enemmässä määrin kansalaisen (yksityisen tahon) vapautta rajoitetaan, riippumatta siitä, ovatko ratkaisut lopulta kansalaisen intressien kannalta suotuisia tai haitallisia (kielteisiä). Samoin vapaudenrajoitus on riippumaton päätöksen motiivien asiallisuudesta.

> Korostaessaan ilmiön erityislaatuisuutta Skinner lukee vapauden herruuden puuttumisena kolmanneksi vapauden lajiksi.[140] Yhtä hyvin se saatetaan kuitenkin lukea negatiiviseen vapauteen kuuluvaksi. Tarve mukautua toisen odotuksiin johtuu nimittäin ulkopuolisen tahon vaikutuksesta eli se voidaan tulkita ulkopuolelta tulleeksi esteeksi. Samoin vallanalaisuuden vaikutus kohdistuu vallanalaisena olevan toimintavaihtoehtoihin.[141]

Saatetaan sanoa, että juuri tuomarin kyselyvaltuudet lisäävät vaaraa mielivaltaisesta lainkäytöstä, koskapa niihin väistämättä ainakin käytännön tasolla sisältyy vapaata harkintavaltaa. Tätä ei voida mitenkään kiistää. Kyselytoiminnan puolustuksena on kuitenkin syytä ottaa huomioon asiayhteys, johon kyselyvelvoitteet liittyvät. Kyselytoiminta on nimittäin osa kokonaisjärjestelyä, jossa seuloutuu oikeudenkäynnissä ratkaisun perusteena huomioon otettava tosiasiaaineisto, ns. laillinen oikeudenkäyntiaineisto. Ulkopuolelle jäävää fakta-ainesta ei ole lupa hyödyntää myöskään mahdollisissa tulevissa, uusissa prosesseissa. Tämä johtuu oikeudenkäynnin lopputuloksena annettavan tuomioistuimen ratkaisun oikeusvoimavaikutuksesta.

Merkittävässä määrin sama tulkinnanvaraisuus, jota liittyy kyselyvelvoitteiden ulottuvuuteen, vaivaa järjestelyyn kuuluvia muita elementtejä kuten yhtäältä vetoamisvelvollisuuden ja toisaalta vetoamislausumien täsmällisen sisällön määrittelyä (ks. erityisesti edellä jaksoa 3.5). Niin ikään prekluusion, vetoamisvelvollisuuden menettämisen, edellytysten täyttymistä koskevaan harkintaan sisältyy vastaava vaara.

---

139 Ks. *Skinner* 2003 s. 23.

140 *Skinner* 2003 s. 22–23.

141 Voidaan sanoa, että kyse on psykologisen ulottuvuuden huomioon ottamisesta vapauden rajoituksista puhuttaessa. Tällöin toisella oleva valta-asema rajoittaa henkilön valinnanvapautta psykologisten tekijöiden vaikutuksella. Vaikutus on luonteeltaan ei-intentionaalista mutta se johtuu kausaalisesti vallanalaisuussuhteesta. Ks. mielivallan vapautta rajoittavaan vaikutukseen liittyvästä keskustelusta myös *Pettit* (1996 tai 2002).

7.5 TUOMARIN KYSELYTOIMINNAN OIKEUTUKSEN YLEISISTÄ PERUSTEISTA

Miksi tuomarin kyselytoiminta on nähty tärkeänä? Mihin kyselyvelvoitteita viime kädessä tarvitaan? Oikeuskirjallisuuden ja lainvalmisteluaineiston valossa pääasiallisia ehdokkaita on neljä: 1) tuomio-oikeellisuuden edistäminen, 2) prosessitaloudellisten kustannus- ym. säästöjen saavuttaminen, 3) lainsäädännön yhteiskunnallisen ohjausvaikutuksen tehostaminen ja 4) asianosaisen vetoamisoikeuden toteuttaminen. Eriäviä näkemyksiä on siitä, mikä näistä päämääristä on tärkein, perustelevatko ne kaikki kyselytoimia tai onko jokin niistä yksinomainen kyselytoiminnan oikeutukseen vaikuttavana perusteena.

Tavanomaisen ajattelutavan luulisi pitävän selvänä, että kyselytoiminnan ainakin yksi tärkeä oikeutusperuste liittyy oikeudenkäynnissä annettavan *tuomioiden oikeellisuuteen*. Mainitaanhan oikeuskirjallisuudessa ja lain esitöissä kyselytointen syynä usein pyrkimys kohentaa mahdollisuutta saavuttaa oikea ratkaisu helpottamalla asianosaisten tehtävää vetoamisvelvoitteen täyttämisessä. Samoin viitataan tarpeeseen lieventää prekluusiouhkaa, jota voidaan hyvällä syyllä pitää ankarana ajatellen valittamista hovioikeuteen ja joka saattaa olla ankara myös käräjäoikeuden valmistelun ja pääkäsittelyn välillä.[142] Ns. pääkäsittelyprekluusiota koskevan säännöksen (OK 6:9) sanamuoto on ankara ja jättää lain soveltajalle harkintavaltaa.[143] Nimenomaisestikin tuomio-oikeudellisuuteen vedotaan kyselyvelvoitteiden perusteluna.[144]

Oikeuskirjallisuudessa tuomio-oikeudellisuuden asema itsenäisenä tavoitepäämääränä kuitenkin saatetaan kiistää kokonaan, jolloin sille jää merkitystä vain välineellisesti siinä määrin kuin se edistää jonkin perustavamman päämäärän toteutusta.[145] Joka tapauksessa muita näkökohtia on pidetty usein tärkeämpinä.

Ehkäpä yleisimmin kyselytoiminnan oikeutusperusteena esitetty näkökohta liittyy *yleisen prosessitalouden edistämiseen*, joka on nähty itsenäisenä tavoitepäämääränä. Näkökohdan yleisempikin asema on erityisen vahva sekä sääntelyn perusteena että tulkintasuositusten oikeuslähteenä.[146]

---

[142] Ks. HE 1990:15 s. 126; SOU 1982 s. 116; *Lindell* 1988 s. 20–21; *Ekelöf* 1979 s. 278.

[143] Ks. edellä luku 5.3.2.1. Vaikka prekluusiota sovelletaan käräjäoikeuden pääkäsittelyssä verrattain harvoin, tämäkin säännös asettaa todistustaakan aiheen pätevyydestä uuteen aineistoon vetoavalle.

[144] Ks. esimerkiksi *Virolainen* 1988 s. 29, jonka mukaan saattaisi olla kohtuutonta, jos asianosainen joutuisi kärsimään oikeudenmenetyksiä tietämättömyyden, erehdyksen tai huomaamattomuuden takia. Kyselytoiminnan avulla pyritään Virolaisen mukaan edistämään paitsi prosessiekonomisia tavoitteita myös oikeusvarmuutta. Ks. *Virolainen* 1988 s. 32.

[145] Ks. esimerkiksi *Boman* TfR 1979 s. 350–351 tai *Lindell* 1988 s. 15.

[146] Luettelo oikeuskirjallisuudesta, joka nojautuu prosessitaloudellisiin tehokkuustavoitteisiin oikeuslähteenä, olisi pitkä. Prosessitaloudellisten päämäärien merkityksestä ks. yleisesti esimerkiksi *Norrgård* 2002 s. 41–43.

Tällöin prosessin aiheuttaman kokonaistyömäärän vähenemisen ja viime kädessä taloudellisten säästöjen hyötyjänä olisi joko toinen asianosaistahoista tai tuomioistuinlaitosten kulujen kautta koko yhteiskunta. Yleensä kuitenkin on viitattu lähinnä koko yhteiskunnalle aiheutuviin hyötyihin. Joka tapauksessa kyselytoiminnan prosessitalouden tehokkuutta edistävä vaikutus on ollut keskeinen argumentti kyselytoiminnan puolesta. Näin on varsinkin puhuttaessa prosessin alkuvaiheista, suullisesta valmistelusta. Jos asianosaiset huomaavat vedota haluamiinsa faktaperusteisiin ja vaatimuksiin jo valmistelun aikana, pääkäsittelyn aikana tai vasta muutoksenhakuvaiheessa ei enää nouse esiin uusia väitteitä, jotka kenties lykkäysten tai väitteiden aiheuttamien vastaväitteiden ja todistelun vuoksi viivyttäisivät oikeudenkäyntiä.

Huolimatta prekluusiosanktiosta, joka lähtökohtaisesti kieltää uudet vetoamislausumat, on mahdollista että asianosaisella olisikin pätevä syy. Tai joka tapauksessa uusien väitteiden johdosta voitaisiin joutua prosessoimaan vain prekluusion edellytyksistä. Niinpä on pidetty selvänä, että kyselytoiminta edistää prosessitaloudellisia päämääriä nimenomaan oikeudenkäynnin alkuvaiheessa. Aiemmin jo selostetulla tavoin taloudellisten säästöjen ja oikean ratkaisun tavoitteleminen saattavat joutua ristiriitaan, eikä miten laaja kyselytoiminta tahansa ole enää taloudelliselta kannalta edullista. Näin on erityisesti silloin, kun aihe kyselytoimiin ilmenee tai huomataan vaikka vasta suullisen pääkäsittelyn aikana.

Prosessitalouden syiden merkitys korostuu näkemyksessä, jonka mukaan lainkäytössä on yleisestikin pyrittävä *tehostamaan prosessin toimivuutta sääntelyn yhteiskunnallisen ohjausfunktion edistäjänä*. Tämä on pitkään ollut ruotsalaisen prosessioikeustieteen ääneen lausuttu lähtökohta, joka on yhdistetty myös tuomarin kyselytoimintaan. Tuomarin aktiivista roolia on korostettu juuri ohjausfunktioon vedoten.[147]

Tämä merkitsee samalla sitä, että oikean ratkaisun tavoite ei ole itsenäinen päämäärä, vaan lähinnä välineellinen näkökohta. Prosessin tehtävä sääntelyn yhteiskunnallisen ohjausfunktion toteuttajana kyllä edellyttää ratkaisujen oikeellisuutta ainakin yleisesti ottaen, useissa tai useimmissa tapauksissa. Toiselta puolen näkemys tarjoaa perusteen asettaa rajoja tuomarin kyselyvelvoitteille. Liian laajalle ulottuvat velvoitteet aiheuttaisivat esimerkiksi Bomanin mukaan prosessin muotoutumisen liian raskaaksi. Siten ne haittaisivat yhteisöllisten päämäärien toteuttamista.

Vaikka myös prosessitaloudellisen tehokkuuden rooli on välineellinen, taloudellisuuslaskelmat saavat sanktioteoriassa korostuneen aseman. Tämä johtuu yhtäältä siitä, että ohjaustehtävää parhaiten edistävä prosessi ymmärretään juuri taloudellisessa mielessä tehokkaaksi prosessiksi. Painotus on yleisissä, ei

[147] Ks. *Boman* TfR 1979 s. 350–351; *Lindblom* SOU 1982:26 s. 617 tai *Ekelöf* TSA 1962 s. 224.

tapauskohtaisissa vaikutuksissa. Osaltaan taloudellisten näkökohtien korostuminen johtuu kuitenkin teorian yksiarvoisuudesta. Kyse on kokonaisvaltaisesta teoriasta, jonka on määrä soveltua yleisesti kaikkiin prosessuaalisiin tulkintakysymyksiin ja perustella lainsäädäntöratkaisuja. Ohjausfunktion toteutus on teorian ylin periaate, jota kaikissa tilanteissa pyritään edistämään.[148]

Kyselyvelvoitteen oikeutuksena on toisaalta nähty *pyrkimys asianosaisen vetoamistahdon selvittämiseen*. Kun kyselytoimet jättävät päätäntävallan vetoamisesta asianosaiselle itselleen, on esitetty, ettei oikean ratkaisun saavuttaminen laisinkaan perustele tuomarin kyselyvelvoitteita.[149] Ja vielä vähemmän se kuuluisi riita-asioissa yleisesti tavoiteltavien päämäärien joukkoon.

Kyselytoiminnan osalta näkemys onkin kiistämättä oikean suuntainen. Se on kuitenkin siinä mielessä liioiteltu, että juuri aineellisen oikeusturvan toteutus ja sitä koskeva asianosaisen määräämisvalta on se keskeinen intressi, joka perustelee kyselytointen tarpeen. Toisekseen tuomio-oikeudellisuuden merkitystä kyselytointen oikeuttamisperusteena ei voida kokonaan kiistää. Esimerkiksi oikeuskäytännön ohjausvaikutuksen kautta yhteiskunnalla on kiinnostusta ratkaisujen lopputulosta kohtaan. Nähdäkseni voidaan myös hyvin sanoa, että siviilioikeudellisten tuomioiden oikeellisuus vahvistaa lainkäytön yleistä legitimiteettiä. Huolimatta siitä, että tästä ei saada vahvaa argumenttia yksittäistä oikeudenkäyntiä koskevan päätöksenteon tueksi.

Tässä työssä lähdetään yksinkertaisesti näkemyksestä, jonka mukaan tärkein periaatteellinen perustelu tuomarin kyselytoimille on juuri asianosaisen vetoamismahdollisuuden tosiasiallinen toteutus. Jatkossa puhutaan kuitenkin *aineellisen oikeusturvaintressin toteutuksesta*, johon sisältyy paitsi aineellinen oikeus myös oikeus vaatia sen toteuttamista. Vaihtoehtoisesti voidaan puhua asianosaisen vetoamisoikeuden toteuttamisesta.

7.6 KYSELYTOIMINNAN OIKEUTUSTA RAJOITTAVISTA NÄKÖKOHDISTA OIKEUSKIRJALLISUUDEN MUKAAN

7.6.1 Yleistä

Oikeuskirjallisuudessa on eri aikoina vedottu moniinkin perusteisiin, joiden nojalla koko kyselytoiminta on pyritty asettamaan epäilyksenalaiseksi. Viime vuosina kyse on tosin ollut lähinnä toiminnan hyväksyttävän laajuuden rajoittamisesta. Yleisesti hyväksytty näkemys näyttää olevan, että tuomioistuimen

---

[148] Ks. esimerkiksi *Boman* TfR 1979 s. 251–252; *Ekelöf* 1988 s. 130 tai 1984 s. 232 ss. vrt. *Ekelöf – Boman* I 1990 s. 7–22.
[149] Ks. *Lindell* 1988 s. 15.

tulee harjoittaa enemmän tai vähemmän aktiivista prosessinjohtoa. Kyselytoimintaa vastaan esitetyistä argumenteista tärkeimmät liittyvät i) negatiivisiin prosessitaloudellisiin vaikutuksiin, ii) kyselytoiminnan väitettyyn riittämättömyyteen tuomio-oikeellisuuden tavoittelussa, iii) koko oikean ratkaisun tavoitteen mielekkyyden kyseenalaistamiseen, iv) tuomarilta edellytetyn puolueettomuuden vaarantumiseen ja v) oikeudenkäytön yhtenäisyyden vaarantumiseen.[150] Seuraavassa tarkastellaan aluksi muutamia konkreettisia argumentteja, jotka liittyvät lähinnä näihin näkökohtiin.

7.6.2 Vasta-argumenttien lähempää tarkastelua

a. Näkemys, jonka mukaan asianosaiset tuntevat oikeusriitaan vaikuttavat olosuhteet tuomaria paremmin

Usein toistettu argumentti kyselyvelvoitteiden liiallisena pidettyä laajentamista vastaan on näkemys, jonka mukaan asianosaiset tuntevat oikeusriitaan vaikuttavat olosuhteet kaikkein parhaiten. Kun tuomari puolestaan ei oikeusriidan faktaolosuhteita omakohtaisesti tunne, on luontevaa asettaa vastuu väiteaineiston riittävyydestä asianosaisille.[151]

Argumenttia vastaan on huomautettu, että asianosaisten ei suinkaan voida olettaa kykenevän tuomaan esiin kaikkea asiaan vaikuttavaa fakta-aineistoa. Edellyttäähän vetoaminen oikeisiin faktaperusteisiin tunnetusti tietoa oikeusnormien sisällöstä. Siksi tämä perustelu ei esimerkiksi Taksoe-Jensenin mukaan ole kovinkaan realistinen vasta-argumentti tuomarin kyselytoimille.[152]

Kritiikkiin on vastattu toteamalla, että prosessinormien taustaoletuksena on, että asianosaisilla on oikeudenkäynnissä taitava avustaja, joka on valmistautunut juttuun huolellisesti. Taitava avustaja kykenee ainakin pääsääntöisesti tuomaan esille asiaan vaikuttavat seikat huomattavasti tuomaria paremmin.[153]

Vastaus on tietysti siinä mielessä epätyydyttävä, että relevanttien faktaperusteiden tiedetään hyvin voivan jäädä huomaamatta taitavaltakin avustajalta. Kyselyvelvoitteita koskevien normien tehtävänä puolestaan on vastata juuri siihen, kuinka menetellään, jos näin on käynyt.

---

[150] On selvää, että asiaa koskeva argumentaatio soveltuu myös kysymykseen fakta-aineistoa koskevasta vastuunjaosta, varsinkin kyselytoiminnan alaa rajoittavien argumenttien osalta.

[151] Ks. esimerkiksi *Boman*, TfR 1979 s. 352. Ks. argumentin johdosta kriittisesti *Taksoe-Jensen* 1976 s. 499.

[152] *Taksoe-Jensen* 1976 s. 499.

[153] *Boman* TfR 1979 s. 352. Ks. myös *Saarnilehto* (2010 s. 56–57), jonka mukaan tuomarin ei tulisi informoida asianosaisia todistustaakan jaosta ainakaan, jos asianosaista edustaa lainoppinut avustaja.

> Faktaperusteiden huomaamatta jäämiseen on usein ymmärrettäviä syitä. Erityisesti mutkikkaammissa jutuissa jokin yksittäinen mutta relevantti näkökohta jää helposti huomaamatta asiaan muutoin syvällisesti perehtyneeltä avustajalta.[154]

Saatetaan lisätä, että tuomarilla on puolestaan asianosaiseen verrattuna eräs kiistämätön etu. Jutun ratkaisijana hän nimittäin kykenee asianosaisia paremmin jo alustavasti arvioimaan, mitkä seikat jutussa olisivat merkityksellisiä nimenomaan oikeudellisessa mielessä. Lyhyesti sanoen hän kykenee huomattavastikin asianosaisia parempiin menestystä koskeviin ennusteisiin. Taitavinkaan asianajaja ei kykene tähän yhtä hyvin kuin tuomari, erityisesti siksi, että lopulta juuri tuomari tekee asiassa annettavan ratkaisun.

b. Perustava vaikeus edistää oikean ratkaisun tavoitetta

Oikean ratkaisun tavoitteen edistämisen nähdään toisinaan olevan siinä määrin perustavalla tavalla vaikeaa (ellei mahdotonta), että siihen ei edes kannata liian voimallisesti pyrkiä. Vaikeus johtuu osittain yllä sanotusta eli siitä, että tuomari ei tunne aineelliseen oikeussuhteeseen liittyviä faktaolosuhteita.

Kaikkein tärkeimpänä syynä asiaan vaikuttaa kuitenkin selvitysmahdollisuuksien inhimillinen rajallisuus. On nimittäin useimmiten mahdotonta ottaa selville kaikkia niitä olosuhteita, jotka vaikuttavat asian oikeudelliseen arviointiin. Vielä vaikeampaa on sulkea pois asiaan vielä vaikuttavien (mutta toistaiseksi piiloon jääneiden) olosuhteiden mahdollisuutta, mitä ratkaisun oikeellisuuden varmistaminen tietysti edellyttäisi. Kaikki asiaan mahdollisesti vaikuttavat olosuhteet eivät toisin sanoen ole tunnettuja, eikä kaikkia olosuhteita käytännössä voida koskaan selvittää.[155] Tämän vuoksi lopulliseen totuuteen tai faktaolosuhteiden täyteen tutkintaan ei voida yltää, ei varsinkaan ilman kohtuutonta työmäärällistä panostusta. Oikean ratkaisun saavuttamisesta ei ole takeita siitä riippumatta, millaisiin ponnistuksiin tuomari tässä pyrkimyksessä velvoitettaisiin.[156]

Asiaa havainnollistavassa esimerkkitilanteessa myyjä vaatii ostajalta kauppahinnan maksamista. Ostaja vastustaa vaatimuksia väittäen, etteivät neuvottelut ole johtaneet sopimukseen kaupanteosta. Tuomari saattaisi kiinnittää vastaajan huomiota useisiinkin vaihtoehtoisiin vastustamisperusteisiin. Näitä voisivat

---

[154] Näin myös *Ekelöf* V 1990 s. 44.

[155] Tätä korostaa esimerkiksi *Boman* TfR 1979 s. 352.

[156] *Boman* katsookin, että vaatimukset tuomarille asetettavasta vastuusta ratkaisujen oikeellisuuden tavoittelemisessa johtuvat usein oikeudenkäynnin mahdollisuuksien liioittelusta. Ks. *Boman* 1964 s. 26–27.

Myös *Leppänen* viittaa samaan argumenttiin. Leppäsen mukaan ratkaisujen oikeellisuuden arvo menettelyn (prosessisääntöjen) oikeuttajana on pieni siksi, että ratkaisujen oikeellisuutta ei normaalisti kyetä arvioimaan muutoin kuin prosessin aikana esillä olleen tosiasia-aineiston valossa. Ks. *Leppänen* 1998 s. 52.

olla mahdollisen pätemättömyysperusteen muodostavat seikat, tavaran virheellisyys, saatavan vanhentuneisuus, kauppahinnan maksaminen, kuittaus, luottoehdot tai osapuolten myöhemmät määräämistoimet. Tämä johtaisi mahdottomiin seuraamuksiin, sillä tunnontarkka tuomari saattaisi viedä keskustelun laajoihin mittoihin pelkästään pätemättömyysperusteita koskevan selvitystyön vuoksi.[157]

Näkemys on saatettu perustaa lisäksi käsitykseen perustavasta oikeudellisesta epävarmuudesta. Kun varmuutta edes oikeudellisten ongelmien oikeasta ratkaisemisesta ei ole, on perusteltua nojautua prosessiin luontevasti kuuluviin menettelyllisiin elementteihin kuten väittämistaakkaan. Viimeksi mainitut ovat keskeinen osa oikeudenkäyntiä.[158]

Kuinka näihin vasta-argumentteihin tulisi suhtautua? Nähdäkseni mihinkään hyvin perustavaan epäluuloon ei ole aihetta arvioitaessa tuomarin kyselytointen vaikutuksellisuutta. Mutta varsinkaan näiden epäilysten vuoksi ei pidä ryhtyä liian pitkälle meneviin johtopäätöksiin. Mahdollisuuksia saavuttaa oikea tai ainakin parhaiten perusteltu ratkaisu voidaan hyvin parantaa tai heikentää. Väiteaineiston sivuuttaminen heikentää usein merkittävästikin oikean ratkaisun edellytyksiä. Vaihtoehtoisen faktaperusteen huomioon ottaminen taas saattaa niitä kohentaa. Tämä on nähdäkseni selvää paitsi hyvin arkisen ajattelun myös kokemuksen perusteella. Vaikka oikean ratkaisun saavuttamisesta ei voitaisi päästä likimainkaan varmuuteen, täydellisempi oikeudenkäyntiaineisto yleisesti ottaen kohentaa oikean ratkaisun edellytyksiä.

Näkökohta on kylläkin huomionarvoinen pyrittäessä rajaamaan kyselytointen järkevää ulottuvuutta. Aivan kaikkea teoreettisestikin mahdollista ei ole mahdollista ryhtyä selvittelemään tuomarin aloitteesta. Toiselta puolen tähän ei ole tarvettakaan. Silti kyselytoiminnalle jää runsaasti käyttöalaa sellaisten faktaperusteiden osalta, joista on eriasteista selvitystä käsillä olevassa oikeudenkäyntiaineistossa tai joihin asianosaiset ovat lausumissaan viitanneet tai joista he ovat maininneet.[159]

c. Asianosainen voisi kieltäytyä vetoamasta vaihtoehtoiseen perusteeseen tai vaatimukseen

Rajoittavana näkökohtana on esitetty, että asianosaisella saattaisi useinkin olla täysin perusteltuja syitä, joiden vuoksi hän ei edes halua vedota vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen. Tällaisia voisivat olla esimerkiksi se, että po. väite ei vastaa

---

[157] *Boman* TfR 1979 s. 352–353.

[158] Ks. *Olivecrona* 1966 s. 205–222. Ks. lähemmin jaksossa 3.5.2.4 (s. 50–51) esitettyä.

[159] Vrt. myös *Boman* (TfR 1979 s. 353), joka kieltää kyselytoimet ainoastaan sellaisten faktaperusteiden selvittämiseen, joista ei sisälly minkäänlaista viittausta asiassa esitettyyn oikeudenkäyntiaineistoon.

tosiasioita tai on vaikeasti todistettava. Asianosaisen tiedossa saattaisi toisaalta olla jokin ns. vastatosiseikan muodostava olosuhde, joka poistaisi seikan oikeudellisen merkityksen. Lisäksi osapuolten avustajat saattaisivat olla nimenomaisesti sopineet jonkin kysymyksen jättämisestä oikeusriidan ulkopuolelle.[160]

Nämä kaikki ovat varmasti realistisia näkökohtia. Nähdäkseni ne eivät kuitenkaan aiheuta merkityksellistä perustetta kyselyvelvoitteiden rajaamiseen. Ensinnäkin juuri kyselytointen kautta asianosaisen suhtautuminen voidaan saada selville. Toisekseen lähtökohtaisesti (ilman erityistä asiaa koskevaa tietämystä) on tuskin syytä olettaa, että vetoamatta jättäminen merkitykselliseltä vaikuttavaan seikkaan johtuisi yllä luetelluista syistä.

d. Yhteiskunnalla ei ole intressiä riita-asiassa annettavan ratkaisun lopputulosta kohtaan

Toisinaan on rajoittavan näkemyksen tueksi viitattu siihen, että yhteiskunnalta ainakin lähtökohtaisesti puuttuu riittävän vahva intressi dispositiivisessa riita-asiassa annettavan ratkaisun lopputulosta kohtaan.[161]

Näkemys ei vastaa väittämistaakkaoppien taustalla olevaa pohjoismaisen prosessioikeuden vallitsevaa käsitystä. Olkoonkin, että yhteiskunnallisen kiinnostuksen on nähty palautuvan nimenomaan noudatettavien käytäntöjen yleiseen ohjausvaikutukseen, eikä siis tapauskohtaisiin vaikutuksiin.[162]

Nähdäkseni ratkaisujen oikeellisuuteen liittyy ainakin vähäinen julkinen intressi. Se liittyy yhtäältä aineellisen sääntelyn ohjausvaikutuksen (eli aineellisen sääntelyn yleisten päämäärien) toteutukseen. Toisaalta julkista mielenkiintoa on sillä oikeuslaitoksen toiminnan arvostusta tukevalla vaikutuksella, joka liittyy oikeudenkäynnissä annettavien ratkaisujen oikeellisuuteen. Pyrkimys huolehtia ratkaisujen oikeellisuudesta tukee nähdäkseni oikeuslaitoksen nauttimaa arvonantoa, ainakin jos vertailukohtana on päinvastoin formaliteetteja korostava menettelytapa, joka antaa vaikutelman välinpitämättömästä suhtautumisesta ilmeisten oikeudenmenetysten mahdollisuuteen.

Huomattavasti merkittävämpi syy yhteiskunnan kiinnostukseen siviilioikeudenkäynnin vetoamisolosuhteita ja lopputulosta kohtaan aiheutuu kuitenkin niistä oikeutetuista odotuksista, joita oikeusriidan osapuolilla on menettelyä ja

---

[160] Ks. *Boman* TfR 1979 s. 355–356.

[161] Ks. tämän argumentin johdosta *Taksoe-Jensen* 1976 s. 511. Nykykirjoittajat harvemmin kiistävät tuomio-oikeellisuuteen liittyvää julkista intressiä. *Lindell* (1988 s. 15) katsoo kuitenkin, että tuomio-oikeellisuus ei perustele kyselytoimintaa mutta kylläkin asianosaisen oikeus vedota haluamiinsa väitteisiin. Ks. toisaalta *Ovaskainen* 1989 s. 111, joka katsoo, ettei esimerkiksi pätemättömyys- tai kohtuullistamisperusteisiin liity sellaista julkista intressiä, joka perustelisi tavanomaista laajemman kyselytoiminnan.

[162] Kuten edellä (jaksossa 7.5) todettiin, juuri ohjausvaikutuksen vuoksi siviiliprosessissa annettavien ratkaisujen lopputulokseen on nähty liittyvän kohtalainen yhteiskunnallinen intressi.

aineellisten oikeuksiensa toteutumista kohtaan. Yhteiskunnallinen mielenkiinto liittyy toisin sanoen asianosaisten oikeuksiin ja julkisen tahon velvollisuuksiin oikeusriidan osapuolia kohtaan.[163]

e. Kyselytoiminta heikentää asianosaisen ja hänen asiamiehensä motivaatiota perehtyä asiaan riittävän huolellisesti

Kyselytoiminnan haittavaikutuksena on nähty, että kyselyvelvoitteiden laajeneminen voisi heikentää asianosaisten ja heidän avustajiensa motivaatiota perehtyä oikeusriitaan riittävän huolellisesti. Syynä olisi se, että asianosaiset voisivat luottaa tuomarin huolehtivan relevanttien tosiasiakysymysten ottamisesta mukaan keskusteluun.[164]

Nähdäkseni näkemys on suuresti liioiteltu. Asianosainen ei voi käytännössä luottaa kyselytoiminnan aktiivisuuteen, vaan hänelle jää kaikissa tapauksissa hyvinkin ankara oikeudellinen ja tosiasiallinen riski vetoamisaineiston riittävyydestä. Hän ei voi toisaalta tietää, millä tavoin kyselytointen passiivisuutta (mahdollisia laiminlyöntejä) arvioitaisiin oikeudellisesti. Vielä vähemmän hänen kannattaisi laskea sen varaan, että vetoaminen vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen voitaisiin käytännössäkin toteuttaa kyselytoimen laiminlyönnin johdosta. Asia ei muuttuisi, vaikka kyselytoiminnan alaa tai laajennettaisiin nykyisestä tai velvoittavuutta vahvistettaisiin.[165]

Näkemys kyselytointen asianosaisia passivoivasta vaikutuksesta lienee kyllä muutoinkin epävarma. Ekelöfin mukaan kyselytoiminnan yleisellä aktiivisuudella olisi asianosaisen avustajaan ennemminkin päinvastainen vaikutus. Avustaja ei nimittäin mielellään esiintyisi huonosti valmistautuneena aktiivisen tuomarin edessä.[166] Luulisin, että tämä pitää paikkansa ainakin jossakin määrin. Jos tuomarin taholta toisaalta olisi odotettavissa aktiivista tai kiinnostunutta suhtautumista osapuolten esityksiä kohtaan, tämä saattaa myönteisestikin kannustaa oikeudenkäyntiavustajia tosiasiaväitteiden huolelliseen valmisteluun.

> Passivoituminen olisi toki myös lyhytnäköistä, sillä tuomarin tietämys tosiasioista perustuu juuri asianosaisten ja heidän avustajiensa lausumiin.[167]

Oikeuskirjallisuudessa Lindell on vedonnut osin juuri tähän perusteeseen vastustaessaan kyselytointen laiminlyönteihin liitettäviä oikeusseuraamuksia. Tuo-

---

[163] Näkemystä perustellaan jäljempänä jaksoissa 7.7.1, 7.7.4 ja 9.2.4.
[164] Ks. tämän johdosta esimerkiksi *Ekelöf* SvJT 1979 s. 552 tai *Taksoe – Jensen* 1976 s. 541ss. Kumpikin heistä kuitenkin suhtautuu argumenttiin torjuvasti.
[165] Ks. myös *Taksoe-Jensen* (1976 s. 542–543), jonka mukaan ainoastaan tuomarin hyvin perusteellinen aloitteellisuus aiheuttaisi riskin asianosaisen ja hänen avustajansa passivoitumisesta.
[166] Ks. *Ekelöf* SvJT 1979 s. 552.
[167] Ibid.

marille asetettava vastuu voisi nimittäin Lindellin mukaan johtaa siihen, että asianosaiset toisivat lausumissaan esiin laajalti fakta-aineistoa ainoastaan varatakseen mahdollisuuden vedota kyselytointen laiminlyönteihin. Vaarana olisi toisin sanoen laskelmointi tuomarin velvoitteiden kustannuksella.

> ”Om utgångspunkten är att domstolen – även i de fall där parten företräds av ett ombud – skall fråga om huruvida omnämnda men ej uttryckligen åberopade rättsfakta verkligen åberopas, *finns en uppenbar risk för att parterna i underrätten lastar in allt material de kan komma på och sedan förväntar sig att domstolen skall utreda vad som verkligen behöver åberopas*.”[168] (kurs. JV)

Myös tämä pelko vaikuttaa ylimitoitellulta edellä sanotun valossa. Asianosaisen intressi on lisäksi yleensä aivan liian suuri, jotta tuollaisiin laskelmointeihin voisi olla varaa. Argumentin edellyttämä olettamus ei näin ollen tunnu realistiselta. Se ei myöskään liene oikeassa suhteessa siihen, kuinka aktiivista tuomarin kyselytoiminta varsinkaan tänä päivänä on käytännön tasolla – tai siihen, missä määrin asianosainen voi luottaa mahdollisuuksiinsa vedota kyselytoiminnan laiminlyönteihin.

f. Prekluusion sanktiovaikutuksen heikkeneminen

Silloin tällöin esiintyviin vasta-argumentteihin kuuluu oletus prekluusion sanktiovaikutuksen heikkenemisestä, jos kyselytoiminnan ala liiaksi laajenee ja varsinkin jos kyselytoiminnan kautta siirretään tosiasia-aineistoa koskevaa vastuuta tuomioistuimelle.[169] Tämä olettamus on nähdäkseni virheellinen tai ainakin voimakkaasti liioiteltu, sillä prekluusiosanktiossa keskeinen ja riittävä merkitys on prekluusion uhalla, jota tuomarin kyselyvelvollisuus ei poista edes teoriassa ja vielä vähemmän käytännön tasolla.[170]

Prekluusiouhka ei toisaalta ole itsetarkoituksellinen prosessissa tavoiteltava päämäärä, vaan välineellinen instituutio. Siksi se ei yksin selitä rajoitusargumenttia. Prekluusiouhan avulla tavoiteltavia päämääriä ovat mm. prosessitaloudelliset säästöt ja vastapuolen erilaiset menettelylliset oikeudet kuten asianajo- ja todistelukulujen minimointi tai (epäsuoremmin) puolustautumismahdollisuuksien turvaaminen. Puolustautumismahdollisuudet pitää tosin turvata siitä riippumatta, sallitaanko yksittäistapauksessa uusia vetoamislausumia.

---

168 *Lindell* 1993 s. 210.
169 Ks. *Lindell* 1993 s. 210; *Liljenfeldt* DL 1994 s. 177.
170 Ks. jäljempänä jakso 7.8.3 (s. 365–366).

g. Pääkäsittelyn keskitystavoitteen vaarantuminen

Vastaavalla tavoin oikeudenkäynnin pääkäsittelyn keskitystavoite on välineellinen. Keskitystavoitteella on merkitystä lähinnä vain niiden perustavampien päämäärien kautta, joita sen avulla pyritään edistämään. Näitä keskitystavoitteen (tai yhtäjaksoisen pääkäsittelyn) syiksi esitettyjä perusteluja ovat ratkaisujen oikeellisuuden edellytysten kohentaminen (esimerkiksi välittömän todistelun kautta) ja prosessitaloudelliset, työekonomiset ja rahalliset säästöt.

Vaikka keskitetyn pääkäsittelyn toteuttaminen usein mainitaankin syyksi asettaa rajoja oikeudenkäyntiaineiston laajentamiselle, lykkäyksille tai näihin johtaville kyselytoimille,[171] keskistystavoitetta ei pidä ymmärtää normatiivisena vaatimuksena. Myös kyselytointen rajoitukset on voitava perustella yllä mainitun kaltaisten syiden nojalla.

Jos kyselytoimi vaarantaa keskitystavoitteen, sitä saatetaan usein puoltaa esimerkiksi oikean ratkaisun edellytysten tai asianosaisen vetoamisoikeuden toteutuksen kannalta. Vastaavasti keskitystavoitteen vaarantuminen ei aiheuta vasta-argumenttia, jos siihen ei liity oletusta taloudellisten kustannusten noususta. Tällöin tulisi tyypillisesti päätyä kyselyvelvollisuutta puoltavaan näkemykseen. Vain harvemmin kyselytoimen aiheuttama pitkittyminen tai lykkäys aiheuttanee merkittävää haittaa oikean ratkaisun edellytysten toteutukselle.[172]

h. Prosessitaloudelliset haittavaikutukset

Tähän asti käsiteltyjä merkittävämmän vasta-argumentin muodostavat ne kyselytoimista aiheutuvat prosessitaloudelliset haitat, joista on ollut puhe jo edellisessä jaksossa (7.5). Haittoja voi liittyä nimenomaan toimiin, joiden tarkoituksena on antaa virikkeitä uusiin vetoamislausumiin tai joiden tuloksena tosiasiaväitteitä laajennetaan. Näiden merkitys on perusteltua ottaa hieman lähempään tarkasteluun seuraavassa luvussa.

Samassa yhteydessä pohditaan eräiden muidenkin samaan kategoriaan rinnastuvien näkökohtien merkitystä kyselytoimintaa rajoittavina perusteina:

---

[171] Ks. *Leppänen* 1998 s. 301 ja 306; ks. vastaavasti *Lappalainen* 1994a s. 117, joka mainitsee keskitystavoitteen kyselytointen pääasiallisimpiin kuuluvana perusteluna.

[172] Keskitystavoitetta puolustetaan usein juuri siksi, että keskitetyn menettelyn – esimerkiksi todistelun välittömyyden – ajatellaan kohentavan oikean ratkaisun saavuttamisen edellytyksiä. Samassa yhteydessä mainitaan tosin usein kahdesta muusta päämäärästä, käsittelyn nopeudesta ja halpuudesta. (Ks. esimerkiksi HE 15/1990 s. 6 tai *Leppänen* 1988 s. 87.) Oikean ratkaisun edellytysten kannalta tärkeämpää on kuitenkin hankkia mahdollisimman täydellinen todistusaineisto kuin varmistaa, että kaikki aineisto on esillä samanaikaisesti, vaikkapa yhtenä käsittelypäivänä. Vrt. esimerkiksi HE 15/1990 s. 84, jossa viitataan todisteiden arvioinnille aiheutuvaan haittaan, jos ratkaisua tehtäessä on ehtinyt kulua aikaa todistelun vastaanottamisesta. Tällöin oikeuden jäsenet ”eivät voi muistaa riittävän yksityiskohtaisesti koko aineistoa eri vivahteineen”. Ks. myös *Virolainen* 1992 s. 77–79.

Muodostaako esimerkiksi prosessin toimivuus lainsäädännön ohjausvaikutuksen tehostajana päteviä vastasyitä kyselytointen liialliselle ulottuvuudelle?

i. Tuomarilta edellytettävä puolueettomuus

Periaatteelliselta kannalta tärkeä näkökohta on ollut se, vaarantaako kyselytoiminta tuomarin puolueettomuuden. Vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa puolueettomuus nähtiin keskeisenä tekijänä, johon vedoten tuomarilta edellytettiin varovaista, yleisesti melko passiivista suhtautumista sellaisiin toimiin, jotka auttaisivat asianosaista hänen vetoamislausumissaan.[173]

Uudemmassa kirjallisuudessa suhtautuminen puolueettomuusvaatimuksen merkitykseen on ollut eräällä tavalla kaksitahoinen. Yhtäältä saatetaan muistuttaa puolueettomuusvaatimuksen merkityksestä ainakin uloimpien rajojen asettajana. Toiselta puolen on sitäkin yksimielisemmin lähdetty näkemyksestä, jonka mukaan kyselytoimista ei aiheudu juuri minkäänlaista haittaa tuomarin puolueettomuudelle niin kauan kuin toiminta pysyttelee ehdotettujen – mutta sinänsä verrattain väljästi määriteltyjen – rajojen puitteissa.

Tuomarin on ymmärretty voivan olla puolueellinen vain, jos hän avustaa kysymyksin yksipuolisesti vain toisen osapuolen prosessitoimia.[174] Sama näkemys toistuu lainvalmisteluaineistossa.[175] Bomanin mukaan puolueettomuusnäkökohta vaikuttaa lähinnä vain siihen, millä tavoin prosessinjohtoa tulee harjoittaa, ei niinkään kyselytointen asialliseen ulottuvuuteen.[176]

Lappalainen kylläkin mainitsee kyselytointen ulottuvuutta koskevan rajankäynnin keskeisesti tuomarin puolueettomuusvaatimuksen aiheuttamana ongelmana. Asianosaisen vetoamistarkoituksen selvittämiseen tähtäävät kyselytoimet ovat kuitenkin sallittuja silloinkin, kun niiden voidaan olettaa johtavan uusiin vetoamislausumiin.[177] Norjan uuden siviiliprosessilain lakitekstiin on otettu nimenomainen maininta kyselytoiminnan ulottumisesta uusiin tosiasiaväitteisiin.[178]

---

[173] Ks. tästä esimerkiksi *Taksoe-Jensen* 1976 s. 522 ss.

[174] *Ekelöf* V 1990 s. 44; samoin *Lindell* 1988 s. 22. Ks. myös *Smith* (2000 s. 129), joka mainitsee puolueettomuuden edellyttävän sitä, että apua tarjotaan kulloinkin avun tarpeessa olevalle osapuolelle.

[175] Ks. HE 15/1991 s. 28; SOU 1982:26 s. 121.

[176] Ks. *Boman* TfR 1979 s. 353. Samoin *Taksoe-Jensen* 1976 s. 534. *Smithin* (2000 s. 129) mukaan on tärkeää, että tuomari antaa vaikutelman puolueettomuudesta. Tästä syystä hän ei saa ilmaista lopullista kantaansa riitakysymyksiin.

[177] Ks. *Lappalainen* 1994a s. 122. Ks. myös *Lappalainen* 1986 s. 414 ss.

[178] Ks. tvisteloven 11–5 (4). Hallituksen esityksessä puolueettomuuden mainitaan edellyttävän lähinnä sitä, että vastapuolen mahdollisuus vastata kyselytointen aiheuttamiin uusiin väitteisiin varmistetaan. Kyselytoimet pitää tehdä siten, että vastapuoli ymmärtää uuden vetoamislausuman ja vastapuolelle on annettava riittävästi aikaa vastata uusiin väitteisiin. (Ot.prp. 51/2004–2005 s. 407.) Tämä siitä huolimatta, että puolueettomuuden vaarantuminen mainitaan niin ikään lakitekstissä kyselytoiminnan ulottuvuuteen vaikuttavana näkökohtana (ks. tvisteloven 11–5 (7)).

Samoin on korostettu sitä, että puolueettomuus yhtä hyvin edellyttää tuomarilta aktiivisuutta, jotta prosessuaalisesti heikommassa asemassa oleva osapuoli ei joutuisi kärsimään oikeudenmenetyksiä. Lausumissaan aktuaalisesti apua tarvitsevaa osapuolta pitää joissakin tapauksissa auttaa osin juuri puolueettomuusvaatimuksen johdosta.[179]

Kriittisimmin puolueettomuuden säilymistä ovat arvioineet kotimaisessa (ja pohjoismaisessakin) keskustelussa Ovaskainen ja Havansi, jotka katsovat että puolueettomuusvaatimuksen tulee vaikuttaa kyselytointen asialliseen ulottuvuuteen.

> Havansin mukaan heikommaksi oletetun osapuolen prosessitoimiin suuntautuva laaja kyselytoiminta vaarantaa tuomarin puolueettomuutta.[180] Ovaskainen mainitsee vastaavan puolueettomuutta koskevan riskin liittyvän oikeuskäytännön epäyhtenäisyyteen.[181] Mutta myös Norjassa Schei ja Skoghoy katsovat, että liian aktiivinen kyselytoiminta voi vaarantaa tuomarin puolueettomuuden.[182]
>
> Saksalaisessa keskustelussa puolueettomuusvaatimuksella on niin ikään nähty kyselytointen sallittua ulottuvuutta rajoittava vaikutus. Rajoitus on kuitenkin ymmärretty siinä mielessä lieväksi, että se kieltäisi lähinnä toimet, joilla asianosaista houkuteltaisiin vetoamaan sellaiseen tapahtumainkulkuun, joka ei ole ollut oikeudenkäynnin aikana (asianosaislausumien kautta) esillä.[183]
>
> Puolueettomuuden ei toisin sanoen katsota estävän lausumien täydentämiseen tähtääviä kyselytoimia, vaan tuomarilla on päinvastoin myös saksalaisen oikeuskirjallisuuden mukaan tähän velvollisuus.[184]

j. Vaara oikeuskäytännön epäyhtenäisyydestä

Vaikka oma näkemykseni puolueettomuusnäkökohdan vaikutuksesta ei välttämättä poikkea suuresti valtavirta-ajattelusta – ainakaan suhteessa tointen sallittuun ulottuvuuteen – kyse on siinä määrin perustavasta ongelmasta, että se kaipaa lähempää tarkastelua. Näkökohdan keskeisin merkitys ei liity ainoastaan siihen, mitkä ovat kyselytoiminnan hyväksyttäviä kriteereitä. Yhtä tärkeä on se käytännöllinen pulma, millä tavoin hyväksyttäviä perusteita noudattava prosessinjohto voidaan toteuttaa.

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa Ovaskainen mainitsee keskeisenä vasta-argumenttina vaaran oikeuskäytännön epäyhtenäisyydestä.[185] Nähdäkseni on-

---

Hallituksen esityksen mukaan (s. 406–407) kyselyvelvollisuus ulottuu myös sellaisiin tosiasiaväitteisiin, joita asianosainen ei ole maininnut tai joihin hän ei ole lausumissaan viitannut.

179 Ks. *Lindell* 1988 s. 22; HE 15/1991 s. 28.
180 Ks. *Havansi* LM 1986 s. 1127.
181 Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 56.
182 Ks. *Schei ym.* 2013 s. 416; *Skoghoy* 2001 s. 713.
183 *Laumen* 1983 s. 276–277; *Stürner* 1982 s. 29.
184 Ks. *Musielak* 2003 s. 65–66; *Jauernig* 2003 s. 89, 92. Samoin *Laumen* 1983 s. 275.
185 Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 56.

gelma on hieman laajempi. Pulmana ei ole vain noudatettavien kriteereiden epävarmuus, tulkinnanvaraisuus tai käytäntöjen vaihtelu. Mielestäni oikeuskäytännön epäyhtenäisyys ei vielä yksin ole vakava vasta-argumentti. Jos kyselytoiminnan käytännön toteutuksessa on suurta horjuvuutta, ei kenties ole riittäviä takeita myöskään siitä, että tuomari kykenee noudattamaan riittävää tasapuolisuutta suhteessa oikeusriidan osapuoliin. Asiaa tarkastellaan lähemmin seuraavassa jaksossa.

7.7 OIKEUTUSPERUSTEIDEN LÄHEMPÄÄ TARKASTELUA

7.7.1 Aluksi

Tuomarin kyselytointen oikeutusta koskevassa keskustelussa ei ole pyritty johdonmukaisesti erottelemaan niitä vaikutuksia, jotka toiminnasta aiheutuisivat yhtäältä asianosaisten yksityisille intresseille (tai oikeuksille) ja toisaalta julkisille intresseille. Hyvin usein kyselytoimia on esimerkiksi puolustettu viittaamalla niihin kaikkia hyödyttäviin prosessitaloudellisiin vaikutuksiin, joita vetoamislausumien selventämisellä on ajateltu olevan. Nähdäkseni tämä ei ole kaikin puolin realistinen lähtökohta. Autettavan tahon vastapuolena oleva ei useimmiten hyödy kyselytoimista, jos asiaa vakavasti mietitään. Puhuttaessa negatiivisista kustannusvaikutuksista ei vastaavasti ole pidetty erityisen tähdellisenä tarkentaa, onko lisäkustannuksia ajateltu voivan aiheutua enemmänkin asianosaisille vai oikeuslaitokselle.

Tämä voi johtua osaltaan siitä, että kotimaisten väittämistaakkaoppien esikuvana ollut ruotsalainen kirjallisuus tunnustaa arvon lähinnä vain julkisille intresseille (ks. jakso 7.5). Mutta varmasti voidaan sanoa, että yksilön oikeusasemaa (saatikka oikeuksia) korostavan ajattelutavan asema ei ole kovin vahvasti vakiintunut myöskään kotimaiseen prosessioikeudelliseen traditioon. Nähdäkseni sama pätee useimpiin muihinkin oikeudenaloihin.

Seuraavassa julkisten intressien ja yksityisten oikeuksien erottelua pidetään kuitenkin tarpeellisena. Niinpä tarkastellaan erikseen kyselytoiminnan vaikutuksia asianosaistahojen oikeuksien ja toisaalta yhteisöllisten tavoitepäämäärien kannalta. Tähän on nähdäkseni erityisen hyviä perusteita tarkasteltavana olevien prosessioikeudellisten ongelmien kohdalla. Kyselytoimintaa ja laajemmin vetoamisvelvoitteita koskevien ratkaisujen vaikutukset ovat erityisen merkityksellisiä juuri meneillään olevan konkreettisen oikeusriidan asianosaisten kannalta. Sillä on hyvin mahdollista, että ne vaikuttavat asiassa annettavan ratkaisun lopputulokseen.

Erottelun johdosta ks. Alexyn seikkaperäistä analyysiä.[186] Kotimaisessa keskustelussa yksilöllisten ja yhteisöllisten intressien erottelua noudattaa tunnetusti periaatekeskusteluun lukeutuva ja Dworkinin esityksiin palautuva jaottelu tavoite- (tai politiikka-) ja periaateargumentteihin. Monet keskustelun osanottajista eivät kuitenkaan ole nähneet tarpeellisena noudattaa tällaista erottelua. Toisinaan erottelun perusteisiin on suhtauduttu kriittisesti (ks. luku 2.).

Lisäksi katsotaan, että yleisten hyötynäkökohtien painottaminen suhteessa asianosaistahojen oikeuksiin on syytä kyseenalaistaa. Itse asiassa vaikutukset asianosaisten oikeuksiin muodostavat yleisellä tasolla tärkeämmän näkökohdan toiminnan oikeutusta arvioitaessa. Yllä on jo otettu lähtökohdaksi näkemys, jonka mukaan kyselytoimia vahvimmin puoltavat argumentit liittyvät autetun tahon oikeuksien turvaamiseen (aineellinen oikeus ja sen toteutus). Myös kyselytoimia vastustavia perusteita on etsittävä enemmänkin kyselytoimista hyötyvän vastapuolena olevan tahon yksilöllisistä oikeuksista.

Sanottu ei tietystikään tarkoita sitä, että julkiset intressit voitaisiin sivuuttaa. Yksityisten ja julkisten intressien painoarvoa koskevat arvioinnit pitää ymmärrettävästi kytkeä yleisiä lähtökohtia huomattavasti konkreettisempiin kysymyksenasetteluihin. Tähän pyritään jäljempänä mm. erilaisten tyyppitilanteiden avulla (ks. jakso 9.4).

7.7.2 Kyselytoiminnan oikeutusta rajoittavista julkisista intresseistä

7.7.2.1 Kyselyjen prosessitaloudelliset haittavaikutukset

Kaikkein tavallisimman argumentin myös kyselytoiminnan liiallista laajenemista vastaan ovat muodostaneet erilaiset julkisiksi luonnehdittavat intressit. Usein puhutaan nopean ja halvan menettelyn tavoitteesta tai oikeudenkäynnin toimivuudesta. Yhteisnimityksenä näille näkökohdille saatetaan puhua vaikkapa prosessitaloudellisista näkökohdista. Tuomarin kyselyvelvoitteiden laajentaminen nähdään useissa tilanteissa näiden tavoitteiden kannalta haitallisena.

Näkemys on ymmärrettävä, sillä kyselytoimet eivät suinkaan aina edistä näitä päämääriä. Mieluumminkin juuri niiden kohdalla on kyselytoimille asetettujen tavoitteiden kenties kaikkein useimmin konkretisoituva ristiriita. Aiheuttaessaan tarvetta vastaväitteisiin tai todisteluun kyselytointen ainakin lyhytaikaiset vaikutukset julkiselle taholle aiheutuvien ajankäytöllisten ja taloudellisten kustannusten kannalta ovat tyypillisesti negatiivisia. Näin on erityisesti silloin, jos pääkäsittelyä joudutaan lykkäämään tai järjestämään uusi suullinen istunto. Uusien

[186] *Alexy* 1995 s. 232 ss.

faktaperusteiden nähdäänkin tyypillisesti aiheuttavan tarpeen todisteluun.[187]

Kyselytointen toivottavuutta koskevassa keskustelussa prosessitaloudelliset vaikutukset ovat usein saaneet hyvinkin korostuneen merkityksen. Niinpä esimerkiksi Bomanin tarkastelussa miltei yksinomaan juuri kyselytointen oletettu taloudellinen vaikutus ratkaisee suositusten sisällön.[188]

Tämä selittynee sillä, että Bomanin yleisemmässä argumentaatiossa prosessin toimivuus lainsäädännön yhteiskunnallisen ohjausfunktion tehostajana muodostaa viimesijaisen päämäärän.[189] Ajattelutapaa voidaan pitää käytännössä yksiarvoisena (monistisena), sillä se sisältää yhden perustavan arvon, jota kaikissa tapauksissa tulee edistää. Ohjausfunktio muodostaa toisin sanoen teorian ylimmän periaatteen kaikkiin tulkintatilanteisiin. Prosessitaloudellisten näkökohtien ja ohjausfunktion edistämisen saumaton yhteys (voimallinen vuorovaikutus) taas johtuu siitä, että nimenomaan yleinen, pääsääntöinen aineellisen sääntelyn ”läpilyönti” on riittävää, eikä oikean ratkaisun tapauskohtaista toteutumista niinkään edellytetä.

> On luonnollisesti mahdollista, että Boman olisi päätynyt samaan näkemykseen ilman mainittua teoriaakin. Yhteiskunnalle aiheutuvien kulujen minimointi (tai prosessin yleispiirteisen ”toimivuuden”) edistäminen on varsin suosittu tavoiteargumentti myös laajemmin prosessualistien samoin kuin lainvalmistelijoiden keskuudessa.

Jopa kyselytoiminnan tehtäviin kuuluva pyrkimys tukea asianosaisten vetoamistoimia ja oikeusriidan sisällöllistä selvittämistä sopii yhteen sen ajatuksen kanssa, että eräänä järkevänä lähtökohtana kyselytoimille on arvio siitä, mitä kyselyillä on saavutettavissa. Kyselytoimet on jo toiminnan sisäisen johdonmukaisuuden vuoksi hyödyllistä suunnata tilanteisiin, joissa niiden voidaan odottaa vaikuttavan lopputulokseen tai ainakin vetoamislausumien sisältöön. Mutta inhimillisten mahdollisuuksien rajallisuus muodostaa täysin kiistatta oikeutetun perusteen rajata kyselyvelvoitteiden mittasuhteita.

Jos kyselyvelvoitteiden alaa kovasti laajennettaisiin, tulisi eteen käytännöllinen mahdottomuus. Hyvin perinpohjaista oikeusriidan tutkintaa ei voitaisi toteuttaa aiheuttamatta samalla kustannusten merkittävää kasvua. Näin kävisi erityisesti, jos tuomioistuin asetettaisiin vastuuseen kaikista teoreettisestikin ajateltavissa olevista kanne- tai vastustamisperusteista.[190] Niinpä rajaukset ovat tästäkin syystä välttämättömiä. Nämä saattaisivat olla esimerkiksi sen kaltaisia, että kyselyvelvoite voisi ulottua vain sellaisiin faktaperusteisiin, joista

---

[187] Ks. esimerkiksi *Välimaa* JFT 2001 s. 186–187; HE 32/2001 s. 61.

[188] Ks. *Boman* 1964 s. 38–40. Useimmiten kyselyvelvoite edellyttäisi vetoamistarkoituksen ilmenemistä.

[189] *Boman* TfR 1979 s. 350–351.

[190] Vrt. edellä (jakso 7.6 kohta b) selostettua *Bomanin* (TfR 1979 s. 353–353) esimerkkiä.

asianosaiset ovat lausumissaan maininneet tai joiden olemassaolosta on prosessin aikana kertyneessä oikeudenkäyntiaineistossa joko muunlaisia viitteitä tai suoranaista näyttöä.

Alustavana arviona katson jo tässä vaiheessa, että prosessitaloudellisten näkökohtien vaikutus tulisi suhteuttaa oikeusriidan tapauskohtaisiin olosuhteisiin. Niinpä, jos yksittäisen kyselytoimen (tai sen aiheuttaman vetoamisen) ei voida uskoa lisäävän julkisia kustannuksia, tuomarilla tulisi olla velvollisuus kyselytoimiin. Kyselyvelvollisuuden pitäisi toisin sanoen olla riippumaton sellaisesta päättelystä, jonka mukaan tällainen velvoite mutkistaisi järjestelmää tai aiheuttaisi turhia kyselyjä joissakin muissa ”rajatapauksissa”.

> Väittämistaakkaoppien kanta tähän ongelmaan tuntuu epävarmalta. Joissakin kirjoituksissa myös tapauskohtaisille vaikutuksille annetaan merkitystä. Väittämistaakkakirjallisuuteen (vrt. Boman, Ovaskainen ym.) sisältyy kuitenkin myös vahva päinvastainen pyrkimys. Ohjausfunktioajattelu nimittäin eksplisiittisesti torjuu tapauskohtaisten vaikutusten tavoittelun. Pyrkimyksenä on tällöin korostaa kiinteitä, tyyppitilanteiden ulkoiseen kuvaukseen pitäytyviä kriteereitä. Tämän mukaisesti myös Ovaskainen korostaa, että tuomarin kyselyoikeudelle tulisi asettaa ”selkeät puitteet”, joiden piirissä toiminnan tulisi pysyttäytyä.[191]

Hyväksyttävänä ei toisaalta voitaisi pitää nojautumista yksinomaan (julkisiin) prosessitaloudellisiin hyöty-/haittavaikutuksiin.[192] Prosessisääntöjä ei ensinnäkään voida palauttaa kestävällä tavalla vain yhteen arvopäämäärään. Toisekseen on selvää, ettei asianosaisten aineellisia ja menettelyllisiä oikeuksia voida tyystin sivuuttaa arvioitaessa kyselyvelvoitteiden ulottuvuutta. Tällaista päätelmää ei toisaalta voida tehdä käytettävissä olevan sääntelyaineiston perusteella. Sääntelyaineisto jättää tulkinnan avoimeksi. Lainvalmisteluaineisto puolestaan korostaa vähintäänkin yhtä vahvasti oikean ratkaisun pyrkimystä ja vetoamistahdon toteuttamista. Oman näkemykseni mukaan asianosaisen oikeusturvan toteuttaminen, joka kuuluu oikeudenkäynnin perustehtäviin, menee päinvastoin tärkeydessä prosessitaloudellisten näkökohtien edelle.[193]

Mutta mitkä sitten ovat hyväksyttäviä prosessitaloudellisia kustannuksia? Kaikki prosessiekonomian piiriin mahdollisesti luettavat julkiset intressit eivät liity varsinaisesti taloudellisiin vaikutuksiin. Viranomaisella saattaa esiintyä sellaisia aivan omaehtoisia (viranomaistoiminnan omista lähtökohdista kumpuavia) intressejä, jotka ainakin teoriassa voivat vaikuttaa käytäntöihin.

---

[191] Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 51.
[192] Vrt. *Boman* 1964 s. 34–44, jossa esitettävät suositukset palautuvat lähinnä prosessitaloudellisiin vaikutuksiin.
[193] Ks. myös *Norrgård* 2002 s. 39 alav. 122.

> Joskus ne voivat saada vaikutusta vaikkapa lainsäädännön syinä. Tästä lienee ollut kyse syyttäjän ns. vastavalitusoikeuden säätämisessä. Vastavalitusoikeutta ei nimittäin ole edes yritetty perustella juuri millään yleistettävissä olevalla syyllä. Lain esitöissä kylläkin mainitaan, että säännöksestä ei aiheudu haittaa syytetyn (rikoksesta tuomitun) oikeuksille. Pelkkä maininta ei kuitenkaan tee tästä väitteestä uskottavaa. Välttääkseen vastamuutoksenhaun syytetty joutuu nimittäin peruuttamaan tekemänsä valituksen ja kärsimään lisäksi tappionaan mahdolliset valituksen teosta aiheutuneet oikeudenkäyntikulut. Niemi-Kiesiläinen mainitsee sääntelyn perusteena sen, että asianosainen (syyttäjä) usein haluaa tehdä omalta osaltaan valituksen, jos vastapuoli valittaa.[194] Mahdollisuus vastavalituksen tekemiseen säästää toisin sanoen syyttäjän siltä vaivalta, että hän joutuisi laatimaan valituksen ”siltä varalta”, että myös rikoksesta tuomittu valittaa. Vastavalituksen kautta syyttäjälle nimittäin avautuu mahdollisuus vaatia käräjäoikeuden tuomion ylittäviä seuraamuksia.

Niinpä vaikkapa kyselytoiminnan kaltaisten velvoitteiden asettaminen yleensäkin aiheuttaa määrätynlaista epämukavuutta tuomarin työnkuvaan. Kyse saattaa olla laajassa mielessä työekonomiasta, sillä kaikki velvoitteet lisäävät kiistatta työtaakkaa tai ainakin tekevät työstä laadultaan vaativampaa.

Oikeudellisesti hyväksyttävänä argumenttina ei kuitenkaan voida vedota ensinnäkään puhtaisiin mukavuussyihin. Edes työmäärän kasvu ei sellaisenaan riitä hyväksyttäväksi argumentiksi. Julkisena intressinä voidaan nähdäkseni ottaa huomioon vain melko huomattava työmäärän kasvu, joka selvästi aiheuttaa myös taloudellisia kustannuksia.

Missä määrin pyrkimys lainkäytön yhteiskunnallisen ohjausfunktion toteutukseen muodostaa perusteen rajata tuomarin kyselytoimintaa? Näkemykseni mukaan ohjaustehtävän turvaaminen voi vaikuttaa kyselytoiminnan perusteltavuuteen korkeintaan toiminnan kaikkein uloimmalla reuna-alueella. Ohjausfunktion heikkeneminen nimittäin edellyttäisi torjuttavilta toimilta varsin voimakkaita negatiivisia vaikutuksia prosessin sujuvuuteen.

> Tämä seikka lienee itse asiassa vaikuttanut myös väittämistaakkakirjallisuuteen, siten että sallitun toiminnan alaa koskevat rajoittavat suositukset ovat verrattain väljiä.

Toisaalta ohjausfunktion tehostaminen ei kylläkään edellytä ainakaan jokaiseen yksittäistapaukseen ulottuvaa kyselytoimintaa. Näin ollen se ei edellytä vahvaa sidonnaisuutta velvoitteiden tapauskohtaiseen noudattamiseen. Tapauskohtainen joustavuus lienee jopa tämän yleispiirteisen tehtävän näkökulmasta hyödyllistä.

---

[194] Ks. *Niemi* 2012 s. 1139.

7.7.2.2 Tarve menettelylliseen joustoon perusteena vastustaa asianosaisen juridisia oikeuksia?

Saatettaisiin katsoa, ettei tuomioistuimelle pidä asettaa kyselytoimiin nähden sellaista velvollisuutta, jonka laiminlyönti aiheuttaisi asianosaisen käytettäväksi tehokkaita oikeusseuraamuksia. Näkemyksen tueksi voitaisiin vedota vapaan prosessinjohtovaltuuden tuomaan joustavuuteen. Harkintavaltansa avulla tuomari saisi mahdollisuuden sopeuttaa olosuhteiden asettamien vaatimusten mukaan ja ohjata prosessin kulkua kulloinkin tarkoituksenmukaisena pidettävään suuntaan. Oikeusriitojen sisältö ja prosessuaaliset vetoamis-, näyttö- ym. olosuhteet poikkeavat luonnollisesti suuresti toisistaan. Kuinka laaja kyselytoiminta missäkin tilanteessa on perusteltua, olisi kenties parhaiten näihin olosuhteisiin tutustuneen tuomarin arvioitavissa.

Sidonnaisuus ennalta asetettuihin kriteereihin olisi tapauskohtaisten tarpeiden näkökulmasta enemmänkin vain häiriötekijä. Vielä tätäkin suurempi haitta olisi se, jos asianosaiset voisivat jälkikäteen vedota kyselytointen laiminlyönteihin ja näin saattaa prosessin perustavalla tavalla uudenlaisen tarkastelun alaisuuteen.

Menettelyn joustavuus ei luonnollisesti yksin käy hyväksyttävästä tavoitepäämäärästä, vaan on kysyttävä, mitä päämääriä joustolla saatettaisiin edistää. Kyseeseen voisi kenties tulla prosessitaloudellisten (julkisten) säästöjen tavoittelu. Mahdollisesti perusteluna voisi olla prosessin ohjausfunktion tehostaminen.

> Harkinnan vapaudella on oikeuskirjallisuudessa kannatusta. Esimerkiksi Lappalainen näyttää suhtautuvan varovaisesti kyselytoiminnan velvoittavuuteen toiminnan reuna-alueilla.[195] Vastaavasti Ekelöf näkee toiminnan lähinnä vapaaharkintaisena.[196] Näkemysten perusteluja ei ole juuri pyritty eksplikoimaan.

Selvää on, että vapaa harkinta on ristiriidassa asianosaisten varsin perustavien oikeuksien kanssa. Tästä syystä ajatus kyselyjen vapaaharkintaisuudesta onkin jo edellä torjuttu. Näkemykseni mukaan kyselytoimiin on päinvastoin suhtauduttava tuomarin ehdottomana velvollisuutena.

7.7.3 Kyselyjä puoltavat julkiset intressit

Aiemman tarkastelun pohjalta saatetaan todeta, että julkisia intressejä puolustavat argumentit, joiden nojalla on puollettu tuomarin aktiivista kyselytoimin-

---

[195] Ks. *Lappalainen* 1994a s. 121–122.
[196] Ks. *Ekelöf* TSA 1962 s. 217.

taa, ovat liittyneet ennen kaikkea kahteen näkökohtaan. Ratkaisujen aineellisen oikeellisuuden edistämisen on katsottu tehostavan yksityisoikeudellisen sääntelyn yhteiskunnallista ohjausvaikutusta. Toisaalta kyselytoimilla on nähty hyödyllisiä prosessitaloudellisia vaikutuksia.

Myös oma näkemykseni on se, että kumpikin näkökohta puoltaa kyselytoimintaa. Yleispätevästi näistä kahdesta merkittävämpi saattaa olla prosessitaloudellinen hyöty eli lähinnä julkiselle taholle aiheutuvat säästöt, jotka näkyvät oikeudenkäynnin vaatiman työmäärän ja ajankäytön vähenemisenä. Varsinkin valmistelun aikana kyselytoiminta on hyödyllistä tässä mielessä, pienentäessään riskiä siitä, että kyselyjen kohteeksi otettavat faktaperusteet tulisivat esille oikeudenkäynnin myöhemmissä vaiheissa, joko käräjäoikeuden pääkäsittelyssä tai muutoksenhaussa.

Kyselytoiminnan prosessitaloudellisia vaikutuksia tarkastellaan lähemmin luvussa yhdeksän. Huomionarvoinen piirre, joka liittyy kyselytointen prosessitaloudellisiin vaikutuksiin, on se, että kyselytointen myönteiset vaikutukset ovat kestoltaan haittavaikutuksia pitempiaikaisia. Toisaalta niiden toteutuminen on huomattavan epävarmaa verrattuna haittavaikutuksiin. Päätöksenteon kannalta hankalaa on se, että kyselyjen prosessitaloudelliselta kannalta hyödyllisiä vaikutuksia on vaikea ennustaa (ks. jakso 9.3.4).

Neutraalin yksityisoikeudellisen sääntelyn osalta ratkaisujen oikeellisuuteen liittyvä ohjausvaikutus on nähdäkseni varsin rajallista, sillä se määrä oikeuskäytäntöä, joka tarvitaan oikeusnormien kehitystä ja tiedon välitystä ajatellen, syntyy pääsääntöisesti riippumatta tuomarin kyselytoiminnasta. Pakottavan sääntelyn tilanteissa yhteiskunnallisten ohjaustehtävien toteutuksella on kuitenkin kyselyjä puoltavaa merkitystä (ks. lähemmin jakso 9.3.3).

7.7.4 Aineellisen oikeusturvaintressin toteutus

Nähdäkseni voidaan lähteä siitä, että asianosaisilla on luonteeltaan periaatetyyppisiä oikeuksia sen suhteen, missä määrin oikeudenkäyntimenettely tarjoaa edellytyksiä oikean ratkaisun saavuttamiseen.[197] Yksittäisen asianosaisen näkö-

---

[197] Näkemyksen tueksi voidaan viitata siihen laajaan prosessioikeudelliseen keskusteluun, jossa oikeudenkäynnin keskeisinä tavoitteina mainitaan oikean ratkaisun saavuttaminen tai asianosaisen vetoamistahdon toteuttaminen. (Ks. edellä kohdassa 7.5 mainitut lähteet.)

Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa *Norrgård* on nähnyt pyrkimyksen ratkaisun oikeellisuuteen periaatetyyppisenä oikeutena. (*Norrgård* JFT 2000 ja *Norrgård* 2002) Ks. myös *Leppänen* 1998 s. 52, vaikka näkeekin oikean ratkaisun painoarvoltaan vähäisenä. Osaltaan näkemystä tukee perustuslain 21 §:n edellyttämä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimus. Vrt. myös *Laukkanen* 1995 s. 98, joka mainitsee ”sosiaaliseen prosessikäsitykseen kuuluvan tuomioistuimen aktiivisuuden” olevan perustuslain oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskevan säännöksen edellyttämää, tulleen ”perustuslaissa säädetyksi arvoksi ja tavoitteeksi” (vrt. nykyinen PL 21 §).

kulmasta kyse on aineellisen oikeusaseman suojan toteutuksesta oikeudenkäynnin lopputuloksena. Ymmärtääkseni tästä oikeudesta on perusteltua puhua nimenomaan menettelyllisenä oikeutena.[198]

> Edellä on katsottu, että menettelyyn liittyvistä (menettelyllisistä) oikeuksista tärkeimmät liittyvät juuri oikean ratkaisun saavuttamisen edellytyksiin. Menettelyä koskeviin oikeuksiin voitaneen lukea myös ns. menettelyllisen reiluuden vaatimus[199], joka kuitenkin saanee ratkaisevasti painavamman merkityksen rikosprosessin yhteydessä.

Konkreettisesti kyselyvelvoitteisiin liittyvät asianosaisoikeudet voivat merkitä tuomarin ainakin osittaista vastuuta väiteaineiston riittävyydestä. Vetoamisvelvoitteen aiheuttamana (ja osin tosiasiallisiin olosuhteisiin perustuvana) lähtökohtana on asianosaisen vastuu paitsi lopullisten vetoamislausumien riittävyydestä[200] myös relevantin fakta-aineiston saattamisesta yleensäkin keskustelun alaisuuteen, prosessin muiden osanottajien tietoon.

Tämä vastuu ei kuitenkaan ehkä ole yksinomaista, vaan myös tuomarilla saattaa olla osaltaan oikeudellista ja konkreettisesti ilmenevää vastuuta vetoamislausumien selkeydestä ja kattavuudesta. Lähemmin sanoen tuomarin vastuussa olisi kyse siitä, että asianosainen saa tilaisuuden tarvittaessa selventää lausumiaan. Velvoite voi toisaalta koskea jonkin vaihtoehtoisen faktaperusteen (tai suppeamman tosiasiakysymyksen) saattamista vetoamisvelvollisen huomion kohteeksi, jotta tämä saa tilaisuuden harkita seikan merkitystä asiassa ja/tai vetoamista.

Puhe periaatetyyppisistä oikeuksista sisältää tässä kannanoton sen puolesta, että kyselyvelvoitteiden laiminlyönteihin on voitava liittää asianosaisen näkökulmasta tehokkaita oikeusseuraamuksia. Näitä saattavat olla prekluusion estyminen tai/ja muutoksenhaku vetoamatta jääneen (kyselyvelvoitteen kohteena olleen) vaihtoehtoisen faktaperusteen nojalla.

Oikeusseuraamusten soveltuminen samoin kuin kyselyvelvoitteen konkreettinen sisältö jää riippumaan tapauskohtaisesta soveltamisharkinnasta. Periaatetyyppiset oikeudet eivät edellytä tehokkuutta kaikissa po. normin (oikeuspe-

---

Samoin saatetaan viitata EIS 6 (1) artiklan asettamaan oikeudenmukaisuusvaatimukseen. Kirjallisuudessa *Ervo* (2008 s. 76) mainitseekin artiklan relevanssin tuomarin prosessinjohtotehtävän kannalta.

198 Menettelyllisellä oikeudella tarkoitan oikeutta, joka liittyy olennaisesti oikeudenkäyntimenettelyyn. Oikeuskirjallisuudessa on saatettu menettelyllisellä reiluudella tarkoittaa oikeutta, jonka toteutuminen on riippumaton oikeudenkäynnin sisällöllisestä lopputuloksesta. Ks. *Leppänen* 1988 s. 55. *Bayles* (1990 s. 122, 126) katsoo niin ikään oikeudenkäyntiin liittyvän lopputuloksesta riippumattomia arvoja ja oikeuksia.

199 Ks. erityisesti *Leppänen* 1998 s. 55. Kriittisesti *Norrgård* JFT 2000.

200 Lausumia koskevan vastuun voidaan sanoa koskeva sekä lausumien kattavuutta että niiden selkeyttä. Saattaahan epäselvä vetoamislausuma jäädä todellisuudessa huomioon ottamatta.

riaatteen) soveltamistilanteissa. Nähdäkseni ei kuitenkaan olisi mieltä puhua oikeusperiaatteista optimointikäskyinä, jos ne eivät edellyttäisi tehokkaiden oikeussuojakeinojen myöntämistä oikeudenhaltijoille.

Puhuttaessa oikeusturvaintressin toteutuksesta oikeuden kohteeksi ajatellaan tässä aineellisen oikeussuhteen mukainen oikeus, jonka toteuttamista asianosaisella pitää olla oikeus vaatia mahdollisimman tehokkaasti. Näin ollen oikeus jakautuu tavallaan kahteen osaan, aineelliseen ja menettelylliseen.

Tällainen asioiden jäsentäminen on nähdäkseni luontevaa siksi, että oikeussuojan menettelyllinen puoli on yleensäkin perusteltua ymmärtää välittömästi yhteydessä po. aineellisen oikeuden sisältöön. Oikeussuojan toteutus on oikeudenhaltijan näkökulmasta yhtä tärkeä näkökohta kuin sen aineellisten normien mukainen sisältö. Toisaalta tällä tavoin saatetaan luontevasti puhua erilaisten aineelliseen sääntelyyn nojautuvien oikeuksien toteutukseen liittyvistä erityisnäkökohdista. Jäsentelyn pohjalta voidaan keskustella vaikkapa pakottavan sääntelyn turvaamien oikeuksien toteutuksesta. (Vrt. esimerkiksi kysymys, jatkuuko pakottavaan sääntelyyn perustuvan vetoamisoikeuden erityinen suoja prosessin aikana.)

7.7.5 Hyötyvän (autetun) vastapuolena olevan oikeudet

7.7.5.1 Mitä puolueettomuusvaatimus edellyttää?

Sikäli kuin kyselyjen vaikutuksena on oikean ratkaisun edellytysten koheneminen, kyselytoimin ei puututa siihen, mihin osapuolet ovat aineellisen oikeuden nojalla oikeutettuja. Kumpikaan ei kärsi oikeudenmenetyksiä kyselyjen seurauksena, vaan toiminta on neutraalia ajatellen osapuolten oikeutettua oikeusasemaa. Sitä vastoin kyselyt edistävät oikeuksien toteuttamista käytännön tasolla.

> Täyttä varmuutta tästä lopputuloksesta ei tietystikään ole. Pääsääntöisesti kyselyt lienevät kuitenkin selvästi useammin hyödyllisiä kuin haitallisia tässä suhteessa.

Selvää on, että tuomarin tulee olla tasapuolinen tavoitellessaan oikean ratkaisun edellytysten kohentamista. Voidaan sanoa, että yhdenvertaisuuden ja puolueettomuuden näkökulmasta kyselyin tulee tukea sen osapuolen prosessitoimia, joka on avun tarpeessa.[201]

Mutta merkitseekö toisen osapuolen avustaminen sellaisenaan jo puolueellisuutta?[202] Käsitteellisessä mielessä jo vetoamislausumien selventämisen on

---

[201] Ks. HE 15/1990 s. 28; *Lappalainen* 1994a s. 122; SOU 1982:26 s. 121; *Lindell* 1988 s. 22; *Ekelöf* V 1990 s. 44.

[202] Uudemmassa oikeuskirjallisuudessa näin lienee ajatellut *Saarnilehto* (2010 s. 56) vastustaessaan tuomarin velvollisuutta informoida asianosaisia todistustaakan jakautumisesta, puolueettomuuden vaarantumiseen vedoten.

perusteltua katsoa todellakin merkitsevän asianosaisen lausumiin osallistumista, niissä avustamista. Näin on ainakin, jos lausumaa ei muutoin voitaisi ottaa huomioon oletetun tarkoituksen mukaisena. Lausumissa avustamisena voidaan sitäkin suuremmalla syyllä pitää asianosaisen huomion kiinnittämistä sellaisiin (uusiin) faktaperusteisiin, joita tämän ei ole syytä epäillä edes maininneen vetoamistarkoituksessa.

> Saksalaisessa kirjallisuudessa esiintyy toisinaan näkemys, ettei toista osapuolta saa kyselyin avustaa.[203]

Jotta sinänsä asiallisesti perusteltuja kyselytoimia voitaisiin pitää jo sellaisenaan puolueettomuutta loukkaavana, olisi ajateltava, että aktiivinen tuomari puuttuisi kielletyllä tavalla prosessuaaliseen voimatasapainoon. Näkemys edellyttäisi ajatusta, jonka mukaan asianosaiset voivat – valmistautuessaan hyvin oikeudenkäyntiin tai panostaessaan prosessiin rahallisesti – hankkia itselleen oikeutettua menettelyllistä etua. Ryhtyessään kyselytoimiin tuomioistuin puolestaan puuttuisi epäoikeutetulla tavoin spontaanisti syntyneeseen prosessuaaliseen tilanteeseen ja mitätöisi toisen osapuolen hankkiman edun.

Oikeudenkäyntiä ei kuitenkaan voida rinnastaa relevantilla tavalla vaikkapa talouteen siinä mielessä, että sen piirissä toimiville tahoille tulisi turvata mahdollisuus kilpailla oikeutettujen etujen saavuttamisesta. Siksi kyselytointen ei sellaisenaan voida katsoa rikkovan puolueettomuusvaatimusta.

Tasapuolisuus edellyttää epäilemättä sitä, että kyselyjen syynä tulee lähtökohtaisesti olla sellaisia formaaleiksi luonnehdittavia (mahdollisimman yleistettäviä) olosuhteita kuin lausumien sisältö tai vedottujen väitteiden riittämättömyys suhteessa aineelliseen oikeustilaan. Syyt eivät toisin sanoen saisi ilman erityistä oikeutusta liittyä osapuolten yksilöllisiin ominaisuuksiin, ryhmäkuuluvuuksiin tai sen kaltaisiin seikkoihin.

Kuten aiemmin on käynyt ilmi, pakottavan sääntelyn soveltumisen mahdollisuus on nähty hyväksyttävänä perusteena kyselytoimille niin lainvalmisteluaineistossa kuin oikeuskirjallisuudessa.[204] Pitäisin tätä näkemystä hyväksyttävänä. Sen perusteena on edellä viitattu pakottavan ja erityisiä suojelutavoitteita sisältävän sääntelyn turvaamien oikeuksien luonteeseen minimioikeuksina. Oikeuksien vähimmäistason puolustaminen korostaa säännösten tavanomaista voimakkaampaa velvoittavuutta ja po. intressien merkitystä.

Perusteluna voidaan viitata myös pakottavaan sääntelyyn liittyvään vetoamisoikeuden suojaamiseen (vrt. luopumisrajoitukset). Suojan jatkuminen vielä oikeudenkäynnin aikana on asiallisesti erityisen hyvin perusteltua.

---

[203] *Laumen* 1983 s. 276–277; *Stürner* 1982 s. 29.

[204] Näin esim. *Ekelöf* 1984 s. 246; *Lindblom* 1982:26 s. 616; Reg. prop. 1986/87:89 s. 106; *Virolainen* 1988 s. 333.

Eräänlaisena välitilinpäätöksenä yhdenvertaisuuden osalta saatetaan siis todeta, että jäljelle jää vaatimus tasapuolisuudesta niissä toimissa, joilla oikean ratkaisun saavuttamiseen pyritään. Tasapuolisuusvaatimus ei estä perustelemasta kyselytoimia suoraan prosessuaalisen avun tarpeella. Kyselytoiminta on tässä mielessä jo lähtökohdiltaan tarvesuuntautunutta.[205] Pakottavan sääntelyn soveltumisen kautta myös asianosaistahojen henkilöön liittyvät ominaisuudet voivat epäsuorasti vaikuttaa kyselytoiminnan suuntautumiseen. Voidaanko kyselytoimintaa perustavana kriteerinä antaa merkitystä sosiaalisille näkökohdille kuten asianosaisen taloudelliselle riskinkantokyvylle, tarkastellaan lähemmin jäljempänä (ks. jakso 9.3.1).

7.7.5.2 Hyväksyttävän kyselytoiminnan käytännön toteutus, mielivallan vaara

Saatetaanko tuomarin uskoa noudattavan kyselytoimissaan asianmukaisia perusteita ja tasapuolisuutta? Tehtävä vaikeutuu käytännön tasolla silloin, kun toiminnan ala laajenee. Usein juuri tämä käytännön näkökohta lienee syynä siihen, että kyselytoiminnan on epäilty vaarantavan tuomarin puolueettomuuden.[206]

Nähdäkseni kyse on jo tältä osin hieman laaja-alaisemmasta ongelmasta. Noudattaako tuomari kyselytoimissaan ylipäänsä mitään normeja tai mittapuita? Ja onko hän tässä toiminnassaan johdonmukainen? Onko asianosaistaholla keinoja reagoida, jos tuomari syyllistyy laiminlyönteihin tai ylittää toimivaltansa? Kyselytoimintaan liittyy ilmeinen mielivallan vaara.

Katsoisin, että kyselytoiminnan vaikeaa kontrolloitavuutta on syytä pitää toiminnan tärkeimpänä haittapuolena. Kyse on ongelmasta, joka vähentää koko toiminnan oikeutusta. Kyselytoiminta ei kuitenkaan ole ainoa tuomarille myönnetty valtuus, johon liittyy huomattavaa tosiasiallista ja oikeudellista harkintavaltaa. Eikä se ole edes ainoa laajassa mielessä prosessinjohtoon kuuluva valtuus, jossa tosiasiallinen harkintavalta on suorastaan poikkeuksellisen laaja. Väiteaineiston määrittymiseen liittyvä toinen vastaava instituutio on väitteiden ja todisteiden prekluusio.

Tuomarin kyselytoimintaa on arvioitava suhteessa vetoamisvelvoitteiden sisältöä ja vetoamisoikeuden menettämistä koskevien normien kokonaisuuteen. Aiemmin selostetulla tavoin tulkinnanvaraisuutta sisältyy myös vetoamisvelvollisuuden sisältöä määrittäviin normeihin. Niihin liittyvä epävarmuus ei ole yhtä suurta kuin prekluusio- ja kyselynormeihin sisältyvä. Kun kyse kuitenkin

---

[205] Prosessuaalisen avun tarve ilmenee juuri vetoamislausuman puutteellisuutena. *Wilhelmsson* (1987 s. 64 ja 68) tarkoittaa siviilioikeudellisella tarvesuuntautuneisuudella oikeudellisen merkityksen antamista sellaisille henkilöön liittyville ominaisuuksille (kuten varallisuusasema, sairaus tai ikä), jotka voivat indikoida oikeussuojan tarvetta.

[206] Vrt. *Havansi* LM 1986 s. 1027 tai *Ovaskainen* 1989 s. 56.

on vetoamisjärjestelmän perustavan lähtökohdan muodostavasta kysymyksestä, pulman vakavuus on ilmeinen.

Kysymys vetoamisvelvollisuuden sisällöstä sijoittuu näitä muita ongelmia koskevan päättelyketjun alkuun. Keskustelu prekluusion edellytysten tai tuomarin kyselyvelvoitteiden käsillä olosta jossakin konkreettisessa tilanteessa on mahdollinen vasta sen jälkeen, kun tiedetään vetoamisvelvoitteen jakautuminen ja sisältö. Muun muassa se, kuinka täsmällisesti fakta-aineisto on pitänyt yksilöidä.

Kun jo vetoamisvelvollisuuden täyttymiseen liittyy oikeudellisesta tulkinnanvaraisuudesta ja tosiasiallisista tekijöistä (vrt. olosuhteiden jälkikäteisen selvittämien vaikeus) johtuvaa epävarmuutta, vaikuttaako tämä kyselytoiminnan oikeutukseen, lieventämällä sitä moraalisen oikeutuksen puutetta, joka kyselytoiminnan vastaavasta määrittämättömyydestä aiheutuu? Tai vaikuttaako asian arviointiin vetoamisoikeuden menettämistä koskevien prekluusionormien soveltamiseen liittyvä laaja harkintavalta? Kyselytoimintaa sisältyvää tosiasiallista harkintavaltaa ei kyetä kovinkaan tehokkaasti poistamaan kieltämättä samalla miltei koko toimintaa. Tämä on seikka, joka lisää kysymyksen aiheellisuutta.

Ratkaisutoimintaan jäävä mielivalta merkitsee sellaisenaan asianosaisen näkökulmasta hänen periaateluonteisen oikeutensa loukkausta (ks. edellä jakso 7.4.4). Loukkauksen vakavuutta saatetaan arvioida vertaamalla niitä muita haittoja tai oikeudenloukkauksia, jotka johtuvat joko po. toiminnasta sellaisenaan (oikean toiminnan kriteereitä ei kyetä määrittämään) tai siitä, että toimintaan kuuluva ratkaisu on virheellinen (normeja ei kyetä noudattamaan).

> Vastaavasti myös vertailussa huomioon otettavien hyötyvaikutusten tulisi liittyä mieluiten asianosaisten oikeuksien vahvistamiseen jossakin toisessa suhteessa. Yleisten intressien edistäminen ei tee oikeudenloukkausta siedettävämmäksi.

Vertailtavaksi on perusteltua ottaa vetoamisvelvolliselle kielteisen väittämistaakka- tai prekluusioratkaisun ja toisaalta hänen vastapuolelleen kielteisen kyselytoimen (kyselyratkaisun) haitat. Ne ovat asianosaisten näkökulmasta vastakkaisiin suuntiin vaikuttavia olosuhteita. Olosuhteet liittyvät olennaisesti samaan asiakokonaisuuteen eli laillisen oikeudenkäyntiaineiston rajaamiseen ja aineiston riittävän täydellisyyden (jutun perusteellinen tutkiminen) turvaamiseen. Vertailun avulla saatetaan hahmotella asianosaistahoille ratkaisutoimintaan sisältyvästä mielivallan riskistä aiheutuvia haittoja hieman kokonaisvaltaisemmin.[207]

---

[207] Huomattakoon, että näihin olosuhteisiin on tässä syytä suhtautua annettuina. Niitä ei kyetä muuttamaan.

Virheellisen tai mielivaltaisen väittämistaakkaratkaisun haitat voivat liittyä siihen, että vetoamisvelvollisen kuulemisoikeus jäisi toteutumatta. Ne voivat myös liittyä aineellisen oikeuden menetykseen, jolloin asiassa annettava ratkaisu ei vastaa todellisia olosuhteita. Virheellisen tai mielivaltaisen väiteaineistoa prekludoivan ratkaisun pääasialliset lisähaitat liittyvät puolestaan näiden lisäksi vetoamisoikeuden lopulliseen menettämiseen.

Nämä lisähaitat koskevat varsin perustavien prosessuaalisten oikeuksien toteutumista. Vetoamisvelvolliselle myönteisen kyselyratkaisun lisähaitat vastapuolen näkökulmasta voivat olla merkittäviä mutta niitä ei vielä voida pitää yhtä vakavina tai perustavina.

Viimeksi mainitut liittyvät kyselytoimista hyötyvän vastapuolen olevan maksettavaksi lopulta jäävien oikeudenkäyntikulujen kasvuun ja vetoamisvelvollisen oikeudettomaan hyötymiseen kyselytoimista. Hyötymistä saatetaan kenties pitää oikeudettomana, jos kyselytointen perusteet ovat objektiivisessa mielessä virheellisiä tai jos toimet perustuvat hyötyvän tarkoitukselliseen suosimiseen. Oikeudettomaksi hyötyminen voitaisiin mahdollisesti tulkita siinäkin tapauksessa, jos tointen hyväksyttäviä perusteita ei voida osoittaa.

Hyötymisnäkökohdasta saatetaan todeta, että hyötymiselle asettaa rajat prosessin tuloksena selvitetty aineellisoikeudellinen tilanne, toisin sanoen asianosaisten väliseen oikeussuhteeseen liittyvät olosuhteet. Perusteettomia ja vetoamisvelvollisen vastapuolen maksettavaksi jääviä lisäkustannuksia tarkastellaan lähemmin seuraavassa alaluvussa.[208] Näkökohdalla on merkityksensä asianosaisen oikeuksien kannalta mutta pääsäännön mukaan hävinnyt osapuoli vastaa oikeudenkäyntikuluista, mikä seikka käytännössä vähentää ongelman vakavuutta.

Kyselytointen pääasiallinen oikeutusperusta liittyy nähdäkseni aiemmin selostetulla tavoin juuri vetoamisvelvoitteen ja prekluusionormien haittavaikutusten lieventämiseen. Saatetaan perustellusti ajatella, että kyselytoiminnan puutteelliseen juridiseen kontrolloitavuuteen liittyvä haitta on eräänlainen kustannus, joka aiheutuu osaltaan siitä, että vastapuolen oikeuksista kuten kuulemisoikeudesta ja perusteettomien kustannusten torjumisesta pyritään huolehtimaan vetoamisvelvoitteen ja prekluusiouhan avulla. Asianosaisten intresseille aiheutuvat hyödyt ja haitat ovat tässäkin mielessä vastaavuussuhteessa, kun tarkastellaan ns. laillisen oikeudenkäyntiaineiston yhtäältä rajaamiseen ja toisaalta turvaamiseen liittyvien normien vaikutusta.

Ongelman kaksisuuntaisuus

Tuomarin harkintavallan vapauteen liittyvä ongelma koskee yhtä hyvin kyselytoimista hyötyvää osapuolta. Mitä takeita vetoamisvelvollisella on siitä, että tuomari todella täyttää kyselyvelvoitteensa? Liittyykö kyselyvelvoitteiden lai-

[208] Ks. jakso 7.7.5.3.

minlyöntiin laillisen oikeudenkäyntiaineiston määrittymiseen tai vetoamisoikeuden säilymiseen vaikuttavia oikeusseuraamuksia? Voiko oikeutettu osapuoli vaatia tehokkaasti joidenkin oikeusseuraamusten toteutusta?

Oikeusseuraamusten tehokkuuden puutteellisuus vähentää kyselytoiminnan moraalista oikeutusta myös hyötyvän näkökulmasta katsottuna. Järkevänä johtopäätöksenä ei kuitenkaan voi olla kyselyvelvoitteen alan supistaminen. Hyötyvän näkökulmasta kritiikki kohdistuu koko laillisen oikeudenkäyntiaineiston rajaamista ja turvaamista koskevaan järjestelmään. Kyse on järjestelmän haittoja lieventävän elementin vajavuudesta.

Puutteista huolimatta jopa tuomarin vapaassa harkinnassa olevan kyselytoiminnan saatetaan uskoa edistävän ainakin jossakin määrin asianosaisen vetoamistahdon ja aineellisen oikeusturvan toteutusta. Sikäli kuin toiminta perustuu käytännössä vapaaseen harkintaan, voidaan puhua enintään ns. heikkojen oikeuksien toteutumisesta (asianosaisen intressien edistämisestä). Vahvoja oikeuksia ei asianosaiselle aiheudu, jos toiminnan perusteet ovat mielivaltaisia tai ns. tarkoituksenmukaisuusharkinnasta riippuvaisia.

> Vahvat oikeudet edellyttävät oikeusseuraamusten tehokkuutta. Asianosaisen on voitava vaatia velvoitteen sisältönä olevaa toimintaa (palvelusta) tai ainakin tehokkaasti (suojattuja oikeuksiaan korjaavalla tavoin) reagoida velvoitteen laiminlyöntiin (ks. edellä jakso 7.3).

7.7.5.3 Vaara lisäkustannusten aiheutumisesta

Silloin kun kyselytoimet johtavat oikeusriidan kohteen laajenemiseen, vetoamisvelvollisen vastapuolelle saattaa aiheutua lisäkustannuksia. Loukkaako lisäkustannusten aiheutuminen vastapuolen oikeuksia? Vastaus riippuu nähdäkseni osaltaan uuden aineiston relevanssista.

Jos tutkittavaksi tulevat lisänäkökohdat selvästikin ovat jutun lopputuloksen kannalta vaikutuksellisia, tarpeen taloudelliseen lisäpanostukseen voidaan tuskin sanoa tyypillisesti loukkaavan asianosaisen oikeuksia. Kyselytoimet saatetaan tällöin perustella niiden ratkaisun oikeellisuutta edistävällä vaikutuksella.[209] Aiemmin selostetulla tavoin vetoamisvelvollisen vastapuolella ei toisaalta ole erityistä oikeutta menettelylliseen etuun, jonka menettämisestä aiheutuvia kuluja tulisi pitää hänen oikeuksiaan loukkaavina. Lisäksi voidaan sanoa, että asianosaisen tulisi jo ennalta varautua asiassa merkityksellisten tosiasiaväitteiden mahdolliseen esille tulemiseen oikeudenkäynnin myöhemmissä vaiheissa. Uusi tosiasiaväite on harvoin reaalimaailman pohjalta täydellinen yllätys, jos väite sinänsä on paikkansa pitävä. Tämä on näkökohta, johon usein viitataan prekluusion tueksi.[210]

---

[209] Kyselytoimille on tällöin perusteltu syy, eivätkä ne tässä mielessä ole ”tarpeettomia”.

[210] Toteamalla, että asianosaisen on osattava lähtökohtaisesti jo valmistelun aikana yhtäältä vedo-

Näin ollen asianosaiselle ei voida ainakaan lähtökohtaisesti myöntää oikeutta vastustaa sellaisten kulujen syntyä, jotka ovat välttämättömiä oikean ratkaisun saavuttamista ajatellen.

Useimmiten uusien tosiasiaväitteiden vaikutuksellisuudesta konkreettiseen oikeusriitaan ei kuitenkaan ole täyttä varmuutta. Tällöin lisäkustannusten aiheutumista saatetaan tarkastella vastapuolen oikeuksien näkökulmasta. Olisiko viranomaisen puolelta asianosaisen oikeuksia loukkaavaa aiheuttaa kyselyjen kautta hyötyvän vastapuolelle lisäkustannuksia, jos tointen hyödyllisyys ajatellen oikean ratkaisun edellytysten kohenemista on epävarma?

Ongelmaan ei nähdäkseni ole yksiselitteistä vastausta. Hävinneen osapuolen pääasiallinen kuluvastuu vähentää kuitenkin olennaisesti tarpeettomien lisäkulujen ongelmaa. Jos vastapuoli lopulta voittaa jutun, vetoamisvelvollinen korvaa kulut. Kaikissa tapauksissa hävinneen kuluvastuun toteutuminen ei tosin ole varmaa.

> Vetoamisvelvollisen maksettavaksi jäävät lisäkulut eivät pääsääntöisesti aiheuta ongelmia hänen oikeusturvansa kannalta, sillä vastuu lopullisesta vetoamislausumasta voidaan hyvin asettaa vetoamisvelvollisen kannettavaksi.

Epävarmuusriskin piiriin lukeutuu toisaalta myös epävarmuus siitä, johtavatko kyselytoimet lopulta aineellisesti oikeaan vai peräti virheelliseen lopputulokseen. Nähdäkseni voidaan uskoa, että kyselyt useimmiten todella edistävät oikean ratkaisun edellytyksiä. Jopa vaikutuksen suuntaa koskeva epävarmuus perustelee kuitenkin osaltaan määrättyä varovaisuutta. Asianosaiskulujen kasvu saattaa toisaalta olla kyselyjen ainoa merkityksellinen seuraamus.

Poikkeuksellisesti lienee kuitenkin otettava lukuun myös se mahdollisuus, että jopa oikeaan ratkaisuun johtavia kyselytoimia saatettaisiin pitää vastapuolen oikeutettuja intressejä loukkaavina. Esimerkiksi prosessin myöhäisessä vaiheessa esille tuleva uusi faktaperuste voisi johtaa merkittävään lisätodisteluun. Jos vielä riitaintressi olisi asianosaisten olosuhteisiin nähden vähäinen, lisäkustannusten aiheutumista voitaisiin pitää maksuvelvolliseksi joutuvan kannalta kohtuuttomana.

Tässä esitetty tarkastelu johtaa näkemykseen, jonka mukaan vetoamisvelvollisen vastapuolelle aiheutuvien lisäkustannusten riskille on perusteltua myöntää kyselytointen laajuuteen vaikuttavaa merkitystä, joka tulisi arvioida tapauskohtaisesti. Riskin saaman painoarvon tulisi olla riippuvainen kahdesta pääasiallisesta näkökohdasta, (i) vaihtoehtoisen faktaperusteen (tai vetoamisvelvoitteen kohteena olevien tosiasiaväitteiden) menestymisen ennusteesta ja (ii) vetoamisvelvollisen vastapuolena olevan asianosaisen maksettavaksi lopulta jäävien li-

---

ta kaikkiin vaihtoehtoisesti relevantteihin seikkoihin ja toisaalta ilmoittaa kaikki näytön arvioinnin kannalta tarvittava todistelu. Ks. *Lindell* 1993 s. 312, jossa suhtaudutaan varauksellisesti prosessitaloudellisiin syihin perusteena aiheen pätevyydelle; vrt. myös *Leppänen* 1998 s.372.

säkustannusten määrästä. Myös tämä viimeksi mainittu olosuhde joudutaan arvioimaan verrattain karkeiden päälinjojen mukaan.

> Huomattakoon, että myös aineellisesti oikeutetulla taholla saatetaan nähdä oikeus tarpeettomien kulujen välttämiseen tai kustannustehokkaaseen prosessointitapaan. Vetoamisvelvoitteiden ankaruus on omiaan aiheuttamaan asianosaiskulujen kasvua.[211] Tämä johtuu siitä, että erityisesti vetoamisvelvoitetta täydentävä prekluusiouhka pakottaa asianosaisen perusteellisiin vetoamislausumiin jo alkuvaiheesta lähtien.
>
> Tehokas kyselyvelvoite lieventäisi prekluusion uhkaa tai yleensäkin uhkaa siitä, että jokin asiaan selvästi vaikuttava faktaperuste jäisi huomioon ottamatta. Siksi asianosaisen oikeus kustannustehokkuuteen saatetaan nähdä periaateluonteisena argumenttina kyselyvelvoitteiden puolesta. Näkökohdan vaikutus (ja argumentaation suunta) riippuu po. konkreettisesta soveltamistilanteesta.

7.8 AINEELLINEN PROSESSINJOHTO – TUOMARIN VAPAATA HARKINTAA VAI OIKEUDELLISESTI SIDOTTUA TOIMINTAA?

7.8.1 Johdanto

Missä määrin tuomarilla on velvollisuus ja missä määrin ainoastaan oikeus harjoittaa kyselytoimintaa? Onko prosessinjohdossa kyse ylipäätänsä velvollisuudesta vai antavatko säännökset tuomarille valtuuden harkita vapaasti tarvittavien tointen laajuuden? Jos kyse on velvollisuudesta, niin ulottuuko tuomarin kyselyvelvollisuus yhtä laajalle kuin kyselyoikeus?

Entä mitä oikeusseuraamuksia velvoitteiden laiminlyönneistä saattaisi seurata? Kysymys prosessinjohtonormien velvoittavuudesta ja mahdollisten velvoitteiden laadusta on jäänyt oikeuskirjallisuudessa verrattain vähäiselle huomiolle.

> Mistä tämä johtuu, on vaikea ryhtyä arvailemaan. Eräänä syynä tähän saattaisi olla yleinen tavoitehakuinen, sääntelyn yleisiä tavoitteita silmällä pitävä ajattelutapa.

Oikeuskirjallisuus on omaksunut käyttöön termin *kyselyoikeus*. Termiä *kyselyvelvollisuus* näkee harvemmin. Tästä ei suoraan pidä tehdä sellaista johtopäätöstä, että prosessinjohto olisi ymmärretty toimintana, jota tuomari saattaisi harjoittaa vapaan harkintansa mukaisesti. Toiselta puolen terminologia epäilemättä heijastelee jotakin siitä, kuinka velvoittavuuden luonteeseen tai mahdol-

---

[211] Tästä näkökohdasta huomauttaa jo *Ekelöf* (1979 s. 275).

listen laiminlyöntien seuraamuksiin on suhtauduttu.

Yleisesti ottaen kyselytoimintaa, terminologiasta huolimatta, on pidetty tuomarin velvollisuutena.[212] Mutta mitä velvollisuudella on lähemmin tarkoitettu? Seuraavassa asiaa tarkastellaan ensin oikeuskirjallisuuden ja sitten oikeuskäytännön valossa. Aluksi on kuitenkin aiheellista hahmotella lyhyesti joitakin perusvaihtoehtoja sen suhteen, mitä kyselytoiminnan oikeudellisella sidonnaisuudella saatettaisiin ymmärtää.

7.8.2 Mitä harkinnan oikeudellisella sidonnaisuudella saatettaisiin tarkoittaa?

Tuomioistuimelle on aiemmin selostetulla tavoin luovutettu melko laajoja prosessinjohtoon kuuluvia valtuuksia. Niiden käyttöön liittyvät velvollisuudet olisi mahdollista ymmärtää niin väljinä, että tuomarille aiheutuisi lähinnä velvollisuus huolehtia määrättyjen yleisten tavoitteiden edistämisestä. Yksittäisissä ratkaisuissa tuomarilla olisi kuitenkin vapaa harkintavalta. Ainakaan tässä tapauksessa asianosainen ei olisi se oikeutettu taho, joka saattaisi esittää laiminlyönteihin pohjautuvia vaatimuksia.

Tuomari saattaisi toisaalta olla sidottu konkreettisissa, yksittäisissä prosessinjohtoon kuuluvissa toimissa. Tällöin saatetaan ajatella, että valtuuksien käyttöön sisältyisi joko suppeampi tai laajempi vapaan harkinnan alue. Tai toiminta saatetaan ajatella kokonaisuudessaan oikeudellisesti sidotuksi.

Asianosaisen näkökulmasta merkitystä on sillä, ajateltaisiinko mahdollisiin laiminlyönteihin liittyvän tehokkaita oikeusseuraamuksia. Asianosaisella saatettaisiin ajatella olevan oikeus odottaa tuomarilta määrätynlaista toimintaa. Näin tehtäessä tuomarin velvoitteet tulisi voida liittää asianosaisella oleviin vastaaviin oikeuksiin.

Jotta asianosaisella saatettaisiin katsoa olevan ns. vahvoja (tai tehokkaita) oikeuksia, kyselyvelvoitteita aiheuttavia olosuhteita pitäisi voida konkretisoida. Muussa tapauksessa asianosaisen olisi mahdotonta vaatia toteutettavaksi kyselyvelvoitteiden tarjoamaa oikeussuojaa. Mieluiten tuomarille velvoitteita aiheuttavia olosuhteita tulisi voida tunnistaa muissakin kuin vain kaikkein selvimmissä tapauksissa.[213]

---

[212] Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 31; *Virolainen* 1988 s. 435; *Lappalainen* 1986 s. 408 alav. 57 verr. s. 422; *Ekelöf* TSA 1962 s. 220.

[213] Oikeuksista saatetaan puhua hyvinkin heikossa merkityksessä, edellyttämättä vaikkapa mahdollisuutta oikeussuojan toteutukseen. (Vrt. kyselytoimintaa oikeuksien teorioiden valossa käsittelevä jakso 7.3.)

7.8.3 Harkinnan sidonnaisuus oikeuskirjallisuuden valossa

Kotimaisen ja pohjoismaisen oikeuskirjallisuuden valossa tuomarille ei ajatella luovutetun täysin vapaata harkintavaltaa, vaan velvollisuus ulottuisi konkreettisiinkin ratkaisuihin.[214] Kuitenkin prosessinjohtoon kuuluviin valtuuksiin nähdään sisältyväksi vapaan harkinnan alue. Lappalaisen mukaan kyselytoiminnan reuna-alueilla kyse on oikeudesta. Koska kyselyoikeuden käytölle ei voida asettaa tarkkaa rajaa, ei reuna-alueella ole syytä puhua velvollisuudesta. Siksi on epäilyksenalaista, muodostaako uusien vaatimusten tai tosiseikkojen selvittämistä koskeva laiminlyönti perusteen palauttaa juttu uudelleen käräjäoikeuden käsiteltäväksi. Sen sijaan laiminlyönti epäselvien ja epätäydellisten vetoamisten selvittämisessä olisi palautusperuste.[215]

Virolainen katsoo, että tuomarilla saattaisi olla velvollisuus kyselytoimiin vielä silloin, kun on selvitettävä ”uusia” mutta ”oikeudenkäyntiaineistoon sisältyviä” tosiseikkoja. Tuomarilla olisi velvollisuus selvittää vetoamistarkoitus asianosaisen ”mainitsemiin” seikkoihin edellyttäen, että asia on asianosaisen lausuman perusteella epävarma.[216]

Lähinnä velvollisuuden ja oikeuden raja näyttäisi siis asetetun yhtäältä epäselvien ja epätäydellisten vetoamislausumien selventämisen ja toisaalta sisällöllisesti puutteellisten tointen täydentämisen välille. Jos kyse on uudesta aineistosta, velvollisuus riippuisi siitä, voitaisiinko perusteellisen käsittelyn vaatimuksen katsoa täyttyvän ilman kyselytoimia.[217]

Myös Ovaskainen toteaa kyselytointen kuuluvan tuomarin velvoitteisiin.[218] Toiselta puolen tuomarin harkinnalle täytyy prosessin monimuotoisuudesta johtuen jättää huomattava sija.[219] Vaikka Ovaskainen painottaa kyselytoiminnan ulottuvuuden tarkan määrittämisen tärkeyttä, hän ei tarkastele sitä, mihin asti kyselytoimia koskeva velvollisuus ulottuisi, vaan ennemminkin sitä, milloin kyselytoimet eivät enää olisi sallittuja.

---

[214] Ks. esimerkiksi *Virolainen* 1988 s. 435 ss. Tätä näkemystä tukee se, että esimerkiksi prosessinjohdon laiminlyönnin, ainakin periaatteessa, katsotaan olevan asianosaisen käytössä oleva muutoksenhakuperuste.

[215] Ks. *Lappalainen* 1986 s. 386 alav. 6, vrt. s. 408 alav. 57.

[216] Ks. *Virolainen* 1988 s. 257–258.

[217] Ks. *Lappalainen* 1994a s. 121–122; *Skoghoy* (2001 s. 714) katsoo, että tuomioistuimella ei voi ”pääsääntöisesti” olla velvollisuutta harjoittaa vetoamatta jääneisiin faktaperusteisiin kohdistuvaa prosessinjohtoa. *Smith* (2000 s. 129) saattaa olla poikkeavalla kannalla, sillä hän korostaa olevan epätoivottavaa, jos riita-asiassa päädyttäisiin virheelliseen lopputulokseen siitä syystä, että asianosainen tai hänen avustajansa ei ole huomannut soveltuvaa oikeusnormia tai osaa merkityksellisistä faktaolosuhteista.

[218] Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 31.

[219] *Ovaskainen* 1989 s. 51.

> Laukkanen tarkastelee lähinnä sitä, milloin tuomari ”saa” ryhtyä kyselytoimiin.[220] Laukkaselle keskeinen erottelu tehtävien jaon ja vastuunjaon välillä näyttää ohittavan tässä tarkasteltavan kysymyksen siitä, onko tuomarilla oikeudellista vastuuta tosiasia-aineiston esiin tulosta.

Näkemys velvoitteiden ulottumisesta konkreettisiin ratkaisuihin ei kuitenkaan ole ollut täysin yksimielinen. Niinpä Lindell katsoo, ettei tuomioistuimella tulisi olla velvollisuutta tosiasiaväitteitä selventäviin tai täydentäviin kyselytoimiin. Tämä johtuu siitä, että vastuun oikeudenkäyntiaineiston esille tuomisesta tulisi olla asianosaisilla. Lindell pelkää jopa ns. selventävien kyselytointen, jos ne ymmärretään tuomarin velvollisuuksina, sotkevan asianosaisten ja tuomarin välisen työnjaon ja prekluusiojärjestelmän toimivuuden.[221]

Pelkoa voitaneen pitää voimakkaasti liioiteltuna. Prekluusion kannalta olennaista on asianosaiseen kohdistuva uhka. Asianosaisen on rationaalista suhtautua uhkaan vakavasti riippumatta mahdollisista kyselyvelvoitteista. Kyselyvelvoitteiden konkretisoitumiseen liittyisi joka tapauksessa vakavia epävarmuustekijöitä. Niiden vuoksi asianosaisten ei voida uskoa käytännössä kovin helposti luottavan kyselytoimintaan. Uhkaa pahentavat asianosaisen näkökulmasta monet itse prekluusion edellytyksiin ja toisaalta vetoamisvelvoitteiden täsmälliseen sisältöön liittyvät epävarmuustekijät. Koko problematiikan ei voida uskoa olevan helppoa edes tuomioistuimelle itselleen. Keskustelun avaaminen tuomioistuimen vastuusta tosiasia-aineiston esiin tuomisessa ei näin ollen vielä merkitse prekluusiouhan mitätöintiä.

> Sovellettavaksi tulevia oikeusohjeita koskeva informatiivinen prosessinjohto sitä vastoin lukeutuu Lindellin mukaan tuomarin velvollisuuksiin.[222]

Prekluusion estyminen onkin keskeinen näkökohta tarkasteltaessa laiminlyöntien mahdollisia konkreettisia oikeusseuraamuksia. Jos laiminlyönti on epärelevantti prekluusion kannalta, on vaikea ajatella, mitä oikeusvaikutuksia laiminlyöntiin ylipäänsä voitaisiin liittää.

Saksalaisessa keskustelussa kysymys tuomarin prosessinjohtovaltuuksien käytön oikeudellisesta sidonnaisuudesta on ollut enemmän esillä kuin pohjoismaissa. Yleisimmän näkemyksen mukaan tuomarin käytössä on laajahko vapaan harkinnan alue. Säännöksissä mainittaisiin ainoastaan selonteko- ja neuvontavelvollisuuden asettama vähimmäisvaatimus. Sallitun kyselytoiminnan rajat ovat tuomarin puolueettomuusvaatimuksessa.[223] Toisen näkemyksen mukaan oi-

---

[220] Ks. esimerkiksi *Laukkanen* 1995 s. 253.
[221] Ks. *Lindell* 1993 s. 210.
[222] Ks. *Lindell* 2012 s. 298–299.
[223] Sanottu koskee siis sekä tosiasioita että juridiikkaa koskevaa neuvontaa (ZPO 139 §) ja yllättävien ratkaisujen kieltoa (entinen ZPO 278 §, nykyinen ZPO 139 (2) §).

keus ja velvollisuus kyselytoimiin ovat kuitenkin ulottuvuudeltaan yhtä laajoja. Ne ovat kumpikin vastaavuussuhteessa puolueettomuusvaatimuksen kanssa.[224]

Molemmat näkemyksistä siis viittaavat puolueettomuusvaatimukseen toiminnan uloimpana rajana. Kyselynormien velvoittavuutta korostavan näkemyksen mukaan puolueellisuus vain tulee herkemmin vastaan.

Syntyy vaikutelma, että oikeudellista sidonnaisuutta painottaviin näkemyksiin liittyy usein suppeampi yleinen näkemys kyselytoiminnan ulottuvuudesta verrattuna niihin kirjoittajiin, joiden mukaan toiminta on osin tuomarin vapaassa harkinnassa. Tästä kertoo osaltaan se, että esimerkiksi Stürner katsoo, että vapaata harkintavaltaa ei tulisi sallia juuri kyselytointen uloimmalla alueella, kun kyse on asianosaisen aktivoinnista uusiin tosiasiaväitteisiin.[225] Samaa mieltä on Laumen.[226] On pääteltävissä, että ns. selventävien kyselytointen osalta tuomarille sitä vastoin saatetaan sallia vapaata harkintaa.

> Pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa on totuttu ajattelemaan, että vapaan harkinnan alue sijaitsee kyselytoiminnan reuna-alueilla.[227]
>
> Viimeksi mainittu ajattelutapa on epäilemättä monessa suhteessa luontevampi. Mahdoton ei kuitenkaan ole myöskään Stürnerin ja Laumenin painotus. Kyselytointen oikeudelliseen kontrolloitavuuteen liittyy kiistattomia ongelmia riippumatta siitä, liikutaanko toiminnan ydin- vai reuna-alueella. Selityksenä lienee juuri näkökulma, josta toiminnan uloimpien rajojen määrittely on erityisen tärkeää. Todettakoon silti, että Laumenin yleinen asennoituminen kyselytoimiin on huomattavan myönteinen.

Taustalla saattaa olla oletus käytännön vaikeudesta normeerata kyselytoimintaa. Jos kyselytoimiin on suhtauduttu myönteisesti, on johtopäätöksenä kenties ollut vapaan harkintavallan myöntäminen.

Erityispiirteenä pohjoismaiseen ajattelutapaan verrattuna näyttää olevan myös huomattavan pidättyvä suhtautuminen suoriin kyselytoimiin, siis toimiin, jotka kohdistuvat tosiasia-aineistoon (tosiasiaväitteisiin). Sitä vastoin korostetaan oikeudellista neuvontavelvollisuutta. Viimeksi mainittu saattaa käytännön tasolla toimia keinona tai ainakin johtaa oikeudenkäyntiaineiston laajentamiseen. Usein tähän mahdollisuuteen kuitenkin suhtaudutaan hyväksyvästi.

> Esimerkiksi Laumenin mukaan neuvontavelvoitetta tulisi toteuttaa siten, ettei asianosaista innosteta suoraan uusiin asiaväitteisiin, vaan ”oikeusjärjestyksen ja vedotun asia- ja riita-aineiston arviointiin”. Tällainen oikeudellisen arvioinnin julki tuominen ei vaikuta ”välittömästi” asianosaisten muodolliseen voimatasapainoon.[228]

---

[224] Ks. *Laumen* 1983 s. 276; *Stürner* 1982 s. 29; *Jauernig* 2003 s. 95.
[225] Ks. *Stürner* 1982 s. 29
[226] Ks. *Laumen* 1983 s. 276.
[227] Vrt. *Lappalainen* 1986 s. 386 alav. 6; *Ovaskainen* 1989 s. 51.
[228] Ks. *Laumen* 1983 s. 276–277.

Pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa Lindell korostaa voimakkaastikin juuri oikeudellisia tulkintoja koskevaa tuomarin informaatiovelvollisuutta. Perusteluna on ennen kaikkea näkemys, ettei asianosaisten yhteistä olettamusta normien sisällöstä ole lupa sivuuttaa.[229] Kun sellaiset tulkinnat, joita kumpikaan osapuoli ei ole tuonut julki, saattaisivat potentiaalisesti olla yhteisesti oletetun vastaisia, informaatiovelvollisuus ulottuu tätä kautta varsin laajalle.

> Ruotsissa tai Suomessa ei tunnetusti ole säännöstä, joka kieltäisi asianosaiset yllättävät oikeudelliset tulkinnat. Ruotsissa tällaista osittain muistuttavaan oikeusohjeeseen on viitattu parissa ennakkoratkaisussa (NJA 1996 s. 52 ja NJA 1999 s. 629). Kotimaisessa oikeuskäytännössä oikeusnormeja koskevan informointivelvollisuuden laiminlyönti on johtanut tuomion kumoamiseen. Ratkaisussa KKO 1999:107 nimittäin katsottiin, että hovioikeus ei olisi saanut soveltaa merilain mukaista laivanisännän korvausvastuuta ja korvausvastuun kanavointia koskevia säännöksiä varaamatta asianosaisille tilaisuutta lausua niistä ja esittää selvitystä siitä, ketä tapauksessa oli pidettävä laivanisäntänä.[230] Kahdessa uudemmassa kotimaisessa ratkaisussa (KKO 2005:69 ja KKO 2007:52) katsottiin, että tuomioistuimen olisi pitänyt informoida siitä, kuinka todistustaakka asiassa jakautui.

Näkemys konkreettisten ratkaisujen (ainakin osittaisesta) oikeudellisesta sidonnaisuudesta on perusteltu. Prosessinjohtoon kuuluvilla toimilla on verrattain suora vaikutus oikeusriidan sisällölliseen ratkaisuun, eikä asianosaisten oikeusturvan kannalta näin keskeisen toiminnan voida ajatella kuuluvan täysin vapaan harkinnan piiriin.

7.8.4 Sisältyykö prosessinjohtovaltuuksiin vapaata harkintaa?

Historiallisesti oikeuskirjallisuudessa esitetty näkemys, jonka mukaan prosessinjohtoa koskevan velvollisuuden alue ei ulotu uusiin tosiasiaväitteisiin, liittyy prosessinjohtosäännösten aikaisempaan sanamuotoon. Osittain kyse on ollut ns. täydentävää prosessinjohtoa koskeneen säännöksen luokittelusta fakultatiiviseksi normiksi.[231] Toisaalta velvoittavaksi luokiteltu prosessinjohtosäännös

---

[229] Ks. *Lindell* 2012 s. 298–299.

[230] Tapauksessa hovioikeus oli hylännyt laivan kapteeniin kohdistetun vahingonkorvausvaatimuksen ennenaikaisena vastuun kanavointia koskevan säännöksen (merilain 7:1.1) perusteella. Korkeimman oikeuden mukaan hovioikeuden olisi pitänyt ottaa keskusteltavaksi säännösten mahdollinen soveltuminen juttuun.

[231] Ks. esim. *Virolainen* 1988 s. 104–105; Vastaavasti ks. *Ekelöf* TSA 1962 s. 220. Säännösten sanamuodosta johtuen tuomarilla on Virolaisen mukaan kyselyvelvollisuus ainoastaan selventävän ja muuntavan funktion osalta. Rikastavan tai informatiivisen tehtävän osalta velvollisuutta ei ole. Jaottelussa fakultatiivisiin ja obligatorisiin säännöksiin ns. täydentävään prosessinjohtoon valtuuttavat säännökset ovat fakultatiivisia. Ne eivät velvoita tuomaria.

(OK 14:4) on ollut sanamuodoltaan heikko, velvoittaessaan tuomarin huolehtimaan ”asian perusteellisesta käsittelystä”.

Nykyiset säännökset (OK 5:21 ja OK 6:2a) on kirjoitettu sanamuodoltaan velvoittavaan asuun. Säännösten sanamuotoon näkemystä harkinnan vapaudesta ”täydentävien” kyselytointen alueella ei voida perustaa.[232]

> Muutoinkin luokittelun merkitys voidaan kyseenalaistaa. Ei voida hyväksyttävästi katsoa, että osa säännöksistä (lähinnä sanamuodosta riippuen) sisältää vain valtuutuksen vapaasti harkittaviin ratkaisuihin. Toiselta puolen tällaista merkitystä ei olisi syytä antaa lähinnä sanamuotoon nojautuvalle luokittelulle. Jo yleinen oikeuslähdeoppi puhuu tällaista näkemystä vastaan. Tuomarin toimintaa ohjailevat normit tuskin poikkeavat tässä suhteessa luonteeltaan muista oikeusnormeista.[233]

Näkemys oikeudellisesti vapaan harkinnan alueesta saattaisikin perustua lähinnä kyselysäännösten tulkinnanvaraisuuteen. Toisaalta se voisi perustua niihin käytännön vaikeuksiin, joita on odotettavissa, kun säännöksen merkitystä pyrittäisiin konkretisoimaan.

Vaikka valmistelua koskeva säännös (OK 5:21) velvoittaa tuomioistuimen huolehtimaan siitä, *että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota*, tämä velvoite näyttää liiankin laajalta ulottuvuudeltaan. Tehtävä on mahdoton toteutettavaksi kirjaimellisesti. Kaikkia mahdollisia vetoamisperusteita on käytännössä mahdotonta varmistaa.[234]

Säännös vaikuttaa jopa ohjelmalliselta. Se ilmoittaa ainoastaan tavoitteen ja keinon, jolla tavoitteeseen pyritään, ei sitä vastoin kriteerejä, joista olisi apua konkreettisessa soveltamistilanteessa. Niinpä hyvinkin perustaviin epäilyksiin saattaisi olla aihetta.

> Hydénin normiluokituksessa säännös muistuttaa sanamuotonsa perusteella enemmän ns. tavoite–keino-normia kuin velvollisuusnormia.[235]

Pääkäsittelyä koskeva säännös (OK 6:2a) sitä vastoin sisältää avoimen tunnusmerkin velvoittaessaan tuomioistuimen huolehtimaan siitä, että asia tu-

---

Täydentäviin kyselytoimiin ei siis ole ainakaan ”selvää toimimisvelvoitetta”. Joissakin tapauksissa asian perusteellista selvittämistä koskeva säännös (OK14:4) saattaa kuitenkin asettaa velvollisuuden rikastavaan tai informatiiviseen prosessinjohtoon. Ks. *Virolainen* 1988 s. 105.

[232] Tällaista rajausta ei voida tehdä edes pääkäsittelyn osalta, vaikka OK 6:2 a §:ään on otettu juuri OK 14:4:n yleinen muotoilu ja vaikka siinä mainitaan asianosaisen lausumien epäselvyydestä tai epätäydellisyydestä. Ks. tämän johdosta jakso 8.6.1. Myös pääkäsittelyn aikana kyselyvelvollisuus voi ulottua kokonaan vetoamislausumien ulkopuolelle jääneisiin faktaperusteisiin.

[233] Huomattakoon, että myös Ekelöf katsoo, ettei fakultatiivisuus merkitse velvoittavuuden puuttumista kokonaan. Ks. *Ekelöf* TSA 1962 s. 220.

[234] Lisäksi säännös velvoittaa huolehtimaan OK 5 luvun 19 §:ssä säädettyjen tavoitteiden toteutumisesta.

[235] *Hydén* 1978 s. 22–24. Ks. luokituksen johdosta *Tuori* 1990 s. 18.

lee perusteellisesti käsitellyksi. Avoimena ilmauksena saatetaan pitää myös velvoitetta selventää kysymyksin ”epäselväksi tai epätäydelliseksi” havaittua asianosaisen esitystä.

Sääntelyn väljyys johtuu merkittävältä osin siitä, ettei kyselytoimintaa ole erityisen helppo ohjata normein. Yksityiskohtainen sääntely olisi mahdotonta, ellei kyselytoimintaa sitten lähestulkoon kiellettäisi.

Käytännön näkökulmasta ajatukseen kyselytoiminnan oikeudellisesta sidonnaisuudesta liittyy erityisiä ongelmia. Kun prosessinjohtoon kuuluvia ratkaisuja (kuten useimmiten muitakaan ns. käsittelyratkaisuja) ei perustella, niihin vaikuttaneiden tekijöiden selvittäminen on jälkikäteen hankalaa. Toisekseen tuomarin ei tarvitse pohtia ratkaisunsa perusteltavuutta samalla tavoin kuin vaikkapa aineellisoikeudellisten ongelmien kohdalla. Tässä suhteessa kyselyratkaisut poikkeavat myös prekluusioratkaisuista. Kyselytoimiin ei myöskään useimmiten liity erillistä ratkaisuharkintaa, vaan ne saatetaan tehdä verraten spontaanisti.

Mikäli tuomari ylittäisi toimivaltansa, muutoksenhaun asianosaisten oikeuksiin ulottuvat vaikutukset näyttäisivät epätodennäköisiltä. Kyselytoimista hyötynyt asianosainen voisi tuskin menettää vetoamisoikeuttaan vain tuomarin tekemän virheen takia.

Ennen kaikkea prosessinjohtoon kuuluvat ratkaisut ovat voimakkaasti tilannesidonnaisia. Tämä näkökohta vielä korostuu oikeuskirjallisuuden kyselytoimille esittämissä kriteereissä. Niissä painottuvat muun muassa asianosaisten vetoamislausumista ilmenevä vetoamistarkoitus ja kyselytointen kulloisetkin prosessitaloudelliset vaikutukset. Tilannesidonnaisuus heikentää jälkikäteisen kontrollin mahdollisuuksia, esimerkiksi ennakkopäätösten kautta.[236] Ratkaisujen kannalta olennainen aineisto ei myöskään säily muuttumattomana, eivätkä oikeudenkäynnin aikaiset olosuhteet tule kaikilta osin dokumentoiduiksi.

Pitääkö siis päätellä, että tuomarille on tarkoituksellisesti delegoitu vapaasti harkittavia valtuuksia, jotta oikeudenkäyntimenettely voisi muodostua mahdol-

---

[236] Tuomarin toiminnan oikeudellinen arviointi on usein tässä suhteessa yksinkertaisempaa vaikkapa silloin, kun asianosaisen kuulemisoikeus on sivuutettu kirjallisessa valitusprosessissa. Oikeuskäytännössä onkin todettu prosessinjohdon laiminlyöntejä, jos asianosaista ei ole kuultu jonkin todisteen tai asiantuntijalausunnon merkityksestä asiassa. Näissä tapauksissa asianosainen on saattanut jäädä aineiston olemassaolosta kokonaan tietämättömäksikin. Korkeimman oikeuden mukaan hovioikeus oli rikkonut kuulemisoikeutta, kun se ei ollut informoinut asianosaista viran puolesta hankkimastaan työtuomioistuimen asiantuntijalausunnosta. (Ks. KKO 1994:26.) Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä on niin ikään katsottu, että tuomioistuimen pitää varata asianosaisille tilaisuus lausua näkemyksensä viran puolesta hankkimansa tai toisen asianosaistahon oikeudelle toimittaman asiantuntijalausunnon (tai kirjallisen todistusaineiston) johdosta. Ks. tapauksia Kerojärvi v. Suomi (19.7.1995), Kuopila v. Suomi (27.4.2000), K.P. v. Suomi (31.5.2001) ja K.S. v. Suomi (31.5.2001) ja Vilén v. Suomi (17.2.2009). Velvollisuus on riippumaton siitä, vaikuttaako aineisto jutun lopputulokseen. Ks. po. oikeuskäytännön johdosta esimerkiksi *Ervo* 2004 s. 13–14 tai *Vaitoja* 2007 s. 551 alav. 33.

lisimman joustavaksi? Nähdäkseni tyydyttävin näkemys on se, että tuomarin kyselytoimintaan kuuluvien oikeuksien ja velvollisuuksien katsottaisiin ulottuvan yhtä pitkälle. Kyse on kokonaisuudessaan toiminnasta, jota saatetaan arvioida oikeudellisesti. Tuomarin tulee pyrkiä parhaaseen mahdolliseen toimintatapaan. Tässä mielessä toiminnan saatetaan sanoa olevan sidottua ainakin periaateluonteisiin normeihin.

Oikeusnormien jaottelu sääntöihin ja periaatteisiin tarjoaa keinon nähdä kyselytoiminta kokonaisuudessaan oikeudellisesti sidottuna (ks. luku 9).

On jopa tärkeää nähdä toiminta mahdollisimman kattavasti oikeudellisesti sidottuna. Aineelliseen prosessinjohtoon lukeutuvat ratkaisut ovat tosiasialliselta merkitykseltään aivan olennaisia, koska ne saattavat vaikuttaa melko suoraan oikeudenkäynnin lopputulokseen.

Samalla on aiheellista varoa perusteettomia uskomuksia toiminnan oikeudellisesta kontrolloitavuudesta. On hyväksyttävä, että kyselytoimintaa ohjaavien normien tehokkuuteen liittyy vakaviakin pulmia. Erityisesti niiden ns. ratkaisuun ohjaava vaikutus tuntuu kyseenalaiselta. Normatiivinen sidonnaisuus antaa kuitenkin ainakin mahdollisuuden jälkikäteen tapahtuvaan kontrolliin. Tyyppitilanteiden kautta saatetaan kenties hahmotella konkreettisia suuntaviivoja.

Olennaista asiassa on, millä tavoin oikeudellinen ohjaus on mahdollista. Ennen kaikkea tärkeää on kysyä, kuinka velvoitteita saatettaisiin konkretisoida.

7.9 KYSELYVELVOITTEIDEN LAIMINLYÖNNIN TAI -VALTUUKSIEN YLITTÄMISEN OIKEUSSEURAAMUKSISTA

7.9.1 Laiminlyönnin mahdollisia seuraamuksia

Prosessinjohtovelvoitteiden laiminlyönti on jo vakiintuneesti luokiteltu oikeudenkäyntivirheeksi, menettelyvirheeksi, joka voi vaikuttaa jutun lopputulokseen.[237] Tämä merkitsee muun muassa, että muutoksenhakutuomioistuin voi ottaa laiminlyönnin (tai virheen yleensäkin) huomioon viran puolesta.[238]

Laiminlyönti saattaa oikeuttaa joko tavanomaiseen muutoksenhakuun tai ylimääräiseen muutoksenhakuun, tuomiovirhekanteluun tai purun hakemiseen. Tällöin laiminlyönti siis saattaisi toimia muutoksenhaun perusteena. Edellytyksenä on, että virhe on johtanut tai sen saatetaan olettaa johtaneen virheelliseen lopputulokseen. Käytännössä kyselyvelvollisuuden laiminlyönnin perusteella

[237] *Virolainen* 1988 s. 435; *Lindell* 2012 s. 295; *Schei ym.* 2013 s. 416. Samoin Saksan oikeuden osalta esimerkiksi *Laumen* 1983 s. 231.
[238] *Virolainen* 1988 s. 437.

on kylläkin harvemmin haettu muutosta.[239]

Virhe saattaisi merkitä virkavirhettä.[240] Niinpä se nähtävästi voisi jopa aiheuttaa tuomarille vahingonkorvausvelvollisuuden.[241]

Keskeisimmät oikeusseuraamukset asianosaisen näkökulmasta voivat olla lähinnä jutun palauttaminen tai laiminlyönnin vuoksi tutkimatta jääneen seikan suora tutkiminen muutoksenhakuasteessa. Muutoksenhakua on oikeuskirjallisuudessa pidetty ainakin mahdollisena keinona saada jokin tutkimatta jäänyt tosiasia tutkituksi, jos vetoamatta jääminen on johtunut kyselytoimen laiminlyönnistä. Oikeuskäytännössäkin juttuja on saatettu laiminlyönnin vuoksi palauttaa alempaan oikeusasteeseen.

> Väiteaineiston laajuuteen liittyvien kyselyvelvoitteiden laiminlyönti on johtanut jutun palauttamiseen ratkaisuissa KKO 1993:89, 1998:117, 2002:80 ja 2011:90. Tapauksessa 2007:52 palauttaminen johtui siitä, että tosiasiat olivat jääneet kyselytointen laiminlyönnin vuoksi näytöllisesti selvittämättä.
>
> Jos jutun palauttaminen ei ole tarkoituksenmukaista, saatetaan laiminlyönnin kohteena ollut väite tai todiste tutkia suoraan kuten ratkaisuissa KKO 2012:18 tai KKO 2005:69. Viimeksi mainitussa tapauksessa otettiin korkeimmassa oikeudessa suoraan tutkittavaksi uutta kirjallista todistusaineistoa. Ratkaisua perusteltiin keskeiseltä osin prosessinjohtotointen laiminlyönnillä alemmissa oikeusasteissa.

Laiminlyönnissä saattaisi olla kyse vaikkapa jutun niin merkittävästä sotkuisuudesta, että huolellisempi valmistelu ja väitteiden yleinen selkeyttäminen edellyttäisi jutun palauttamista alempaan oikeusasteeseen. Muutoksenhakuperusteena on ajateltu voitavan vedota myös siihen, että asianosainen ei laiminlyönnin vuoksi ole voinut vedota johonkin määrättyyn tosiasiaan.[242]

Kyselytointen laiminlyönnillä saattaa kuitenkin olla vaikutuksia myös tarkasteltaessa muiden menettelyllisten instituutioiden soveltumisedellytyksiä. Sellainen on prekluusio, jonka soveltumiseen laiminlyönnillä nähdäkseni on vaikutusta. Laiminlyönti voisi vaikuttaa arvioitaessa, onko asianosaisella ollut ns. pätevä syy olla vetoamatta määrättyyn tosiseikkaan.[243] Edellä olen katso-

---

[239] Ruotsissa väitetty kyselyvelvollisuuden laiminlyönti on tutkittu ylimääräisenä muutoksenhakuna ratkaisussa NJA 1987 s. 450.

[240] *Virolainen* 1988 s. 436.

[241] Ks. myös *Virolainen* 1988 s. 106.

[242] Ks. *Virolainen* 1988 s. 436. Samoin *Schei ym.* 2013 s. 416 tai NOU 2001:32 s. 709. Oikeuskäytännöstä ks. KKO 2011:90 ja 2012:18.

[243] Ratkaisussa 2012:18 vetoamislausuman selventämistä koskevan kyselyvelvoitteen laiminlyönti muodosti pätevän aiheen vedota uuteen faktaperusteeseen.

Oikeuskäytännössä laiminlyönnin vaikutusta tukevat niin ikään ratkaisut KKO 2007:52 ja 2005:69, joissa uuden todistusaineiston prekluusio estyi kyselytointen laiminlyönnin vuoksi. Korkein oikeus katsoi, että asianosaisia olisi pitänyt informoida siitä, kuinka todistustaakka tuomioistuimen käsityksen mukaan jakautui.

Huomionarvoinen on myös ratkaisu KKO 2003:4, jossa prekluusiosäännösten soveltamista päin-

nut, että laiminlyönti saattaa merkitä myös sitä, ettei asianosaiseen kohdistuvan uhan voida katsoa aktualisoituneen.

Laiminlyönnille saatettaneen antaa vastaavanlaista merkitystä tarkasteltaessa ns. väittämistaakkaratkaisun edellytyksiä. Teoriassa mahdollisena lienee mainittava myös kyselyvelvoitteiden laiminlyöntien merkitys esteellisyyden syntyyn vaikuttavana seikkana. Esteellisyys on nähty yleensä mahdollisena seurauksena liian aktiivisesta, toista osapuolta suosivasta prosessinjohdosta. Ainakin teoriassa myös kyselyvelvoitteiden laiminlyönnin lienee nähtävä mahdollisena esteellisyyden aiheuttajana.

Edellä olevan tarkastelun perusteella saatetaan esittää seuraava kaavio siitä, millaiset oikeusseuraamukset ainakin teoriassa ovat mahdollisia:

(i) tavanomainen muutoksenhaku

palauttaminen alemman oikeusasteen uudelleen käsiteltäväksi; tai tosiasia-aineiston suora tutkiminen

(ii) moittiminen / ylimääräinen muutoksenhaku

(a) muutoksenhakuperuste: tuomiovirhekantelu; purku, jos virheen havaitaan tai sen voidaan otaksua olennaisesti vaikuttaneen jutun lopputulokseen (OK 31:1, 4-k)[244]
(b) muutoksenhakuperuste: sisällölliseen virheeseen perustuva purku (OK 31:7.3 (vastaavasti rikosasiassa OK 31:8.3))[245]

(iii) laiminlyönnin saama oikeudellinen vaikutus muiden prosessuaalisten ongelmien yhteydessä

(a) prekluusion edellytysten täyttyminen: uhan aktualisoituminen tai pätevä aihe

(b) väittämistaakkaratkaisujen edellytykset

(iv) esteellisyys

(v) korvausvastuu

(vi) virkavastuu.

7.9.2 Ratkaisujen sidonnaisuudesta oikeuskäytännön valossa

Useimmista kolmeen ensiksi mainittuun ryhmään kuuluvista vaikutustavoista on olemassa jonkinlaisia esimerkkejä oikeuskäytännöstä. Kuitenkin kyselyvelvoitteita koskeva oikeuskäytäntö on ollut toistaiseksi laadullisesti varovaista tai tulkinnanvaraista. Määrällisestikin sitä saatetaan luonnehtia ohueksi. Mihin asti

---

vastoin perusteltiin osittain sillä näkökohdalla, että prosessinjohto käräjäoikeudessa oli ollut asianmukaista. Viittaus prosessinjohtoon oli kuitenkin vain yksi ratkaisuun vaikuttaneista näkökohdista.

[244] *Virolainen* 1988 s. 436; *Aalto* LM 1962 s. 594.

[245] *Virolainen* 1988 s. 436; *Aalto* LM 1962 s. 594.

kyselyvelvollisuus yltää, ajatellen vaikkapa juuri tosiasia-aineiston esille tuontia koskevaa tehtävää, siihen ongelmaan ei saada kovinkaan varmoja suuntaviivoja oikeuskäytännön pohjalta.

Oikeuskäytäntö ei kuitenkaan nähdäkseni tue näkemystä, jonka mukaan velvollisuus ei ulottuisi vaikkapa ns. täydentävän prosessinjohdon alueelle. ”Täydentävällä” prosessinjohdolla saatetaan sanoa tarkoitetun lähinnä sellaisia kyselytoimia, joilla pyritään selvittämään, olisiko asianosainen halukas vetoamaan määrättyihin tosiseikkoihin tai esittämään määrättyä näyttöä, johon asianosainen ei siihen asti ole ilmaissut vetoavansa. ”Selventävällä” prosessinjohdolla tarkoitettaisiin vastaavasti lähinnä lausuman epäselvän vetoamistarkoituksen tai tulkinnanvaraisen sisällön selvittämistä. Samoin on viitattu määrätyllä tavoin puutteellisten vetoamisten korjaamiseen. Tyypillisenä esimerkkinä viimeksi mainitusta on tapaus, jossa vetoamatta on jäänyt jokin relevanttiin tosiseikastoon sisältyvä yksittäinen fakta. Puhutaan myös oikeustosiseikan osatekijästä tai ”momentista”.[246]

> Tämä jaottelu saatetaan käsitteellisessäkin merkityksessä kyseenalaistaa, sillä päätelmät esimerkiksi sen suhteen, milloin vetoamistarkoitus on tulkinnanvarainen, ovat ilmeisen epävarmoja. Ne eivät usein liene myöskään tarkoituksenmukaisia kyselytointen edellytyksenä. Vastaavasti puutteellisten vetoamisten korjaaminen ja vetoamisten täydentäminen erottautuvat toisistaan heikohkosti jo käsitteellisessä mielessä. Tyypillisissä tapauksissa erottelu kuitenkin saatetaan epäilemättä suorittaa.

Ainakin parissa ratkaisussa kyselyvelvollisuus on ulotettu tosiasia-aineistoa täydentävän kyselytoiminnan alueelle. Selvimmät esimerkit liittyvät todistusaineistoon. Niinpä ratkaisussa KKO 2007:52 asiassa merkitykselliset tosiasiat olivat jäämässä näytöllisesti selvittämättä siitä syystä, että näyttövelvollisella asianosaistaholla oli virheellinen käsitys todistustaakan jaosta. Korkeimman oikeuden mukaan tuomarin velvollisuutena oli tämän vuoksi selvittää oma näkemyksensä siitä, kuinka todistustaakka jakautui. Juttu palautettiin alempaan oikeusasteeseen.[247]

---

[246] Selventävään tehtävään kuuluvia velvoitteita on korkeimman oikeuden mukaan laiminlyöty ainakin ratkaisujen KKO 2011:90 ja 2012:18 kohteena olleissa tapauksissa. Norjan oikeuskäytännöstä voidaan mainita ratkaisu Rt. 1983 s. 1418.

[247] Oikeuskirjallisuudessa ratkaisua on kommentoinut mm. *Saranpää* (LM 2011 s. 525–526), joka puoltaa informointivelvollisuutta käsillä olleessa tapauksessa. Jos jutussa merkitykselliset seikat ovat tuomioistuimen mielestä jäämässä vaille selvitystä, tuomioistuimen tulisi Saranpään mukaan informoida asianosaisia todistustaakan jaosta riippumatta siitä, onko asiasta osapuolten kesken erimielisyyttä tai onko tuomioistuin ehdottoman varma todistustaakkasäännön soveltuvuudesta. *Vuorenpää* (Oikeustieto 5/2007 s. 12–14 ja 2009 s. 96–97) sitä vastoin suhtautuu asiaan kriittisesti. Perusteluna on se, että aiheuttaisi vaikeita prekluusio-ongelmia, jos hovioikeus olisi taakan jaosta eri mieltä kuin käräjäoikeus. Nähdäkseni asianosaisten tiedonsaantioikeutta ei kuitenkaan pidä syrjäyttää tällaisen julkista intressiä palvelevan näkökohdan vuoksi, joka on vielä

Ratkaisun KKO 2005:69 taustalla oli vastaavanlainen tilanne. Keskeisenä perusteena uuden kirjallisen todistusaineiston hyväksymiselle korkeimmassa oikeudessa oli prosessinjohdon laiminlyönti alemmissa oikeusasteissa. Olennaista oli se, että alemmat oikeusasteet olivat nyt itsekin erehtyneet todistustaakan jakautumisesta. Nähtävästi asianosaiselle olisi kuitenkin pitänyt huomauttaa siitä, kuinka todistustaakka jakautui. Prekluusio estyi, koska prosessinjohto ei ollut korkeimman oikeuden mukaan kaikilta osin asianmukaista. Juttua ei siis palautettu, vaan korkein oikeus otti uuden todistusaineiston huomioon omassa ratkaisussaan.

Nämä ratkaisut voidaan yllä viitatuin mittapuin luokitella prosessinjohdon ”täydentävää” tehtävää toteuttaviksi, sillä kummassakin joko hyväksyttiin tai annettiin tilaisuus hankkia uutta todistusaineistoa. Vaikka asianosaistahojen virheellinen olettama kohdistui oikeudelliseen kysymykseen eli näyttötaakan jakautumiseen, tämä ei välttämättä ole ratkaisevaa ajatellen kyselytointen perusteltavuutta. Aivan pääsääntöisesti keskeisenä syynä tosiasiaväitteiden tai tosiasioita koskevan selvityksen puutteellisuuteen on tietämättömyys niiden oikeudellisesta merkityksestä.

Ratkaisun KKO 1998:117 kuvaamissa olosuhteissa kantajalle olisi pitänyt varata mahdollisuus täydentää kanteen perusteena olleita tosiasiaväitteitä.

> Ratkaisu liittyi vastaajan nostamaan takaisinsaantikanteeseen, jolla vaadittiin asiassa annetun yksipuolisen tuomion kumoamista: korkeimman oikeuden mukaan prosessin alkuperäisen kantajan vetoamista tosiseikoista ei olisi voinut seurata alempien oikeusasteiden määräämää oikeusseuraamusta, vaan kanneperuste oli yksilöity puutteellisesti. Tämän vuoksi jo käräjäoikeuden olisi tullut selvittää, mihin seikkoihin kantajan vaatimus perustui.
>
> Sisällöllisesti kyse oli siitä, että vastaajan väitettiin tulleen pesän osakkaana vastuuseen perittävän takausvelasta. Vastuu perittävän velasta edellyttää kuitenkin erityistä perustetta, jollaista kantaja ei ollut yksilöinyt.

Erityispiirteenä on nyt kuitenkin kanteen perustava puutteellisuus: kanteessa ei ollut esitetty mitään ”riittävää” faktakuvausta. Jo suoralta kädeltä saatettiin toisin sanoen todeta, ettei kanne voi johtaa menestykseen. Sen vuoksi johtopäätökset kyselyvelvollisuuden ulottuvuuden suhteen ovat varovaisia. Oikeuskirjallisuudessa tällainen perustava puute on nimittäin nähty erityistapauksena.[248]

---

kohtalaisen spekulatiivinen. Tuomarin sisällöltään virheellistä prosessinjohtotointa olisi ajatellussa tapauksessa lisäksi pidettävä prekluusion estävänä syynä.

[248] Ks. esimerkiksi *Olsson* (1964 s. 146–148), jonka mukaan kyselytoimiin on erityistä aihetta silloin, kun kanne on vedotun tosiseikaston suhteen niin yksiselitteisellä tavoin puutteellinen, että olisi helposti havaittavissa, ettei kanne voisi johtaa vaadittuun lopputulokseen. Jutun käsittely näin puutteellisten väitteiden pohjalta olisi mm. prosessitaloudelliselta kannalta epätarkoituksenmukaista. Ks. myös *Ekelöf* TSA 1962 s. 218.

Vedotun kannetosiseikaston merkittävä puutteellisuus voisi toisinaan johtaa päätelmään kannevallan puuttumisesta. Näin oli käynyt ruotsalaisessa tapauksessa NJA 2004 s. 561, jossa kanta-

> Näin ei tietysti tarvitse olla, sillä tällä tavoin varattu mahdollisuus kanneperusteiden täydentämiseen merkitsee hyvinkin konkreettista osallistumista tosiasiaväitteiden muotoiluun. Enemmänkin on sattumaa, jos puute kohdistuu juuri kanneperusteisiin ja ikään kuin niiden vähimmäisedellytyksiin. Näiden ”vähimmäisedellytysten” täyttäminen kuitenkin saattaa ratkaista prosessin lopputuloksen.

Väiteaineistoa täydentävän kyselyvelvollisuuden laiminlyönnistä mainitaan selkeästi ratkaisun KKO 2010:9 perusteluissa. Niiden mukaan käräjäoikeuden olisi pitänyt kiinnittää asianosaisen huomiota siihen, kuinka hänen vastapuolensa vaatimuksen mukainen yksittäisen sopimusehdon kohtuullistaminen vaikuttaa koko sopimuksen kohtuullisuuteen. Laiminlyöty kyselytoimi olisi toisin sanoen kohdistunut lähinnä vastaajan vaatimusten laadulliseen muuttamiseen.[249]

Eräissä ratkaisuissa (KKO 1981 II 102, 1990:148, 1998:81 ja 2008:77) asetetaan tuomarille väitteiden tulkintaa ja tosiasioiden virallistutkintaa koskevia velvoitteita. Näiden ratkaisujen merkitys kyselytoiminnan kannalta on tulkinnanvarainen. Voidaan kuitenkin hyvin perustein katsoa, että niissä on kyse asianosaisten vaatimusten oikeudellisena perusteena olevien tosiasioiden esille tuloa koskevasta vastuusta. Toisaalla olen perustellut näkemystä, jonka mukaan juuri kyselyvelvollisuus on näiden ratkaisujen noudattaman oikeusohjeen keskeistä sisältöä (ks. jaksoja 4.2.4 ja 8.8).

Ratkaisu KKO 1998:81 liittyy tapaukseen, jossa alemmat oikeusasteet olivat nähtävästi edellyttäneet, että vahingonkorvausasian vastaaja olisi nimenomaisesti vedonnut vaatimustensa tueksi siihen seikkaan, että hän oli aiheuttanut vahingon työssään. Ratkaisun perusteluissa katsotaan, että käräjäoikeuden olisi pitänyt tutkia tämän seikan merkitys ja soveltaa säännöksiä työntekijän

---

ja oli konkurssiasiassa nostanut moitekanteen pesänhoitajan jakoehdotuksen johdosta, vaatinut pesänhoitajan palkkion alentamista ja valittanut käräjäoikeuden päätöksestä hovioikeuteen. Hovioikeus jätti kanteen tutkimatta, koska kantaja ei ollut esittänyt vaatimusta, joka olisi voinut menestyä konkurssissa. Korkeimman oikeuden mukaan sellainen vaatimus oli esitetty, sillä kantaja omisti erään velkojayhtiön kaikki osakkeet. Tämä kävi ilmi kirjallisesta oikeudenkäyntiaineistosta. Korkeimman oikeuden mukaan hovioikeuden olisi pitänyt selvittää, katsoiko kantaja olleensa konkurssissa velkojan asemassa. Pesäluettelosta kävi nimittäin ilmi, että kantaja oli esittänyt konkurssin aikana vaatimuksia. Kantajalle olisi pitänyt lisäksi varata tilaisuus lausua näkemyksensä siitä, millä perusteella hän katsoi olevansa asiassa kannevaltainen.

[249] Lausuma esitetään lisäperusteluna sille miksi vastaajan sallittiin vielä hovioikeudessa vaatia koko sopimuksen julistamista pätemättömäksi. Ruotsalaisessa oikeuskäytännössä väiteaineiston täydentämistä koskeva laiminlyönti on todettu ratkaisuissa NJA 1976 s. 299 ja NJA 1978 s. 674. Ensiksi mainitussa tapauksessa alioikeuden olisi pitänyt selvittää, tahtoiko asianosainen vedota erääseen vaihtoehtoiseen vaatimukseen. Jälkimmäisessä oli kyse vetoamisesta tavaran virheeseen vaihtoehtoisena perusteena kauppahinnan palauttamista koskevan vaatimuksen tueksi. Norjan siviiliprosessilain uudistusta valmistelleessa komiteamietinnössä katsotaan, että myös uusiin tosiasiaväitteisiin kohdistuvan kyselyvelvollisuuden laiminlyönti voi olla oikeudenkäyntivirhe. Ks. NOU 2001:32 s. 709, jossa viitataan niinkin iäkkääseen korkeimman oikeuden ratkaisuun kuin Rt. 1950 s. 981.

korvausvastuun sovittelusta ja korvausvastuun kanavoinnista. Perusteluista ei kuitenkaan käy ilmi, missä kohden käräjäoikeus oli tehnyt virheen. Oliko ongelmana toisin sanoen kyselyvelvollisuuden laiminlyönti, riittävän yksilöidysti suoritetun vetoamistoimen virheellinen tulkinta vai olisiko kysymys työssäolon merkityksestä pitänyt ottaa huomioon jo viran puolesta?

Tapauksen olosuhteissa ravintolan työntekijä oli aiheuttanut vahinkoa ravintolan asiakkaalle poistaessaan asiakasta ravintolasta. Tuomioistuimen tiedossa on ollut se, että työntekijä on aiheuttanut vahingon työssään, minkä vuoksi tapaukseen näyttävät voivan soveltua mm. vahingonkorvauslain työntekijän vastuun kanavointia koskevat säännökset. Tästä syystä saatettaisiin pitää tuomioistuimen velvollisuutena huolehtia siitä, että mainitun seikan oikeudellinen merkitys voisi tulla tutkituksi, vaikka asianosainen ei olisikaan huomannut esittää asiaa koskevaa väitettä oma-aloitteisesti. (Oikeuskäytännöstä kyselytoiminnan rajojen määrittelyn kannalta ks. lähemmin jaksoa 8.8.)

7.9.3 Miten laiminlyöntejä tulisi arvioida?

Kun aiemmin on katsottu, että asianosaisella on tuomarin kyselytoimintaan kohdistuvia oikeuksia, on luontevaa katsoa, että kyselytointen laiminlyönteihin pitäisi mahdollisuuksien mukaan pyrkiä liittämään tehokkaita oikeusseuraamuksia.

Niitä tilanteita, joissa kyselyvelvoitteen laiminlyönti voisi saada oikeudellista merkitystä, saatetaan hahmotella kokoavasti seuraavaan tapaan.

(1) laiminlyönti muutoksenhakuperusteena

a) Valitus perustuu siihen, että tuomioistuimen olisi pitänyt huomauttaa asianosaista määrätyn tosiasian tai faktaperusteen relevanssista asiassa (suora kyselytoimi).

b) Tuomioistuin on yllättänyt osapuolen tai osapuolet oikeudellisella tulkinnallaan, jolloin asianosaisen ei voida edellyttää osanneen vedota määrättyyn tosiasiaan tai faktaperusteeseen (vrt. informatiivinen prosessinjohto).

c) Tuomioistuin on tulkinnut asianosaisten vetoamislausumia siten yllättävästi, että asianosaisen ei voida edellyttää osanneen vedota määrättyyn tosiasiaan tai faktaperusteeseen (vrt. informatiivinen prosessinjohto).

d) Vetoamislausumien yhteenveto (tai selvittämisprosessi) on siinä määrin sekava tai tulkinnanvarainen, että asianosaisen ei voida edellyttää osanneen vedota määrättyyn tosiasiaan tai faktaperusteeseen (prosessinjohdon yleinen puutteellisuus).

(2) prekluusioratkaisut

Yllä olevien olosuhteiden (a–d) merkitystä arvioidaan prekluusion estävänä perusteena.

(3) väittämistaakkaratkaisut

Jokin faktaperuste on tutkittu, vaikka asianosainen ei ole vedonnut siihen. Mikä merkitys tulisi antaa tuomarin kyselyvelvollisuuden laiminlyönnille tai kyselyvelvoitteiden täyttämistä koskevalle epävarmuudelle?

Tuomarin (asianosaisten vetoamislausumien selvittämisen kannalta relevantti) kyselyvelvoite saattaa kohdistua joko suoriin (a) tai epäsuoriin (b ja c) toimiin. Lisäksi laiminlyönti voisi ilmetä prosessinjohdon yleisenä epäonnistumisena, jolloin vetoamistilanne olisi yleisesti epäselvä (d).

Näkemykseni mukaan laiminlyönti ainakin saatetaan liittää vaihtoehtoisen faktaperusteen (tai yksittäisen faktaolosuhteiden) jäämiseen vetoamatta siitä riippumatta, minkä muotoinen toimi on laiminlyönnin kohteena tai ilmeneekö puutteellisuus vaikkapa vetoamistilanteen yleisenä sekavuutena. Niinpä tuomioistuimen omaksuman asianosaistahot (tai ainakin toisen heistä) yllättäneen oikeudellisen tulkinnan saatettaisiin joissakin tapauksissa nähdä vaikeuttaneen vaihtoehtoisen faktaperusteen huomaamista siten, että asianosaisen tulisi voida vedota siihen muutoksenhakuperusteena.

Mutta vastaavanlainen puute voisi kohdistua tuomarin tulkintoihin asianosaistahojen vetoamislausumien sisällöstä. On ajateltavissa, että asianosaisten perustellusta käsityksestä poikkeava lausumien tulkinta estäisi asianosaista huomaamasta asiassa (vetoamistilanne huomioon ottaen) tarpeellisia vetoamisperusteita. Asianosaiselta voisi jäädä esimerkiksi huomaamatta, että vastapuoli on (tuomioistuimen näkemyksen mukaan) vedonnut johonkin faktaperusteeseen, jolloin omat vastavetoamiset jäisivät tekemättä.

Näissä tapauksissa (b ja c) onkin ajatuksena, että tuomioistuin on laiminlyönyt velvollisuutensa informoida asianosaisia tulkintojensa sisällöstä. Lisäksi tuomarin laatima (tai suullisesti esittämä) vetoamislausumien yhteenveto (tai lausumien sisällön selvittämistä koskeva prosessi laajemminkin) on saattanut olla siinä määrin sekava tai tulkinnanvarainen (vrt. d), että tämä on vaikeuttanut asianosaisen vetoamistehtävää.[250]

Edellä tarkasteltujen kyselyvelvoitteiden laiminlyönnin tai prosessinjohtovelvoitteiden puutteellisuuksien (a–d) tulee nähdäkseni estää po. vaihtoehtoisten faktaperusteiden prekludoituminen. Jos laiminlyönti nähdään itsenäisenä muutoksenhakuperusteena, ei prekluusio voi tulla järkevästi ajatellen samanaikaisesti sovellettavaksi. (Yksistään prekluusion osalta tätä näkemystä perusteltiin jo edellä luvussa 5.)

---

[250] Näin oli ratkaisussa KKO 1998:117.

Ns. väittämistaakkaratkaisujen muodossa on kertynyt kohtalaisen runsaasti sellaista oikeuskäytäntöä, jossa vetoamisvelvollisuuden (OK 24:3) ohittaminen on johtanut muutoksenhakuasteessa siihen, että se asianosaisista, jonka eduksi jokin faktaperuste on tutkittu virheellisesti viran puolesta, onkin lopulta menettänyt vetoamismahdollisuutensa. Näissä tapauksissa virheellisen virallistutkinnan kohteena ollut faktaperuste on valitusasteessa yksinkertaisesti jätetty tutkimatta. (Ks. esim. KKO 1989:105, KKO 2006:54.)

Oikeuskäytännön valossa asianosainen voi siis todellakin tavallaan menettää vetoamisoikeutensa tuomioistuimen virheellisen menettelyn johdosta. Eihän tiedetä, olisiko asianosainen vedonnut po. faktaperusteeseen, jos hän ei olisi prosessin aikana huomannut, että faktaperuste jo on otettu tutkittavaksi. Tällainen mahdollisuus vaikuttaa jo periaatteellisesti huonosti perustellulta. Nähdäkseni on selvää, että jos tuomioistuin on ohittanut vetoamisvelvollisuuden, joudutaan tarkastelemaan sitä, liittyykö kyselytoimintaan laiminlyöntejä. Lienee kyllä katsottava muutoinkin, että liian pitkälle mennyt virallistutkinta aiheuttaisi ylemmässä oikeusasteessa ainakin lähtökohtaisesti velvollisuuden ottaa viran puolesta tutkittu faktaperuste keskusteltavaksi, jotta selviäisi, tahtooko asianosainen vedota siihen. Käytännössä juttu saatetaan joutua palauttamaan alempaan oikeusasteeseen.

Ratkaisu KKO 2011:20 on tältä osin merkityksellinen. Ratkaisun saatettaisiin katsoa sisältävän periaatteen, jonka mukaan asianosaisen ei tulisi voida menettää vetoamisoikeuttaan, jos tuomioistuimen toiminta on johtanut siihen, että asianosainen ei ole ilmoittanut todistajaa kuultavaksi tai vedonnut tosiasiaväitteeseen.

Hovioikeus oli tuomiossaan jättänyt ottamatta huomioon syytetyn hovioikeudelle toimittaman kirjallisen lausunnon, koska lausunto oli sen mukaan OK 17:11:ssä tarkoitettu yksityisluonteinen kertomus. Lausunto oli kuitenkin merkitty hovioikeuden pääkäsittelyssä laadittuun pöytäkirjaan kirjallisena todisteena. Lisäksi lausunnosta oli keskusteltu hovioikeuden pääkäsittelyn aikana. Korkeimman oikeuden mukaan todisteen vastaanottaminen ja keskustelun salliminen todisteesta oli johtanut siihen, että asianosainen oli luopunut lausunnonantajan suullisesta kuulemisesta. Koska lausunnon kohteena ollut kysymys oli kuitenkin keskustelussa tullut riidattomaksi, juttua ei tarvinnut palauttaa hovioikeuteen.

7.9.4 Sallitun ylittävän kyselytoiminnan oikeusseuraamuksista

Siitä, missä määrin sallitun ylittävät kyselytoimet ovat periaatteellinen tai käytännöllinen ongelma, on esitetty toisistaan poikkeavia näkemyksiä. Niiden mahdollisena oikeusseuraamuksena mainitaan usein tuomarin esteellisyys. Erityisesti saksalaisessa kirjallisuudessa liian aktiivisen prosessinjohdon muistutetaan aiheuttavan esteellisyyden. Uusien esteellisyyssäännösten (OK 13:7.2–3)

valossa sallitun ylittäviä prosessinjohtotoimia lienee pidettävä mahdollisena esteellisyysperusteena. Niinpä toista asianosaista yksipuolisesti suosinut tuomari saattaisi tulla esteelliseksi puolueettomuutensa vaarantumisen takia. Nähtävästi ainakin teoriassa on pidettävä mahdollisena myös syyllistymistä virkavelvollisuuden rikkomiseen.

Kyselyoikeuden ylittäminen ei sitä vastoin voine muodostaa menestyksekästä muutoksenhaun perustetta jutussa annettuun ratkaisuun.[251] Kyselytointen kautta esiin tuotujen uusien väitteiden jättäminen tutkimatta olisi nimittäin kyselytoimista hyötyneen asianosaisen kannalta täysin kohtuuton seuraamus. Asianosaista ei voitaisi mitenkään moittia kyselytoimiin ryhtymisestä. Sitä, olisiko asianosainen lopulta huomannut vedota ko. tosiasioihin ilman kyselytoimiakin, ei voitaisi juuri mitenkään enää jälkikäteen saada selville. Ainoastaan silloin, jos kyselytointen yhteydessä olisi sivuutettu vastapuolen oikeus tulla kuulluksi, juttu saatettaisiin muutoksenhaun johdosta palauttaa alempaan oikeusasteeseen. Tämä ei ymmärrettävästi kuitenkaan aiheuttaisi vedotun seikan tutkimatta jäämistä.

> Prosessinjohtotoimia ei kylläkään pitäisi suorittaa siten, ettei joku asianosaisista ole niistä tietoinen. Avoimuuden sivuuttaminen voisi periaatteessa osaltaan olla aiheuttamassa esteellisyyttä.[252]

Jos kyselytoimeen liittyisi myös prekluusiosäännösten sivuuttaminen, muutoksenhaku voinee olla tehokas. Käytännössä tämä koskee ensisijaisesti oikeusasteiden välistä prekluusiota. Käräjäoikeuden sisäisen prekluusion soveltamiskynnys on yleensäkin korkeammalla. Lisäksi on mahdollista, että saman oikeusasteen sisäisessä menettelyssä kyselytoimi olisi aiemmassa menettelyn vaiheessa ollut paikallaan.

Esteellisyysperusteen (OK 13:7.2–3) soveltamiseen kyselyvaltuuksien ylittämisen perusteella on kuitenkin suhtauduttu varovaisesti. Lain esitöissä prosessinjohto mainitaan esimerkkinä syystä, joka tavallisesti ei aiheuta esteellisyyttä. Aktiivinen ja tiukkakaan prosessinjohto ei hallituksen esityksen mukaan sellaisenaan voi aiheuttaa esteellisyyttä. Säännöksen päinvastoin todetaan edellyttävän tuomarilta aktiivisuutta perusteellisen oikeudenkäynnin toteuttamiseksi.[253]

> Virolainen ennakoi yleisen esteellisyysperusteen säätämistä toivoen, ettei se johtaisi prosessinjohdon passivoitumiseen.[254]

---

[251] Samoin *Virolainen* 1988 s. 441 ja *Aasland* TfR 1967 s. 177.
[252] Ks. myös *Laumen* 1983 s. 279–281.
[253] Ks. HE 78/2000 s. 47.
[254] Ks. *Virolainen* 1988 s. 441.

Mahdollisen esteellisyyden syntyyn nähden on merkitystä sillä, minkälaisesta prosessinjohtotoimesta seurauksiensa puolesta on puhe. Asianosaisten prosessointia rajoittavat toimet ymmärrettävästi aiheuttavat helpommin esteellisyyttä koskevia epäilyksiä. Esimerkiksi todisteiden aiheeton hylkääminen saattaisi aiheuttaa esteellisyyden. Tapanilan mukaan tällainen saatettaisiin tulkita myös Euroopan ihmisoikeussopimuksen mukaisen equality of arms -periaatteen loukkaukseksi.[255]

Prosessinjohdon toteuttamisessa on tärkeää, ettei tuomari omaksu ennakollisia kantoja vielä ratkaistavina oleviin oikeudellisiin tai näyttöä koskeviin kysymyksiin. Lopulliseksi tarkoitetun näkökannan ilmaiseminen saattaisi nimittäin osoittaa esteellisyysperusteissa OK 13:7.2:ssa tarkoitettua ennakkoasennetta.[256]

Ns. vedonlyöntioikeudenkäynteihin liittynyt ennakkoratkaisu KKO 2005:90 (ään. 3–2) on kylläkin enemmistön kannan osalta erisuuntainen tässä esitetyn näkemyksen kanssa. Tapauksessa samaan tapahtumainkulkuun perustuneet petosjutut oli pilkottu kahteen osaan. Jälkimmäisten juttujen valmistelun aloitti tuomari, joka oli ollut ratkaisemassa ensiksi käsiteltyjä juttuja. Esteellisyysväitteen johdosta tuomari oli antanut käräjäoikeudelle kirjallisen lausunnon. Ratkaisussa otettiin kantaa muun muassa siihen, osoittiko lausuma, että tuomarilla on asiassa esteellisyyden aiheuttava ennakkoasenne. Tuomari oli tässä lausumassa katsonut, että hovioikeuden ensiksi käsitellyissä jutuissa antama näyttöratkaisu sitoi käräjäoikeutta. Sitovasti olisi toisin sanoen ratkaistu, että vedonlyönnin kohteena olleet pesäpallo-ottelut olivat sovittuja.

Korkein oikeus totesi tuomarin näkemyksen epäselväksi tai virheelliseksi mutta katsoi, ettei lausunto osoittanut esteellisyyden aiheuttavaa ennakkoasennetta. Korkeimman oikeuden mukaan tuomari saattoi nimittäin vielä muuttaa käsitystään. Asiassa ilmenneet seikat eivät myöskään osoittaneet, että tuomari aikoisi kieltäytyä ottamasta vastaan uutta todistelua tai että oikeudenkäynti ei muutoin tulisi olemaan oikeudenmukainen. Vähemmistöön jääneiden oikeusneuvosten ja esittelijän mukaan ennakkoasenne oli riittävä aiheuttamaan esteellisyyden.

Nähdäkseni vähemmistön kanta on paremmin perusteltu. Enemmistön perustelujen valossa kynnys ennakkoasenteen syntyyn muodostuu varsin korkeaksi. Vaikka oikeuden puheenjohtaja ei suorastaan ollut julistanut näkemystään lopulliseksi, on vaikea ymmärtää, että kirjallisesti esitetty näkemys olisi ollut tarkoitettu muuksi kuin nimenomaan lopulliseksi kannanotoksi näyttöongelmaan. Olettama, jonka mukaan oikeuden puheenjohtaja muuttaisi näkemystään, jättää varsin laajan selittelyn varan. Sellaiseen ei olisi tarvetta, sillä epäilykset voidaan jäävääämisen kautta helposti ehkäistä. Kun vielä otetaan

[255] Ks. *Tapanila* 2007 s. 84.
[256] Ks. Tätä näkökohtaa korostaa myös *Laumen* (1983 s. 279–281).

huomioon näyttöongelmaan hovioikeustasolla kerran annetun ratkaisun tosiasiallinen vaikutus myöhemmässä prosessissa, jutun vastaajilla on ollut objektiivinen ja reaalisestikin arvioiden varsin perusteltu syy epäillä menettelyn asianmukaisuutta.

> Esteellisyyteen olisi voitu päätyä jo sillä perusteella, että oikeuden puheenjohtajan saatettiin katsoa olevan nyt ratkaisemassa ”samaa” asiaa kuin aiemmassa prosessissa (OK 13:7.2). Reaalisesti arvioiden kysymys siitä, olivatko pesäpallo-ottelut sovittuja, oli nimittäin täysin sama kuin jo kerran ratkaistu ongelma. Myös tässä kohdin enemmistön ja vähemmistön näkemykset poikkesivat toisistaan, vähemmistön pitäessä puheenjohtajaa esteellisenä myös tällä perusteella. Ainoastaan syytettyinä oli nyt eri henkilöitä.

8 Kyselyvelvollisuuden ulottuvuus oikeuskirjallisuuden ja lainvalmisteluaineiston mukaan

8.1 JOHDANTO

Tuomarin kyselytoiminta kuuluu niihin prosessioikeuden osa-alueisiin, joita koskeva sääntely on erityisen väljää. Lisäksi kyselytoimintaa koskeva oikeuskäytäntö on verrattain harvalukuista. Jos halutaan saada tarkempi käsitys siitä, miten kyselyvelvoitteisiin on oikeusyhteisön piirissä suhtauduttu, korostuu siksi oikeuskirjallisuuden ja lainvalmisteluaineiston merkitys. Oikeuskirjallisuudessa asiasta on käyty ajoittain melko vilkastakin keskustelua.

Ruotsalaisen aineiston runsaus seuraavassa katsauksessa selittyy ennen kaikkea sillä, että ruotsalainen keskustelu on historiallisessa mielessä toiminut paitsi kotimaisten puheenvuorojen vertailukohtana myös esikuvana. Ruotsalaisessa keskustelussa esitettyjä ajatuksia on siirretty kotimaiseen lainoppiin ja lainvalmisteluun joskus sellaisenaan, toisinaan taas hieman sovellettuina versioina. Tälläkin oikeudenalalla ruotsalainen lainvalmisteluaineisto selostaa verrattain laajalti lainsäädännön tavoitteita ja esittää säännösten tulkintaa koskevia suosituksia.

8.2 TARKASTELTAVIEN TILANTEIDEN KOLMIJAKO

Oikeuskirjallisuudessa nojaudutaan jokseenkin vakiintuneesti vetoamistilanteiden erotteluun, jossa kahdessa ensimmäisessä tapauksessa (1) vetoamislausuman sisältöä pidetään epäselvänä tai (2) vetoamisvelvoitteen kohteena olevista faktoista (eli yhtenä kokonaisuutena tarkasteltavista tosiseikastoista) osan katsotaan olevan vetoamatta. Kolmannessa perustilanteessa (3) jokin ajateltu vaihtoehtoinen faktaperuste (eli oikeustosiseikka) on kokonaan vetoamatta.

Jaottelun pohjana toimivat osaltaan jo Ruotsin ja Suomen yleisen prosessilain säännökset, joissa puhutaan tuomarin velvollisuudesta ”tehdä asianosaisille riitakysymysten selvittämiseksi tarpeelliset kysymykset” (OK 6:2a) ja auttaa asianosaisia (RB 43:4.2 ja RB 42:8.2), jos lausumissa on ”epäselvyyksiä tai epätäydellisyyksiä”.[1]

[1] Ks. *Ekelöf* TSA 1962 s. 215–217; *Boman* 1964 s. 28–29. Huomattakoon tosin, että kotimainen valmistelua koskeva säännös (OK 5:21.2) ei puhu ”epätäydellisestä”, vaan ainoastaan ”epäselvästä” ja ”puutteellisesta” lausumasta.

Prosessisäännösten sanamuoto sisältää toisaalta maininnan kyselyvelvoitteiden ulottumisesta vetoamatta oleviin tosiasiaväitteisiin. Puhutaanhan valmistelua koskevassa säännöksessä (OK 5:21.1) tuomioistuimen velvollisuudesta huolehtia siitä, että asianosaiset ”mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota”.

Faktaperusteita koskevan vetoamislausuman epäselvyydellä tarkoitetaan lähinnä epävarmuutta siitä, mihin tosiasioihin asianosainen on tarkoittanut vedota vaatimustensa tueksi. Epäselvyyden kohteena voidaan sanoa olevan joko asianosaisen tarkoituksen vedota johonkin ajateltuun faktaväittämään tai vetoamistarkoituksessa esitetyn lausuman asiasisältö. Ensimmäisessä tapauksessa epäselvyys siis koskee vetoamistarkoitusta, jälkimmäisessä taas lausuman sisältönä olevaa asiaintilaväitettä. Aiemmin selostetulla tavoin vetoamislausumilta edellytetään vastapuolen kuulemisoikeuden toteutuksen vuoksi nimenomaisuutta ja erityistä selkeyttä. Esimerkiksi kaikkia faktaperustetta koskevia mainintoja ei siis voida suoralta kädeltä tulkita vetoamistarkoituksessa tehdyiksi. Toisaalta joskus muukin kuin asianosaisen oma maininta saattaa antaa aiheen epäillä, että asianosaisen tarkoituksena on ollut vedota joihinkin faktaperusteisiin. Tuomarilla voi tällöin olla velvollisuus lausuman selventämiseen.

Kantaja saattaa esimerkiksi vaatia elinkeinonharjoittajalta korvausta henkilövahingosta. Kanteesta käy ilmi, että vastaajan palveluksessa oleva työntekijä on menetellyt huolimattomasti, minkä lisäksi elinkeinonharjoittaja on rikkonut työnjohdollisia velvoitteitaan. Jos asiasta on epäselvyyttä, tuomarin tehtäviin kuuluu Ekelöfin mukaan selvittää, vetoaako kantaja työnantajan vastuuseen työntekijänsä tuottamuksesta, siihen että työnantaja itse on aiheuttanut vahingon vai kenties molempiin näistä vaihtoehtoisista faktaperusteista.[2]

Käytännössä vetoamistarkoitukseen nähden paitsi vaikeampi myös yleisempi ongelma koskee lausuman sisältönä olevia tosiasiaväitteitä. Pulmana on siis oikeastaan se, mistä vaihtoehtoinen lausumansisältö saadaan kyselytointen kohteeksi. Viimeksi mainittuun ryhmään voidaan lukea esimerkki, joka koskee sopimusehtoon perustuvaa kannetosiseikaston yksilöintiä. Ekelöfin mukaan vetoamislausuma saattaa olla kyselytoimia edellyttävällä tavalla epäselvä, jos kantajan vetoaman sopimuksen kuvauksesta ei käy selkeästi ilmi mitä osapuolten kesken väitetään sovitun.[3]

Vetoamislausuman epätäydellisyydessä on puolestaan kyse lähinnä siitä, että jokin vetoamisvelvollisuuden kohteena oleva tosiseikasto on jäänyt vaille riittävän täsmällistä yksilöintiä. Asianosaisen katsotaan kuitenkin nyt tuoneen riittävän selvästi ilmi tarkoituksensa vedota po. oikeustosiseikkaan eli yhtenä kokonaisuutena tarkasteltaviin tosiasiaolosuhteisiin.

Vetoamislausuman mainitaan olevan epätäydellinen, jos asianosainen ei ole

[2] Ks. *Ekelöf* TSA 1962 s. 216.
[3] Ibid.

ilmoittanut vetoamansa oikeustoimen aikaa tai paikkaa. Jos tällainen puute on kanteessa, kanneperusteesta sanotaan puuttuvan sellaisia tietoja, jotka ovat välttämättömiä kanteen identifioinnin kannalta.[4] Näin ratkaisevat puutteellisuudet ovat kyselyvelvoitteita ajatellen erityisasemassa, koska ne estäisivät jutun käsittelyn ainakin näiden väitteiden osalta.

Hyvin usein kyse on kuitenkin siitä, että vetoamisvelvollinen on vedonnut vain osaan sellaisista tosiasiaolosuhteista, jotka yhdessä täyttäisivät jonkin siviilioikeudellisen normin tunnusmerkistön. Väittämistaakkakirjallisuudessa tällainen tosiseikka luokitellaan kompleksiseksi tosiasiaksi. Esimerkkinä mainitaan usein tilanne, jossa vastaaja on esineen takaisinsaantia (vindikaatio) koskevassa asiassa vedonnut lailliseen saantoonsa kolmannelta henkilöltä jättäen kuitenkin lausumatta siitä, oliko hän esineen ostaessaan vilpittömässä mielessä.[5] Olssonin esimerkkitilanteessa kantaja on vedonnut lahjan takaisinsaantia koskevan (tuolloisen konkurssilain) säännöksen edellyttämiin olosuhteisiin, lukuun ottamatta lahjansaajan vilpillistä mieltä.[6]

Suhtautuminen tuomarin kyselytoimiin silloin, kun lausumia saatetaan pitää kerrotulla tavoin epäselvinä tai epätäydellisinä, on ollut jokseenkin (yksiselitteisen) myönteinen.[7] Näissä tilanteissa tuomarilla mainitaan olevan ”oikeus” tai ”velvollisuus” kyselytoimiin lausumien tarkoitetun sisällön selvittämiseksi tai sen varmistamiseksi, että puutteellisesti yksilöidyt faktaväitteet eivät jäisi tutkimatta vain joko teknisen tai normisisältöjä koskevan tietämättömyyden takia. Epävarmaksi yleisen suhtautumisen tasolla jää lähinnä se, missä määrin kyselytoimiin on velvollisuus tai mitä mahdollinen velvollisuus lähemmin merkitsee. Myönteinen näkemys koskee usein myös pääkäsittelyn aikaisia vetoamislausumia.[8]

Lisäksi jo Ekelöf mainitsee tilanteen, jossa harkittavaksi voi tulla ”kyselyoikeuden” ulottuminen vedottuun oikeustosiseikastoon nähden vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen.[9] Määritelmän mukaan kyse on toisin sanoen faktaperusteesta, joka on jäänyt kokonaan vetoamislausumien ulkopuolelle. Asianosainen on voinut mainita tällaisesta seikasta itse, kuitenkin selvästi jossakin muussa kuin vetoamistarkoituksessa. Tai vastapuoli on voinut siitä mainita.[10]

Boman puhuu puolestaan vaihtoehtoisista oikeustosiseikoista, joiden ole-

---

[4] Ks. *Ekelöf* TSA 1962 s. 216; *Lindell* 1993 s. 236.
[5] Ks. esimerkiksi *Ekelöf* TSA 1962 s. 216.
[6] Eli tietoisuutta siitä, että lahjanantajan tarkoituksena oli aiheuttaa vahinkoa velkojilleen. Ks. *Olsson* 1964 s. 147. Vrt. myös ruotsalaisessa komiteamietinnössä (SOU 1982:26 s. 124) mainittu esimerkkitilanne.
[7] Esimerkiksi *Ekelöf* TSA 1962 s. 218; *Olsson* 1964 s. 140–142 ja 147–148; *Virolainen* 1988 s. 250 ja 253.
[8] Ks. *Boman* 1964 s. 33–35.
[9] Ks. *Ekelöf* TSA 1962 s. 218.
[10] Vrt. myös *Olsson* 1964 s. 141–142, 144; *Olivecrona* 1943 s. 100. Argumentaatio lähtee tosin nyt siitä, että asianosaisen vetoamistarkoitus luokitellaan näissä tilanteissa epäselväksi.

massaolon asiassa kertynyt oikeudenkäyntiaineisto ”antaa aiheen olettaa”.[11] Yleisesti ottaen vaihtoehtoiselta faktaperusteelta on edellytetty vähintäänkin jonkinlaista (enemmän tai vähemmän konkreettista) kytkentää siihen, mitä asiaan osalliset ovat lausuneet tai mitä muutoin voidaan päätellä ns. laajan oikeudenkäyntiaineiston nojalla.

Juuri tämä viimeksi mainittu rajankäynti yhtäältä epäselvien tai epätäydellisten ja toisaalta kokonaan puuttuvien vetoamislausumien välillä on keskeinen ajatellen yleistä suhtautumista kyselytoimiin. Vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen kohdentuva kyselyvelvollisuus edellyttää tavallaan erityistä perustelua, joka voi liittyä ennen kaikkea sellaisiin olosuhteisiin kuin lausumista epäsuorasti ilmenevään vetoamistahtoon tai kyselytointen oletettuun vaikutukseen prosessiekonomian kannalta. Jos vetoamislausuma puuttuu kokonaan, kyselyvelvollisuuden saatetaan luonnehtia olevan ennemminkin poikkeuksellista kuin pääsääntöistä. Kerrotun kaltainen lausuman epäselvyys tai epätäydellisyys sitä vastoin on ainakin lähtökohtaisesti (ellei sitten poikkeuksetta) nähty jo yksin riittävänä perusteena kyselytoimille.

Jäljempänä pääasiallinen huomio kiinnittyy tilanteisiin, joissa vaihtoehtoista faktaperustetta koskevan lausuman on katsottu puuttuvan kokonaan. Tämä johtuu juuri siitä, että vastaus kyselytoiminnan ulottuvuuteen on näissä tilanteissa nähty ongelmallisena. Aluksi on kuitenkin aiheellista tarkastella lähemmin niitä perusteita, joiden nojalla lausuma on luokiteltu kyselytoimia edellyttävällä tavalla epäselväksi tai epätäydelliseksi.

8.3 EPÄSELVÄT VETOAMISLAUSUMAT

Kun aiemmin 4. luvussa tarkasteltiin vetoamislausumien tulkinnassa noudatettavia periaatteita, ongelmana oli se, milloin jokin tosiasiaväite voidaan katsoa vedotuksi jo ennen asiaa selventäviin kyselytoimiin ryhtymistä. Tuolloin todettiin, että lausumien tulkinnassa on ollut lähtökohtana nimenomaisten vetoamislausumien ulkoinen ilmiasu, lähinnä lausumien sanamuoto. Tärkeä merkitys on annettu myös lausumien asiayhteydelle ja esittämistilanteelle. Monenlaiseen muuhunkin aineistoon kuten asianosaisen muihin omiin lausumiin on tosin katsottu voitavan nojautua apuna selvitettäessä asianosaisen vetoamistarkoitusta.

Mutta milloin vetoamislausuma on nähty siinä määrin epäselvänä, että tämä epäselvyys jo sellaisenaan aiheuttaa kyselyvelvoitteen? Toisin sanoen, milloin vetoamistarkoituksesta on siinä määrin viitteitä, että tuomarin velvollisuutena on varmistaa, tahtooko asianosainen vedota?

Lainvalmisteluaineiston ja oikeuskirjallisuuden valossa voidaan pitää kiistat-

[11] Ks. *Boman* 1964 s. 29–30.

tomana sitä, että kyselyvelvoitteita aiheuttavat epäselvyydet liittyvät kaikkein yleisimmin asianosaisten lausumien kielelliseen tulkinnanvaraisuuteen kuten epätäsmällisyyteen, moniselitteisyyteen tai ristiriitaisuuksiin.[12] Tärkeän tilannetyypin muodostaa niin ikään kysymys siitä, onko asianosaisen tarkoituksena ollut vedota johonkin nimenomaisesti mainitsemaansa tosiasiaväitteeseen vaatimustensa perusteena. Jos asian suhteen on epäselvyyttä, on suositeltu kyselytoimia.[13] Epäselvää saattaisi olla, onko po. faktaväite esitetty vain osana oikeusriidan taustojen kuvailua tai ainoastaan todisteena jonkin muun faktaväitteen paikkansa pitävyydestä.

Vähemmän on kiinnitetty suoranaista huomiota siihen, mistä lausumansisällöt ylipäänsä voidaan saada kyselytointen kohteeksi. Toisin sanoen siihen, voitaisiinko (ja millä ehdoin) epäselväksi luokitella vetoamistahto johonkin sellaiseen lausumansisältöön, josta asianosainen ei ole esittänyt nimenomaista mainintaa.

Myös muut informaationlähteet kuin asianosaisen oma lausuma ja sen sanamuoto voivat ainakin Olssonin mukaan aiheuttaa päätelmän vetoamislausuman epäselvyydestä.[14] Niinpä kyselytoiminnan ulottuvuutta tarkasteltaessa ei Olssonin mukaan pidä antaa ratkaisevaa vaikutusta sille, onko asianosainen maininnut vaihtoehtoisesta perusteesta itse vai sisältyykö perustetta koskeva maininta tuomioistuimelle jätettyyn kirjalliseen todisteeseen. Yhtä hyvin maininta voisi sisältyä asianosaisen puolesta jätettyyn kirjalliseen asiantuntijalausuntoon tai asiantuntijan suulliseen lausuntoon. Syynä on se, että erottelu ei olisi tarkoituksenmukaista, eikä useinkaan riittävän yksiselitteistä.[15] Jos tuomarin tietoon tulee tällä tavoin jokin ”ajateltavissa oleva” vaihtoehtoinen faktaperuste, tuomarin tulee ottaa asia puheeksi.[16] Näille tilanteille on yhteistä se, että asianosainen on saattanut po. faktakysymyksen tuomioistuimen huomion kohteeksi.[17]

Olsson katsoo lisäksi, että vastapuolena olevan asianosaistahon ennakollinen jonkin faktaperusteen riitautus aiheuttaa tuomarille velvollisuuden selvittää, aikooko vetoamisvelvollinen osapuoli vedota faktaperusteeseen. Vetoamisvelvollisen vaikeneminen asian suhteen aiheuttaisi nimittäin sellaisen vetoamisperusteita koskevan epäselvyyden, joka tulee kyselysäännösten valossa selvittää. Asiasyynä tämän kannan tueksi on se, että asianosainen saattaisi helposti

---

[12] Ks. esimerkiksi SOU 1982:26 s. 124; *Virolainen* 1988 s. 243.
[13] Ks. esimerkiksi *Virolainen* 1988 s. 249–250; *Lappalainen* 1994 s. 107; *Boman* 1964 s. 40–41.
[14] *Olsson* 1964 s. 141 ss.
[15] Totta onkin, että esimerkiksi se, milloin asianosainen itse on ”maininnut” jostakin faktaperusteesta, aiheuttaa vaikeita rajankäyntiongelmia.
[16] Ks. *Olsson* 1964 s. 141–142. Ks. myös *Olivecrona* 1943 s. 100, jossa esitetään samankaltainen ajatus epäselvänä pidetyn vetoamistarkoituksen selvittämisestä. Huomattakoon, että näitä tilanteita on arvioitu (vielä) vanhemmassa oikeuskirjallisuudessa lähinnä vetoamislausumien tulkinnan näkökulmasta. Ks. esimerkiksi *Kallenberg* 1927 s. 12; ks. myös *Halila* 1950 s. 46.
[17] *Olsson* ei tarkastele lähemmin, mitä tässä yhteydessä tarkoitetaan faktaperustetta (oikeustosiseikkaa) koskevalla ”maininnalla”.

erehtyä sen suhteen, mitkä väitteet ovat tulleet oikeusriidan kohteeksi. Samoin näkemystä perustelee jo tavallaan asiaan kuulumattoman riitautuksen aiheuttama yleinen epäselvyys sen suhteen, mitkä seikat ovat asiassa riidanalaisia ja mitä seikkoja oikeusriita koskee. Samoin riski siihen, että vetoamisvelvollinen joka tapauksessa vetoaisi po. perusteeseen vielä prosessin myöhemmissä vaiheissa.[18]

Näin ei kuitenkaan useimmiten ole ajateltu, vaan tämänkaltaisia tilanteita on tarkasteltu siltä pohjalta, että po. vaihtoehtoinen tosiseikasto on jäänyt vetoamatta.[19] Vetoamistarkoitukseen ei toisaalta ole nähty liittyvän vielä yllä selostetun pohjalta sellaista epäselvyyttä, joka jo sellaisenaan aiheuttaisi kyselyvelvollisuuden. Näin ollen kyselytoimia koskevat suositukset ovat jääneet riippumaan muista tapauskohtaisesti arvioitavista näkökohdista.

Puhuttaessa lausumien epäselvyydestä lienee yleisemminkin pitäydytty vetoamisvelvollisen omissa lausumissa ja tarpeessa selventää niiden ilmiasusta näkyviä tulkinnanvaraisuuksia. Niinpä esimerkiksi Ruotsin prosessinjohtosäännöksiä koskevissa esitöissä puhutaan ”epäselvästi muotoilluista oikeustosiseikoista” säännöksen tarkoittamien kyselytointen kohteena.[20]

Arviointia

Oikeuskirjallisuuden ja lainvalmisteluaineiston pohjalta tehtävät päätelmät ovat kaksitahoisia. Yhtäältä on ymmärrettävää, että puhuttaessa vetoamislausumien epäselvyydestä ajatellaan lähtökohtaisesti kielellisesti tulkinnanvaraisia, ristiriitaisia tai muutoin puutteellisia lausumia. Lainkohdan (OK 6:2a, OK 5:21) maininta epäselvyyksien korjaamisesta koskee ainakin tällaisia lausumia. Näissä tilanteissa kyselytointen tarve on ylipäänsä vielä verrattain helppo tunnistaa.

Pohjimmiltaan ”epäselvien” lausumien selventämistä tarkoittava velvoite ei kuitenkaan tarkoita ainoastaan lausuman muotoilussa olevia puutteellisuuksia, vaan vetoamislausuman tarkoitettua sisältöä koskevaa epävarmuutta. Aineistoa, jonka pohjalta kyselyjen tarvetta voidaan arvioida, ei siksi ole mielekästä rajata kovinkaan ahtaasti. Hyödynnettävää lähdeaineistoa ei varsinkaan ole järkevää rajata ahtaammin kuin suoriin tulkintoihin oikeuttavaa tulkinta-aineistoa.

Kyselyihin tulisi voida päinvastoin päätyä laajemman aineiston pohjalta ja huomattavastikin keveämmin perustein kuin suoriin tulkintoihin. Keskeisenä syynä tähän on olosuhteiden eroavuus. Kyselytoiminta ei vaaranna tärkeää vastapuolen kuulemisoikeutta, toisin kuin suora tulkinta tekisi. Toisekseen kyselytoimet eivät juuri voisi palvella vetoamistarkoituksen selvittämistä, jos

---

[18] *Olsson* 1964 s. 144.

[19] Ks. *Ekelöf* 1979 s. 266; *Virolainen* LM 1985 s. 995; *Ovaskainen* 1989 s. 55.

[20] Ks. SOU 1982:26 s. 124. Kotimaiset oikeudenkäymiskaaren esityöt eivät sisällä luonnehdintoja sen suhteen, mitä lausumien epäselvyydellä tarkoitetaan ja kuinka epäselvyys saatetaan tunnistaa. (Vrt. esimerkiksi HE 78/1993 tai HE 15/1990 s. 27–28, 67–68.)

”kynnys” lausumien epäselvyyteen nojautuvaan kyselyvelvollisuuteen ei olisi olennaisesti matalampi kuin kynnys suoriin tulkintoihin.

Kun rajankäynti sen suhteen, milloin lausuma on kielellisesti epäselvä, on joka tapauksessa hyvin suhteellinen, tarvitaan siksikin lisäkriteereitä. Tätä osoittavat osaltaan ne pulmat, joita liittyisi esimerkiksi kohtuullistamisperusteita koskeviin lausumiin. Onko asianosainen ”maininnut kohtuuttomuudesta”, jos hän on esittänyt mainintoja sellaisista tosiasioista, jotka kävisivät kohtuullistamisvaatimuksen perusteista? Jos vastaus on myönteinen, missä määrin lausumien tulisi sisältää näitä faktaväittämiä? Tulisiko po. faktaväittämien riittää kohtuullistamisperusteen soveltumiseen? – Useinhan vain osa ”konkreettisista” väittämistä olisi tullut vedotuksi osana jotakin kohtuuttomuudelle vaihtoehtoista faktaperustetta.

> Näissäkin tilanteissa saatetaan kuitenkin toisinaan järkevästi epäillä vetoamistarkoitusta. Sama koskee niitä tilanteita, joissa kohtuuttomuuteen viittaavia lausumia tai vain muuta evidenssiä on sisällytetty oikeudelle jätettyyn tausta- tai todisteluaineistoon.
>
> Toisaalta vaihtoehtoista perustetta koskevan maininnan (informaation, evidenssin tms.) sisältyminen laajaan oikeudenkäyntiaineistoon ei voi automaattisesti aiheuttaa kyselyihin velvoittavaa epäselvyyttä asianosaisen vetoamistarkoituksesta.

8.4 EPÄTÄYDELLISET VETOAMISLAUSUMAT

Oikeuskirjallisuudessa ja lainvalmisteluaineistossa esitetyn valossa myös vetoamislausuman luokittelu yksilöinneiltään epätäydelliseksi aiheuttaa poikkeuksetta ja riittävänä syynä kyselyvaltuuden.[21] Mutta milloin lausuma on nähty epätäydellisenä? Soveltuuko lausuman epätäydellisyyteen nojautuva päättely silloin, kun vetoaminen kohtuullistamisperusteeseen on puutteellinen? Vaikuttaahan selvältä, että myös oikeustoimen kohtuuttomuutta koskevat vetoamislausumat voivat olla tosiseikaston yksilöinnin osalta epätäydellisiä, puutteellisen yksilöinnin johtaessa siihen, että vetoamisvelvoite ei täyty.

Vetoamislausuman sanotaan olevan epätäydellinen silloin, kun jokin ”oikeustosiseikka tai oikeustosiseikan osatekijä” (faktaperuste kokonaisuudessaan tai sen kannalta relevantti yksittäinen tosiasia) on jäänyt vetoamislausumien ulkopuolelle.[22] Näin abstrakti määritelmä ei kuitenkaan juuri kerro siitä, mitä epätäydellisyydellä oikeastaan on tarkoitettu – tai määritelmä ei auta tunnistamaan niitä tapauksia, joihin epätäydellisyyskriteerin on ajateltu varmimmin so-

---

[21] Ks. esimerkiksi *Ekelöf* TSA 1962 s. 218; *Boman* 1964 s. 33–35; *Virolainen* 1988 s. 253.

[22] Ks. esimerkiksi *Boman* 1964 s. 29; *Olsson* 1964 s. 146; *Ekelöf* TSA 1962 s. 215; *Virolainen* 1988 s. 251; *Ovaskainen* 1989 s. 49.

veltuvan. Lähinnä se näyttää kertovan vain sen, että vaikka yksilöinneissä on puutteita, joitakin vetoamisvelvoitteen kohteena olevia tosiasiaväitteitä on esitetty.

Epätäydellisen vetoamislausuman tyyppitapauksena esitetään kaikkein tavallisimmin yllä jo selostettu tilanne, jossa asianosainen ei ole lausunut mitään määrätyn normin tosiasiatunnusmerkistöön kuuluvasta vilpittömän tai vilpillisen mielen edellytyksen täyttymisestä. Muilta osin po. tunnusmerkistöä vastaaviin tosiasiaväitteisiin sitä vastoin on vedottu. Hallinnanpalautusta vastustava vastaaja on voinut ilmoittaa ostaneensa takaisin vaaditun esineen kolmannelta henkilöltä (vrt. ns. laillinen saanto). Hän ei ole kuitenkaan väittänyt olleensa vilpittömässä mielessä sen suhteen, onko myyjä ollut esineen oikea omistaja.[23] Velkomisasiassa vastaaja on saattanut väittää, että kantajan vetoaman haltijavelkakirjan luovuttaja ei ollut oikeutettu määräämään velkakirjasta. Mutta hän ei ole lausunut mitään siitä, onko kantaja ollut asian suhteen (velkakirjalain 14 §:n edellyttämällä tavoin) vilpillisessä mielessä.[24]

> Näille tilanteille mainitaan olevan tunnusomaista, että vedotut tosiasiat eivät voisi johtaa vaadittuun lopputulokseen, joka siis tässä tapauksessa olisi kannevaatimusten hylkääminen.[25]

Esimerkiksi Olssonin mukaan tuomarin velvollisuutena on huomauttaa tästä asiaintilasta ja toisaalta neuvoa, kuinka puute voitaisiin korjata faktaväitteitä täydentämällä.[26] Näkemyksen perusteluna korostetaan usein, että vetoamislausuma sisältää sellaisen puutteen, jonka korjaaminen on väitteen menestymisen ehdoton edellytys.[27] Puutteen johdosta tosiseikastoltaan epätäydellinen kanne on ”asiallisesti perusteeton”. Vastustamisperusteen osalta lopputulos on niin ikään selvä jo väitteiden pohjalta arvioituna.

Olennaisena piirteenä epätäydellisen lausuman kohdalla lieneekin juuri puutteen aiheuttama ilmeinen perusteettomuus, joka on pääteltävissä suoraan väitteiden pohjalta.[28] Tämä asiaintila toisi nähtävästi prosessointiin kaikin tavoin epätarkoituksenmukaisena pidettäviä piirteitä. Ensinnäkin näin selvästi puutteellisten väitteiden tueksi ilmoitettu todistelu tulisi oikeuden puheenjohtajan toimesta torjua asiaan vaikuttamattomana.[29] Väitteiden hyvin perustava puutteellisuus voisi toisaalta johtaa asian käsittelytapaa koskeviin ratkaisuihin,

---

[23] Vrt. *Ekelöfin* esimerkkiä, TSA 1962 s. 216.
[24] Velkakirjalaki nimittäin suojaa vahvasti haltijavelkakirjan luovutuksensaajan vilpitöntä mieltä. (Väittämis- ja todistustaakka asian suhteen on velallisella.)
[25] Ks. esim. *Olsson* 1964 s. 146.
[26] Ks. *Olsson* 1964 s. 148–149.
[27] Esimerkiksi *Olsson* 1964 s. 147.
[28] Ks. myös SOU 1982:26 s. 124.
[29] Ks. *Olsson* 1964 s. 147. Myös *Virolainen* (1988 s. 253) mainitsee tämän ”käytännöllisen” näkökohdan.

esimerkiksi siihen, että asia ratkaistaisiin välittömästi valmistelun jälkeen alkavassa pääkäsittelyssä. Kumpi tahansa näistä prosessuaalisista ratkaisuista voisi puolestaan antaa asianosaistahoille ennakkokäsityksen jutussa annettavan asiaratkaisun lopputuloksesta.[30]

Tämän näkökohdan on sanottu alentavan kynnystä vetoamisvelvollisen tahon ”auttamiseen” näissä tilanteissa lieventäessään pelkoa kyselyjen mahdollisesti aiheuttamista puolueettomuusepäilyistä.[31] Toisaalta tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien korostamiseen liittynee pyrkimys kohentaa menettelyn yleistä kustannustehokkuutta. Jos väite on toivoton, prosessitaloudelliselta kannalta on suositeltavaa informoida asiasta vetoamisvelvollista.

Avoimet tosiasiatunnusmerkistöt

Vastaava päättely ei nähdäkseni ainakaan sellaisenaan sovellu niihin tapauksiin, joissa kohtuullistamisperusteita koskeva vetoamislausuma on puutteellinen. Sama koskee yleensäkin avoimin (abstraktein) termein määriteltyjä tosiasiatunnusmerkistöjä.

Yllä selostetuille tyyppitilanteille on tunnusomaista se, että normin soveltamisen kannalta relevantti tosiseikasto on jaettavissa ilman suurempia ongelmia kahteen tai useampaan toisistaan erottuvaan osioon. Tällaisen erillisen osion muodostavat viimeksi mainitussa esimerkissä yhtäältä haltijavelkakirjan luovuttajalta puuttunut oikeus määrätä velkakirjasta ja toisaalta luovutuksensaajan vilpillinen mieli.[32] Toisaalta relevantin tosiseikaston sisältö sellaisenaan on tunnettu. Jaottelu voidaan tehdä jo kirjoitetun normitunnusmerkistön perusteella tai se on joka tapauksessa täysin vakiintunut.

Niinpä näissä tyyppitilanteissa vetoamislausuman puutteellisuus on ensinnäkin todettavissa verrattain yksinkertaisesti ja yksiselitteisesti. Kyselytointen tarve saatetaan toisaalta perustella näkemyksellä prosessin lopputuloksen selvyydestä ja prosessoinnin tarkoituksettomuudesta, varsinkin prosessitaloudellisessa mielessä, jos lausumia ei täydennetä.[33] Lisäksi lausuman täydentäminen onnistuu nyt verrattain yksinkertaisesti, ja tuomari tietää, millaista täydennystä lausuma luultavasti kaipaa.

Kohtuullistamisväitteiden ollessa puutteellisia asianlaita on useimmiten toi-

---

[30] *Olsson* 1964 s. 147.

[31] Näin *Olsson* 1964 s. 147–148.

[32] Ajatuksena lienee se, että tällöin vetoamisvelvollisen pitää vedota kahteen erilliseen oikeustosiseikkaan. Tämä selittää, miksi vetoamatta sanotaan väittämistaakkaoppien mukaan olevan ”oikeustosiseikan”, eikä ainoastaan oikeustosiseikan ”osatekijän”. (Ks. esimerkiksi *Boman* 1964 s. 29.) Tälle erottelulle (oikeustosiseikka/oikeustosiseikan osatekijä) ei ole mielekästä antaa oikeusvaikutuksia, jo siitä syystä, että erottelun käsitteellinen perusta on hyvin heikko. Useimmiten niitä yksittäisiä tosiasioita, jotka voivat vaikuttaa määrätyn normin soveltumiseen, ei voida luetella tyhjentävästi. Ks. myös *Heuman* 2005 s. 101.

[33] Vrt. esimerkiksi *Olsson* 1964 s. 148.

sin. Täydennystä kaipaavien tilanteiden tunnistaminen ei ensinnäkään ole kaikissa tapauksissa yksinkertaista, vaan usein jopa vaikeaa. Vielä suurempia vaikeuksia liittyy sen tietämiseen, millä tavoin lausuma on puutteellinen. Tämä johtuu juuri tosiasiatunnusmerkistön (kielellisestä määrittelystä ja arvostuksenvaraisuudesta johtuvasta) avoimuudesta.

Tavanomaisessa tyyppitilanteessa riittävä informaatio (kyselytoimen kohteeksi tulevan) faktaväittämän sisällöstä saadaan vertaamalla vakiintunutta tosiasiatunnusmerkistöä vetoamislausumiin. Kohtuuttomuusväitteiden (tai muiden avointen termien) kohdalla yksityiskohtaista tunnusmerkistönkuvausta ei sitä vastoin ole käytettävissä. Lausumassa olevan ilmeisen puutteellisuuden toteaminen edellyttää muun muassa jo vedottujen faktaväittämien riittävyyden oikeudellista arviointia ja tietämystä aineelliseen oikeussuhteeseen liittyvistä faktaolosuhteista.

Näin ollen kyselyvelvoitteiden ulottaminen kohtuullistamisväitteitä koskeviin puutteellisuuksiin edellyttää toisenlaisia perusteluja. Tarvitaan myös hieman toisenlaista lähestymistapaa sen suhteen, mistä vaihtoehtoisia lausumansisältöjä saataisiin kyselyjen kohteeksi.

Lausumat, joissa avoimen termin ilmaisemaan tosiseikastoon on vedottu epätäydellisesti, saatetaan jaotella alustavasti seuraavalla tavoin: esimerkkinä on oikeustoimilain 36 §:ssä tarkoitettu kohtuuttomuus.

1. Puute käsittää vain normin sisältämän juridisen termin (tässä tapauksessa lähinnä ”kohtuuttomuus”). Vetoamislausuma kuitenkin sisältää ne konkreettiset tosiasiat, joiden perusteella väite voisi menestyä.

2. Asianosainen on vedonnut ainoastaan abstraktiin termiin. Lausuma ei sisällä sellaisten ns. reaalimaailman (tai ”kohtuuttomuutta” alempaa abstraktiotasoa edustavien) tosiasioiden kuvausta, jotka voisivat aiheuttaa normin soveltumisen.

3. Asianosainen on vedonnut vain osaan väitteen menestymisen edellyttämistä tosiasiaolosuhteista.

Kaikkein yksiselitteisimmin epätäydellisenä saatetaan pitää lausumaa, jossa asianosainen on vedonnut faktaperusteen soveltumisen kannalta riittäviin ns. reaalimaailman faktaväittämiin ja ainoastaan ”kohtuuttomuus” konventionaalisena tosiasiana (tai faktoja juridisesti kvalifioivana terminä) on vetoamatta (vrt. tapaus 1). Vedotun tosiseikaston perusteella saatetaan nimittäin päätellä, että juuri maininta kohtuuttomuudesta voisi järkevällä tavalla täydentää lausuman. Merkittävin ongelma koskee nyt sitä, milloin konkreettisten faktojen kuvaus on riittävä. Jos siinäkin on puutteita, saatetaan tarvita kyselytoimia myös konkreettisen faktakuvauksen täydentämistä ajatellen.

Täyttä yksimielisyyttä ei tosin liene siitä, että vetoamisvelvollisuus todella ulottuu faktojen juridiseen luonnehdintaan siten, että asianosaisen tulisi väittää oikeustointa kohtuuttomaksi (ks. edellä jakso 3.7.2.5).

Vastaavasti lausuma näyttää selvästi epätäydelliseltä, jos asianosainen väittää sopimusta kohtuuttomaksi ilmoittamatta näkemyksensä tueksi mitään ns. reaalimaailman faktoja koskevia väitteitä (vrt. tapaus 2). Tässä tapauksessa tuomioistuimelle saatetaan helpostikin asettaa velvoite huomauttaa puutteesta vetoamisvelvolliselle.[34] Vaikeampaa on kuitenkin määritellä, mitkä konkreettisia asiaintiloja koskevat väittämät luettaisiin kyselyvelvoitteen piiriin.

Mistä sitten nämä lausumansisällöt saadaan kyselytointen kohteeksi? Tässä joudutaan nojautumaan muun muassa asianosaisen omiin lausumiin, vastapuolen lausumiin tai kirjalliseen tausta- ja todistusaineistoon – ns. laajaan oikeudenkäyntiaineistoon. Kyse on samankaltaisista tiedonlähteistä, joihin oikeuskirjallisuudessa on nojauduttu vetoamislausuman ulkopuolelle jääneitä faktaperusteita koskevissa rajankäynneissä. (Ks. seur. jakso.)

Käytännössä yleisintä lienee kuitenkin se, että puute koskee vain osaa konkreettisista faktaväittämistä (vrt. tapaus 3). Tällöin saattaa olla vaikea suoralta kädeltä tietää, ovatko faktaväitteet riittämättömiä. Tilanteeseen liittyy ymmärrettävästi myös sama väitesisältöjen rajausta koskeva ongelma kuin viimeksi käsitellyssä esimerkkitilanteessa.

8.5 KYSELYTOINTEN ULOTTUMINEN VETOAMISLAUSUMIEN ULKOPUOLELLE JÄÄNEISIIN FAKTAPERUSTEISIIN

8.5.1 Johdanto

Keskustelu tuomarin kyselytoiminnan ulommaisista rajoista palautuu keskeisiltä osin Bomanin noudattamaan tyyppitilanteiden jaotteluun.[35] Näiden muodostuksessa ensimmäinen perustava erottelu liittyy siihen, antaako asiassa kertynyt oikeudenkäyntiaineisto aiheen otaksua, että jokin vedottuihin nähden vaihtoehtoinen faktaperuste (eli kanneperuste tai vastatosiseikka) on olemassa. Niitä tapauksia, joissa vastaus on myönteinen, on vielä arvioitu eri tavoin riippuen siitä, onko vetoamisvelvollinen itse maininnut po. faktaperusteesta vai ”ilme-

[34] Vrt. myös toisinaan esimerkkinä viitattu tapaus, jossa kantaja vaatii vastaajalta vahingonkorvausta vastaajan tuottamuksellisen menettelyn johdosta. Kantaja ei kuitenkaan ole vedonnut mihinkään tuottamuksellisena tekona arvioitavaan tapahtumaan. Ks. *Virolainen* 1988 s. 251–252; *Lappalainen* 1994a s. 120. Myös *Ekelöf* (1979 s. 265) mainitsee tämän tilanteen.

[35] Ks. *Boman* 1964 s. 29–30. Kyselytoimintaa käsittelevistä systemaattisista esityksistä esimerkiksi *Virolainen* (1988) ja *Ovaskainen* (1989) nojautuvat samoihin perustilanteisiin.

neekö” seikka tavalla tai toisella muusta oikeudenkäyntiaineistosta.[36] Tässä tutkimuksessa on puhuttu laajasta oikeudenkäyntiaineistosta tarkoittaen kaikkea muuta asiassa kertynyttä fakta- ja väiteaineistoa kuin varsinaisia vetoamislausumia.[37]

Useimmiten on katsottu, ettei kyselyoikeus ulotu faktoihin, joiden olemassaolo ei käy ilmi oikeudenkäyntiaineistosta. Näitä seikkoja sanotaan usein oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolisiksi. Kuitenkin jo Boman tarkastelee, voisiko kyselyoikeus joissakin tilanteissa ulottua sellaiseen asiassa relevantilta vaikuttavaan faktaperusteeseen, joka tulee tuomarin mieleen lähinnä hänen normi- ja kokemustietämyksensä pohjalta.[38] Niinpä saadaan seuraava perustilanteiden jaottelu, jota myöhempi keskustelu on noudattanut:

1) oikeudenkäyntiaineiston antaa aiheen otaksua, että jokin vaihtoehtoinen faktaperuste on olemassa
   a) asianosainen on itse maininnut faktaperusteesta
   b) faktaperuste ilmenee muulla tavoin asiassa kertyneestä oikeudenkäyntiaineistosta
2) oikeudenkäyntiaineisto ei anna aihetta otaksua, että jokin vaihtoehtoinen faktaperuste olisi olemassa.

Tällaiset tyypittelyt herättävät useimmiten joukon kysymyksiä, jotka tuntuisivat kaipaavan täsmennystä. Jo alustavasti on syytä huomauttaa, että keskustelussa on jäänyt vaille systemaattista (lähempää) tarkastelua vaihtoehtoista faktaperustetta ja sen konkreettista soveltumista koskevan selvitystason tai näyttövaatimuksen asema kyselyvaltuuden aiheuttavana olosuhteena:

– millaista varmuuden tasoa näytöltä on edellytetty?
– kun kyselyoikeudelle on asetettu määrättyjä lisäedellytyksiä, voisiko erityisen vahva näyttö (tai olettamus) vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta aiheuttaa jo yksin riittävänä syynä kyselyoikeuden?

Samoin näyttää epävarmalta, onko vetoamisvelvollisen oman maininnan lisäksi edellytetty muuta selvitystä tai näyttöä vaihtoehtoisen faktaperusteen tueksi, jotta kyselyoikeus[39] syntyisi.

---

[36] Esimerkiksi siten, että po. faktaperusteen muodostavista tosiseikoista olisi mainintoja oikeudelle jätetyssä kirjallisessa aineistossa tai siten, että todistaja tai vastapuolena oleva mainitsee asiasta prosessin aikana. Ks. *Boman* 1964 s. 35–40.

[37] Tämän käsitteen johdosta ks. *Virolainen* LM 1983 s. 149 ja edellä jakso 3.2.

[38] Ks. *Boman* 1964 s. 29–30, 44–45.

[39] Kysymystä kyselytoimintaan sisältyvästä vapaan harkinnan alueesta on käsitelty jo edellä (jaksossa 7.8); sikäli kuin asiaan on otettu kantaa, pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa on yleensä lähdetty siitä, että ns. reuna-alueilla kyselytoiminta kuuluu lähinnä tuomarin vapaaseen harkintavaltaan. Puhe kyselyoikeudesta ei ole ollut puhtaasti terminologinen valinta. Tästä syystä kuvattaessa keskustelua puhutaan muista tutkimuksen osioista poiketen pääasiassa kysely-

Tärkeä kyselytoiminnan yleiseen aktiivisuuteen vaikuttava tekijä on prosessin ajallinen vaihe, lähinnä menettelyn jakautuminen valmisteluun ja pääkäsittelyyn. Niinpä tuomarin kyselyvaltuuksia näissä tyyppitilanteissa on tarkasteltu usein erikseen kumpaakin menettelyvaihetta ajatellen. Seuraavassa tarkastellaan ensin valmistelun aikana harjoitettavaa kyselytoimintaa koskevia suosituksia eri tilanteissa. Lopuksi esitetään yhteenveto siitä, millä tavoin pääkäsittelyn aikaisen kyselytoiminnan on katsottu poikkeavan valmistelun aikaisesta.

Samaa esitysjärjestystä noudatetaan jäljempänä (9.4.) selostettaessa omia yksityiskohtaisia tulkintasuosituksia. Syynä on se, että valmistelun aikaisten normien voidaan hyvällä syyllä sanoa kertovan perustavimman suhtautumisen tuomarilta edellytettyyn kyselytoimintaan. Valmistelu muodostaa eräänlaisen perustilanteen kyselytoiminnan arviointia ajatellen. Jos uusien faktaväitteiden mahdollisuus käy konkreettisella tavalla ilmi pääkäsittelyn aikana, joudutaan nähdäkseni usein pohtimaan, onko valmistelun aikaisissa prosessinjohtotoimissa laiminlyöntejä. Pääkäsittelyn aikaisen kyselytoiminnan ulottuvuuden arviointi pohjautuu osaltaan siihen, millä tavoin kyselytoimia on harjoitettu valmistelun aikana – ainakin, jos se ymmärretään velvollisuutena.

8.5.2 Vetoamisvelvollinen on maininnut vaihtoehtoisen faktaperusteen muodostavista tosiasioista

Voidaan sanoa, että yleinen suhtautuminen kyselytointen sallittavuuteen tässä jaksossa tarkasteltavissa tyyppitilanteissa muuttuu portaittain myönteisestä kielteisempään suuntaan. Jos vetoamisvelvollinen on itse maininnut vaihtoehtoisen faktaperusteen muodostavista tosiasioista muussa kuin vetoamistarkoituksessa, on useimmiten katsottu, että tuomioistuimen tulisi tiedustella, haluaisiko hän vedota niihin vaatimustensa perusteena.[40] Muutamat kirjoittajat ovat kuitenkin myös tässä tapauksessa asettaneet kyselyoikeudelle lisäedellytyksiä. Niinpä Boman edellyttää pääsääntöisesti, että asianosainen esiintyy oikeudenkäynnissä ilman avustajaa.[41] Jos avustajan voidaan otaksua ymmärtävän po. olosuhteen ja sitä koskevan lausuman merkityksen, kyselytoimiin ei Bomanin mukaan olisi aihetta. Poikkeuksena olisivat tosin oikeudellisesti vaikeammat jutut, joissa on epäselvää, mitkä faktaolosuhteet ovat merkityksellisiä. Tällöin kyselytoimiin saattaa olla aihetta.[42]

Virolaisen mukaan kyselytointen edellytyksenä on, että lausuman alkuperäinen tarkoitus ei ole täysin selvä. Näin ollen sallittujen kyselytointen tarkoi-

---

oikeudesta.

[40] Näin esimerkiksi *Olsson* 1964 s. 141–142, *Ekelöf* 1979 s. 266 ja *Ovaskainen* 1989 s. 52–53.

[41] Ks. *Boman* 1964 s. 40–41.

[42] *Boman* mts. 41.

tuksena näyttää olevan vain varmistaa, että lausuma ei ole saanut erehdyksessä puutteellista, tarkoitustaan vastaamatonta muotoa.[43]

Arvioni mukaan kyselyvelvoite on tässä tilannetyypissä erityisen aiheellinen ottaen huomioon, että asianosaisen lausuma sellaisenaan indikoi po. tosiasiaolosuhteiden olemassaolon mahdollisuutta. Maininta antaa kyselytoimille konkreettisen kiinnekohdan. Samalla näihin tilanteisiin ulottuva velvoite tai valtuus ei vielä aiheuttane sanottavampaa vaaraa toiminnan ”hallitsemattomasta” laajenemisesta tai tuomarin työtaakan liiallisesta kasvusta. Vielä vahvemmin kyselyvelvollisuus on perusteltu, jos vaihtoehtoinen faktaperuste todella näyttää oletettavalta asiassa kertyneen prosessiaineiston valossa.

Bomanin ja Virolaisen esittämät lisäedellytykset rajaavat sallitun kyselytoiminnan alaa hyvinkin voimakkaasti. Kun otetaan huomioon, että myös lainopillinen avustaja saattaa erehtyä tosiasiaväitteiden relevanssia koskevissa arvioissaan, en pidä kannatettavana rajata kyselytoimintaa edes pääasiallisesti tilanteisiin, joissa asianosaiselta puuttuu avustaja.[44] Samoin avustaja voi olla tietämätön vetoamisvelvollisuuden jakautumisesta tai yksilöintivelvoitteen täsmällisestä sisällöstä.

Virolaisen ehdottama edellytys, jonka mukaan asianosaisen vetoamistarkoituksen tulisi olla edes osittain tulkinnanvarainen, on niin ikään tarpeeton. Se aiheuttaa turhan epävarmuuden lähteen, sillä jälkeenpäin on vaikea saada varmuutta prosessin aikana esitettyjen lausumien tarkoituksesta. Lisäksi epävarmuuden vaikutus kohdentuu asianosaisen tappioksi. Vakavampaa haittaa ei toisaalta aiheutuisi, vaikka asianosainen lopulta kieltäytyisi vetoamistoimesta. Rajauksen ongelmallisin puoli on kuitenkin se, että edellytys jättäisi kyselyjen ulkopuolelle tapauksia, joissa vetoamatta jättäminen johtuu tietämättömyydestä tai tähän verrattavasta syystä.

Selvää on, että myös se, milloin asianosaisen voidaan katsoa maininneen vaihtoehtoisesta faktaperusteesta, on usein vaikeasti määriteltävissä. Kysymystä ei ole oikeuskirjallisuudessa tarkasteltu lähemmin.

> Ongelma on pitkälti sama kuin vetoamislausumien alustavaa tulkintaa koskeva kysymys, jota tarkasteltiin edellä kysyttäessä milloin vetoamislausumaa saatetaan pitää epätäydellisenä. (8.3.) Onko vetoamisvelvollinen maininnut vaihtoehtoisesta faktaperusteesta, jos hän on maininnut sellaisista konkreettisista tosiasioista, jotka täyttäisivät oikeustosiseikan faktatunnusmerkistön mutta ei ole käyttänyt vakiintunutta abstraktia termiä? Entäpä, jos asianosaisen mainitsemat konkreettiset tosiasiat eivät vielä näyttäisi riittäviltä, jotta faktaperuste voisi soveltua?

---

[43] Ks. *Virolainen* 1988 s. 258.

[44] Näin ollen vaikkapa vuonna 2013 voimaan tullut lupalakimiesjärjestelmä ei vaikuta kyselytointen tarpeen periaatteelliseen arviointiin. Myös *Ekelöf* (SvJT 1979 s. 552) katsoo, että asianajajan mukanaolo ei vaikuta suoraan kyselyvelvollisuuden laajuuteen.

Mitkään käsitteelliset kriteerit eivät riitä ratkaisemaan tätä ongelmaa, vaan se jää avoimeksi. Yleiseltä kannalta voidaan kuitenkin lähteä siitä, että asian suhteen on tuskin aihetta suurempaan varovaisuuteen, kun otetaan huomioon kyselytoiminnan reaaliset perusteet.

8.5.3 Vaihtoehtoinen faktaperuste ilmenee muusta oikeudenkäyntiaineistosta

8.5.3.1 Tyyppitapauksen tunnusmerkistö

Tilanne, jossa muu oikeudenkäyntiaineisto kuin vetoamisvelvollisen omat lausumat antaa aiheen otaksua (tai sisältää viittauksen siihen), että jokin vaihtoehtoinen faktaperuste on olemassa, on ollut erityisen keskeinen kyselytoiminnan ulottuvuutta koskevien määrittely-yritysten kannalta. Yhtäältä vaihtoehtoisten faktaolosuhteiden mahdollisuuden sanotaan huomattavan usein tulevan ilmi juuri muun oikeudenkäyntiaineiston kautta.[45] Toisaalta vielä nyt puheena olevassa tilanteessa kyselytoimiin on suhtauduttu voittopuolisen myönteisesti. Sen sijaan tämän tyyppitilanteen mainitaan toisinaan sijoittuvan lähelle sallitun kyselytoiminnan ulommaisia raja-alueita.[46]

Se, mitä vaihtoehtoisen faktaperusteen ilmenemistä tai otaksuttavuutta koskevalla luonnehdinnalla on tarkoitettu, ei kuitenkaan ole täysin yksiselitteistä. Kyse on voinut olla siitä, että jokin muu asiaan osallinen kuin vetoamisvelvollinen mainitsee prosessin aikana vaihtoehtoisen faktaperusteen (ts. kanneperusteen tai vastatosiseikan) muodostavasta seikasta tai että asiasta sisältyy mainintoja vetoamisvelvollisen puolesta jätettyyn kirjalliseen tausta- tai todistusaineistoon. Seikan ilmenemisellä on epäilemättä viitattu usein myös seikan olemassaolosta kertovaan evidenssiin.

Boman puhuu olosuhteista, jotka on tuotu esiin todistelun kautta.[47] Käräjäoikeuden valmistelun aikana ongelma koskee pääasiassa kirjallisia todisteita. Pääkäsittelyn aikana tarkastelu ulottuisi asianosaisen nimeämien suullisten todistajien kertomuksissa mainittuihin faktaolosuhteisiin.[48] Boman näyttää toisin sanoen selvästikin lähtevän olettamuksesta, jonka mukaan vetoamisvelvollisen on pitänyt itse saattaa vaihtoehtoista faktaperustetta koskeva maininta tai informaatio tuomioistuimen tietoon. Voidaan sanoa, että tällä tavoin asianosainen ikään kuin aktualisoi faktaväitteen siinä merkityksessä, että tuomioistuimelle aiheutuu sitä koskeva kyselyoikeus.[49]

---

[45] Ks. esimerkiksi *Virolainen* 1988 s. 268.
[46] *Ovaskainen* 1989 s. 54.
[47] Ks. *Boman* 1964 s. 37.
[48] Ks. *Boman* 1964 s. 37–38, vrt. s. 42.
[49] Ks. myös *Olssonin* (1964 s. 146) luonnehdintaa, jossa on kyse siitä, että vetoamisvelvollinen

Tyyppitilanteen ”soveltumisala” on kuitenkin keskustelun aikana vakiintunut jonkin verran Bomanin tarkoittamaa laajemmaksi. Niinpä tähän kategoriaan kuuluvina on tarkasteltu tapauksia, joissa vetoamisvelvollisen vastapuoli on maininnut vaihtoehtoisen faktaperusteen muodostavista tosiasioista.[50] Vaikka myyjän tarjouksesta peruuttaa kauppa ja ottaa kaupan kohde takaisin mainitsee myyjäosapuoli, tuomarin tehtävänä on kiinnittää ostajan huomiota siihen, että po. tarjous on vaihtoehtoinen peruste, johon ostaja voisi niin halutessaan vedota myyjän vetoamaa reklamaation laiminlyöntiä koskevaa väitettä vastaan.[51] Reklamaatioon ei nimittäin olisi ollut enää tarvetta, jos myyjä kerran on todistettavasti havainnut ja tunnustanut myydyssä tuotteessa olleen virheellisyyden.

Vaihtoehtoisista faktaperusteista voidaan kuitenkin saada tietoa monella muullakin tavoin. Onko kyselyoikeuden katsottu ulottuvan faktaolosuhteisiin, jotka käyvät ilmi vastapuolen todistustarkoituksessa tai tausta-aineistona jättämistä asiakirjoista? Entäpä, jos tällaista tietoa sisältyy vastapuolen jättämään asiantuntijalausuntoon tai (pääkäsittelyn aikana) vastapuolen nimeämän todistajan kertomukseen? Oikeuskirjallisuus ei anna näihin ongelmiin yksiselitteistä vastausta. Nimenomaisia rajauksia ei kuitenkaan ole tehty. Useimmiten asiaa sivuttaessa pitäydytään yleisessä määrittelyssä, joka puhuu vain oikeudenkäyntiaineiston nojalla tehtävistä päätelmistä.[52]

Minkäänlaisten asiasyiden pohjalta ei nähdäkseni ole perusteltua tehdä ratkaisevaa eroa sen suhteen, millä tavoin vaihtoehtoinen faktaolosuhde on tullut tuomarin huomion kohteeksi.[53] Suurta merkitystä ei ole esimerkiksi sillä, onko jokin oikeudenkäyntiin osallisista maininnut vaihtoehtoisesta faktaperusteesta tai voidaanko faktaperusteen olemassaolo päätellä asiakirja-aineiston pohjalta. Vielä vähemmän kannattaisi rajata kyselyjen ulkopuolelle faktaväittämiä, jotka ovat tulleet esille ”väärällä” tavalla. Niinpä kyselyvelvoitteen voisi nähdäkseni aiheuttaa omalta osaltaan vaikkapa todistusteemoina ilmoitetut maininnat vaihtoehtoisen faktaperusteen muodostavista seikoista. Ainoastaan tuomarin ns. yksityiset tiedot eli prosessin ulkopuolella hankkimat tiedot voidaan rajata kyselyoikeuden/velvoitteen perustavien olosuhteiden piirin ulkopuolelle.[54]

---

tai hänen vastapuolensa on voinut omilla lausumillaan aktualisoida tuomarin velvollisuuden kiinnittää asianosaisen huomiota määrättyyn faktaperusteeseen.

[50] Ks. *Ekelöf* TSA 1962 s. 218–222; *Ekelöf* 1979 s. 266; *Olsson* 1964 s. 143–145. Myönteisesti myös *Virolainen* LM 1985 s. 995, jossa lausuttu koskee vain tilannetta, jossa vastapuoli on ennakolta nimenomaisesti tunnustanut jonkin tosiasian (eikä siis ainoastaan maininnut asiasta ohimennen). Myönteisesti nähtävästi myös *Ovaskainen* 1989 s. 55.

[51] Ks. *Ekelöf* TSA 1962 s. 218 ss. tai *Ekelöf* 1979 s. 266.

[52] Ks. myös *Boman* TfR 1979 s. 353, jossa oikeudenkäyntiaineistoon nojautuva aihe epäillä vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaoloa esitetään riittävänä perusteena kyselytoimille.

[53] Kun nyt on puhe nimenomaan tuomarin valtuuksista ja velvollisuuksista, ratkaisevaa on tuomarille riita-asiasta välittynyt informaatio, eikä se, mitä vetoamisvelvollisen vastapuoli on saanut tietää oikeudenkäyntiaineiston sisällöstä.

[54] Ks. myös *Laukkanen* 1995 s. 252.

Huomattavasti tärkeämpää on se, onko faktaperusteen olemassaolosta riittävän varteenotettavia viitteitä tai selvitystä ns. laajassa oikeudenkäyntiaineistossa vai ei. Jos jokin asianosaistaho (tai prosessin aikana kuultu taho) on maininnut vaihtoehtoisen faktaperusteen muodostavista olosuhteista, mainin ta on sellaisenaan indisio faktaperusteen olemassaolosta. Jos taas vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta on hyvinkin vahva näyttö tuomioistuimen käytettävissä olevan asiakirja-aineiston pohjalta, kyselytoimet ovat jopa vahvemmin perusteltuja kuin siinä tapauksessa, että jokin asianosaistaho (tai vaikkapa vetoamisvelvollinen itse) olisi asiasta maininnut ohimennen tai esittänyt nimenomaisia väitteitä. Ensiksi mainitussa tapauksessa on nimittäin luultavampaa, että vetoamisvelvollinen voisi kärsiä oikeudenmenetyksen lausumiensa puutteellisuuden vuoksi. Samoin ensiksi mainitussa tapauksessa on enemmän aihetta pelätä passiivisuuteen liittyviä prosessitaloudellisia haittavaikutuksia. Vaihtoehtoisen faktaperusteen ollessa vahva on todennäköisempää, että asianosainen kaikesta huolimatta koettaisi vedota siihen vielä prosessin myöhemmissä vaiheissa.

Välttämätön rajaustarve tuomarin kyselytointen (ja varsinkin kyselyvelvoitteiden) ulottuvuudelle liittyy siihen, missä määrin tuomarin saatetaan edellyttää tutustuvan asianosaistahojen toimittamaan kirjalliseen oheis- ja todistusaineistoon jo valmistelun aikana.[55] Niinpä kirjallisesta aineistosta edes melkoisella varmuudella pääteltävien faktaolosuhteiden ei voitane kaikissa tapauksissa katsoa aiheuttavan ainakaan kyselyvelvoitetta. Mihin asti tuomarin selonottovelvollisuus ulottuu, on vaikea (oikeastaan mahdotonta) määritellä yleisellä tasolla.

Valmistelun johtamistehtävä edellyttänee toisaalta ainakin perustavimpien väitteiden (ns. pääväitteiksi kenties luonnehdittavien kanne- ja vastustamisperusteiden) tueksi vedottuun aineistoon tutustumista. Ainakin pääpiirteittäin tuomarin tulisi tuntea tällaisen aineiston sisältö. Edellytetty yksityiskohtaisuus riippunee osaltaan aineiston laajuudesta tai suppeudesta ylipäänsä.

Selonottovelvollisuuden ulottuvuus ei kuitenkaan ole ainoa tekijä, joka määrittelee kyselytoiminnan rajoja, vaan yhtä hyvin se, mitä havaintoja tuomioistuin on todellisuudessa tehnyt. Jos tuomari on ehtinyt jo valmistelun aikana tutustua kirjalliseen oikeudenkäyntiaineistoon häneltä minimissään edellytettyä tarkemmin, aineiston perusteella tehtävissä olevat havainnot aiheuttavat kyselyvelvoitteen. Ongelmaksi jää tältä osin se, että tuomarin tosiasiallisia havaintoja on vaikea jälkikäteen todentaa.

8.5.3.2 Tuomarin kyselytoimille asetetut lisäedellytykset

Tämänkin tyyppitilanteen kohdalla kyselytointen sallittavuudelle on toisinaan tahdottu asettaa määrättyjä lisäedellytyksiä. Niinpä Boman toistaa näkemyksen,

[55] Ks. *Boman* 1964 s. 41.

jonka mukaan kyselytoimet ovat sallittuja ainoastaan silloin *kun vetoamisvelvollisella osapuolella ei ole lainoppinutta oikeudenkäyntiavustajaa.* Näkemyksen perustelu liittyy nyt prosessiekonomiaan. Boman nimittäin viittaa siihen taktiseen näkökohtaan, että avustajan saatetaan uskoa informoivan tuomioistuinta ja vastapuolta mahdollisista uusista vetoamisperusteista jo ennen pääkäsittelyn alkamista. Näin ollen vaihtoehtoisen perusteen jääminen huomiotta ei aiheuttaisi pääkäsittelyn lykkääntymistä, jos avustaja kaikesta huolimatta päättäisi vedota faktaperusteeseen vielä valmistelun jälkeen. Jutun mutkistuminen, joka uusista vetoamistoimista seuraisi, saatetaan sitä vastoin hyvällä tuurilla välttää, jos kyselytoimiin ei ryhdytä.[56] Jos kummallakin osapuolella on avustaja, asianosaiset olisivat Bomanin mukaan lisäksi hyvin saattaneet keskinäisin sopimuksin rajata joitakin kysymyksiä oikeudenkäynnin ulkopuolelle. Tällöin kyselytoimet saattaisivat sotkea osapuolten saavuttaman yhteisymmärryksen, joten ne voisivat olla tälläkin tavoin haitallisia.[57]

Ehdotettu rajaus ei nähdäkseni ole perusteltu tässäkään tyyppitilanteessa. Prosessitaloudelliset näkökohdat toki aiheuttavat voimakkaamman vasta-argumentin kuin edellä, koska tyyppitilanteen sovellusalue on edellistä laajempi. Rajausta vastaan voidaan esittää sama kritiikki kuin edellä. Myös asiantunteva avustaja on voinut erehtyä sen suhteen, mitkä tosiasiat ovat jutun oikeudellisen arvioinnin kannalta relevantteja.[58]

Prosessitaloudellisten hyötyjen asettamista oikeudenmenetystä painavammaksi näkökohdaksi, silloin, kun nämä ovat kyselyratkaisun vaihtoehtoisia seuraamuksia, ei voida pitää hyväksyttävänä. Varsinkaan tähän näkökohtaan ei tulisi perustaa kategorisesti noudatettavaa sääntöä. Parempi olisikin, jos prosessitaloudellisten vaikutusten ja oikeusturvavaikutusten merkitystä voitaisiin arvioida tapauskohtaisesti. Osapuolten keskinäinen sopiminen riidan kohteen rajaamisesta on puolestaan siinä määrin harvinaista, ettei kyselytoiminnan yleisiä linjaratkaisuja ole perusteltua tehdä tällaisia sopimuksia koskevan oletamuksen pohjalta.[59]

Boman katsoo niin ikään, että kyselytointen ulkopuolelle tulisi rajata ne tilanteet, joissa näyttää uskottavalta, että asianosainen ei halua vedota vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen.[60] Myös tähän ehdotukseen soveltuu edellisessä kohdassa esitetty kritiikki; rajaus aiheuttaisi turhaa epävarmuutta kyselytoiminnan ulottuvuuden suhteen. Lausumien tosiasiallisen tarkoituksen selvittäminen jälkikäteen on vaikeaa. Merkittävää haittaa ei toisaalta aiheutuisi, vaikka vetoa-

---

[56] *Boman* 1964 s. 43.
[57] Ks. *Boman* 1964 s. 42–43; samaa näkökohtaa painottaa *Virolainen* 1988 s. 267.
[58] Ks. myös *Ekelöf* SvJT 1979 s. 552, jossa katsotaan, että asianajajan mukanaolo ei periaatteessa vaikuta kyselytointen sallittavuuteen.
[59] Ja joka tapauksessa asianosaiset kykenevät kysyttäessä kertomaan, jos jokin faktaperuste on rajattu riidan ulkopuolelle.
[60] *Boman* 1964 s. 43–44.

misvelvollinen kieltäisi kysytyn faktaperusteen tutkimisen. Jos asianosainen ei olisi ilmaissut kielteistä asennoitumistaan nimenomaisesti, asia tulisi nähdäkseni varmistaa kyselytoimin.

Virolaisen ehdottama tulkintasääntö yhdistää kaksi edellä mainittua näkökohtaa. Virolaisen mukaan saatetaan yleensä pitää ilmeisenä, että asianosaisen tarkoituksena ei ole vedota prosessin aikana esille tulleeseen faktaperusteeseen, jos kumpaakin asianosaista avustaa tehtäviensä tasalla oleva oikeudenkäyntiavustaja.[61] Tämän olettamuksen paikkansa pitävyydestä ei kuitenkaan usein liene varmoja takeita. Lisäksi sitä vastaan puhuvat yllä luetellut asia-argumentit, mistä syystä en pidä ehdotusta sen paremmin perusteltuna.

Ovaskainen katsoo, että asianosaisen tulisi vastustaa kokonaisvaltaisesti vastapuolensa esityksiä, jotta kyselytoimiin voitaisiin ryhtyä. Kriteerin etuna olisi Ovaskaisen mukaan sen riippumattomuus asianosaisen alkuperäisen tarkoituksen selvittämisestä. Myös tämä kriteeri liittyy kuitenkin oletukseen vetoamisvelvollisen myönteisestä asennoitumisesta kyselyjen kohteena olevaan faktaperusteeseen. Kriteerillä on toisin sanoen epäsuora liityntä vetoamistahdon puuttumiseen, jota vetoamisvelvollisen passiivisuus objektiivisesti pääteltävänä olosuhteena tavallaan indikoisi. Ehdotuksensa perusteluna kirjoittaja nimittäin mainitsee paitsi prosessin keskitystavoitteen edistämisen myös väittämistaakasta aiheutuvien haittojen vähäisyyden silloin, kun vetoamisvelvollinen on passiivinen.[62] Ovaskainen katsoo toisaalta, että aktiivista asianosaista tulisi muutoinkin suosia.[63]

Voitaisiinko asianosaisen prosessitoimista pääteltävää ”kokonaisvastustamista” pitää hyväksyttävästi kyselytoiminnan välttämättömänä ehtona? Nähdäkseni se olisi hyvin ongelmallista siksi, että passiivisuus saattaisi johtua asianosaisen tietämättömyydestä, joka kohdistuisi oikeusriidan aineellisoikeudelliseen arviointiin, relevanttien faktojen valikoitumiseen tai vetoamisvelvoitteiden täsmälliseen sisältöön tai jakautumiseen. Varsinkaan kategorista rajaa ei tällaisella perusteella tulisi asettaa.

Asianosaisen yleinen aktiivisuus ei toisaalta tarvitse kyselynormien kautta toteutettua erityistä suosintaa. Yhtä vähän yleisesti passiivista suhtautumista olisi järkevää erityisesti sanktioida. Jos asianosainen ei ole tietoinen käytettävissään olevasta vetoamisperusteesta, on paitsi ymmärrettävää myös täysin hyväksyttävää, että hän ei vastusta vastapuolensa vaatimuksia. Tarpeettomaksi arvioitujen riitautusten välttäminen lienee jopa prosessin yleisten taloudellisuus- ja muiden sujuvuustavoitteiden mukaista.

---

[61] Ks. *Virolainen* 1988 s. 267.

[62] Ovaskainen huomauttaa asianosaisen ”etäisyyden seikkaan, josta hän ei ole itse edes maininnut” olevan suurempi kuin etäisyyden hänen ohimennen tai todisteena mainitsemiinsa seikkoihin. Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 54.

[63] *Ovaskainen* 1989 s. 55.

Tapauskohtaisessa arvioinnissa suhtautuminen vastapuolen esittämiin vaatimuksiin voitaisiin kylläkin ottaa huomioon, sillä yleinen aktiivisuus kertoo asianosaisen kokeman intressin voimakkuudesta. Tällöinkin lähinnä aktiivinen vastustaminen voisi muodostaa kyselytoimia puoltavan argumentin.

Paremmin perusteltuja edellytyksiä on sitä vastoin liitetty po. vaihtoehtoisen perusteen oletettuun oikeudelliseen relevanssiin ja toisaalta siihen, vaikuttaisiko uusi vetoamislausuma asianosaisen esittämien vaatimusten menestykseen. Niinpä esimerkiksi Bomanin mukaan kyselytoimiin ei ole aihetta, jos faktaolosuhde on vaikutukseton tai jokin vastatosiseikka kumoaa faktaolosuhteen merkityksen.[64] Niin ikään on edellytetty, että asianosainen ei menestyisi vaatimuksissaan ilman vaihtoehtoista vetoamista.[65]

8.5.4 Suhtautuminen vaihtoehtoisesta faktaperusteesta kertovaan alustavaan evidenssiin

Oikeuskirjallisuudessa käydyn keskustelun pohjalta voidaan arvioida jääneen jossakin määrin epäselväksi, mikä merkitys tarkastelluissa tyyppitilanteissa on annettu vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta kertovalle alustavalle evidenssille. Lähempää huomiota kaipaa ainakin kaksi kysymystä, jotka edustavat toisilleen vastakkaisia näkökulmia. Edellytetäänkö näissä tilanteissa todella määrätyn tasoista näyttöä vai *riittäisikö* vaihtoehtoista faktaperustetta koskeva *asianosaisen oma tai jonkin muun asianosaistahon maininta* aiheuttamaan kyselyoikeuden/velvoitteen? Mikä toisaalta on *faktaepävarmuuden vähenemisen vaikutus* kyselytointen sallittavuuden tai kyselyvelvollisuuden kannalta? Entäpä, jos jo valmistelun aikana käsillä oleva näyttö ylittää ”aihetta olettaa”-tason.

Faktaperusteen oletettavuutta koskeva edellytys sisältyy Bomanin esittämiin tyyppitilanteiden kuvauksiin. Tästä huolimatta näyttää mahdolliselta, että *ainakin asianosaisen oma maininta,* vaikka se olisi esitetty tausta- tai todistelutarkoituksessa, voisi täyttää myös Bomanin mukaan kyselytointen vähimmäisedellytyksen. Ainakaan hän ei väitöskirjatutkimuksessa tarkastele lähemmin asiaa koskevan näytön riittävyyteen tai selvitysasteeseen liittyviä pulmia.[66] Myöhemmässä kirjoituksessa asianosaisen maininta tai ”syy epäillä” vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaoloa esitetään jo selkeästi vaihtoehtoisina edellytyksinä.[67]

Samaan suuntaan viittaa muu keskustelu. Olsson perustelee kyselyvelvoitteen ulottumista *vastapuolen mainitsemiin* faktaperusteisiin pyrkimyksellä välttää sitä, että vetoamisvelvollinen erehtyisi oikeusriidan kohteesta.[68] Tässä

---

[64] *Boman* 1964 s. 43.
[65] *Ovaskainen* 1989 s. 54.
[66] Ks. *Boman* 1964 s. 29–45.
[67] Ks. *Boman* TfR 1979 s. 353.
[68] *Olsson* 1964 s. 144.

yhteydessä Olsson lisäksi puhuu tuomarin velvollisuudesta ottaa keskusteluun sellaisia ”ajateltavissa olevia” faktaperusteita, joihin asianosainen on lausumissaan viitannut.[69] Ekelöfin tulkinnan mukaan keskustelussa on edellytetty, että toinen osapuolista on lausumissaan viitannut faktaperusteen olemassaoloon.[70]

Niinpä jonkinlaisena *yleislinjana* näyttää olevan, että kyselytointen sallittavuuden vähimmäisedellytys on täyttynyt, jos vetoamisvelvollinen tai hänen vastapuolensa on maininnut vaihtoehtoisesta faktaperusteesta. Voidaan toisaalta huomauttaa, että jopa vetoamisvelvollisen omalla maininnalla olisi ainakin jonkinlaista indisioarvoa. Vastapuolen maininnalle tosiasioista, jotka lähtökohtaisesti olisivat hänen etunsa kannalta haitallisia, saatettaisiin jo antaa olosuhteista riippuen hieman painavampi näyttöarvo.[71]

Jos viittaukset (vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaoloon) sisältyvät ainoastaan kirjalliseen tausta- tai todistusaineistoon, lienee alustavalle todennäköisyydelle sitä vastoin asetettu nimenomaisia edellytyksiä. Pelkkä kirjalliseen aineistoon sisältyvä mainita tai viittaus lienee sellaisenaan liian heikko perusta kyselytoimille. Tilanteiden oikeudellinen tunnistaminen kävisi melko vaikeaksi tältä pohjalta. Samoin lienee suhtauduttu siihen, jos todistaja tai muu kuultava mainitsee vaihtoehtoisesta faktaperusteesta pääkäsittelyn aikana.[72]

Kuinka sitten on suhtauduttu siihen, jos asiaan soveltuvan vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta on alustavan tarkastelun valossa tyyppitilanteissa tarkoitettua vähimmäisedellytystä (”aihe olettaa”) vahvempi näyttö? Tämä on hieman vaikeampi pulma.

Toisinaan vaikuttaa kylläkin siltä, että alustavan näytön tasoa tai tosiasioita koskevan selvityksen tasoa ei ole ymmärretty vaikutuksettomaksi näkökohdaksi. Esimerkiksi Boman mainitsee kyselytointen tarpeen olevan ”ajankohtaisimmillaan silloin, kun tuomarilla on hyviä syitä olettaa vaihtoehtoisen perusteen olevan olemassa, asianosainen todella haluaisi vedota seikkaan ja kun asianosaisen vaatimus ei menestyisi ilman, että vaihtoehtoiseen perusteeseen vedotaan”.[73]

---

[69] *Olsson* 1964 s. 141–142.

[70] Ks. *Ekelöf* 1979 s. 266.

[71] Oikeuskirjallisuudessa ei ole ajateltu, että asianosaisen mainintaa jostakin faktaolosuhteesta omaksi vahingoksi ei saisi hyödyntää kyselytoiminnassa. Vetoamisvelvollisen vastapuolen maininnan voidaan sanoa luoneen osaltaan edellytyksiä kyselyvaltuuksien käytölle. Ks. esimerkiksi *Olsson* 1964 s. 144 tai *Ekelöf* 1979 s. 266. (Samoin *Virolainen* LM 1985 s. 995, jos vastapuoli nimenomaan tunnustaa ennakolta jonkin tosiseikan.) Nähdäkseni tämä on täysin hyväksyttävä näkemys, sillä vastapuolen mainita voisi aiheuttaa epäselvyyttä sen suhteen, mitkä faktaperusteet ovat oikeusriidan kohteena. Toisaalta vetoamisvelvollisen aineellinen oikeusturvaintressi edellyttää mahdollisuutta vedota varsinkin sellaiseen faktaperusteeseen, jonka olemassaolo vaikuttaa todennäköiseltä. Nähdäkseni asianosaiselle ei toisaalta tarvitse myöntää erityistä suojaa omia ”sivu suun” annettuja (taktisesti epäedullisia) lausumia vastaan.

[72] Lienee toisin sanoen edellytetty, että vaihtoehtoista faktaperustetta saatetaan pitää oletettavana. Näyttövaatimuksen tasosta ei kylläkään useimmiten esiinny nimenomaisia luonnehdintoja.

[73] Ks. *Boman* 1964 s. 37.

Oikeuskirjallisuudessa *ei kuitenkaan ole* enemmälti *tarkasteltu faktaperustetta koskevan epävarmuuden vähenemisen tai* käsillä olevan *melko varmankaan näytön vaikutusta* tuomarin kyselyoikeuden tai -velvollisuuden kannalta. Niinpä ei ole otettu kantaa esimerkiksi siihen, voisiko faktaepävarmuuden väheneminen poistaa kyselytoimia rajoittavat lisäedellytykset, jos sellaisia on asetettu kuten Boman ja Virolainen ovat tehneet. Olisiko tuomarin valtuutus ryhtyä kyselytoimiin poikkeukseton, jos tapaukseen soveltuvan vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolo näyttäisi jokseenkin varmalta? Vai pitäisikö tällöinkin vaikkapa vetoamisvelvollisen tahdon ilmenemiseen liittyvien edellytysten täyttyä? Nämä ongelmat ovat jääneet vaille pohdintaa. Eikä ole suinkaan varmaa, aiheuttaisiko edes faktaolosuhteen notorisuus tuomarille oikeuden kyselytoimiin. Mutta olisiko nyt kyse jopa velvollisuudesta?

Suhtautumista alustavaan näyttövaatimukseen voidaankin ehkä parhaiten luonnehtia siten, että laajaan oikeudenkäyntiaineistoon sisältyvä verrattain vaatimatonta todennäköisyyden tasoa edustava näyttö nostaa kyselytointen tarpeen keskusteluun. – Samoin vetoamisvelvollisen oma tai hänen vastapuolensa maininta. Eriäviä näkemyksiä on esitetty siitä, riittääkö tämä aiheuttamaan kyselyoikeuden. Tarkastelujen ulkopuolelle on sitä vastoin jäänyt kysymys epävarmuuden vähenemisen (jo valmistelun aikana käsillä olevan näytön vahvistumisen) vaikutuksesta.

Kun oikeuskirjallisuudessa on toisaalta lähdetty näkemyksestä, jonka mukaan kyselytoiminta kuuluu joko kokonaan tai ainakin ns. reuna-alueilla tuomarin vapaaseen harkintavaltaan[74], saatetaan tätä taustaa vasten ymmärtää, ettei kysymys *kyselyvelvoitteiden* rajoista ole ollut korostuneen mielenkiinnon kohteena. Tämä ei kylläkään vielä poista aihetta tarkastella näkökohdan vaikutusta tuomarin kyselyvaltuuksiin. Selityksenä voisi olla myös käsitys siitä, että toiminnan oikeudellinen ohjaaminen on ylipäänsä vaikeaa.

Lisäksi lienee nähty tarkoituksenmukaisena suosia kyselytoimia suhtautumalla niihin sallivasti. Kyselytoiminnan rajat on kenties tarkoituksellisestikin haluttu jättää verrattain avoimiksi. Syynä tähän voisi olla pelko siitä, että kyselytoiminnan juridisointi (pyrkimys ulottaa oikeudellinen kontrolli kyselytoimintaan) vaikuttaisi epäsuotuisasti kyselytoiminnan yleiseen aktiivisuuteen.

Käsitystä toiminnan vapaaharkintaisuudesta ei kuitenkaan voida tässä tutkimuksessa omaksutun näkemyksen mukaan pitää hyväksyttävänä.[75]

---

[74] Näin on erityisesti siinä vanhemmassa kirjallisuudessa, johon kyselytoiminnan rajoja koskevat uudemmat esitykset nojautuvat. Ks. erityisesti *Ekelöf* TSA 1962 s. 220 tai *Boman* 1964 s. 43–44, joka mainitsee, ettei passiivinen tuomari syyllistyisi oikeudenkäyntivirheeseen säännöksen lakonisesta sanamuodosta johtuen. Ks. laajemmin jaksossa 7.8 olevaa esitystä. Myös *Lappalainen* (1991 s. 106) näyttää suhtautuvan asiaan varovaisesti.

[75] Ks. lähemmin edellä jaksoja 7.8 ja 7.9. Oikeuskäytännön voidaan sanoa nykyisin tulleen samalle kannalle ainakin siinä mielessä, että kyselyvelvoitteiden laiminlyönti on muutamissa tapauksissa johtanut jutun palauttamiseen tai prekluusion estymiseen. Nämä ratkaisut ovat koske-

8.5.5 Oikeudenkäyntiaineisto ei anna aihetta otaksua, että tapaukseen soveltuu jokin vaihtoehtoinen faktaperuste

Kolmanteen perustilanteeseen lukeutuvat kaikki loput tapaukset eli ne, joissa ns. laajaan oikeudenkäyntiaineistoon ei sisälly edellä kuvatun kaltaista viittausta vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaoloon. Näissä tapauksissa (1) vetoamisvelvollinen tai hänen vastapuolensa ei ole maininnut vaihtoehtoisesta tosiasiaperusteesta, (2) eikä kertyneen laajan oikeudenkäyntiaineiston pohjalta toisaalta ole olemassa oikeuskirjallisuudessa edellytettyä näyttöä po. faktaperusteen olemassaolosta.[76]

Oikeuskirjallisuudessa on lähdetty näkemyksestä, jonka mukaan kyselytoimia ei ainakaan lähtökohtaisesti pidä ulottaa tähän ryhmään lukeutuviin faktaperusteisiin.[77] Kyselytoimet edellyttäisivät toisin sanoen ainakin erityistä perustelua. Yleensäkin tämän rajan ylittäviä kyselytoimia saatettaisiin pitää poikkeusluonteisina.

Torjuvasti on suhtauduttu Taksoe-Jensenin ehdotukseen, joka merkitsee laajan oikeudenkäyntiaineiston ylittämistä. Ehdotuksen mukaan asianosaisten ”todellinen erimielisyys” ja ”tosiasiallinen asioiden tila” muodostaisivat kyselytointen ulottuvuutta koskevan ehdottoman rajan.[78] Tämän on kuitenkin huomautettu merkitsevän käytännölliseltä kannalta kyselytoimia koskevista rajoista luopumista.[79]

Keskustelua on herättänyt näkemys, jonka mukaan kyselytoimet voitaisiin ulottaa sellaisiin faktaperusteisiin, joilla on erityisen usein tapana esiintyä esillä olevan kaltaisissa olosuhteissa. Tuomarin tietämys tällaisista faktaolosuhteista perustuisi nyt yhtäältä aiemmista oikeudenkäynneistä kertyneeseen kokemukseen, toisaalta aineellisoikeudellisiin normeihin.[80]

Ekelöfin mukaan esimerkiksi kiinteistön kauppaa koskevassa asiassa tuomari voi kysyä ostajan intressissä, oliko ostaja luottanut välittäjän antamaan informaatioon kaupan kohteesta ja siis perustanut kaupantekoa koskevan päätöksensä siihen.[81] Irtaimen esineen kauppaa koskevassa asiassa tuomari voi myyjän intressissä ottaa esille kysymyksen siitä, oliko ostaja tarkistanut kaupan kohteen ennen sen vastaanottamista.[82] Ostajan vaatiessa hinnanalennusta tavaran

---

neet myös laiminlyöntejä uusien vaatimusten tai faktaperusteiden tuomisessa keskustelun alaisuuteen (ks. erityisesti NJA 1976 s. 299, NJA 1978 s. 674 tai KKO 2010:9).

[76] Yllä sanotulla tavoin näyttökynnyksestä tai määrätyn tason ylittävän näytön vaikutuksesta ei voida sanoa mitään varmaa.

[77] Ks. *Boman* 1964 s. 44. Näin myös *Ekelöf* 1979 s. 266 tai SvJT 1981 s. 381.

[78] Ks. *Taksoe-Jensen* 1976 s. 491–493, 605–606.

[79] *Boman* TfR 1979 s. 357–359. Ks. myös *Virolainen* 1988 s. 277–278; *Ovaskainen* 1989 s. 50.

[80] *Ekelöf* 1979 s. 266 ja SvJT 1981 s. 381; tämän johdosta *Virolainen* 1988 s. 279–280.

[81] *Ekelöf* 1979 s. 266. Tämähän on hyvin yleinen ostajan vastaväite silloin, jos myyjä väittää ostajan laiminlyöneen velvollisuutensa tutustua kaupan kohteeseen.

[82] Ibid.

virheeseen perustuen tuomari ei sitä vastoin saisi ottaa esille kysymystä mahdollisista pätemättömyysperusteista.[83]

Tähän ehdotukseen on useimmiten suhtauduttu kriittisesti. Esimerkiksi Boman katsoo, ettei tuomarin yleensä tulisi ulottaa kyselytoimia tällaisiin ”oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolisiin” seikkoihin edes valmistelun aikana.[84] Ovaskainen puolestaan torjuu nojautumisen tähän kriteeriin kokonaan, pitäen kriteeriä liian heikkona, jotta sen avulla voitaisiin ohjata tuomarin toimintaa. Käsitykset siitä, mitkä seikat ovat millekin jutulle tyypillisiä, vaihtelevat Ovaskaisen mukaan liian suuressa määrin eri tuomareiden ja tuomioistuinten välillä.[85]

Usein tähän kriteeriin nojautuville kyselytoimille on asetettu melkoisen raskaita lisäedellytyksiä. Bomanin mukaan kyselytoimet voitaisiin sallia, jos vetoamisvelvollisella ei ole avustajaa. Ilman avustajaa esiintyvän asianosaisen jättäminen vaille apua saattaisi Bomanin mukaan tuntua näissä tapauksissa liian formalistiselta.[86]

Ruotsin oikeudenkäymiskaaren esitöissä edellytetään, että kyseessä on selkeä erehdystilanne. Kyselytoimet olisivat sallittuja vain, jos erityisistä syistä on lähellä oletus, jonka mukaan asianosaisen tarkoituksena oli vedota seikkaan ja vetoamatta jääminen johtuu erehdyksestä.[87] Komiteamietinnön mukaan vastapuolen intressi ja vaara oikeudenkäynnin liiasta laajenemisesta perustelevat ankarien rajojen asettamisen kyselytoimille. Virolainen puolestaan asettaa kyselytointen sallittavuudelle molemmat kahdesta viimeksi mainitusta edellytyksestä.[88]

Lindell sitä vastoin katsoo, että hyvin yleisesti esiintyvä faktaolosuhde voitaisiin ottaa kyselytointen kohteeksi. Faktaperusteen tavanomaisuutta esillä olevan kaltaisissa olosuhteissa saatettaisiin nimittäin Lindellin mukaan hyvinkin pitää riittävänä osoituksena siitä, että asianosainen mahdollisesti tahtoisi siihen vedota.[89] Vetoamistahdon konkreettista ilmenemistä ei sitä vastoin Lindellin mukaan tulisi edellyttää.[90]

Kotimaisessa keskustelussa Laukkanen ehdottaa kyselyoikeuden ulottamista po. kaltaisiin tilanteisiin. Laukkasen mainitsema tyyppitilanne mahdollisesti

---

[83] *Ekelöf* SvJT 1981 s. 379.
[84] *Boman* 1964 s. 44; ks. myös *Boman* TfR 1979 s. 353. Samansuuntaisesti SOU 1982:26 s. 125 ja *Virolainen* 1988 s. 280.
[85] Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 56.
[86] Ks. *Boman* 1964 s. 44–45.
[87] Ks. SOU 1982:26 s. 125.
[88] Ks. *Virolainen* 1988 s. 280.
[89] Ks. *Lindell* 1988 s. 20. *Lindell* on nähdäkseni oikeassa siinä, että kyselytoimille on järkevää käyttötarvetta silloinkin kun vaihtoehtoinen faktaperuste ei ole tullut asianosaisten lausumien kautta konkreettisesti esiin. Asianosaisen vetoamistahtoa koskeva olettamus on kuitenkin nähdäkseni ylipäänsä tarpeeton edellytys. Sellainen ei auttaisi edes rajaamispyrkimyksissä. Jos nimittäin voidaan osoittaa jokin asianosaisen puolella oleva tehokas vaihtoehtoinen faktaperuste, saatetaan ylivoimaisesti useimmissa tapauksissa olettaa, että asianosainen myös tahtoisi sellaiseen vedota.
[90] Ks. *Lindell* 1988 s. 21–22.

laajentaa kyselytointen alaa jonkin verran entisestään. Tilanteesta ei tosin esitetä konkreettista esimerkkiä. Ajatuksena on, että kyselyoikeus ulottuisi lähinnä sellaisiin asianosaisen vetoamien (tai vetoamislausumin aktualisoimien) normien edellyttämiin faktaolosuhteisiin, joita normin soveltaminen tuomarin kokemuksen perusteella ”on aina edellyttänyt”. [91]

Arvioni mukaan kategorista rajaa ei ole perusteltua asettaa sillä muodollisella perusteella, sisältääkö laaja oikeudenkäyntiaineisto konkreettisen viittauksen (kuten välitöntä näyttöä) vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaoloon. Tarvetta kyselytoimiin voi olla, vaikka vaihtoehtoisen faktaperusteen muodostavia olosuhteita ei olisi asianosaisten taholta mainittu tai niihin viittaava konkreettinen näyttö puuttuisi.

Vetoamisvelvollisen näkökulmasta väittämistaakkainstituution merkittävimmät pulmat eivät silti liity niinkään näihin tilanteisiin, vaan mieluumminkin siihen, toteutuuko kyselytoiminta normien edellyttämässä laajuudessa. Samoin siihen, kuinka vetoamisvelvollinen voisi reagoida, jos tuomioistuin laiminlyö kyselytoimet niissä tapauksissa, joissa toimet vakiintuneen näkemyksen mukaan sallittuja.

Nähdäkseni vastapuolen oikeusturva eli lähinnä kyselytoiminnan käytännön toteutukseen liittyvä kontrolloitavuus perustelee yleisesti varovaisen suhtautumisen tällä alueella.

8.6 SUHTAUTUMINEN PÄÄKÄSITTELYN AIKANA HARJOITETTAVAAN KYSELYTOIMINTAAN

8.6.1 Asian tarkastelu lainvalmistelussa ja oikeuskirjallisuudessa

Lainvalmisteluaineistossa ja oikeuskirjallisuudessa tavataan usein korostaa, että tuomarin aktiivisen kyselytoiminnan tulisi sijoittua pääsääntöisesti oikeudenkäynnin valmisteluvaiheeseen. Näkemys sopii yhteen sen oikeudenkäynnin vaiheittaiseen jaotteluun liittyvän ajatuksen kanssa, jonka mukaan tosiasiaväitteiden sisältö tulisi mahdollisuuksien mukaan ilmoittaa sitovasti juuri valmistelun aikana. Pääkäsittelyssä voitaisiin näin keskittyä näyttökysymyksiin ja oikeudelliseen argumentointiin.

Kyselytointen tärkeimpiin kuuluvana motiivina mainitaan toisekseen usein pääkäsittelyn keskityksen turvaaminen, viime kädessä siis sen varmistaminen, ettei pääkäsittelyyn jouduta käyttämään tarpeettomasti aikaa. Varsinkin tarve lykätä jutun käsittely uusille käsittelypäiville on juuri sellainen haitta, joka ky-

[91] Ks. *Laukkanen* 1995 s. 251, vrt. s. 253. Niinpä tuomarilla on kyselyoikeus, jos hän ”kokemuksensa perusteella tietää, että tosiseikkojen A ja C esiintyessä on aina esiintynyt myös tosiseikka B”.

selytointen avulla pyritään jo ennakolta välttämään. Niinpä prosessinjohtoa käsittelevissä kirjoituksissa mainitaan usein, että prosessinjohdon painopisteen tulee olla valmisteluvaiheessa.[92] Jos vielä pääkäsittelyn aikana ilmenee tarvetta voimakkaaseen aineelliseen prosessinjohtoon, tämän sanotaan olevan merkkinä siitä, ettei valmistelua ole toimitettu asiaan kuuluvalla tavalla.[93]

Mutta kuinka oikeastaan on suhtauduttava tuomarin kyselyvelvollisuuteen niissä tapauksissa, joissa valmistelu ei kaikilta osin ole ”täyttänyt tehtäväänsä” sikäli kuin tehtävänä pidetään faktaväitteiden ainakin pääpiirteittäistä lukkoonlyömistä? Onko kyselytoimia pidetty sallittuina, jos vielä pääkäsittelyn aikana ilmenee tarvetta selventää tai täydentää vetoamislausumia?

Uudempi kotimainen oikeuskirjallisuus näyttää vältelleen vastaamista tähän kysymykseen.[94] Voidaan sanoa, että käsittelyn ajallisella vaiheella on nähty verrattain perustava vaikutus tuomarin konkreettisiin kyselytoimiin. Useimmiten on korostettu, että kyselytoimiin tulee suhtautua varovaisemmin kuin valmistelun aikana.[95] Näin olisi erityisesti silloin, kun kyselytointen kohteena olisivat vielä kokonaan vetoamatta olevat faktaperusteet.[96] Syynä varovaisuutta koskeviin suosituksiin on se, että uudet väitteet voisivat johtaa pääkäsittelyn keskityksen vaarantumiseen.[97]

Bomanin väitöskirjatutkimuksessa asetetaan pääkäsittelyn aikaisille kyselytoimille varsin voimakkaita rajoitteita, jos niiden tarkoituksena olisi täydentää esitettyjä vetoamislausumia kokonaan ”uusilla” faktaperusteilla. Bomanin mukaan kyselyoikeus ulottuu lähinnä vain tapauksiin, joissa asianosaisen vetoamislausuma on aiemmin selostetulla tavalla epätäydellinen. Vetoamatta on tällöin ainoastaan normitunnusmerkistön edellyttämä yksittäinen faktaolosuhde (oikeustosiseikan ns. osatekijä) tai ”yksittäinen oikeustosiseikka”, jos normit edellyttävät samanaikaisesti useamman vakiintuneesti yhtenä kokonaisuutena tarkastellun tosiseikaston olemassaoloa.[98]

Näissä tilanteissa pyrkimys ehkäistä valitusprosesseja on asia-argumenttien vertailussa painavampi näkökohta kuin riski jutun lykkääntymisestä. Vastapuolen mahdollisuus selvitä jo valmistelun aikana ilmoittamallaan todistelulla ei vaarannu liiaksi, eivätkä kyselytoimet siksi useimmiten johtaisi lykkäyksiin. Uudet faktaväittämät eivät nimittäin tätä kriteeriä noudatettaessa useimmiten erkanisi turhan kauaksi asiassa jo esillä olleista tapahtumainkuluista.[99]

---

92 Ks. esimerkiksi HE 15/1990 s. 28; *Jokela* 2004 s. 66; SOU 1982:26 s. 228.
93 Näin *Lappalainen* 2012 s. 991–992. Ks. myös *Leppänen* 1998 s. 208.
94 Vrt. esim. *Lappalainen* 2012 s. 991–992, jossa ei esitetä lähempiä luonnehdintoja sen suhteen, milloin kyselytoimet ovat aiheellisia vielä pääkäsittelyn aikana.
95 Ks. SOU 1982:26 s. 128, jonka mukaan näin tulee tehdä ”ainakin käytännön tasolla”.
96 Ks. esim. *Jokela* 2004 s. 66; *Skoghoy* 2001 s. 714.
97 Ks. *Jokela* 2004 s. 66; SOU 1982:26 s. 128; *Boman* 1964 s. 34.
98 *Boman* 1964 s. 34. Vrt. jaksossa 8.3 esitettävä tyyppitilanne.
99 *Boman* 1964 s. 34.

Kokonaan uusiin faktaperusteisiin tähtäävät kyselytoimet eivät olisi sallittuja pääkäsittelyn aikana muuten kuin poikkeuksellisesti. Mutta edes epäselvien lausumien selventämiseen tai vetoamistarkoituksen varmistamiseen tähtäävät kyselytoimet eivät läheskään aina olisi luvallisia. Edellytyksenä olisi se, että vetoamistarkoitus voitaisiin olettaa joko vetoamisvelvollisen lausuman sanamuodon tai muodollisen esittämisyhteyden nojalla. Bomanin mukaan on vähintäänkin oltava todennäköistä, että asianosaisen tarkoituksena on ollut vetoaminen tai että hän ainakin haluaisi vedota po. seikkaan, jos häntä informoitaisiin seikan merkityksestä. Näin saatetaan olettaa, jos asianosainen mainitsee seikasta muiden tosiasiaperusteiden esittämisen yhteydessä tai vastatessaan vastapuolen väitteisiin.[100]

Sellaisiin faktaolosuhteisiin, jotka on tuotu esiin ainoastaan todistelun kautta, ei kyselytoimia sitä vastoin voida ulottaa.[101] Mahdollisena poikkeuksena Boman mainitsee kuitenkin tilanteen, jossa lykkäysriski on vähäinen. Tällöin vaihtoehtoinen faktaperuste olisi joko riidaton tai näytetty, eikä se toisaalta johtaisi vastapuolen taholta uusiin vetoamistoimiin, toisin sanoen siihen, että vastapuoli joko riitauttaisi aiemmin riidattomia faktoja tai vetoaisi uusiin ns. vastatosiseikkoihin.[102]

Ekelöf ei sitä vastoin ole antanut menettelyn ajalliselle vaiheelle yhtä ratkaisevaa merkitystä. Ekelöf katsoo, että vetoamisvelvollisen tai hänen vastapuolensa pääkäsittelyn aikana mainitsemat faktaolosuhteet pitää ottaa kyselyjen kohteeksi.[103] Perusteluna hän viittaa valitusprosessin yhteydessä odottavaan prekluusion uhkaan. Tämä on ehkä hieman yllättävää yleiseen korostukseen nähden. Edes lausuman ajankohdalla pääkäsittelyn sisällä ei ole yksin ratkaisevaa merkitystä, vaan vetoamistarkoitusta tulisi tiedustella huolimatta siitä, että vaihtoehtoisesta faktaperusteesta olisi mainittu vasta loppulausuman yhteydessä.[104] Joissakin tapauksissa kyselytoimet voisivat olla mahdollisia jopa sen jälkeen, kun asia on jätetty tuomioistuimen ratkaistavaksi.[105]

Uudemmassa kirjallisuudessa Brolin, Rehnström ja Widebeck katsovat niin ikään, että laajaan tosiasioiden kuvaukseen sisältyvät faktaolosuhteet voivat aiheuttaa kyselyvelvoitteen. Toisaalta he katsovat, että kyselytoimilta edellytetyn tavoitetason tulee olla sama kuin valmistelun aikana. Lisäksi toimintaan soveltuisivat samat suositukset kuin valmistelun aikana.[106]

---

[100] Ks. *Boman* 1964 s. 36. Toisaalla Boman huomauttaa, että ainoastaan sellaisten lausumien tarkoitusta tulee kyselytoimin täsmentää, jotka ”hyvällä syyllä voidaan otaksua tarkoitetun vetoamislausumiksi”. (*Boman* 1964 s. 38.)
[101] *Boman* 1964 s. 37, vrt. s. 38–39.
[102] Ks. *Boman* 1964 s. 39. Sitä, mistä viimeksi mainittu voitaisiin tietää, ei kerrota.
[103] *Ekelöf* 1979 s. 278.
[104] *Ekelöf* 1979 s. 279.
[105] *Ekelöf* 1979 s. 278; samoin *Westberg* 1988 s. 650 ja 652–653.
[106] *Brolin – Rehnström – Widebeck* 2008b s. 39.

8.6.2 Arviointia

Valmistelun ja pääkäsittelyn aikaista prosessinjohtoa koskevien säännösten sanamuodot poikkeavat toisistaan tavalla, joka voisi viitata eriävään näkemykseen kyselyvelvoitteiden ulottuvuudesta. Pääkäsittelyä koskevassa säännöksessä (OK 6:2 a) ei mainita tuomioistuimen velvollisuudesta huolehtia siitä, ”että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota” (vrt. valmistelua koskeva OK 5:21). Sitä vastoin säännöksessä puhutaan väljemmin velvoitteesta ”valvoa, että asia tulee perusteellisesti käsitellyksi”.

Tähän eroavuuteen ei kuitenkaan useimmiten ole perustettu kyselyvelvoitteiden ulottuvuutta koskevia suosituksia. Eroavuus ei oikeuta esimerkiksi päätelmään, jonka mukaan pääkäsittelyn aikana ei olisi luvallista kiinnittää vetoamisvelvollisen huomiota kokonaan vetoamatta oleviin faktaperusteisiin.[107] Nähdäkseni tähän ei ole syytäkään, sillä säännökset ovat joka tapauksessa hyvin avoimia. Sellaisina niitä koskevat konkreettiset tulkintasuositukset tulisi ratkaista asianäkökohtien nojalla. Pääkäsittelyn aikaista ulottuvuutta rajoittavat päätelmät olisivat vähintäänkin kiistanalaisia myös sääntelyhistorian valossa.[108]

Kuinka käsittelyn ajallisen vaiheen sitten tulisi vaikuttaa tuomarin kyselytoimintaan? Kun otetaan huomioon käsittelyn jakautuminen tavoitteidensa puolesta kahteen toisistaan perustavalla tavalla poikkeavaan vaiheeseen, on selvää, että kyselytoiminnan tulisi olla jo valmistelun aikana siinä määrin aktiivista, että ne väitteet joihin osapuolet haluavat nojautua, saataisiin esiin mahdolli-

---

[107] Sanamuodosta ei myöskään seuraa, että pääkäsittelyn aikana ainoastaan lausumia selventävä kyselytoiminta olisi sallittua mutta ”rikastava” tai ”täydentävä” kyselytoiminta joko kiellettyä tai sallittua vain poikkeuksellisesti.

Vrt. tosin *Ekelöf* V 1990 s. 74, joka selittää vetoamisvelvollisen laajaan tosiasiakuvaukseen sisällyttämien mainintojen aiheuttavan faktaperusteiden sisältöä koskevan (RB 43:4.2:ssa tarkoitetun) ”epäselvyyden”.

[108] Eroavuuden merkitykseen ei oteta yksityiskohtaisemmin kantaa hallituksen esityksessä. (HE 15/1990 tai HE 79/1993, OK 6:2a:n yksityiskohtaiset perustelut) Pääkäsittelyä koskeva säännös on siirretty suoraan vanhasta laista, yhdistelemällä kahdessa eri säännöksessä olleita määräyksiä (vrt. vanhan lain OK 14:1 ja 14:4), joten sitä koskevat esityöt ovat huomattavan iäkkäitä, ajalta ennen vuoden 1993 alioikeusuudistusta.

Ruotsalaisessa komiteamietinnössä korostetaan vastaavien säännösten (RB 42:8.2 ja RB 43:4.2) periaatteellista soveltumista kumpaankin menettelyvaiheeseen. Ainoastaan käytännön tasolla – asiasyihin viitaten – suositellaan varovaisempaa suhtautumista pääkäsittelyn aikaisiin kyselytoimiin: ”Skälen för och emot processledning är i stort sett desamma, även då ett behov av processledning uppkommer under huvudförhandlingen eller rentav efter denna. Samma lagregler bör därför gälla också för dessa skeden av handläggningen. Men mycket talar för att domaren i praktiken ändå bör vara mer försiktig med processledningen under huvudförhandlingen än under förberedelsen.” (Ks. SOU 1982:26 s. 128.)

Vrt. kuitenkin Reg. prop. 1986/87:89 s. 216–217 hieman suppean tuntuista luonnehdintaa, jonka mukaan pääkäsittelyn aikainen prosessinjohto ”voi” rajoittua sen valvomiseen, että juttu tulee riittävästi käsitellyksi niissä rajoissa, jotka on määritelty valmistelun aikana. Huomattakoon kuitenkin, että säännöksen (pääkäsittelyä koskeva RB 43:4.2) sanamuotoon tässä yhteydessä tehtyjen muutosten mainitaan (s. 217) olevan ainoastaan ”kielellisiä”.

simman täydellisinä, mieluiten lopullisessa muodossaan. Pääkäsittelyn aikana tuomioistuin ei sitä vastoin voi omaksua yhtä avointa asennetta asianosaisten lausumiin kuin mikä on perusteltu valmistelun aikana. Pääkäsittelyyn tultaessa asianosaisten tosiasiaväitteet oletetaan ainakin lähtökohtaisesti esitetyiksi lopullisessa laajuudessaan. Siksi käsittelyvaiheella on hyväksyttävä vaikutus konkreettisiin kyselyratkaisuihin.

Jos vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta kertovaa evidenssiä nousee esiin tai jos asianosainen esittää sellaista koskevia mainintoja pääkäsittelyn aikana, on kyselytoimia kuitenkin voitava kohdentaa uusiinkin faktaväitteisiin.

Tarve kyselytoimiin voi ensinnäkin johtua osaltaan valmistelun aikaisen kyselytoiminnan passiivisuudesta. Ajatuksena on tällöin se, että vastuuta faktaväitteiden selventämisestä tai täydentämisestä on myös tuomioistuimella, jolloin voidaan puhua tätä koskevan velvoitteen laiminlyönnistä. Keskeinen asian arviointiin vaikuttava näkökohta on se, suhtaudutaanko kyselytoimiin ylipäänsä tuomioistuinta vahvasti velvoittavana ilmiönä vai päinvastoin vain tuomarin vapaaseen harkintaan kuuluvana toimintana. Kun näkemystä toiminnan vapaaharkintaisuudesta ei voida hyväksyä, tulisi valmistelun aikaisen passiivisuuden vaikuttaa siihen, kuinka pääkäsittelyn aikaista kyselyjen tarvetta arvioidaan.

Toisaalta on täysin ymmärrettävää, että kyselyihin ilmenee tarvetta vielä pääkäsittelyn aikana. Asiassa relevanttien faktaolosuhteiden merkitystä (tai vetoamisperusteiden menestymisen odotuksia) koskeva ennakointi on yleensäkin vaikea tehtävä. Tähän on monia syitä kuten asioiden oikeudellinen monimutkaisuus tai faktaolosuhteiden tavanomainen vähittäinen selkiintyminen prosessin kestäessä. Nämä ovat toisaalta pääasiallisia syitä siihen, että käräjäoikeusmenettelyn sisäistä prekluusiota ei ole voitu säätää ehdottomaksi ja ettei sitä yleensäkään ole voitu soveltaa kovin ankarassa muodossa.[109]

Mahdollisuus siihen, että oikeus vedota vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen on saatettu menettää käräjäoikeusmenettelyn sisäisen prekluusion vuoksi, ei toiselta puolen vaikuta ratkaisevasti tuomarin kyselyvelvoitteiden arviointiin.

---

[109] Vrt. esim. OLJ 4/2000 s. 96, jossa viitataan epäsuorasti siihen, ettei soveltamiskäytäntö ole muodostunut kovin ankaraksi käräjäoikeusvaiheessa. Ks. myös jaksossa 5.3.3 (s. 184–185) olevia lähdeviitteitä. Ruotsin vastaava säännös (RB 43:10) edellyttää tunnetusti näyttöä uuteen seikkaan vetoavan epälojaalista tarkoituksesta tai törkeästä huolimattomuudesta.

Oikeusriidan osapuolilla ei voi jo vielä oikeudenkäynnin alkaessa olla valmista tai lopullista käsitystä siitä, mitkä tosiseikat ovat oikeusriidan kannalta merkityksellisiä. Ymmärrys tästä kehittyy sitä myötä, kun osapuolet reagoivat toistensa esityksiin ja he saavat asiaan vaikuttavaa informaatiota myös tuomarin toiminnan perusteella. Oikeuskirjallisuudessa on puhuttu vastaavasti tosiasioiden ja normien vuorovaikutuksesta, millä on kuvattu jutussa annettavan ratkaisun pohjana olevan tosiasia- ja normiaineiston muotoutumista ratkaisutoiminnassa. Ks. *Zahle* 1976 s. 32. Ryhtyessään käsittelemään oikeusriitaa myös tuomari joutuu ensiksi luomaan vain alustavan käsityksen asiaan vaikutuksellisista tosiasioista. Alustava käsitys tähän tosiseikastoon soveltuvista normeista puolestaan vaikuttaa siihen, mitkä tosiasiat lopulta muodostuvat relevanteiksi lähemmässä arvioinnissa. Ks. myös *Laukkanen* 1995 s. 158–160.

Asianosaisella saattaa ensinnäkin olla pätevä aihe määräajan ylittymiselle. Eikä säännöstä siis ole tulkittu erityisen ankarasti.

Edellä oleva tarkastelu johtaakin siihen, että myös vetoamatta olevat vaihtoehtoiset faktaperusteet on asetettava pääkäsittelyn aikaisten kyselyjen kohteeksi. Tätä päätelmää puoltavat lisäksi ne vaikeudet, joita liittyy osittain jo vedottujen ja kokonaan vetoamatta olevien faktaperusteiden käsitteelliseen erotteluun (vrt. jo edellä luku 8.4). Onko faktaperuste kokonaan vetoamatta, jos asianosainen on vedonnut vain joihinkin ao. normin edellyttämistä (faktatunnusmerkistöä vastaavista) tosiasiaolosuhteista, mainitsematta kyseeseen tulevaa juridista termiä? Vai tulisiko vetoamislausuman tällöinkin katsoa edellyttävän vain ”täydennystä”, jolloin kyselytoimet olisivat sallittuja? Mistä voidaan tietää, kumpaan ryhmään jokin konkreettinen tapaus pitäisi luokitella? Vastaavanlaisia käsitteellisessä mielessä tyypillisiä rajatapauksia saatetaan esittää lukuisia. Kategorinen tai lähtökohtainen kielto edellyttäisi rajankäyntien kohtuullisen varmaa luotettavuutta ja niihin nojautuvan toiminnan ennustettavuutta.

Nähdäkseni tässäkin tapauksessa näitä luokitteluja tärkeämpi kyselytointen tarpeellisuuteen vaikuttava seikka on se, mitä tiedetään faktaperusteiden olemassaolosta ja soveltumisesta käsillä olevan jutun olosuhteissa. Niinpä esimerkiksi silloin, kun jokin vedottuihin nähden vaihtoehtoinen faktaperuste näyttää todennäköiseltä, oikeudellisesti relevantilta ja lopputuloksen kannalta ratkaisevalta, on ensinnäkin hyvin vahvoja perusteita kyselytoimille. Toisaalta niiden haittavaikutusten, joiden vuoksi pääkäsittelyn aikaisiin kyselytoimiin on suhtauduttu pidättyväisesti, määrä vähenee ja vakavuusaste lievenee. Katsoisin, että näissä tilanteissa tuomarille on tyypillisesti asetettava kyselyvelvollisuus, vaikka po. faktaperuste olisi selkeästi vetoamislausumien ulkopuolella. Joka tapauksessa korostuu tarve sellaisiin punnintoihin, joissa faktaperusteen alustavaan arviointiin ja asialliseen merkitykseen liittyvät näkökohdat voidaan ottaa huomioon.

Mitään selkeää valmistelun aikaisten kyselytointen laiminlyöntiä ei pidä asettaa pääkäsittelyn aikaisen kyselyvelvoitteen edellytykseksi. Kyselyvelvoitteiden määrittely ja laiminlyöntien jälkikäteinen osoittaminen on hankalaa, eikä näihin liittyvää epävarmuutta tule kohdentaa asianosaisen kannettavaksi. Toisaalta pääkäsittelyn aikaisten kyselyjen konkreettinen tarve ei vähene, vaikka laiminlyöntiä valmistelun aikaisissa kyselytoimissa ei voitaisi osoittaa.[110]

---

[110] Edes valmistelun päätteeksi laadittu kirjallinen yhteenveto asianosaisten vaatimuksista ei nähdäkseni vähennä kyselyjen perusteltavuutta, jos jokin asiaan soveltuva vaihtoehtoinen faktaperuste on jäämässä tutkimatta. Yhteenveto auttaa lähinnä varmistamaan, mitä asianosaiset ovat lausuneet valmistelun aikana, joten se vähentää käytännössä juuri lausumien selventämistarkoituksessa tehtävien kyselyjen tarvetta. Yhteenvetopaperin hyväksymisen ei sitä vastoin voida tulkita merkitsevän esimerkiksi luopumista vetoamasta johonkin vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen, jos asianosainen ei ole esittänyt asiasta nimenomaista lausumaa. Asianosaiset nimittäin joutuvat tilanteen pakosta hyväksymään yhteenvedon sen oikeusriitaa ja siihen vaikuttavia faktape-

Jos sitä vastoin kyselytointen tiedetään olleen liian passiivisia (jos oikeuden puheenjohtaja esimerkiksi itse havaitsee tämän tai jos asia voidaan jälkikäteen osoittaa), tämä puoltaa näkemystä vielä pääkäsittelyn aikana aktualisoituneesta kyselyvelvoitteesta.

8.6.3 Väitteiden uudistaminen erityisongelmana

Pääkäsittelyn aikaista tuomarin kyselyvelvollisuutta koskevissa tarkasteluissa on kiinnittänyt erityistä huomiota asianosaisen velvollisuus uudistaa aiemmassa menettelyn vaiheessa vetoamansa väitteet ja vaatimukset. Väittämistaakkasäännöt edellyttävät, että asianosainen vetoaa pääkäsittelyn aikana uudelleen kaikkiin jo valmisteluvaihteessa esittämiinsä tosiasiaväitteisiin ja vaatimuksiin. Vastaavanlainen uudistamisvelvollisuus koskee muutoksenhakua.

Lausumilta edellytetty faktojen yksilöinnin täsmällisyyden aste ja laajuus on periaatteessa sama kuin valmistelun aikana. Usein asianosainen voi käytännössä toteuttaa vetoamisen huomattavan yksinkertaisesti, ilmoittamalla uudistavansa aiemmin esitetyt faktaväitteet sellaisinaan.

Pääkäsittelyn alussa tulisi tuomarin johdolla käydä läpi juuri kysymys osapuolten väitteiden sisällöstä. Väitteiden esittelyn katsotaan palvelevan menettelyn järkiperäisen toteutuksen edellyttämää selkeyttä ja toisaalta vastapuolen oikeusturvaintressiä. On ymmärrettävää, että sekä asianosaisten että tuomarin muisti voi kaivata virkistämistä. Samalla tarjoutuu tilaisuus korjata lausumia koskevia väärinymmärryksiä, prekluusiouhan vuoksi kylläkin rajatussa mitassa. Eräs perustava syy uudistamisvelvoitteeseen on kuitenkin lisäksi se, että asianosaiset ovat voineet valmistelun jälkeen luopua väitteistään tai vaatimuksistaan joiltakin osin.

Millään tavalla toivottavana ei kuitenkaan pidetä sitä, että jokin lausuma jäisi uudistamatta epähuomiossa. Niinpä oikeuskirjallisuudessa tuomarin velvollisuus selvittää kyselyjen avulla väitteissä pysymistä tai niistä luopumista onkin saanut tavanomaista korostuneemman merkityksen. Yleensä tämä mainitaankin tuomarin velvollisuutena.[111]

Voidaan sanoa, että tämä velvollisuus on ymmärretty erityisen vahvana. Muutamissa kirjoituksissa näyttääkin ajatuksena olevan, että tuomioistuimelle kuuluu ainakin osavastuu siitä, että kerran (ainakaan käräjäoikeuden valmistelun aikana) vedotut väitteet ja vaatimukset eivät jää uudistamatta puhtaasti huo-

---

rusteita koskevan ymmärryksensä mukaisesti, joka heillä on käytettävissään valmistelun aikana. Kyselyjä on voitava käyttää siltä varalta, että vetoamatta jääminen johtuisi vaikkapa tietämättömyydestä tai huomaamattomuudesta.

[111] Ks. *Ekelöf* V 1990 s. 73; *Westberg* 1988 s. 692; *Brolin – Rehnström – Widebeck* 2008b s. 39; *Boman* 1964 s. 27 ss. Samoin Reg. prop. 1986/87:89 s. 216 ja HE 15/1990 s. 74.

maamattomuuden takia. Westberg korostaa tätä koskevan laiminlyönnin olevan törkeä menettelyvirhe, joka muodostaa perusteen sekä tavanomaiselle että ylimääräiselle muutoksenhaulle.[112] Brolinin, Rehnströmin ja Widebeckin mukaan tuomarin velvollisuutena on tiedustella asianosaiselta tämän tarkoitusta luopua väitteestä, jos asianosainen ei toista valmistelun aikana vetoamaansa tosiasiaväitettä.[113]

Nähdäkseni tuomioistuimelle tuleekin asettaa viime kädessä vastuu varmistaa asianosaisen suhtautuminen väitteissä pysymiseen tai niistä luopumiseen. Laiminlyönnin on erityisesti tässä tapauksessa oltava tehokas muutoksenhakuperuste.

Merkittäviä argumentteja päinvastaisen kannan tueksi on nähdäkseni tässä kohdin vaikea löytää. Kokemusperäisesti on suuressa määrin todennäköisempää, että asianosainen pitää kiinni valmistelun aikana jo verrattain perusteellisesti valmistelluista väitteistään kuin että hän olisi niistä luopunut. Minkäänlaista vaaraa jutun laajenemisesta tai viivästymisestä (ennakkoarvioihin verrattuna) ei luonnollisesti olisi, kun väitteet pysyvät muuttumattomina.

> Käsitys tuomioistuimelle kuuluvasta vastuusta saa tukea ruotsalaisesta oikeuskäytännöstä, jossa hovioikeuden on katsottu olleen velvollinen selvittämään, aikoiko asianosainen uudistaa hovioikeuden kirjallisen valmistelun aikana vetoamansa vaihtoehtoista faktaperustetta koskeneen tosiasiaväitteen. (Ks. NJA 2004 s. 213.) Väitteessä oli kyse vastaajan tuottamuksesta (rikosasian yhteydessä esitetyn) korvausvaatimuksen faktaperusteena. Kyse oli ns. uudesta väitteestä, johon oli vedottu ensimmäisen kerran vasta muutoksenhakuvaiheessa.

Vastuun asettamista vetoamisvelvolliselle taholle saattaisi perustella ainoastaan verrattain kyyninen pyrkimys supistaa tutkittavien riitakysymysten alaa. Velvollisuus toistaa aiemmat vetoamislausumat toimisi tällöin viranomaiselle sallittuna keinona välttää ottamasta vastaan sellaisia tehtäviä, joita asianosaiset eivät ole yksiselitteisesti vaatineet.

Asianosaisen oikeusturvan varmistaminen perustelisi lisäksi tulkintasääntöä, jonka mukaan asianosaisen on katsottava pysyneen valmistelun aikana vetoamissaan väitteissä, jos hän ei ole nimenomaisesti ilmoittanut luopuneensa niistä joiltakin osin. Tuomioistuimen on nimittäin asianosaistahoja ylivoimaisesti helpompi dokumentoida tätä koskevat tahdonilmaisut. Väitteistä luopumisen kirjaaminen ei ole millään tavoin tuomioistuimen työtaakkaa liiaksi rasittava tehtävä, koskapa asiasta huolehtiminen kuuluu jo nykysääntöjen mukaan tuomarin kaikkein perustavimpiin prosessinjohdollisiin velvoitteisiin.

Näkemykseni mukaan vastaavanlaisen kyselyvelvoitteen tulisi ulottua muutoksenhakuvaiheeseen, vaikka pelkästä väitteiden uudistamisesta ei ehkä voitai-

---

[112] Ks. *Westberg* 1988 s. 687 ja 692.
[113] Ks. *Brolin – Rehnström – Widebeck* 2008b s. 39.

si puhua aivan samassa merkityksessä. Muutoksenhaun yhteydessä asianosaiset joutuvat harkitsemaan valitus- ja vastustamisperusteitaan käräjäoikeuden ratkaisun pohjalta, joten ei ole harvinaista, että vedotut väitteet ja vaatimukset poikkeavat alioikeudessa esitetyistä. Hovioikeuden saatetaan kuitenkin hyvin edellyttää tuntevan käräjäoikeudessa vedotut tosiasiaväitteet ainakin pääpiirteissään.

> Tässä esitettyä tukee nähdäkseni rikosprosessuaalinen ratkaisu KKO 2010:40, jonka mukaan hovioikeus oli velvollinen varmistamaan, oliko syyttäjän tarkoituksena uudistaa aiemmin käräjäoikeudessa esittämänsä vaatimus rikoshyödyn menettämistä koskevan seuraamuksen määräämisestä. Syyttäjä oli asian suhteen vetoamisvelvollinen (RL 10:9.1).[114]
>
> Ruotsalaisessa oikeuskäytännössä hovioikeudella ei sitä vastoin ollut velvollisuutta selvittää, olisiko valittaja halunnut vedota käräjäoikeudessa vetoamaansa vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen. Kyse oli vuokranantajan väitteestä, jonka mukaan vuokralainen oli käyttänyt maa-aluetta muihin kuin laissa mainittuihin tarkoituksiin, minkä johdosta vuokralaisella ei ollut po. lakiin perustuvaa oikeutta jatkaa vuokrasopimusta. (Ks. NJA 1987 s. 450)

8.7 ARVIOINTIA

8.7.1 Argumentaatio ja rajankäynneissä hyödynnetyt kriteerit

8.7.1.1 Nojautuminen tyyppitapausten tunnusmerkkeihin ja sen vaikutus argumentaatioon

Edellä olleen tarkastelun pohjalta havaitaan, että pyrittäessä määrittelemään kyselytoiminnan ulottuvuutta on annettu varsin perustava merkitys sille, onko asianosaisen lausumaa pidettävä jonkin ajatellun faktaperusteen osalta epäselvänä tai epätäydellisenä tai onko faktaperusteen katsottava jääneen kokonaan vetoamatta. Viimeksi mainitussa tapauksessa vetoamislausumat eivät ole tulkinnanvaraisia, eikä vaihtoehtoisen faktaperusteen muodostavaa tosiseikastoa ole vedottu edes osittain.

Valmistelun aikana lausuman epäselvyys tai epätäydellisyys on jo yksin riittävä peruste aiheuttamaan kyselyoikeuden tai – velvoitteen.[115] Sitä vastoin ky-

---

[114] Toisen rikosprosessuaalisen ratkaisun (KKO 2013:98) kohteena olleessa tapauksessa käräjäoikeus oli tuominnut vastaajan rangaistukseen asianomistajan rangaistusvaatimuksen perusteella. Hovioikeus katsoi, ettei asianomistaja ollut enää hovioikeudessa vaatinut rangaistusta käräjäoikeudessa vetoamansa teonkuvauksen perusteella. Harkitessaan, olivatko asianomistajan vaatimukset voimassa, hovioikeuden olisi korkeimman oikeuden mukaan pitänyt nimenomaisesti tiedustella asianomistajalta, oliko hänen tarkoituksenaan yhä vedota käräjäoikeudessa esittämäänsä teonkuvaukseen.

[115] Ks. edellä jaksot 8.3 ja 8.4.

selyjen kohdentaminen kokonaan vetoamatta oleviin faktaperusteisiin edellyttää erityisiä perusteluja ja joidenkin muiden edellytysten täyttymistä. Nämä ovat liittyneet mm. faktaperustetta koskeviin vetoamisvelvollisen tai hänen vastapuolensa mainintoihin, jonkintasoiseen evidenssiin faktaperusteen olemassaolosta ja vetoamistahdon epäsuoraan ilmenemiseen.[116]

Yleinen suhtautuminen kyselytointen sallittavuuteen tai kyselyvelvoitteisiin viimeksi mainitussa tapausryhmässä vaihtelee kohtalaisen suuresti eri kirjoittajien kesken. Tästäkin syystä uusiin, vetoamislausumien ulkopuolelle jääneisiin faktaperusteisiin kohdistuvasta kyselytoiminnasta vallitsee huomattava epävarmuus. Epävarmuus ei kylläkään johdu pelkästään yleisen suhtautumisen vaihtelevuudesta, vaan perustavammin jo yleisestä vaikeudesta määritellä toimintaa ohjaavia kriteerejä. Joka tapauksessa määrätyn faktaperusteen luokittelu yllä mainitussa jaottelussa on siis kyselytoimia ajatellen varsin ratkaiseva.

Toisinaan oikeuskirjallisuudessa ja lainvalmisteluaineistossa on lisäksi esitetty varsin ankariakin lisäedellytyksiä kokonaan uusiin faktaperusteisiin kohdistuville kyselytoimille. Näitä ovat avustajan puuttumista tai asianosaisen vetoamistahdon eräänlaista epäsuoraa ilmenemistä koskevat edellytykset eri tilanteissa.[117]

Vetoamislausumien ulkopuolelle jääneitä faktaperusteita koskevat suositukset on puolestaan sidottu kolmeen uuteen tyyppitilanteeseen. Näistä ensimmäisessä vetoamisvelvollinen on itse maininnut faktaperusteen muodostavasta olosuhteesta joko ohimennen tai todistelutarkoituksessa, toisessa vaihtoehtoinen faktaperuste ”ilmenee” muusta oikeudenkäyntiaineistosta. Viimeksi mainitulla tarkoitetaan, että vetoamisvelvollisen vastapuoli on maininnut faktaperusteesta tai että faktaperusteen olemassaolosta sisältyy oikeudenkäyntiaineistoon kirjallista evidenssiä tai vähintäänkin jokin konkreettinen viittaus, joka antaisi riittävän aiheen epäillä faktaperusteen olemassaoloa. Kyselyoikeuden perustavia olosuhteita ovat toisin sanoen mieluiten vetoamisvelvollisen tai hänen vastapuolensa maininta mutta mahdollisesti myös kirjallinen evidenssi. Kolmannessa tapauksessa kahden ensiksi mainitun tilanteen sisältämät edellytykset eivät täyty, jolloin suhtautuminen kyselytoimiin muuttuu lähtökohtaisen torjuvaksi.[118]

Voidaan sanoa, että kyselyratkaisujen juridinen arviointi kytkeytyy myös näissä rajatapauksissa muodollis-käsitteellisten tunnusmerkkien täyttymiseen, ei niinkään tointen tapauskohtaiseen perusteltavuuteen. Kyselyjen asianosaisvaikutukset tai muutkaan tapauskohtaiset vaikutukset eivät toisin sanoen näytä vaikuttavan merkittävästi kyselyratkaisujen arviointiin.[119] Tätä piirrettä koros-

---

[116] Ks. jakso 8.5.

[117] Ks. jaksot 8.5.2, 8.5.3 ja 8.5.5.

[118] Ks. jakso 8.5.5.

[119] Tämä perustuu joidenkin kirjoittajien ajattelussa yleiseen näkemykseen prosessin erityisestä yhteiskunnallisesta ohjaustehtävästä. Näkemyksen mukaan siviiliprosessin tehtävänä on tukea siviilioikeudellisen sääntelyn tavoitteiden toteutumista yhteiskuntaelämän aloilla.

Boman (TfR 1979 s. 350–351) esittelee tämän näkemyksen myös kyselytointen arvioinnin

taa argumentaation sääntöpainotteisuus. Tyyppitilanteiden tunnusmerkistöineen on ajateltu tarjoavan yksittäistä kyselyratkaisua arvioitaessa riittävän normi-informaation. Tunnusmerkistön täyttyessä tuomioistuimella olisi oikeus kyselytoimiin, muussa tapauksessa ei.[120] Rajatapauksia ajatellen on kehitelty poikkeussääntö, jonka mukaan kyselytoimet ovat sallittuja, jos jokin vaihtoehtoinen faktaperuste esiintyy tyypillisesti vastaavan kaltaisissa olosuhteissa.[121]

Ainakin selvänä päälinjana on, että tointen perusteltavuutta koskeva pohdinta suoritetaan tyyppitilanteisiin liittyvien suositusten yhteydessä. Tämä ilmenee käytännössä siten, että moniin oikeusturvan toteutuksen kannalta merkityksellisiin näkökohtiin – kuten oikeusriitaan vaikuttavasta vaihtoehtoisesta faktaperusteesta kertovan faktatietämyksen vahvuuteen – ei kiinnitetä suurempaa huomiota. Ainakaan tätä näkökohtaa ei ole kytketty systemaattisesti kyselyvelvoitteiden arviointiin. Oikeuskirjallisuuden valossa näyttää epätietoiselta, vaikuttaako faktaepävarmuuden väheneminen konkreettisiin kyselyvelvoitteisiin.[122]

Kyselyvelvoitteisiin vaikuttavina olosuhteina ei oikeastaan esiinny muitakaan sisällöllisiä asianosaisvaikutuksia. Sellaisia saattaisivat olla riitaintressin suuruus tai merkitys asianosaisten kannalta tai asianosaisten sosiaalinen ris-

---

lähtökohtana. Tuomioiden sisällöllisen oikeellisuuden kannalta lähtökohta nousee rajoittavaksi tekijäksi. Vaikka pyrkimys edellyttää huolehtimista tuomioiden oikeellisuudesta, ohjaustehtävän näkökulmasta riittävää on, että valtaosa tuomioistuimissa annettavista ratkaisuista vastaa tosiasioita. Yksittäisen ratkaisun oikeellisuudella – tai muilla yksittäisten asianosaisten intressejä koskevilla ominaisuuksilla – ei tähän nähden ole suurta vaikutusta. Parhaiten ohjausvaikutusta edistää prosessin yleinen tehokkuus (nopeus, halpuus). Ks. myös *Ekelöf* (1984 s. 246–250), joka vastustaa pakottavaan sääntelyyn nojautuvien tosiasiaperusteiden virallistutkintaa vastaajan poissa ollessa sillä perusteella, että se tutkinnan laajentaminen vaarantaisi summaarisen prosessin tehokkuuden siviilioikeudellisen sääntelyn sanktiovaikutusta välittävänä instrumenttina. Ekelöfin teoriasta laajemmin *Ekelöf – Boman* I 1990 s. 7–22.

Vaikka myöhemmät kirjoittajat eivät edes jakaisi tätä näkemystä, alan kirjallisuudessa vakiintuneiden tyypittelyiden ja argumentaation kautta vaikutus näyttää melko suuressa määrin siirtyneen ainakin ruotsalaiseen lainvalmisteluaineistoon ja uudempaan oikeuskirjallisuuteen. Ks. esim. SOU 1982:26 s. 113, jossa mainitaan, että sanktiojärjestelmän toimivuus ei edellytä virallistutkintaa sopimusvapauden piiriin kuuluvissa asioissa. Sitä vastoin riittävää on (tästäkin näkökulmasta) se, että tuomioistuin pyrkii selvittämään mihin seikkoihin asianosaiset tahtovat vedota. Prosessin yhteiskunnallisesta ohjaustehtävästä ja sen vaikutuksesta prosessinormien tulkintoihin esiintyy kylläkin mainintoja myös kotimaisessa prosessikirjallisuudessa. Ks. erityisesti *Virolainen* 1995 s. 85–90. Ks. myös *Lappalainen* 1994 s. 122 alav. 148 tai *Jokela* 2005 s. 199.

[120] Perustunnusmerkistö saattaa tosin täydentyä lisäedellytyksillä kuten avustajan puuttumisella tai vetoamistahdon epäsuoralla ilmenemisellä.

[121] Ks. jakso 8.5.5.

[122] Ks. jakso 8.5.4. Tosiasiatietämyksen merkitykseen näyttäisi viittaavan Norjan siviiliprosessiuudistuksen pohjana ollut hallituksen esitys, jonka mukaan kyselyvelvollisuus ulottuu myös sellaisiin tosiasiaperusteisiin, joita asianosainen ei ole maininnut tai joihin hän ei ole lausumissaan viitannut. Jos tuomioistuin havaitsee asianosaisen tosiasiakuvauksen pohjalta, että asiaan näyttäisi luultavasti soveltuvan jokin vaihtoehtoinen tosiasiaperuste, tuomioistuimen tulisi ryhtyä kyselyihin. Erehdystä tai vastaavia kriteereitä ei hallituksen esityksessä mainita kyselytointen lisäedellytyksenä. (Ot.prp. 51/2004–2005 s. 406–407.)

kinkantokyky. Vaikka pakottavan sääntelyn mahdollinen soveltuminen oikeusriitaan mainitaan usein harkintaan vaikuttavana olosuhteena, tämän näkökohdan konkreettista merkitystä ei ole juurikaan tarkasteltu. Tältä osin on tyydytty mainintoihin, joiden mukaan näissä tilanteissa on harjoitettava tavanomaista voimakkaampaa prosessinjohtoa.[123] Näkemys ei tosin ole kaikilta osin riidaton. Kyselynormien näkökulmasta katsoen sovellettavaksi tulevan yksityisoikeudellisen sääntelyn pakottavuus-ominaisuus muodostaa kuitenkin tapauskohtaista harkintaa edustavan elementin.

Mutta edes yksittäisen kyselyratkaisun konkreettiset prosessitaloudelliset vaikutukset eivät useimmiten muodosta olosuhdetta, joka vaikuttaa välittömästi kyselytointen oikeudelliseen arviointiin. Muussa tapauksessa faktaepävarmuuden vähenemisen tai poistumisen vaikutus olisi aivan toinen kuin nyt.[124] Suositusten tärkein välitön asiaperustelu liittyy kyselytointen oletettuun prosessitaloudelliseen vaikutukseen ao. tyyppitilanteessa. Tätä saatetaan pitää siinä määrin yksipuolisena painotuksena, ettei se voi olla hyväksyttävissä asianosaistahojen oikeuksien näkökulmasta.

8.7.1.2 Tyyppitapausten riittämättömyys ohjaustehtävässä ja tarve kyselyratkaisujen tapauskohtaiseen hyväksyttävyyteen

Näkemys, jonka mukaan tyyppitilanteisiin liitettyjä suosituksia voitaisiin noudattaa sääntöjen tavoin, on huomattavan epätyydyttävä. Ehdotetut säännöt ovat todellisuudessa hyvin väljiä. Niiden pohjana olevat käsite-erottelut ovat heikkoja. Niinpä on usein vaikeasti määriteltävissä, milloin jokin faktaperuste on

---

[123] Ks. *Lindblom* SOU 1982:26 s. 617 tai 1974 s. 246. *Ekelöfin* (1984 s. s. 246) mukaan tuomarin tulisi ”tarpeen vaatiessa” kiinnittää asianosaisen huomiota pakottavan säännöksen tarkoittamaan faktaperusteeseen. Ks. vastaavasti *Virolainen* 1988 s. 333; *Ovaskainen* 1989 s. 93.

Ruotsalainen keskustelu näyttää viittaavan käsitykseen, jonka mukaan näkökohdan motivaatio kytkeytyy yleiseen pyrkimykseen toteuttaa lainsäädännön tavoitteita. Ks. esimerkiksi *Lindblom* SOU 1982:26 s. 617 tai *Ekelöf* 1984 s. 246 vrt. s. 246–250. Edellä on katsottu, että tuomarin velvoitteet voivat nojautua ennen kaikkea suojattujen yksityisten oikeuksien erityiseen vahvuuteen, joka johtuu niiden etujen vähimmäistasoa puolustavasta luonteesta. (Ks. jakso 6.3.)

[124] Sitä vastoin esitetään sellaisia harkintaan vaikuttavia tunnusmerkkejä kuin jutun juridinen vaikeus (*Boman* 1964 s. 41) tai menettelyn (käsittelyvaiheen sisäinen) ajallinen vaihe (*Ovaskainen* 1989 s. 54), joiden motivaatioperusta liittyy lykkäysriskin minimointiin. Mitä mutkikkaampi juttu, sitä luultavammin jonkin asianosaisen mainitseman faktaperusteen jääminen vaille huomiota valmistelun aikana aiheuttaa viivästystä, jos tähän perusteeseen saatetaan vedota vielä pääkäsittelyn aikana (*Boman* 1964 s. 41). *Ovaskaisen* (1989 s. 54) mukaan uutta vaihtoehtoista tosiasiaperustetta ei ole sallittua nostaa keskusteluun enää käsittelyn loppuvaiheessa, sillä tämä aiheuttaa liian suuren riskin jutun lykkääntymisestä. Suositus koskee tilannetta, jossa vetoamisvelvollinen on maininnut faktaperusteesta tai jossa oikeudenkäyntiaineistoon sisältyy faktaperustetta koskevaa näyttöä.

Pääkäsittelyn aikaisiin kyselytoimiin on yleensäkin suhtauduttu lähtökohtaisen kielteisesti. Suhtautuminen on (ainakin pääsääntöisesti) riippumatonta lykkäysriskiin vaikuttavista tapauskohtaisista olosuhteista. Ks. *Boman* 1964 s. 34.

vedottu epäselvästi, milloin epätäydellisesti tai onko se jäänyt kokonaan vetoamislausumien ulkopuolelle. Sama koskee kysymystä, milloin asianosaisen on katsottava ”maininneen” jostakin vedottuihin nähden vaihtoehtoisesta tosiasiaperusteesta. Nämäkin rajankäynnit ovat erityisen pulmallisia avoimia termejä sisältävien tosiasiatunnusmerkistöjen kohdalla.[125]

Ehdotetut kriteerit ovat toisin sanoen riittämättömiä normeeraamaan tuomarin kyselytoimintaa luotettavasti. Ne eivät luo erityisen vahvoja takeita toiminnan ennustettavuudelle. Sitä vastoin ne tosiasiassa jättävät tuomarille laajahkon vapaan harkintavallan alueen.

Jatkossa ehdotetaankin argumentaation laajentamista kyselytointen tapauskohtaisiin vaikutuksiin. Erityisesti vaikutukset asianosaisten intressien kannalta tulisi toisin sanoen ottaa huomioon kyselyvelvoitteiden laajuuteen vaikuttavana olosuhteena. Yksipuolista merkitystä ei tulisi antaa esimerkiksi sille, millä tavoin jokin vaihtoehtoinen faktaperuste on tullut tuomioistuimen huomion kohteeksi, toisin sanoen sille, onko asianosainen maininnut jostakin olosuhteesta ja missä tarkoituksessa.

Monissa tapauksissa tärkeämpi näkökohta olisi nähdäkseni se, kuinka varteenotettava vihje faktaperusteen olemassaolosta ns. laajaan oikeudenkäyntiaineistoon sisältyy tai kuinka luultavana ja vaikutuksellisena faktaperustetta on syytä pitää. Nämä olosuhteet korreloivat paitsi kyselyjen asianosaisen oikeusturvan toteutusta edistävän vaikutuksen myös prosessitaloudellisten vaikutusten suotuisuuden kanssa.

Toisinaan esimerkiksi kirjallinen näyttö vaihtoehtoisesta faktaperusteesta voi olla vahva. Äärimmäisessä tapauksessa jokin asiaan ratkaisevasti vaikuttava olosuhde saattaisi olla jopa notorinen, vaikka oikeudenkäyntiaineistoon ei sisältyisi minkäänlaista konkreettista viittausta sellaisen olemassaoloon. Pitäisikö siis faktaepävarmuuden vähetessä (tai poistuessa kokonaan) pitää kiinni asianosaisen lausumien sanamuotoihin tai vetoamistahdon ilmenemiseen liittyvistä edellytyksistä? Nähdäkseni näin ei tulisi tehdä, vaan kyselytoimiin tulisi ryhtyä jo yksinomaan sillä perusteella, että jonkin vaihtoehtoisen faktaperusteen menestymisen ennuste on vahva.

Asianosaisen vetoamistahdon ilmenemiseen liittyvät edellytykset eivät ylipäänsä ole välttämättömiä (vrt. erehdys tai huomaamattomuus vetoamislausuman puuttumisen syynä). Ne sopivat huonosti tilanteisiin, joissa vetoamislausuman puute on luonteeltaan sisällöllinen eikä esimerkiksi kielellinen tai looginen. Tällöinhän jo lähtökohtana on se, että lausuman tarkoitettuun sisältöön ei sellaisenaan liity epäselvyyttä. Ei ole uskottavaa, että asianosaisen vetoamistarkoitus johonkin tosiasiaperusteeseen voisi kovinkaan usein käydä ilmi jollakin tavoin epäsuorasti.[126]

---

[125] Ks. jakso 8.4.5.

[126] *Ovaskaisen* (1989 s. 57) mukaan erehdyksen asettaminen kyselyoikeuden edellytykseksi

Erehdyksen tai huomaamattomuuden kaltaisten kriteerien motivaatioperusta liittynee oikeuskirjallisuudessa ennen kaikkea prosessitaloudellisiin syihin ja toisaalta yleiseen tarpeeseen rajata kyselyoikeuden ja – velvoitteiden alaa.[127] Järkevänä argumenttina voitaisiin kenties viitata puolueettomuusvaikutelman turvaamiseen. Yksinomaan huoli puolueettomuutta koskevasta vaikutelmasta ei kuitenkaan olisi nähdäkseni riittävä syy rajata kyselytoiminnan alaa. Ajatellen kyselytoiminnan yleisiä pyrkimyksiä kuten asianosaisen vetoamisoikeuden toteutusta tai tarpeettomien oikeudenmenetysten ehkäisemistä erehdys tai huomaamattomuus ovat haitallisia edellytyksiä.

On selvää, että edellytykset eivät liity vetoamisvelvollisen tahdonvapauden kunnioittamiseen. Kyselyjen avulla nimittäin pyritään juuri selvittämään, haluaisiko asianosainen vedota määrättyyn tosiasiaperusteeseen.

Kyselyratkaisujen tapauskohtaista arviointia perustelevat ennen kaikkea asianosaisten oikeusturvaan liittyvät vaatimukset, erityisesti aineellisesti oikeutetun tahon oikeus vaatia oikeuksiensa toteutusta.[128] Keskeinen intressien vastakkaisuus vallitsee kyselytoimin autettavan vetoamisvelvollisen ja hänen vastapuolensa välillä. Edellä on katsottu, että vastapuolella ei ole periaatteellista oikeutta edellyttää tuomarilta passiivisuutta, jos jokin vaihtoehtoinen faktaperuste on näköpiirissä. Käytännöllisestä näkökulmasta katsoen kyselytoiminnan laajenemiseen sitä vastoin liittyy vaara mielivallasta. Kyselytoimia vastaan aiheutuva argumentti liittyy erityisesti kuluriskin kasvuun. [129]

8.7.2 Sääntelyn mahdollisuuksien rajallisuus ja kuinka siihen tulisi suhtautua

8.7.2.1 Sääntelyn suhteellinen tehottomuus

Oikeudellisten rajojen määrittäminen tuomarin kyselytoiminnalle on jo edellä todettu vaikeaksi tehtäväksi. Avoimesti onkin myönnettävä, että kyselytoimintaa ei ole mahdollista säännellä niin tehokkaasti kuin mikä olisi toivottavaa. Kun otetaan huomioon toiminnan verrattain perustava merkitys ajatellen oikeusriidan kohteen määräytymistä, prosessin lopputulosta ja menettelyllistä oikeusturvaa, tästä puutteesta aiheutuva haitta on merkittävä.

---

merkitsisi suorastaan kehäpäätelmää. Vaikka aivan kehäpäätelmästä ei olisikaan kyse, erehdykselle tai huomaamattomuudelle jäisi kylläkin kovin kapea käyttöala kyselytoimia perustelevana olosuhteena. *Ovaskainen* tosin pelkää erehdystilanteita koskevien tulkintojen hallitsematonta laajenemista. Sekin on tietysti mahdollista, johtuen erehdyksen vaikeasta todennettavuudesta.

[127] Muuta erehdyskriteeriä perustelevaa syytä on vaikea keksiä. Ainakaan vetoamisvelvollisen tahdonmuodostus ei ole passiivisuutta edellyttävän ”suojan” tarpeessa. Vrt. toisaalta *Boman* 1964 s. 34–44, jossa suositusten perustelut palautuvat prosessitaloudelliseen näkökohtaan.

[128] Ks. jakso 7.7.4.

[129] Ks. jakso 7.7.5.3.

Kyselytoiminnan ennustettavuutta ei kuitenkaan voida huomattavasti kohentaa mitenkään kevyin keinoin. Ainoa todella merkityksellinen ratkaisu tässä suhteessa olisi kyselytointen sallitun alan verrattain voimakas supistaminen.[130] Kenties tulisi kieltää vetoamatta oleviin faktaperusteisiin kohdistuvat kyselytoimet kokonaan. Mutta jollakin tavoin pitäisi rajata myös ns. selventäviä kyselytoimia. Tämän kaltainen ratkaisu ei kuitenkaan sovi yhteen nykyisille säännöksille asetettujen tavoitteiden kanssa.[131]

Kyselytoiminnalle on asetettu laajoja tehtäviä, joihin varsinkin käräjäoikeuden valmistelun aikana kuuluu pyrkimys varmistaa, että vetoamisvelvollinen huomaa vedota haluamiinsa tosiasiaperusteisiin. Osaltaan tämä velvoite liittyy lainsäätäjän hahmotelmissa huolehtimiseen siitä, että väitteiden prekluusiosta ei aiheutuisi liiaksi aineellisen oikeuden menetyksiä. Prosessinjohdon tärkeänä tehtävänä on vaikuttaa siihen, ettei prekluusiouhka muodostu aiheettoman ankaraksi.[132]

Näin ollen nykymuotoiseen prosessinjohtoon liittyy merkittäviä toiminnan ennustamattomuuteen ja mielivaltaisuuteen liittyviä vaaroja, joita ei ole kovinkaan helppo lieventää. Ratkaisuksi ei käy näköalan kaventaminen entisestään siten, että kyselytoimintaa arvioitaisiin miltei yksinomaan vetoamisvelvollisen lausumien sisällön ja esittämisyhteyden perusteella. Kotimaisessa keskustelussa Ovaskainen on kylläkin korostanut tarvetta määritellä uloimmat rajat, joiden yli menevät kyselytoimet eivät enää olisi sallittuja.[133] Nämä rajat tulisi määritellä ”objektiivisesti”, mahdollisimman yksinkertaisten, asianosaisen lausumien sisältöön ja esittämisyhteyteen kiinnittyvien kriteerien avulla.[134]

Tällä ei näkemykseni mukaan saavutettaisi merkityksellistä etua. Oikeuskirjallisuudessa sovellettujen tyyppitapausten muodollis-käsitteelliset tunnusmerkistöt saattavat antaa vaikutelman siitä, että niiden avulla voitaisiin kattaa käytännössä esiintyvät tilannevaihtoehdot, jotka vielä saatettaisiin sijoittaa näihin

---

[130] Vrt. myös *Ekelöf* 1979 s. 274, joka huomauttaa vastaavasti, että käytännössä miltei mikä tahansa kyselytoimi saattaisi aiheuttaa vastapuolessa epäilyksiä aktiivisen tuomarin puolueellisuudesta. Asianosaisen tarkoitusta selventämään tarkoitetut kyselytoimet voivat nimittäin johtaa sellaisiinkin uusiin lausumiin, jotka eivät siihen asti ole käyneet hänen mielessään.

[131] Ks. esimerkiksi HE 15/1990 s. 27, jossa asetetaan kyselytoiminnan päämääräksi mm. asianosaisen esittämän prosessiaineiston täydentäminen ja rikastaminen. Suppea näkemys kyselytointen tehtävistä ei kylläkään sopisi yhteen edes säännösten (OK 5:21 ja OK 6:2a) sanamuodon kanssa.

[132] Ks. HE 15/1990 s. 126, jossa prekluusiokysymyksen mainitaan olevan ”hyvin läheisessä yhteydessä aineelliseen oikeudenkäynnin johtamiseen alioikeudessa”. Ruotsin kyselysäännösten esitöissä katsotaan nimenomaan prekluusiosäännösten ”edellyttävän vahvaa prosessinjohtoa”. Ks. SOU 1982:26 s. 116.

[133] Ovaskaisen mukaan mm. yhdenvertaisuuden vuoksi on ”tarpeen, että kyselyoikeuden käyttämiselle luotaisiin selkeät puitteet, joissa kyselyoikeuden tulisi pysyä”. Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 51.

[134] Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 35 ja 45. Yksityiskohtaisempien suositusten osalta ks. erityisesti mts. 54–56.

luokitteluihin melko puhtaasti loogisen päättelyn avulla. Vaikutelma on kuitenkin suuresti harhaanjohtava. Käsite-erottelut, joihin tunnusmerkistöjen määrittelyssä nojaudutaan, ovat siinä määrin heikkoja, että niiden soveltamisesta ei voida päästä yksimielisyyteen edes teoriassa.[135] Käytännön tasolla lisäongelmaksi muodostuu jo tarvittavan käsitteistön liiallinen monimutkaisuus tai hienojakoisuus.

Kyselytoiminnan oikeudellisen sääntelyn ongelmat johtuvat tärkeimmältä osin toiminnan luonteesta. Niitä aiheuttaa kyselyratkaisujen tilannesidonnaisuus ja periaatteessa mahdollisten oikeudellisten kanne- ja vastustamisperusteiden monilukuisuus, samoin mahdollisesti relevanttien faktaolosuhteiden jokseenkin rajoittamaton määrä. Tämän vuoksi on mahdotonta poistaa toiminnan ennustettavuuteen tai mielivallan vaaraan liittyviä pulmia kokonaan. Niitä on vaikea edes kovin ratkaisevasti vähentää.[136]

Liian pitkälle menevään skeptisyyteen ei kuitenkaan olisi aihetta. Tuomarin kyselytoimintaa on mahdollista arvioida jälkikäteen, vaikka oikeudenkäynnin aikaisten olosuhteiden luotettavaan selvittämiseen liittyykin ongelmia. Riskiä kyselyvelvoitteita perustelevien olosuhteiden osoittamisesta ei ole välttämätöntä asettaa yksinomaan vetoamisvelvollisen kannettavaksi. Kyselytoimia ohjaamaan tarkoitettu oikeuskäytäntö ei sekään ole jäänyt puuttumaan aivan kokonaan. Missään tapauksessa kyselynormien täsmentäminen ennakkoratkaisujen avulla ei olisi täysin mahdoton tehtävä. Eikä ole erityisen painavaa syytä uskoa, että niiden käytännön vaikutus olisi heikompi kuin vaikkapa prekluusioratkaisujen.

8.7.2.2 Kyselytoiminnan tapauskohtaista hyväksyttävyyttä on mahdollista vahvistaa

Määrätyiltä osin toiminnan oikeudelliseen sidonnaisuuteen tai vapaaharkintaisuuteen voidaan vaikuttaa tietoisilla valinnoilla. Oikeuskirjallisuudessa suositeltuja kriteereitä voidaan arvostella joustamattomuudesta ja tapauskohtaisten vaikutusten ohittamisesta, joka on seurausta harkintaan vaikuttavien näkökohtien kapea-alaisuudesta. Sääntöhakuinen ja muodollis-käsitteellisiin kriteereihin nojautuva ajattelutapa merkitsee osittaista luopumista toiminnan sisällöllisen rationaalisuuden vaatimuksesta. Voidaan sanoa, että yksittäisen kyselytoimen ei edes edellytetä olevan määrätynsisältöinen tai määrättyä tavoitetta toteuttava, koskapa edes yksittäisen ”kyselyratkaisun” prosessitaloudelliset vaikutukset eivät vaikuta välittömästi sen oikeudelliseen arviointiin.

---

[135] Vrt. edellä kysymykset milloin asianosainen on maininnut vaihtoehtoisesta tosiasiaperusteesta, milloin vaihtoehtoinen faktaperuste on kokonaan vetoamaton ja milloin se on vedottu puutteellisesti.

[136] Päätellen kyselytoimintaa koskevien ennakkoratkaisujen niukasta lukumäärästä on lisäksi aihetta jossakin määrin epäillä oikeusviranomaisen intoa asiaa koskevien pyrkimysten suhteen. Erityisesti sellaista oikeuskäytäntöä, jossa hahmoteltaisiin kyselyvelvollisuuden ulottuvuutta uusien faktaperusteiden tai vaatimusten kohdalla, on vähän.

Asianosaisvaikutukset on rajattu oikeudellisen arvioinnin ulkopuolelle vielä voimakkaammin.

Varsinkin vanhemmassa prosessikirjallisuudessa – erityisesti väittämistaakkaoppien kehityksen kannalta tärkeässä ruotsalaisessa kirjallisuudessa – kyselytoiminnan oikeuspoliittinen arviointi nojautuu käsitykseen prosessin tehtävästä edistää siviilioikeudellisen sääntelyn yhteiskunnallisen ohjausfunktion toteutusta. Tätä tehtävää ajatellen myös kyselynormien tulkintasuositukset on pyritty sovittamaan. Luopuminen tapauskohtaisesta rationaalisuudesta ilmenee vanhemmassa kirjallisuudessa myös siten, että kyselysäännösten katsotaan ns. reuna-alueella määrittelevän ainoastaan sen, milloin kyselytoimet ovat sallittuja, ei sitä vastoin tuomarin velvollisuutta kyselytoimiin.[137]

Periaatteellisen kannan tuomarin harkinnan vapauteen tulee olla kielteinen. Ajatus vapaan harkintavallan luovuttamisesta niin perustavassa ja prosessin lopputuloksen kannalta vaikutuksellisessa toiminnassa kuin tosiasiaperusteiden selvittämistä koskevassa prosessinjohdossa ei vastaa nykyisiä käsityksiä oikeudenkäynnille asetettavista vähimmäisvaatimuksista.[138] Niinpä sallitun kyselytoiminnan ja kyselyvelvoitteiden tulee olla kattavuudeltaan yhteneviä. Jos kyselytoimi on sallittu, siihen on oltava myös velvollisuus. Tämä merkitsee sitä, että tuomarilla on oltava velvollisuus kyselytoiminnan hoitamiseen tavalla, joka on asiaa koskevien oikeusnormien valossa parhaiten perusteltu. Samoin kyselyjen laiminlyönteihin tulisi liittää tehokkaita oikeusseuraamuksia.

Aivan yhtä tärkeää on tointen oikeudellisen arvioinnin ulottaminen niiden tapauskohtaisiin asianosaisvaikutuksiin. Näkemystä voidaan perustella ensinnäkin sillä, että kyselytointen oikeudellinen motivaatioperusta liittyy keskeiseltä osaltaan juuri asianosaisen vetoamismahdollisuuden toteuttamiseen. Esimerkiksi kotimainen lainvalmisteluaineisto puhuu monessa kohdin prekluusiouhan vaikutusten lieventämisestä tai tarpeettomien oikeudenmenetysten ehkäisemisestä kyselytoimin tavoiteltavana päämääränä.[139] Toisaalta jo lakiteksti edellyttää tuomioistuimen myötävaikuttavan siihen, että asianosainen kykenee täyttämään vetoamisvelvoitteensa.[140]

Asianosaisvaikutusten huomioon ottaminen kohentaa toisaalta yksittäisten kyselytointen sisällöllistä rationaalisuutta eli edistää kyselyillä tavoiteltavien päämäärien toteutumista. Puhtaasti muodollisen ennustettavuuden lisäksi rat-

---

[137] Ks. edellä jakso 8.5.4 tai *Ekelöf* TSA 1962 s. 220; *Boman* 1964 s. 43–44. Ks. myös Ovaskaisen yllä viitattua lausumaa, jossa korostetaan kyselyoikeuden ulommaisten rajojen tärkeyttä. *Ovaskainen* 1989 s. 51.

[138] Vrt. Suomen perustuslaki 21 § ja EIS 6 art.; ks. myös *Laukkanen* 1995 s. 98.

[139] Ks. HE 15/1990 s. 27 tai 126.

[140] Vrt. OK 5.21 ja OK 6:2 a. Käsitys tästä tehtävästä on vakiintunut myös oikeuskirjallisuudessa. Ks. esimerkiksi *Lappalainen* 1994a s. 121, jonka mukaan tuomioistuimen ”tulisi pyrkiä kontrolloimaan, ettei asianosainen tietämättömyydestä tai erehdyksestä ole jättänyt lisävaatimusta esittämättä tai oikeustosiseikkaan vetoamatta”.

kaisujen sisällöllinen hyväksyttävyys muodostaa yleisen ajattelutavan mukaan oikeudelliseen päätöksentekoon kohdistuvan perustavan odotuksen.[141] Sisällöllinen rationaalisuus liitetään myös mielivallan vastakohtana olevaan ratkaisujen sidonnaisuuteen.

Yksittäisten kyselyratkaisujen saatetaan väittää sivuuttavan täydellisesti asianosaisten menettelylliset oikeudet, jos ne perustuvat yksinomaan yleisiin hyötynäkökohtiin. Asiaan ei tämän ajattelutavan mukaan vaikuta, vaikka asianosainen faktisesti hyötyisi tuomarin toimesta (joko aktiivisuudesta tai passiivisuudesta), jos toimen perusteluna olisivat yleiset hyötynäkökohdat tai syynä puhdas sattuma tai mielivalta.[142]

Konkreettisena keinona parantaa kyselytoiminnan ennustettavuutta voidaan viitata mahdollisuuteen luopua edellytyksestä, jonka mukaan asianosaisen vetoamistarkoituksen tulisi käydä ilmi epäsuorasti hänen prosessitoimistaan tai muista olosuhteista. Tämä on kyselytointen ehtona erityisen epäonnistunut.

Oikeudellisen kontrollin ulottamista kyselytoimintaan palvelee nähdäkseni myös se, että kohtuullisen vankka tietämys vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta ja soveltuvuudesta muodostaisi yksin riittävän syyn kyselyvelvollisuuteen. Tällöinhän voitaisiin karsia vaikeasti selvitettäviä ja arvioitavia lisäedellytyksiä. Ongelmaksi muodostuisi kylläkin se, milloin jostakin vaihtoehtoisesta faktaperusteesta on olemassa riittävä varmuus. Tämän arvioinnissa joudutaan tyytymään verrattain karkeisiin suuntaviivoihin. Kiistattomana etuna olisi kuitenkin kohtalaisen selvien tapausten saattaminen kyselytoiminnan piiriin. Aineellisesti oikeutetun tahon näkökulmasta suurimmat pulmat eivät liity niinkään kyselytoiminnan kaikkein uloimmalle alueelle, vaan ennemminkin niihin tilanteisiin, joissa kyselytoimet ovat kohtuullisella varmuudella sallittuja. Asiallisesti merkittävin ongelma on se, kuinka kyselyvelvoitteiden laiminlyönneistä aiheutuvat oikeusseuraamukset voitaisiin toteuttaa.

---

[141] Ks. esimerkiksi *Lappi-Seppälä* 1987 s. 5 ja 88 tai *Aarnio* 1989 s. 187–189. Oikeuden rationaalisuusehdoista ks. yleisesti myös *Tuori* 1990 s. 16 ss., joka korostaa oikeudellisen ratkaisutoiminnan menettäneen ennustettavuuteen perustuvaa muodollista rationaliteettiaan sääntelyn määrän kasvaessa ja toisaalta muuttuessa huomattavasti aiempaa avoimemmaksi.

[142] Vrt. esim. (jaksossa 7.3 esiteltyyn) oikeuksien valinnan teoriaan, jonka mukaan oikeuksista puhuminen edellyttää mm. ratkaisun perustumista hyötyvän tahon intresseihin. Hyötyvän oikeuksiin liittyy normatiivista voimaa.

Tässä suhteessa ns. periaatekeskustelu nojautuu samaan näkemykseen, edellyttäessään ns. kiperissä tapauksissa optimointikäskyiksi ymmärrettyjen oikeusperiaatteiden soveltamista. Toisin kuin oikeuksien valinnan teorian mukaan, puhe oikeuksista ei esimerkiksi *Alexyn* mukaan kuitenkaan edellytä tapauskohtaista toteutettavuutta, sillä periaateluonteinen oikeus voi joutua väistymään hävitessään punninnassa joko vastapuolen oikeuksia puolustaville periaateargumenteille (*Dworkin*; *Alexy*) tai yleisille intresseille (*Alexy*).

Alexyn mukaan toteutettavuus ei ole oikeuden käsitteellinen ehto, vaan oikeudet tulee voida nähdä perusteina vaatia määrätyn asiaintilan toteuttamista. Niinpä oikeuksista voidaan puhua myös oikeutena vaatia asiaintilaa, jonka periaatetyyppinen normi käskee optimoimaan. (*Alexy* 1995 s. 237; ks. myös *Alexy* 1986 s. 167–168.)

Kolmas keskeinen ehdotus koskee kyselytoiminnan asianosaisvaikutusten nostamista prosessitaloudellisten näkökohtien rinnalle kyselytointen perusteina. Tämän tulisi näkyä erityisesti arvioitaessa yksittäisiä kyselytoimia. Tyyppitilanteisiin nojautuvaa arviointia on joka tapauksessa laajennettava silloin, kun ratkaistaan konkreettisia tulkintaongelmia. Jäljempänä ehdotetaan tilanteiden hahmottamista ns. oikeusperiaatteiden punnintamallina tunnetun argumentaatioteorian avulla.

Esitetyn perusteella ei ole tarkoitus väittää, että ennustettavuuteen tai mielivallan vaaraan liittyvät haitat voitaisiin ehdotettujen keinojen avulla voittaa. Ongelma on kuitenkin kaksisuuntainen. Se koskettaa yhtä hyvin kyselytoimista hyötyvää (vetoamisvelvollisena olevaa) osapuolta. On tärkeää, että tuomarin velvoitteet kytketään riittävän konkreettisiin olosuhteisiin, jotta kyselytoimissa olevien laiminlyöntien osoittaminen ei käy kohtuuttoman vaikeaksi tehtäväksi. Sama koskee toisaalta laiminlyönteihin nojautuvien väitteiden torjumista.[143]

8.7.2.3 Toiminnan oikeuttaminen vastapuolen oikeuksien näkökulmasta

Kyselytoimista hyötyvän vastapuolena olevan asianosaistahon oikeuksien valvomiseen liittyy – kuten jo aiemmin on käynyt ilmi – vähintäänkin yhtä vaikeita pulmia. Näistä periaatteelliselta kannalta merkittävin on se, että sallitun ylittäviin kyselytoimiin ei voida kytkeä tehokkaita oikeusseuraamuksia.[144] Normien rikkomiseen liittyvien oikeusseuraamusten näkökulmasta tilanne näyttää toisin sanoen hieman epäsymmetriseltä, vetoamisvelvollista suosivalta.

Vastapuolen oikeuksien näkökulmasta herääkin kysymys, kuinka mielivaltaisen käytännön vaaran sisältävä kyselytoiminta ylipäänsä voidaan oikeuttaa. Varsinkin kun oikeusseuraamukset puuttuisivat jopa niissä tilanteissa, joissa valtuudet olisi selvästi ylitetty. Edellyttäisikö vetoamisvelvollisen vastapuolen intressi joka tapauksessa vähintäänkin kyselyvelvoitteiden suppeaa tulkintaa?

Kysymykseen vastaamisen on edellä katsottu edellyttävän näkökulman laajentamista vetoamisvelvoitteiden järjestelmään kokonaisuudessaan.[145] Väittämistaakkaa, väitteiden prekluusiota ja kyselytoimintaa tulee tarkastella yhtenä järjestelmänä. Tällöin voidaan sanoa, että kyselytoiminnan oikeutus liittyy nimenomaan vetoamisvelvoitteiden ja niitä tehostavan väitteiden prekluusiouhan haittavaikutusten lieventämiseen. Näistä instituutioista kaksi ensiksi mainittua on säädetty keskeisiltä osin vetoamisvelvollisen vastapuolen intressissä kun

---

[143] Vaikkakin laiminlyönnin toteavan mutta virheellisen ratkaisun haitat kohdistuvat pääosin julkiseen tahoon.

[144] Näkemystä on perusteltu edellä jaksossa 7.9.4 (s. 379). Ei voida pitää hyväksyttävänä, jos asianosainen menettäisi vetoamisoikeutensa tuomarin virheen vuoksi.

[145] Ks. edellä jakso 7.7.5.2 (s. 359–360).

taas tuomarin kyselyvelvollisuus palvelee voittopuolisesti vetoamisvelvollisen intressejä.[146]

Sääntelyyn liittyy huomattava määrä tulkinnanvaraisuutta jokaisella järjestelmän osa-alueista. Toisin sanoen myös vetoamisvelvoitteiden lähempää sisältöä ja prekluusion edellytyksiä (ml. aiheen pätevyys) määrittelevät normit jättävät lainkäyttäjälle merkittävästi harkintavaltaa. Asianosaisen näkökulmasta normien tulkinta on osin vaikeasti ennustettavaa.[147] Tämä seikka osoittaa sen, että tuomioistuimelle luovutetun harkintavallan haitat kohdistuvat yhtä lailla oikeudenkäynnin kumpaankin osapuoleen. Niinpä saatetaan sanoa, että kyselytoiminnan puutteelliseen kontrolloitavuuteen liittyvä haitta on kustannus, joka aiheutuu siitä, että vetoamisvelvollisen vastapuolen oikeuksista kuten kuulemisoikeudesta tai tarpeettomien kustannusten torjumisesta pyritään huolehtimaan vetoamisvelvoitteen ja prekluusiouhan avulla.

Instituutioiden soveltamisesta aiheutuvien haittavaikutusten (väärä tai perusteiltaan mielivaltainen ratkaisu) vertailussa kyselytoiminnan haitat eivät nouse väittämistaakka- ja prekluusioinstituution haittoja painavammiksi. Päinvastoin merkittävämpi haitta aiheutuu tyypillisesti vetoamisoikeuden lopullisesta menettämisestä, joka on vetoamatta jäämisen ja prekluusion asianosaistahoon kohdistuva seuraamus.[148]

8.7.3 Vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaoloa ja soveltumista koskeva tietämys kyselyvelvoitteita perustelevana olosuhteena

8.7.3.1 Johdanto

Voitaisiinko vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltumista koskevalle tietämykselle antaa edellä hahmotetulla tavalla aiempaa vahvempi merkitys tuomarin kyselyvelvoitteita perustavana olosuhteena? Lähemmin määriteltynä pulmassa on kyse siitä, tulisiko vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltumista koskevan näytön vahvistuminen ottaa huomioon tapauskohtaisesti kyselyvelvoitetta vahvistavana olosuhteena. – Tai tulisiko kohtuullisen vankan tietämyksen muodostaa yksinkin riittävä peruste kyselyvelvoitteelle?

Asiaa tarkastellaan seuraavassa kyselytoiminnan oikeudellisen kontrolloitavuuden (ja aineellisesti oikean ratkaisun tavoitteen kannalta saavutettavissa olevien hyötyjen) näkökulmasta. Tässä tarkoitettuja olosuhteita olisivat (a) ve-

---

[146] Huomautus koskee asianosaisten keskinäissuhdetta. Luonnollisesti kaikkiin liittyy lisäksi voimakas yhteisöllinen intressi.

[147] Vaikka vetoamisvelvoitteiden osalta epävarmuus on vähäisempää, sen merkitys on laadultaan perustavaa. Vetoamisvelvoitteiden sisältö ja jakautuminen muodostaa nimittäin järjestelmän käsitteellisen lähtökohdan, ehdon muiden instituutioiden tarkastelulle.

[148] Ks. jakso 7.7.5.2 (s. 359–360).

dottuihin nähden vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltumista koskeva tietämys, (b) oikeudenmenetyksen todennäköisyys faktaperusteen jäädessä vetoamatta ja (c) pakottavan siviilioikeudellisen sääntelyn soveltuminen käsiteltävänä olevaan oikeusriitaan.

Varsin usein sanotaan jo prosessin aikana olleen nähtävissä, että oikeusriitaan olisi soveltunut jokin vedottuihin nähden vaihtoehtoinen faktaperuste ja että siihen vetoaminen olisi muuttanut jutun lopputulosta vetoamisvelvollisen eduksi. Tällöin huomio kiinnittyy siihen, mitä kaiken käsillä olevan (ns. laajan oikeudenkäyntiaineiston) perusteella tiedetään yhtäältä osapuolten väliseen oikeussuhteeseen liittyvistä tosiasioista ja toisaalta niiden oikeudellisesta merkityksestä.

Jos vaihtoehtoinen faktaperuste näyttäisi soveltuvan sen hetkisen oikeudenkäyntiaineiston valossa, saatetaan kysyä, tulisiko tuomarin selvittää, haluaisiko asianosainen vedota po. faktaperusteeseen. Erikoistapauksena puhutaan usein pakottavan yksityisoikeudellisen sääntelyn soveltumisesta oikeusriitaan. Mainitaanhan usein juuri pakottavan sääntelyn soveltumisen vaikuttavan siihen, millä tavoin tuomarin tulisi harjoittaa kyselytoimintaa.[149]

Kyselytoimet sijoittuvat yleensä ajallisesti prosessin varhaisiin vaiheisiin ja joka tapauksessa näytön vastaanottamista ja ratkaisuharkintaa aikaisempaan vaiheeseen, joten kyse on alustavasta arvioinnista. Mitään tulevien tapahtumainkulkujen ennustamista tähän ei ole tarpeen sisällyttää, vaan arviossa on perusteltua pitäytyä arviointiajankohtana tuomioistuimen tiedossa oleviin olosuhteisiin (ks. jäljempänä jakso 9.4).

8.7.3.2 Kuinka torjuvaa asennetta on perusteltu tai voidaan perustella?

Kielteistä vastausta yllä esitettyihin ehdotuksiin saatettaisiin perustella sillä, että (1) tutkimatta lopullisesti jutun faktoja ei voida tietää, soveltuisivatko määrätyt säännökset tai määrätty faktaperuste asiaan. Siksi päättely lähtisi liikkeelle väärästä suunnasta nojautuessaan valmiiseen lopputulokseen.[150] Totta onkin, että kyselytoiminnan kriteerinä vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltuminen pohjautuisi vielä puutteelliseen faktainformaatioon. Kun lopullinen oikeudenkäyntiaineisto ei ole selvillä siinä vaiheessa, jolloin kyselytoimia joudutaan harkitsemaan, käsitys po. sääntelyn soveltumisesta saattaisi osoittautua virheelliseksi.

---

[149] Ks. edellä jakso 6.3.5 tai 6.3.7 e-kohta.

[150] Vetoamisvelvoitteiden järjestelmät on sitä paitsi kehitelty juuri siitä syystä, että viime kädessä tuomarin mahdollisuudet hankkia asianosaisten välistä oikeussuhdetta koskevaa (”ulkoprosessuaalista”) tietämystä ovat rajalliset. Ks. *Boman* 1964 s. 26–27. Ks. myös *Olivecrona* 1966 s. 208–209, joka puhuu vetoamisvelvoitteista ja tosiasioiden suksessiivisesta relevanssista käytännön välttämättömyytenä.

Tämä johtuu erityisesti siitä, että valmistelun aikana (ja yleensäkään prosessin alkuvaiheissa) tuomari ei vielä ole ehtinyt tutustua todisteisiin ainakaan syvällisemmin. Lisäksi useimmiten ei ole tiedossa, mitä todisteita vastapuolella olisi esitettävänään. Autettavan tahon vastapuoli saattaisi toisaalta esimerkiksi vedota johonkin vasta-argumentin aiheuttavaan asiaintilaan, joka vähentäisi tai muuttaisi vedottujen uusien faktojen merkitystä. Väittämistaakkatermein vastapuolen vetoamislausumat saattaisivat torjua uusien faktojen oikeudellista merkitystä tai ne voisivat muodostaa kokonaan uuden vastatosiseikan.

Toisaalta on huomautettu, että (2) osa faktaolosuhteista jäisi joka tapauksessa tietämättömiksi tuomarin kyselytoimista huolimatta. Mitkään ponnistelut, joihin tuomari velvoitettaisiin, eivät voisi varmistaa aineellisesti oikean ratkaisun saavuttamista.[151] Vahvimpien vastanäkemysten mukaan prosessin sääntöjä tulisi näistä syistä arvioida pääasiallisesti lopputuloksesta riippumattomien näkökohtien perusteella.[152]

Mahdollisuuksien rajallisuudelle on yleensäkin tunnustettava oma merkityksensä kyselytointen ulottuvuuden määrittelyssä. Yllä mainittujen näkökohtien merkitystä ei toiselta puolen tulisi liioitella. Prosessin aikana saattaa luonnollisesti käydä ilmi kaikenlaista. Yllätyksetkin ovat mahdollisia. Sellaisten mahdollisuus ei kuitenkaan tee kyselytoimia millään tavoin tarkoituksettomiksi, sillä jutun kohtuullisella selvittämisellä ja asianosaisen vetoamismahdollisuuden varmistamisella on oma arvonsa. Lisäksi vetoamisvelvollisella itsellään on luonnollisesti mahdollisuus reagoida (tuomaria paremman faktatietämyksensä pohjalta) siten, että hän pidättyy uusista vetoamistoimista (vrt. 1). Toisekseen on täysi syy uskoa, että varsin usein tuomari käytännössä saattaa nimenomaan laajan fakta-aineiston pohjalta havaita olosuhteita, joiden saattaminen tutkittavaksi vaikuttaa ratkaisevasti jutun lopputulokseen (vrt. 1 ja 2).

Periaatteellisestikin skeptinen suhtautuminen aineellisen totuuden tavoitteeseen taas ei nähdäkseni sellaisenaan kelpaa syyksi torjua kyselytoimia, kuten jo aiemmin on todettu (vrt. 2). Yleisesti ottaen jutun perusteellisempi tutkinta ainakin edistää aineellisen totuuden saavuttamista, vaikkakaan ei takaisi sitä täydellä varmuudella.

Vakavampi pulma liittyy nähdäkseni (3) vaikeuteen selvittää arviointiin vaikuttaneita prosessuaalisia olosuhteita jälkikäteen. Kun kyselytointen riittävyyttä joudutaan arvioimaan esimerkiksi muutoksenhaun yhteydessä, lisävai-

---

[151] *Leppänen* 1998 s. 52; *Boman* 1964 s. 26–27.

[152] Leppäsen mukaan se, millä tavoin menettely vaikuttaa aineellisen oikeuden toteutumiseen, ei juuri vaikuta prosessin oikeudenmukaisuuteen. Siksi tulisikin pyrkiä nimenomaan ”menettelyllistä oikeudenmukaisuutta” varmistaviin kriteereihin. Ks. *Leppänen* 1998 s. 52. Vastaavasti *Olivecronalle* (1966 s. 205–220) tosiasioiden suksessiivinen relevanssi (täydennettynä suksessiivisella verifikaatiolla) on menettelyllinen keino, jonka avulla vältetään niitä karikkoja, joihin liiallinen (epärealistinen) pyrkimys aineellisesti oikean ratkaisun saavuttamiseen voisi johtaa. (Ks. lähemmin jaksossa 3.5.2.4 esitettyä.)

keuksia aiheutuu niiden olosuhteiden selvittämisestä, joissa kyselyratkaisut on aikanaan tehty. Näkemykseni mukaan näitäkään pulmia ei tulisi asettaa esteeksi arvioida kyselytoiminnan asianmukaisuutta. Ennen kuin otetaan kantaa näihin vastaväitteisiin (1 ja 3), on aiheellista tarkastella lyhyesti faktatietämykselle annettua merkitystä oikeuskirjallisuudessa.

8.7.3.3 Faktatietämyksen rooli osana prekluusion edellytyksiä

Saattaa olla jälleen aihetta pieneen vertailuun, joka kohdistuu aiheen pätevyysperusteisiin prekluusion estävänä perusteena. Tärkeimpiin aiheen pätevyysperusteista lukeutuu tunnetusti se näkökohta, että vetoamatta jättämistä vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen olisi pidettävä perusteltuna ratkaisuna prosessitaloudellisista syistä. Tällöin vasta jokin määräajan mentyä tietoon tullut, ennalta arvaamaton tapahtuma tai olosuhteiden muutos aiheuttaa sen, että vaihtoehtoinen vetoaminen muodostuu aiheelliseksi. Tämän johdosta joko jo vedottujen faktaperusteiden menestymisen näkymät heikkenevät tai osoittautuvat luultua heikommiksi tai vaihtoehtoisen faktaperusteen menestymisen odote huomattavasti paranee.[153]

Niinpä, jos vetoamisvelvollinen kykenee osoittamaan, että vetoamatta jättäminen on alun perin ollut prosessitaloudellisesti perusteltua, hän säilyttää vetoamisoikeutensa. Tähän anteeksiantoperusteeseen on suhtauduttu jossakin määrin pidättyvästi siksi, että faktaperusteiden menestymisen näkymien alustavaan arviointiin liittyy erityistä epävarmuutta, eikä vetoamisvelvolliselle ole tahdottu myöntää liian laajaa mahdollisuutta vedota niiden pohjana olleiden olosuhteiden muuttumiseen.[154]

Vertailun kannalta tärkeämpää on kuitenkin se, että nimenomaan prekluusiouhan asettamisen voidaan sanoa merkitsevän käytännön näkökulmasta vaatimusta prosessitointen perustamisesta huomattavan onnistuneeseen eri vetoamisvaihtoehtojen alustavaan arviointiin. Tämä vaatimus kohdentuu vetoamisvelvollisena olevaan asianosaistahoon. Vetoamisvelvollisen näkökulmasta voidaan jopa puhua ennusteista, sillä hänen riskikseen jää suurelta osin epävarmuus siitä, kuinka prosessuaaliset olosuhteet (mm. vastapuolen väitteet ja selvityksen kertyminen) kehittyvät.[155] Päätökset on tehtävä varsin varhaisessa vaiheessa, viimeistään suullisen valmisteluistunnon aikana. Mahdollisuuksien mukaan lausumien odotetaan tosin olevan lopullisia jo ennen suullisen valmistelun alkamista.[156]

Tarkastelu toisin sanoen osoittaa, että tämä vaativa velvoite on asetettu ve-

---

[153] Ks. edellä jakso 5.4.3.3 kohta 11 (s. 208–210) ja jakso 5.6.7 kohta10 (s. 250–251).

[154] Näyttövelvollisuus aiheen pätevyydestä ja näin ollen myös arvioinnin edellytysten muuttumisesta on vetoamisvelvollisella asianosaistaholla.

[155] Esimerkiksi *Lindell* (1993) puhuu nimenomaan vaihtoehtoisen faktaperusteen menestystä koskevista ennusteista.

[156] Vaikkakin vielä valmistelun aikana korjaukset ja täydennykset ovat sallittuja.

toamisvelvolliselle, vaikka virheriski kohdentuu asianosaisen menettelyllisessä mielessä varsin perustavan oikeuden, vetoamisoikeuden menettämiseen. Miksi siis vaihtoehtoisten perusteiden alustava arviointi olisi ylivoimaista juuri kyselyvelvoitteiden perusteena? Myöskään edellisessä jaksossa (8.7.2) suoritetun seuraamusvertailun valossa niin ei pitäisi olla. Virheellisestä ratkaisusta aiheutuvien haittojen vakavuusaste on ainakin yksittäistapauksessa pienempi myönteisen kyselyratkaisun kuin vetoamisoikeuden menettämiseen johtavan prekluusioratkaisun kohdalla. Lisäksi virheellisten prekluusioratkaisujen haitat kohdistuvat suurelta osin julkiseen intressiin.

Epävarmuuden aiheuttajat ovat pääpiirteissään samoja tai samansuuntaisia. Kummassakin tapauksessa alustavia menestymisen näkymiä joudutaan arvioimaan jälkikäteen. Väärän päätöksen riski puolestaan lienee vähintäänkin yhtä suuri tai suurempi arvioitaessa sitä, onko asianosaisella ollut hyväksyttävä prosessitaloudellinen syy vetoamatta jättämiseen.[157]

8.7.3.4 Faktatietämys kyselytoiminnan oikeudellisen kontrolloitavuuden näkökulmasta

Yllä esitettyjen ehdotusten tueksi on aiemmin jo viitattu asianosaisen oikeusturvaintressin toteutukseen ja prosessitaloudellisiin näkökohtiin.[158] Lisäksi on selvää, että pakottavaan yksityisoikeudelliseen sääntelyyn perustuvien oikeuksien prosessuaalinen suoja edellyttää päättelyä, joka nojautuu faktojen alustavaan arviointiin. Jos faktaperusteiden alustavaan arviointiin ei voitaisi nojautua, olisi hankalaa asettaa pakottavan sääntelyn suojaamia vetoamisperusteita erityisasemaan.

Mutta kuinka hyvin faktaperusteiden menestysnäkymiin nojautuva tarkastelu sopii yhteen kyselytoiminnan kontrolloitavuuden ja ennustettavuuden kanssa? Aiheuttaako se kohtuuttoman vaaran toiminnan alan hallitsemattomasta laajenemisesta? Vastauksen kannalta keskeistä on, että ne muut olosuhteet, joiden varaan kyselytoiminnan oikeudellinen kontrolli kenties voitaisiin perustaa, eivät näytä muodostavan ainakaan sen luotettavampaa pohjaa kyselyvelvoitteille.

Pyrittäessä hahmottelemaan yhtäältä kyselytointen tarvetta ja toisaalta kriteereitä, saatetaan edellä olleen tarkastelun valossa nojautua ensinnäkin (1) vetoamislausumien sisältöön ja siinä mahdollisesti havaittaviin tulkinnanvaraisuuksiin tai ristiriitaisuuksiin. Kyselytoimiin voisivat toisaalta antaa aiheen (2) asianosaisen muut lausumat, jotka kenties olisivat ristiriidassa varsinaisten vetoamislausumien kanssa tai viittaisivat tarkoitukseen tehdä vedottuihin nähden

---

[157] Aiheen pätevyysharkinnassa joudutaan vertailemaan kahden faktaperusteen – vedotun ja vetoamatta jääneen – menestymisen näkymiä. Lisäksi on arvioitava, mitkä mahdollisesti yllättävistä prosessin aikaisista tapahtumienkuluista (uusi faktatieto, yllättävät todisteluväitteet) vetoamisvelvollisen olisi pitänyt kyetä ennakoimaan.

[158] Ks. esimerkiksi jaksot 7.7.3 ja 7.7.4.

vaihtoehtoisia väitteitä. Kumpikin luonnollisesti edellyttää tapaukseen soveltuvan juridiikan alustavaa arvioimista, vähintäänkin tosiasiaväitteiden kautta vedottujen normien huolellista huomioon ottamista.

Voidaan myös antaa merkitystä (3) lausumien esittämisyhteydelle, johon on käytännössä nojauduttu sallitun kyselytoiminnan alaa rajaavana perusteluna.[159] Lisäksi on kiinnitetty huomiota (4) vastapuolen lausumiin kyselytoimia perustelevana olosuhteena, johtuen muun muassa siitä, että vastapuolen maininta (tai ennakollinen vastustus) jostakin vetoamisvelvoitteen alaisesta faktaperusteesta saattaisi aiheuttaa väärinkäsityksiä sen suhteen, mitkä faktaväittämät ovat tulleet osaksi ns. laillista oikeudenkäyntiaineistoa.[160] Yhteistä on, että näiden olosuhteiden katsotaan indikoivan jotakin asianosaisen vetoamistahdosta tai siitä, kuinka asianosainen on ymmärtänyt prosessin aikana keskusteltavaksi tulleen oikeusriidan kohteen.

Mitä asianosainen on oikeudenkäynnin aikana täsmällisesti ottaen lausunut tai mitkä ovat olleet lausuman asiayhteys ja esittämisolosuhteet, on usein vaikea ryhtyä selvittelemään jälkikäteen. Erityisesti tämä koskee suullisia lausumia ja kirjallisiin lausumiin tehtyjä täsmennyksiä tai täydennyksiä, riippumatta siitä, onko näihin toimiin ryhdytty valmistelun vai pääkäsittelyn aikana.[161]

Mutta vielä hankalampi ongelma on se, kuinka lausumien sanamuotoja tulisi tulkita kyselyvelvoitteita ajatellen. Milloin lausuma sisältäisi riittävän indision, joka oikeuttaisi tai velvoittaisi tuomarin kyselytoimiin? Erityisen pulmallisia edellytyksiä olisivat vetoamatta jäämisen johtuminen erehdyksestä tai tietämättömyydestä. Samoin sellaiset edellytykset kuin että vetoamisen johonkin vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen tulisi voida sanoa ”roikkuvan ilmassa”.[162]

Oikeastaan tämän kaltaisten kriteerien kanssa tullaan saman ongelman eteen kuin yleisissä vetoamislausumien tulkintaopeissa. Edes kohtalaista varmuutta asianosaisen tarkoituksesta on mahdoton saavuttaa silloin, kun etäännytään sanamuodon mukaisesta sisällöstä. Toisaalta kyselytoiminnan tarkoituksena juuri on selvittää, mihin seikkoihin asianosainen joko on tarkoittanut vedota tai haluaisi vedota. Jos tässä suhteessa tulkintaohjeet olisivat riittäviä, ei kyselyjä tarvittaisi.

Yleensäkin on syytä uskoa, että vaihtoehtoisiin faktaperusteisiin kohdistuva kyselytoiminta nojautuu käytännössä osaltaan jonkinlaiseen käsitykseen po. vetoamisperusteen soveltumisesta. Tuomarin kyselytoimia toisin sanoen moti-

---

[159] Ks. esimerkiksi *Boman* 1964 s. 36, jonka mukaan asianosaisen pääkäsittelyn aikana mainitsemat oikeustosiseikat voitaisiin ottaa kyselytointen kohteeksi, jos maininta sijoittuu kanneperusteiden esittämisen tai vastapuolen väitteisiin vastaamisen yhteyteen. Tällöin voitaisiin nimittäin päätellä, että asianosainen haluaisi vedota tuohon seikkaan, jos häntä informoitaisiin asian merkityksestä. Ks. myös SOU 1982:26 s. 125. Lausumien esittämisyhteys saa merkitystä kaikissa niissä suosituksissa, joissa edellytetään vetoamistahdon epäsuoraa ilmenemistä.

[160] Ks. esim. *Olsson* 1964 s. 141 ja 144. Ks. laajemmin jakso 8.3 ja siinä viitattu kirjallisuus.

[161] Ks. tämän johdosta myös jaksoa 5.5.3.

[162] Vrt. SOU 1982 s. 125; *Virolainen* 1988 s. 281. Ks. myös edellä jaksoa 8.7.1 tai 8.5.5.

voi useimmiten alustava näkemys siitä, että vaihtoehtoinen faktaperuste saattaisi konkreettisestikin soveltua tapaukseen.[163] Tämä näkökohta on edellä kerrotulla tavoin huomioitu myös kyselytoiminnan oikeudellisessa arvioinnissa.[164] Tässä ehdotetaan kyselytoiminnan arviointiin vaikuttavien olosuhteiden karsimista. Ainakin siltä osin kuin tahdon ilmenemiseen liittyvistä edellytyksistä luovutaan, kyselyvelvoitteiden kriteerit joka tapauksessa yksinkertaistuisivat.

Toiselta puolen esiintyy runsaasti tilanteita, joissa jonkin vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltuminen vaikuttaa hyvinkin selvältä tai ainakin todennäköiseltä ns. laajan oikeudenkäyntiaineiston valossa. Asiasta saattaa sisältyä oikeudenkäyntiaineistoon esimerkiksi vahvaa kirjallista näyttöä.

Lisäksi on otettava huomioon mahdollisuus nojautua asianosaisten lausumiin ja heidän ilmoittamaansa todisteluun, joiden pohjalta saatetaan tehdä päätelmiä vaihtoehtoisten faktaperusteiden soveltumisesta. Jopa täysin riidattomista tosiasioista saattaa toisinaan aiheutua muita kuin vedottuja oikeusseuraamuksia. Näihin tosiasioihin ei aina ole vedottu väittämistaakan edellyttämässä merkityksessä.

Oman lukunsa muodostavat avoimin termein säännellyt faktatunnusmerkistöt. Tyypillisesti esimerkiksi sopimuksen tai vaaditun vahingonkorvauksen kohtuullisuutta saatetaan arvioida monien oikeudenkäynnin aikana esille tulevien faktaolosuhteiden pohjalta. Tämä johtuu asiaan vaikuttavien olosuhteiden laajasta piiristä, mikä on yhteistä avoimia termejä sisältävälle sääntelylle. Mutta yhtä hyvin yksinkertaisten tosiasiaedellytysten täyttyminen voidaan toisinaan päätellä suoraan asianosaisten lausumien pohjalta.

Keskeisistäkin olosuhteista saattaa joskus olla asianosaisten täysin yhtäpitävä lausunto tai niitä voidaan pitää tavallaan notorisina asianosaisten lausumien valossa. Esimerkiksi ratkaisun KKO 1998:81 kohteena olleessa oikeusriidassa tällainen seikka oli vahingon aiheutuminen työssä, joka aiheutti oikeudellisessa mielessä yhtäältä vastuun kanavointia koskevien normien soveltumisen tapaukseen. Tämän johdosta vahingonkärsijän tuli kohdistaa korvausvaatimuksensa ensisijaisesti työnantajaan. Toisaalta asiaan soveltui vahingonkorvauslain työntekijän korvausvastuun kohtuullistamista koskeva säännös. Jutussa nimittäin ravintolan asiakas oli vaatinut korvausta hänet väkivalloin poistaneelta vahtimestarilta. Perinteisten väittämistaakkaoppien mukaan vastaajan olisi pitänyt vedota nimenomaan siihen, että vahinko oli aiheutettu työssä. Lisäksi hänen olisi pitänyt nimenomaisesti vaatia vastuun kohdentamista ensisijaisesti työnantajaan.[165]

---

[163] Ks. myös *Westberg* JT 1995/1996 s. 90, jonka mukaan vetoamistahtoa indikoivat edellytykset ovat käytännössä lähinnä lisäedellytyksiä siihen perusedellytykseen nähden, että vaihtoehtoisen oikeustosiseikan uskotaan voivan soveltua tapaukseen.

[164] Oikeuskirjallisuudessa määrätyn tasoinen ennuste (tai ainakin oikeudenkäyntiaineiston sisältämä konkreettinen viittaus) faktaperusteen soveltuvuudesta esitetään kyselyjen vähimmäisedellytyksenä. Ks. edellä jaksoa 8.5.4 ja 8.5.5.

[165] Ks. *Kaisto* 2007 s. 115–116 tai *Vaitoja* 1998 s. 535. Ratkaisun perustelujen tarkoitus jää tältä

> Vrt. myös KKO 2008:77, jossa asianosaisen vetoamat olosuhteet olivat korkeimman oikeuden mukaan relevantteja paitsi tapauksessa nimenomaisesti vedotun faktaperusteen (irtisanomiskorvauksen epäämistä koskevan sopimusehdon lainvastaisuus) myös sopimusten yleisen kohtuullistamislausekkeen (yleisen kohtuullistamisperusteen) soveltumista ajatellen. Ehtojen sisältö ei sellaisenaan ollut riidanalainen seikka tässäkään tapauksessa, vaan ennemminkin niiden juridinen tulkinta, toisin sanoen se, olivatko ehdot lainvastaisia tai kohtuuttomia.

Jos näinkin keskeisestä seikasta on vahva tai peräti vastaansanomaton näyttö ja jos oikeudenkäyntiaineistoon sisältyy muitakin vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltamisharkintaan vaikuttavia (melko vahvasti näytettyjä tai indikoituja) yksittäisiä faktoja, tuntuisi luontevalta perustaa kyselyvelvoite yksinomaan tähän faktatietämykseen. Mutta kenties kyselytoimia perustelisi jo se, että keskeistä faktaolosuhdetta ei ole vastapuolen taholta riitautettu – tai se, että mahdollisen riitautuksen tueksi ei olisi ilmoitettu tai muutoinkaan tiedossa vastanäyttöä.

Mitä tulee vastuun kanavointiin äskettäisessä esimerkkitilanteessa, faktaedellytykset ovat verrattain yksinkertaisia ja faktoja koskeva selvitysaste on ollut korkea. Useimmiten ongelmana on kuitenkin se, tulisiko kyselytoimiin ryhtyä, jos tiedossa oleva fakta-aineisto johtaisi vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltumiseen, vaikkakin olisi epätietoista, mitä kaikkea selvitystä po. asiasta olisi saavutettavissa tai millaisia vastaväitteitä kenties olisi esitettävissä. Kaikkein tyypillisimmin vaihtoehtoista faktaperustetta koskeva selvitysaste olisi toisin sanoen enemmän tai vähemmän puutteellinen, ainakin matalampi kuin työntekijän korvausvastuun kanavointia koskevassa esimerkkitilanteessa.

Alustavana kannanottona esittäisin kuitenkin tässä vaiheessa, että vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltumisen esimerkiksi valmistelun aikana käsillä olevan faktatietämyksen perusteella tulisi tyypillisesti riittää aiheuttamaan kyselyvelvoite. Näkemystä voidaan perustella sillä, että täyden selvityksen saaminen ei oikeudenkäynnissä ylipäänsä ole varmaa.[166] Oikeudenkäynnin luonteeseen kuuluu pakko tehdä lopullisiakin asiaratkaisuja viime kädessä puutteellisen tietämyksen perusteella. Oikeudellisessa päätöksenteossa on yleisestikin pakko hyväksyä väärien päätösten riski. Sama lienee hyväksyttävä kyselytoimia koskevan harkinnan edellytysten kohdalla.

Tähänkin nähden vielä täydellisemmän selvityksen edellyttäminen ei ole kyselyvelvoitteen kannalta millään tavoin tarkoituksenmukaista. Toisaalta vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltamiskynnyksen (kuten sovittelukynnyksen) ylittyminen jo merkitsee kohtalaisen vaatimustason asettamista faktaolosuhteita koskevalle selvitysasteelle.

---

osin hieman epäselväksi mutta ratkaisussa mainitaan, että po. olosuhde tutkittiin ”viran puolesta”.

166 Tähän näkökohtaan on kylläkin useimmiten vedottu argumenttina oikeudenkäyntiaineiston rajaamispyrkimysten puolesta.

8.8 KESKEISTÄ OIKEUSKÄYTÄNTÖÄ

Kyselyvelvollisuuden ulottuvuusongelmaa suoranaisesti käsittelevän oikeuskäytännön määrä on melko vähäinen. Periaatteelliselta kannalta on kylläkin merkittävää, että kyselytointen laiminlyönteihin on liitetty oikeusseuraamuksia, sikäli kuin laiminlyöntejä on todettu.[167] Samoin kotimaisessa oikeuskäytännössä on selvästi todettu tuomioistuimen velvollisuus huolehtia osaltaan väiteaineiston riittävyydestä. Melko tuoreessa ennakkoratkaisussa (KKO 2012:18) käräjäoikeuden todettiin laiminlyöneen kyselyvelvollisuutensa, joka liittyi asianosaisen vetoamistarkoituksen selventämiseen. Korkeimman oikeuden mukaan tapauksessa oli jäänyt epäselväksi, oliko asianosainen vedonnut vahingonkorvaussaatavan siviilioikeudelliseen vanhentumiseen.[168] Ratkaisun KKO 2011:90 kohteena olleessa tapauksessa laiminlyönti liittyi puutteellisesti yksilöityjen tosiasiaperusteiden täydentämiseen. Kanneperusteiden puutteellinen yksilöinti nimittäin esti korkeimman oikeuden mukaan ottamasta kantaa siihen, oliko kantajan oikeus vakuutuskorvaukseen eräiltä osin vanhentunut.[169]

Kokonaan uuteen (vetoamatta olevaan) väiteaineistoon kohdistuvasta prosessinjohtovelvollisuudesta oli kyse ratkaisussa 2010:9. Ratkaisun perusteluosassa mainitaan, että tuomioistuimella oli velvollisuus kiinnittää asianosaisen huomiota siihen, kuinka asiassa vaadittu yksittäisen sopimusehdon kohtuullistaminen vaikuttaisi koko sopimuksen kohtuullisuuteen.

> Sopimuksen kohtuullistamisen katsottiin tapauksessa olleen sellainen (OK 14:2.1, 1-kohdassa tarkoitettu) oikeudenkäynnin aikana tapahtunut olosuhteiden muutos, jonka johdosta asianosaisen sallittiin vedota uuteen vaatimukseen vielä hovioikeudessa. Käräjäoikeus oli sovitellut kiinteistön kaupan ehtoja määräämällä asumisoikeuden pidättämistä koskevan ehdon sitomatto-

---

[167] Ks. esimerkiksi ratkaisuja KKO 2007:52, 2005:69 ja 1998:117 sekä niiden johdosta lukua 7.9.

[168] Tapauksessa verohallinto oli vaatinut osakeyhtiön vastuuhenkilöiden velvoittamista korvaamaan sille aiheutuneen vahingon toissijaisesti siviiliperusteella siltä varalta, että syyte törkeästä velallisen epärehellisyydestä hylättäisiin. Syyte hyväksyttiin käräjäoikeudessa. Laiminlyönnin johdosta vastaajalla oli perusteltu syy vedota vahingonkorvaussaatavan vanhentumiseen hovioikeudessa.

[169] Vakuutusyhtiö oli kieltäytynyt maksamasta vakuutuksenottajalle korvausta siksi, että liikennevakuutuslain 11 §:ssä tarkoitettu kolmen vuoden määräaika oli ehtinyt kulua umpeen. Tämän vuoksi vakuutettu oli nostanut käräjäoikeudessa vahvistuskanteen.

Kanteessa oli yksilöity vaatimusten perusteita puhumalla liikenneonnettomuuden aiheuttamista vahingoista ja liikennevakuutuslain mukaisista korvauksista. Korkeimman oikeuden mukaan samasta vahinkotapahtumasta johtuvien yksittäisten vammojen ja niistä johtuvien korvausaiheiden osalta vanhentuminen saattoi alkaa eriaikaisesti. Vanhentumisen alkamisaika riippui nimittäin siitä, milloin vahingonkärsineellä osoitettiin olevan riittävät tiedot kunkin vaatimuksensa perusteista (ks. perustelujen kohta 9). Tästä syystä kanteesta ei korkeimman oikeuden mukaan ollut ilmennyt yksiselitteisesti, minkä vammojen osalta kantajan on ollut tarkoitus esittää vanhentumattomuutta koskeva vahvistusvaatimuksensa. (Ks. kohta 11.)

maksi. Kiinteistön myyjä oli puolestaan vaatinut hovioikeudessa kohtuullistamisratkaisun muuttamista siten, että kauppasopimus määrättäisiin raukeamaan. Käräjäoikeuden laiminlyömä kyselyvelvoite liittyi toisin sanoen väiteaineiston eli asianosaisen vetoamien vaatimusten laajentamiseen.

Siihen, missä olosuhteissa tuomari on kyselyvelvollinen, oikeuskäytäntö tarjoaa vain vähän suoria vastauksia ja verrattain vähän edes varmoja suuntaviivoja. Ratkaisuja, joissa kyselyvelvollisuus (tai sen laiminlyönti) mainitaan nimenomaisesti, ovat lisäksi KKO 1998:117, 2001:106 ja 2000:96.[170]

Kyselyvelvoitteiden ulottuvuutta ja perusteita koskevan ongelman näkökulmasta kenties mielenkiintoisimpia ovat kuitenkin ratkaisut, joita on tarkasteltu jo edellä vetoamislausumien tulkintaa ja virallistutkintaa käsittelevinä (KKO 1981 II 102, 1990:148, 1992:12, 1998:81 ja 2008:77). Näiden yhteisenä piirteenä saatetaan aiemmin selostetulla tavoin pitää sitä, että ratkaisuissa otetaan kantaa aineellisesti suojatun tahon ja tuomarin väliseen vastuunjakoon. Riippumatta siitä, kuinka ratkaisuissa olisi suhtauduttu vaikkapa asianosaisen oikeuteen jättää vetoamatta hänen edukseen oleviin faktaperusteisiin, kaikissa tapauksissa vastuu väiteaineiston saattamisesta tutkittavaksi on asetettu tuomioistuimelle.

Ratkaisuille on yhteistä, että niissä on joko vaatimusten tai faktaperusteiden yksilöintiä koskevaa asianosaisen velvollisuutta joko lievennetty tai ohitettu kokonaan.

Näistä ratkaisuista kolmessa (KKO 1981 II 102, 1990:148 ja 2008:77) tuomarille asetetun vastuun perusteet ovat saattaneet liittyä osaltaan vetoamisolosuhteisiin – sen lisäksi, että kaikissa oli kyse pakottavan sääntelyn tilanteista. Asianosainen oli nimittäin vedonnut vaihtoehtoista vaatimusta ja faktaperustetta lähellä oleviin vaatimuksiin ja tosiasiaväitteisiin. Ainakin ratkaisun KKO 2008:77 kohteena olleessa jutussa oli vieläpä vedottu kaikkiin niihin konkreettisiin faktaolosuhteisiin, jotka lopulta johtivat sopimusehtojen kohtuullistamiseen. Ainoastaan vaatimusta tästä oikeusseuraamuksesta ei ollut esitetty.

Ratkaisuja on mahdollista lähestyä siitä näkökulmasta, että vedottujen faktaperusteiden yhteisyys osoittaa epäsuorasti asianosaisen vetoamistahtoa vaihtoehtoisiin perusteisiin ja vaatimukseen. Näin on oikeuskirjallisuudessa tehtykin.[171] Lausumista ilmenevä vetoamistahto perustelisi kyselyvelvollisuuden, kun sovellettavaksi tuleva sääntely sisältää erityisiä suojelutavoitteita. Nähdäkseni ratkaisujen tärkeä piirre on kuitenkin se, että kaikissa tapauksissa nimenomaan se konkreettinen tosiasia-aineisto, jonka pohjalta vaihtoehtoinen

[170] Lisäksi rikosprosessuaalisen ratkaisun KKO 2010:40 mukaan hovioikeus oli velvollinen varmistamaan, tahtoiko syyttäjä uudistaa aiemmin käräjäoikeudessa esittämänsä vaatimuksen rikoshyödyn menettämistä valtiolle.

[171] Ks. esimerkiksi *Wilhelmsson* 1995 s. 163.

vaatimus (kohtuullistaminen) olisi lopulta saattanut tulla tuomittavaksi ja vaihtoehtoinen peruste sovellettavaksi, on ollut mukana ns. laajassa oikeudenkäyntiaineistossa. Vain vetoaminen tuohon tosiasia-aineistoon (ja siihen liitettävään oikeusseuraamukseen) on puuttunut. Lyhyesti sanoen kohtuullistamissäännöksen soveltuminen on ollut lähellä jo tiedossa olevien tai hyvin oletettavien olosuhteiden pohjalta.

Ratkaisun KKO 1998:81 olosuhteet poikkeavat yllä mainituista eräässä suhteessa. Nyt asianosainen ei nimenomaisesti vedonnut sellaisiin tosiasiaväitteisiin, jotka olisivat erityisellä tavoin ”lähellä” tutkituksi tulleita tai jotka voisivat oikeuttaa vetoamistahdon ilmenemistä koskevan konstruktion. Sitä vastoin myös tässä tapauksessa ne konkreettiset olosuhteet (vahingonaiheuttajan työntekijäasema ja vahingon aiheutuminen työssä), jotka olivat korkeimman oikeuden mukaan jääneet virheellisesti huomioon ottamatta, lienevät olleet kaiken aikaa tuomioistuimen tiedossa.

Huomionarvoinen on lisäksi ratkaisu KKO 2003:4, vaikka siinä tuomarilla ei nähty olleen kyselyvelvollisuutta. Ratkaisussa nimittäin katsotaan selvitetyksi, että vetoamatta jääminen vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen ei johtunut asianosaisen erehdyksestä tai hänen tietämättömyydestään. Tämä perustelu jättää mahdollisuuden vastakohtaispäätelmään, jonka mukaan asianosaisen ollessa tietämätön vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta tai oikeudellisesta merkityksestä asiassa tuomioistuin olisi kyselyvelvollinen. Useimmissa tapauksissa tietoisuutta tai tietämättömyyttä ei voida selvittää. Ratkaisussa korkein oikeus kuitenkin katsoi, että asianosaisen toimet osoittivat hänen jättäneen vetoamatta vaihtoehtoiseen irtisanomisperusteeseen täysin tietoisesti.

Tätä tietämättömyyden poissuljentaa koskevaa korkeimman oikeuden päättelyä pitäisin kuitenkin kyseenalaisena, vähintäänkin heikosti perusteltuna.

9 Oikeusperiaatteet ja niiden soveltaminen tuomarin kyselytoimintaan

9.1 TARKASTELTAVANA OLEVA OIKEUSONGELMA

Tämän jakson keskeisimpänä oikeusongelmana on tuomarin kyselyvelvollisuuden ulottuvuus tilanteessa, jossa asianosainen jättänyt kokonaan vetoamatta johonkin asiassa mahdollisesti vaikutukselliseen faktaperusteeseen tai jossa vetoaminen on jollakin tavoin (esimerkiksi faktakuvauksen osalta) puutteellinen. Tulisiko tuomarin tällöin pyrkiä kyselytoimin siihen, että asianosainen huomaisi vaihtoehtoisen vetoamismahdollisuuden? Vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta ja soveltumisesta käsiteltävässä tapauksessa saattaa olla oikeudenkäyntiaineiston perusteella joko vain viittauksenomaista tai melko varmaltakin näyttävää tietoa.

Kysymystä tarkastellaan yhtäältä kyselyvelvollisuuden yleistä ulottuvuutta koskevana. Ydinongelmana on kuitenkin kyselyvelvoitteiden ulottuvuus niissä tilanteissa, joihin voisi soveltua yleinen kohtuullistamisperuste tai jokin pakottava yksityisoikeudellinen säännös.

Asiaa ohjaavat oikeudenkäymiskaaren säännökset ovat käräjäoikeuden valmistelun osalta OK 5:21 ja pääkäsittelyn osalta OK 6:2a. OK 5:21:n mukaan tuomioistuimen on valmistelun aikana huolehdittava siitä, ”että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota” (1 mom.). Velvoitetta täsmentävän lausuman mukaan tuomioistuimen on ryhdyttävä asian selvittämistä varten tarpeellisiin kyselytoimiin, jos asianosaisen kirjallinen tai suullinen lausuma on epäselvä tai puutteellinen (2 mom.).

Pääkäsittelyn aikana tuomioistuimen velvollisuutena on valvoa, ”että asia tulee perusteellisesti käsitellyksi”. Tuomioistuin on kyselyvelvollinen, jos asianosaisen esitys on ”epäselvä” tai ”epätäydellinen”. Tällöin tuomarin tulee tehdä hänelle ”riitakysymysten selvittämistä varten tarpeelliset kysymykset” (OK 6:2a).

Säännösten leimallinen piirre on niiden huomattava avoimuus. Säännösten sanamuoto sisältää lähinnä vain tavoitteen (että asianosainen voi vedota haluamiinsa seikkoihin/että asia tulee perusteellisesti käsitellyksi) ja keinon (asian selvittämistä varten tarpeellisten kysymysten tekeminen), jonka avulla tavoitteen toteuttamiseen pyritään. Velvoitteen perustavien olosuhteiden luonnehdinnat kuten asianosaisen ”epäselvä” tai ”puutteellinen” (OK 5:21.2) ja ”epäselvä” tai ”epätäydellinen” (OK 6:2a.2) lausuma ovat parhaimmillaankin vain suuntaa-antavia.

Johtopäätöksenä on se, että konkreettisten oikeusongelmien ratkaisemisessa joudutaan turvautumaan laajaan oikeuslähdeaineistoon. Säännöksistä ei voida lukea suoraan voimassa olevan oikeuden kantaa edes kyselytoiminnan päälinjoihin tai kyselysäännösten velvoittavuuden luonteeseen.[1]

Päätelmää tukee osaltaan kyselyvelvoitteita koskevan oikeuskäytännön vähäisyys. Tuomarin kyselyvelvoitteita määrittelevä oikeuskäytäntö on jäänyt ohueksi. Näin on erityisesti ajatellen sitä, mihin tilanteisiin kyselyvelvollisuus ulottuu: milloin tuomari on velvollinen (tai oikeutettu) kyselytoimiin selvittääkseen, aikoisiko toinen asianosaisista vedota johonkin määrättyyn faktaperusteeseen tai vaatimukseen? Kyselyvelvoitteita koskevat ratkaisut ovat käsitelleet useimmiten joitakin rajatumpia erityiskysymyksiä. Tai sitten kyse on ollut tilanteista, joihin on liittynyt laajempaa asianosaisväitteiden epäselvyyttä.

> Oikeuskäytännön perusteella kyselyvelvoitteista voidaan tehdä varmuudella joitakin yleispiirteisiä päätelmiä. Tuomarilla katsotaan ensinnäkin olevan kyselyvelvollisuus. Ainakaan täysin vapaata harkintavaltaa tuomarille ei ole luovutettu. Mitä tästä seuraa konkreettisesti, jää tosin avoimeksi oikeuskäytännön puuttuessa, ainakin ajatellen kyselyvelvoitteiden ulottuvuutta.
>
> Oikeuskäytännön perusteella voidaan päätellä, että kyselyvelvoitteiden laiminlyönti saattaa ainakin joissakin tapauksissa aiheuttaa prekluusion estymisen. Kyselyvelvoitteiden laiminlyönti on lisäksi joissakin tilanteissa yksin riittänyt perusteeksi muutoksenhaulle.

Kyselysäännöksiä koskeva lainvalmisteluaineisto sisältää lähempiä luonnehdintoja siitä, millä tavoin ja missä tilanteissa kyselyvelvollisuus aktualisoituu samoin kuin siitä, millaisiin tilanteisiin kyselyvelvollisuus ulottuu.[2] Siinä esitetyt tilanteiden tyypittelyt tai annetut esimerkit eivät kuitenkaan riittäisi vastaamaan moniinkaan konkreettisiin ja käytännössä esiintyviin ongelmiin. Oikeuslähdeoppi ei toiselta puolen edes oikeuttaisi esitöiden lausumiin nojautumista tärkeimpänä tulkintalähteenä, vielä vähemmän yksinomaisena tulkintalähteenä.

Yllä mainittu ongelma lukeutuu ns. kiperiin tulkintakysymyksiin, samoin kuin monet muut tuomarin aineellisen prosessinjohdon alalla esiintyvistä konkreettisista oikeusongelmista. Tässä tutkimuksessa omaksutun näkemyksen mukaan tämän kaltaisiin ongelmiin vastaaminen edellyttää nojautumista oikeudenalan velvoittaviin oikeusperiaatteisiin.[3]

Periaatteilla on nähty oikeuskirjallisuudessa lukuisiakin tehtäviä. Näistä tärkeimpiin kuuluu kysymyksenasettelun ja argumentaation jäsentäminen, joka on

---

[1] Tällaisia kysymyksiä ovat esimerkiksi se, ovatko kyselysäännökset tuomaria velvoittavia, missä merkityksessä tai kuinka laajalti ne velvoittavat ja aiheutuuko niistä asianosaisille tehokkaita oikeuksia.

[2] Ks. erityisesti HE 15/1990 s. 27–28, 67–68 ja 126.

[3] Näkemys oikeusperiaatteiden vaikutuksesta vaikeiden tulkintatilanteiden ratkaisussa on hyväksytty melko laajalti oikeuskirjallisuudessa. Ks. luvussa 2 olevia viitteitä.

avuksi pyrkimyksessä ylläpitää oikeudenkäytön yhtenäisyyttä. Niinpä oikeusperiaatteiden kautta saatetaan liittää muutoin tapauskohtaiseksi jääviä reaalisia argumentteja johdonmukaisella tavalla oikeudenalan yleiseen keskusteluun. Tutkimustehtävän näkökulmasta korostuu kuitenkin pyrkimys oikeudellisen kontrollin vahvistamiseen kyselytoiminnan alueella. Tunnustamalla oikeusperiaatteiden sitovuus väljästi säänneltyä kyselytoimintaa saatetaan tarkastella oikeudellisesti sidottuna toimintana.

Niinpä seuraavassa otetaan tehtäväksi sellaisten keskeisten periaateargumenttien hahmotteleminen, jotka soveltuvat tuomarin kyselyvelvoitteiden arviointiin. Lisäksi tarkastellaan, millaiset konkreettiset olosuhteet tulisi ottaa huomioon kyselytoimiin vaikuttavina tekijöinä.

9.2 RATKAISUHARKINTAAN VAIKUTTAVAT OIKEUSPERIAATTEET

9.2.1 Mitä ne ovat?

Näkemykseni mukaan tärkeimmät periaateargumentit, jotka vaikuttavat kyselyvelvoitteiden oikeudelliseen arviointiin ovat 1) asianosaisten aineellisen oikeusturvaintressin toteutus, 2) oikeudenkäynnin puhtaasti menettelyllinen (ns. proseduraalinen) oikeudenmukaisuus, 3) siviilioikeudellisen sääntelyn ohjaustehtävien tehostaminen ja 4) oikeudenkäyntimenettelyn prosessitaloudellinen tehokkuus. Seuraavassa ehdotetaan, että velvollisuus näiden intressien edistämiseen muodostaa neljä keskeistä oikeudellisesti velvoittavaa periaatetta, joiden avulla kyselyvelvoitteita saatetaan parhaiten arvioida. Näkemystä perustellaan seuraavassa jaksossa (9.3).

Näistä periaatteista kaksi ensiksi mainittua (aineellisen oikeusturvaintressin toteutuksen ja menettelyllisen oikeudenmukaisuuden periaate) ovat kansalaisen yksityisiä oikeuksia ja kaksi viimeksi mainittua (yhteiskunnallisen ohjausvaikutuksen edistämisen periaate ja prosessitaloudellisen tehokkuuden periaate) yhteisöllisiä tavoitepäämääriä edistäviä.

9.2.2 Periaatteiden jaottelu yksityisiä ja kollektiivisia intressejä edistäviin

Aiemmin (luku 2) perusteltiin jo näkemystä, jonka mukaan tulkintaan vaikuttavat periaatenäkökohdat tulisi yleisestikin jäsentää siten, että voidaan pitää erillään yksilöllisiä ja yhteisöllisiä intressejä puolustavat argumentit. Näkemys perustuu ennen kaikkea oikeusvaltiolliseen ajatukseen, jonka mukaan lainkäytössä on erityisesti pyrittävä rajaamaan yhteiskunnallisten tavoitteenasettelujen

vaikutusta suhteessa kansalaisten oikeuksiin. Yhteiskunnallisilla tavoitteenasetteluilla on nimittäin kokemuksen mukaan viranomaisen päätöksenteossa taipumus saavuttaa ylivaltainen asema viimeksi mainittujen kustannuksella.

Kyselytoimintaa (samoin kuin vetoamisvelvoitteita laajemminkin) koskevissa oikeudellisissa arvioinneissa tähän on aivan erityisen vahva tarve. Tuomarin kyselytoimintaan kuuluvat ratkaisut – toiminnan aktiivisuus tai passiivisuus – ovat merkityksellisiä juuri asianosaistahojen intressien kannalta. Varsin usein ne saattavat vaikuttaa asiassa annettavan ratkaisun lopputulokseen. Vastaavasti voidaan sanoa, että asianosaisen vetoamisoikeuden toteuttaminen on periaatteelliselta merkitykseltään tärkeä kyselytoimilla tavoiteltava päämäärä.

Arvioni mukaan kyselytoimintaa ohjaavien normien avoimuus ja yleensäkin toiminnan oikeudellisen kontrollin toteutettavuuteen liittyvät vaikeudet korostavat aivan erityisesti tarvetta pyrkiä suojaamaan asianosaisten yksilöllisiä intressejä. Tätä suojaa tarvitaan paitsi julkisten intressien ylivaltaa myös toimintaan liittyvää mielivallan vaaraa vastaan.[4] Yksilöllisten ja julkisten intressien erottelu on eräs keinoista, joiden avulla lainkäyttäjän harkintavaltaa saatetaan rajata. Perus- ja ihmisoikeusnäkökohdat puoltavat nekin yleiseltä kannalta katsoen rajojen asettamista tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien käytölle.[5]

> Selvää on, että esimerkiksi käytännön tasolla kyselytoimista aiheutuvat asianosaiskulut eivät aina käy yksiin aiheutuvien julkisten haittavaikutusten kanssa. Jos viranomaisen työmäärä kasvaakin, tutkinnan laajenemisesta ei kaikissa tapauksissa aiheudu asianosaiskuluja. Ja vetoamisvelvollisen vastapuolen näkökulmasta sellaiset uusista vetoamisista aiheutuvat lisäkulut, jotka osoittautuvat turhiksi, jäävät pääsäännön mukaan vetoamisvelvollisen (jutun hävinneen osapuolen) maksettaviksi.
>
> Vaikka aineellisesti oikean ratkaisun tavoite useimmiten yhdistetään aineellisesti oikeutetun tahon oikeusturvaintressiin, on ratkaisujen aineellisella oikeellisuudella lisäksi myös julkisia intressejä (vrt. ratkaisujen yhteiskunnallinen ohjausvaikutus) edistäviä vaikutuksia. Ja kuten edellä on nähty, juuri viimeksi mainittuja on korostettu pohjoismaisessa väittämistaakkakirjallisuudessa.

9.2.3 Periaatteet optimointikäskyinä

Periaatteet ymmärretään aiemmin selostetulla tavoin optimointikäskyinä, jolloin niiden soveltaminen edellyttää periaatteiden keskinäistä punnintaa.[6] Niinpä esimerkiksi oikeusturvan toteutuksen periaate aiheuttaa tuomioistuimelle velvollisuuden huolehtia tosiasiallisten ja juridisten rajoitusten puitteissa siitä,

---

[4] Ks. edellä erityisesti jaksot 7.4.4 (s. 334–335), 7.7.4 (s. 354–356) ja 7.7.5.2 (s. 358–361).
[5] Ks. luku 2 (s. 12–15).
[6] Ks. luku 2 (s. 9–10).

että oikeudenkäynnin lopputuloksena asianosaisten oikeudet (niiden suojaamat aineelliset oikeusturvaintressit) toteutuvat. Oikeudenkäynnissä on pyrittävä toisin sanoen menettelemään tavalla, joka luo parhaat mahdolliset edellytykset aineellista oikeusasemaa vastaavan lopputuloksen saavuttamiselle ja tarpeettomien asianosaiskulujen välttämiselle. Ensiksi mainittua päämäärää on pyrittävä edistämään sikäli kuin asianosainen tahtoo vaatia aineellisten oikeuksiensa toteuttamista.

Muut periaatteet (kuten tarpeettomina pidettävien viranomaiskulujen välttämiseen tähtäävä prosessitaloudellisen tehokkuuden periaate) puolestaan saattavat aiheuttaa konkreettisessa tulkintatilanteessa vasta-argumentteja kyselyvelvoitteelle. Mutta ne voivat olosuhteista riippuen myös puoltaa kyselyvelvoitteen asettamista.

9.2.4 Periaatteiden lähtökohtainen etusijajärjestys

Yllä esitetyt näkökohdat perustelevat samalla sen, miksi yksilöllisiä oikeuksia puolustavat periaatteet on asetettava lähtökohtaisesti (prima facie) etusijalle verrattuna julkisia tavoitenäkökohtia palveleviin. Kansalaisen oikeuksia on tällä tavoin pyrittävä suojaamaan julkisten intressien valta-asemalta ja viranomaistoimintaan sisältyvältä harkintavallan väärinkäytön vaaralta.

Yksilöllisiä oikeuksia puolustavien periaatteiden keskinäisessä vertailussa huomattavasti suurempi lähtökohtainen painoarvo on annettava aineellisen oikeusturvaintressin toteutukselle. Oikeudenkäynnin sisällöllisen lopputuloksen (aineellisen oikeuden toteutus, asianosaiskulut) kautta realisoituva vaikutus on yksittäisen asianosaisen näkökulmasta useimmiten tärkeämpi kuin yksinomaan menettelyn oikeudenmukaisuuden muodossa koettu (ns. moraalinen) hyöty tai haitta. Niinpä aineellisen oikeusturvaintressin toteutusta on arvioni mukaan pidettävä lähtökohtaiselta painoarvoltaan vahvimpana kyselytointen oikeudelliseen arviointiin vaikuttavista periaatteista.

Merkitykseltään painavaksi nousee sitä vastoin prosessitaloudellisen tehokkuuden julkista intressiä palveleva periaate. Kyselytointen arvioinnissa on nimittäin käytännöllisen välttämättömyyden pakosta huolehdittava prosessijärjestelmän toimivuuden edellytyksistä. Prosessitaloudellisten näkökohtien vahvaan painoarvoon viittaa myös niiden oikeuskirjallisuudessa ja lainvalmistelussa osakseen saama huomio.

Näkemykseni mukaan pääasiallinen vastakkainasettelu käytännön konkreettisissa tulkintatilanteissa liittyykin sisällöllisen oikeusturvaintressin ja prosessitaloudellisten tehokkuustavoitteiden ristiriitaan. Esimerkiksi kyselytoiminnan laajuuden vaikutussuhde yksityisoikeuden käytäntöihin on siinä määrin kaukainen – vaikutusketju on siinä määrin pitkä – että välittömämmät ja hel-

pommin ennustettavat prosessitaloudelliset vaikutukset ovat vakuuttavampi ja painavampi syy puoltaa tai vastustaa kyselyvelvoitteita yksittäisen oikeudenkäynnin tasolla.

9.3 PERIAATTEIDEN SOVELTAMISESTA KONKREETTISIIN ONGELMATILANTEISIIN

9.3.1 Aineellisen oikeusturvaintressin toteutus

9.3.1.1 Periaatteen velvoittavuus

Aineellisen oikeusturvaintressin toteutuksella tarkoitetaan tässä asianosaisten oikeutta yhtäältä oikean ratkaisun edellytyksiä turvaavaan menettelyyn. Toisaalta asianosaisella on oltava oikeus menettelyyn, joka välttää tarpeettomien asianosaiskulujen aiheutumista.[7]

Vetoamisvelvollisen asianosaistahon näkökulmasta hänen oikeutensa aineellisen oikeusturvaintressin toteutukseen merkitsee tuomarin osittaista vastuuta väiteaineiston riittävyydestä. Lähemmin määriteltynä kyse on siitä, että tuomarin tulee omalta osaltaan huolehtia asianosaisen mahdollisuudesta vedota asiassa merkityksellisiin faktaperusteisiin. Toisin sanoen tuomarin pitää määrätyissä olosuhteissa saattaa jokin vaihtoehtoinen faktaperuste keskustelun alaisuuteen siten, että vetoamisvelvollinen saa tilaisuuden harkita vetoamista.

Selostetun kaltaisen periaateluonteisen oikeuden myöntäminen vetoamisvelvolliselle asianosaistaholle on nähdäkseni perusteltua kaiken sen valossa, mitä kyselytoimintaa puoltavista asiasyistä voidaan sanoa asiasta käydyn keskustelun pohjalta. Oikeusturvaintressin toteutusta koskevan oikeuden tueksi voidaan viitata oikeuskirjallisuudessa (ja laajemminkin oikeusyhteisön piirissä) vakiintuneeseen käsitykseen oikeudenkäynnin oikeussuojatehtävän perustavasta tärkeydestä. Oikeussuojatehtävä mainitaan usein tärkeimpänä oikeudenkäynnissä tavoiteltavista päämääristä.[8] Vastaavasti aineellisen totuuden saavuttamiseen

---

[7] Ks. jo edellä jaksot 7.7.4 (s. 354–356) ja 7.7.5.3 (s. 361–363).

[8] Esimerkiksi *Havansi* (2007 s. 19 ss.) mainitsee tuomio-oikeellisuuden prosessioikeuden perustavoitteena. *Havansi* huomauttaa tuomio-oikeellisuudesta tingittävän viimeisenä, joten se on yleisellä tasolla painavampi tavoite verrattuna vaikkapa prosessiekonomisiin tavoitteisiin tai yhteiskunnallisiin ohjauspyrkimyksiin, jotka nekin on otettava huomioon prosessilakeja säädettäessä (s. 21).

Jokela (2005 s. 69–70) toteaa, että tärkeimpänä oikeudenkäynnille asetetuista tavoitteista (varmuus, nopeus, halpuus) pidetään varmuusvaatimusta, ”jolla puolestaan tarkoitetaan osittain samaa kuin aineellisen totuuden tavoitteella prosessissa” (s. 69). Kun prosessiin liitetään mm. ihmisoikeusnormien johdosta myös puhtaasti menettelyyn liittyviä vaatimuksia, prosessin tavoitteena nykyaikaisessa oikeusvaltiossa on *Jokelan* mukaan ”aineellisesti oikeaan lopputulokseen pääseminen oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellyttämällä ja eettisesti hyväksyttävällä tavalla” (s. 70).

velvoittava normi mainitaan toisinaan prosessuaalisena oikeusperiaatteena.[9]

Ennen kaikkea saatetaan kuitenkin nojautua lainvalmisteluaineistoon, joka näkee kyselytoiminnan tärkeimpänä motiivina pyrkimyksen varmistaa asianosaisen vetoamistahdon toteutumista ja estää tarpeettomina pidettäviä oikeudenmenetyksiä. Näitä voisi aiheutua asianosaisen tietämättömyydestä tai prosessuaalisten normien vaikeudesta. Nimenomaan kotimainen lainvalmisteluaineisto on painotuksissaan tässä suhteessa nähdäkseni arkijärjen mukaisella linjalla.[10]

Kyselytoiminnan merkityksen palauttamista vain julkisia intressejä kuten prosessitaloudellisia päämääriä edistäviin vaikutuksiin ei voida muutoinkaan pitää hyväksyttävänä. Sellainen tuskin vastaisi laajemman oikeusyleisön hyväksymää ajattelua. Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle asetettavat vaatimukset[11] edellyttävät asianosaistahojen intressien huomioon ottamista ainakin jossakin minimimäärässään. Toki asianosaisnäkökulman sivuuttaminen olisi voimakkaassa ristiriidassa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta korostavan ajattelun kanssa.

Vetoamisvelvollisen vastapuolena olevan asianosaisen oikeussuojaintressin keskeisin ulottuvuus liittyy vastaavasti perusteettomien väitteiden ja vaatimusten hylkäämiseen. Siitä ei kuitenkaan saada tuomarin kyselytointen arviointiin vaikuttavaa näkökohtaa, sillä oikeudenkäyntimenettelyssä on lupa odottaa, että perusteettomiksi osoittautuvat väitteet ja vaatimukset tulevat hylätyiksi riippumatta siitä, oliko tuomarin kysymyksillä osuutta niiden esille tuloon. Ehdoin tahdoin tuomarin ei luonnollisestikaan tulisi edistää epärelevanttien väitteiden ottamista tutkittaviksi.

---

[9] Ks. esimerkiksi *Norrgård* 2002 s. 39–42. Ks. myös *Leppänen* 1998 s. 61–62 ja 75, jonka asianmukaisuusperiaate sisältää tuomioistuimen velvoitteen edistää mm. asianosaisten tosiasiallista mahdollisuutta tulla kuulluksi ja velvoitteen kohdella asianosaisia ”tosiasiallisesti yhdenvertaisesti” (s. 61). Käytännön sovelluksena *Leppänen* mainitsee materiaalisen prosessinjohdon, jonka harjoittamista periaate jossakin mitassa puoltaa mutta joka toisaalta kaventaa reiluuden periaatteen edellyttämää puolueettomuutta (s. 62).

[10] Lainvalmisteluaineistossa tavataan nimittäin korostaa oikean ratkaisun tavoitetta vähintäänkin prosessitaloudellisten näkökohtien rinnalla. Ks. esimerkiksi HE 15/1990 s. 27–28, 126. Sama huomio on tehtävissä kotimaisesta oikeuskirjallisuudesta. Ks. esimerkiksi *Lappalainen* 1994a s. 121.

Vrt. ruotsalaisen lainvalmistelun sisältämään osin päinvastaiseen painotukseen, jossa kyselytointen tehtävät palautetaan prosessitaloudellisten ja lainkäytön yhteiskunnallista ohjausfunktiota edistävien päämäärien tavoitteluun. Komiteamietinnössä painotetaan ennen kaikkea riskin oikeudenkäyntikulujen kasvusta perustelevan melko ahtaiden rajojen asettamisen kyselytoimille niissä tilanteissa, joissa ”vaihtoehtoisesta oikeustosiseikasta ei ole mainittu oikeudenkäynnin aikana”: ”Ett ingripande från domaren bör i ett sådant fall få ske endast under förutsättning att det av särskild anledning ligger ytterst nära till hands att anta att parten i själva verket har för avsikt att åberopa en viss omstandighet som rättsfaktum men av misstag inte gör det” (SOU 1982:26 s. 125). Hallituksen esitys edellyttää samaa silloin kun kyselyjen kohteena olisi ”aiemmin vetoamaton oikeustosiseikka”. (Reg. prop. 1986/87:89 s. 106.)

[11] Vrt. PL 21 § ja EIS 6 artikla.

Vastapuolelle on kuitenkin aiheellista myöntää periaateluonteinen oikeus turhien oikeudenkäyntikulujen aiheutumista välttävään menettelyyn. Turhilla kuluilla tarkoitetaan tässä sellaisia tutkinnan laajenemisesta aiheutuvia asianosaiskuluja, joiden ei voida olettaa merkityksellisesti kohentavan mahdollisuuksia saavuttaa aineellista oikeustilaa vastaavaa ratkaisua.[12] Joissakin tilanteissa tarpeettomia kuluja saatetaan kuitenkin katsoa aiheutuvan kyselytointen passiivisuudesta, jos selvästi relevantti faktaperuste jäisi vetoamatta asianosaisen huomaamattomuuden takia. Niinpä pyrkimys välttää turhien asianosaiskulujen aiheutumista voi puoltaa kyselytoimia vetoamisvelvollisen intressissä.[13]

> Jo edellä on sitä vastoin katsottu, että pääsääntöisesti asianosaisen oikeuksista ei aiheudu argumenttia vastustaa tutkinnan laajenemisesta aiheutuvia kuluja yleisesti, siinäkin tapauksessa, että ne ovat tarpeen oikean ratkaisun varmistamista ajatellen.[14]

Nähdäkseni on selvää, että prosessitaloudellisen tehokkuustavoitteen ohessa on erikseen arvioitava menettelyn vaikutuksia asiaosaisten maksettavaksi koituviin kustannuksiin. Näkökulman erottaminen yleisistä kustannusvaikutuksista on siksi välttämätöntä.

9.3.1.2 Periaatteen soveltamiseen vaikuttavat asiaintilat

Keskeisimmät niistä olosuhteista, jotka vaikuttavat oikeusturvaintressin toteutuksen periaatteen painoarvoon konkreettisessa soveltamistilanteessa, liittyvät tuomarin käytettävissä olevaan tietämykseen vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltumisesta. Jos nimittäin riidanalaisesta oikeussuhteesta tiedettyjen faktojen pohjalta saatetaan pitää luultavana, että vaihtoehtoinen faktaperuste yhtäältä soveltuu tapaukseen ja toisaalta vaikuttaa ratkaisevasti jutun lopputulokseen, lienee oikeusturvaintressille annettava vahvempi oikeudellinen merkitys kuin niissä tilanteissa, joissa vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltuvuudesta ei ole erityisempää evidenssiä. Perusteluna on yksinkertaisesti se, että aineellisen oikeuden menetys on ensiksi mainitussa tapauksessa huomattavasti todennäköisempi seuraamus vaihtoehtoisen faktaperusteen jäädessä vetoamatta.

Kaikkein yleisimmin selvitys vaihtoehtoisen faktaperusteen muodostavista tosiseikoista perustuu kirjalliseen todistus- ja tausta-aineistoon. Lisäksi vetoa-

---

[12] Turhina pidettyjen kulujen aiheutumiseen viitataan esimerkiksi lainvalmistelussa monessakin kohdin. Ks. esimerkiksi SOU 1982:26 s. 118, jossa kyselytoimintaan mainitaan sisältyvän riskin menettelyn hidastumisesta ja kangistumisesta, mikä perustelee varovaisuutta, jotta vältyttäisiin lisäkustannusten aiheutumisesta kummallekin osapuolelle.

[13] Vrt. myös *Ekelöf* 1979 s. 275, joka huomauttaa kyselytointen voivan johtaa asianosaiskulujen säästymiseen, varsinkin jos ne kohentavat osapuolten mahdollisuuksia arvioida menestymisen mahdollisuuksia asiassa. Parhaimmillaan tämä voi luoda pohjan sovintoratkaisulle.

[14] Ks. jakso 7.7.5.3 (s. 361–363).

misvelvollisen omalle maininnalle voidaan tässä suhteessa antaa indisioarvoa. Jos asianosainen esiintyy ilman avustajaa, lienee tavanomaista luultavampaa, että jokin asiassa relevantti faktaperuste olisi jäänyt vetoamatta.

Aiemmin selostetulla tavoin saatetaan toisinaan nojautua vastapuolen lausumiin tai siihen, mistä osapuolet ovat yksimielisiä.[15] Jotkin sinänsä ratkaisevaakin oikeudellista relevanssia omaavat seikat voivat sisältyä jutun yleiseen taustojen kuvaukseen tai ne voivat olla pääteltävissä melko suurella varmuudella vedottujen tosiasioiden (tai muutoin tiedossa olevan) pohjalta.

Periaatteen kautta voidaan nähdäkseni antaa kyselyvelvoitteita perustelevaa merkitystä vaihtoehtoisen faktaperusteen esiintymisestä vastaavan kaltaisissa olosuhteissa kertovalle kokemustiedolle. Säännönmukaisuuden tulisi kuitenkin tällöin olla poikkeuksellisen vahva.

Merkitystä voidaan antaa myös sille, kuinka todennäköisesti vetoamisvelvollisen saatetaan uskoa menestyvän vaatimuksissaan tai saavuttavan yhtä hyvän lopputuloksen jo vetoamillaan faktaperusteilla. Jos vedottujen tosiasiaväitteiden menestymisen näkymät ovat heikot, kasvaa periaatteelle annettava kyselyjä puoltava painoarvo. Jos asianosainen saavuttaisi vaatimansa päämäärät – tai yhtä hyvät päämäärät kuin mihin vaihtoehtoinen peruste voisi oikeuttaa – jo vetoamillaan väitteillä, puuttuisi intressi vaihtoehtoisen faktaperusteen tutkimiseen kokonaan tai se jäisi ainakin vähäiseksi.

Eri asia on sitten se, että intressin puuttumista koskeva tuomarin arvio saattaisi jälkeenpäin osoittautua virheelliseksi. Tämä voisi johtua vaikkapa oikeudellisen arvioinnin täsmentymisestä tai todisteluun liittyvistä yllätyksistä. Tästä syystä vedottujen faktaperusteiden menestymistä koskevissa arvioinneissa on aihetta varovaisuuteen. Menestymisen ennusteen tulisi olla vahva, jotta se voisi poistaa kyselyvelvollisuuden. Sen tulisi toisin sanoen nojautua korkeaan faktoja koskevaan selvitysasteeseen ja näyttöarvoon.

> Jos vedottujen faktojen ennusteeseen vaikuttavat olosuhteet muuttuvat tavalla, joka vaikuttaa ratkaisevasti tuomarin kyselyvelvoitteita koskevaan arvioon, vetoamisvelvollisella lienee katsottava ainakin lähtökohtaisesti olevan prekluusion estävä pätevä aihe. Syynä on se, että vetoamatta jättämistä määräajan puitteissa on pidettävä prosessitaloudellisesti perusteltuna. (Vrt. luku 5)

Asianosaisen vetoamistahtoa suoraan tai epäsuorasti osoittavat asiaintilat kuten lausumista pääteltävissä oleva vetoamistarkoitus tai asianosaisen yleinen suhtautuminen vastapuolen vaatimuksiin (kokonaisvastustaminen) saatetaan nekin ottaa huomioon oikeussuojaintressin painoarvoa lisäävinä näkökohtina. Niiden vaikutus jää kuitenkin verrattain vähäiseksi, sillä lähtökohtaisesti vetoa-

[15] Ks. erityisesti luku 8.7.3.4.

mistahto saatetaan olettaa, jos jotakin vaihtoehtoista faktaperustetta on syytä pitää asiaan mahdollisesti vaikuttavana. Jos taas vaihtoehtoisen faktaperusteen relevanssista ei ole vahvoja viitteitä, vetoamistahtoa osoittavat olosuhteet puoltavat kyselyvelvoitteita mutta ne on luontevampaa ottaa huomioon menettelyn ns. proseduraalisen oikeudenmukaisuuden merkitystä korostavina olosuhteina. (Ks. seuraava jakso 9.3.2.)

Tärkeä näkökohta, joka korostaa oikeusturvaintressin toteutuksen merkitystä, on sitä vastoin vetoamisvelvollisella aineellisen oikeustilan perusteella olevan oikeuden luonne ns. vähimmäisoikeutena. Pakottava yksityisoikeudellinen sääntely turvaa aiemmin selostetulla tavoin sellaista asianosaisen oikeuksien minimitasoa asianosaistahojen välisessä oikeussuhteessa, jota on perusteltua pyrkiä erityisellä tavalla toteuttamaan myös oikeudenkäynnissä.

Tätä johtopäätöstä tukee osaltaan se seikka, että vetoamisoikeuden käytännön toteutus saatetaan olennaisimmilta osin (keskeisimmän tarkoituksensa puolesta) rinnastaa siihen suojatun tahon vetoamisoikeuden säilymisen vaikutukseen, joka pakottavalla sääntelyllä on ennen oikeudenkäyntiä. Pakottava sääntely nimittäin säilyttää suojatun tahon oikeuden ryhtyä vaatimaan säännöksissä määriteltyjen oikeuksiensa toteutusta. Tämä oikeus siis säilyy riippumatta sopimusosapuolen passiivisuudesta tai jopa vastoin hänen nimenomaisia oikeudesta luopumista merkitseviä toimiaan. Tuomarin kyselyvelvoitteen tehtävänä on varmistaa mahdollisuus vetoamisoikeuden käytännön toteutukseen vielä oikeudenkäynnin aikana. Oikeuden käytännön toteutus olisi osittain riippumaton asianosaisen omasta aloitteellisuudesta, koskapa aloite vetoamista koskevaan harkintaan tulisi oikeuden puheenjohtajan taholta. Niinpä pakottavan yksityisoikeudellisen sääntelyn oletettavasti soveltuessa tapaukseen[16] tuomarilla lienee tyypillisesti velvollisuus varmistaa vetoamisoikeuden toteutuminen.[17]

Näkemykseni mukaan oikeusturvaintressin toteutuksen periaatteellista relevanssia lisäävinä olosuhteina on otettava huomioon lisäksi sellaiset asianosaistahojen sosioekonomiseen asemaan viittaavat näkökohdat kuin *sosiaalisen riskinkantokyvyn heikkous* ja riitaintressin merkitys vetoamisvelvollisen kannalta.

Sosiaalisella riskinkantokyvyllä on tarkoitettu asianosaisen kykyä kantaa virheelliseen päätökseen liittyvän riskin taloudelliset tai muut haitalliset seuraukset.[18] Sosioekonomisella asemaltaan vahvemmalla tämä mahdollisuus on heikompaa osapuolta parempi. Klamin mukaan riskinkantokyvyn tulee vai-

---

[16] Sääntelyn soveltumista on arvioitava sen tietämyksen valossa, joka tuomarilla on ollut oikeudenkäynnin aikana.

[17] Viitattakoon tämän kannan tueksi myös luvussa 6.3.4 selostettuun EU-tuomioistuimen käytäntöön. Sen relevantti tulkinta kotimaisen oikeuden kannalta on nähdäkseni se, että silloin, kun oikeusriidan relevantit tosiasiat ovat selvillä, kansallisen tuomioistuimen tulee vähintäänkin varmistaa asianosaisen mahdollisuus vetoamisoikeuden käyttöön. Käytännön varsinainen tulkintavaikutus rajoittuu EU:n kuluttajaoikeudellisten direktiivien alueelle.

[18] *Klami* 2000 s. 82; Ks. myös *Heuman* 2005 s. 460.

kuttaa siihen, mille korkeudelle näyttökynnys asetetaan ja kumman osapuolen kannettavaksi tulee todistustaakka siviiliprosessissa.[19] Näkemyksellä on todistustaakkaopeissa laajempaakin kannatusta, vaikkakin siihen vielä useammin on suhtauduttu torjuvasti.[20]

Näkemystä sosiaaliselle riskinkantokyvylle annettavasta merkityksestä voidaan perustella yksinkertaisesti pyrkimyksellä oikeudenmukaiseen prosessuaalisten riskien kohdentamiseen. Vetoamisoikeuden menettämisestä aiheutuva yksittäisen asianosaisen kärsimä haitta on luonnollisesti sitä vakavampi mitä heikommat ovat hänen (erityisesti) taloudelliset resurssinsa. Haittojen jaossa (osapuolten ja/tai julkisen tahon kannettavaksi) on pyrittävä suhteellisuuteen. Toisaalta perustelu liittyy ajatukseen sosiaalisesta oikeudenmukaisuudesta, jonka näkökulmasta saatetaan pitää hyväksyttävänä, että heikommaksi arvioitua osapuolta hyvitetään kyselyvelvollisuuden kautta.[21]

> Sopimusoikeudessa on puhuttu tarpeidenmukaisuudesta tai heikomman hyvittämisestä sääntelyn avulla turvattavana päämääränä tai tulkintoihin vaikuttavana näkökohtana.[22] Prosessioikeuden puolella tämän kaltainen ajattelu, jossa asianosaisen henkilöön liittyville ominaisuuksille annettaisiin oikeudellisiin tulkintoihin ulottuvaa vaikutusta, on ollut vähemmässä määrin esillä. Kyselyjen kautta ajatellaan autettavan sitä vetoamisvelvollisena olevaa asianosaistahoa, joka kulloinkin on avun tarpeessa.[23]

---

[19] *Klami* 2000 s. 82–83, 85.

[20] Kotimaisessa kirjallisuudessa ajatuksen ovat torjuneet *Halila* 1955 s. 301 ja *Lappalainen* 2012 s. 696.

Myös *Heuman* näkee seuraamusnäkökohdilla käyttöä todistustaakan jakoon ja näyttövaatimuksen tasoon (kokonaisarvioinnin kautta) vaikuttavana periaatteena. Ks. *Heuman* 2005 s. 511 ja 462–463. Samoin *Bolding* 1951 s. 90 ja 139 (vrt. todistustaakka) ja *Bolding* 1951 s. 87 (vrt. näyttövaatimus). *Heumanin* mukaan näyttövelvollisuuden jako ja näytöltä edellytetyn vaatimustason määrittäminen ovat luonteeltaan useiden (lähinnä ns. periaatetyyppisten) näkökohtien punnintaa. (*Heuman* 2005 s. 511)

Sitä vastoin *Heuman* suhtautuu kriittisesti sosiaalisten eli asianosaisen taloudellisen aseman vahvuuteen liittyvien näkökohtien huomioon ottamiseen. Todistustaakkasääntöjä ei nimittäin tule käyttää ”jakopolitiikan välineinä”. (*Heuman* mts. 462) Vrt. *Westberg* (JT 1992–1993 s. 166), jonka mukaan luottokorttiyhtiön rooli suhteessa kuluttajaan perusteli näyttövelvollisuuden kohdentamista yhtiölle.

[21] Vrt. NJA 1987 s. 450, jossa kyselyvelvollisuuden puuttumiseen vaikutti se, että vetoamisvelvollisella katsottiin olevan hyvät edellytykset väittämistaakan täyttämiseen. Vetoamisvelvollinen oli kunta, joka ei ollut hovioikeuden pääkäsittelyssä uudistanut kirjallisen valmistelun aikana vetoamiaan tosiasiaväitteitä. Vastapuolena oli yksityinen kansalainen.

Tässä ratkaisussa harkintaperuste liittyi tosin enemmänkin asianosaisen kykyyn selviytyä oikeudenkäyntimenettelyn asettamista velvoitteista kuin kykyyn kantaa vetoamisoikeuden menettämisestä aiheutuva taloudellinen seuraamus. (Näkökulman eroavuus ei kuitenkaan ole välttämättä kovin ratkaiseva.)

[22] Ks. *Wilhelmsson* 1987 s. 142–145; *Pöyhönen* 1988 s. 273, joka näkee heikomman hyvittämisen periaatteen yhtenä kohtuusharkintaan vaikuttavista oikeusperiaatteista. Ks. myös *Mononen* 2001 s. 158.

[23] Ks. esimerkiksi HE 15/1990 s. 28, SOU 1982:26 s. 121 tai *Lindell* 1988 s. 22.

> Varsin lähellä lienee kuitenkin se tutkimuksen pääteeman kannalta keskeinen näkemys, jonka mukaan oikeusriitaan soveltuvan sääntelyn pakottavuuden tulisi vaikuttaa tuomarin kyselyvelvollisuuden tai suorempien tutkimisvelvoitteiden laajuuteen.[24] Näkemys merkitsee, että asianosaisen henkilöön liittyvät ominaisuudet (tai heidän ns. roolikuuluvuutensa) saavat oikeudellista merkitystä soveltuvaksi ajatellun aineellisen sääntelyn laadun kautta.
>
> Yllä esitetty tulkintaohje sitä vastoin merkitsee riskinkantokykyyn liittyvän tarveharkintaisuuden (tai heikomman hyvittämisen) yleistä ja suoraa sovellettavuutta kyselyvelvoitteita koskevien prosessinormien tulkinnassa. Oikeusohjetta voitaisiin soveltaa kaikkiin oikeusriitoihin niiden aineellisoikeudellisesta laadusta riippumatta. – Toisin sanoen riippumatta asian soveltuvan aineellisen sääntelyn tahdonvaltaisuuden asteesta tai erityisten suojelutavoitteiden laadusta.

Sosiaalista riskinkantokykyä indikoivina seikkoina saatetaan pitää sellaisia yksityisoikeuden puolella tunnettuja sosiaalisia rooliasemia kuin kuluttaja / elinkeinonharjoittaja, työntekijä / työnantaja tai pienyritys / suuryritys. Tunnettu asetelma on niin ikään velallisasemassa olevan yksityishenkilön ja institutionaalisen luotonantajan välinen oikeussuhde.[25] Yleistä oikeudenkäyntimenettelyä ajatellen viimeksi mainittu saatettaisiin muuntaa yleisempään muotoon puhumalla institutionaalisesta asianosaistahosta, joka voisi olla vaikkapa suuryritys tai jokin valtiollinen, kunnallinen tai muu taloudellinen yhteisö.

Oikeudellinen merkitys tulisi kuitenkin liittää ennen kaikkea vetoamisvelvollisen riskinkantokykyyn, ei niinkään vertailuun suhteessa vastapuolen asemaan. Vetoamisvelvollisen tavanomaista heikompi riskinkantokyky lisää oikeusturvaintressin tapauskohtaista painoarvoa. Huomattavan vahva asema puolestaan saattaa vaikuttaa painoarvoa vähentävästi.[26]

Riskien suorasta jakamisesta asianosaistahojen kesken ei sitä vastoin ole ensisijaisesti kysymys, sillä kyselytoimista ei välttämättä aiheudu punninnassa huomioon otettavaa haittaa kummallekaan osapuolelle.[27] Kuitenkin tarpeettomien tai kohtuuttomien lisäkulujen riskin vaikutus oikeusturvaintressin painoarvoon riippuu siitä, mikä on vetoamisvelvollisen vastapuolena olevan taloudellinen asema. Lähinnä tätä kautta vertailu on perusteltua ottaa mukaan kyselyvelvoitteiden oikeudelliseen arviointiin.

Selostetut näkökohdat perustelevat myös sen, miksi oikeudellista vaikutusta

---

[24] Ks. esimerkiksi *Ekelöf 1984 s. 246, Lindblom* 1974 s. 246 tai SOU 1982:26 s. 617, *Virolainen* 1988 s. 333, *Ämmälä* 1993 s. 149 tai Reg. prop. 1986/87:89 s. 106. Ks. keskustelusta edellä jakso 6.3.5.

[25] Kotimaisessa oikeuskirjallisuudessa ks. *Niemi-Kiesiläinen* 1995 s. 636, joka tarkastelee riskien jakamista maksukyvyttömyyslainsäädännössä, kuitenkin lähinnä oikeuspoliittisesta näkökulmasta.

[26] Institutionaalisen asianosaisen näkökulmasta merkitystä on jo tämän tavanomaista paremmilla voimavaroilla varautua oikeudenkäyntimenettelyn asettamiin vaatimuksiin.

[27] Ks. edellä jakso 7.7.5.

tulisi antaa oikeudenkäynnin kohteena olevan *riitaintressin tärkeydelle vetoamisvelvollisen asianosaistahon kannalta.* Ajatukseen riskinkantokyvyn huomioon ottamisesta jo sisältyy riitaintressin suhteuttaminen vetoamisvelvollisen olosuhteisiin. Tätä kriteeriä voidaan lisäksi perustella yleisellä kohtuuspyrkimyksellä tai suhteellisuuden vaatimuksella. Merkitykseltään vakavampien oikeudenmenetysten estäminen on kohtuuden ja suhteellisuuden näkökulmasta tärkeämpää kuin vähemmän vakavien. Siksi vakavampien oikeudenmenetysten uhan torjumiseen on paremmin perusteltua käyttää julkisia resursseja.[28]

Koska perusteluna on asianosaisen oikeusturva, oikeudellinen vaikutus on liitettävä nimenomaan riitaintressin merkitykseen asianosaiselle, ei ns. absoluuttiseen hävioarvoon.[29] Samasta syystä huomioon on otettava myös muut kuin taloudelliset merkitykset.

Turhien asianosaiskulujen riskiä lisäävistä olosuhteista tärkein lienee tietämyksen puuttuminen asiaan soveltuvan vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta. Jos laajaan oikeudenkäyntiaineistoon ei sisälly konkreettisia viitteitä vaihtoehtoisen faktaperusteen muodostavista olosuhteista tai jos näitä koskevan olettamuksen tueksi ei ole löydettävissä vahvaa kokemussääntöä, riski jutun lopputulokseen vaikuttamattomien lisäkulujen aiheutumisesta on ymmärrettävästi selvästi suurempi kuin päinvastaisessa tapauksessa. Nämä olosuhteet ovat käänteisiä verrattuna niihin, joiden jo yllä katsottiin vahvimmin puoltavan kyselytoimia.

Puuttuva tietämys ei välttämättä yksin käännä oikeusturvaintressin periaatteen vaikutusta kyselytoimia vastustavaksi. Mutta ainakin se vähentää oikeusturvaintressin kyselyjä puoltavaa painoarvoa. Jos vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta on suorastaan negatiivista näyttöä, oikeusturvaintressi aiheuttaa vasta-argumentin kasvaneen kuluriskin vuoksi. Eri tosiasiaperusteet voivat kylläkin poiketa toisistaan myös sen suhteen, missä määrin niiden tutkimisesta saatettaisiin olettaa aiheutuvan lisätyötä ja näin ollen lisäkustannuksia.

Olennainen tekijä on lisäksi menettelyn ajallinen vaihe, sillä vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen vetoaminen vaikkapa vasta pääkäsittelyn aikana saattaa aiheuttaa tarpeen lykätä käsittelyä. Jos uuden tosiasiaväitteen johdosta olisi

---

[28] Oikeuskirjallisuudessa kysymys riitaintressin suuruudesta ei ole esiintynyt arviointiin vaikuttavana olosuhteena. Arvioitaessa prekluusion edellytyksiä näkökohdalle on sitä vastoin toisinaan annettu merkitystä. Riitaintressin kasvu on kuitenkin johtanut tulkinnan ankaroitumiseen vetoamisvelvollisen näkökulmasta arvioituna. Niinpä *Lindellin* (1993 s. 307) mukaan riitaintressin arvon kohotessa kasvaa asianosaiselle asetettava huolellisuusvaatimuksen velvoittavuus. Tämä seikka perustelee aiheen pätevyysperusteiden tulkinnan ankaroitumisen. Samoin *Leppänen* 1998 s. 366.

[29] Viimeksi mainittu on otettu perusteeksi, jonka nojalla käräjäoikeuden päätöksestä voidaan valittaa vapaasti hovioikeuteen hakematta valituslupaa (eli ns. jatkokäsittelylupaa). OK 25 a:5:n mukaan lupa tarvitaan, jos valituksessa esitetyn vaatimuksen ja käräjäoikeuden ratkaisun lopputuloksen välinen erotus (eli hävioarvo) ei ylitä 10.000 euroa. Jatkokäsittelylupaa koskevat säännökset (OK 25 a luku) tulivat voimaan vuoden 2011 alussa.

välttämätöntä hankkia tai esittää uutta näyttöä, siihen vetoaminen vähintäänkin varmistaisi käsittelyn siirtymisen jatkettavaksi uutena päivänä. Samoin on luonnollisesti mahdollista, että uusi vetoaminen saisi riidan toisen osapuolen vetoamaan sellaisiin vastaväitteisiin, jotka niin ikään edellyttäisivät todistelua.[30]

Hävinneen osapuolen pääsääntöinen kuluvastuu vähentää ratkaisevasti sitä merkitystä, joka turhien asianosaiskulujen riskille yleisellä tasolla on perusteltua antaa kyselyjä vastaan puhuvana olosuhteena. Tämä näkökohta rajaa tarpeettomien kulujen ongelmaa olennaisesti. Kun korvausvastuun oikeudelliseen ja varsinkin käytännölliseen toteutukseen kuitenkin liittyy epävarmuutta, on kuluriskille annettava oma painoarvonsa arvioitaessa kyselyvelvollisuutta konkreettisessa soveltamistilanteessa.

9.3.2 Menettelyllinen reiluus

9.3.2.1 Periaatteen velvoittavuus

Puhuttaessa menettelyllisestä reiluudesta on tarkoitettu sellaisia menettelyn oikeudenmukaisuuteen liittyviä ominaisuuksia, joiden arviointi on riippumatonta siitä, kuinka ne vaikuttavat oikean ratkaisun saavuttamiseen.[31] Samasta asiasta käytetään myös nimitystä proseduraalinen oikeudenmukaisuus.

Siitä, tulisiko asianosaisella ylipäänsä katsoa olevan oikeus edellyttää oikeudenkäynniltä tällaisia puhtaasti menettelyllisiä ominaisuuksia, on eriäviä näkemyksiä.[32] Oma mielipiteeni on se, että menettelyllisen reiluuden merkitystä ei voida kiistää ainakaan kokonaan. Millaista tahansa menettelyä ei nimittäin voida pitää hyväksyttävänä asianosaisen oikeutettujen intressien näkökulmas-

---

[30] Väittämistaakkaopeissa käytetyn terminologian mukaan nämä kantajan vaatimuksia vastustavat tosiasiaväitteet voisivat kohdistua joko ns. vastatosiseikkoihin tai yksittäisiin faktaolosuhteisiin (ns. momentteihin). Ks. esim. *Boman* 1964 s. 10. Ks. myös edellä jakso 3.5.1.2 ja 3.5.2.2. Viimeksi mainittuihin ei tarvitse vedota mutta todistelua ne luonnollisesti edellyttävät.

[31] Ks. esimerkiksi *Leppänen* (1998 s. 58), jonka mukaan oikeudenkäyntimenettelyn reiluuteen luettavia ominaisuuksia ovat lähinnä menettelyn kontradiktorisuus ja asianosaisten yhdenvertaisuus.

[32] Ks. *Leppänen* 1998 s. 50 ja 55–56. Vrt. *Norrgård* JFT 2000 s. 103, jonka mukaan puhtaasti proseduraalisia oikeuksia ei ole. Niiden kohteena olevia pyrkimyksiä ei voida erottaa oikeusvarmuuden ja kustannustehokkuuden välineellisistä päämääristä. Ks. *Norrgård* JFT 2000 s. 91.

Ymmärrykseni mukaan ainakin kaikki ne kirjoittajat, jotka ovat katsoneet kyselytointen jo sellaisenaan merkitsevän jonkinasteista puolueettomuuden loukkausta, olettavat (tai heidän olisi johdonmukaisuuden vuoksi ajateltava), että vetoamisvelvollisen vastapuolella on prosessin lopputuloksesta riippumattomia oikeuksia. Tämä käsitys näyttää kylläkin jääneen viime vuosina vähemmistöön tai ainakin syrjemmälle. Vrt. edellä jakso 7.7.5.1.

Väittämistaakkaoppien taustalla historiallisessa mielessä oleva ruotsalainen oikeuskirjallisuus ei proseduraalisia oikeuksia ole tunnustanut. Mutta tämä johtuu siitä, ettei asianosaisilla sen edustaman ajattelutavan mukaan ole muitakaan prosessin yhteiskunnallisten tavoitteenasettelujen toteuttamisesta riippumattomia oikeuksia. Ks. edellä luku 7.5 (s. 337–338).

ta, vaikka sen avulla kohennettaisiin edellytyksiä aineellisesti oikean ratkaisun saavuttamiseen.

Siviiliprosessia selvemmin tämä havaitaan rikosprosessin puolella, jossa keskeinen vastakkainasettelu liittyy asian selvittämistavoitteen (tai rikosvastuun toteutuksen) ja syytetyn oikeusturvan väliseen ristiriitaan.[33] Mutta puhtaasti menettelylliset näkökohdat eivät ole vailla tärkeää merkitystä myöskään siviiliprosessin oikeudenmukaisuutta arvioitaessa.

Puhtaasti menettelyllisiä ominaisuuksia tulisi kylläkin varoa korostamasta liiaksi. Ensi näkemältä menettelyllisiksi ymmärretyt näkökohdat ovat nimittäin usein palautettavissa sisällöllisiin tekijöihin kuten oikean ratkaisun edellytysten turvaamiseen tai kustannusten rajaamiseen. Vaikka esteellisyyssäännöksillä sanotaan tavoiteltavan sitä, että oikeudenkäyttö näyttää puolueettomalta, niiden syvällisempi (perustavampi) syy on enimmältä osin oikean ratkaisun edellytysten turvaaminen. Puhe puolueettomuusvaikutelmasta tavoiteltavana päämääränä on toisin sanoen välineellistä.[34] Se liittyy vaikeuteen osoittaa, että esteellisyys joissakin tapauksissa todella konkreettisesti olisi horjuttanut puolueettomuutta. Tästä syystä esteellisyyden kynnystä on ollut tarpeen alentaa.[35]

Näkemykseni mukaan myös tuomarin kyselyvelvoitteiden arviointiin liittyy puhtaasti menettelylliseen oikeudenmukaiseen luettavia näkökohtia. Näistä keskeisenä on pidettävä tuomarilta edellytettävää puolueettomuutta. Puolueettomuusvaatimuksessa on kuitenkin kyse niin perustavasta asiasta, että puolueettomuutta on noudatettava ehdottomana sääntönä. Tuomarilta voidaan edellyttää puolueetonta eli tasapuolista asennoitumista oikeudenkäynnin osapuoliin. Kyselyin on autettava sitä osapuolta, joka kulloinkin on avun tarpeessa.[36] Tämä on yhdenvertaisuuden asettama vaatimus, eikä siitä voida ajatella tietoisesti poikettavan.

Kun puolueettomuudesta (yhdenvertaisuuden asettamasta perusvaatimuksesta) ei voida joustaa, puolueettomuuden optimoinnista ei saada punnintaperiaatteeksi kelpaavaa normia. Vastaavasti kysymys siitä, mitkä ovat asianmukaisia syitä asettaa jokin osapuoli jossakin suhteessa toista edullisempaan asemaan, on ratkaistava sääntötyyppisten normien avulla. Yhdenvertaisuuden yhteydessä puhutaan ns. hyväksyttävästä erontekokriteeristä, joka selittää/ratkaisee mitkä seikat ovat sallittuja ja mitkä kiellettyjä perusteita hyötyjen/haittojen ja oikeuksien/velvollisuuksien kohdentamisessa.[37]

---

[33] Ks. esimerkiksi *Jonkka* 1991 s. 175–176 tai 184–186.

[34] Nyt on siis kyse puhtaasti tuomarin toiminnan aiheuttamasta vaikutelmasta. Keskustelussa tunnutaan usein pitävän esimerkiksi prosessinjohtotointen välittämää vaikutelmaa vakavampana ongelmana kuin vaaraa siitä, että tuomari todella harjoittaisi kyselytoimia yksipuolisesti. Ks. esimerkiksi SOU 1982:26 s. 121.

[35] Ks. myös *Norrgård* JFT 2000 s. 94.

[36] Ks. HE 15/1991 s. 28; SOU 1982:26 s. 121; *Lappalainen* 1994 s. 122; *Lindell* 1988 s. 22.

[37] Lainvalmistelussa hyväksytyksi syyksi mainitaan avun tarve. Oikeuskirjallisuudessa (ja jois-

Parin muun näkökohdan kannalta menettelyllisen reiluuden vaatimuksella on kuitenkin periaateluonteista vaikutusta ajatellen kyselyvelvoitteiden arviointia. Olosuhteista riippuen menettelyllinen reiluus saattaa joko puoltaa kyselytoimia tai aiheuttaa vasta-argumentin.

Periaatteen relevanssi liittyy ensinnäkin asianosaisen tosiasiallisen vetoamistahdon käytännön toteutukseen, jolle on epäilyksettä annettava arvoa siitä riippumatta, vaikuttaisiko jokin uusi faktaperuste tai vaatimus lopultakaan oikeudenkäynnin lopputulokseen. Merkitseehän vetoamismahdollisuus tärkeänä pidetyn kuulemisperiaatteen toteutusta. Sen voidaan uskoa tukevan vetoamisvelvollisen kokemaa luottamusta menettelyn asianmukaisuutta kohtaan. Tuntemus menettelyllisestä epäoikeudenmukaisuudesta aiheuttaa päinvastoin moraalisen haitan.[38]

9.3.2.2 Periaatteen soveltamiseen vaikuttavat olosuhteet

Periaatteen relevanssia keskeisesti lisäävä olosuhde on ainakin vetoamisvelvollisen *prosessuaalisten puolustusmahdollisuuksien heikkous.* Saatetaan katsoa, että asianosaisella tulisi olla mahdollisuus valvoa oikeuksiaan huolimatta tiedollisten tai taloudellisten voimavarojen puutteellisuudesta. Jos voimavaroissa on puutteita, saatetaan helposti olettaa korostunut tarve kyselytoimiin asian varmistamiseksi.[39] Tavanomaista tärkeämpää vetoamismahdollisuuden varmistaminen on toisaalta silloin, kun *asianosainen on suoraan tai epäsuorasti ilmaissut tahtonsa vedota* johonkin esille tulleeseen perusteeseen. Tällöinhän olisi evidenssiä siitä, että tosiasiallinen vetoamistahto on konkreettisestikin syrjäytymässä.

Kyselytoimia vastaan puhuvan argumentin voisi aiheuttaa *kyselytointen sijoittuminen ajallisesti myöhäiseen käsittelyvaiheeseen.* Tällöin saatettaisiin nähdä menettelyn reiluutta kaventavana, jos vetoamisvelvollista aktivoitaisiin sellaisiin uusiin väitteisiin tai vaatimuksiin, jotka *aiheuttaisivat taloudellisia lisäkustannuksia.* Näitä lisäkustannuksia saatettaisiin pitää vastapuolen oikeutettuja intressejä loukkaavina siitä riippumatta, että tutkinnan kohteen laajene-

---

sakin kohdin lainvalmisteluaineistossa) hyväksyttävänä syynä mainitaan (kuten aiemmin on käynyt ilmi) pakottavan sääntelyn soveltuminen. Tässä tutkimuksessa edustetun näkemyksen mukaan vastaavia perusteita ovat lisäksi sosiaaliset olosuhteet kuten prosessuaalinen heikommuus tai sosiaalisen riskinkantokyvyn heikkous suhteessa riitaintressiin. Samoin suojatun oikeuden luonne ns. vähimmäisoikeutena, jolle on yksityisoikeudellisessa lainsäädännössä myönnetty tavanomaista vahvempi (mm. vetoamisoikeuden säilymiseen liittyvä) suoja.

[38] Yhteisöllisten intressien näkökulmasta sama pätee laajan oikeusyleisön hyväksyntään, jos menettely tukee käsitystä siitä, että oikeudenkäynnin asianosainen yleensäkin pääsee prosessin aikana esittämään haluamansa vaatimukset perusteineen ilman menettelyn turhaan monimutkaisuuteen liittyviä pulmia. Vielä luultavampaa on, että päinvastainen kokemus johtaa oikeuslaitoksen nauttiman arvonannon heikkenemiseen.

[39] Ks. myös OK 5:21.3:n sanamuoto; HE 1990/15 s. 67–68.

minen kenties johtaisi sisällöllisesti oikean ratkaisun löytämiseen.[40] Vetoamisvelvollisen vastapuolella toisin sanoen ajateltaisiin olevan oikeus edellyttää tavoitteilta ja keinoilta (niiden saavuttamisen vaatimilta taloudellisilta uhrauksilta) suhteellisuutta.

Vaikka uudet väitteet tai vaatimukset aiheuttavat vastapuolelle tarpeen prosessuaalisiin vastatoimiin (kuten vastaväitteisiin, uusien todistajien ilmoittamiseen yms.), ainoastaan taloudelliset lisäkustannukset aiheuttavat kyselyvelvoitteita koskevan vasta-argumentin. Tuomioistuin olisi nimittäin ilman muuta velvollinen huolehtimaan siitä, että vastapuoli ei joutuisi taktisesti tai puolustuksellisesti heikompaan asemaan uusien vetoamisten johdosta. Jos uusia tosiasiaväitteitä tai vaatimuksia sallitaan, vastapuolelle on taattava täysi mahdollisuus niihin vastaamiseen samoin kuin todisteiden hankkimiseen ja esittämiseen.

9.3.3 Yksityisoikeudellisen sääntelyn ohjaustavoitteiden toteutus (sääntelyn yhteiskunnallisen ohjausvaikutuksen tehostaminen)

9.3.3.1 Yleistä

Edellä on selostettu pohjoismaisen prosessioikeuden piirissä laajaa kannatusta saanutta ajatusta, jonka mukaan prosessin tärkeimpiin päämääriin kuuluu pyrkimys tehostaa siviilioikeudellisen sääntelyn yhteiskunnallisten ohjaustehtävien toteutusta. Ajatusta on korostettu erityisesti siinä ruotsalaisessa kirjallisuudessa, joka on historiallisessa merkityksessä toiminut tärkeänä lähteenä tai esikuvana kotimaisille väittämistaakkaa ja tuomarin kyselyvelvoitteita koskeville opeille. Näkemys on saanut kannatusta myös kotimaisessa prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa.[41]

Varsinkin ruotsalaisessa kirjallisuudessa ohjaustehtävän toteutus esiintyy tulkintaohjeena, jota suositellaan hyödynnettäväksi aivan yleisesti prosessinormeja sovellettaessa.[42] Ruotsissa ajatus esiintyy eräänlaisena tulkintaohjeena myös kyselytoimintaa käsittelevässä lainvalmisteluaineistossa.[43]

---

[40] Syynä on tietysti viime kädessä se, että vetoamisvelvollisen saatetaan edellyttää ensisijassa tekevän vetoamistoimensa ajallaan.

[41] Ks. erityisesti *Virolainen* 1995 s. 85–90, joka kuitenkin katsoo, että oikeussuojan toteutus on yhtä tärkeä oikeudenkäynnin päämäärä kuin prosessin yhteiskunnallinen ohjausvaikutus. Mutta myös *Lappalainen* (1991 s. 107, alaviite 145) viittaa tuomarin aktiivista prosessinjohtoroolia puolustavan näkemyksensä tueksi käsitykseen siviiliprosessista osana yksityisoikeudellista sanktiomekanismia.

[42] Ks. esimerkiksi *Boman* TfR 1979 s. 351, joka soveltaa ajatusta nimenomaan kyselytoiminnan ulottuvuuteen. *Ekelöfillä* pyrkimys liittyy hänen suosittamaansa teleologiseen laintulkintametodiin. Ks. *Ekelöf – Boman* I 1990 s. 69–86.

[43] Ks. SOU 1982:26 s. 113, jonka mukaan prosessin tehtävä siviilioikeudellisen sanktiomekanis-

Tuomarin kyselytoiminnan kannalta tulkintaohjeen on katsottu yhtäältä asettavan vaatimuksia tuomarin aktiivisuudelle, koska yleisölle suuntautuvaa viestiä ajatellen ei ole yhdentekevää, vastaavatko siviiliprosessissa annettavat ratkaisut aineellista oikeustilaa. Toisaalta prosessijärjestelmän toimivuuden on katsottu edellyttävän sitä, ettei tuomarille aseteta niin raskaita velvoitteita, että niistä muodostuisi päinvastoin haittaa sääntelyn ohjaustehtävän välityksessä.[44]

Siviilioikeudellisen sääntelyn ohjaustavoitteiden toteutukseen liittyy sellaista kiistatta hyväksyttyä ja hyvin perusteltua julkista intressiä, jolle on perusteltua antaa periaateluonteista vaikutusta prosessuaalisten normien tulkinnassa. Onhan järjestelmän perusedellytysten ylläpito järkevä ja välttämätön lähtökohta menettelyn arvioinnille. Ja ratkaisujen aineellisella oikeellisuudella on epäilemättä merkitystä julkisten intressien kannalta.

Näkökohdan perusteltavuudesta tai nauttimasta laajasta hyväksynnästä ei ole merkittävää epäilystä. Nähdäkseni sillä on merkitystä periaateluonteisena argumenttina kyselyvelvoitteita arvioitaessa. Periaatteen painoarvo tai relevanssi ajatellen kyselyvelvoitteiden ulottuvuutta ei toisaalta ole yhtä selvä asia. Arvioni mukaan tuomarin kyselytoiminnan laajuuden vaikutusta siviilioikeudellisen sääntelyn yleisen ohjausvaikutuksen tehostamisen kannalta ei tulisi korostaa liiaksi.

Tuomarin tehtävien laajentuminen ei kovin helposti sen enempää vaaranna koko järjestelmän toimivuutta kuin toiselta puolen vaikuta edistävästi vaikkapa oikeuskäytännön kehitykseen tai yleisön tietämykseen aineellisten oikeusnormien sisällöstä.[45] Tulkintaohjeen ongelmana on vaikutusketjun pituus ja sitä myötä vaikea arvioitavuus yleensäkin.

Niinpä ohjaustehtävän tehostamisesta tai tukemisesta saadaan konkreettiseen punnintaan useimmiten verrattain heikosti kyselytoiminnan aktiivisuutta tukeva argumentti. Näkökohta on tähän tarkoitukseen selvästi heikompi kuin vetoamisvelvollisen oikeusturvaintressin toteutus. Ohjaustehtävän edistäminen ei nimittäin edellytä aineellisesti oikean ratkaisun saavuttamista jokaisessa yksittäistapauksessa.

Toiselta puolen ohjaustavoite ei yleensä aiheuta myöskään erityisen vahvaa vasta-argumenttia. Jotta prosessijärjestelmän toimivuus heikkenisi siinä mää-

---

min tehostajana perustelee tuomioistuimelle asetettavaa velvollisuutta selvittää, mihin asianosaiset tahtovat vedota. Lähemmäksi tavoitteeksi määritellään pyrkimys ratkaista oikeusriita aineellisesti oikealla tavalla, kuitenkin ”osapuolten prosessiaineistoa koskevan määräämisoikeuden ja todisteiden hankkimista koskevien sääntöjen puitteissa” (s. 110). Komiteamietinnössä painotetaan toisin sanoen pyrkimystä ns. prosessuaaliseen totuuteen. (Vrt. *Bomanin* TfR 1979 s. 351 määritelmää.) Puhe prosessuaalisesta totuudesta on ymmärrettävä tässä yhteydessä tuomarin kyselyvelvollisuuteen kuuluvia tehtäviä rajoittavana näkökohtana.

[44] Ks. jakso 7.5 (s. 337–338).

[45] Tähän tarkoitukseen tarvittava vaikutus saavutetaan yleensä ilman kyselytoimiakin, siinä määrin kuin sellainen yleensä on saavutettavissa.

rin, että seuraamukset ulottuisivat käytännön oikeuselämään, tulisi prosessin sujuvuudelle aiheutua jo varsin voimakkaita negatiivisia vaikutuksia. Sellaiset eivät näytä mitenkään luultavilta, kun vielä otetaan huomioon se, mitä yleisesti tiedetään kyselytoiminnan aktiivisuudesta tänä päivänä.[46] Mahdollisia haittavaikutuksia rajaavat osaltaan ne käytännön vaikeudet, joita vetoamisvelvollisen asianosaistahon saatetaan hyvällä syyllä uskoa kohtaavan hänen ryhtyessään vaatimaan oikeuksiensa toteutusta, esimerkiksi muutoksenhaun kautta.[47]

Kyselytoiminnan alaa rajoittavana näkökohtana huomattavasti merkittävämpi onkin yleinen pyrkimys prosessitaloudellisiin säästöihin. Näkökohta liittyy taloudellisten ja inhimillisten voimavarojen järkevään tai tarkoituksenmukaisena pidettävään kohdentamiseen.[48] Silti juuri kyselytoiminnan uloimmalla alueella ohjausvaikutukselle on myönnettävä kyselyvelvoitteiden ulottuvuutta rajaavaa merkitystä.

9.3.3.2 Periaatteen relevanssi pakottavan sääntelyn tilanteissa

Kun tarkasteltavaksi otetaan erityisiä suojelutavoitteita sisältävä (ns. pakottava) yksityisoikeudellinen sääntely, ohjaustehtävän toteutuksen merkitys korostuu. Pakottavien säännösten avulla pyritään (sinänsä poikkeusluonteisella tavalla) vaikuttamaan yksityisoikeudellisten oikeussuhteiden sisältöön. Tämän on määrä tapahtua yhtäältä vaikuttamalla sopimuskäytäntöihin ja toisaalta vahvistamalla suojatun osapuolen neuvotteluasemaa sopimusta tehtäessä sekä riitatilanteissa. Saatetaan siis katsoa, että kyselynormien tulkinnassa tulisi ottaa erityisellä tavoin huomioon näiden päämäärien edistäminen. Tätä saatetaan perustella po. sääntelyn korostuneella velvoittavuudella.

Tällä erityisalueella myös käytäntöihin ulottuvaa ohjausvaikutusta lienee jonkin verran tavanomaista enemmän. Esimerkiksi kuluttaja- tai työoikeudellisia kysymyksiä koskevan oikeuskäytännön saatetaan uskoa tulevan ainakin institutionaalisten toimijoiden (suurempien liikeyritysten tai työnantajien) tietoon.

Kyselyvelvoitteet saattavat lisäksi tukea oikeuskäytännön syntyä poikkeuksellisen harvoin sovellettavaksi tulevien normien kohdalla. Esimerkiksi kuluttajaa suojaavista normeista osaan on sanottu vedottavan vain harvoin asianosai-

---

[46] Esimerkiksi *Westberg* (JT 1995–1996 s. 91–92) arvelee käytännön kyselytointen rajoittuvan suurelta osin sellaisiin puutteisiin asianosaisten lausumissa, jotka ovat yksiselitteisiä havaita ja helppoja korjata.

[47] Käsitykset kyselyvelvollisuuden rajoista eivät ole riittävän vakiintuneita, jotta asianosainen voisi luottaa valitusperusteen menestymiseen. Omalla tavallaan tästä kertoo kyselyvelvoitteita koskevan oikeuskäytännön harvalukuisuus. Vetoamista kyselyvelvoitteiden laiminlyöntiin vaikeuttaa lisäksi näyttövaikeudet.

[48] Taloudellisilla ja inhimillisillä mahdollisuuksilla on rajansa riippumatta osin siitä, aiheutuisiko kyselytointen laajentamisesta käytännön oikeuselämän tasolle ulottuvia haittavaikutuksia. Haitat näkyvät sitä vastoin varmemmin ja konkreettisemmin (välittöminä) rahallisina kustannuksina.

sen omasta aloitteesta.[49] Käytännölliseltä kannalta ainakin vastaajaosapuolen vastuuta rajoittavat perusteet saattavat jäädä usein vetoamatta siksi, että vastaaja tietää kantajan joka tapauksessa menestyvän ns. päävaatimuksessaan. Tyypillisesti esimerkiksi velkomusjutussa vastaaja ei aina siksi ole edes edustettuna. Jos vastaaja osallistuu prosessiin, vetoamisesta aiheutuva kuluriskin kasvu saattaa johtaa siihen, ettei tämä kuitenkaan vetoa edes tapaukseen selvästi soveltuviin rajoitusperusteisiin.

Oikeustoimilain 36 §:n kaltaisen yleislausekkeen erityisenä ongelmana on perusteen suuresta tulkinnanvaraisuudesta johtuva vaikeus ennakoida menestymisen mahdollisuuksia. Koska vetoaminen lisää kuluriskiä, asianosainen saattaa pidättyä vetoamistoimista varovaisuuttaan, vaikka peruste tuomioistuimen arvion mukaan soveltuisikin tapaukseen.

9.3.4 Prosessitaloudellinen tehokkuus

9.3.4.1 Periaatteen velvoittavuus

Ehkäpä kaikkein laajin yksimielisyys näyttää oikeuskirjallisuuden ja lainvalmisteluaineiston valossa vallitsevan siitä, että arvioitaessa kyselytoiminnan suotavuutta tulisi ottaa huomioon tointen prosessitaloudelliset tehokkuusvaikutukset.[50] Niinpä tämän näkökohdan yleisesti nauttimasta hyväksynnästä ei ole suurempaa epävarmuutta. Tässä katsotaankin, että kyselyjen odotettavissa oleville prosessitaloudellisille vaikutuksille tulee myöntää periaateluonteinen vaikutus. Kyselytointen arviointiin vaikuttavista periaatteista se on lähtökohtaiselta painoarvoltaan tärkeimpiä.

Prosessitaloudellinen tehokkuus ymmärretään tässä nimenomaan yhteisöllisenä tavoitepäämääränä. Siksi sitä tarkastellaan erikseen verrattuna edellä jo selostettuun vetoamisvelvollisen vastapuolena olevan intressiin välttää oikeudenkäyntikulujen kasvua.

Kyselytointen prosessitaloudellisilla vaikutuksilla tarkoitetaan tässä edellä jo esitetyn mukaisesti tutkinnan suuntautumisesta vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen julkiselle taholle aiheutuvia kustannuksia tai säästöjä, jotka näkyvät vaaditun työmäärän ja ajankäytön kasvuna tai vähenemisenä.[51] Viime kädessä kustannusten tulisi olla rahassa mitattavia ja riittävän uskottavia.[52] Proses-

---

[49] Ks. *Wilhelmsson 1977 s. 27–28.*

[50] Ks. edellä jaksoissa 7.5 (s. 336–337), 7.7.2 (s. 349–352) ja 7.7.3 (s. 353-354) olevaa esitystä.

[51] Ks. jaksot 7.5 ja 7.7.2.

[52] Keskustelussa on usein tapana olettaa, että mikä tahansa viranomaisen työmäärän tai ajankäytön lisäys voidaan mitata rahassa. Aiheuttaako jokin velvoitteiden lisäys todellisuudessa viranomaiskulujen kasvua, ei silti ole lainkaan varmaa, johtuen kulujen jouston vähäisyydestä viranomaistoiminnassa.

sitaloudellisen tehokkuuden periaate sisältää pyrkimyksen välttää oikeusriidan tarpeetonta laajenemista, säästää oikeuslaitokselle aiheutuvaa taloudellisia kustannuksia. Periaatteen tavoitteena on myös vaikuttaa ennalta ehkäisevästi asianosaisiin, jotta nämä eivät lausumillaan aiheuttaisi tarpeettomana pidettäviä kuluja.

Puhuttaessa uusista, vedottuihin nähden vaihtoehtoisista faktaperusteista prosessitaloudellinen tehokkuus johtaa useimmiten kyselyvelvoitteita rajaaviin päätelmiin. Monissa tapauksissa kyselytointen saatetaan kuitenkin uskoa vaikuttavan julkisia kustannuksia säästävästi. Ainakin ne usein pienentävät riskiä siitä, että samoja väitteitä koskevat vetoamislausumat tulisivat esiin prosessin myöhemmissä vaiheissa. Kuinka näitä vastakkaisia vaikutuksia tulisi arvioida, riippuu suurelta osin monista käsillä olevaan oikeusriitaan liittyvistä erityispiirteistä. Näin ollen prosessitaloudellisen tehokkuuden vaikutus saattaa konkreettisista olosuhteista riippuen joko puoltaa kyselyvelvollisuutta tai aiheuttaa niitä vastustavan argumentin.

Kyselytointen kustannusvaikutukset on perusteltua jakaa lyhyempiaikaisiin ja pidempiaikaisiin sen perusteella, ajatellaanko meneillään olevaa oikeudenkäynnin vaihetta kuten käräjäoikeuskäsittelyn valmistelua vai tätä pidempää tähtäintä kuten alioikeusprosessia tai koko oikeusriitaa. Usein kyselytointen pidempiaikaiset taloudelliset vaikutukset saattavat olla myönteisiä, vaikka niistä lyhyellä ajanjaksolla aiheutuisi lisäkustannuksia.

Selvää on, että kustannuksia on arvioitava viime kädessä oletettujen pitkän tähtäimen vaikutusten perusteella. Lyhytaikaiset vaikutukset eivät sellaisenaan aiheuta hyväksyttävää vasta-argumenttia kyselytoimille. Lyhytnäköisiksi arvioitavat säästöt eivät toisin sanoen ole oikeutettu peruste velvoitteiden arvioimiseen, jos pitkäaikaiset vaikutukset ovat niihin nähden vastakkaisia. Kustannusten arvioinnissa keskeisenä ongelmana on kuitenkin pitkäkestoisten vaikutusten todentaminen tai ennakoiminen.

Lyhytkestoiset vaikutukset on huomattavasti helpompi todentaa ja ne ovat yleensä säästöjen kannalta epäedullisia. Uuden vaihtoehtoisen väitteen tulo osaksi oikeusriitaa aiheuttaa miltei aina jonkinasteista lisätyötä. Pidempiaikaiset vaikutukset joudutaan sitä vastoin ennakoimaan ja ne ovat tapauskohtaisesti hyvinkin epävarmoja. On lopulta melko mahdotonta arvioida, tulisiko vetoamisvelvollinen tekemään uusia väitteitä tai valittaisiko hän hovioikeuteen, jos jokin vaihtoehtoinen faktaperuste (vahva tai vähemmän vahva menestymisen näkymiltään) jäisi valmistelun aikana vetoamatta.

Pidempiaikaisille kustannusvaikutuksille on kuitenkin ominaista se, että konkretisoituessaan negatiiviset vaikutukset voivat olla huomattavastikin suurempia verrattuna kyselytointen lyhytaikaisiin haittoihin. Tämän vuoksi kustannusvaikutusten kesken ei voida suorittaa mitään yksinkertaista tai edes täysin suoraa vertailua. Kyselytointen kautta saavutettavana hyötynä saatetaankin

nähdäkseni ymmärtää olevan nimenomaan se, että isompia pidempiaikaishaittoja koskeva riski pienenee (vrt. pääkäsittelyn aikaisiin uusiin väitteisiin tai valitusprosessin aiheutumiseen liittyvän riskin väheneminen).

9.3.4.2 Soveltamiseen vaikuttavat olosuhteet

Kyselytointen prosessitaloudellisia vaikutuksia koskevaan arvioon vaikuttaa ennen kaikkea tuomarin käytettävissä oleva tietämys vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta ja oikeudellisesta vaikutuksellisuudesta ajatellen riita-asian lopputulosta. Jos nimittäin vaihtoehtoisen tosiasiaperusteen voidaan olettaa vaikuttavan jutun lopputulokseen, on luultavampaa, että asianosainen koettaisi vedota tuohon perusteeseen vielä prosessin myöhemmissä vaiheissa. Tällöin suullinen pääkäsittely saattaisi lykkääntyä tai pyrkimys vedota tuohon faktaperusteeseen vielä hovioikeusvaiheessa voisi olla syynä valitusprosessiin.

Prekluusiouhka ei poista tätä näkökohtaa, sillä asianosaisella saattaa tunnetusti eri syistä olla pätevä aihe vedota uusiin väitteisiin vielä prekluusion määräaikojen jälkeen. Esimerkiksi valmistelun aikaisen kyselyvelvollisuuden laiminlyönti voisi aiheuttaa pätevän aiheen. Valitusprosessin aikana saatetaan lisäksi joutua käymään oikeutta siitä, ovatko prekluusion edellytykset täyttyneet, mikä sekin jo riittää aiheuttamaan merkittäviä lisäkustannuksia.

Niinpä, jos jokin vaihtoehtoinen faktaperuste näyttää ns. laajan oikeudenkäyntiaineiston valossa todennäköisesti vaikuttavan jutun lopputulokseen, tämä seikka kääntää tyypillisesti prosessitaloudellisen tehokkuuden periaatteen vaikutuksen kyselytoimia puoltavaksi. Näin on erityisesti, jos asiaan soveltuva vaihtoehtoinen faktaperuste on havaittavissa jo viimeistään suullisen valmistelun aikana. Jos taas prosessitaloudellisen tehokkuuden katsottaisiin yhä puhuvan kyselyvelvoitteita vastaan, ainakin periaatteen tapauskohtainen painoarvo vähenisi merkittävästi, lähinnä suullisen pääkäsittelyn aikana.

Tärkeän vedenjakajan prosessitaloudellisista vaikutuksista keskusteltaessa onkin muodostanut menettelyn ajallinen vaihe, erityisesti suullisen valmistelun ja pääkäsittelyn välinen raja. Tässä tutkimuksessa omaksutun käsityksen mukaan valmistelun ja pääkäsittelyn erottelulle ei tulisi ensinnäkään antaa kategorisia merkityksiä kyselyvelvoitteiden olemassaoloon vaikuttavana näkökohtana. – Ei edes silloin kun on puhe aiemmin kokonaan vetoamatta olevista (uusista) faktaperusteista.[53]

Kyselyvelvoitteiden arvioinnin ei toisaalta tulisi riippua suoraan siitä menettelyn vaiheesta, jonka aikana vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltumiseen viittaava tosiasia-aineisto (evidenssi) on tullut tuomarin havaintopiiriin. Merkitystä tulisi antaa vain sille, missä määrin kyselytoimen saatetaan uskoa lisäävän tai rajaavan prosessin julkisia kokonaiskustannuksia. Punninta-ajattelun logiikka

[53] Ks. jakso 8.6.2 ja jäljempänä jakso 9.4.5.

edellyttääkin oikeudellisen arvioinnin liittämistä oikeusperiaatteiden edellyttämiin asiaperusteisiin.

Esimerkiksi pääkäsittelyn aikaisten kyselyjen saatetaan uskoa tyypillisimmin aiheuttavan ainakin jossakin määrin kustannuksia, lisätyötä ja viivästystä. Pahemmassa tapauksessa uusi vetoaminen voisi johtaa tarpeeseen lykätä pääkäsittelyä. Jos tällaista vaaraa ei kuitenkaan ole – tai jos viivästys olisi vähäinen – johtuen vaikkapa faktaväitteeseen liittyvien olosuhteiden selvyydestä, ei periaate aiheuta vasta-argumenttia tuomarin kyselyvelvollisuuden suhteen.

> Käytännön näkökulmasta kyselyvelvollisuus tulisikin useimmissa tapauksissa ulottaa sellaisiin pääkäsittelyn aikana esille tuleviin faktaperusteisiin, joista on tosiasioiden osalta vahva näyttö ja joita koskevat mahdolliset faktaolosuhteet ovat verrattain perinpohjaisesti selvitettyjä (ks. jäljempänä jakso 9.4.5).

9.4 KYSELYVELVOITTEIDEN TARKASTELUA MUUTAMISSA TYYPPITILANTEISSA

9.4.1 Soveltamistilanteiden pääasiallinen ryhmittely

Tyyppitilanteiden hahmottelussa on perusteltua nojautua oikeuskirjallisuudessa ja lainvalmisteluaineistossa vakiintuneeseen pääasialliseen ryhmittelyyn.[54] Tätä erottelua noudatetaan seuraavassa tarkastelussa eräin huomautuksin. Ensimmäinen tapausryhmä käsittää tilanteet, joissa vetoamislausuma on siten tulkinnanvarainen, että on epävarmaa, onko asianosainen tarkoittanut vedota johonkin määrättyyn tosiasiaväitteeseen. Epävarmaa on toisin sanoen joko väitettyjen asiaintilojen sisältö tai se, onko asianosainen tarkoittanut vedota johonkin itse mainitsemaansa tai muulla tavoin esille tulleeseen faktaväittämään.

Toisessa tapauksessa osa niistä tosiasioista, jotka ovat vetoamisvelvollisuuden kohteena, on jäänyt yksilöimättä asianosaisen lausumissa. Tosiasiaväitteiden yksilöinti saattaa tällöin olla liian abstrakti, käsittäen esimerkiksi ainoastaan juridisen termin (asianosainen on vedonnut vain ns. konventionaaliseen tosiasiaan). Myös päinvastainen puute on mahdollinen, jos vetoamisvelvollisuus edellyttää ns. normitason yksilöintiä.[55] Ensiksi mainitussa tilanteessa on usein puhuttu lausumien epäselvyydestä, jälkimmäisessä lausumien epätäydellisyydestä.

---

[54] Ks. jakso 8.2.

[55] Vrt. esim. näkemys, jonka mukaan asianosaisen on vedottava ”kohtuuttomuuteen”. Ks. *Virolainen* 2009 s. 698–699.

> Kummassakin tapauksessa kyselytoimi voisi johtaa väitteiden laajenemiseen, toisin sanoen siihen, että jokin uusi väite tulee mukaan oikeusriitaan (eli osaksi ns. laillista oikeudenkäyntiaineistoa). Aihe kyselytoimiin johtuu nyt jostakin ajatellusta tosiasiaväitteestä, johon ei ainakaan vielä ole vedottu.[56] Siksi on perusteltua puhua täydentävästä kyselytoimesta. Jos kyselyjen syynä olisi jokin jo vedotuksi tulkittu tosiasiaväite, on aiheellista puhua selventävistä kyselytoimista tai informatiivisesta prosessinjohdosta.

Kolmannessa perustapauksessa vetoamisvelvollisuuden kohteena olevaan tosiseikastoon ei ole vedottu lainkaan. Vaikka tätä tilannetyyppiä on usein mahdoton erottaa yksiselitteisesti varsinkin epätäydellistä lausumaa koskevasta, erottelu on käyttökelpoinen osa problematiikan käsitteellistä jäsentelyä. Silloin kun on puhe ns. avoimen termin sisältävistä tosiasiatunnusmerkistöistä, lienee tähän kategoriaan luettava tilanteet, joissa on vedottu perusteen soveltamisen kannalta lähinnä perifeerisiin tosiasiaväitteisiin (tai ns. oikeustosiseikan osatekijöihin). Vedotut tosiasiaväitteet eivät muodosta keskeistä osaa po. normin soveltumisen kannalta riittävästä tosiseikastosta.[57] Olennaista on kuitenkin muistaa jaottelun terminologinen luonne. Jaottelulle tulisi varoa antamasta liian vahvaa oikeudellista merkitystä. Niinpä rajatapauksissa kyselyvelvoitteita koskeva ratkaisu joudutaan perustamaan tapauskohtaiseen arviointiin, jossa periaateargumenteille jää usein tärkeä vaikutus.

Pääasiallinen mielenkiinto kohdistuu viimeksi mainittuun tilanteeseen, koska kahdessa ensiksi mainitussa tapauksessa voidaan usein päätyä melko lyhyen argumentaation pohjalta kyselyvelvollisuuden kannalta myönteisiin ratkaisuihin. Näin on erityisesti silloin, kun on puhe valmistelun aikaisista kyselyvelvoitteista.

Tarkastelu aloitetaan valmistelun aikaisella kyselyvelvollisuudella. Tämä johtuu siitä, että valmistelun aikainen tuomarin kyselyvelvollisuus muodostaa eräänlaisen perustapauksen, jonka valossa pääkäsittelyn aikaista kyselyvelvollisuutta joudutaan joka tapauksessa määrätyiltä osin tarkastelemaan. Mahdollisilla laiminlyönneillä valmistelun aikaisissa kyselytoimissa lienee vaikutuksensa pääkäsittelyn aikaisten kyselyvelvoitteiden arviointiin.

9.4.2 Vetoamislausuman tulkinnanvaraisuus

Jos vetoamislausuman väitesisältö on epäselvä tai jos on epävarmaa, onko asianosainen tarkoittanut vedota johonkin mainitsemistaan tosiasiaväitteistä,

---

[56] Ainakin useimmiten lisäksi tärkeimpänä tai ainakin olennaisena syynä kyselytoimeen on sen selvittäminen, haluaisiko asianosainen vedota johonkin ajateltuun faktaperusteeseen tai tosiasiaväitteeseen. Tätä ei kuitenkaan ole tarpeen ottaa po. terminologista jaottelua poikkeuksetta määrittäväksi ominaisuudeksi.

[57] Samalla on syytä huomata, että enin osa normien tosiasiatunnusmerkistöistä sisältää tällaisia avoimia (kielellisesti tulkinnanvaraisia tai arvostuksenvaraisia) termejä.

on jo edellä olleen tarkastelun pohjalta selvää, että tuomioistuimella on kyselyvelvollisuus.[58] Lausumissa olevien tulkinnanvaraisuuksien poistaminen kuuluu prosessinjohdon kaikkein keskeisimpään ydinalueeseen. Jo kyselysäännösten sanamuoto näyttää velvoittavan kyselytoimiin.[59]

Velvollisuus on poikkeukseton siinä merkityksessä, että tuomarin on kohtuuden rajoissa pyrittävä selventämään lausuman sisältöä. Velvollisuuden perustava normi on säännön kaltainen. Asiaan ei nyt myöskään lähtökohtaisesti vaikuta mahdollisesti sovellettavaksi tulevan sääntelyn luonne, vaan selventämisvelvoite soveltuu yhtä lailla kaikkiin vetoamisperusteisiin.

Vaikka lähtökohta on yksiselitteinen, ongelmana on se, milloin lausumaa on pidettävä siinä määrin epäselvänä, että kyselytoimiin on tarvetta. Ongelma on vaikea, eikä sen ratkaisuun ole osoitettavissa yksinkertaisia ohjeita. Kyselytointen tarpeen arviointi edellyttää tuomarilta lausumien ennakollista tulkintaa.

Edellä katsottiin, että arvioitaessa kyselytointen tarvetta informaationlähteitä on hyödynnettävä huomattavasti laveammin kuin lausumien suorassa tulkinnassa.[60] Muussa tapauksessa kyselytoimista ei olisi suurempaa apua asianosaisen tosiasiallisen vetoamistarkoituksen selvittämistehtävässä. Näin ollen tuomioistuin ei voi tyytyä hyvin painotetusti vain lausumien ulkoiseen ilmiasuun ja niissä oleviin puutteisiin tai ristiriitaisuuksiin. Tarkastelun kohteeksi on otettava asianosaisen lausumat kokonaisuudessaan, myös todistelutarkoituksessa tai taustojen kuvailussa esitetyt faktaväitteet. Samoin on otettava huomioon asianosaisen oikeudelle jättämä kirjallinen todistusaineisto ja hänen ilmoittamansa todistusteemat. Nekin voivat antaa aiheen epäillä, että varsinaiset vetoamislausumat poikkeavat teknisessä mielessä siitä, mitä asianosainen on todellisuudessa tarkoittanut.

Joissakin tapauksissa varmasti myös vastapuolen ennakollinen vastustamislausuma, joka koskee vaihtoehtoisiksi faktaperusteiksi sopivia olosuhteita, voisi aiheuttaa riittävän epäselvyyden siitä, olisiko vetoamisvelvollinen ymmärtänyt faktaväittämien jo tulleen tutkinnan kohteeksi. Näin on siitä huolimatta, että väittämistaakan saatetaan ajatella edellyttävän vetoamisvelvolliselta vastuuta väittämistaakan jakoa (ja ns. suksessiivisen relevanssin etenemistä) koskevien sääntöjen tuntemisesta. Ns. ennakollinen riitautus ei poista edeltävää vetoamisvelvollisuutta. Mutta se voi aiheuttaa perustellun väärinymmärryksen. Selvää on, että tulkinta-aineistona on nojauduttava osaltaan oikeusnormeja koskevaan tietämykseen. Lausuman juridinen puutteellisuus ei kuitenkaan voi yksin aiheuttaa päätelmää lausuman tarkoituksen epäselvyydestä.

---

[58] Ks. jakso 8.3.
[59] Ks. OK 5:21.3 ja OK 6:2a.
[60] Ks. jakso 8.3. Suoralla tulkinnalla tarkoitetaan sen arvioimista, milloin lausuma voidaan ottaa huomioon määrätynsisältöisenä jo suoraan asianosaisen lausumien pohjalta, ryhtymättä sitä ennen kyselytoimiin.

Kielellisesti avoimet tai arvostuksenvaraiset tunnusmerkistöt aiheuttavat erityisiä ongelmia vetoamistarkoituksen alustavassa tulkinnassa. *Jos* asianosaisen vetoamislausumat sisältävät *väitteitä ainoastaan* sellaisista konkreettisista (empiirisesti havaittavista) *tosiasioista, jotka periaatteessa voisivat käydä kohtuullistamisvaatimuksen riittäviksi perusteiksi,* tilanne lienee luokiteltava selventäviä kyselytoimia edellyttäväksi. Tuomarille on asetettava velvollisuus selvittää, onko asianosaisen tarkoituksena vedota kohtuuttomuuteen ja toisaalta vaatia sopimuksen kohtuullistamista. Näkemystä puoltaa jo se väittämistaakkaoppien peruslähtökohtiin kuuluva ajatus, jonka mukaan vetoamisvelvollisuuden täyttää tosiasiaväitteiden yksilöinti nimenomaan empiiriseen havaintomaailmaan kuuluvien tosiasioiden tasolla.[61] Ajatuksesta ei kylläkään ole voitu pitää kiinni, vaan vetoamisvelvoite on jouduttu ulottamaan myös normitason yksilöinteihin.[62] Normatiivisesti merkitsevistä tosiasioista ei nimittäin yleensä voida keskustella puhtaasti kuvailevin termein.[63]

Väittämistaakkaoppien alkuperäisajatuksen mukaan asianosaisen tulisi olla vastuussa tosiasiaväitteisiin vetoamisesta, ei sitä vastoin niiden juridisesta luonnehdinnasta, joka puolestaan kuuluu tuomioistuimen vastuulle. Tästä oikeusohjeesta, joka tunnetaan jura novit curia -periaatteena,[64] tulisi nähdäkseni pitää kiinni silloin kun on puhe faktaväitteiden saattamisesta keskustelun alaisuuteen. Tuomioistuimelle kuuluva osuus tästä vastuusta voidaan toteuttaa juuri kyselyvelvoitteiden kautta.[65] Vastapuolen kuulemisoikeuden varmistaminen saattaa nimittäin monissa tapauksissa aiheuttaa sen, että normitason yksilöinnit ovat perusteltuja.

Vaikeammaksi asia muuttuu silloin kun vetoamislausumaan sisältyy vain osa

---

[61] Ks. *Ekelöf* TfR 1945 s. 226 tai *Ekelöf* 1956 s. 57; *Boman* 1964 s. 46; *Olivecrona* 1966 s. 217 tai *Lindell* 1987 s. 28.

[62] Kysymys vetoamisvelvollisuuden ulottumisesta esimerkiksi oikeustointen kohtuuttomuutta koskevaan luonnehdintaan on (aiemmin selostetulla tavoin) osin riidanalainen. Ks. *Virolainen* (2009 s. 698–699), jonka mukaan vetoamisvelvoite edellyttää tällaista luonnehdintaa. (Vrt. KKO 2008:77.)

Riippumatta tähän kysymykseen annettavasta vastauksesta kohtuullistamista koskevaa luonnehdintaa on kuitenkin edellytetty vakiintuneesti ainakin vaatimuksen yksilöinnissä. Ks. esimerkiksi KKO 1990:148, KKO 1992:12 tai KKO 2008:77, joissa kohtuullistamisvaatimukseen oli kuitenkin sovellettu ns. lievennettyä vetoamiskynnystä. Samoin on ajateltu oikeuskirjallisuudessa. Ks. esimerkiksi *Kaisto* 2007 s. 127, joka katsoo (s. 127–128), että riittävänä saatetaan pitää kohtuullistamisen ns. implisiittistä vaatimista. Toisin *Virolainen* JFT 2006 s. 202, jonka mukaan vaatimistaakkaa ei tulisi lieventää kohtuullistamisvaatimusten osalta. Ks. myös Virolaisen kritiikkiä ratkaisun KKO 2008:77 johdosta. (*Virolainen* 2009 s. 691–705.)

[63] Ks. edellä jakso 3.7.

[64] Huomattakoon, että tämä perinteikäs normi ei ole edellä esitetyn kaltainen punnintaperiaate tai optimointikäsky. Periaatteiden ja sääntöjen jaottelussa kyseessä on nähdäkseni sääntötyyppinen normi.

[65] Se, että vetoamisvelvollisuus edellyttää normitason yksilöintejä (tai että vetoamislausumissa on käytettävä myös juridisia termejä) ei näin ollen välttämättä merkitse sitä, että jura novit curia -periaatteen mukaisesta vastuunjaosta olisi kaikin osin luovuttu.

sellaisista konkreettisista faktaolosuhteista, jotka yhdessä voisivat täyttää kohtuullistamissäännön edellyttämän tunnusmerkistön. Jos vain vähäiseen osaan faktaolosuhteista on vedottu, mahdollisen kyselyvelvoitteen perusteluja on järkevämpää etsiä muista näkökohdista kuin alkuperäisestä vetoamistarkoituksesta, joka tulisi selvittää. Rajankäyntiä sen suhteen, milloin vetoamistarkoitusta ei enää olisi aiheellista epäillä, on hyvin vaikea (ellei mahdotonta) määritellä yleisellä tasolla.

9.4.3 Yksilöinneiltään epätäydelliset vetoamislausumat

Jos asianosaisen saatetaan katsoa vedonneen määrättyyn faktaperusteeseen mutta faktaolosuhteet on yksilöity puutteellisesti, tuomarilla on lainvalmisteluaineiston ja oikeuskirjallisuuden mukaan velvollisuus auttaa asianosaista täydentämään lausumiaan. Kyselyvelvoitteen ulottumista näihin tilanteisiin voidaan pitää selvänä, ainakin jos puutteellinen lausuma esitetään valmistelun aikana. Ongelmana on jälleen se, kuinka tämä yksilöinneiltään puutteellisten lausumien piiri rajataan. Puutteellisesti yksilöityjen lausumien kirjo on laaja.

Jos faktaperusteen ns. tosiasiatunnusmerkistö on yksinkertainen ja sisältää useampia edellytyksiä, saatetaan helpommin tehdä päätelmiä siitä, että johonkin faktaperusteeseen on tarkoitettu vedota, vaikkakin faktoja koskeva yksilöinti olisi osittain puutteellinen.[66] Arvostuksenvaraisia tai kielellisesti heikkoja termejä sisältävien tunnusmerkistöjen kohdalla epätäydellisten lausumien tunnistaminen on vaikeampaa. Kaikista faktaperusteista suurin osa lukeutuu periaatteessa tässä tarkoitettuun kategoriaan. Useimpiin sisältyy toisin sanoen enemmän tai vähemmän tosiasiatunnusmerkistöltään avoimia termejä.[67] Näihin liittyvien vetoamislausumien puutteet on katsottu edellä voitavan jaotella karkeasti kolmeen pääryhmään.

Ensimmäiseen ryhmään kuuluvassa tapauksessa vetoamatta on ainoastaan abstrakti termi (ns. konstitutionaalinen tosiseikka), joka sisältyy kirjoitettuun tai kirjoittamattomaan normiin. Vetoamislausuma kuitenkin sisältää ne empiirisesti havaittavat tai alempaa abstraktiotasoa edustavat olosuhteet, jotka voivat aiheuttaa faktaperusteen soveltumisen. Millä ehdoin kyselyvelvollisuus voidaan perustaa siihen, että lausuma on lähinnä teknisessä mielessä epätäydellinen? Näkemykseni mukaan tämä tapaus voidaan ainakin periaatteessa jopa vaikeuksitta sijoittaa po. luokitteluun. Mutta yhtä hyvin kyselyvelvollisuus voitaneen perustaa jo tällaisesta kuvailevia väitteitä sisältävästä lausumasta ilmenevään vetoamistarkoitukseen, joka tulisi ainoastaan varmistaa.

Näkemyksen asiallinen perustelu on sama kuin lausuman tulkintaan nojau-

---

[66] Ks. edellä jakso 8.4.
[67] Ks. jakso 3.6.2 (s. 65–66). Ks. myös *Lindell* 1987 s. 178–179.

tuvassa suosituksessa: Vastuu puhtaasti oikeudellisista luonnehdinnoista tulisi mahdollisuuksien mukaan kohdistaa viranomaistaholle. Sikäli kuin vetoamisvelvollisuus todella edellyttää määrätyn normatiivisen termin käyttöä, vastuu sellaisen tuomisesta keskusteluun on asetettava tuomioistuimelle.[68] Ongelmaksi jää kuitenkin vetoamislausumilta edellytetyn yksilöinnin tason määrittely.[69]

Toisessa tapausryhmässä asianosainen on vedonnut ainoastaan normin sisältämään abstraktiin termiin mutta lausuma ei sisällä mitään kuvausta empiirisesti havaittavista faktaolosuhteista, joiden perusteella normia saatettaisiin soveltaa. Kolmanteen ryhmään kuuluvissa tilanteessa asianosainen taas on vedonnut vain osaan niistä konkreettisista faktaolosuhteista, jotka voisivat muodostaa riittävän faktaperusteen.

Nämä tapaukset ovat ensimmäiseen verrattuna paitsi yleisempiä myös huomattavasti pulmallisempia. Jos vaikkapa sopimuksen kohtuuttomuutta koskevan väitteen tueksi ei ole vedottu mihinkään konkreettisiin tosiasioihin, on helppo päätyä siihen, että lausuma on puutteellisesti yksilöity. Lausuma on ilman muuta liian epämääräinen ajatellen yhtäältä vastapuolen mahdollisuuksia vastata väitteeseen ja toisaalta tuomioistuimen tarvetta saada riittävä selko väitteiden sisällöstä, jotta se voisi suunnitella prosessin kulkua ja lopulta ratkaista oikeusriita. Kun lausumaan nyt sisältyy sopimuksen kohtuuttomuutta koskeva maininta, vetoamisvelvollisen tarkoituksesta ei ole epäselvyyttä. Siksi on selvää, että tuomarin pitää huomauttaa vetoamisvelvollista tällaisesta puutteesta.[70]

Sitä, mihin konkreettisia faktoja koskeviin kysymyksiin tuomioistuimen tulisi kiinnittää asianosaisen huomiota, on merkittävästi vaikeampi määritellä. Mitään yksinkertaista keinoa (helposti sovellettavaa kriteeriä) ei ole käytettävissä. Tunnusmerkistön ollessa avoin ei voida nojautua suoraan lakitekstiin tai muutoin vakiintuneisiin käsityksiin faktaperusteen normatiivisesti edellyttämistä tosiasioista. Tilanne on tässä suhteessa pitkälti sama kuin silloin, kun vaihtoehtoinen faktaperuste on jäänyt kokonaan vetoamislausumien ulkopuolelle. Keskeisenä informaationlähteenä on pakko käyttää ns. laajaa oikeudenkäyntiaineistoa kuten asianosaistahojen (vetoamisvelvollinen, vastapuoli, myötäpuoli) lausumia ja kirjallista todistus- ja taustamateriaalia. Lausumiin tai tunnettuihin faktaolosuhteisiin voi sisältyä sellaista, jolla voisi olla asiassa relevanssia po. faktaperusteen soveltumisen kannalta.

Rajankäynneissä jää puolestaan ainoaksi järkeväksi keinoksi nojautua vastaaviin kriteereihin kuin mitä sovelletaan väitelausumien ulkopuolelle jääneisiin faktaväitteisiin. Ratkaisut jäävät tehtäviksi tapauskohtaisesti, ja niissä joudutaan soveltamaan periaateargumentteja. Tärkein kyselytoimiin vaikuttava

---

[68] Vrt. jura novit curia -periaate ja väittämistaakkasäännön alkuperäisidea, jonka mukaan vetoamisvelvoitteen tulisi koskea vain ”konkreettisia” tosiasioita.

[69] Ks. esimerkiksi jaksoa 3.7.

[70] Ks. myös *Virolainen* 1988 s. 251–252; *Lappalainen* 1994 s. 120; *Ekelöf* 1979 s. 265.

yksittäinen olosuhde liittyy näkemykseni mukaan ao. konkreettisia faktaperusteita koskevaan, käytettävissä olevaan tietämykseen.

Avointen termien kohdalla kyselyvelvoitteen tueksi voidaan tässäkin nojautua ajatukseen tuomioistuimelle kuuluvasta velvollisuudesta huolehtia oikeusnormien soveltamisesta. Vedottavien faktojen tarkka yksilöinti ja valinta kun edellyttää pitkälle menevää oikeudellista tietämystä. Siksi faktojen täsmällisempää yksilöintiä koskevassa vastuunjaossa tulisi yleisesti omaksua asianosaisystävällinen suhtautumistapa. Kyselytoimia puoltavaa merkitystä voidaan antaa myös sille, että vetoaminen juridisen termin sisältävään väitteeseen merkitsee aktiivista osoitusta vetoamistahdosta.

Jos ainoastaan osa jonkin faktaperusteen kannalta relevanteista konkreettisista faktaväitteistä on vedottu, kyselyvelvoitteen rajaamiseen liittyvät ongelmat ovat samankaltaisia. Samoin ne informaationlähteet, joihin saatetaan nojautua.

Tähän kolmanteen ryhmään lukeutuvat tilanteet ovat suuresti toisistaan poikkeavia. Vetoamatta saattaa olla vain jokin yksittäinen faktaolosuhde, joka kylläkin tässä tapauksessa voi olla faktaperusteen soveltumista ajatellen tärkeä. Toisaalta asianosainen on voinut vedota vain joihinkin faktaperusteen soveltumisen kannalta varsin perifeerisiin (vähämerkityksisiin) olosuhteisiin. Viimeksi mainitussa tapauksessa ei liene asioita selkiyttävää puhua siitä, että vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen ylipäänsä olisi vedottu. Kyselyvelvoitetta ei siis myöskään tuntuisi järkevältä perustaa lausuman epätäydellisyyteen.

Mitään yksinkertaista (tai varsinkaan helposti noudatettavaa ja luotettavaa) rajankäyntikriteeriä terminologian valintaan ei kuitenkaan ole käytettävissä, vaan joudutaan tyytymään melko tavalla karkeisiin erotteluihin. Näkemykseni mukaan puhe vaikkapa kohtuuttomuusväitteen epätäydellisyydestä edellyttäisi vähintäänkin vetoamista sellaisiin faktaolosuhteisiin, jotka ovat selkeästi tunnistettavissa relevanteiksi oikeustoimen kohtuuttomuuden oikeudellisen arvioinnin kannalta. Esimerkkinä voisi käydä väite siitä, että sopimukseen perustuvat oikeudet ja velvollisuudet jakautuvat osapuolten kesken hyvin epätasapainoisesti (vrt. sopimussuoritusten epätasapaino). Samoin väite ehtojen yksipuolisuudesta eli siitä, että määrätyt sopimusehdot (tai sopimus kokonaisuudessaan) luovat toiselle osapuolelle vain oikeuksia ja toiselle velvollisuuksia.

Tarvetta ja hyviä perusteita kyselyvelvoitteille saattaisi kylläkin olla myös niissä tilanteissa, joissa vain vähän tai ei lainkaan relevantteja faktaolosuhteita on tullut suoranaisesti vedotuiksi eli silloinkin, kun relevantit faktat ovat jääneen pääosin vetoamislausumien ulkopuolelle.

9.4.4 Vaihtoehtoinen faktaperuste on kokonaan vetoamatta

9.4.4.1 Johdanto

Kyselyvelvoitteiden määrittelyyn liittyvistä ongelmista vaikein koskee olosuhteita, joissa jokin asiaan mahdollisesti vaikuttava vaihtoehtoinen faktaperuste on kokonaan vetoamatta. Seuraavassa tarkastellaan tuomarin kyselyvelvollisuutta muutamissa tilannetyypeissä. Tilannetyyppien hahmottelussa nojaudutaan yhtäältä oikeuskirjallisuudessa esiintyneisiin (melko vakiintuneisiinkin) jaotteluihin. Ensiksi tarkasteltavat tapaukset (1–4) ovat kuitenkin hieman kehiteltyjä versioita oikeuskirjallisuudessa hyödynnetyistä. Oikeuskirjallisuudessa ei nimittäin ole tarkasteltu erikseen vaihtoehtoisesta faktaperusteesta käsillä olevan selvityksen asteen tai näytön vahvistumisen vaikutusta tuomarin velvoitteiden arviointiin. (Vrt. edellä jakso 8.4.)

Aluksi tarkastellaan tilanteita, joissa keskeisin kyselytoimia perusteleva syy (ainakin oman näkemykseni mukaan) liittyy faktatietämykseen. Näiden hahmottelussa on ehkä hyvä aloittaa tapauksista, joissa kyselyvelvoitteiden tueksi on esitettävissä kaikkein vahvimmat perusteet, vaikkakin tämä saattaa johtaa jossakin mitassa tarpeeseen toistaa samoja argumentteja. Syynä on yhtäältä tarve kysymyksenasettelun konkretisointeihin. Mutta ennen kaikkea esitysjärjestys johtuu siitä, että vastauksia tarkasteltaviin ongelmiin ei voida pitää oikeuskirjallisuuden, lainvalmistelun tai oikeuskäytännön valossa täysin yksiselitteisinä.

Muissa tyyppitapauksissa kyselyvelvoitteita puoltavana syynä on kokemus- ja normitietämys (5) ja vetoamisvelvollisen omien lausumien sisältö (6–8).

9.4.4.2 Tyyppitilanteiden tarkastelua

(1.) Vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta on täysi varmuus (täysi näyttö)

Ensiksi tarkasteltavassa tilanteessa asiaan soveltuvan vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaoloa saatetaan hyvin perustein pitää jokseenkin varmana. Vaihtoehtoisen faktaperusteen muodostavista olosuhteista voisi olla käsillä esimerkiksi (a) kirjalliseen todistus- tai tausta-aineistoon pohjautuen vahva näyttö. Näin ollen maakaaren 2 luvun 25 §:n mukaisen määräajan ylittymisestä olisi jo melko vahva näyttö, jos kauppakirjasta ja kannekirjelmästä kävisi ilmi, että omakotitalon hallinnan luovutuksesta virheilmoituksen tekemiseen on kulunut enemmän kuin viisi vuotta.

Vaihtoehtoiset olosuhteet saattaisivat toisaalta (b) olla pääteltävissä sen pohjalta, mitä asianosaiset ovat asiassa lausuneet yhdenmukaisesti (ja mitä toisaalta tiedetään ns. laajan oikeudenkäyntiaineiston perusteella). Jos ravintolan vahti-

mestarin väitetään aiheuttaneen vahinkoa asiakkaalle, tämän perusteella ei ehkä vielä ole aivan varmaa, että vahinko olisi aiheutunut työsuhteessa tai työvuoron aikana. Näistäkin seikoista osapuolet ovat toisaalta voineet mainita. Lisäksi tuomarin tietoon on voinut tulla muuta asiaa tältä osin valaisevaa aineistoa, jonka takia esimerkiksi vastuun kanavointia (VahL 3:1 ja 6:2) koskevien säännösten soveltuvuutta ei olisi lähtökohtaisesti syytä epäillä (vrt. KKO 1998:81).

Ratkaisevalla tavalla merkityksellinen olosuhde saattaisi lisäksi olla ns. notorinen tosiasia, toisin sanoen (c) seikka, jota voidaan pitää totena jo yleistiedon nojalla. Niihinkin pitää väittämistaakkasäännön vuoksi vedota.[71]

Käytännössä verrattain harvoin voitaisiin jo valmistelun aikana saavuttaa täysi varmuus jonkin faktaperusteen soveltumisesta. Aivan täyttä varmuutta ei nyt ajatellussa tapauksessa toisaalta tarvitse edellyttää, vaan lähinnä käytännöllisessä mielessä korkeaa todennäköisyyttä. Vaihtoehtoisen faktaperusteen oikeudellista soveltumista on arvioitava normaaliin tapaan (po. oletettujen faktojen pohjalta). Mitään erityistä kynnystä oikeudelliselle soveltuvuudelle ei voida (eikä ole perusteltua) asettaa sen enempää tässä kuin muissakaan tyyppitilanteissa.[72]

Mutta kuinka tuomarin kyselyvelvollisuuteen tulisi suhtautua näissä tilanteissa? Tulisiko kyselyvelvollisuuden ehdoksi asettaa tällaisen faktatietämyksen lisäksi joitakin muita edellytyksiä vai käykö faktatietämys nyt yksin riittäväksi syyksi kyselyvelvollisuudelle?

Valmistelun aikaista kyselyvelvollisuutta sääntelevän lain (OK 5:21.1) sanamuoto näyttää heikkoudestaan huolimatta tukevan kyselyvelvollisuutta juuri näissä tilanteissa. Säännöksen mukaan tuomioistuimen on nimittäin huolehdittava siitä, että asianosaiset ”mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota”.[73] Samaan päätelmään johtaa vielä vahvemmin asian arviointi säännöksen järkevän tarkoituksen pohjalta. Yleisen elämänkokemuksen nojalla asianosaisen saatetaan uskoa tahtovan vedota juuri niihin perusteisiin, jotka olisivat asiassa merkityksellisiä.[74] Jos vaihtoehtoisen faktaperusteen verrattain varmalta näyttävä soveltuminen ei aiheuta kyselyvelvoitetta, voidaan kysyä, milloin kyselyvelvoite ylipäänsä voisi syntyä. Voitaisiinko kyselyvelvollisuudesta juuri koskaan olla ainakaan varmoja?

Tältä pohjalta vaikuttaa selvältä, että kyselytoimet olisivat vähintäänkin sallittuja. Mutta on mahdotonta tyytyä pelkästään kyselyvaltuuksiin. Tuomarille on asetettava nimenomaan velvollisuus kyselytoimiin. Kyselytoiminta vaikut-

---

[71] Ks. jakso 3.1 (s. 17–18).

[72] Ks. myös *Jonkka* 1991 s. 260.

[73] Toisaalta säännöksessä viitataan myös (19 §:ssä säädettyjen tavoitteiden) pääkäsittelyn keskitystavoitteen toteuttamisesta, johon nähden relevantiksi oletettavien faktaperusteiden saattaminen asianosaisten huomion kohteeksi valmistelun aikana olisi niin ikään perusteltua.

[74] Jos näin ei aivan kaikissa tapauksissa olisikaan, asian varmistaminen ei silti millään tavalla olisi ristiriidassa kyselytointen perustehtävien kanssa.

taa aivan liian ratkaisevasti osapuolten intresseihin, jotta se voitaisiin jättää vapaan harkinnan varaan.[75]

Periaateargumenttien valossa kyselytoimet ovat niin ikään perusteltuja. Tärkeimmät harkintaan vaikuttavista periaatteista liittyvät tässäkin tapauksessa aineellisen oikeusturvaintressin toteutukseen ja prosessitaloudelliseen tehokkuuteen. Kumpikin tukee tässä tapauksessa kyselytoimia.

Todennäköisyys kyselytointen vaikutuksellisuudesta lisää oikeusturvaintressin toteutuksen periaatteen kyselyjä puoltavaa tapauskohtaista painoarvoa. Aineellisen oikeuden menetys näyttää luultavalta, jos vaihtoehtoinen faktaperuste jää vetoamatta. Suotuisat menestymisen näkymät toisaalta pienentävät riskiä turhien asianosaiskulujen aiheutumisesta.[76]

Prosessitaloudellisen tehokkuuden vaikutus on nyt samansuuntainen, koska riski siitä, että vielä määräajan jälkeen vedotaan uusiin väitteisiin, on suurimmillaan juuri vahvojen faktaperusteiden kohdalla. Vahvat faktaperusteet on siksi erityisen tärkeää ottaa keskustelun kohteeksi jo valmistelun aikana. Viranomaiselle säännönmukaisesti aiheutuva työmäärän kasvu ei riitä kääntämään periaatteen vaikutusta kyselytoimia torjuvaksi.

> Passiivisuutta voitaisiin perustella ainoastaan, jos prosessin lopputuloksen oikeellisuuteen ja muihin tapauskohtaisiin näkökohtiin suhtauduttaisiin välinpitämättömästi. Tästä näkökulmasta prosessinsisäisten tavoitteiden saatettaisiin nähdä perustelevan passiivisuutta. Tuomarin yleisen passiivisuuden ohjausvaikutus johtaisi pidemmällä tähtäimellä siihen, että osapuolten olisi pakko huolehtia lausumiensa ymmärretyksi tulemisesta ja riittävyydestä. Nykyinen ajattelu edustaa kuitenkin tässä suhteessa mieluummin päinvastaista näkemystä – ainakin siinä mielessä, että ratkaisujen oikeellisuudella on nähty merkitystä siviilioikeuden yhteiskunnallisen ohjausvaikutuksen tehostajana (vrt. erityisesti aiemmin selostettu ruotsalainen oikeuskirjallisuus). Toisaalta kotimaisen lainvalmisteluaineiston valossa oikean ratkaisun tavoite esiintyy vähintäänkin yhtä tärkeänä päämääränä kuin prosessiekonomia.

Menettelyllisen reiluuden periaate puoltaa kyselytoimia normaalilla painoarvollaan, kyselytoimen varmistaessa sen, että vetoamisvelvollinen havaitsee vetoamismahdollisuuden.[77] Kyselyjen sijoittuessa valmisteluvaiheeseen uusien

---

[75] Vapaa harkintavalta asianosaisten oikeusturvan kannalta näin ratkaisevassa toiminnassa edellyttäisi tuekseen joka tapauksessa voimakkaita asiasyitä. Sellaisia ei ole osoitettavissa ainakaan nyt puheena olevassa tilanteessa. Tässä tutkimuksessa omaksutun näkemyksen mukaan kyselytoimintaa ei ylipäänsä tulisi nähdä vapaan harkinnan varassa olevana valtuutena. (Ks. edellä jaksoja 7.8 ja 7.9.)

[76] Edellytyksenä on kaikissa tapauksissa, että asianosaisen menestyminen jo vetoamillaan perusteilla ei ole varmaa.

[77] Yleisenä edellytyksenä on, että toiminta ei ole toista osapuolta suosivaa. Näkökohta on kuitenkin punninnan ulkopuolinen, suosivan menettelyn ollessa kokonaan kiellettyä.

väitteiden tutkimisesta aiheutuvia lisäkuluja ei voida pitää vastapuolen kannalta kohtuuttomina. Mutta myös pyrkimys tehostaa aineellisen sääntelyn yleistä ohjausvaikutusta saa nyt kyselytoimia puoltavaa painoarvoa, sillä kyselytoimi kohentaa mahdollisuuksia saavuttaa aineellisesti oikea ratkaisu. Kun selvästi vaikutukselliset vaihtoehtoiset faktaperusteet ovat vielä verrattain harvinaisia, ei niiden asettamisesta kyselyjen kohteeksi toisaalta selvästikään aiheudu vaaraa sellaisesta prosessin liiallisesta kuormittamisesta, jolla olisi päinvastoin haitallisia vaikutuksia siviilioikeudellisen sanktiomekanismin kannalta.[78]

Tuomarille on tässä tilanteessa asetettava sääntöluonteisesti noudatettava velvollisuus kyselytoimiin. Ei nimittäin liene juurikaan esitettävissä sellaisia erityistilanteita, joissa passiivisuutta voitaisiin suositella. Siksi ratkaisua ei pitäisi jättää tapauskohtaisen punninnan varaan. Tämä johtopäätös on riippumaton sovellettavaksi tulevan sääntelyn (tai puolustettavien sisällöllisten oikeuksien) luonteesta. Pakottavan sääntelyn tilanteissa päätelmää kylläkin vielä tukee oikeusturvaintressin (ja sääntelyn yleisen ohjausintressin) kasvanut painoarvo.

(2.) Vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaoloa saatetaan pitää todennäköisenä

Mutta edellyttääkö sääntöluonteinen kyselyvelvollisuus näin vahvaa näyttöä (miltei täyttä varmuutta) asiaan soveltuvan vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta? Käsitykseni mukaan aivan näin ei ole, vaan jonkin tätä alemman näyttötason on oltava riittävä.

Edellä selostetun periaateargumentaation valossa jo verrattain heikon näytön tulisi perustella kyselyvelvollisuus nimenomaan käräjäoikeuden valmistelun aikana.[79] Verrattain heikot indisiot eivät kuitenkaan voi toimia yksin riittävänä perusteena kyselyvelvoitteiden asettamiseen. Vaikka oikeudenkäyntiaineistoon sisältyy vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaoloon viittaavaa näyttöä, ratkaisu joudutaan useimmiten tekemään punnitsemalla niitä tapauskohtaisia vaikutuksia, joita eri vaihtoehtojen mukaisesta menettelystä aiheutuu oikeusperiaatteiden suojaamille intresseille. Arvioni mukaan selvästi suurin osa niistä tilanteista, joissa kyselytointen tarvetta on harkittava, sijoittuu faktatietämyksen laadun suhteen tälle kyselyvelvollisuuden uloimmalle reuna-alueelle (vrt. jäljempänä tilanne 4).

Jos vaihtoehtoisesta faktaperusteesta kertova näyttö on kuitenkin huomattavan vahvaa jo valmistelun aikana, ei yleensä liene riittävää syytä, jonka vuoksi kyselyvelvollisuuden asettamisesta tulisi poiketa. Vetoamistahdon varmistaminen on tässä tapauksessa perusteltua tuomarin parhaan käytettävissä olevan tie-

---

[78] Vrt. esimerkiksi *Boman* TfR 1979 s. 351.

[79] Vrt. erityisesti *Boman* TfR 1979 s. 351, jossa on omaksuttu salliva näkemys kyselytointen ulottuvuudesta.

tämyksen valossa. Lähtökohdaksi ei siksi tule ottaa tarvetta punnintoihin.

Sellaisen näytön tason määrittämiseen, josta käytännön ratkaisuissa olisi hyötyä ja joka toisaalta voitaisiin kytkeä oikeusnormeihin, on hankalaa. Varmimman tuntuisen lähtökohdan muodostaa kenties suositus, jonka mukaan tuomarilla on velvollisuus ottaa faktaperusteeseen vetoamista koskeva kysymys keskusteluun ainakin silloin, kun jo valmistelun aikana on käsillä ns. todennäköisyysnäyttö jostakin asiaan soveltuvasta vaihtoehtoisesta faktaperusteesta. Näin on siksi, että tämä näytön taso olisi yleisimmin joko riittävä tai ainakin lähellä riittävää ajatellen lopullista asiaratkaisua.

Tässäkin tilanteessa on kyse alustavasta arviosta, joka nojautuu rajattuun osaan tuomioistuimelle jätettyä oikeudenkäyntiaineistoa. Jos asiaan soveltuvaa vaihtoehtoista faktaperustetta saatetaan pitää karkeasti arvioiden todennäköisenä, lienee prosessinjohtosäännöksen (OK 5:21.3) katsottava edellyttävän vaihtoehtoisen faktaperusteen ottamista keskusteluun, jotta asianosainen saisi mahdollisuuden harkita siihen vetoamista.

Minkäänlaista prosessin lopputuloksen ennustamista arvioon ei varsinaisesti sisälly.[80] Niinpä kyselyvelvollisuuden syntyyn ei tässä tapauksessa vaikuta vetoamisvelvollisen asianosaistahon oletettu suhtautuminen faktaperusteeseen, toisin sanoen se, vetoaisiko asianosainen po. faktaperusteeseen tai se, kuinka aktiivisesti hänen voitaisiin uskoa ryhtyvän ajamaan asiaa, esimerkiksi hankkimaan asiaan liittyvää lisänäyttöä. Nämä ovat asioita, jotka voidaan hyvin jättää vetoamisvelvollisen ratkaistaviksi.

Yhtä vähän olisi syytä ryhtyä arvioimaan vetoamisvelvollisen vastapuolena olevan asianosaisen tosiasiallista toimintaa tai edes tosiasiallisia mahdollisuuksia hankkia vastanäyttöä. Jos asiaan vaikuttavat faktaolosuhteet jäävät suurelta osin tuntemattomiksi, kyselyvelvollisuuden aiheuttavaa näyttöä ei kenties ole käsillä.

Tyyppitilanteessa edellytetäänkin, että vaihtoehtoisen faktaperusteen muodostavista olosuhteista on riittävästi selvitystä. (Samoin tehdään ymmärrettävästi tilanteessa 1.) Tyyppitilanteessa on toisin sanoen voitava pitää luultavana, että oikeudenkäyntiaineistoon ei jo sisälly ja ettei käsillä olevan aineiston ulkopuoleltakaan ole saatavissa sellaista selvitystä, joka kääntäisi todistusratkaisun arvioidun lopputuloksen. Epävarmuus siitä, mitä muuta kuin tuomarin havaintopiirissä olevaa selvitystä on olemassa, vaikuttaa todennäköisyysarviota alentavasti.[81]

---

[80] Paitsi epäsuorasti siinä mielessä, että verrattain vahva faktatietämys ymmärrettävästi korreloi po. tosiasiaperusteen menestymisen mahdollisuuksien kanssa. Voidaan puhua väljässä merkityksessä faktaperusteen menestymisen näkymistä.

[81] Jotta vaihtoehtoista faktaperustetta voitaisiin jo valmistelun aikana pitää todennäköisenä, on faktoja koskevan selvitystason oltava verrattain korkea. Lopullisessa todistusratkaisussa, joka annetaan täysmittaisen prosessin päätteeksi, saatetaan antaa merkitystä myös sille, jos vastanäyttö on jää puuttumaan. Tällä tavoin menettely tavallaan legitimoi asiassa annettavaa ratkaisua.

Jos käsillä olevaan oikeudenkäyntiaineistoon sisältyy selvitystä ns. vastatosiseikoista, jotka poistavat tai muuttavat vaihtoehtoisen faktaperusteen oikeudellista merkitystä, tämä voi vaikuttaa myös kyselyvelvollisuutta koskevaan arvioon. Vaikutus kohdistuu tällöin siihen, olisiko vaihtoehtoista faktaperustetta pidettävä asiassa riittävän vaikutuksellisena. Vastatosiseikkoja koskevaan selvitykseen on kuitenkin perusteltua suhtautua varovaisesti. On suositeltavampaa jättää vetoamistoimia koskeva päätöksenteko asianosaisille kuin pidättyä kyselytoimista vastatosiseikkaa koskevan hieman epävarman spekulaation vuoksi.[82] Siksi vain melko varmoilta (faktapuolen osalta) näyttäville vastatosiseikoille tulisi antaa kyselyvelvollisuuden torjuva vaikutus.

> Kyselyvelvoitteen torjuvaa vaikutusta ei tulisi järkevästi ajatellen antaa myöskään sellaisille sinänsä mahdollisille faktaolosuhteille, joista todistustaakka on vetoamisvelvollisen vastapuolella. Asuntokauppaa koskevassa asiassa laajasta oikeudenkäyntiaineistosta saattaa käydä ilmi, että ostaja on tehnyt virheilmoituksen huomattavan pitkän ajan kuluttua siitä kun hän havaitsi virheen. Tuomarin kyselyvelvollisuuteen ei nähdäkseni vaikuta, vaikka mitään tietoa ei olisi siitä, missä vaiheessa ostaja on ymmärtänyt virheen merkityksen.

(3.) Vaihtoehtoinen faktaperuste soveltuisi, jos asiaa arvioitaisiin valmistelun aikana käytettävissä olevan tosiasia-aineiston perusteella

On aiheellista tarkastella vielä erästä tilannetta, jossa siinäkin keskeisellä sijalla on tietämys vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta. Vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltumiseen vaikuttavista tosiasioista olisi jo arviointihetkellä tietoa siinä määrin, että tavanomainen näyttökynnys ylittyisi, jos lopullinen asiaratkaisu jouduttaisiin tekemään käsillä olevan aineiston pohjalta. Sinänsä tunnetut tosiasiat johtaisivat toisin sanoen faktaperusteen soveltumiseen sillä edellytyksellä, että asiaan ei liittyisi sellaisia vasta-argumentin aiheuttavia olosuhteita, jotka muuttaisivat oikeudellista kokonaisarviointia.

Tilanne poikkeaa edellä käsitellyistä siten, että epävarmuus, joka liittyy sellaiseen fakta-aineistoon, jonka sisältöä ei vielä edellytetä tunnetuksi, ei vaikuta kyselyvelvollisuuden syntyyn. Tällaista aineistoa voisi olla esimerkiksi kirjallinen aineisto, joka on jätetty oikeudelle mutta johon tuomioistuimen ei edellytetä vielä tutustuneen tai todisteet, joita ei vielä ole otettu vastaan. Samoin sellainen todistusaineisto, joka kenties olisi hankittavissa mutta, jota ei vielä ole edes ilmoitettu. Faktoja koskevan selvitysasteen alhaisuus ei toisin sanoen vaikuttaisi arvioon kyselyvelvoitteen aiheutumisesta.

Näihin ehtoihin nojautuva tarkastelutapa soveltuu erityisen hyvin sellaisiin

[82] Epävarmuuden käytännön vaikutus kertautuu siksi, että vastapuolen on vedottava vastatosiseikkaan.

faktaperusteisiin, joiden tosiasiatunnusmerkistö on määritelty huomattavan avoimin (kielellisesti heikoin tai arvostuksenvaraisin) termein. Niiden kohdalla on nimittäin vaikea arvioida juuri käsillä olevan näytön vahvuutta tai faktoja koskevaa selvitystasoa. Kun potentiaalisesti merkityksellisten tosiasioiden piiri on laaja, monikin seikka voisi vielä muuttaa käsitystä vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltumisesta. Jos kuitenkin jo arviointihetkellä tunnettujen seikkojen valossa vaihtoehtoinen faktaperuste soveltuisi, tämän luulisi muodostavan normaalisti hyvän lähtökohdan arvioida kyselytointen tarvetta. Faktatietämys saattaisi nyt olla yksinkin riittävä syy aiheuttamaan kyselyvelvollisuuden.

Niinpä esimerkiksi aiemmin selostetun ennakkoratkaisun (KKO 1981 II 102) kohteena olleessa jutussa ne olosuhteet, jotka johtivat vastaajan korvausvastuun kohtuullistamiseen, olivat tiedossa jo varhain. Merkityksellisiä seikkoja olivat nimittäin yhtäältä aiheutuneen vahingon määrä ja toisaalta vahingonaiheuttajan ns. täyden korvauksen määrään nähden alhainen tulotaso. Kun nämä seikat yleensäkin keskeisinä kohtuullisuusarviointiin vaikuttavia olosuhteina siis tunnettiin ja kun niiden oikeudellisena seuraamuksena ilman vastasyitä oli korvauksen määrän kohtuullistaminen, juuri tämä asiaintila olisi voinut perustaa kyselyvelvollisuuden.

Tiedossa tosin olivat myös ne vahingontekoon liittyneet olosuhteet, joiden vuoksi vastaajan katsottiin menetelleen törkeän huolimattomasti. Korvausvaatimus esitettiin nimittäin rikosasian yhteydessä, jossa vastaaja oli syytettynä törkeästä liikenteen vaarantamisesta. Törkeä huolimattomuus on kylläkin seikka, johon melko usein nojaudutaan kohtuullistamisväitteen vastasyynä. Kun vahingonaiheuttajan menettelyn yksityiskohdista ei toisaalta vielä prosessin alkuvaiheissa ole täyttä selvitystä, asiaa koskeville epäilyksille ei usein pidä antaa vaikutusta kyselyjen tarpeellisuutta arvioitaessa.

Toisaalta voidaan ajatella alioikeuskäytännössä esiintynyttä tapausta, jossa kaksi alle 18-vuotiasta nuorta on tunkeutunut luvatta paperitehtaaseen ja aiheuttanut muun vähäisemmän ilkivallan lisäksi kymmeniin tuhansiin euroihin nousevan taloudellisen vahingon käynnistämällä paperikoneen. Seikkoja, jotka näyttävät johtavan korvausvastuun kohtuullistamiseen, voisivat olla vahingonaiheuttajien nuori ikä ja heidän varallisuusolonsa. Ilman vastasyitä korvausvastuuta lienee helposti kohtuullistettava. Jos kohtuullistamisen estäviä vastasyitä ei ole näköpiirissä tai jos niistä ei ole riittävää selvitystä, lienee tuomarille jälleen asetettava kyselyvelvollisuus.

> Kun vastasyiden (kohtuullistamista vastaan puhuvien olosuhteiden) merkityksen arviointi on tapauskohtaista ja edellyttää jutun kokonaisolosuhteiden tuntemusta, niihin lienee suhtauduttava varovaisesti kyselyvelvoitteen estävinä näkökohtina.

Oikeustoimen kohtuullistamista puoltavat faktaolosuhteet ovat harvemmin näin selviä. Kuitenkin usein jo valmistelun aikana saattaa hyvin olla riittävässä määrin selvitettyinä (tai lausumien perusteella suoraan pääteltävissä) sellaisia olosuhteita, jotka luovat lähtökohtaisen olettamuksen oikeustoimen kohtuuttomuudesta. Ilman vastasyitä koskevaa tietämystä nämä johtaisivat lopullisessa asiaratkaisussa päätelmään oikeustoimen kohtuuttomuudesta:

> Sopimukseen voi sisältyä yksipuolisia tai muutoin tyyppikohtuuttomia ehtoja ja sopimussuoritukset saattavat näyttää huomattavan epätasapainoisilta. Kohtuullistamisharkintaan vaikuttavista vastaindisioista ei ole näyttöä tai sellaisista ei ole esitetty edes väitteitä tai mainintoja.

Tässä selostettu tilanne muodostaa näkemykseni mukaan tavallisesti vahvan perusteen tuomarin kyselyvelvollisuudelle. Vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltuminen arviointihetkellä käsillä olevan tosiasia-aineiston pohjalta edellyttää jo siinä määrin varteenotettavien faktaolosuhteiden selvitettyä olemassaoloa, että kysymys vaihtoehtoisesta vetoamisesta on perusteltua ottaa keskusteluun. Vaara siitä, että kyselytoimet tämän johdosta laajenisivat hallitsemattomasti, lienee verrattain vähäinen. Edellyttäähän kyselyvelvoite nyt jo kohtalaisen näyttövaatimuksen täyttymistä. Avointen termien kyseessä ollen saatetaan myös puhua eräänlaisesta argumentaatiokynnyksestä. Selvitettyjen olosuhteiden on ennen kaikkea oltava oikeudellisesti riittävän relevantteja, jotta ne voisivat johtaa faktaperusteen soveltamiseen, vaikka mitään vastustavia perusteita (ns. vastaindisioita) ei olisi käynyt ilmi.

Tämän tulisi johtaa ainakin lähtökohtaisesti (prima facie) kyselyvelvoitteen asettamiseen. Mutta tulisiko kyselyvelvollisuuden olla näissä tilanteissa sääntöluonteinen vai voitaisiinko siitä poiketa silloin, kun tapauskohtainen periaatepunninta (suojattujen intressien loukkaamista koskeva vertailu) perustelisi vastakkaisen ratkaisun? Ainakin silloin, kun oikeustoimilain 36 §:n kaltaisen yleislausekkeen soveltumiskynnys ylittyisi arviointihetkellä tunnettujen seikkojen valossa, kyselyvelvollisuuden tulisi seurata sääntöluonteisesti. Näkemyksen perusteluna saatetaan nojautua potentiaalisesti merkityksellisten faktaolosuhteiden laajaan piiriin. Jos sääntöluonteinen kyselyvelvollisuus edellyttäisi esimerkiksi todennäköisyysnäyttöä (vrt. tapaus 2), tuomarin kyselyvelvollisuudesta voitaisiin olla varmoja melko harvoin. Kun kohtuuttomuussäännös toisaalta suojaa toisen osapuolen vähimmäisoikeuksia, aineellinen oikeusturvaintressin painoarvo korostuu. Keskustelun avaaminen yleiselle periaatepunninnalle (ja sitä kautta yhteisöllisten tavoitteenasettelujen suuntaan) olisi tässä tilanteessa omiaan liiaksi heikentämään tätä suojaa.

(4.) Laajaan oikeudenkäyntiaineistoon sisältyy konkreettista näyttöä asiaan soveltuvan vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta

Kuinka tuomarin kyselyvelvollisuutta tulisi arvioida silloin, kun siihen oikeudenkäyntiaineistoon, johon tuomioistuimen saatetaan edellyttää tutustuneen, sisältyy *jokin määrä konkreettista näyttöä vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta.* Tässäkin tapauksessa kyse voi olla vetoamisvelvollisen omista lausumista, hänen vasta- tai myötäpuolensa lausumista tai kirjallisesta tausta- ja todistusaineistosta. Aineiston näyttöarvo ja asiaan vaikuttavien seikkojen oletettu selvitysaste jää kuitenkin alemmaksi kuin edellä selostetuissa tilanteissa.[83]

Yleisesti ottaen *verrattain vähäinenkin selvitys* vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltumiseen johtavista tosiasioista *perustelee näkemykseni mukaan kyselyvelvollisuuden nimenomaan alioikeusprosessiin kuuluvan valmistelun aikana.* Tämä johtuu aineellisen oikeusturvaintressin lähtökohtaisesta etusijaasemasta verrattuna prosessitaloudellisiin intresseihin. Siksi vetoamisoikeuden turvaaminen ja aineellisten asianosaisoikeuksien toteutus on lähtökohtaisesti tärkeämpi päämäärä kuin ne prosessitaloudelliset säästöt, jotka olisivat saavutettavissa tuomarin passiivisuuden kautta.

Prosessitaloudelliset vaikutukset eivät valmistelun aikana toisaalta ole yksiselitteisen haitallisia, vaan usein päinvastoin edullisia. Pidemmän tähtäimen vaikutukset ovat myönteisiä siksi, että varteenotettavan faktaperusteen nostaminen keskusteluun vähentää muutoksenhaun riskiä ja poistaa riskin siitä, että vetoamisvelvollinen koettaa vedota po. perusteeseen joko pääkäsittelyn tai muutoksenhaun yhteydessä.

Nyt tarkasteltavat tilanteet sijoittuvat kuitenkin kyselyvelvollisuuden uloimmalle alueelle, minkä vuoksi *mikä tahansa vähäinenkin evidenssi,* joka viittaa vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltuvuuteen, *ei voisi yksin perustaa kyselyvelvollisuutta.* Kyselyvelvoitteiden laajenemista on monesta syystä tarpeen rajata. Eri asia on sitten se, että jokin muu kyselytoimia samanaikaisesti perusteleva syy kuten asianosaisen lausuman osittainenkin tulkinnanvaraisuus, voisi aiheuttaa kyselyvelvollisuuden. Konkreettiset soveltamistilanteet edellyttävät kokonaisharkintaa.

Toisaalta näissä rajatapauksissa *ei käytännölliseltä kannalta ole mahdollista määritellä kiinteää rajaa sille näytön tasolle, jonka ylittyessä tuomarille poikkeuksetta aiheutuisi kyselyvelvollisuus.* Mutta tämä ei olisi tarpeenkaan, sillä kyselyvelvollisuudesta aiheutuvat hyödyt / haitat vaihtelevat tapauskohtaisesti, mikä voidaan ottaa huomioon periaatepunninnan avulla. Näin kyselyvelvoitteiden oikeudelliseen arviointiin voidaan liittää erilaisia asiasyitä monipuolisem-

[83] Vrt. tapaukset 1 ja 2. Samoin verrattuna tapaukseen 3 vaihtoehtoisesta oikeustosiseikasta kertovien todisteiden ajateltu näyttöarvo on alempi.

min kuin siinä tapauksessa, että raja ymmärrettäisiin kiinteänä, olipa kriteerinä sitten faktatietämys tai jokin muu yksittäinen edellytys.

Tässä ehdotetaankin ratkaisua, jossa tuomarille aiheutuu lähtökohtainen (prima facie) kyselyvelvollisuus, jos on olemassa jonkin vähimmäisvaatimuksen ylittävä näyttö vaihtoehtoisesta faktaperusteesta. Olosuhteista riippuen (jos vastasyyt olisivat painavia) punninnan lopputulos voi kuitenkin olla velvoitteen asettamiselle kielteinen.

Näyttövaatimuksen määrittelyssä ei toisaalta ole hyödyllistä nojautua liian hienojakoiseen kriteeriin. Tältä pohjalta ehdotuksena on, että laajaan oikeudenkäyntiaineistoon sisältyvä konkreettinen ja varteenotettava viittaus siihen, että asiassa soveltuva vaihtoehtoinen faktaperuste on olemassa, on lähtökohtaisesti riittävä aiheuttamaan kyselyvelvollisuuden. Vaatimuksena voisi olla *oikeudenkäyntiaineistoon nojautuva aihe* epäillä, että vaihtoehtoinen faktaperuste on olemassa.

Näkemyksen tueksi viittaan siihen pohjoismaisessa prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa melko laajalti esiintyneeseen käsityskantaan, jonka mukaan oikeudenkäyntiaineistoon nojautuva aihe epäillä jonkin vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaoloa on kyselytointen vähimmäisedellytys.[84] Tällöin kyselytoimet on nähty sallittuina. Tästä poiketen katson, että mainittu näytön taso on lähtökohtaisesti yksin riittävä peruste kyselytoimiin.[85] Lisäksi kyse on myös näissä rajatapauksissa tuomarin velvollisuudesta.

Niinpä esimerkiksi *vastapuolena olevan* asianosaisen selkeää mainintaa vaihtoehtoisesta faktaperusteesta tai sellaisista olosuhteista, jotka täyttävät vaihtoehtoisen faktaperusteen tunnusmerkistön, tulisi yleensä pitää riittävänä. Jos vetoamisvelvollisen ns. *myötäpuolena oleva* esittää vastaavanlaisen maininnan, siihen voidaan kiinnittää huomiota indisiona, sikäli kuin lausumaan katsotaan liittyvän näyttöarvoa. Sama koskee sellaista *vetoamisvelvollisen* omaa lausumaa, joka on esitetty selvästi muussa kuin varsinaisessa vetoamistarkoituksessa (osana taustojen kuvailua tai todisteena vedottujen väitteiden tueksi).

Tiedossa oleva faktaolosuhde, joka yksin tai yhdessä muiden selvitettyjen faktaolosuhteiden kanssa muodostaa keskeisen osan vaihtoehtoisen faktaperusteen tunnusmerkistöstä, olisi nähdäkseni riittävä osoitus vaihtoehtoisen faktaperusteen mahdollisuudesta.

---

[84] Ks. esim. *Boman* TfR 1979 s. 353, joka näyttää asettavan aiempaan nähden sallivampia vähimmäisedellytyksiä tuomarin kyselytoimille. Väittämistaakkaa koskeneessa monografiassa (1964) esitellyt tyyppitilanteet edellyttävät, että vaihtoehtoinen faktaperuste on ”oletettava”.

Kyselyoikeutta on tosin vielä laajennettu esimerkiksi tilanteisiin, joissa vaihtoehtoisella faktaperusteella on ”tapana esiintyä” vastaavan kaltaisissa olosuhteissa. (Ks. *Ekelöf* 1979 s. 266 tai SvJT 1981 s. 381.) Yleensäkin tuomarin kyselytoiminnan sallittu ala näyttää keskustelun myötä laajentuneen.

[85] Aiemmin selostetulla tavoin monet kirjoittajat ovat asettaneet kyselytointen sallittavuudelle faktatietämyksen lisäksi vetoamistahdon ilmenemiseen, avustajan puuttumiseen tai muihin yksittäisiin olosuhteisiin liittyviä lisäedellytyksiä.

Vaikka selvitetyt olosuhteet eivät johtaisi pätemättömyyteen, ne voisivat menestyä kohtuullistamisvaatimuksen faktaperusteina. Esimerkiksi sopimusneuvottelujen aikana harjoitettu painostus voi vaikuttaa kohtuullisuusarviointiin.[86] Lisäksi sopimussuoritukset saattavat olla epätasapainoisia tai sopimukseen voi sisältyä yksipuolisia ehtoja. Nämä olosuhteet voisivat perustella kyselyvelvollisuuden konkreettisessa oikeusriidassa.

Jos sopimukseen sisältyy kauppaedustajista annetun lain 28 §:n mukaisen hyvityksen poissulkeva ehto, jota väitetään lainvastaiseksi, tämä voi yhdessä muiden sopimussuhteesta tiedettyjen olosuhteiden kanssa antaa aiheen epäillä sopimuksen kohtuuttomuutta. Tämä asiaa koskeva selvitys perustelisi kyselyvelvollisuuden asettamisen (vrt. ratkaisun KKO 2008:77 faktaolosuhteet).

Konkreettisessa soveltamistilanteessa[87] ratkaisu joudutaan tekemään punnitsemalla niitä hyötyjä ja haittoja, joita kyselyjen toteutuksesta aiheutuu suojatuille yksityisille ja julkisille intresseille. Viime kädessä ratkaisevaa on se, missä määrin eri ratkaisuvaihtoehdoissa loukattaisiin näitä intressejä. Tärkeimpänä yksittäisenä olosuhteena on tässäkin tapauksessa se, kuinka todennäköisesti vetoamisvelvolliselle saatettaisiin uskoa aiheutuvan aineellisen oikeuden menetys faktaperusteen jäädessä huomaamatta. Nyt puheena olevalla alueella faktatietämyksen taso muodostaa kuitenkin joustavan kriteerin.

Kyselyjä puoltavien periaatteiden lähtökohtainen etusija-asema merkitsee perusteluvelvollisuuden asettamista kyselyvelvollisuuden torjuvan päätelmän puolelle, jos laajan oikeudenkäyntiaineiston nojalla on aihetta epäillä, että vaihtoehtoinen faktaperuste on olemassa. Syiden tulisi olla verrattain painavia. Torjuvaa näkemystä perustelevista olosuhteista tärkein voisi liittyä tietämykseen vaihtoehtoisen faktaperusteen oikeudellista merkitystä ratkaisevasti muuttavien ns. vastatosiseikkojen olemassaolosta. Sama koskee vaihtoehtoisen faktaperusteen oikeudellisen merkityksen suhteen relevantteja yksittäisiä olosuhteita koskevaa evidenssiä, jos nämä seikat puhuvat vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltumista vastaan. Aiheuttaessaan epävarmuutta vaihtoehtoisen faktaperusteen (lopullisesta) oikeudellisesta merkityksestä tällainen tietämys vähentää oikeusturvaintressin toteutuksen periaatteen tapauskohtaista painoarvoa. Toisaalta se saattaa kääntää prosessitaloudellisen periaatteen (oletetuista vaikutuksista riippuen) tapauskohtaisen vaikutuksen kyselytoimia vastustavaksi. Hyödyllisiä prosessitaloudellisia vaikutuksia ei ehkä olisikaan saavutettavissa.

---

[86] Ks. esimerkiksi *Grönfors – Dotevall* 2010 s. 253–254.

[87] Käytännön soveltamistilanteilla tarkoitetaan tässä yhtäältä tuomarin suorittamaa kyselyjen käytännön toteutusta ja toisaalta kyselytoiminnan riittävyyden tai asianmukaisuuden jälkikäteistä arviointia. Jälkikäteen kyselytoiminnan asianmukaisuutta tai mahdollisia laiminlyöntejä saatetaan joutua arvioimaan esimerkiksi osana ns. prekluusion edellytysten täyttymistä. Kyselytointen laiminlyönti voi niin ikään muodostaa itsenäisen muutoksenhakuperusteen, jolloin valittajan vaatimuksena olisi sellaisen faktaväitteen tutkiminen, jonka esille ottamista koskeva kyselyvelvoite on laiminlyöty.

Varovaisemmin tulisi suhtautua arvioon siitä työmäärän kasvusta, joka vaihtoehtoisen faktaperusteen tutkimisesta aiheutuisi. Jo lähtökohtaisesti tiedetään, että uuden faktaperusteen ottaminen tutkittavaksi aiheuttaa työmäärän lisäystä, ainakin lyhyellä tähtäimellä. Myönteiseksi arvioidut vaikutukset pitemmällä ajanjaksolla kuitenkin ovat toimineet keskeisenä syynä prosessinjohtoon kuuluvien tehtävien asettamiseen nimenomaan valmisteluvaiheessa. Jos aiheutuvan työmäärän kasvu saatettaisiin arvioida tavanomaista suuremmaksi, tämä aiheuttaisi argumentin kyselyjä vastaan mutta ei voisi nähdäkseni järkevästi ajatellen yksin estää kyselyvelvoitteen aiheutumista.

> Toisin kuin pääkäsittelyn aikana, vetoaminen uuteen faktaperusteeseen ei yleensä aiheuta vaaraa tarpeesta lykätä jutun käsittelyä. Kuluennusteeseen vaikuttaa päinvastoin hillitsevästi, jos vaihtoehtoinen faktaperuste sisältää vedottujen kanssa yhteisiä teemoja ja/tai voidaan olettaa selvittävän ainakin merkittävältä osin jo ilmoitetulla kirjallisella ja suullisella todistelulla tai oikeudelle jo jätetyllä kirjallisella aineistolla.

Riitaintressin vahvuus vaikuttaa nähdäkseni tapauskohtaisessa arvioinnissa siten, että intressin noustessa kasvaa oikeusturvaintressin kyselyjä puoltava painoarvo Jos vetoamisvelvollisen riskinkantokyky kuitenkin on huomattavasti tavanomaista vahvempi suhteessa riitaintressin arvoon, tämä seikka voi vaikuttaa alentavasti siihen merkitykseen, joka oikeusturvaintressille annetaan.[88]

Vaihtoehtoista faktaperustetta koskevasta selvitysasteesta ja käsillä olevasta näytöstä riippuu toisaalta se, minkä painoarvon vetoamisvelvollisen oikeusturvaintressi saa puoltaessaan kyselyvelvollisuutta. Näin ollen nämä seikat vaikuttavat ratkaisevasti siihen, kuinka vahvoja vasta-argumentteja tarvitaan, jotta periaatteiden lähtökohtainen etusijajärjestys kääntyisi.

Keskeinen näkökohta on lisäksi mahdollisesti sovellettavaksi tulevan (oikeudenkäyntiaineiston indikoiman) yksityisoikeudellisen sääntelyn (erityisellä tavalla suojattuja) vähimmäisoikeuksia turvaava luonne. Kun suojan kohteena on oikeuksien vähimmäistaso, oikeusturvaintressin toteutuksen merkitys korostuu.

(5.) Vaihtoehtoisella faktaperusteella on ”tapana esiintyä” vastaavan kaltaisissa olosuhteissa

Edellä selostettiin tilannetyyppiä, jossa kyselyvelvollisuus perustuisi siihen, että vaihtoehtoisen faktaperusteen päätellään esiintyvän juuri vastaavan kaltaisissa olosuhteissa kuin mistä oikeusriidassa on kyse. Olettamus vaihtoehtoisen faktaperusteen mahdollisuudesta perustuu tuomarin kokemukseen siitä, min-

[88] Vrt. NJA 1987 s. 450, jossa kyselyvelvollisuuden puuttumista perusteltiin osittain sillä, että vetoamisvelvollinen osapuoli oli kunta. Syyksi mainitaan kuitenkin se, että vetoamisvelvollisen katsottiin kykenevän täyttämään vetoamisvelvollisuutensa. Ks. myös edellä kohta 9.3.1.

kälaisia väitteitä riita-asioissa tavallisesti esiintyy eri tilanteissa. Toisaalta olettamus perustuu tietämykseen oikeusnormien sisällöstä. Vaikka suoraa näyttöä vaihtoehtoisesta faktaperusteesta ei tuomarin havaintopiirissä olevaan (tuomarin tuntemaksi edellytettyyn) oikeudenkäyntiaineistoon sisältyisi, voisiko tuomari silti olla velvollinen nostamaan tällaisten faktaperusteiden olemassaolon keskusteluun?[89]

Nähdäkseni lähtökohtana on oltava, että kyselyvelvollisuutta ei ole, jos olettamus vaihtoehtoisen faktaperusteen mahdollisuudesta on tällä tavoin kokemussäännön varassa. Jättäisin kuitenkin ratkaisun tässäkin tapauksessa konkreettisessa soveltamistilanteessa tapahtuvan punninnan varaan. Joissakin tilanteissa nimittäin kokemussääntö voi olla hyvinkin vahva, jolloin aineellisen oikeusturvaintressin toteutus puoltaisi voimakkaasti kyselyjen käyttöä. Säännönmukaisuuden tulisi kuitenkin olla poikkeuksellisen vahva voidakseen perustella kyselyvelvollisuuden pääasiallisena syynä. Muussa tapauksessa mahdollisuus määritellä kyselyvelvoitteiden ulottuvuutta kävisi liian ohueksi. Toisaalta velvoite uhkaisi laajeta siinä määrin, että prosessitaloudelliset tavoitteenasettelut vaarantuisivat.

Jos samanaikaisesti esiintyy muitakin kyselyvelvoitetta puoltavia olosuhteita kuin kokemustieto, nämä saattavat luonnollisesti vaikuttaa arvioon kokonaisharkinnan kautta. Niinpä esimerkiksi heikkokin näyttö tai asianosaisen vetoamistarkoituksen epäsuora ilmeneminen voisi perustella kyselyvelvollisuuden oikeusturvaintressin ja menettelyllisen oikeudenmukaisuuden näkökulmasta.

Kohtuuttomuusväitteisiin puhtaaseen kokemustietoon nojautuva kyselyvelvollisuus ei näyttäisi soveltuvan kovin herkästi. Saatetaan nimittäin pitää luultavana, että esimerkiksi oikeustoimen kohtuuttomuutta koskevan ongelman tullessa tuomarin mieleen hänen tiedossaan on yleensä jokin tai joitakin kohtuuttomuuteen viittaavia yksittäisiä olosuhteita. Varsinaisen kohtuusharkinnan kannalta nämä saattavat kylläkin olla siinä määrin marginaalisia, että kokemustieto voisi usein soveltua faktatietämystä täydentäväksi perusteeksi.

(6.) Vetoamisvelvollinen on maininnut vaihtoehtoisesta faktaperusteesta muussa kuin vetoamistarkoituksessa

Jos vetoamisvelvollinen itse selvästi mainitsee joko suullisessa tai kirjallisessa lausumassaan vaihtoehtoisesta faktaperusteesta (tai sellaisista olosuhteista, jotka täyttävät po. faktaperusteen tunnusmerkistön), katsoisin että tuomioistuimelle tulisi lähtökohtaisesti asettaa kyselyvelvollisuus. Painavimpana syynä tähän on se yksinkertainen näkökohta, että myös vetoamisvelvollisen

[89] Kriteerin edellyttämä erottelu välitöntä näyttöä sisältäviin tilanteisiin ja niihin tilanteisiin, joissa välitön näyttö puuttuu, lienee käytännölliseltä kannalta mielekäs, vaikka on selvää, että se on kovin suhteellinen.

oma maininta indikoi faktaperusteen olemassaoloa. Tuomarin näkökulmasta syntyy ainakin perusteltu epäilys väitettyjen seikkojen mahdollisuudesta. Toisaalta vetoamattomuus saattaa aivan hyvin johtua joko tietämättömyydestä tai huomaamattomuudesta. Tästä syystä vetoamisvelvollisen oikeusturvaintressin varmistaminen puoltaa kyselyjen ulottamista näihin tilanteisiin.

Tärkeimmät niistä olosuhteista, jotka perustelevat kyselyvelvoitteen torjumista huolimatta vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaoloa koskevasta maininnasta, liittyvät jälleen faktatietämykseen. Vasta-argumentin muodostaa, jos oikeudenkäyntiaineistoon sisältyy näyttöä päinvastaisesta tai jos mainittu faktaväittämä vaikuttaa esillä olevien olosuhteiden valossa muutoin huomattavan epätodennäköiseltä. Tällainen arvio alentaa oikeusturvaintressin tapauskohtaista painoarvoa. Toisaalta se saattaa kääntää prosessitaloudellisen periaatteen vaikutuksen kyselytoimia vastustavaksi.

Vastasyyn aiheuttaa niin ikään varteenotettava tietämys jonkin ns. vastatosiseikan olemassaolosta samoin kuin tieto sellaisista yksittäisistä faktaolosuhteista, jotka puhuvat vaihtoehtoisen faktaperusteen oikeudellista soveltumista vastaan. Oikeustoimen yleisen kohtuullistamisperusteen kohdalla tällainen yksittäinen olosuhde saattaisi olla esimerkiksi se, että käytetyn auton ostaja on ammatiltaan autonasentaja tai että sopimussuhteessa epäedulliseen asemaan joutunut osapuoli on toiminut epälojaalilla tavalla.[90] Positiivista konkreettista näyttöä vaihtoehtoisesta faktaperusteesta ei sitä vastoin edellytettäisi.[91]

Merkittävän ongelman muodostaa se, milloin jostakin vaihtoehtoisesta faktaperusteesta on mainittu. Karkeasti ottaen voidaan erotella tilanne, jossa asianosainen on lausumassaan viitannut faktaperusteeseen abstrakteja juridisia käsitteitä käyttäen ja toisaalta tapaus, jossa lausuma ei sisällä faktaperusteen nimityksenä käytettävää juridista termiä, vaan ainoastaan ns. havaintomaailman tosiasioita koskevia väitteitä. Viimeksi mainitut vastaavat kuitenkin faktaperusteen tunnusmerkistöä, kokonaan tai ainakin osittain.

Ensiksi mainitussa tapauksessa lienee täysin selvää, että asianosainen on maininnut vaihtoehtoisesta faktaperusteesta. Jos lausumassa puhutaan esimerkiksi kohtuuttomuudesta, tässä tarkoitetun tyyppitilanteen tunnusmerkit täyttyvät.

Jos lausuma sisältää väitteitä sellaisista faktaolosuhteista, jotka voisivat täyttää vaihtoehtoisen faktaperusteen tunnusmerkistön, tilannetta tulisi arvioida periaatteessa samalla tavoin; maininta aiheuttaa lähtökohtaisen kyselyvelvollisuuden.[92] Täysin mahdotonta on sitä vastoin määritellä yleisellä tasolla, milloin

---

[90] Ks. *Pöyhönen* 1988 s. 315 ja 331.

[91] Pöyhönen puhuu yleisen kohtuullistamisperusteen kohdalla sovittelun vastaindisioista, joissa on kyse juuri tällaisista yksittäisistä tunnusmerkistöltään avoimen normin oikeudelliseen soveltamisharkintaan vaikuttavista faktaolosuhteista. Ks. *Pöyhönen* 1988 s. 258.

[92] Vastaavalla tavoin katsottiin edellä tarkasteltaessa sitä, milloin *vetoamistarkoituksessa esitet-*

lausumaan sisältyy riittävä määrä riittävän relevantteja yksittäisiä faktaolosuhteita, jotta vaihtoehtoisesta faktaperusteesta tulisi katsoa mainitun. Nähdäkseni onkin tyydyttävä hyvin karkeaan linjanvetoon: mainittujen olosuhteiden ei tarvitse täyttää koko aineellisen normin tunnusmerkistöä, kunhan voidaan selvästi tunnistaa mahdollisuus että vaihtoehtoisen faktaperusteen tunnusmerkistö voisi täyttyä käsillä olevassa asiassa.

Myös muut termit kuin lakitekstin sisältämät on ymmärrettävästi syytä ottaa huomioon lausumien merkitystä tulkittaessa. Aiemmin selostetulla tavoin nimittäin tavanomainen oikeudellinen kielenkäyttö joutuu turvautumaan varsin monelle eri tasolle sijoittuviin termeihin.

(7.) Vaihtoehtoinen faktaperuste sisältää vedotun kanssa yhteisiä edellytyksiä

Oikeuskirjallisuudessa on viitattu tuomarin virallisvelvoitteiden perusteluna vedotun ja tälle vaihtoehtoisen vaatimuksen kannalta relevanttien tosiseikastojen yhteisyyteen.[93] Tällöin on voitu suositella yhtä hyvin vetoamislausumien laajentavaa tulkintaa kuin tuomarille asetettavaa kyselyvelvollisuutta sen selvittämiseksi, tahtooko asianosainen vedota myös vaihtoehtoiseen perusteeseen ja vaatia vaihtoehtoista oikeusseuraamusta.[94]

Esillä olleissa tilanteissa kahden faktaperusteen soveltumisen kannalta relevantit olosuhteet ovat osittain yhteisiä. Lisäksi vedottuun nähden vaihtoehtoista faktaperustetta vastaaviin olosuhteisiin on vedottu olennaiselta osaltaan. Samoin asianosaisen vetoamislausuma on sisältänyt vedottua tosiseikastoa määrittävän abstraktin termin.

Tilanteet ovat olleet karkeasti jaotellen kahdenlaisia. Useimmiten on ollut esillä tapaus, jossa asianosainen on vedonnut johonkin monista oikeustoimen pätemättömyysperusteista ja vaatinut sopimusehdon tai koko sopimuksen jättämistä huomioon ottamatta tai julistamista pätemättömäksi. Vedottu konkreettinen tosiseikasto on kuitenkin täyttänyt olennaisen osan oikeustoimen yleisen kohtuullistamisperusteen (OikTL 36 §) soveltumisen kannalta tarvittavista faktaedellytyksistä (vrt. KKO 1990:148, KKO 2008:77). Mutta yhteisiä faktaedellytyksiä saattaa olla muillakin vaihtoehtoisilla perusteilla. Tällaisesta esiintyy esimerkkinä tuottamusperusteiseen tai ns. ankaraan vastuuseen (vahingonaiheuttajan harjoittaman toiminnan yleisvaaralliseen luonteeseen) nojautuva vahingonkorvausvelvollisuus (vrt. KKO 1986 II 163).

---

tyä lausumaa on pidettävä selventämistä edellyttävällä tavalla epätäydellisenä. Tuolloin kyselyvelvoite tosin on poikkeukseton. (Ks. jakso 9.3.)

[93] Ks. esim. *Wilhelmsson* 1995 s. 163; *Ovaskainen* 1989 s. 82–83; ks. myös ratkaisun KKO 2008:77 perustelujen kohdat 13 ja 14. Ks. myös *Skoghoy* (2001 s. 714), joka mainitsee konkreettiseen harkintaan vaikuttavana näkökohtana sen, kuinka kaukana po. fakta on asianosaisen vetoamista olosuhteista.

[94] Ks. tästä keskustelusta edellä jaksoissa 4.1.5 ja 4.2 olevaa esitystä.

Tuomarin kyselyvelvollisuuden arviointiin saattaisi näissä tilanteissa soveltua myös perustelu, jonka mukaan väite sopimusehdon tai sopimuksen kohtuuttomuudesta on yksilöinneiltään epätäydellinen ja että väite kaipaa ainoastaan täydentämistä. Kaikissa tapauksissa tällainen päättely ei kuitenkaan olisi kovin luonteva, varsinkaan jos yksittäistä sopimusehtoa tai sopimuksen kokonaisjärjestelyä ei ole väitetty kohtuuttomaksi tai jos asiassa ei ole vedottu kohtuusarvioinnin kannalta hyvin selvästi relevantteihin konkreettisiin faktaolosuhteisiin.

Nyt tarkasteltavassa tilanteessa olisi lisäindisiona kyselyvelvollisuudesta se, että asianosainen on vedonnut vaihtoehtoista faktaperustetta ”lähellä olevaan” oikeustosiseikkaan, mikä ainakin potentiaalisessa mielessä jo kiinnittää tuomioistuimen (ja vastapuolen) huomion vaihtoehtoisen faktaperusteen kannalta yhteisesti relevantteihin faktaolosuhteisiin. Tällä tavalla lausuma epäsuorasti rajaa sen tosiasia-aineiston piiriä, joka saattaisi tulla kyselyjen kautta tutkittavaksi. Lausumassa saatetaan toisaalta nähdä epäsuora ilmaus vetoamistahdosta vedottua monessa suhteessa muistuttavaan faktaperusteeseen. Ensiksi mainitussa tapauksessa yhteisesti relevanttina piirteenä ovat lisäksi suojelun kohteena olevat vähimmäisoikeudet, jotka nekin voivat perustella kyselyvelvollisuutta.

Pätemättömyys / kohtuuttomuus

Pätemättömyysväitteitä sisältävä tyyppitilanne saatettaisiin jaotella karkeasti (a) tapaukseen, jossa vedotuista konkreettisista faktaolosuhteista voisi seurata päätelmä sopimusehdon (koko sopimuksen) kohtuuttomuudesta ja (b) tapaukseen, jossa vedotuista faktaolosuhteista ei vielä alustavasti arvioiden voisi seurata kohtuuttomuutta. Kenties vain melko perifeerisiin faktaolosuhteisiin olisi vedottu.

Oikeuskäytännössä esiintyneet tapaukset (KKO 1990:148, KKO 2008:77) lukeutuvat ennemminkin ensiksi mainittuun ryhmään. Edellä on jo katsottu, että sääntelyn taustalla olevat suojeluintressit ovat luultavasti vaikuttaneet tuomioistuinkäytännön syntyyn näissä tapauksissa. Oman näkemykseni mukaan oikeusturvaintressin toteutus perusteleekin näissä tilanteissa vahvasti kyselyvelvollisuutta.

Tapausten keskeinen piirre on väitettyjen faktaolosuhteiden relevanssi ajatellen kohtuullisuusarviointia. Viimeksi mainitussa ratkaisussa sopimusta kohtuullistettiin ja ensiksi mainitussa arvioitiin vakavasti juuri vedottuihin faktaolosuhteisiin nojautuen. Nähdäkseni kyselyvelvollisuus on sitä perustellumpaa, jos konkreettiset faktaolosuhteet saatetaan arvioida näytön suhteen selviksi tai todennäköisiksi. Tyyppitilanteessa sellaista ei kuitenkaan tarvitse edellyttää, vaan riittää kun vedotut faktaolosuhteet olisivat merkityksellisiä, jos ne ovat olemassa. Valmistelun aikanahan ei lähtökohtaisesti vielä olisi käsillä selvyyttä näyttökysymyksestä.

Tällöin kyselytoimet ovat erityisen hyvin perusteltuja prosessitaloudelliselta kannalta samoin kuin aineellisen oikeusturvaintressin kannalta. Väitettyjen faktojen relevanssi toisin sanoen vahvistaa näiden periaatteiden painoarvoa. Myös menettelyllinen reiluus voidaan esittää kyselyvelvoitteen tueksi, sillä asianosaisen saatetaan katsoa tuoneen epäsuorasti ilmi tahtonsa vedota po. kaltaiseen (vedottua lähellä olevaan) faktaperusteeseen.

Kyselyvelvollisuutta vastaan voitaisiin nyt esittää melko vähän tai heikkoja argumentteja. Poikkeuksen perustelevia tilanteita ei ole helppo löytää. Kyselyvelvollisuuden olisi siksi oltava sääntöluonteinen eli sen ei tulisi olla lähtökohtaisesti riippuvainen tapauskohtaisista punninnoista.

Jos vedotuista konkreettisista faktaolosuhteista ei alustavan arvion pohjalta vielä voisikaan seurata päätelmää kohtuuttomuudesta, kyselyvelvoite voisi silti olla aiheellinen. Edellä katsottiin, että vetoaminen sellaisiin faktaolosuhteisiin, jotka ovat selvästi tunnistettavissa relevanteiksi ajatellen oikeustoimen kohtuuttomuusväitettä, riittää aiheuttamaan tuomarin kyselyvelvollisuuden. Lausumaa saatettaisiin nimittäin luonnehtia epätäydelliseksi. Rajankäynti sen suhteen, milloin on järkevää puhua vetoamisesta kohtuullistamisperusteeseen, olisi kylläkin viime kädessä melko mahdotonta (ks. jakso 9.4.3). Jos asianosainen on väittänyt sopimusta pätemättömäksi, kyselyvelvollisuutta kuitenkin puoltaa tuon lausuman epäsuorasti sisältämä fakta-aineiston rajaus. Mitkä tahansa faktaolosuhteet eivät nyt olisi tulossa tutkittaviksi tuomarin kyselyvelvoitteiden kautta. Näkökohta on tietysti edullinen mahdollisten prosessitaloudellisten haittavaikutusten minimoinnin kannalta.

Kuvatussa tapauksessa nähdäkseni tuomarin tulisi lähtökohtaisesti tiedustella asianosaiselta hänen aikomustaan vedota puheena olleen sopimusehdon tai koko sopimuksen kohtuuttomuuteen. Kyselyjä puoltavat periaateargumentit ovat toisin sanoen lähtökohtaisesti vasta-argumentteja painavampia. Mitään selkeää rajankäyntiä sen suhteen, milloin vedottu konkreettinen fakta-aineisto olisi relevanssiltaan niin vähämerkityksistä, ettei kohtuullistamisperustetta tulisi ottaa keskusteluun, on mahdotonta esittää.

Puheena olleissa tilanteissa on tavanmukaisesti vetoamatta kohtuullistamisperusteen lisäksi kohtuullistamista koskeva vaatimus. Jotta kyselyt eivät jää tarkoituksettomiksi vaatimistaakan vuoksi, on selvää, että kyselyt tulee ulottaa myös kohtuullistamista koskevaan seuraamusvaatimukseen.

Tuottamusperusteinen / ankaraan vastuuperusteeseen nojautuva korvausvastuu

Tuottamusperusteisen ja ankaraan vastuuseen perustuvan vastuun erotteluun liittyvässä tilannetyypissä asetelma on vaihtoehtoisen tosiseikaston osalta huomattavasti yksinkertaisempi. Lausumassa oleva puute saattaa koskea vastuuperusteen luonnehtimista ”ankaraksi”, harjoitetun toiminnan luonnehtimista

”yleisvaaralliseksi” tms. kuvausta, josta toiminnan erityistä vaaraa aiheuttava luonne käy riittävän selkeästi ilmi.[95]

Myös tuomarin kyselyvelvoitteiden normatiivinen arviointi on tässä tilanteessa nähdäkseni yksinkertaisempi. Esimerkkitapauksessa vahinko liittyi kaivostoiminnan harjoittamiseen, mikä seikka – kuten myös toiminnan yleisvaarallinen luonne – lienee ollut vähintäänkin pääteltävissä tapahtumien ulkoisesta kuvauksesta oikeudenkäynnin aikana. Normaalitapauksessa näin lienee asianlaita oikeusriidoissa, joissa ns. ankara vastuu tulisi kyseeseen. Kirjallisista lausumista tai viimeistään suullisen valmistelun aikaisista lausumista käy tavallisesti ilmi harjoitetun toiminnan luonne ja myös se, että vahingon synty kenties johtui tällaisen toiminnan harjoittamisesta.

Kyselyvelvollisuuden puolesta puhuu nyt vahvasti myös se, että harjoitetun toiminnan luonnehtimisen yleisvaaralliseksi tai erityistä vaaraa aiheuttavaksi voidaan sanoa sisältävän huomattavan määrän leimallisesti oikeudellista arviointia. Vastuunjaon perinteisiin lähtökohtiin taas on kuulunut jura novit curia -periaatteen nimellä tunnettu normi, joka edellyttäisi tuomarin olevan vastuussa tällaisen juridisen arvioinnin mukaan tulosta oikeusprosessiin.

Lisäksi uusi vetoaminen ei toisi oikeastaan uutta tapahtumien ulkoiseen kulkuun. Siksi se ei luultavimmin aiheuttaisi vaaraa oikeudenkäynnin pitkittymisestä.[96] Tosin myös toiminnan yleisvaarallinen luonne voitaisiin riitauttaa ja asian selvittäminen saattaisi joskus edellyttää todisteluakin.

Nähdäkseni esitetyn kaltaisissa tilanteissa tuomarin kyselyvelvollisuuden tulee olla sääntöluonteinen. Velvollisuutta ei toisin sanoen tulisi asettaa riippuvaiseksi tapauskohtaisesta periaatteiden ja tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien punninnoista.

Tapausta saatetaan tarkastella teoreettisessa mielessä myös toisensuuntaisena esimerkkinä, jossa kantaja olisikin vaatinut korvausta ainoastaan toiminnan yleisvaarallisen luonteen nojalla. Siltä varalta, että vahingonaiheuttajan harjoittamaa toimintaa ei pidettäisikään yleisvaarallisena, olisi kantajan ollut järkevää vedota toissijaisesti vahingonaiheuttajan tuottamukseen. Asetelma lienee käytännössäkin mahdollinen, sillä ns. ankara vastuu on vetoamisperusteena kevyempi. Tuottamuskysymys saattaa helpommin aiheuttaa tarpeen laajaan todisteluun.

Vetoamislausuman puute voisi nyt koskea niitä konkreettisia (havaintomaailman) tosiasioita, joilla on merkitystä tuottamusta koskevan arvioinnin kannalta.

---

[95] Ks. ratkaisua KKO 1986 II 163. Ratkaisun kohteena olleessa oikeusriidassa kantaja oli vaatinut kaivosyhtiöltä korvausta räjäytystöiden yhteydessä tuottamuksellisesti aiheutetusta vahingosta. Hovioikeus oli velvoittanut yhtiön korvausvastuuseen sillä perusteella, että yhtiön harjoittama liiketoiminta oli luonteeltaan yleisvaarallista. Korkein oikeus palautti jutun hovioikeuteen katsoen, että hovioikeus oli perustanut tuomionsa seikkaan, johon kantaja ei ollut vedonnut. Oikeuskirjallisuudessa ratkaisua ovat kommentoineet *Virolainen* (1987 s. 575–580 ja 1988 s. 316–317) ja *Ovaskainen* (1989 s. 80–83).

[96] Ks. *Ovaskainen* 1989 s. 83.

Oikeuskirjallisuudessa yleisimmin esiintyvän näkemyksen mukaan vetoamisvelvollisuus ei kohdistu tuottamukseen, vaatimuksen esittäjän ei toisin sanoen tarvitsisi väittää vahingonaiheuttajan toimineen tuottamuksellisesti.[97] Näkemys vahvistetaan myös oikeuskäytännössä.[98]

Tulisiko tuomarin kiinnittää asianosaisen huomiota tuottamusperusteiseen vastuuseen? Vastaus riippuu nähdäkseni olennaisessa määrin siitä, näyttääkö tuottamusperusteinen vastuu asianosaisen vetoamien tai muutoin tuomioistuimen tiedossa olevien faktaolosuhteiden valossa mahdolliselta, kun asiaa tarkastellaan sellaisen aineiston valossa, johon tuomarin saatetaan jo valmistelun aikana edellyttää tutustuneen. Tässä suhteessa asian arviointi muistuttaisi edellä kohdissa 1–4 tarkasteltuja tilanteita.

Kyselyjä puoltaa tässäkin tapauksessa se, että kyselyvelvollisuuden ulottaminen hyvin tunnettuun ja vakiintuneeseen vastuuperusteeseen, joka on vaihtoehtoinen asianosaisen vetoamalle, ei aiheuta yleiseltä kannalta merkittävää riskiä prosessitaloudellisten haittavaikutusten kasvusta. Toiselta puolen tuottamuskysymyksen nostaminen osaksi oikeusriitaa voisi kyllä tapauskohtaisesti merkittävästikin lisätä asianosaiskuluja. Tämä voisi puolestaan loukata vastaajapuolen menettelyllisiä oikeuksia, jos kuluja ei käytännön tasolla kyettäisikään siirtämään hävinneen maksettavaksi.

Jos tuottamusperusteisen vaatimuksen menestyminen ei kuitenkaan näytä jo alustavasti huomattavan epätodennäköiseltä, tuomioistuimen tulisi nähdäkseni ottaa kysymys tuottamusperusteisen vaatimuksen mukanaolosta keskustelun alaisuuteen. Asianosaisen aineellisen oikeusturvaintressin toteutus edellyttää tätä päätelmää.

Kyselyvelvollisuus ei edellytä nähdäkseni sitä, että vaarantamisvastuun soveltuminen voitaisiin millään tavoin sulkea pois jo valmistelun aikana. Jotta tuottamusvastuun nostaminen keskusteluun olisi tarkoituksenmukaista, tulisi vaarantamisvastuun soveltumisen kuitenkin mielestäni näyttää tuomioistuimen alustavan arvion valossa ainakin epävarmalta.

9.4.5 Kyselyvelvollisuuden ulottuvuus käräjäoikeuden pääkäsittelyn aikana

Pääkäsittelyn aikana tuomari voi joutua vielä selventämään asianosaisten vetoamislausumien sisältöä, jos tuomari huomaa vasta tuossa vaiheessa, että asianosaisten valmistelun aikana esittämissä vetoamislausumissa on yksilöintiä koskevia puutteita tai jos lausumien sisällön suhteen on epävarmuutta. Kyselyvelvollisuus on kuitenkin voitava ulottaa myös sellaisiin faktaperusteisiin, jotka

[97] Ks. esim. *Ekelöf – Boman* IV 1992 s. 13 alav. 5. Kriittisesti *Saranpää* 2005 s. 70.
[98] KKO 2001:77.

ovat valmistelussa vedottuihin verrattuna kokonaan uusia. On nimittäin täysin ymmärrettävää, että vielä pääkäsittelyn aikana nousee esiin uusia vaihtoehtoisia faktaperusteita. Voi olla kohtuutonta edellyttää, että asianosainen kykenisi ennakoimaan faktaperusteiden saaman relevanssin jo valmistelun aikana. Tuomioistuin on toisaalta voinut laiminlyödä kyselyvelvollisuutensa valmistelun aikana. Tällöin asianosaisen menettelylliset oikeudet edellyttävät laiminlyöntien korjaamista.

Kyselyvelvoitteiden ulottumista väiteaineistoa laajentaviin asianosaisen lausumiin saatetaan pitää jokseenkin riidattomasti myös oikeuskirjallisuudessa hyväksyttynä näkemyksenä, jota myös lainvalmisteluaineisto tukee. Yksityiskohtaiset kuvaukset tai esimerkit kyselyvelvollisuuden ulottuvuudesta pääkäsittelyn aikana kylläkin puuttuvat prosessilakien esitöistä.

Kohtalaisella varmuudella voitaneen lähteä siitä, että ainakin asianosaisen oma-aloitteisesti vetoamat uudet faktaväitteet on selvitettävä vetoamistarkoituksen ja lausuman sisällön suhteen.[99] Samoin uusia väitteitä on pyrittävä täydentämään, jos niissä on epätäydellisyydeksi luokiteltavia puutteita. Tuossa tilanteessa ajatuksena on nimittäin se, että vetoamistarkoituksesta po. faktaperusteeseen ei ole niinkään suurta epävarmuutta. Asianosainen on vedonnut esimerkiksi vastapuolen tuottamukseen tai velan vanhentumiseen, jolloin puute koskee ainoastaan suurempaa tai vähäisempää joukkoa yksittäisiä faktaolosuhteita, jotka voisivat olla relevantteja faktaperusteen soveltumista ajatellen.

Näkemykseni mukaan kyselyvelvollisuus on ulotettava myös tilanteisiin, joissa asianosainen ei ole huomannut oma-aloitteisesti vedota vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen.[100] Käsitteellis-tekniset rajankäyntikriteerit eivät olisi tässä suhteessa luotettavia tai ennakoitavia. Kyselytoiminnan perustehtävänä on toisaalta korjata myös tietämättömyydestä johtuvia lausumien puutteellisuuksia.[101]

---

[99] Ks. esimerkiksi *Ekelöf* V 1990 s. 83–84; *Jokela* 2004 s. 66 tai *Brolin – Rehnström – Widebeck* 2008b s. 38. Ks. myös *Boman* 1964 s. 34.

[100] Nähdäkseni *Ekelöfin* kanta (1979 s. 277–278) on tässä esitetyn kanssa yhteensopiva, sillä *Ekelöf* katsoo, että asianosaisen maininta jostakin vaihtoehtoisesta faktaperusteesta aiheuttaa kyselyvelvollisuuden vielä pääkäsittelyn aikana. Kyselyvelvollisuus ulottuu vielä päätösharkintaan, jos tuomari huomaisi po. faktaperusteen merkityksen vasta tuossa vaiheessa. Ks. myös *Brolin – Rehnström – Widebeck* 2008b s. 39, jonka mukaan pääkäsittelyn aikainen kyselytoiminta ei poikkeaisi intensiteetiltään tai noudatettavilta periaatteiltaan valmistelun aikaisesta.

Norjan oikeuskäytännöstä saatetaan viitata ratkaisuun (Rt. 1992 s. 504), jossa korkein oikeus otti pääkäsittelyssään esille kysymyksen vetoamisesta vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen. Kyse oli alun alkaen siitä, saattoiko siirtovelallinen vastustaa hänelle esitettyä maksuvaatimusta vetoamalla vastavaatimukseen, joka kohdistui saatavan siirtäneeseen tahoon. Korkeimman oikeuden pääkäsittelyn aikana eräs tuomareista otti esille kysymyksen siitä, oliko vaadittua saatavaa lainkaan siirretty kantajalle vai oliko kantajan vaatima saatava ainoastaan annettu tämän perittäväksi. Siirtovelallisen tahon asiamies vetosi nyt siihen, että mitään siirtosopimusta ei ollut tehty, minkä johdosta alkuperäinen saatava ja vastasaatava olivat samojen subjektien välisiä. Korkein oikeus hyväksyi väitteen. Velkaa ei ollut siirretty, vaan siitä oli ainoastaan tehty perintätoimeksianto.

[101] Vrt. nähtävästi toisin *Boman* (1964 s. 36, 37 ja 38–39), joka asettaa uusiin faktaperusteisiin

Jos tuomioistuin on valmistelun aikana laiminlyönyt velvollisuutensa ottaa jokin vaihtoehtoinen faktaperuste keskustelun alaisuuteen, laiminlyönti on nähdäkseni korjattava pääkäsittelyn aikana ilman enempiä lisäehtoja. Hyväksyttävä edellytys on lähinnä se, että kyselytoimi on yhä relevantti siinä mielessä, että po. faktaperuste saattaisi vaikuttaa jutun lopputulokseen, samoin tietysti se, että kyselyn aiheeseen ei ole saatu tällä välin vastausta. Seuraavassa tarkastelussa oletuksena on, että laiminlyöntiä ei ole ollut, vaan että kyselyjen aihe ilmenee pääkäsittelyn aikana, tuolloin käsillä olevan faktatietämyksen tai vetoamisvelvollisen omien lausumien pohjalta.

Usein kyselytoiminnan laiminlyöntejä tai niiden merkitystä ei kuitenkaan edes kyettäisi luotettavasti arvioimaan jälkikäteen. Nähdäkseni tähän liittyvä epävarmuus tulee ottaa huomioon, kun arvioidaan missä laajuudessa kyselytoimiin yleensäkin on aihetta vielä pääkäsittelyn aikana. Varsinkin niissä tilanteissa, joissa pääkäsittelyn aikana tulee esiin näyttöä vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltumisesta, kyselytoiminnan passiivisuuden saatetaan uskoa tyypillisesti voineen vaikuttaa siihen, että faktaperuste on jäänyt vetoamatta.

Asianosaisen pääkäsittelyn aikana esittämiä lausumia on pyrittävä selventämään ja yksilöinneiltään epätäydellisiä lausumia on pyrittävä täydentämään pääpiirteittäin samojen periaatteiden pohjalta kuin valmistelun aikana, vaikka lausumat johtaisivat valmisteluun verrattuna uuteen tosiasiaväitteeseen. Lausumien tarkoitusta selvittävän kyselytoiminnan tulisi toisin sanoen olla suunnilleen yhtä aktiivista kuin valmistelun aikana.[102]

Mitä tulee sellaisiin faktaväitteisiin, joiden osalta kyselyjä ei voitaisi luontevasti perustaa vetoamistarkoituksen, lausuman sisältönä olevien väitteiden epävarmuuteen tai vedotun tosiseikaston puutteelliseen yksilöintiin, kyselyvelvollisuuteen on perusteltua suhtautua varauksellisemmin kuin valmistelun aikana. Pääkäsittelyssä esille tulevat uudet faktaväitteet useimmiten aiheuttavat vaaran taloudellisista lisäkustannuksista julkiselle taholle ja vetoamisvelvollisen vastapuolellekin. Kun prosessin valmisteluvaihe on varattu vetoamisperusteiden selvittelyä varten, on prosessitaloudellisille ja vastapuolen oikeusturvaintresseille annettava vetoamisvelvollisen oikeusturvaintressiä suurempi painoarvo usein niissäkin tilanteissa, joissa jonkin vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltumisesta ilmenee viitteitä tai jopa evidenssiä pääkäsittelyn aikana.

---

kohdistuville kyselytoimille pääkäsittelyn aikana melko hankalia vetoamistarkoituksen ilmenemistä koskevia lisäehtoja. (Näitä selostetaan edellä jaksossa 8.6.1 (s. 409.)

[102] Näkemystä tukevat ainakin jossakin määrin lainvalmisteluaineiston yleismaininnat, joiden mukaan prosessinjohdon tulee olla aktiivista myös pääkäsittelyn aikana. Olisi nimittäin kyseenalaista mitä aktiivinen kyselytoiminta voisi tarkoittaa, jos asianosaisen oma-aloitteisia vetoamislausumia ei tulisi pyrkiä aktiivisesti selventämään. Kyselytoiminnan toteutus muodostuisi ylipäänsä vaikeaksi, jos pitäisi varoa sitä, että asianosaisen pyrkimyksenä on ollut vedota johonkin uuteen faktaperusteeseen. (Ks. HE 15/1990 s. 74 tai SOU 1982:26 s. 228, jossa korostetaan samojen syiden tai vastasyiden perustelevan kysymystä niin valmistelun kuin pääkäsittelyn aikana.)

Pääkäsittelyn keskityksen turvaamisen ollessa tavoitteena lähinnä tekninen ei keskityksen vaarantuminen sitä vastoin muodosta sellaisenaan painavaa argumenttia kyselyjä vastaan.[103] Siltä osin kuin keskitystavoite liittyy oikean ratkaisun edellytysten turvaamiseen, argumentti olisi suorastaan sisäisesti ristiriitainen.

Arvioitaessa viimeksi mainittuja tilanteita tärkein ominaisuus liittyy nähdäkseni siihen tietämykseen, joka tuomioistuimella on vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltuvuudesta. Vahvoja perusteita kyselyvelvollisuudelle on, jos vaihtoehtoinen faktaperuste näyttää pääkäsittelyn aikaisen tietämyksen valossa todennäköiseltä tai jopa kohtalaisen varmalta, oikeudellisesti relevantilta ja jutun lopputuloksen kannalta ratkaisevalta.

Myös kyselyjen haittavaikutukset olisivat näissä tapauksissa usein lievemmät tai niiltä kenties vältyttäisiin. Vaihtoehtoisen vetoamisperusteen menestyessä aiheutuvat lisäkustannukset eivät ole täysin turhia. Jos uusien väitteiden tueksi on vahva näyttö, lisätodistelua ei ehkä tarvittaisi.

Tilanteita onkin perusteltua arvioida nimenomaan siltä kannalta, aiheutuisiko vaaraa turhista lisäkustannuksista nimenomaan tapauskohtaisesti eli juuri siinä oikeudenkäynnissä, jossa kyselytoimintaa harjoitetaan. Jos vaikkapa lisäkustannukset vaikuttavat epätodennäköisiltä, edellytysten kyselyvelvollisuudelle on oltava muilta osin kevyempiä kuin päinvastaisessa tapauksessa.

Nähdäkseni asianosaisen lausumiin pääkäsittelyn aikana sisältyvä mainin-ta vaihtoehtoisesta faktaperusteesta (tai vastaavista havaintomaailman tosiasioista) ei lähtökohtaisesti aiheuttaisi kyselyvelvollisuutta yksin riittävänä syynä (vrt. tapaus 6). Pääkäsittelyn aikana kun ei ole yleisesti ottaen mahdollisuutta toteuttaa laajamittaista vetoamislausumien selvittelyä. Kyselyvelvollisuus edellyttäisi näin ollen lisäperusteluikseen joko viitteitä asianosaisen vetoamistarkoituksesta tai tietämystä ao. faktaperusteen soveltuvuudesta asiassa. Jos faktaperusteen olemassaolon selvittäminen ei kuitenkaan (lähinnä poikkeuksellisesti) juuri voisi aiheuttaa lisäkustannuksia, tämä saattaisi kääntää johtopäätöksen. Merkitystä voisi olla muillakin näkökohdilla kuten riitaintressin merkityksellä, joka saattaisi puoltaa kyselyvelvollisuutta.

On luonnollisesti tavanomaista, että pääkäsittelyn aikana tietämys oikeussuhteen faktaolosuhteista vahvistuu, joten asianosaisen ja tuomioistuimen tietoon voi tulla myös vaihtoehtoisen faktaperusteen muodostavia olosuhteita.

Jos tapaukseen soveltuva vaihtoehtoinen faktaperuste tulee melkoisella varmuudella tunnetuksi vaikkapa prosessoinnin sivutuotteena (kirjallisen aineiston, todistajien tai asianosaisten lausumien perusteella), kyselysäännösten pääasiallisin tehtävä eli aineellisen oikeusturvaintressin toteutus edellyttää oman näkemykseni mukaan tuomarille asetettavaa kyselyvelvollisuutta. (Vrt. tapaus 1.) Ky-

[103] Keskityksen turvaaminen kylläkin hyvin usein toistetaan pääkäsittelyn aikaista kyselytoimintaa rajoittavana syynä. Ks. esimerkiksi SOU 1982:26 s. 128.

selyvelvollisuuden tulisi tällöin olla sääntöluonteinen, sillä po. tapauksessa ei tavanomaisesti aiheudu merkittävässä määrin turhana pidettäviä lisäkustannuksia.

Lähtökohtaisesti kyselyvelvollisuus tulisi asettaa myös silloin, jos vaihtoehtoista faktaperustetta saatetaan pitää todennäköisenä tai jos vaihtoehtoisen faktaperusteen soveltamiskynnys ylittyisi tuomioistuimen käsillä olevan aineiston valossa sen arvioinnin pohjalta, joka voidaan suorittaa kesken suullisen pääkäsittelyn. (Vrt. tapaukset 2 ja 3.) Vastaindision voisi viimeksi mainitussa tapauksessa (3) aiheuttaa po. vaihtoehtoisia faktoja koskevan selvitysasteen alhaisuus, sillä uuden vetoamisen vuoksi vastapuolelle tulisi varata mahdollisuus uuteen todisteluun ja riitautukseen liittyvien todisteluväitteiden esittämiseen.

Varsinkin avoimin termein säännellyt tosiseikastot ovat siinä mielessä pulmallisia, että monet olosuhteet voisivat muodostaa vasta-argumentteja näiden oikeudellista soveltamista koskevassa arvioinnissa. Todistelua kaipaavien faktaväitteiden piiri voisi tästä syystä laajeta ainakin teoriassa suurestikin.

Tätä alhaisempi käsillä olevan selvityksen ja näytön taso ei näkemykseni mukaan voisi yksin aiheuttaa kyselyvelvollisuutta. (Vrt. tapaus 4.) Muutoin kyselyvelvollisuuden alan rajaaminen kävisi turhan hankalaksi ja ennen kaikkea prosessitaloudelliset ja vastapuolen oikeusturvaan liittyvät haittavaikutukset kasvaisivat, kuten keskustelussa yleisesti on pelätty. Jos päättely vaihtoehtoisen faktaperusteen mahdollisuudesta on vain kokemustiedon varassa, ei kyselyihin pääsääntöisesti olisi riittävää perustetta. (Vrt. tapaus 5.)

10 Sääntelyn uudistustarpeiden arviointia

Tämän tutkimuksen päätavoitteisiin ei ole varsinaisesti kuulunut esittää sääntelyn uudistamista käsitteleviä ehdotuksia. Enemmänkin pyrkimyksenä on ollut analysoida nykyisen sääntelyn eräitä keskeispiirteitä ja arvioida näiden merkitystä siltä kannalta, kuinka asianosaisen vetoamisvelvoitteita, prekluusiota ja tuomarin kyselyvelvollisuutta koskevia normeja olisi järkevää ja perusteltua tulkita. Monet näihin instituutioihin liittyvistä ongelmista eivät ole ratkaistavissa sääntelyn vähäisillä tai teknisillä korjauksilla, jos ne ovat ratkaistavissa lainkaan.

Tarkasteltavana olevien asioiden vaikea säänneltävyys muodostaakin tärkeän perustan tutkimuksessa esitetyille tulkintasuosituksille. Tämä koskee vetoamisvelvoitteiden järjestelmää kauttaaltaan. Esimerkiksi tuomarin kyselytoimintaan liittyviä ongelmia, kuten kyselyvelvollisuuden ulottuvuutta tai asianosaisten käytössä olevien oikeussuojakeinojen puutteellisuutta, ei kyettäisi sanottavasti korjaamaan yksityiskohtaisemman sääntelyn avulla. Selvää on, ettei lisäsääntelyllä kyettäisi määrittelemään myöskään vetoamisvelvoitteiden konkreettista sisältöä. Prekluusiosääntelyn soveltamisperusteisiin ja asianosaisen oikeussuojaan prekluusiosäännösten soveltamistilanteissa liittyvät pulmat ovat nekin vaikeasti ratkaistavissa.

Jotakin voisi kuitenkin olla tehtävissä sääntelyn avulla. Joka tapauksessa edellä oleva tarkastelu antaa nähdäkseni erityistä aihetta joihinkin sääntelyä koskeviin arviointeihin.

Tarvitaanko väittämistaakkaa?

Kun vaatimis- ja väittämistaakkaan ja tosiasiaväitteiden prekluusioon liittyy vakavia oikeusturvaongelmia, saatetaan tietysti kysyä, ovatko nämä ylipäänsä välttämättömiä tai riittävän tarpeellisia instituutioita. Vaatimis- ja väittämistaakan tarpeellisuutta en lähtisi kiistämään. Vaatimusten ja tosiasiaväitteiden yksilöinti muodostaa siinä määrin tärkeän perustan oikeusriidan hahmottamiselle ja rajaamiselle, että nykyprosessissa tuskin pärjättäisiin ilman vetoamisvelvoitteita. Näin on erityisesti, kun otetaan huomioon menettelyn yleiselle tehokkuudelle ja vastapuolen oikeusturvalle (kuulemisoikeuden toteutumiselle ja yhtäläiselle puolustautumismahdollisuudelle) asetetut vaatimukset.

Ilman prekluusioinstituutiota nähdäkseni kylläkin voitaisiin pärjätä. Alioikeusprosessin sisäinen prekluusio tai alioikeus- ja muutoksenhakuprosessin välinen prekluusio ei kumpikaan ole välttämätön ajatellen oikeusriidan rajaamista, prosessiekonomiaa tai vastapuolen oikeusturvaa. Asianosaisella on siinä määrin vahva intressi pyrkiä voittoon jo käräjäoikeudessa, että hänellä ei ole varaa jättää vahvoiksi arvioimiaan faktaperusteita (tai todisteita) ainakaan tak-

tisista syistä vain muutoksenhakuvaiheeseen. Viimeistään nykyinen muutoksenhakuoikeutta rajoittava sääntely tekee mahdottomaksi ajatella, että puhdasta taktikointia voisi esiintyä laajassa mitassa. Samoista syistä hänellä ei oikein ole varaa edes huolimattomuuteen faktaperusteiden valinnassa.[1]

Jo alioikeusprosessin aikana asianosaisella on kohtalainen intressi pyrkiä siihen, ettei hänen ajateltaisi turhan takia vaikeuttavan tuomarin työskentelyä. Siksi edes käräjäoikeusprosessin sisäinen prekluusio ei liene välttämätön prosessoinnin tehosteena. Eikä toisekseen juuri käräjäoikeuden sisäisiä prekluusiosäännöksiä ole käytännössä kyetty soveltamaan ankarasti.

Prekluusiouhan myönteiset vaikutukset liittyvät ennen kaikkea vastapuolena olevan asianosaisen oikeusturvaan. Niiden merkitystä ei voida kiistää. Yksittäisen oikeudenkäynnin tasolla asianosainen voi suunnitella prosessointiaan paremmin, jos hän voi luottaa siihen, että vastapuoli ei voi lähtökohtaisesti (tai ainakaan yllättäen) muuttaa vetoamisperusteitaan. Hovioikeusprekluusion suurin etu liittyy niin ikään vastapuolen oikeusturvaan, sillä prosessin laajeneminen vaihtoehtoisiin faktaperusteisiin tuntuisi usein vastapuolen näkökulmasta kohtuuttomalta. Kustannus, joka näiden höytyjen saavuttamisesta joudutaan maksamaan, vain on korkea, merkittävä riski oikeudenmenetyksistä, tästä aiheutuva tarve prosessuaaliseen ylivarustautumiseen ja tuomarille delegoitu laaja harkintavalta säännösten soveltamisessa.

Kun otetaan huomioon viimeaikainen suuntaus prosessuaalisessa sääntelyssä, ei vaikuta todennäköiseltä, että prekluusiosta luopumista ryhdyttäisiin lähitulevaisuudessa suunnittelemaan. Vireillä on mieluumminkin hankkeita, joilla pyritään kaventamaan asianosaisten oikeutta hakea muutosta käräjäoikeuden ratkaisuun. Samaan suuntaan saattaa vaikuttaa myös kansainvälinen esimerkki, sillä oikeusasteen sisäisiä ja oikeusasteiden välisiä prekluusiojärjestelmiä sisältyy useisiin Suomea lähimpinä oleviin oikeusjärjestyksiin.

Pakottavasti säänneltyjen tosiasiaperusteiden rajaaminen prekluusiouhan ulkopuolelle

Eräs prekluusioon liittyvä sääntelyehdotus tuntuisi paitsi perustellulta myös jo voimassa olevan sääntelyn valossa johdonmukaiselta. Näkemykseni mukaan pakottavaan yksityisoikeudelliseen sääntelyyn perustuvat tosiasiaväitteet voitaisiin hyvin rajata prekluusiouhan ulkopuolelle.

Jo nykyinen sääntely on alioikeusprekluusion osalta tämän suuntaisen ajatuksen kannalla. Prekluusiouhan ulkopuolella ovat tosin vain asiat eli faktaperusteet, ”joista ei voida sopia toisin” edes oikeudenkäynnin aikana, toisin sanoen

[1] Yleisten vaikutusten tasolla nykyiset muutoksenhaun rajoitukset saattavat lisäksi vaikuttaa prekluusion tarpeellisuuden arviointiin. Täytynee olla niin, että muutoksenhakuoikeuden rajoittaminen vähentää prekluusiouhan tarvetta.

prosessuaalisesti ei-tahdonvaltaiset faktaperusteet.[2] Rajaus vain on asialliselta merkitykseltään jokseenkin vähäinen, miltei triviaali siksi, että prosessuaalisesti ei-tahdonvaltaiset kysymykset ovat perin harvinaisia. Rajaus tulisikin laajentaa koskemaan nimenomaan siviilioikeudellisessa mielessä pakottaviin normeihin nojautuvia tosiasiaperusteita.

Näkemystä voidaan perustella parhaiten sääntelyn suojelukohteena olevilla vähimmäisoikeuksilla ja pyrkimyksellä turvata asianosaisen mahdollisuus vedota niihin. Mahdollisuus menettää vetoamisoikeus prosessiteknisten syiden vuoksi ei oikein sovi yhteen tämän tavoitteen kanssa. Tällaisen faktaperusteen jääminen vetoamatta johtunee vain poikkeuksellisesti joko puhtaasta taktikoinnista tai törkeästä huolimattomuudesta – eivätkä prekluusiosäännökset tunnetusti edellytä kumpaakaan. Lisäksi tuomioistuimella on korostuneesti osavastuu siitä, että asianosainen voi halutessaan vedota pakottavasti säänneltyihin faktaperusteisiin.

Prekluusiouhan ulkopuolelle tulisi jättää kaikki (luvussa 6.2 tarkoitettuja) pakottavuusvaikutuksia sisältävät faktaperusteet siitä riippumatta, onko pakottavuusvaikutus siviilioikeudellisessa mielessä absoluuttista vai korjaantumiskelpoista. Sillä on harvinaista, että asianosainen olisi nimenomaisesti luopunut vetoamasta ei-tahdonvaltaisesti säänneltyihin perusteisiin. Ja myös muunlainen (vaikkapa passiivisuuteen perustuva) korjaantuneisuus on yleisen elämänkokemuksen valossa ennemmin poikkeuksellista kuin pääsääntöistä.[3] Jotta rajaus ei jäisi käytännölliseltä kannalta vaille merkitystä, sen tulisi koskea myös hovioikeusprekluusiota.

Teknisesti rajaus voitaisiin toteuttaa vaikkapa ottamalla prekluusiosäännöksiin (kuten OK 6:9 ja OK 25:17) mainінta, jonka mukaan säännös ei koske ”asioita, joista ei voida aineellisoikeudellisten normien mukaan sopia toisin” tai ”asioita, joiden siviilioikeudellista tahdonvaltaisuutta on rajoitettu”. Kun säännösten tahdonvaltaisuudessa tai pakottavuudessa esiintyy astevaihteluita, kumpikin ilmaisu saatetaan ainakin teoriassa ymmärtää väärin. Jälkimmäinen viittaisi nähdäkseni yksiselitteisemmin siihen, että ehdollinenkin pakottava vaikutus riittäisi luokittelemaan ao. faktaperusteen prekluusiouhan ulkopuolelle.

Pakottavat vaikutukset ovat pääsääntöisesti tunnistettavissa yksityisoikeudellisten säännösten perusteella. Ei kylläkään kaikissa tapauksissa, sillä muun muassa oikeustoimilain pätemättömyys- ja kohtuuttomuussäännöksissä ei ole pakottavuusvaikutuksia koskevaa mainintaa.[4]

---

[2] Ruotsissa vastaava rajaus koskee myös hovioikeusprekluusiota. Suomessa rajaus saatetaan ulottaa hovioikeusprekluusioon ainoastaan tulkinnallisesti, mitä edellä luvussa 5 ehdotettiinkin.

[3] Jos taas sääntelyn lähtökohtaisen pakottavuuden vaikutus olisi lakannut, asia voitaisiin selvittää, jos suojattu taho ylipäänsä vetoaa ao. faktaperusteeseen.

[4] Vrt. edellä luku 6.2.2. Lisäksi pakottavia oikeusvaikutuksia voisi olla myös kirjoittamattomilla normeilla.

Entä tulisiko pakottavaan sääntelyyn nojautuvat faktaperusteet rajata myös väittämistaakan ulkopuolelle? Oma näkemykseni on, että näin ei tulisi menetellä. Vastapuolen kuulemisintressi on paitsi helpommin myös varmemmin turvattavissa, kun faktaperusteiden tutkiminen edellyttää vetoamista eikä vaikkapa ainoastaan tuomarin mainintaa siitä, että jokin viran puolesta tutkittava faktaperuste on otettu tutkittavaksi. Asianosaisen oma-aloitteisesti vetoamat väitteet ensinnäkin esitetään pääsääntöisesti jo aivan alussa, kanne- ja vastinekirjelmissä. Tällöin niiden jälkikäteinen todentaminen on helpompaa kuin tuomarin mahdollisten informointitointen osoittaminen. Vastapuolena oleva pääsee toisaalta suunnittelemaan omia prosessitoimiaan jo alkuvaiheessa.

Ainakin eräät vakavimmat pätemättömyysperusteet sitä vastoin edellyttävät asianosaisen vetoamislausumista (tai vetoamistahdostakin) riippumatonta virallistutkintaa (ks. luku 6.3.6). Näitä ei ole sääntelyn tasolla määritelty eiväitteenvaraisiksi kuten ei kyllä mitään muitakaan faktaperusteita. Selvyyden vuoksi tämä saattaisi olla perusteltua. Luontevimmin tämä olisi toteutettavissa yksityisoikeudellisten säännösten yhteydessä. Yksityisoikeudellisissa säännöksissä on jo nykyisin useimmiten maininta siviilioikeudellisesta pakottavuudesta, joten niistä myös prosessuaalista virallistutkintaa koskeva tieto olisi helpoimmin löydettävissä. Samoin voitaisiin menetellä, jos tutkimisvastuu toteutettaisiin asettamalla väittämistaakka siviilioikeudellisesti pakottavan normin velvoittamalle asianosaistaholle.

Kaipaako tuomarin kyselyvelvollisuus erityissääntelyä?

Tässä tutkimuksessa suoritetun tarkastelun valossa saatetaan kysyä, tulisiko asianosaisen vetoamistahdosta riippuvainen tuomarin tutkimisvastuu ottaa sääntelyn kohteeksi. Pitäisikö toisin sanoen vaikkapa pakottavaan sääntelyyn nojautuvat faktaperusteet asettaa tuomioistuimen lähtökohtaisen tutkimisvastuun piiriin siinä merkityksessä, että tuomioistuimen tulisi määrätyin edellytyksin ottaa kysymys näiden faktaperusteiden olemassaolosta ja näihin faktaperusteisiin vetoamisesta keskusteluun? Nykysääntelyhän ei tunne tämän muotoista virallisvastuuta.

Kyselyvelvollisuus voitaisiin tällöin nähdäkseni parhaiten kytkeä asiassa esillä olevaan aineistoon nojautuvaan arvioon siitä, että jokin pakottavien yksityisoikeudellisten normien tarkoittama faktaperuste on olemassa.

Tällaisen sääntelyn vaikutuksellisuutta rajoittaisi se näkökohta, että tuomioistuimen periaatteellinen tutkimisvastuu ei poistaisi rajankäyntiongelmaa sen suhteen, milloin jokin pakottavasti säännelty faktaperuste tulisi ottaa konkreettisestikin keskustelun kohteeksi. Tämä jouduttaisiin ratkaisemaan enemmän tai vähemmän heikkojen, tulkinnanvaraisten kriteerien avulla.

Sääntelyn etuna olisi, että se toisi julki tuomioistuimen erityisen vastuun pakottavan sääntelyn kohteena olevien faktaperusteiden tutkimisesta. Ainakin sel-

vemmissä tapauksissa voitaisiin kenties luottaa jopa sääntelyn tehokkuuteen. Lisäksi sääntely saattaisi vahvistaa tuomarin kyselyvelvoitteiden asemaa vastuunjakoon kuuluvana elementtinä – osoittaessaan verrattain konkreettisen esimerkin siitä, milloin tuomari on kyselyvelvollinen.

Merkittävimpänä haittana tai ainakin riskinä näkisin sen, että kyselyvelvoitteita lähemmin määrittelevät säännökset voisivat johtaa perusteettomiin vastakohtaispäätelmiin alueella, joka ei kuulu niiden piiriin. Jotta sääntely ei olisi esteenä kyselytoimille, velvollisuuden edellytykset tulisi laatia riittävän väljiksi. Kyselysäännökseen voitaisiin vaikkapa ottaa maininta, jonka mukaan tuomarin tulisi ottaa poikkeuksetta keskusteltavaksi asianosaisen aikomus vedota tosiasiaperusteeseen, jos prosessin aikana kertyneen oikeudenkäyntiaineiston perusteella ilmenee aihetta epäillä, että asiassa soveltuu jokin pakottava yksityisoikeudellinen normi.

Sen varmistamiseksi, että erityissääntely ei johtaisi kyselytoiminnan passivoitumiseen tahdonvaltaisesti säänneltyjen faktaperusteiden kohdalla, vähintäänkin lainvalmisteluasiakirjoissa tulisi korostaa sitä, että kyselytoimintaa pitää harjoittaa tahdonvaltaisten faktaperusteiden suhteen pikälti samansuuntaisten periaatteiden pohjalta. Nähdäkseni kyselyvelvollisuuden syntyyn konkreettisesti vaikuttavien näkökohtien – samoin kuin periaatteellisten päälinjojen – tulisi olla verrattain lähellä toisiaan. Merkittävin ero olisi toiminnan intensiteetissä ja siinä, että pakottavaan sääntelyyn perustuvien oikeustosiseikkojen kohdalla kyselyvelvollisuus on lähtökohtana, jos näiden relevanssista on konkreettisia viitteitä.

Prekluusiosäännösten yleisiä lieventämisehdotuksia

Olisiko prekluusiosäännöksiä tarpeen lieventää jollakin tavoin yleisesti, riippumatta väitteen kohteena olevien faktaperusteiden pakottavuudesta tai tahdonvaltaisuudesta? Tähän kysymykseen on ehkä helpointa vastata käräjäoikeusmenettelyn sisäistä prekluusiota koskevan säännöksen (OK 6:9.1) osalta. Säännös on sanamuodoltaan ankara, sillä se asettaa ns. hovioikeusprekluusiota koskevan säännöksen tavoin uuteen tosiasiaväitteeseen vetoavalle näyttövelvollisuuden aiheen pätevyydestä ja ottaa näin ollen lähtökohdaksi uusien väitteiden prekludoitumisen, jos asianosainen ei kykene osoittamaan pätevää aihetta. Tästä edellytetään todennäköisyysnäyttöä. Tällaisena säännöksen sanamuoto on melko voimakkaassa ristiriidassa sen käytännössä toteutuneen tulkintatavan kanssa. Eikä lainkäyttäjää ole tässä tapauksessa syytä moittia.

Säännöksen alkuperäisenä esikuvana on ollut Ruotsin vastaava säännös (RB 43:10)[5], joka on huomattavasti lievempi edellyttäessään epälojaalia tarkoitus-

[5] ”Om en part under huvudförhandlingen ändrar eller gör tillägg till tidigare lämnade uppgifter eller om han åberopar omständigheter eller bevis som han inte uppgett före förhandlingens bör-

ta tai törkeää huolimattomuutta. Lainvalmisteluasiakirjoissa esitetään nykyisen sääntelyratkaisun syyksi lähinnä yleinen vaikeus osoittaa, että nämä edellytykset olisivat täyttyneet.[6] Kuitenkin hallituksen esityksessä annetaan ymmärtää, että säännöstä tulisikin tulkita lievästi. Siten, että lähinnä epälojaalissa tarkoituksessa pääkäsittelyyn jätetyt vetoamislausumat karsittaisiin alioikeusprosessissa.[7]

Jo sääntelyn alkuperäinen tarkoitus ja säännöksen sanamuoto ovat näin ollen ristiriidassa tavalla, joka aiheuttaa vaaran oikeudenmenetyksistä. Toisaalta säännös näyttää jättävän lainsoveltajalle kohtuuttomasti harkintavaltaa, toisin sanoen se mahdollistaa yksittäistapauksessa mielivaltaisenkin ratkaisun. Nähdäkseni ei toisaalta ole esitettävissä riittävää syytä, miksi säännöstä tulisi soveltaa sanamuotoaan vastaavalla tavoin.

Tämän vuoksi asianosaiselle ei tulisi asettaa näyttövelvollisuutta alioikeusprekluusion estävästä pätevästä aiheesta. Näyttövaatimusta tulisi vähintäänkin alentaa samalla tavoin kuin uusia todisteita koskevassa vuoden 2001 uudistuksessa tehtiin. Uudistetun säännöksen (OK 6:9.2) mukaan ns. aihe olettaa -tasoinen näyttö aiheen pätevyydestä estää prekluusion. Tai saatettaisiin yhtä hyvin edellyttää suoraan epälojaalia tarkoitusta. Edes näyttövaatimuksen alentaminen ei nimittäin vielä kovin suuresti vahvistaisi asianosaisen asemaa suhteessa tuomioistuimen harkintavaltaan.

Entä tulisiko sitten hovioikeusprekluusion kohdalla joko luopua uuteen tosiasiaväitteeseen vetoavan näyttötaakasta tai alentaa näyttövaatimusta? Edellä katsottiin, että monet aiheen pätevyysarviointiin vaikuttavista olosuhteista ovat sen laatuisia, että niistä on täysin mahdollista asettaa näyttövelvollisuus nimenomaan uuteen tosiasiaväitteeseen vetoavalle asianosaiselle. Näitä ovat kaikkein tyypillisimmät aiheen pätevyysperusteet kuten asianosaisen hyväksyttävä tietämättömyys faktaperusteesta tai sen merkityksestä.

Arviointiin vaikuttaa toisaalta runsaasti sellaisiakin näkökohtia, joista näyttövelvollisuuden asettaminen asianosaiselle ei ole järkevää tai kohtuudella mahdollista. Näin ollen nykysäännöstä ei käytännössä voida kaikilta osin noudattaa. Joka tapauksessa taakka on voitava eräiden aiheen pätevyysperusteina arvioitavien faktaolosuhteiden osalta kääntää tuomioistuimen kannettavaksi.[8]

---

jan, får det nya materialet lämnas utan avseende, om det kan antas att parten genom detta förfarande försöker förhala rättegången eller överrumpla motparten eller att parten annars handlar i otillbörligt syfte eller av grov vårdslöshet.”

[6] Ks. HE 15/1993 s. 82.

[7] Näin erityisesti HE 32/2001, OK 6:9.2:n yksityiskohtaisten perustelujen kohdalla.

[8] Tällainen olosuhde on ainakin se, että vastapuolen on määräajan jälkeen sallittu vedota uuteen tosiasiaperusteeseen tai todisteeseen ja tästä aiheutunut tarve vedota vaihtoehtoiseen faktaperusteeseen. Tämä aiheen pätevyysperuste koostuu kahdesta pääasiallisesta osiosta, joista ensiksi mainitusta eli määräajan jälkeen sallitusta uudesta vetoamislausumasta asianosainen ei voi järkevästi ajatellen olla näyttövelvollinen. (Ks. luku 5.6.7 kohta 5, s. 245–246.)

Eikä nähdäkseni asianosaiselle voida asettaa näyttövelvollisuutta esimerkiksi siitä, että tuomari on laiminlyönyt kyselyvelvollisuutensa.[9]

Toisaalta sitä näyttövaatimuksen tasoa, jota aiheen pätevyys edellyttää, voitaisiin näkemykseni mukaan hyvin alentaa. Ehdotusta saatetaan perustella aineellisesti oikeutetun tahon oikeussuojaintressin vaarantumisella ja ankaran hovioikeustason prekluusiosääntelyn alioikeusmenettelyä kuormittavalla vaikutuksella. Juuri hovioikeusprekluusio on se instrumentti, jonka merkitys on käytännössä voimakkain tässä suhteessa. Kumpaakin vaikutusta saatetaan pitää ei-tarkoitettuna. Jälkimmäinen on lisäksi prekluusiosääntelyn pääasiallisiin tavoitteisiin nähden disfunktionaalinen.

Pelkoa siitä, että asianosainen helpostikin pyrkisi vastapuolen yllättämiseen säästämällä vetoamisperusteita taktisista syistä muutoksenhakuvaiheeseen, ei voida pitää realistisena. Hovioikeusprekluusion pääasiallinen tekninen motiivi liittynee tosin pyrkimykseen pakottaa asianosainen huolellisuuteen ja perusteellisuuteen faktaperusteidensa valinnassa. Nykyistä lievempikin prekluusiouhka lienee kuitenkin riittävä aiheuttamaan tämän prosessuaalisen ohjausvaikutuksen ja siis viime kädessä turvaamaan myös vastapuolen oikeutettuja intressejä. Käytännössä säännöksen lieventäminen voitaisiin toteuttaa ottamalla käyttöön yllä mainittu aihe olettaa -tasoinen näyttövaatimus.

Saatetaan kysyä, voitaisiinko asianosaiten määräämisoikeutta lisätä prekluusiosanktion käytön suhteen. Käräjäoikeusmenettelyn uudistuksessa (L 30.8.2002/768) tehtiin ainakin vähäinen myönnytys tähän suuntaan. Uuteen todisteeseen vetoavan vastapuolelle annettiin nimittäin oikeus luopua prekluusion toteuttamisesta.[10] Uudistuksen käytännön merkitys on kuitenkin lievästi sanottuna marginaalinen, sillä useimmiten asianosaisen saatetaan uskoa tyytyvän varsin mielellään siihen, että toisen osapuolen vetoama aineisto jää tutkimatta.[11] Lisäksi määräämisoikeus rajoittuu vain käräjäoikeusmenettelyyn ja siinäkin vain todisteisiin. Periaatteelliselta kannalta uudistus on kylläkin merkityksellinen.[12] Kyseessä on nimittäin ensimmäinen kerta kun asianosaisille myönnetään oikeus määrätä prekluusion soveltamisesta miltään osin.[13]

Nähdäkseni voitaisiin vähintäänkin yhtä hyvin perustein kysyä, eikö asian-

---

[9] Yleensäkin prosessinaikaisista tapahtumista ei asianosaiselle voida asettaa näyttötaakkaa. Jos on epäselvää, millä tavoin tuomari on harjoittanut prosessinjohtotoimia, tästä aiheutuvaa epävarmuutta ei voida nähdäkseni jättää asianosaisen tappioksi, jos arvioidaan sitä, onko tuomari laiminlyönyt vetoamisvelvollisuuksiaan. Kyselyvelvollisuuden laiminlyönnistä ei näin ollen voida edellyttää prekluusiosäännösten mainitsemaa todennäköisyysnäyttöä.

[10] OK 6:9.2; ks. LaVM 12/2002 s. 8.

[11] Ks. myös *Lappalainen* 2002 s. 78–79.

[12] Uudistuksen perustelut liittyvät yhtäältä ei-tarkoitettujen vaikutusten rajaamiseen, toisaalta aineellisen oikeusturvan toteutumiseen vastapuolen määräämisoikeudesta riippumatta. Ks. LaVM 12/2002 s. 7.

[13] Lisäksi kaikesta huolimatta jää tilanteita, joissa uuteen todisteeseen vetoavan vastapuolena olevalla on intressi sallia uusi todiste uskoessaan sen tukevan omia väitteitään.

osaisille tulisi antaa mahdollisuus sopia jo prekluusiouhan sivuuttamisesta, kokonaan tai vain joltakin osin. Jotta prekluusiota koskevalla sopimisvapaudella olisi käytännön merkitystä, se tulisi ulottaa juuri prekluusion uhkaan eikä vain säännösten soveltamisharkintaan. Tällöin asiasta pitäisi voida sopia etukäteen, ennen kuin po. prekluusiouhan määräaika on ylitetty. Sopimuksella osapuolet voisivat toisin sanoen suostua siihen, että uuteen aineistoon voidaan vedota prekluusiosäännösten tarkoittamien määräaikojen estämättä. Samalla he luopuisivat ”vetoamasta” prekluusiosäännöksiin. Sopimuksen tulisi luonnollisesti sitoa tuomioistuinta. Järjestelyyn voitaisiin kylläkin liittää jonkinlainen mahdollisuus rajoittaa sopimuksen sisältöä. Nähdäkseni sopimisvapaus voisi hyvin ulottua myös muutoksenhakuvaiheeseen.

Asianosaisilla saatetaan uskoa voivan useinkin olla yhteinen intressi tällaiseen vapaamuotoisempaan prosessointiin. Sopimuksen hyötynä olisi ennen kaikkea, että se ainakin osittain poistaisi tarpeen varmuuden vuoksi tehtäviin väitteisiin ja ilmoitettavaan todisteluun.[14] Samoin asianosaiset voisivat sopimuksen avulla välttää prekluusiota koskeviin tuomarin tulkintoihin liittyvän epävarmuuden ja riippuvaisuuden tuomarin laajasta harkintavallasta tässä oikeudenkäynnin varsin perustavia edellytyksiä koskevassa kysymyksessä, asianosaisen vetoamisoikeuden rajaamisessa.[15]

Yhtä tärkeä näkökohta liittyy kuitenkin prekluusion suojeluintressiin. Jos painavana – ellei kaikkein painavimpana – prekluusiosäännösten suojelutavoitteena nähdään vastapuolen suojaaminen uusien lausumien aiheuttamilta yllätyksiltä, sopimisvapauden hyväksyminen ei tuota ylivoimaisia vaikeuksia. Kyse olisi joka tapauksessa molemminpuolisesta toimesta, jonka vastineena saavutetaan merkittävä hyöty. Tämä asianosaisen itse määrittelemä etu huomioon ottaen sopimusvapauden kieltämistä olisi normaalitapauksessa (tasavahvojen osapuolten kyseessä ollen) oikeastaan vaikea perustella vastapuolen suojelulla. Nähdäkseni edes julkiset intressit eivät riitä epäämään sopimusvapautta.[16]

---

[14] Vrt. keskusteluun ”ylivarustautumisesta”, joka on usein mainittu ongelmana muun muassa asianajajien keskuudessa suoritetuissa kyselyissä. Ks. esim. *Ervasti 1*998 s. 79–80, 83 tai HE 32/2001 s. 13.

[15] Vrt. myös sinänsä harvinaisiin tapauksiin, joissa molemmat osapuolet esiintyvät ilman avustajaa. Prekluusio tai yleensäkään vaikeita muodollisia vaatimuksia sisältävät käytännöt eivät tällöin ole tarkoituksenmukaisia.

[16] Oikeuskirjallisuudessa julkiset intressit ovat kuitenkin saaneet painottuneen merkityksen. Vrt. esimerkiksi *Lappalainen* 2002 s. 78–79, joka epäilee jo toteutetun, varsin rajoitetun määräämisoikeuden järkevyyttä.

11 Lopuksi

11.1 VETOAMISVELVOITTEIDEN JÄRJESTELMÄSTÄ IHMIS- JA PERUSOIKEUKSIEN NÄKÖKULMASTA

Tässä tutkimuksessa ei ole pidetty järkevänä tai edes mahdollisena ryhtyä tarkastelemaan lähemmin Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen soveltamiskäytäntöä tai analysoimaan Euroopan ihmisoikeussopimuksen sisältöä. Kummastakin olisi ollut vain rajallisesti hyötyä asianosaisen vetoamisvelvoitteiden tai tuomarin kyselyvelvoitteiden tarkastelussa. Sopimustekstin tai ihmisoikeustuomioistuimen soveltamiskäytännön nojalla voitaisiin tehdä hyvin vähän edes kohtuullisen varmoja päätelmiä konkreettisissa ongelmakysymyksissä.

Ainakaan tähän asti kertynyt soveltamiskäytäntö ei toisaalta tue näkemystä siitä, että tuomarille kuuluisi enemmälti vastuuta oikeudenkäyntiaineiston riittävyydestä.[1] Päinvastoin soveltamiskäytäntö tukee esimerkiksi väitteiden ja todisteiden prekluusion hyväksyttävyyttä. Onhan prekluusiolla vetoamisvelvollisen vastapuolena olevan kuulemisoikeutta turvaavia ja oikeudenkäyntiä ”jämäköittäviä” vaikutuksia.[2] Perustuslain 21 §:ää taas ei ole sovellettu väittämistaakkaongelmiin.[3] Perus- ja ihmisoikeuksiin onkin viitattu edellä ennen kaikkea perusteluna yksilöllisten oikeuksien korostumiselle prosessioikeudellisten ratkaisuperiaatteiden tasolla.[4] Seuraavassa tätä olettamusta ja perusoikeusajattelun vaikutusta vetoamisvelvoitteiden järjestelmän kannalta tarkastellaan vielä lyhyesti. Huomionarvoisia näkökohtia on ainakin kaksi. Ensimmäinen liittyy ihmis- ja perusoikeuksien yleiseen rooliin vastuunjakoon vai-

---

[1] Vrt. kuitenkin rikosprosessuaalinen KKO 2012:68, jossa katsottiin, että menettely hovioikeudessa ei täyttänyt oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin (EIS 6 artikla) vaatimuksia, kun hovioikeus oli laiminlyönyt informatiivisen kyselyvelvollisuutensa.

[2] Ks. *Ervo* 2008 s. 80–81, jonka mukaan prekluusio on hyväksyttävä edistäessään oikeudenkäynnin tehokkuutta ja nopeutta. Asianosaisten tasa-arvoisuutta ja mahdollisuutta ajaa asiaansa ei prekluusiolla kuitenkaan saisi loukata. Rikosprosessiin tässäkin asiassa painottuvasta soveltamiskäytännöstä ks. Laukkanen ja Manninen v. Suomi (3.2.2004), jossa hyväksyttiin todistelun epääminen rikosasiassa OK 17:7:n nojalla merkityksettömänä. Syynä epäämiselle oli se, ettei todistusteemaa ja todistelun merkitystä ollut ilmoitettu.

[3] Vrt. tosin KKO 2008:77, jossa perusoikeuksien periaatteellinen relevanssi mainitaan tuomarin kyselyvelvollisuutta tarkasteltaessa. Luvussa 6.3 tarkasteltu EU-tuomioistuimen ratkaisukäytäntö sitä vastoin tukee näkemystä tuomioistuimen vastuusta pakottavaan sääntelyyn perustuvien vaatimusten tutkimisessa. Kyse ei kuitenkaan ole perusoikeuksiksi luonnehdittavien normien soveltamisesta.

[4] Tässä tutkimuksessa kyselyvelvoitteita ja väittämistaakkaongelmia ratkaistaessa tärkeimmäksi periaatteeksi ehdotettu aineellisen oikeusturvan toteutuksen periaate onkin juridiselta perustaltaan keskeisesti perusoikeudellinen. Perusoikeudelliseen argumentaatioon nojautuu niin ikään käsitys yksilöllisten oikeuksien etusijasta verrattuna prosessitaloudellisiin ja muihin yhteisöllisiin tavoitepäämääriin nähden. Ks. edellä s. 14–15 ja 439–442.

kuttavassa argumentaatiossa. Toinen näkökohta liittyy faktatietämyksen merkitykseen vastuunjaon kannalta.

Pakottavaan sääntelyyn perustuvien *vähimmäisoikeuksien toteutusta saatetaan nähdäkseni puoltaa perusoikeusargumentein*. Kun kyse on pakottavan sääntelyn määrittämän vähimmäistason mukaisista oikeuksista, on erityisen vahvoja asiasyitä siihen, miksi tuomioistuimelle tulisi asettaa velvoitteita huolehtia siitä, että asianosainen voi vaatia niiden toteutusta. Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimuksen kannalta ei ole kenties hyväksyttävää, jos asianosaisen tiedollisten, taidollisten tai taloudellisten resurssien puute estäisi oikeuden käytännön toteutuksen – tai jos oikeuden toteutus estyisi jostakin sattumanvaraisesta syystä.[5] Myös suhteellisuuden näkökulmasta vähimmäisoikeuksien toteutusta saatetaan perustella. Oikeuksien minimitaso on oikeutetun tahon kannalta merkityksellinen. Vähimmäistasoon yltävän oikeuden sietäminen on puolestaan useimmiten velvoitetun näkökulmasta kohtuullista.

Oikeudesta luopumisen suhteellinen rajoitus on keskeinen ominaisuus, joka osoittaa pakottavan säännöksen prosessioikeudellista relevanssia. Luopumisrajoitusten perustava syy on nimittäin pyrkimys turvata se, että aineellisen oikeuden haltija voisi halutessaan vedota oikeuteensa. Pakottavuusvaikutuksen ansiosta hänen tulisi toisin sanoen saada tilaisuus harkita oikeuksiensa vaatimista ilman, että hän menettäisi vetoamisoikeutensa syistä jotka johtuvat aineellisen oikeussuhteen olosuhteista kuten toisesta riippuvaisesta asemasta, painostuksesta, pakosta tms. syystä. Saman ajattelutavan mukaan syynä ei saisi olla myöskään oikeudenkäyntimenettelyn vaikeus.

Argumentaatiota kenties tukee se, että oikeuksien vähimmäistasoa suojaava

---

[5] Kotimaisessa oikeuskäytännössä sopimuskumppanin vähimmäisoikeuksien suoja on perustellut asianosaisen pääsyä yleiseen tuomioistuimeen, vaikka osapuolten välillä on ollut sopimus riitaisuuksien ratkaisemisesta oikeudenkäynnin ulkopuolella tai vastaava rajoitus on perustunut lakiin tai yhdistyksen sääntöihin. Pekka Länsinevan kommentoiman hovioikeusratkaisun mukaan franchise-sopimuksen välityslauseke oli kohtuuton, kun pizzeria-yrittäjä oli sairastunut ammattitautiin, minkä johdosta yrityksen talous oli heikentynyt ja yrittäjä oli joutunut maksukyvyttömäksi. Vakioehto, jonka sisältöön sopimuskumppani ei voinut vaikuttaa, olisi merkinnyt tosiasiallisesti EIS:n ja perustuslain takaaman access to justice -oikeuden menettämistä sellaisen jälkikäteen ilmenneen yllättävän syyn perusteella, johon asianosaisen antama suostumus ei ulottunut (ks. Vaasan HO 1.12.1999 (S 98/463); *Länsineva* DL 2011 s. 463).

Ratkaisun KKO 1998:122 kohteena olleessa tapauksessa oli pohdittavana, tuliko urheilijan voida saattaa asia tuomioistuimen käsiteltäväksi huolimatta yhdistyslaissa ja yhdistyksen säännöissä olevista rajoituksista. Hovioikeuden mukaan pitkäaikaisen kilpailukiellon määrääminen oli sellainen EIS 6 artiklassa tarkoitettu yksilön oikeuksiin ja velvollisuuksiin vaikuttava päätös, jota koskevan riitaisuuden käsittelyn epääminen tuomioistuimessa olisi ollut ristiriidassa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusten kanssa. Korkein oikeus päätyi samaan lopputulokseen, vaikkakin ratkaisuperustelut nojautuivat pääosin yhdistyslainsäädännön varaan. Silti myös niissä viitattiin perusoikeuksiin: kilpailukiellolla oli ”merkittäviä kielteisiä vaikutuksia kiellon kohteena olevan henkilön taloudelliseen asemaan ja kunniaan, joka kuuluu perusoikeuksiin, jota asianosaisen tulee voida puolustaa tehokkaasti”. (Ks. ratkaisun johdosta *Länsineva* DL 2011 s. 461–462. Ks. myös *Halila, Heikki* 1999 s. 266–270.)

aineellinen normi on monessa suhteessa perusoikeusnormin kaltainen. Myös perusoikeusnormit suojaavat oikeuksien (ja vapauksien) minimimäärää. Lisäksi niihin sisältyy keskeisenä elementtinä rajoituksia luopua po. oikeudesta. Vaikka pakottava yksityisoikeus liittyy kansalaisten keskinäisiin oikeussuhteisiin (perusoikeuksien pääasiallisesta vaikutustavasta poiketen), perusoikeuksilla on nähty myös yksityisten sopimusosapuolten väliseen relaatioon liittyviä vaikutuksia. Oikeuksien vähimmäistasossa saatettaisiin toisaalta nähdä sellainen oikeus, jota perustuslain 15 § turvaa ainakin siinä mitassa, että näkökohta perustelee kyselyvelvollisuutta.[6] Siviiliprosessiin liittyy joka tapauksessa samanaikaisesti sekä horisontaalinen että vertikaalinen oikeussuhteiden relaatio.

Toinen vetoamisvelvoitteiden suuntaan vaikuttava päätelmä liittyy *aineellisen oikeussuhteen kannalta merkityksellisen faktatietämyksen_rooliin vastuunjaon kannalta*. Kun kysytään, mitä konkreettisia sovelluksia oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimuksella tulisi olla, rajoitteena on se, että kyselyvelvollisuuden ulottuvuutta on mahdotonta määritellä yksinkertaisella tavalla. Sama rajoitus koskee kaikkea virallisvastuuta asianosaisen tahdosta riippumaton virallistutkinta mukaan lukien.

Vastaaminen konkreettisiin ongelmiin on käytännössä pakosta riippuvaista tapauskohtaisista prosessuaalisista olosuhteista kuten siitä, mitä tiedetään jutun faktoista tai siitä, mitä asianosaiset ovat asiassa lausuneet tai muista tämän kaltaisista näkökohdista. Nähdäkseni voidaan vahvasti puoltaa näkemystä, että oikeudenkäyntimenettely ei ole oikeudenmukainen ainakaan, jos pakottavan sääntelyn soveltamisen aiheuttavat faktaolosuhteet ovat varmuudella tiedossa mutta asianosaisen vetoamistahtoa ei varmisteta kyselytoimin. Kenties näin tulisi ajatella silloinkin, jos oikeusriitaan soveltuu pakottavaa sääntelyä oikeudenkäynnin aikana käsillä olevan faktatiedon valossa. (Vrt. luvussa 9.4 tarkasteltavana olleet tyyppitilanteet 1–2.) Silloin, kun pakottavasti säännellyn vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolo on vähemmän varmaa, sääntötyyppistä suositusta on huomattavasti vaikeampi esittää. Jos vaihtoehtoisen faktaperusteen kannalta relevantit faktat ovat tunnettuja, menettelyn oikeudenmukaisuus voi tosin perustella virallisvastuun siitä riippumatta, onko aineellinen normipohja pakottavaa vai tahdonvaltaista.

Entä merkitseekö tuomarin tutkimisvastuu jotakin erityistä prosessuaalisia perusoikeuksia koskevan keskustelun kannalta? Nähdäkseni tutkimuksen keskeinen anti tässä suhteessa liittyy oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden sisällölliseen puoleen. Tuomarin velvoitteet pakottavaan sääntelyyn nojautuvien siviilioikeudellisten vaatimusten tutkimisessa *vahvistavat käsitystä siitä, että perusoikeusnormit asettavat oikeudenkäyntimenettelylle sisällöllisiä vaatimuksia*.

---

[6] Ks. horisontaalivaikutuksesta yleisesti ks. esimerkiksi *Viljanen* 2011 s. 134–136. Varallisuusoikeuksien ajatellaan yleisesti sisältyvän perustuslain 15 §:n mukaiseen omistusoikeuden suojaan. Ks. esimerkiksi *Norrgård* 2002 s. 57 tai *Havansi* 1994b s. 10–11.

Prosessuaalisia perusoikeuksia koskevassa keskustelussa tällainen ulottuvuus on liitetty menettelyn kontradiktorisuuteen. Usein mainitaan, että asianosaisen on myös tosiasiassa saatava lausua käsityksensä asiaan vaikuttavista tosiasioista ja oikeuskysymyksistä. Toisinaan puhutaan asianosaisen tosiasiallisesta mahdollisuudesta ajaa asiaansa.[7] Tuomarin velvollisuuden tutkia pakottavasti säänneltyjä faktaperusteita saatetaan sanoa tuovan konkretiaa tämän kaltaiseen menettelylliseen vaatimukseen. Tähän asti kun on joka tapauksessa puuttunut käytännön esimerkkejä siitä, mihin tämä kuulemisoikeuden sisällöllinen ulottuvuus tuomaria velvoittaa.

Perusoikeusviittausten ollessa harvalukuisia on vaikea arvioida, missä konkreettisissa tapauksissa vaikkapa kyselytointen laiminlyönti voitaisiin päätellä jo yksinomaan perusoikeusnormien nojalla. Epäilemättä nämä ovat tapauksia, joissa kyselyvelvoitteita puoltavat asiasyyt ovat kaikkein painavimpia. Jos tuomioistuin käräjäoikeuden pääkäsittelyn aikana tulkitsee asianosaisen luopuneen valmistelun aikana (kirjallisesti tai suullisesti) vetoamastaan faktaperusteesta varmistamatta asiaa kyselytoimin, menettelyn oikeudenmukaisuutta loukattaisiin usein erityisen voimakkaasti. Tulkinta voisi olla asianosaisen näkökulmasta yllättävä. Syynä toiston välttämiselle voisi olla ymmärrettävä huomaamattomuus. Ja usein väitteiden yksilöinniltä edellytettävä vaatimustaso on vaikeasti määriteltävissä. Jos tuomioistuin ei informoi asianosaisia viran puolesta tutkittavaksi ottamastaan faktaperusteesta, loukattaisiin aineellisesti velvoitetun asianosaistahon kuulemisoikeutta. Jos väiteaineistoa prekludoitaisiin, vaikka vetoaminen olisi ollut käytännöllisesti katsoen mahdotonta, menettelyä tuskin voitaisiin pitää oikeudenmukaisena. Edellä katsottiin, että todistustaakan asettaminen osapuolelle, jonka mahdollisuudet varmistaa ja hankkia näyttöä ovat vastapuolta selvästi heikommat, saattaisi loukata asianosaisen perusoikeuksia.[8] Näin olisi erityisesti silloin, kun mahdollisuus näytön hankkimiseen puuttuisi kokonaan.

Saatettaisiinko oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin katsoa edellyttävän, että kaikki yksityisoikeudellisesti pakottavasti säännellyt tosiasiaperusteet jäisivät prekluusion ulkopuolelle, jos siitä, että suojattu taho olisi luopunut vetoamisoikeudestaan, ei ole evidenssiä? Estyisikö prekluusio, vaikka tuomari ei olisi laiminlyönyt kyselyvelvollisuuttaan? Luvussa 10 esitetyillä perusteilla tällaista tulkintaa voisi perustella, vaikka prekluusiosäännösten sanamuoto kattaakin prosessuaalisesti tahdonvaltaiset faktaperusteet. Tällainen tulkintasääntö olisi täysin käyttökelpoinen, sillä rajauksen soveltamisala olisi verrattain yksiselitteinen. Pakottavasti säännellyt tosiasiaperusteet voidaan tunnistaa kohtuullisen helpos-

---

[7] Ks. esimerkiksi *Nylund* 2006 s 109 tai 102–104. Tuomarin kyselyvelvollisuuden *Nylund* (s. 109–110) liittää asianosaisen ”oikeuteen esittää näkemyksensä asiassa”. Vrt. myös KKO 2008:77 kohta 14, jossa puhutaan asianosaisen oikeudesta ”täysipainoisesti ajaa asiaansa”.

[8] Ks. edellä s. 70.

ti. Mutta tämäkin kysymys jää avoimeksi auktoritatiivisen aineiston puuttuessa.[9]

Tarkasteltaessa vetoamis- ja kyselyvelvoitteita perusoikeuksien näkökulmasta on tärkeää muistaa se, että tavanomainen asia-argumentaatio ja prosessioikeudellisiin oikeuslähteisiin nojautuva päättely johtaa lähtökohtaisesti laajempaan käsitykseen tuomarin velvoitteista kuin yksin perusoikeusargumentit. Perusoikeudet aiheuttavat lisäargumentin ja parhaimmillaan ne voivat tuoda keskusteluun arvokkaan näkökulman. Perusoikeuksia ei kuitenkaan tulisi käyttää tuomarin velvoitteita supistavan (tai asianosaisen velvoitteita suhteessa viranomaistahoon laajentavan) näkemyksen tueksi. Perusoikeuksien lähtökohtiin kuuluu se, että niiden avulla asianosaisen oikeusasemaa suhteessa julkiseen tahoon pyritään turvaamaan. Argumentaation käyttö oikeuksien heikentämiseen sitä vastoin paitsi perustuu asioiden vakavaan väärinymmärrykseen, on myös kiellettyä.[10]

Toisinaan esitetään, että vetoamisvelvollisen vastapuolena olevan kuulemisoikeuden varmistaminen on perusoikeudellinen argumentti prosessuaalisen prekluusion puolesta. Tällainen ajatus näyttää sisältyvän jopa Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöön.[11] Ovatko siis prekluusiosäännösten soveltamistilanteissa vastakkain vetoamisvelvollisen ja hänen vastapuolensa perusoikeudet? Näkemykseni mukaan näin ei välttämättä ole. Vastapuolen kuulemisoikeus ei edellytä prekluusiouhan toteutusta, eikä kuulemisoikeudesta useimmiten aiheudu edes kovin vahvaa argumenttia prekluusiouhan toteutuksen puolesta. Tekninen yhteys prekluusiouhalla ja vastapuolen kuulemisoikeudella kylläkin on, sillä prekluusiouhka myötävaikuttaa merkittävästi siihen, että asianosaiset esittävät väitteensä aikaisessa vaiheessa. Näin ollen riskiä siitä, että asianosainen yllättäisi vastapuolensa viime hetkeen jätetyillä vetoamislau-

---

[9] Säännöstasolla PL 21 § mahdollistaa EIS 6 artiklaa pidemmälle menevän asianosaisen oikeuksien suojan, joten tulkinnassa olisi helpompi nojautua ensiksi mainittuun. Koska tulkinta näyttäisi menevän prekluusiosäännösten sanamuotoa (”asiassa, jossa sovinto on sallittu”) vastaan, se ei ehkä kuitenkaan olisi todennäköinen. Useimmat tosiasiaperusteista ovat prosessuaalisesti tahdonvaltaisia siviilioikeudellisista pakottavuusvaikutuksista huolimatta.

[10] Vakiintuneesti katsotaan, että ihmis- ja perusoikeussäännökset turvaavat oikeuksien vähimmäistasoa eikä niitä saisi käyttää sellaiseen vastakohtaispäättelyyn, jonka avulla oikeudenhaltijan asemaa heikennettäisiin. Vähimmäistason ylittäminen sitä vastoin on sallittua tai jopa suotavaa. Ks. esimerkiksi *Ervo* 2005 s. 47 tai *Viljanen* LM 1996 s. 797–798. Lainvalmistelussa ihmis- ja perusoikeuksien asettamien vaatimusten täyttymistä koskevat pohdinnat näyttäytyvät kuitenkin usein lähinnä perusteluna kulloisenkin hankkeen kaikinpuolisen hyväksyttävyyden puolesta. Niinpä jatkokäsittelyluvan käyttöalan laajentamista ehdottavassa komiteamietinnössä katsotaan, että lupamenettelyn laajentaminen ”ei rajoittaisi muutoksenhakuoikeutta, koska hovioikeus selvittäisi yhä käräjäoikeuden ratkaisun oikeellisuuden”. Ks. KM 10/2014 s. 53. Lisäksi lausutaan (s. 19) melko lakonisesti, ettei järjestelmän laajentamiselle ole kansainvälisistä velvoitteista johtuvia esteitä, koska *nykyinen* järjestelmä ei rajoita muutoksenhakuoikeutta. Asiaan ei nähtävästi mitenkään vaikuta se, että valittajan oikeutta suulliseen tai muutoin täysimittaiseen valitusprosessiin sitä vastoin kavennettaisiin melko radikaalisti. Vrt. myös esimerkiksi ns. valitusten seulontajärjestelmän käyttöönottoa ehdottanutta komiteamietintöä. KM 10/2001 s. 27–33.

[11] Ks. tapaus Laukkanen ja Manninen v. Suomi (3.2.2004) ja sen johdosta *Ervo* 2008 s. 80–81.

sumilla, pienenee prekluusiouhan vaikutuksesta. Prekluusiouhka siis osaltaan käytännössä turvaa vastapuolen kuulemisoikeuden käytännön toteutusta. Silti osapuolten oikeudet ovat enimmältä osin sovitettavissa yhteen. Jos asianosaisen sallitaan vedota uuteen faktaperusteeseen muutoksenhaussa, vastapuolen oikeus tarvitsemaansa todisteluun tai lisäväitteisiin on toteutettavissa ja pitää toteuttaa muutoksenhakuprosessin yhteydessä.[12]

11.2 KESKEISET TUTKIMUSTULOKSET

Eräs tämän tutkimuksen peruskysymyksistä on, kuinka vastuu tosiasiaväitteiden tuomisesta prosessin aikana käytävän keskustelun alaisuuteen jakautuu suojatun asianosaistahon ja tuomioistuimen välillä silloin, kun oikeusriitaan soveltuisi pakottavaa yksityisoikeudellista sääntelyä. Useat tähän vaikuttavista prosessioikeudellisista instrumenteista ovat väljästi säänneltyjä tai niihin liittyy sellaisia käytännön näkökohtia, joiden vuoksi tuomarin toiminnan ohjaaminen on tavallista vaikeampaa. Tämä koskee tuomarin kyselyvelvollisuutta samoin kuin kyselyvelvollisuutta suorempia tutkimisvelvollisuuden muotoja mutta myös asianosaisen vetoamisvelvollisuuden sisältöä tai vetoamisoikeuden menettämisen eli prosessuaalisen prekluusion edellytyksiä.

Tutkimuksen alkupuolella tarkastellaan keskustelua oikeusperiaatteista. Monien kotimaisten tutkimusten tavoin tässä tutkimuksessa katsotaan, että oikeusnormit on aiheellista jakaa sääntöihin ja periaatteisiin. Syynä jaottelun merkitykseen tutkimusaiheen kannalta on juuri kohteena olevan keskeisen sääntelyn huomattava väljyys. Oikeusperiaatteet nähdäänkin keinona kohentaa erityisesti tuomarin kyselytoiminnan samoin kuin muiden prosessinjohtoon laajassa mielessä luettavan valtuuksien käytön oikeudellista kontrolloitavuutta (9–11).

Sääntelyn väljyyteen nivoutuu kuitenkin myös toinen periaatekeskustelun ulottuvuus. Kyse on painotuksesta, joka korostaa yksityisen kansalaisen oikeuksia suhteessa julkiseen valtaan. Kotimaisen keskustelun pohjana olleisiin teorioihin sisältyy näkemys, jonka mukaan oikeusperiaatteiden tehtävänä on turvata kansalaiselle ainakin joitakin oikeuksia, jotka ovat riippumattomia yhteiskunnallisten tavoitteenasettelujen vaikutuksesta. Kotimaisessa keskustelussa tämä painotus on laimentunut siten, että periaatteista keskusteltaessa ei useinkaan tehdä erottelua yksilöllisiä oikeuksia ja yhteisöllisiä päämääriä edis-

[12] Ks. myös edellä luvussa 4.3 lausuttua. Merkittävimmäksi haitaksi vastapuolen kannalta jää todennäköisesti se, että vastapuoli menettää mahdollisuuden hakea muutosta siihen ratkaisuun, jossa hovioikeus ottaa ensimmäisenä oikeusasteena kantaa uuteen faktaperusteeseen. Tässä selostettu perustelu soveltuu nähdäkseni vielä vahvemmin ns. väiteaineistoa täydentävään kyselyvelvollisuuteen. Väiteaineiston laajenemisen aiheuttama haitta vastapuolen kuulemisoikeudelle on harvoin laadultaan sellaista, että sitä ei voitaisi riittävässä määrin rajata informatiivisen prosessinjohdon keinoin.

tävien periaatteiden välillä. Näyttäisi jopa siltä, että keskustelun pontimena olisi kontrollitehtävän lisäksi lähinnä ratkaisutoiminnan yleisen rationaalisuuden edistäminen.

Tässä tutkimuksessa yksilöllisten oikeuksien ja yhteisöllisten tavoitepäämäärien erottelu nähdään paitsi mahdollisena myös tärkeänä. Erottelua sovelletaan tuomarin kyselyvelvoitteita koskevassa esityksessä tarkasteltaessa yhtäältä kyselytoiminnan oikeuspoliittisia perusteluja (luku 7.7) ja toisaalta kyselynormien tulkintaa koskevia suosituksia (luku 9). Perusteluna on se, että tarkasteltavana olevan kaltaisten normien tulkinnassa yhteisölliset tavoitteenasettelut tavallistakin helpommin uhkaavat saada ylivertaisen aseman suhteessa oikeuslaitoksen asiakkaiden intresseihin. Hyväksyttävänä ei voida pitää tulkintasuositusten palauttamista voittopuolisesti prosessitaloudellisiin vaikutuksiin tai siviilioikeudellisen ohjausvaikutuksen tehostamiseen kuten väittämistaakkaoppien perustana olevassa oikeuskirjallisuudessa vieläpä nimenomaisesti on tehty. Perus- ja ihmisoikeudellisen ajattelun voimistuminen nähdäkseni perustelee samaa johtopäätöstä. Tutkimuksessa katsotaankin päinvastoin, että lähtökohtainen etusija tulee antaa asianosaisten oikeuksiin palautuville argumenteille (s. 10–15, 439–442).

Vastaava näkemys ulottuu nähdäkseni myös prosessioikeuden yleisten oppien tasolle. Oikeudenkäynnin perustavimpana päämääränä ei (mm. perusoikeusajattelun vaikutuksesta) voida pitää sanktiovaikutuksen tehostamista tai (oikeuslaitoksen yleistä toimivuutta) oikeusriitojen taloudellisesti tai työekonomisesti tehokasta siivoamista pois päiväjärjestyksestä.

Vastuu tosiasiaperusteiden tutkimisesta

Oikeudenkäyntiaineiston esille tulemista koskevalla vastuulla tarkoitetaan tässä tutkimuksessa velvollisuutta huolehtia siitä, että jokin oikeudellisen ratkaisun kannalta relevantti näkökohta kuten jutun tosiseikasto tulee otetuksi huomioon. Silloinkin, kun on puhe vetoamisvelvollisuuden kohteena olevista tosiasiaväittämistä, vastuuta niiden tutkittavaksi saattamisesta voi olla ja on sekä vetoamisvelvollisella asianosaisella että tuomioistuimella. Jos tuomarilla on kyselyvelvollisuus, voidaan sanoa, että tuomarin velvollisuutena on tuoda jokin asia keskustelun alaisuuteen kiinnittämällä esimerkiksi vetoamisvelvollisen huomio vaihtoehtoiseen tosiasiaperusteeseen tai vetoamisvelvollisuuden kohteena oleviin yksittäisiin tosiasioihin (s. 17–19, 30).

Viran puolesta tutkittavia faktaperusteita voi esiintyä myös dispositiivisina pidettävissä riita-asioissa. Sellaisia faktaperusteita, jotka vakiintuneen käsityksen mukaan on tutkittava viran puolesta, on kuitenkin lukumääräisesti vähän. Yksityisoikeudellisessa mielessä pakottavasti säännellyt faktaperusteet eivät prosessioikeudessa tai oikeuskäytännössä vakiintuneen käsityksen mukaan lukeudu näihin.

Perusteena virallistutkinnalle on esitetty jaottelu, jossa faktaperusteen suojaama intressi on joko julkinen tai sellaisen kolmannen henkilötahon intressi, joka ei ole edustettuna meneillään olevassa oikeudenkäynnissä. Jos viran puolesta vakiintuneesti tutkittavia faktaperusteita tarkastellaan suojatun asianosaistahon näkökulmasta, voidaan luonnehtia, että lähinnä vajaavaltaisen intressejä (tai niihin verrattavia) on tutkittu viran puolesta. Tästä on kuitenkin eräitä poikkeuksia kuten oikeudenkäyntikulujen kohtuullisuus ja eräät yksityishenkilön velkajärjestelyn esteperusteista. Näiden virallistutkinnan täytynee perustua merkittävältä osin oikeutetun tahon intressien suojaamiseen (s. 106–112).

Tutkimuksessa puolustetun näkemyksen mukaan myös yksityisiä intressejä suojaavia tosiasiaperusteita voidaan tutkia viran puolesta. Suojatun tahon aktiivisesta myötävaikutuksesta riippumaton virallistutkinta edellyttäisi kuitenkin joko poikkeuksellisen voimakasta suojeluintressiä tai oletusta siitä, että hänen vapaa tahdonmuodostuksensa voi olla rajoittunut vielä oikeudenkäynnin aikana.

Perinteisen ajattelutavan mukaan faktaperusteen väitteenvaraisuus – ja siihen liittyvä asianosaisen päätäntävalta – on sulkenut pois aineelliseen tosiasiaperusteeseen kytkeytyvän tuomarin tutkimisvastuun. Näin ei kuitenkaan tarvitse olla, vaan tuomioistuimelle saatettaisiin hyvin asettaa vastuu asianosaisen viimekätisessä päätäntävallassa olevien faktaperusteiden tutkimisesta. Asianosaisella voisi puolestaan olla oikeus luopua faktaperusteeseen vetoamisesta. Käytännön oikeuselämästäkin tästä on esimerkkeinä ainakin juuri oikeudenkäyntikulujen kohtuullisuus ja osa velkajärjestelyn esteperusteista, jotka ovat prosessuaalisesti tahdonvaltaisia (ns. dispositiivisia) kysymyksiä. Velkojat voisivat tehdä velallisen kanssa pätevän sopimuksen velkajärjestelyn aloittamisesta täysin riippumatta mahdollisista esteperusteista. Samoin oikeudenkäynnin osapuolet voisivat halutessaan sopia siitä, kuinka oikeudenkäyntikulut jaetaan (s. 106–112).

Tuomarin virallistutkinnasta voidaankin puhua kolmessa pääasiallisessa merkityksessä. Tuomioistuin saattaisi ensinnäkin olla velvollinen tutkimaan faktaperusteen oikeudellisen merkityksen vaikkapa vastoin asianosaisen nimenomaista tahdonilmaisua. Tutkimusvelvollisuus voi toisaalta olla lähtökohtaista siten, että asianosaisella on oikeus luopua faktaperusteen tutkimisesta. Tai kolmanneksi tuomioistuimella voi olla oikeudellinen vastuu siitä, että määrätty faktaperuste tulee oikeudenkäynnissä keskustelun kohteeksi siten, että vetoamisvelvollinen asianosainen saa mahdollisuuden halutessaan vaatia faktaperusteen tutkimista. Lisäksi on sellaista yleistä kyselyvelvollisuutta, joka ei kytkeydy määrättyyn faktaperusteeseen sellaisenaan, vaan monenlaisiin prosessuaalisiin olosuhteisiin kuten asianosaistahojen lausumiin, oikeudenkäynnin vaiheeseen tai kyselyjen odotettavissa oleviin prosessitaloudellisiin yms. vaikutuksiin (s. 115–117).

Vastuunjaon kannalta mikään tuomarin yllä mainitun kaltainen periaatteellinen tutkimisvelvollisuus ei vielä kerro kovinkaan paljon velvollisuuden soveltuvuudesta käytännön tilanteisiin. Jos jokin tosiasiaperuste on esimerkiksi ns.

virallistutkintainen (väittämistaakkaa ei sovelleta), sen olemassaolo on tutkittava ainakin, jos faktaperusteen soveltamiseen johtava tosiasia-aineisto on käsillä. Tulkinnan varaan jää, milloin tuomarin tulisi nostaa po. faktaperusteen olemassaoloa koskeva kysymys keskusteluun. Ei-väitteenvaraisesta seikasta saattaisi ns. laajaan oikeudenkäyntiaineistoon sisältyä paljonkin selvitystä tai vain vähäisiä viitteitä (s. 117–118).

Vetoamisvelvollisuuden sisältö

Luvussa 3 tarkastellaan melko seikkaperäisesti vetoamisvelvollisuuden lähempää sisältöä. Keskeinen näkökulma on, kuinka asianosainen voi tietää, mihin faktaperusteisiin hänen tulee konkreettisesti vedota ja millä tavoin (kuinka tarkasti tai laveasti) hänen tulee yksilöidä tosiasiaväitteensä. Tähän liittyy eräitä hankalia ongelmia kuten se, kuinka vetoamisvelvollisuus jakautuu osapuolten kesken ja kuinka tosiasioita kuvailevat väitteet erotetaan niistä väitteistä, jotka ainoastaan luonnehtivat tosiasioita oikeudellisessa mielessä.

Vetoamisvelvollisuuden ulottuvuuden määrittely on hankalaa erityisesti silloin, kun aineellisoikeudellisen säännöksen sisältämä faktatunnusmerkistö on ilmaistu abstraktein termein tai kun tosiasioiden oikeudellinen relevanssi perustuu kirjoittamattomiin normeihin. Tällöin on erityisen vaikea ratkaista sitä, mihin väitteisiin asianosaisen vetoamisvelvollisuus kohdistuu ja kuinka tarkasti faktaväitteet tulisi yksilöidä.

Vetoamisvelvollisuuden kohde perinteisten väittämistaakkaoppien mukaan

Vetoamisvelvollisuuden sanotaan kohdistuvan oikeustosiseikkoihin eli tosiasioihin, jotka ovat jutun oikeudellisen arvioinnin kannalta välittömästi relevantteja. Määritelmän mukaan oikeustosiseikat siis ovat tosiasioita erotuksena normeista ja oikeusseuraamuksen kannalta välittömästi relevantteja tosiasioita erotuksena välillisesti relevanteista tosiasioista. Selvää on, että oikeustosiseikan käsitteellinen määrittely ei anna riittävää informaatiota siitä, mitä tosiasioita koskeviin väitteisiin asianosaisen kulloinkin tulisi vedota. Oikeuskirjallisuudessa määritelmää on kuitenkin käytetty keskeisesti juuri siinä tarkoituksessa, että sen avulla suurelta osin ratkaistaisiin vetoamisvelvollisuuden sisältö.

Perinteinen väittämistaakkaoppi samastaa vetoamisvelvollisuuden kohteen käsitteellisesti havaintomaailman tosiasioihin. Siviilioikeudessa joudutaan kuitenkin laajalti käyttämään abstrakteja termejä, jotka eivät suoraan kuvaa mitään havaintomaailman tosiasioita ja ovat sisällöltään arvostuksenvaraisia. Siksi vastaavia termejä joudutaan käyttämään vetoamislausumissa. Mutta myös ne havaintomaailman tosiseikat, joille annetaan tuomioistuimen ratkaisussa välitön oikeudellinen merkitys, ovat oikeudellisesti tulkittuja. Niiden merkitystä asiayhteydessään ei voida ymmärtää ilman normitietämystä. Esimerkiksi se,

kuka on lain tarkoittama kauppaedustaja tai myyntimies, voidaan päätellä vain normien pohjalta. Ontologisessa mielessä kaikkia oikeustosiseikkoja voidaan luonnehtia paremminkin konventionaalisiksi tai institutionaalisiksi tosiasioiksi (s. 36–37).

Kuinka asianosainen voi tunnistaa hänen vetoamistaan edellyttävät tosiasiaväitteet?

Voidakseen tunnistaa vetoamista edellyttävät tosiasiaväitteet asianosainen tarvitsee tietoa paitsi aineellisesta oikeudesta myös prosessuaalisista normeista. Siviilioikeudellisessa oikeusriidassa tosiasioiden oikeudellinen relevanssi perustuu yksityisoikeudellisiin normeihin ja osapuolten keskinäiseen sopimussuhteeseen, ennen kaikkea sopimusehtoihin. Puhe oikeussääntöjen tosiasiatunnusmerkistöistä on usein harhaanjohtavaa sikäli, ettei kirjattuja tunnusmerkistöjä läheskään aina ole. Siviilioikeus perustuu usein kirjoittamattomiin normilähteisiin. Hyvin tavallista on lisäksi se, että tosiasiakuvaukset on kirjoitettu avoimin termein, jolloin tapauksen tosiasioiden oikeudellinen arviointi edellyttää oikeudellista tulkintaa ja nojautumista arvoarvostelmiin.

Vetoamisvelvollisuuden täyttämisen kannalta on merkittävää, että relevantti tosiseikasto määräytyy lopullisesti vasta tuomioistuimen asiaratkaisussa. Tosiasioiden relevanssi riippuu ratkaisijan harkinnasta, johon asianosainen ei voi vaikuttaa. Tulkintoihin liittyy usein oikeudellista epävarmuutta ja niistä saattaa usein olla perustellustikin erilaisia näkemyksiä. Väittämistaakkanormien avulla pyritään määrittelemään, kuinka vetoamisvelvollisuus erilaisiin faktaperusteisiin jakautuu kantajan ja vastaajan kesken, onko po. seikka välittömästi vai ainoastaan välillisesti relevantti (rajankäynti suhteessa näyttöongelmaan) ja kuinka yksityiskohtaisesti (millaista abstraktiotasoa edustavin lausumin) vaatimusten perusteena oleva tosiseikasto on yksilöitävä. Tärkeä kysymys on tietysti se, mitkä seikat ovat vetoamisvelvollisuuden alaisia ja mitkä seikat tutkitaan viran puolesta (s. 39–42).

Vetoamisvelvollisuuden jakaminen

Vetoamisvelvollisuuden keskeinen piirre on tarve jakaa vetoamisvelvollisuus asianosaisten kesken. Jakamiseen sisältyy kaksi olennaista ratkaisua, tosiasiaaineiston jakaminen sellaisiin osioihin, jotka tulevat vuorollaan relevanteiksi ja vetoamisvelvoitteen kohdentaminen toiselle osapuolista (s. 41). Väittämistaakan järjestelmään nimittäin kuuluu ajatus siitä, että vetoamisvelvollisuuden kohteena olevat tosiseikastot (vaatimuksia perustelevat faktaperusteet ja näiden merkitystä kumoavat vastustamisperusteet) jaetaan jo etukäteen sellaisiin osioihin, jotka tulevat vuorollaan relevanteiksi. Vain toisella riidan osapuolista (joko kantajalla tai vastaajalla) on vetoamisvelvollisuus hänen vastuulleen luettuun tosiasiaperusteeseen.

Se, millä tavoin väittämistaakka jakautuu, nojautuu lähinnä oikeudelliseen traditioon. Pääsäännön mukaan väittämistaakka jaetaan samalla tavoin kuin todistustaakka. Jotta asianosainen voisi tuntea väittämistaakan jaon, hänelle riittäisi useimmiten tieto siitä, kuinka vastaavia tosiasiaväitteitä koskeva todistustaakka on jaettu. Ongelmana on se, että todistustaakan jakautuminen puolestaan ei aina ole tunnettu. Kysymystä on prosessioikeudessa pohdittu laajalti ja sitä pidetään yleisesti yhtenä pulmallisimmista yksittäisistä ongelmista. Tosin myös poikkeuksia pääsäännöstä esiintyy (s. 45–46).

Karl Olivecronan mukaan tosiasioiden suksessiivisen relevanssin jako (toisin sanoen todistustaakan ja sitä myötä väittämistaakan jakaminen) tulee perustaa aineellisen sääntelyn ja siviilioikeudellisten kysymyksenasettelujen oikeanlaiseen muotoiluun. Tähän sisältyy kolme pääasiallista vaatimusta. Säännökset olisi kirjoitettava suoriksi toimintaohjeiksi tuomarille. Niissä tulisi ottaa huomioon suksessiivisen relevanssin eteneminen, minkä lisäksi niiden tulisi sisältää mahdollisimman konkreettinen tosiasiatunnusmerkistö. Monia ongelmia aiheutuu siitä, että käytännössä sääntely ei täytä näitä vaatimuksia. Suurelta osin tämä johtuu vaatimusten mahdottomuudesta. Säännöksiä ei ole kirjoitettu Olivecronan edellyttämällä tavoin. Yksityisoikeus ei toisaalta kaikilta osin perustu edes kirjoitettuun oikeuteen. Avointen termien yhä lisääntyvä käyttö osoittaa omalta osaltaan sen, ettei tosiasiatunnusmerkistöjä edes kyettäisi kirjoittamaan hyvin konkreettisina. Monia tyyppitilanteita varten on olemassa oikeuskäytäntöön, traditioon tai oikeuskirjallisuuteen perustuen olemassa jokin vakiintunut ratkaisu. Kaikissa tapauksissa taakan jako ei kuitenkaan ole tunnettu. Tosiasiatunnusmerkistöjen abstraktisuus puolestaan vaikeuttaa vetoamisvelvollisuuden lähemmän sisällön määrittelyä (s. 48–50 ja lähemmin s. 75 ss.).

Menettelyllisen siviilioikeuden vaatimus ja epäusko oikean ratkaisun tavoitetta kohtaan

Prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa väittämistaakan tai prekluusion kaltaisten muodollisten instituutioiden tueksi viitataan usein näkemykseen, jonka mukaan oikean ratkaisun saavuttaminen on perustavalla tavalla vaikeaa. Niinpä Olivecronan ajattelussa suksessiivisen relevanssin vaatimus laajenee vaatimukseksi menettelyllisestä siviilioikeudesta. Jos oikeudelliset ratkaisut jäisivät juridiikan yleisesti epävarman luonteen vuoksi joka tapauksessa hataralle pohjalle, menettelyllisten keinojen käyttö oikeusriitojen ratkaisussa on paitsi hyväksyttävissä myös kaikin puolin järkevää. Uudemmassa prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa esiintyy vastaavasti prosessuaalinen argumentti, jonka mukaan lopulliseen totuuteen ei voida yltää siksi, että tosiasioiden perinpohjainen selvittäminen olisi viime kädessä mahdotonta. Voidaan puhua käytännöllisiin syihin nojaavasta perustavasta epäuskosta ajatellen mahdollisuuksia edistää oikean ratkaisun tavoitetta. Molemmat syyt saattavat perustella tyytymistä

prosessuaaliseen totuuteen. Näkemyksiä pidetään tässä tutkimuksessa vakavasti liioiteltuina. Niihin sisältyy merkittävä vaara formaalin elementin ylikorostumisesta. On kiistämätöntä, että oikeudenkäyntiaineiston supistaminen heikentää usein merkittävästi oikean ratkaisun edellytyksiä (s. 50–52, 427–428).

Osapuolten velvoitteet eivät ole yhtä raskaita

Kantajan ja vastaajan vetoamisvelvollisuudessa on eroavuuksia, jotka aiheutuvat tavallaan melko suoraan kantajan ja vastaajan rakenteellisesti toisistaan poikkeavasta asemasta. Kun kantaja joutuu esittämään väitteensä ensimmäisenä, hän joutuu kaikissa tapauksissa esittämään tosiasiaväitteitä ja vaatimuksia. Vastaaja saattaa hyvällä tuurilla selvitä vain vähäisillä lausumilla. Osa eroavuuksista perustuu kuitenkin avoimesti normatiivisiin valintoihin.

Kantajan vetoamisvelvollisuuden kohteena voi olla esimerkiksi vastaajan tuottamus kuten silloin, kun vastaajalta vaaditaan korvausta hänen aiheuttamansa vahingon perusteella. Tällöin kantajan pitää vedota niihin tosiseikkoihin, jotka tukevat päätelmää tuottamuksesta. Vastaajan vetoamisvelvollisuuden on katsottu olevan siten lievempi, että hänen ei tarvitse vedota niihin yksittäisiin faktaolosuhteisiin (vrt. vastaindisiot), jotka puhuvat vahinkotapahtuman oikeudellisessa arvioinnissa tuottamusta vastaan. Päätelmä sisältää normatiivisen valinnan, vaikka sitä oikeuskirjallisuudessa on perusteltu lähinnä vain loogisena johtopäätöksenä siitä, että kantajan vetoaman tosiasian negaatioon (tuottamuksen puuttuminen) tarvitse erikseen vedota (ks. s. 54–58).

Vähemmän on kiinnitetty huomiota siihen, että selostettu eroavuus ei kaikissa tapauksissa suosi vastaajaa. Toisinaan myös vastaaja joutuu vetoamaan tuottamuksen kaltaisiin tunnusmerkistöltään avoimiin faktaperusteisiin. Tunnusmerkistöltään avoimia tosiseikastoja, joihin vastaaja joutuu hyvin usein vetoamaan, ovat tyypillisesti monet sopimuksen pätemättömyyden aiheuttavista faktaperusteista tai sopimuksen kohtuuttomuus. Näihin vetoavan asianosaisen vetoamisvelvollisuus on aina vastapuolta raskaampi, jos velvoitteiden sisältö määräytyy väittämistaakkaoppien noudattamien periaatteiden mukaisesti. Tällöin kantajan ei tarvitse vedota pätemättömyys- tai kohtuuttomuusväitteen vastaindisioihin eli pääväitettä vastaan puhuviin yksittäisiin faktaolosuhteisiin. Näin on, jos tällaista ”konventionaalista” tosiasiaa siis käsitellään vetoamisvelvollisuuden kannalta yhtenä kokonaisuutena eli yhtenä ”oikeustosiseikkana” (s. 58–59, 62, 104–106).

Todistustosiseikkojen ja oikeustosiseikkojen erottelu

Kun vetoamisvelvollisuus kohdistuu ainoastaan ”välitöntä” oikeudellista relevanssia omaaviin tosiseikkoihin, nämä on voitava erottaa vain ”välillisesti” relevanteista seikoista. Erottelun syynä on lähinnä se, että vetoamisvelvollisuutta ei ole haluttu ulottaa todistusratkaisuun, joka on tietoteoreettiselta luonteeltaan

empiirinen ongelma. Näytön arviointi on tahdottu pitää vapaana. Tämä väittämistaakan kannalta perustava erottelu ei kuitenkaan toimi moitteettomasti muiden kuin sellaisten yksinkertaisten tunnusmerkistöjen kohdalla, jotka on ilmaistu puhtaasti deskriptiivisin termein. Tällöin päättelyketjussa voi esiintyä sellaisia väittämiä, joiden relevanssi suhteessa oikeudelliseen arviointiin on välillistä. Jarrutusmatka, keliolosuhteet ja renkaiden laatu ovat tyypillisiä todistustosiseikkoja, jos niiden pohjalta ollaan tekemässä päätelmiä kulkuneuvon ajonopeudesta. Tosiasiaväitteitä kyetään vain harvoin rajaamaan vetoamisvelvoitteen ulkopuolelle yksinomaan oikeudellisen relevanssin välillisyys-ominaisuuden perusteella. Useimmiten myös todistus- ja oikeustosiseikkojen erottelussa on näin ollen kyse siitä, edellyttääkö po. väitteen arviointi empiiristä vai arvostuksenvaraista päättelyä (s. 64–65).

Kuinka tosiasiaväitteet oikeastaan pitää yksilöidä?

Luvussa 3.7 tarkastellaan lähemmin sitä, millä tavoin eli kuinka yksityiskohtaisesti ja millä abstraktiotasolla vetoamisvelvollisen tulisi yksilöidä tosiasiaväitteensä. Perinteisten väittämistaakkaoppien mukaan juridisten käsitteiden tulisi jäädä vetoamisvelvollisuuden ulkopuolelle. Voidaan sanoa, että vetoamisvelvollisuus ei tämän käsityksen mukaan kohdistu lainkaan ns. institutionaalisiin tosiasioihin, vaan ainoastaan fysikaaliseen todellisuuteen lukeutuviin tosiasioihin ja ajatuksensisältöihin. Käytäntö ei kuitenkaan ole voinut noudattaa tällaista tarkkaa erottelua, sillä oikeudellisessa keskustelussa ei abstrakteilta termeiltä voida välttyä oikeudellisen kielenkäytön eriytyneisyyden vuoksi.

Joissakin tapauksissa voidaan esittää konkreettisia kysymyksiä sen suhteen, tulisiko vetoamislausumilta nimenomaisesti edellyttää määrätyn kaltaista oikeudellista kvalifiointia. Kirjallisuudessa on pohdittu esimerkiksi sitä, tulisiko asianosaisen vedotessaan vahingonkorvausvaatimuksen perusteisiin yksilöidä, perustuuko vaatimus vahingonaiheuttajan tuottamukseen vai tuottamuksesta riippumattomaan (ns. ankaraan) vastuuseen. Vastaavasti on kysytty, pitääkö korvausvaatimuksen esittäjän yksilöidä rikosprosessin yhteydessä, nojautuuko korvausvaatimus rikosoikeudelliseen vai siviilioikeudelliseen vastuuperusteeseen. Näistä kysymyksistä on käyty oikeuskirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä melko laajaa keskustelua, eikä kysymyksiin ole yksimielistä vastausta (s. 84–86).

Vielä huomattavasti vaikeampi pulma on kuitenkin se, kuinka yksityiskohtaisesti tosiasiaväitteet pitää yksilöidä silloin, kun normin faktatunnusmerkistö on kuvattu lakitekstissä käyttäen verrattain abstrakteja käsitteitä. Tutkimuksessa analysoidaan oikeustapausta, jossa asianosainen vaatii työsopimukseen sisältyneen eläke-ehdon kohtuullistamista (s. 92 ss.). Tarkastelujen perusteella päädytään näkemykseen, jonka mukaan ei ensinnäkään ole olemassa yksiselitteistä kriteeriä, jonka avulla voitaisiin ratkaista, kuinka täsmällisesti tosiasiaväitteet tulisi yksilöidä. Edes vetoamisvelvollisuuden ulottuvuutta ei näin ollen

voida määritellä luotettavasti. Tämä on huolestuttavaa siksi, että mm. väitteiden prekluusio nojautuu samoihin rajankäynteihin. Vaikkapa kohtuuttomuusväitteiden kohdalla rajankäyntien perusta on hyvinkin hatara. Mistään poikkeusilmiöstä tässä ei kuitenkaan ole kyse, vaan päinvastoin ylivoimainen enemmistö oikeusnormien sisältämistä tosiasiatunnusmerkistöistä on enemmän tai vähemmän abstrakteja. Yksiselitteiset ja täysin deskriptiiviset tunnusmerkistöt ovat suhteellisen harvinaisia (s. 100).

Vetoamislausumien tulkinta

Neljännen luvun aiheena on se, milloin asianosaisen saatetaan katsoa vedonneen johonkin faktaväitteeseen. Vetoamisella tosiasiaperusteeseen on ymmärretty asianosaisen vaatimusta siitä, että tuomioistuimen on asetettava jokin tosiasia osaksi tuomion faktapremissejä. Oikeuskirjallisuudessa yleisenä lausumien tulkinnan lähtökohtana on pidetty sitä, että lausuman saama ilmiasu, vaatimuksia ja niiden perusteluja koskevan asianosaisen lausuman sanamuoto muodostaa lähtökohdan prosessitoimen tulkinnalle. Mittapuun muodostaa tällöin se, kuinka rationaalinen tarkastelija lausuman normaalisti ymmärtäisi. Samoin arviointiperusteena mainitaan usein se, että myös vastapuolena olevan asianosaistahon on pitänyt ymmärtää vetoamistarkoitus. Kuitenkin myös muunlaiselle tulkinta-aineistolle kuten ns. laajalle oikeudenkäyntiaineistolle tai oikeusnormeille annetaan merkitystä lausumien sisältöä määriteltäessä (s. 119–125).

Luvussa 4 tarkastellaan erityisesti sitä, voitaisiinko asianosaisen lausumia tulkita suopeammin, jos pakottavaa sääntelyä voisi soveltua oikeusriitaan. Oikeuskäytännössä näin on tehty silloin, kun asianosainen on vaatinut sopimuksen julistamista pätemättömäksi. Asianosaisen on tällöin saatettu tulkita vaatineen toissijaisesti sopimuksen kohtuullistamista ja vedonneen esille tuomiinsa seikkoihin kohtuullistamisperusteina. Tai vahingonkorvausvaatimuksen kokonaan perusteeltaan ja määrältään kiistäneen asianosaisen on saatettu tulkita vaatineen toissijaisesti korvauksen määrän kohtuullistamista.

Ratkaisujen keskeistä sisältöä on tutkimuksessa painotetun näkemyksen mukaan se, että niissä viime sijainen vastuu po. tosiasiaperusteiden ja vaatimusten tutkimisesta on asetettu tuomioistuimelle eikä siis oikeussäännösten suojaamalle asianosaistaholle. Prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa ratkaisuja on arvosteltu aiheellisesti siitä, että niissä on sivuutettu vastapuolen kuulemisoikeuden toteutuminen. Toisaalta on saatettu katsoa, että väittämistaakka ei olisi pitänyt lieventää. Tutkimuksessa katsotaan, että yleisesti ottaen tulkintaratkaisuissa tulisi ratkaisutoiminnan avoimuuden vuoksi olla varovainen. Tuomarin virallisvastuu tulisi toteuttaa ensi sijassa kyselyvelvoitteiden kautta. Samoin tulisi tehdä näissä tilanteissa (s. 125–138, 145–146).

Verrattaessa tuomarin kyselyvelvollisuutta ja lausumien laventavaa tulkintaa kyselyvelvollisuuden haittapuolena on se, että tuomarin kyselyvelvollisuutta ei

ainakaan tähän asti ole ymmärretty oikeuskäytännössä tai oikeuskirjallisuudessakaan riittävän velvoittavana tai ajatus kyselytoiminnan velvoittavuudesta ei ainakaan ole riittävän vakiintunut. Kyselyvelvoitteita koskeva oikeuskäytäntö on lukumäärältään vähäistä. Periaatteellista tai ylivoimaista käytännöllistäkään estettä sille, että vastaava tutkimisvelvollisuus, joka sisältyy tulkintaratkaisuihin, voitaisiin asettaa tuomarille kyselyvelvollisuuden muodossa, ei kuitenkaan ole (s. 146–148).

Yleiseltä kannalta merkittävä erottelu on tehtävä reaaliaikaisten ja jälkikäteisten tulkintatilanteiden kesken. Silloin, kun asianosaisen vetoamislausumia joudutaan tulkitsemaan jälkikäteen (kuten muutoksenhakuvaiheessa) kyselytoimista ei saada apua. Siksi tulkinta-aineistoa on voitava käyttää vapaammin ja lausumien sanamuotoa laajentavia tulkintoja on voitava tehdä suopeammin perustein kuin reaaliaikaisessa tulkinnassa (s. 142–145).

Silloinkin, kun tulkintaan joudutaan jälkikäteen, vastapuolen kuulemisoikeus ja aineellisesti suojatun tahon oikeus voidaan useimmiten sovittaa yhteen siten, että ylivoimaisen vakavaa haittaa ei aiheudu kummallekaan osapuolelle. Kuulemisoikeus voidaan toteuttaa riittävässä määrin esimerkiksi muutoksenhaun yhteydessä (s. 146–148).

Prekluusio prosessuaalisena sanktiona

Tutkimuksen 5. luvussa katsotaan, että prekluusiouhka ei koske ns. todistusteemoja. Ruotsalaisessa ja kotimaisessakin oikeuskirjallisuudessa prekluusiouhan ulottamista todistusteemoihin on toisinaan puollettu huolimatta siitä, että prekluusiosäännösten sanamuoto ei kata todistusteemoja. Vaikka asianosaisen pitää todistelunormien mukaan kohdentaa ilmoittamansa todistuskeinot niihin väittämiin, jotka kullakin todisteella aiottaisiin näyttää toteen, asianosainen ei näin ollen voisi menettää oikeuttaa tehdä määrättyjä aiheita koskevia kysymyksiä nimeämälleen tai vastapuolen nimeämälle todistajalle. Näkemystä perustellaan sillä, että todistusteemojen prekluusio muodostaisi tosiasiaväitteiden vetoamisvelvollisuuteen nähden rinnakkaisen ja melko vaikeaselkoisen järjestelmän. Rinnakkaisuus vähentää prekluusiouhan tarvetta. Lisäksi järjestelmän soveltamisala jäisi joka tapauksessa kapeaksi, sillä eri syistä johtuen todistelunormit estäisivät sen laajan soveltamisen. Sellainen tosiasiaväite, johon nähden asianosainen menettäisi oikeutensa esittää todistelua, voisi tulla näytetyksi toteen esimerkiksi silloin, jos todistaja esittäisi asiaa koskevia lausumia joko omasta aloitteestaan tai vastauksena vastapuolen tai tuomarin kysymyksiin. Niinpä kiellon kiertämistä ei voitaisi estää ja sen vaikutus jäisi sattumanvaraiseksi (s. 160–172).

Luvussa myös puolustetaan näkemystä, jonka mukaan vetoamisoikeuden menettäminen edellyttää poikkeuksetta ajatusta vetoamisvelvollisuuden konkreettisesta laiminlyönnistä. (Ks. erityisesti s. 225–227.) Asianosainen ei näin ollen voisi menettää vetoamisoikeuttaan ennen kuin sellainen on konkreetti-

sessa mielessä syntynyt vaikkapa siksi, että vastapuoli on vedonnut suksessiivisen relevanssin järjestelmässä perustavammalla tasolla olevaan väitteeseen. Tosiasiaväitteitä koskeva prekluusiouka ei toisaalta voi ulottua käsitteellisen yksilöintivaatimuksen suhteen laajemmalle kuin asianosaisen vetoamisvelvollisuus. (Vrt. s. 156–159.) Tutkimuksessa katsotaan lisäksi, että prekluusiouhka ei ulotu prosessuaalisesti ei-tahdonvaltaisiin tosiasiaperusteisiin (s. 214–215).

Selvää kyselyvelvollisuuden laiminlyöntiä on pidettävä yksinkin prekluusion estävänä seikkana. Näkemys perustetaan lähinnä siihen, että asianosaisen laiminlyöntiä ei ole kohtuullista sanktioida, jos tuomioistuin on laiminlyönyt rinnakkaisen velvollisuutensa. Prekluusion estyminen on toisaalta vähäisin kaikista ajateltavissa olevista laiminlyönnin oikeusseuraamuksista. Vaikka laiminlyönti ei liittyisi välittömästi vaihtoehtoisen tosiasiaperusteen, sillä voi silti olla vaikutusta aiheen pätevyyden kokonaisharkinnassa. Vaikutusta voisi olla vaikkapa sillä, että vetoamislausumat ovat puolin ja toisin epäselviä osaltaan siitä syystä, että valmistelun aikaisessa prosessinjohdossa on puutteita. Jos tuomarin lähtökohtaisen tutkimisvelvollisuuden kohteena oleva tosiasiaperuste on tahdonvaltainen, prekluusion tulisi estyä ainakin, jos tuomioistuin on ollut kyselyvelvollinen vaikkapa asiaa koskevan riittävän faktatietämyksen takia. Tällöin prekluusio edellyttäisi sitä, että asianosainen on luopunut vetoamasta tosiasiaperusteeseen (s. 215, 243).

Tutkimuksessa tarkastellaan prekluusion edellytysten systematiikkaa kysyttäessä, mitkä prekluusion estävistä olosuhteista ovat ns. aiheen pätevyysperusteita ja mitkä niistä ovat prekluusiouhan soveltuvuuden yleisiä edellytyksiä. Systematiikalla on merkitystä argumentaatiota ohjaavan vaikutuksensa takia. Mutta systematiikka on tärkeä myös siksi, että näyttövelvollisuus aiheen pätevyydestä on asetettu laissa vetoamisvelvollisen kannettavaksi. Näyttövelvollisuus muista prekluusion edellytyksenä olevista asiaintiloista jaetaan sitä vastoin lähinnä asiaa koskevien yleisten periaatteiden nojalla. Tarvittaessa näyttövelvollisuus prekluusion edellytyksenä olevista olosuhteista on voitava osittain kääntää, vaikka puhuttaisiinkin aiheen pätevyysperusteista. Jos vaikkapa palautettavaksi vaadittu esine olisi tuhoutunut, palautusvaatimuksen esittäjän olisi usein mahdotonta esittää näyttöä tuhoutumisen ajankohdasta (s. 180–181).

Lopuksi kysytään, kuinka tulisi suhtautua näyttöepävarmuuteen niistä olosuhteista, jotka ovat prekluusion edellytyksenä. Nähdäkseni perustava erottelu on syytä tehdä sen suhteen, puhutaanko asianosaisten aineellisoikeudelliseen sopimussuhteeseen liittyvistä olosuhteista vai oikeudenkäynnin aikana tapahtuneista asioista, kuten puolin ja toisin esitetyistä vetoamislausumista tai tuomarin toimenpiteistä. Asianosaiselle ei voida asettaa varsinaista todistustaakkaa prosessin aikaisista tapahtumista. Asianosaisella on rajallinen mahdollisuus varautua esittämään todistelua edes omista suullisista lausumistaan. Vastapuolen lausumista tai tuomarin toiminnasta näytön esittäminen olisi vielä vaikeampaa (s. 231–244).

Pakottava sääntely ja siihen perustuvien väitteiden tutkiminen

Yksityisoikeudellisten normien pakottavuudella tarkoitetaan sitä, että normin vastainen sopimusehto on mitätön. Pakottava normi ohittaa osapuolten yhteisen sopimustahdon oikeussuhteen ehtojen perustana. Lisäksi pakottavat normit rajoittavat suojatun asianosaistahon oikeutta luopua määrittelemästään oikeussuojan vähimmäistasosta. Suojatun osapuolen näkökulmasta pakottavat normit toisin sanoen luovat sisällöllisiä vähimmäisoikeuksia ja turvaavat hänen oikeuttaan vedota niihin. Luopumista koskeva kielto on siten suhteellinen, että esimerkiksi sopimuksen yleisiin pätemättömyysperusteisiin nojautuva pätemättömyys voi korjaantua. Ja silloinkin, kun pätemättömyys on siviilioikeudellisesti ns. absoluuttista, suojatun asianosaisen on katsottu voivan luopua oikeudestaan pätevästi oikeudenkäynnin aikana (s. 254–264).

Perustelevatko säännösten suojelutavoitteet niiden tutkimisvastuuseen liittyviä prosessuaalisia vaikutuksia? Mihin asiasyihin tällainen näkemys voisi perustua? Luvussa 6.3 katsotaan, että suojeluintressien käytännön toteutus ja pakottavan sääntelyn sisältämien suojelutavoitteiden normatiivinen vahvuus perustelevat prosessuaalisia vaikutuksia. Sinänsä oikeussuojan toteutuksen kannalta minkäänlainen virallistutkinta ei ole kaikissa tapauksissa välttämätöntä mutta käytännössä asianosainen ei useinkaan huomaa tai hänellä ei ole tilaisuutta vedota oma-aloitteisesti. Lisäksi säännösten keskeinen pakottavuusvaikutus kohdistuu juuri vetoamisoikeuden säilymiseen. Vaikka asianosainen voisi luopua oikeuksistaan, lähtökohtaisesti ei ole aiheellista olettaa, että asianosainen olisi luopunut vetoamisesta tietoisesti, jos tästä ei ole positiivista evidenssiä (s. 265–269).

Vaikka suojeluintressin vahvuus vaihtelee, asianosaisen vetoamisoikeuden turvaamiseen liittyviä velvoitteita ei ole tarkoituksenmukaista rajata kategorisesti, eikä rajausta ole perusteltua tehdä esimerkiksi oikeudenalojen mukaan. Suojeluintressin vahvuudella ja asianosaisen tahdonvapaudella on vaikutusta siihen, missä muodossa tuomarin tutkimisvelvoite on järkevää toteuttaa.

Pääasiallisesti pakottavaan sääntelyyn nojautuvat tosiasiaperusteet ovat väitteenvaraisia. Vastuunjakoa koskevissa tarkasteluissa on kuitenkin eroteltava toisistaan tuomioistuimen tutkimisvastuu ja asianosaisen oikeus luopua oikeussuojasta vielä oikeudenkäynnin aikana. Tutkimuksessa katsotaan, että asianosaisen vetoamistahdosta riippumaton virallistutkinta on perusteltua vain poikkeuksellisesti. Hyvin vahva suojeluintressi voisi perustella tällaisen suoran virallisvastuun. Sellainen voisi liittyä lähinnä suojatun asianosaistahon tosiasiallisen tahdonvapauden voimakkaaseen rajoittumiseen, jos puute ei ole korjaantunut oikeudenkäynnin aikana. Viran puolesta on perusteltua ottaa huomioon esimerkiksi alentuneesta ymmärryskyvystä johtuva oikeustoimikelpoisuuden puuttuminen. Toisena mahdollisena perusteena nähdään pitkäaikainen oikeussuhde, jonka jatkuessa toinen osapuoli joutuisi varomaan oikeuksiensa

vaatimista. Esimerkiksi työntekijän korvausvastuun kanavointia perustelevat faktaolosuhteet voitaisiin tällä perusteella tutkia ja oikeusseuraamus määrätä viran puolesta.

Tutkimuksessa ehdotetaan, että tuomioistuimelle asetettaisiin tutkimisvastuu pakottavan sääntelyn alaan kuuluvista tosiasiaperusteista siinä merkityksessä, että ne olisi otettava keskusteluun, jos tosiasiaperusteiden olemassaolosta on riittävästi selvitystä. Avoimeksi jää, milloin pakottavasti säännelty peruste olisi konkreettisestikin otettava keskusteluun. Tätä tarkastellaan luvussa 9. Joissakin poikkeustapauksissa vetoamisvelvollisuus voitaisiin asettaa pätemättömyysnormin suojaaman asianosaistahon vastapuolelle. Ratkaisun etuna olisi se, että suojattu osapuoli välttäisi tällä tavoin prekluusion (s. 280–284).

Kuluttajaa suojaavaan EU-oikeudelliseen sääntelyyn nojautuvat tosiasiaperusteet pitää EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön mukaan tutkia viran puolesta. On kuitenkin tulkittavissa, että tuomarin kyselyvelvoite riittäisi EU-tuomioistuimen näkökulmasta tutkimisvastuun toteuttamistavaksi. Tuomioistuimen käytännön mukaan asianosainen voi halutessaan luopua oikeussuojasta oikeudenkäynnin aikana (s. 280).

Silloin, kun vastaaja ei ole vastannut kanteeseen tai kun hän on jäänyt saapumatta suulliseen käsittelyyn, asia voidaan ratkaista yksipuolisella tuomiolla. Tutkimuksessa puolustetaan näkemystä, jonka mukaan pakottaviin säännöksiin perustuvat vastatosiseikat on tutkittava viran puolesta, jos ne ovat näytöllisesti selviä. Toisin kuin oikeuskirjallisuudessa on katsottu, ei ole erityisiä perusteita, miksi passiivisuutta pitäisi varoa ”suosimasta”. Näytöllisesti selviin vastatosiseikkoihin rajoittuva virallistutkinta ei myöskään aiheuta niin merkittävää prosessitaloudellista haittaa, että sen vuoksi tulisi pidättäytyä virallistutkinnasta. Voimassa olevan oikeuden kanta tähän kysymykseen on kiistanalainen. Oikeuskirjallisuudessa virallistutkintaan on suhtauduttu varovaisesti. Kotimaista oikeuskäytäntöä asiasta puuttuu. EU-tuomioistuimen käytäntö edellyttää tosin nykyisin, että EU-oikeudellisiin direktiiveihin perustuvat tosiasiaperusteet tutkitaan viran puolesta passiivisen asianosaisen hyväksi (s. 284–286).

Lopussa tarkastellaan lyhyesti, millaiset olosuhteet voivat indikoida kyselyvelvollisuutta erityisesti yleisten pätemättömyys- tai kohtuullistamisperusteiden kohdalla. Usein nämä voisivat liittyä sellaisiin tyypillisiin olosuhteisiin, jotka vaikuttavat po. vetoamisperusteiden aineellisoikeudellisessa arvioinnissa. Sellaisina arvioidaan esimerkiksi yksittäisen sopimusehdon tyyppikohtuuttomuutta tai luonnetta vakioehtona. Eräs ajateltavissa oleva vähintäänkin vahva indisio on se, että tiedossa olevien faktaolosuhteiden perusteella pätemättömyys- tai kohtuuttomuusperuste soveltuisi tapaukseen (s. 286–293).

Prosessinjohtoon kuuluvien ratkaisujen oikeudellinen luonne – alustavia havaintoja

Tuomarin prosessinjohtoon kuuluvissa toimissa on eräitä piirteitä, jotka aivan erityisesti vaikeuttavat toiminnan kontrolloitavuutta ja antavat aihetta epäillä mahdollisuuksia edes arvioida toimintaa oikeudelliselta kannalta. Prosessinjohto on luonteeltaan tosiasiallista toimintaa siinä mielessä, että ratkaisujen johdosta ei yleensä anneta sen enempää kirjallisia kuin suullisiakaan päätöksiä. Asianosaisilla ei ole yleensä muutoksenhakumahdollisuutta tointen johdosta. Muutoksenhaun yhteydessä kyselyvelvollisuuden laiminlyönti kylläkin voi saada oikeusvaikutuksia.

Toiminnan riippuvuus monista tilannekohtaisista prosessuaalisista olosuhteista ja toisaalta asianosaisten aineelliseen oikeussuhteeseen liittyvistä olosuhteista vaikeuttaa prosessinjohdon oikeudellista normeeraamista, kun arviointiin vaikuttavat olosuhteet vielä ovat runsaslukuisia. Tämä myös vaikeuttaa mahdollisuuksia selvittää jälkikäteen, minkälaisiin toimenpiteisiin määrätyssä prosessin vaiheessa olisi ollut aihetta. perusteluvelvollisuuden puuttuminen vaikeuttaa asianosaisen kannalta valituksen perustelemista ja valituksen tarpeen arviointia. Puuttuvat perustelut eivät toimi takeena mielivaltaa vastaan. Verrattain spontaani päätöksentekotilanne ei tarjoa tuomarille (kuten ratkaisun laatiminen ja siihen liittyvä ratkaisuharkinta) mahdollisuutta tointen kriittiseen tarkasteluun. Kirjelmien pohjalta tuomarin on tosin mahdollista jo ennakolta pohtia kyselyjen tarvetta.

Asianosaisen käytettävissä olevat oikeussuojakeinot ovat rajallisia, mahdollisesti tehottomia. Jos kyselytoimet ovat liian passiivisia, saatetaan epäillä oikeusseuraamusten tehokkuutta. Jos kyselytoiminnan sallittu ala ylitettäisiin, liian aktiivisiin toimiin olisi vaikea liittää ylipäänsä mitään seuraamuksia. Tutkimuksessa puolustetun näkemyksen mukaan painavat oikeusseuraamukset eivät olisi mahdollisia (vrt. luku 7.9). Oikeuskäytännön vähäisen määrän vuoksi myös oikeusviranomaisen suhtautumista kyselytoiminnan velvoittavuuteen on aihetta epäillä ainakin vetoamislausumia täydentävän kyselytoiminnan alueella (s. 304–309).

Tuomarin kyselyvelvoitteet oikeuksien teorian valossa

Luvussa 7.3 kysytään, missä merkityksessä on järkevää puhua tuomarin kyselytoimista hyötyvällä asianosaisella tai hänen vastapuolellaan olevista oikeuksista suhteessa tuomarin kyselyvelvoitteisiin. Asiaa tarkastellaan ns. oikeuksien teorian valossa. Oikeusfilosofisessa keskustelussa oikeuksien ja velvollisuuksien suhteesta on tältä osin kaksi pääasiallista teoriaa. Intressiteorian mukaan oikeudesta voidaan puhua aina kun voidaan tietää, että jokin määrätty henkilö hyötyy toisella olevan velvoitteen täyttämisestä ja kun velvollisuus on asetettu tässä tarkoituksessa. Asianosaisen tehokkaan oikeussuojan kannalta vaativam-

man valintateorian mukaan hyötyjällä voidaan sanoa olevan velvoitettuun kohdistuvia oikeuksia vain, jos hänellä on valta ryhtyä täytäntöönpanoon tähtääviin toimenpiteisiin siinä tapauksessa, että velvoitettu taho laiminlöisi velvollisuutensa. Lisäksi oikeudenhaltijan tulisi voida luopua oikeudestaan (s. 309–314).

Oikeus luopua oikeussuojasta ei muodosta keskeistä ongelmaa kyselyvelvoitteista hyötyvän kannalta mutta oikeussuojan tehokkuus olisi useimmiten sitäkin merkittävämpi pulma. Tutkimuksessa kuitenkin katsotaan, että ainakin selvimmissä tapauksissa hyötyvän prosessuaaliset oikeudet voivat täyttää valintateorian mukaiset ehdot. Selvää on, että asianosainen ei voisi vaatia toteutettavaksi tuomarin kyselyvelvoitteita sellaisenaan mutta asianosaisen vaatimuksen kohteena voisi olla esimerkiksi hänen oikeutensa vedota sellaiseen faktaperusteeseen, joka on jäänyt vetoamatta sen vuoksi, että tuomari on laiminlyönyt prosessinjohtoon kuuluvan velvollisuutensa. Esimerkkeinä tapauksista, joissa oikeussuojan toteutus voisi olla tehokasta myös käytännössä voisivat olla tuomarin velvollisuus informoida asianosaisia siitä, kuinka todistustaakka jostakin väitteestä jakautuu, asianosaisen oikeus uudistaa aiemmassa prosessin vaiheessa vetoamansa tosiasiaväite tai oikeus täydentää epätäydellisesti esittämäänsä vetoamislausumaa. Näistä on esimerkkejä oikeuskäytännöstä, käsitys tuomarin kyselyvelvollisuudesta on huomattavan vakiintunut oikeuskirjallisuudessa ja/tai tapausten tunnusmerkit ovat verrattain helposti tunnistettavissa. Kyselytoimista hyötyvän vastapuolena olevan osapuolen oikeudet suhteessa tuomarin velvoitteisiin sitä vastoin jäävät tehottomiksi sopivien oikeussuojakeinojen puuttuessa (s. 314–319).

Kaventaako tuomarin kyselyvelvollisuus asianosaisten sopimussuhteeseen perustuvia tai prosessiin liittyviä vapauksia?

Tuomarin verrattain passiivista roolia perustellaan yhä analogialla yksityisoikeuden alueella noudatettavaan sopimusvapauteen. Kun suojatun asianosaistahon oikeus luopua oikeussuojasta palautuu viimeistään oikeudenkäynnin aikana, kaventaako kyselytoiminta silti jollakin tavoin asianosaisten vapauksia ja olisiko tällä vaikutusta kyselytoiminnan oikeutuksen kannalta?

Auttaessaan vaikkapa aineellisen säännöksen suojaamaa asianosaista vetoamisvelvoitteen täyttämisessä kyselytoimintaa harjoittava tuomari tasoittaa osapuolten välisiä prosessuaalisia voimasuhteita. Tämän vuoksi kyselytoiminnan saatetaan ajatella rajoittavan asianosaisten vapautta kilpailla menettelyllisistä eduista. Rinnastus ei kuitenkaan järkevästi perustele tuomarin passiivisuutta, sillä oikeudenkäyntiä ei ylipäänsä ole syytä nähdä sellaisena taloudellisten markkinoiden kaltaisena ilmiönä, jonka piirissä oleville toimijoille pitäisi turvata vapaus tavoitella voittoja. Vaikkapa taloudelliseen panostukseen tai prosessitekniseen taitavuuteen perustuva menettelyllisen edun voittaminen ei tarvitse oikeudellista suojaa.

Vakavampi vasta-argumentti voisi kytkeytyä näkemykseen, jonka mukaan ihmisten kanssakäymisen hajautunut järjestys on tehokkain (ja ainoa) tapa käyttää rajallisia resursseja ja luoda niitä lisää. Kun sääntelyn vaikutuksia ei voida ennustaa eikä yhteiskunnan toimintoja voida suunnitella kaiken kattavasti, on kaikin puolin järkevämpää ja taloudellisempaa rajoittaa sääntelyn alaa pitäytymällä vain sellaisissa normeissa, jotka turvaavat yksityisille tahoille vapaan toiminnan piirejä. Tätä Hayekin yleiseen sääntelykritiikkiin sisältyvää ajatusta voitaisiin soveltaa myös prosessioikeudelliseen sääntelyyn. Näkemys sääntelyn mahdollisuuksien rajallisuudesta pätee myös prosessioikeuden (ja varsinkin kysely- ja vetoamisvelvoitteiden) alueella. Ajatus on kuitenkin painotukseltaan yksipuolisen taloudellinen ja teoriaan sisältyvä yhdenvertaisuuskäsitys on kapea. Lisäksi se olisi jopa liian pessimistinen ajatellen kyselytoiminnalla saavutettavia hyötyjä suojatun oikeuksien kannalta.

Kolmas näkökohta voisi liittyä kyselyvaltuuksiin sisältyvän laajan harkintavallan mahdollistamaan toiminnan mielivaltaisuuteen. Mielivalta voidaan ymmärtää vapauden rajoituksena. Vapautta toisen mielivallasta on kutsuttu toisinaan jopa omaksi vapauden lajikseen. Mielivalta rajoittaa teorian mukaan vallan alaisen vapautta, vaikka toisen toiminta ei edes konkreettisesti olisi sisällöltään epäasianmukaista tai vallan alaisen kannalta kielteistä. Vallan alaisen tietoisuus toisen vapaasta harkintavallasta saattaa nimittäin jo vaikuttaa rajoittavasti tai ohjaavasti hänen toimintaansa. Tarkasteltaessa kyselytoiminnan oikeutusta on kuitenkin huomattava, että myös vetoamisoikeuden menettämisen edellytyksiä sääntéleviin prekluusionormeihin (ja väittämistaakkanormeihin) sisältyy laajaa harkintavaltaa. Kyselyvelvoitteiden avulla puolestaan pyritään viimeksi mainittujen haitallisten vaikutusten vähentämiseen (s. 334–335).

Entä onko tuomarin kyselyvelvoitteilla toimista hyötyvän asianosaisen vapauksia edistäviä vaikutuksia? Yksityisoikeudellisen oikeussuhteen näkökulmasta vastaus on myönteinen. Myötävaikuttaessaan aineellisten oikeuksien toteutukseen kyselytoiminta vaikuttaa kyselyistä hyötyvän asianosaisen toimintavapauksien suojaamiseen asianosaisten keskinäisessä oikeussuhteessa. Yksityisoikeudellisissa suhteissa asianosaiset nimittäin disponoivat vapauspiiriensä rajoista. Oikeutetulla on valta määrätä, kuinka velvoitetun tulee toimia jossakin tietyssä suhteessa. Kun vaikkapa velkasuhteessa velkoja saa oikeuden ja siihen kuuluvan vapauden vaatia velan maksua, velvoitetun vapaudelle aiheutuu rajoitus. Hän ei voi pätevästi kieltäytyä velan maksamisesta velkojan vaatiessa suoritustaan (s. 333–334).

Tuomarin kyselytoiminnan oikeutus ja oikeutusta rajoittavat näkökohdat

Tässä tutkimuksessa katsotaan, että kyselytoiminnan oikeutuksen tärkein perusta liittyy asianosaisten aineellisten oikeuksien toteutukseen ja hänen vetoamismahdollisuutensa turvaamiseen. Tutkimuksessa arvioidaan, että tärkeim-

mät kyselytoiminnan rajoittamista perustelevat argumentit liittyvät julkisten intressien näkökulmasta liian aktiivisen prosessinjohdon prosessitaloudellisiin haittavaikutuksiin ja kyselyistä hyötyvän asianosaisen vastapuolen oikeuksien näkökulmasta vaikeuteen varmistua siitä, että kyselyjen toteutus olisi tasapuolista. Samoin siihen, että viimeksi mainitulta puuttuisi tehokkaita oikeussuojakeinoja epäasianmukaisen kyselytoiminnan varalta.

Avun tarpeessa olevan asianosaisen auttaminen vetoamislausumien muotoilussa tai täydentämisessä ei kuitenkaan sellaisenaan merkitse puolueellisuutta. Jotta sinänsä asiallisesti perusteltuja – vaikkapa avun tarpeeseen perustuvia – kyselytoimia voitaisiin pitää puolueellisina, olisi ajateltava, että aktiivinen tuomari puuttuisi kielletyllä tavalla osapuolten prosessuaalisiin voimasuhteisiin. Tutkimuksessa katsotaan kuitenkin, että edes oikeudenkäyntiin huolellisesti valmistautunut tai siihen rahallisesti satsannut asianosainen ei voi hankkia sellaista oikeutettua menettelyllistä etua, jota pitäisi erityisellä tavalla suojata.

Tasapuolisuuden käytännön toteutukseen liittyvä haitta on vakava. Se voidaan sietää pääosin siksi, että myös asianosaisen vetoamisvelvoitteiden täyttymiseen ja prekluusiosäännösten soveltamiseen liittyy tulkinnanvaraisuudesta ja tosiasiallisista tekijöistä (kuten vaikeudesta selvittää prosessin aikaisia olosuhteita) johtuvaa epävarmuutta. Virheellisten ratkaisujen haittavertailu tukee tätä näkemystä. Väittämistaakkaratkaisuihin liittyvä epävarmuus on jossakin määrin vähäisempää kuin kyselytoimintaan liittyvä. Virheellisen väittämistaakkaratkaisun haitat ovat kuitenkin merkittävästi vakavampia kuin virheellisen (sallitun rajat ylittävän) kyselytoimen haitat. Kyselytointen puutteelliseen juridiseen kontrolloitavuuteen liittyvä haitta on kustannus, joka aiheutuu siitä, että vastapuolen oikeuksista kuten kuulemisoikeudesta pyritään huolehtimaan vetoamisvelvoitteen ja prekluusion avulla (s. 356–360).

Loukkaako kyselyjen innoittamasta lisätutkinnasta aiheutuvien kustannusten riski vetoamisvelvollisen vastapuolen oikeuksia? Tutkimuksessa katsotaan, että lisäkulujen riski ei lähtökohtaisesti loukkaa vastapuolen oikeutettuja intressejä, jos tutkinnan laajeneminen on välttämätöntä ja vaikutuksellista oikean ratkaisun saavuttamista ajatellen. Asianosaisen on jo ennen prosessia varauduttava taloudellisissa laskelmissaan siihen, että asiaan vaikutuksellisia tosiasiaväitteitä voi nousta esiin oikeudenkäynnin aikana. Jos vaikkapa uusien tosiasiaväitteiden vaikutuksellisuudesta ei ole täyttä varmuutta, lisäkulujen aiheutumista voidaan arvioida vastapuolen oikeuksien näkökulmasta. Tällöinkin hävinneen osapuolen kuluvastuu lieventää merkittävästi lisäkulujen aiheuttamaa ongelmaa.

Silti kuluriskille voidaan antaa merkitystä arvioitaessa kyselyjen perusteltavuutta. Kuluriskin merkitys on arvioitava tapauskohtaisesti. Riskin saaman painoarvon tulisi olla riippuvainen yhtäältä vaihtoehtoisen faktaperusteen menestymisen ennusteesta ja toisaalta vetoamisvelvollisen vastapuolena olevan asianosaisen maksettavaksi mahdollisesti jäävien lisäkustannusten määrästä (s. 361–363).

Aineellisen prosessinjohdon oikeudellinen sidonnaisuus ja laiminlyöntien oikeusvaikutukset oikeuskirjallisuuden ja oikeuskäytännön valossa

Vaikka oikeuskirjallisuudessa puhutaan useammin tuomarin kyselyoikeudesta kuin kyselyvelvollisuudesta, toiminta on ymmärretty ainakin yleisesti ottaen tuomaria velvoittavana. Silti kielenkäyttö heijastelee jotakin siitä, millä tavoin velvoittavuuden luonteeseen on suhtauduttu. Kotimaisessa ja pohjoismaisessa oikeuskirjallisuudessa tuomarin kyselyvaltuuksiin on toisinaan nähty sisältyvän vapaan harkinnan alue. Kysymys on tosin ollut keskustelussa esillä vain lyhyin viittauksin ja harvakseltaan. Jos asiaan on otettu kantaa, raja on asetettu lähinnä epäselvien tai epätäydellisten lausumien selvittämisen ja toisaalta sisällöllisesti puutteellisten lausumien täydentämisen välille. Ruotsissa Lindell katsoo, ettei tuomarille tulisi asettaa velvollisuutta edes selventäviin kyselytoimiin. Saksalaisessa keskustelussa esiintyy myös sellaisia näkemyksiä, joiden mukaan tuomarin kyselyoikeus ja -velvollisuus ovat ulottuvuudeltaan yhteneviä.

Tutkimuksessa katsotaan, että tuomarin oikeus ja velvollisuus kyselyihin ulottuu yhtä pitkälle. Kyselytoiminta on juttujen sisällöllisen lopputuloksen kannalta liian merkityksellistä, jotta se voitaisiin jättää tuomarin vapaaseen harkintaan. Oikeusnormien jaottelu sääntöihin ja periaatteisiin näkemykseni mukaan mahdollistaa luontevalla tavalla sen, että oikeudellinen arviointi voidaan ulottaa tässä merkityksessä toiminnan koko alueelle.

Mutta voidaanko kyselyvelvoitteiden laiminlyönteihin tai sallitun ylittäviin toimiin liittää tehokkaita oikeusseuraamuksia? Kyselyvelvoitteiden laiminlyönneillä on vakiintuneesti katsottu voivan ainakin periaatteessa olla merkityksellisiä oikeusseuraamuksia. Oikeuskirjallisuuden mukaan laiminlyönti saattaisi olla tehokas tavanomainen muutoksenhakuperuste, voisi muodostaa perusteen ylimääräiselle muutoksenhaulle tai saada oikeusvaikutuksia tarkasteltaessa aiheen pätevyyttä prekluusion estävänä perusteena. Näistä vaikutuksista on osoitettavissa ainakin joitakin esimerkkejä myös oikeuskäytännöstä. Oikeuskäytännön valossa on osittain epävarmaa tai tulkinnanvaraista, ulottuuko kyselyvelvollisuus myös väiteaineistoa täydentävän kyselytoiminnan alueelle (s. 374–376).

Sallitun ylittävästä kyselytoiminnasta ei ole varsinaista oikeuskäytäntöä. Tutkimuksessa päädytään siihen, että ainakaan vetoamisvelvollisen kannalta merkittävän haitalliset oikeusseuraamukset eivät ole hyväksyttäviä. Vetoamisvelvollisen tappioksi ei pidä asettaa sitä, jos tuomioistuin olisi menetellyt virheellisesti. Toista osapuolta epäasianmukaisesti suosiva toiminta saattaisi kuitenkin aiheuttaa esteellisyysperusteen. Tutkimuksessa katsotaan, ettei myöskään OK 24:3:n vastainen väittämistaakan ohittaminen saa johtaa siihen, että vetoamisvelvollinen menettäisi mahdollisuutensa vedota viran puolesta tutkittuun tosiasiaväitteeseen. Korkeimman oikeuden väittämistaakkaratkaisuissa näin on voinut käydä (vrt. esimerkiksi KKO 1989:105 tai 2006:54) mutta ver-

rattain uusi ratkaisu (KKO 2011:20) puoltaa tässä esitettyä näkemystä (s. 379–382).

Kyselyvelvollisuuden ulottuvuus oikeuskirjallisuuden ja lainvalmisteluaineiston mukaan

Oikeuskirjallisuudessa on nojauduttu melko vakiintuneeseen vetoamistilanteiden erotteluun, jossa vetoamislausumien sisältöä pidetään epäselvänä, vetoamisvelvollisuuden kohteena olevista tosiasioista osa on vetoamatta tai jossa jokin vaihtoehtoinen tosiasiaperuste on kokonaan vetoamatta. Epäselvyyden kohteena voi olla joko asianosaisen tarkoitus vedota johonkin tosiasiaväitteeseen tai hänen vetoamansa väittämän asiasisältö. Vetoamislausuman epätäydellisyydessä on kyse siitä, että vetoamisvelvollisuuden kohteena oleva tosiasiaperuste on yksilöity puutteellisesti. Lausuman epäselvyys tai epätäydellisyys on nähty joko lähtökohtaisesti tai poikkeuksetta yksin riittävänä perusteena tuomarin kyselyoikeudelle. Vetoamislausuman puuttuessa kokonaan kyselyoikeuden voidaan luonnehtia edellyttäneen erityistä perustetta (ks. s. 383–392).

Keskustelu siitä, milloin tuomarin kyselyoikeus ulottuu uusiin tosiasiaväitteisiin, palautuu Robert Bomanin noudattamaan tyyppitilanteiden jaotteluun. Sen perustavana lähtökohtana on kysymys, antaako asiassa kertynyt oikeudenkäyntiaineisto aiheen olettaa, että on olemassa jokin vedottuihin nähden vaihtoehtoinen tosiasiaperuste. Jos vastaus on myönteinen, on vielä eroteltu tapaus, jossa vetoamisvelvollinen itse on maininnut po. tosiasiaperusteesta ja tapaus, jossa kanneperuste tai vastatosiseikka ”ilmenee” tavalla tai toisella muusta oikeudenkäyntiaineistosta.

Jos vetoamisvelvollinen on itse maininnut vaihtoehtoisen faktaperusteen muodostavista seikoista muussa kuin vetoamistarkoituksessa, on useimmiten katsottu, että tuomioistuimen tulisi tiedustella, tahtoisiko asianosainen vedota siihen vaatimustensa perusteena. Monet kirjoittajat ovat tosin myös tässä tapauksessa asettaneet kyselyoikeudelle lisäedellytyksiä kuten sen, ettei asianosaisella ole avustajaa tai vaatimuksen siitä, että asianosaisen vetoamistarkoitus ilmenee epäsuorasti hänen muista prosessitoimistaan. Tuomarin kyselyoikeutta on pidetty mahdollisena myös silloin, kun aihe olettaa vaihtoehtoisen tosiasiaperusteen olemassaolo ilmenee ns. laajasta oikeudenkäyntiaineistosta, vaikka yleinen suhtautuminen nyt muuttuu kriittisempään suuntaan. Tässäkin tapauksessa kyselyille on asetettu juuri selostetun kaltaisia lisäedellytyksiä. Useimmiten on katsottu, ettei kyselyoikeus ulotu niihin tosiasioihin, joiden olemassaolo ei käy ilmi oikeudenkäyntiaineistosta. Tästä ovat eräät kirjoittajat esittäneet tosin poikkeusperusteita (s. 393–400).

Tässä tutkimuksessa esitetty keskeinen kritiikki perustuu siihen, että soveltamista koskevissa suosituksissa on annettu liiankin perustava tai yksinomainen merkitys muodollis-käsitteellisille tekijöille. Tyyppitapauksiin nojautuvat sään-

nöt ovat todellisuudessa väljiä. Niiden pohjana olevat käsite-erottelut ovat heikkoja. On hyvin vaikeasti määriteltävissä, milloin jokin faktaperuste on vedottu epäselvästi, milloin epätäydellisesti tai onko se jäänyt kokonaan vetoamislausumien ulkopuolelle. Sama koskee sitä, milloin asianosaisen tulisi katsoa maininneen vaihtoehtoisesta faktaperusteesta tai milloin vaihtoehtoinen peruste on ilmennyt muutoin oikeudenkäyntiaineistosta. Toisaalta tarkastelu on siten kapea-alaista, että tapauskohtaisille asianosaisvaikutuksille ei ole yleensä annettu merkitystä kyselyvelvoitteiden arviointiin vaikuttavina tekijöinä. Pakottavan sääntelyn soveltuminen kylläkin mainitaan toisinaan harkintaan vaikuttavana olosuhteena. Argumentaatio on toisin sanoen epätyydyttävää soveltaessaan verrattain hatariin käsite-erotteluihin perustuvia tunnusmerkistöjä ehdottomina sääntöinä ja miltei yksinomaisina oikeusohjeina (s. 415–418).

Luvussa 8 ehdotetaan, että argumentaatiota tulisi laajentaa tyyppitapausten käsitteellisten tunnusmerkkien ulkopuolelle, jotta harkinnassa voitaisiin ottaa huomioon asianosaisvaikutuksia kuten vaikutus jutun lopputuloksen kannalta tai riitaintressin suuruus tai merkitys vetoamisvelvollisen kannalta. Myös prosessitaloudellisia vaikutuksia tulisi arvioida tapauskohtaisesti ja arvioinnissa tulisi tehdä erottelu oikeuslaitoksen työmäärän säästöjen ja asianosaiskulujen välillä. Tässä tutkimuksessa ehdotetaan ratkaisuna periaateargumentaation soveltamista tyyppitapauksiin, joita kehitellään luvussa 9.4.

Sellaisista edellytyksistä kuin vetoamistahdon epäsuora ilmeneminen tai avustajan puuttuminen tulisi luopua. Lisäksi katsotaan, että vahvan näytön vaihtoehtoisen faktaperusteen olemassaolosta (tai riidattomuuden) tulisi perustella yksin riittävänä edellytyksenä tuomarille asetettava kyselyvelvollisuus. Tämä kohentaisi toiminnan ennustettavuutta ja tapauskohtaista rationaalisuutta (s. 418 ss.) Luvussa 8.8 katsotaan eräiden varsinaisesti tulkintaa ja vetoamisvelvollisuuden lieventämistä koskevien ennakkoratkaisujen tukevan näkemystä siitä, että tosiasioiden selvitetty tila vaikuttaa perustavalla tavalla tuomarin tutkimisvastuun määräytymiseen.

Keskeinen erottelu oikeuskirjallisuudessa esiintyvien suositusten kannalta on myös prosessin ajallinen vaihe. Kyselytoimiin on suhtauduttu yllä kerrottua kriittisemmin, jos vaihtoehtoinen tosiasiaperuste ilmenee vasta pääkäsittelyn aikana. Näkemys on perusteltu mutta kategorisiin rajauksiin ei tässä edustetun ajattelun mukaan ole aihetta. Jos tarve kyselyihin huomataan vasta pääkäsittelyn aikana, on mahdollista, että valmistelun aikana harjoitettu prosessinjohto on ollut liian passiivista. Erityiskysymyksenä tarkastellaan luvussa 8.6 väitteiden uudistamiseen liittyvää kyselyvelvollisuutta (s. 407–415).

Oikeusperiaatteet ja niiden soveltaminen tuomarin kyselyvelvollisuuteen

Tutkimuksen 9. luvussa esitetään ratkaisuehdotus kyselyvelvoitteiden rajoja ja oikeudellista arviointia käytännön soveltamistilanteissa koskeviin ongel-

miin. Konkreettisesti tarkasteltavana oikeusongelmana on kyselyvelvollisuuden ilmeneminen silloin, kun tuomarille syntyneen käsityksen mukaan jokin asianosaisten vetoamiin nähden vaihtoehtoinen vetoamisperuste voisi soveltua oikeusriitaan. Pitääkö tuomarin tällöin huomauttaa asianosaiselle po. tosiasiaperusteesta?

Aluksi hahmotellaan oikeuskirjallisuuden, prosessioikeudellisen teorian, lainvalmisteluaineiston ja perus- ja ihmisoikeusnäkökohtien pohjalta, mitkä periaateargumentit pääsääntöisesti vaikuttavat kyselyvelvoitteiden arviointiin. Luvussa katsotaan, että oikeusperiaatteiden suojaamat keskeiset intressit liittyvät asianosaisen sisällöllisen oikeusturvaintressin toteutukseen, oikeudenkäynnin puhtaasti menettelylliseen oikeudenmukaisuuteen, siviilioikeudellisen sääntelyn yhteiskunnallisten ohjaustavoitteiden toteutukseen ja oikeudenkäynnin prosessitaloudelliseen tehokkuuteen. Velvollisuus näiden päämäärien edistämiseen muodostaa neljä periaatetta, joiden avulla kyselytoimintaa tulisi arvioida (s. 439 ja 442 ss.).

Periaatteiden jäsentelyssä noudatetaan yksilöllisten oikeuksien ja yhteisöllisten tavoitepäämäärien erottelua. Niinpä kaksi ensiksi mainittua (aineellisen oikeusturvaintressin toteutuksen periaate ja menettelyllisen reiluuden periaate) edistävät yksilöllisiä oikeuksia ja kaksi viimeksi mainittua (sääntelyn yhteiskunnallisen ohjausvaikutuksen periaate ja prosessitaloudellisen tehokkuuden periaate) yhteisöllisiä tavoitepäämääriä. Periaatteet ymmärretään optimointikäskyinä, joten niiden soveltaminen edellyttää ristiriitatilanteissa periaatteiden keskinäistä punnintaa. Tässä tutkimuksessa yksilöllisiä oikeuksia suojaavilla periaatteilla katsotaan olevan lähtökohtainen (ns. prima facie) etusija-asema suhteessa julkisia tavoitepäämääriä palveleviin periaatteisiin.

Konkreettisissa soveltamistilanteissa pääasiallinen (useimmin toistuva) vastakkainasettelu liittyy sisällöllisen oikeusturvan ja tehokkuustavoitteiden ristiriitaan. Sisällöllisen oikeusturvan toteutuksen periaate ja prosessitaloudellisen tehokkuuden periaate ovat toisaalta ne periaatteet, joilla kaikkein useimmin on relevanssia soveltamisharkinnassa.

Luvussa 9.3 tarkastellaan, millaisten konkreettisten olosuhteiden tulisi vaikuttaa tuomarin kyselyvelvoitteiden arviointiin. Tässä yhteydessä katsotaan, että oikeudellista merkitystä pitää antaa myös sellaisille yleisille näkökohdille kuin riitaintressin merkitykselle vetoamisvelvollisen kannalta tai asianosaisen sosiaaliselle riskinkantokyvylle (s. 446–448). Lopuksi oikeusperiaatteita sovelletaan useisiin tyyppitilanteisiin. Näiden yhteydessä tarkastellaan erityisesti sitä, millä tavoin vaihtoehtoisen tosiasiaperusteen olemassaoloa ja soveltumista koskeva tietämys vaikuttaa kyselyvelvollisuuteen. Kyselyvelvoitteiden arviointi on voitava perustaa keskeisesti vaihtoehtoisten perusteiden soveltumiseen ja tätä koskevaan alustavaan arviointiin (s. 459 ss.).

Tutkimuksessa katsotaan, että uusia tosiasiaväitteitä on voitava ottaa keskusteluun vielä pääkäsittelyn aikana, jos sellaisen soveltuminen näyttää tuolloin tehtävän alustavan arvioinnin valossa todennäköiseltä. Pakottavaan sääntelyyn nojautuvien faktaperusteiden osalta tämä on tärkeää tuomarin tutkimisvastuun käytännön toteutuksen vuoksi, sillä edellytykset arvioida riidanalaisen oikeussuhteen tosiasiapohjaa kehittyvät tavallisesti vähän kerrallaan prosessin edetessä (s. 484–488).

Abstract

Jari Vaitoja

BURDEN OF ALLEGATION, THE DUTY OF THE JUDGE IN SUBSTANTIVE PROCESS MANAGEMENT AND INVESTIGATION OF CLAIMS BASED ON MANDATORY PRIVATE LAW IN CIVIL LITIGATION

The subject of this study is the various responsibilities of the parties and the court concerning the restriction and presentation of factual grounds for civil litigation claims and denials. Special focus is placed on grounds that are regulated by mandatory private law rules.

The investigation of civil cases is at the initiative of the interested parties, who are obliged to invoke so called facts of law as grounds for their claims and denials. This means they must specify the factual circumstances they wish to be taken into consideration in the judgment. In addition, rules on the preclusion of the grounds for claims impose time based limitations on litigants' dispositions. The party's right to present new claims or new grounds for claims may be lost if these are invoked at too late a phase during the procedure. As a result, realizing one's rights in civil procedure is highly dependent on one's financial resources or knowledge of the legal process. In order to reduce the possibility of litigants losing their rights, the judge is assigned the duty of substantive process management.

A more precise goal of the study is to research how responsibility for claims based on mandatory private law is distributed between the parties and the judge. In particular, mandatory private law rules are included in labour law, consumer protection law and provisions regulating the invalidity of contracts. Similarly, there are mandatory aspects in provisions for adjustment of unfair contract terms or adjustment of compensation for damage.

Substantive process management is usually considered the most important way of moderating the undesirable effects of both preclusion and the burden of allegation. The study concurs with this view but also argues that there are difficult issues connected to juridical control of the activities of the judge, as it is unclear to what degree these activities can be directed or evaluated by judicial norms.

Furthermore, it is uncertain whether a party would have effective legal remedies, if any, were the judge to neglect his duties. Moreover, the precise content of the burden of allegation and the conditions under which a party could lose his

right to invoke new circumstances are surprisingly wide open to interpretation. In short, the procedural provisions studied in this work are extremely flexible. While they mandate the judge to manage the process, they seem to do little to govern or restrict his use of discretion.

The methodology of the study is for the most part legal dogmatic, its purpose being to systemize and interpret the procedural norms. The main questions in this area are, for example, the content of the burden of allegation, its implications for the responsibilities of the judge and litigants and neglect of substantive process management as a grounds for not precluding new claims or new grounds for claims. Equally important are the extent of the judge's responsibilities and the legal consequences of their default.

The study nevertheless examines a substantial amount of legal policy and even legal theory, due to the open nature of the problems investigated. The study includes a detailed discussion of the reasons for and against the moderation of the burden of allegation on factual grounds based on mandatory rules (chapter 6). Arguments for and against the justification for material management of the case are carefully analysed in chapters 7.5–7.7. In this analysis arguments based on the rights of the litigants play a decisive role.

The distinction between questions of fact and questions of law is examined in chapter 3 as the fundamental basis for the burden of allegation. Chapter 7.3 asks, within the framework of the theory of rights, whether it is reasonable to say that parties have rights in relation to a judge's responsibilities in the area of substantive process management. Chapter 7.4 deals with the question of how a judge's activities restrict or advance the freedoms of the litigants during the procedure or in their contractual relationship. The relatively passive attitude of judges is often still defended by means of an analogy with freedom of contract in private law.

A discussion on the distinction between rules and principles of law is shortly introduced in chapter 2. In this study, principles of law are seen as a way to structure the relations between individual rights and collective interests. The study argues that with the help of principles of law, the individual rights of litigants should be defended against collective interests. In addition, they are seen as a way of extending juridical evaluation to areas where the authorities would otherwise have wide discretion.

Chapter 3 opens with the claim that in some circumstances at least the judge should be duty bound to ensure that a party has the opportunity to invoke factual grounds even if he hasn't succeeded in doing so on his own initiative. For example, the judge may have to introduce an alternative ground into the discussion in order to give a litigant the possibility to consider invoking it.

The content of the burden of allegation is also given closer examination. The study asks how a party can know which facts should be invoked and by what

kind of statements this should be done in order to avoid any losses of material rights. This is quite a difficult problem, requiring answers to questions like how to distribute the burden between the parties and how to separate claims of facts, which have to be invoked, from claims of rights, for which the judge is responsible. Moreover, the burden of allegation should not concern juridical characterization of the circumstances.

The latter question is especially difficult when the facts are described in legal texts using relatively abstract terms or when the relevance of the facts is based on unwritten norms. In these cases it is usually difficult to know which facts should be invoked and how exactly they should be described in the statements of the parties involved. The end of the chapter provides an analysis of the kinds of factual grounds that are investigated ex officio according to established practice or established opinion in the literature.

Chapter 4 deals with the question of how to interpret the statements of the litigants. For example, should the burden of allegation be moderated by a more generous interpretation of the claims if mandatory private law seems applicable? This kind of thinking has been suggested in the civil law literature and is practised by the courts.

Chapter 5 asks how a judge's neglect of different kinds of duties should be regarded as an obstacle to precluding litigants' claims. In addition, the study argues that without exception preclusion requires the idea that a party has in a concrete way neglected his/her duty to invoke the facts.

An examination is also provided of how to deal with factual uncertainty in circumstances involving juridical preconditions for preclusion. It is argued that an elementary distinction should be made between circumstances connected with the legal relationship of the parties on one hand and circumstances like the content of the parties' statements, the questions presented by the judge, or other occurrences during court proceedings on the other hand.

In chapter 6 factual grounds regulated by mandatory civil law rules are given closer examination. An analysis is provided of the justification for a judge's pronounced responsibility to ensure the investigation of these grounds and how his duties are manifested in action according to the type of grounds concerned.

Chapter 7 begins by introducing some factors that hamper guidance of the judge's activities in material process management. However, the main question is the justification for the judge's responsibilities, which is analysed from the perspective of the individual rights of the parties and collective ends of society (as represented by the court). Chapter 8 examines attempts in preparatory legislative works and the literature to define the boundaries of material process management. Proposed solutions are first carefully described and then evaluated.

Abstract

The author's answer to the question of how the boundaries of a judge's responsibilities should be viewed is presented in chapter 9. The solution is based on constructing four main procedural principles of law with the help of procedural theory, preparatory legislative works and fundamental and human rights. These principles aim to advance realization of substantial legal protection, procedural economy, procedural justice and regulative purposes of private law. The principles are then applied in various typical situations of interpretation.

Chapter 10 briefly considers the need to reform procedural legislation. The study concludes with chapter 11, where the main results of the study are summarized.

Finnish Lawyers' Association 2014
ISBN 978-951-855-339-0

Oikeustapaukset

Korkein oikeus

KKO 2013:98 415
KKO 2012:80 98
KKO 2012:68 497
KKO 2012:18 372, 374, 434
KKO 2011:90 372, 374, 434
KKO 2011:20 304, 379, 520
KKO 2010:40 414, 435
KKO 2010:9 376, 405, 434
KKO 2008:77 23, 88, 127, 129, 132, 133, 135, 137, 279, 376, 432, 435, 462, 476, 480, 481, 497, 500
KKO 2007:52 317, 368, 372, 374, 434
KKO 2006:54 222, 379, 519
KKO 2005:90 381
KKO 2005:69 181, 188, 222, 317, 368, 372, 375, 434
KKO 2004:11 62
KKO 2003:55 205
KKO 2003:4 125, 141, 156, 221, 222, 372, 436
KKO 2002:100 218
KKO 2002:87 92, 96
KKO 2002:80 372
KKO 2001:106 108, 214, 215, 435
KKO 2001:77 85, 484
KKO 2000:96 24, 435
KKO 1999:107 133, 368
KKO 1999:91 206
KKO 1999:63 78, 81, 86
KKO 1998:122 498
KKO 1998:117 372, 375, 378, 434, 435
KKO 1998:81 111, 127, 134, 276, 283, 376, 432, 435, 436, 467
KKO 1998:62 108, 133
KKO 1997:196 201
KKO 1997:151 38
KKO 1997:109 187
KKO 1997:105 56
KKO 1997:90 142, 144, 222, 237, 246
KKO 1997:26 109
KKO 1996:135 201
KKO 1995:215 201
KKO 1994:70 104
KKO 1994:26 370
KKO 1993:89 372

KKO 1992:12 23, 127, 132, 435, 462
KKO 1990:148 23, 24, 96, 126, 129, 130, 137, 138, 142, 376, 435, 462, 480, 481
KKO 1989:105 55, 78, 379, 519
KKO 1986 II 163 85, 480, 483
KKO 1984 I 2 85
KKO 1983 II 191 287
KKO 1981 II 102 32, 96, 127, 128, 129, 133, 376, 435, 472
KKO 1959 II 52 108

Hovioikeudet

I-SHO 4.10.1994 1880 172
Vaasan HO 1.12.1999 S 98/463 498

Högsta domstolen (Ruotsi)

NJA 2010 s. 643 125
NJA 2006 s. 520 172
NJA 2006 s. 326 219
NJA 2004 s. 874 158, 166, 167, 172
NJA 2004 s. 561 375
NJA 2004 s. 247 221
NJA 2004 s. 213 140, 318, 414
NJA 1999 s. 629 368
NJA 1997 s. 825 88
NJA 1996 s. 52 368
NJA 1995 s. 571 221
NJA 1995 s. 41 221
NJA 1993 s. 319 (114)
NJA 1987 s. 450 318, 372, 415, 447, 477
NJA 1986 s. 205 114
NJA 1979 s. 94 214
NJA 1978 s. 674 376
NJA 1976 s. 299 376, 405

Hoyesterett (Norja)

Rt. 1992 s. 504 485
Rt. 1983 s. 1418 374
Rt. 1950 s. 981 376

Euroopan ihmisoikeustuomioistuin

Vilén v. Suomi (17.2.2009) 370
Tamminen v. Suomi (15.6.2004) 211
Laukkanen ja Manninen v. Suomi (3.2.2004) 497
Suominen v. Suomi (1.7.2003) 304
Kerojärvi v. Suomi (19.7.1995) 370
K.P. v. Suomi (31.5.2001) 370
K.S. v. Suomi (31.5.2001) 370
Kuopila v. Suomi (27.4.2000) 370

Euroopan yhteisöjen tuomioistuin

C-32/12, Soledad Duarte Hueros vs. Autociba SA, Automóviles Citroen España SA 275, 276
C-472/11, Banif Plus Bank Zrt. vs. Csaba Csibai ja Viktória Csibai 275, 280
C-397/11, Erika Jõrös vs. Aegon Magyarország Hitel Zrt 275
C-618/10, Banco Español de Crédito SA vs Joaquín Calderón Camino 286
C-243/08, Pannon GSM Zrt. vs. Erzsébet Sustiké Gyõrfi 275, 280
C-429/05, Max Rampion ja Marie-Jeanne Godard, nykyään Rampion vs. Franfinance SA ja K par K SAS 275
C-168/05, Elisa Maria Mostaza Claro vs. Centro Movil Milenium SL 275
C-473/00, Codifis SA vs. Jean-Louis Fredont 276
C-240/98 ja C-244/98, Oceano Grupo Editorial SA ja Salvat Editores SA vs. Rocio Murciano Quintero ym. 275

Asiahakemisto

access to justice (ks. oikeuksiin pääsy)
aiheen pätevyys prekluusion estävänä perusteena s. 173 ss., 225–227
– aiheen pätevyysperusteet lainvalmisteluaineiston ja oikeuskirjallisuuden valossa s. 188–191
– anteeksiantoperusteena s. 177–178
– mitkä prekluusion estävistä perusteista ovat aiheen pätevyysperusteita? s. 225–227
– näyttökynnys s. 182–183
– poikkeuksena pääsäännöstä? s. 177
– todistustaakan osittainen kääntäminen s. 177–182
– todistustaakka s. 178–182, 228–230
aineellinen prosessinjohto (ks. tuomarin kyselytoiminta)
aineellisen oikeusturvaintressin toteutus
– oikeuspoliittisena argumenttina s. 354–356
– ratkaisuharkintaan vaikuttavana periaatteena s. 439–441, 442–450
ankaraan vastuuseen ja tuottamukseen perustuva korvausvastuu
– kyselyvelvollisuuden kannalta s.482–484
– vetoamisvelvollisuuden kohteena, s. 85
asiakirjan epäaitous (tai väärennys) s. 282
asianosaisen määräämisoikeus s. 28–29, 276, 278, 280
– määräämisoikeuden käyttäminen s. 242

dispositiivinen riita-asia s. 25

ennustettavuus s. 31, 419, 423–426, 430
erityisiä suojelutavoitteita sisältävä yksityisoikeudellinen sääntely s. 253–254, 265 ss.
Euroopan ihmisoikeussopimus s. 15, 70, 381, 497 ss.
EU-tuomioistuin s. 275–276, 280, 286

Hayekin sääntelykritiikki s. 328 ss.
heikomman ja vahvemman osapuolen välinen sopimussuhde s. 263, 270–271, 289–290, 347, 446–449

ihmisoikeudet s. 440, 497 ss.
indispositiivinen riita-asia s. 25
informointitaakka s. 32
informointivelvollisuus todistustaakan jakamisesta s. 316–317
institutionaalinen asianosaistaho s. 448
institutionaalinen luotonantaja s. 448

jura novit curia -periaate s. 59, 84, 462, 483

kantajan poissaolo s. 112, 113
kanteenmuutoskielto s. 152, 223, 276
kanteen myöntäminen s. 112, 113, 219–220, 278
– myöntämisen peruuttaminen s. 219–220
keskitetyn pääkäsittelyn tavoite s. 345
kiistämistaakka s. 22, 56
kokemussääntö s. 21–22, 24, 449, 478
kyselytoiminnan kustannusvaikutukset
– lyhytkestoiset ja pitkäkestoiset s. 457
kyselytoiminnan oikeudellinen kontrolloitavuus s. 296, 304–309, 420–426
kyselyvelvollisuuden ulottuvuus oikeuskirjallisuuden ja lainvalmisteluaineiston valossa s. 383 ss.
– epäselvien, epätäydellisten ja puuttuvien vetoamislausumien erottelu s. 383–386
– pääkäsittelyn aikana s. 407–415
– silloin, kun asianosainen ei ole maininnut vaihtoehtoisesta tosiasiaperusteesta eikä vaihtoehtoinen tosiasiaperuste ilmene oikeudenkäyntiaineistosta s. 405–407
– silloin, kun asianosainen on maininnut vaihtoehtoisesta tosiasiaperusteesta s. 395–397
– silloin, kun vaihtoehtoinen tosiasiaperuste ilmenee oikeudenkäyntiaineistosta s. 397–402
– vetoamislausuman ollessa epäselvä s. 386–389, 460–463
– vetoamislausuman ollessa epätäydellinen s. 389–393, 463–465

kyselyvelvollisuuden ulottuvuus oikeuskäytännön valossa s. 373–377, 434–436
kyselyvelvollisuus EU-tuomioistuimen oikeuskäytännön valossa s. 280

laaja oikeudenkäyntiaineisto s. 21
– tuomarin kyselyvelvoitteiden arvioinnin pohjana s. 33–34, 407
laillinen oikeudenkäyntiaineisto s. 21, 52, 167, 168, 335, 359–361, 431, 460
lisäkustannusten aiheutuminen kyselytoimista hyötyvän vastapuolelle, s. 361–363, 449, 452

menettelyllinen reiluus
– oikeuspoliittisena argumenttina s. 358–360
– ratkaisutoimintaan vaikuttavana periaatteena s. 339, 441, 450–453
menettelyllisen jouston tarve s. 353
– perusteena vastustaa kyselytoiminnan oikeudellista sidonnaisuutta s. 353
menettelyllisen siviilioikeuden vaatimus (ks. myös oikean ratkaisun tavoittelemisen vaikeus)
– taakkasääntöjen käytön oikeuspoliittisena perusteena s. 50–52
menettelyn ajallinen vaihe s. 449–450, 452–453, 458
menettelyn kontradiktorisuus s. 27, 133
– asianosaisen kuulemisoikeus s. 27, 133, 148
– kontradiktorinen periaate (kuulemisperiaate) s. 148
mielivalta s. 12, 334–336, 358–361
– vapaudenrajoituksena (334–336)
määräämisperiaate (ks. asianosaisen määräämisoikeus)

normien epäselvyydestä johtuva riski s. 32
notorinen tosiasia s. 17–18, 75, 161, 419, 432, 467

oikean ratkaisun tavoittelemisen vaikeus s. 50–52, 427–428
oikeudellisen ratkaisutoiminnan kontrolloitavuus s. 9–10
– periaatekeskustelun päämääränä s. 10–11
oikeudenkäyntikulujen kohtuullisuus tai aiheellisuus s. 109–111, 115–116, 212
oikeudenmukainen oikeudenkäynti s. 15, 70, 169, 354, 381, 497 ss.
oikeuksien ja velvollisuuksien suhde intressiteorioiden ja H. L. A. Hartin valintateorian mukaan s. 309 ss.
oikeuksiin pääsy (access to justice) s. 3, 268
oikeuskysymyksen ja tosiasiakysymyksen erottelu s. 22, 62 ss.
oikeuskäytännön yhtenäisyys s. 347–348, 358–361
oikeusperiaatteet s. 9–11, 437 ss.
– oikeusperiaatteiden punninta s. 10, 440–441
– oikeusperiaatteiden soveltaminen tyyppitilanteisiin s. 466 ss.
oikeusperiaatteista käyty keskustelu oikeustieteessä s. 9 ss.
– pyrkimys ratkaisutoiminnan oikeudelliseen kontrolloitavuuteen s. 10–11
– väite kontrollipyrkimyksen epäonnistumisesta s. 11
– yksilön oikeuksia suojaava korostus yhtenä keskustelun alkuperäisistä motiiveista s. 12–13
– yleinen rationaalisuuspyrkimys kotimaisen keskustelun eräänä leimallisena piirteenä s. 14
oikeusriidan faktaolosuhteita koskeva tietämys
– kyselyvelvollisuuden perustana s. 291–293, 402–405, 426–433, 444, 458, 465, 466 ss.
oikeustosiseikka (tosiasiaperuste; faktaperuste)
– erottelu suhteessa todistustosiseikkoihin s. 35, 64–67
– institutionaalisena tosiasiana s. 36–39
– kanteen perustunnusmerkistöön kuuluva tosiseikka s. 22, 25, 43–45, 49, 54, 56
– kompleksinen oikeustosiseikka s. 39, 68, 79–80, 385
– käsitteen reaalimääritelmän mukainen käyttö oikeustieteessä s. 35
– oikeustosiseikan osatekijät (momentit) s. 21, 67–71, 79, 93, 97, 99–100, 104, 374, 389, 408, 460

– oikeustosiseikkoja koskevan informaation lähteet s. 39–41
– vastaindisiot s. 61, 104–106, 473, 479, 488
– vastatosiseikka s. 22, 43–45, 49, 53–54, 59, 218, 232, 240, 393, 397, 402, 409, 428, 470–471, 476, 479

oikeustosiseikkojen ja todistustosiseikkojen erottelu
– todistusharkinnan kohteen (todistusteemojen) perustana s. 67–71, 72–73
– todistustaakan kohteen perustana s. 67–71, 72–73
– väittämistaakan kohteen perustana s. 22, 35 ss., 64–67, 71–72, 74–75, 75 ss.

oikeusvoima s. 152–153, 276

pakottava yksityisoikeudellinen sääntely (erityisiä suojelutavoitteita sisältävä sääntely) s. 253 ss.
– Euroopan unionin kuluttajaoikeudellinen sääntely s. 271, 275–276
– Hayekin yleisen sääntelykritiikin näkökulmasta s. 329–330
– kansainvälinen pakottavuus ja lainvalintaa koskevien sopimusten rajoitukset s. 272–274
– kuluttajaa suojaavien EU-oikeudellisten tosiasiaperusteiden tutkiminen EU-tuomioistuimen ratkaisukäytännön mukaan s. 275–276, 280
– oikeuspaikkasopimusten kotimainen ja kansainvälinen sitovuus s. 274–275
– pakottavaan sääntelyyn perustuvien väitteiden ja vaatimusten tutkiminen oikeudenkäynnissä s. 125 ss., 265–293, 437 ss.
– pakottavan sääntelyn ala s. 270–271
– pakottavien normien tunnistaminen s. 255
– pakottavien vaikutusten astevaihtelut s. 257–260
– soveltuminen oikeusriidan olosuhteisiin s. 291 ss.
– vetoamisoikeus suojelukohteena s. 264
– vähimmäisoikeuksia luovina normeina s. 262–265

periaatetyyppiset oikeudet s. 320–321

periaatteet optimointikäskyinä s. 9–10, 440–441

periaatteiden lähtökohtainen (prima facie) etusijajärjestys s. 10, 14, 441–442

perusoikeudet s. 354, 440, 497 ss.

positiivisia sopimussisältöjä asettavat säännökset s. 261

prekluusion edellytyksinä arvioitavat faktaolosuhteet näytön hankkimisen kannalta s. 230 ss.
– asianosaisen omien lausumien sisältö s. 236–240
– että vastapuolen on sallittu vedota uuteen väitteeseen tai todisteeseen määräajan jälkeen s. 247
– hyväksyttävä tietämättömyys tosiasian tai todisteen merkityksestä s. 250–251
– hyväksyttävä tietämättömyys tosiasiasta tai todisteesta s. 250
– jälkisattumus s. 245
– kyselyvelvollisuuden laiminlyönti s. 243–244
– mahdottomuus tietää tosiasiasta tai todisteesta s. 244–245
– muiden asianosaisten lausumat s. 240–241
– muuttunut oikeuskäytäntö s. 249
– määräämisoikeuden käyttäminen s. 242
– prosessin sisäiset ja prosessin ulkoiset olosuhteet s. 231–233
– prosessitaloudelliset punninnat s. 251–252
– tosiasiaväittämän tutkiminen viran puolesta s. 248
– tuomarin ohjeistukset s. 246–247
– tuomioistuimen kieltäytyminen s. 246

prekluusion edellytysten kannalta relevantit faktaolosuhteet
– suhtautuminen näyttöepävarmuuteen s. 228 ss.
– tyyppitilanteiden tarkastelua s. 193 ss.

prekluusion yleiset soveltamisedellytykset s. 173 ss., 225–227

prekluusiosäännökset s. 152

prekluusiouhan ulottuvuus
– todistuskeinot s. 159–160
– todistusteemat? s. 160 ss.
– tosiasiaväitteiden yksilöinti s. 156–159

prekluusiouhka
– aktualisoituminen s. 176–177
– prekluusiouhan ankaroituminen prosessin edetessä s. 184–186
– suhde suksessiivisen relevanssin etenemiseen s.193, 217, 223–224, 226, 232
prosessitaloudellinen tehokkuus
– oikeuspoliittisena argumenttina s. 30, 334–335, 345–346, 349–352
– ratkaisuharkintaan vaikuttavana periaatteena s. 439–442, 456–459
prosessuaalinen sovinto s. 278
prosessuaalisia olosuhteita koskevan tiedon lähteet s. 233–236
– pöytäkirja s. 234
– tuomio s. 234
– valmistelun päätteeksi laadittava kirjallinen yhteenveto s. 234–236
prosessuaalisten puolustautumismahdollisuuksien heikkous s. 452
puolueettomuus s. 346–347, 356–358, 366–367, 391, 451
puolueettomuusvaikutelma s. 420, 451
pätemättömyyden siviilioikeudellinen korjaantumattomuus s. 258, 277
pätemättömyyden siviilioikeudellinen korjaantuminen s. 258–259
pätevä aihe (ks. aiheen pätevyys prekluusion estävänä perusteena)

riidanalaisten ja riidattomien seikkojen erotteleminen s. 30
riitaintressin suuruus s. 449
riitaintressin tärkeys vetoamisvelvollisen kannalta s. 449
rikosoikeudellinen ja siviilioikeudellinen vastuuperuste väittämistaakan kohteena s. 85–86
riski asianosaiskulujen aiheutumisesta s. 361–363, 449, 452
riski siitä, että tosiasiaväitteet eivät tule esille s. 27–29

siviilioikeudellisesti pakottavat oikeusvaikutukset
– absoluuttinen pakottavuus s. 258, 276–277
– astevaihtelut s. 257–260
– oikeussuojasta luopumista koskeva rajoitus s. 260
– oikeusvaikutusten suhteellisuus s. 257 ss., 276–277
– osapuolten yhteisen sopimustahdon mukaisten ehtojen pätemättömyys s. 260
sopimuksen pätemättömyysperuste
– alentuneesta ymmärryskyvystä johtuva oikeustoimikelpoisuuden puuttuminen s. 282–283
– kiskominen s. 282
– pakko tai törkeä pakko s. 281
– soveltuminen oikeusriidan olosuhteisiin s. 291 ss.
sopimuksen yleinen kohtuullistamisperuste s. 261–262
sopimuksen yleiset pätemättömyysperusteet s. 260–261
sopimusehdon tyyppikohtuuttomuus s. 287–288
sopimusehto, josta ei ole neuvoteltu s. 289
sopimusehtojen yksipuolisuus s. 465
sopimussuoritusten epätasapaino s. 89, 91, 287, 465
sopimusvapaus s. 254
– ja tuomarin kyselytoiminta s. 321 ss.)
– oikeus luopua oikeussuojasta s. 255, 260, 264, 278, 280
– pakottavan sääntelyn vaikutukset sopimusvapauden kannalta s. 323–326
– sisältövapaus s. 254
– sopimusvapauden palautuminen oikeudenkäynnin aikana s. 326–327
– suhteessa sopimuskumppaniin ja suhteessa julkiseen tahoon s. 321–323
– tuomarin rooliin vaikuttavana argumenttina s. 297
– yhteisen sopimustahdon mukaisten ehtojen pätevyys s. 255, 260
sosiaalinen riskinkantokyky s. 228, 232, 237, 290, 331, 417, 446–448, 477
sosiaalinen rooliasema s. 290, 448
spontaani järjestys ja yhteiskunnallinen suunnittelu s. 328 ss.
subjektiivinen vaatimis- ja väittämistaakka s. 23, 52

sääntelyn yhteiskunnallisen ohjausvaikutuksen tehostaminen
– oikeuspoliittisena argumenttina s. 336, 337–338
– ratkaisuharkintaan vaikuttavana periaatteena s. 439, 441–442, 453–456
– väittämistaakkaoppien aatteellisena lähtökohtana s. 31, 337–338, 353, 422–423
sääntöjen ja periaatteiden erottelu s. 9–10

tieto oikeusriidan faktaolosuhteista s. 291 ss.
– kyselyoikeuden tai kysely-velvollisuuden perustana s. 402–405, 444, 458, 465
tietämys vaihtoehtoisen tosiasiaperusteen olemassaolosta ja soveltumisesta (ks. tieto oikeusriidan faktaolosuhteista)
todistusteemojen prekluusio? s. 160 ss.
– oikeustieteellisen keskustelun kohteena s. 160–161
– sisällön rajoitukset todistusoikeudellisten normien valossa s. 161–167
– teemaprekluusion soveltuvuutta koskevat johtopäätökset s. 167–173
todistustosiseikka
– erottelu vrt. oikeustosiseikkoihin s. 64–67
tosiasian (tosiasiaväitteen) tunnustaminen s. 112, 113, 220, 278
– tunnustamisen peruuttaminen s. 220
tosiasiaväite vetoamisvelvollisuuden kohteena s. 21–22
tosiasiaväitteiden suksessiivinen relevanssi (suksessiivisen relevanssin periaate) s. 41, 43
– suksessiivinen relevanssi ja verifikaatio Karl Olivecronan mukaan s. 46 ss.
– suksessiivisen relevanssin eteneminen s. 43–44, 193, 218
tosiasiaväitteiden suksessiivinen verifikaatio s. 46
tosiasiaväitteiden uudistaminen käräjäoikeuden pääkäsittelyssä ja valituksen yhteydessä s. 318, 413–415
tosiasiaväitteiden virallistutkinta (vrt. tutkimisvelvollisuus)
– asianosaisen vetoamislausumista riippumatta s. 115, 211–212, 214–215
– kantajan poissa ollessa s. 113
– myöntämisestä tai tunnustamisesta huolimatta s. 113
– tuomarin kyselyvelvollisuuden muodossa s. 116, 213, 215–217
– vastaajan poissa ollessa s. 113, 284–286
– vastoin suojatun asianosaistahon nimenomaista tahdonilmaisua s. 115, 211–212, 213–214
tosiasiaväitteiden yksilöinti (yksilöinneiltä edellytettävä tarkkuus)
– prekluusiosäännösten edellyttämä täsmällisyysvaatimus s. 156–159
– väittämistaakkasäännön kannalta s. 75 ss., 219
– yksilöintivaatimuksen ankaroituminen väitteen riitautuksen johdosta s. 157, 219
tuomarin esteellisyys s. 319, 373, 379–382
tuomarin kyselytoiminta (aineellinen prosessinjohto) s. 295 ss.
– asianosaisen oikeussuojakeinot s. 307–309
– informatiivinen s. 302–303
– jaottelu selventävään, täydentävän ja rajoittavaan kyselytoimintaan s. 301–302
– kyselyvelvoitteet oikeuksien teorian valossa s. 309 ss.
– laiminlyönnin merkitys prekluusion edellytysten kannalta s. 187–188, 215–217, 220–222
– laiminlyönnin oikeusseuraamukset s. 187–188, 215–217, 371–379
– oikeudellinen sidonnaisuus s. 304 ss., 363–370, 364–365
– oikeutuksen yleiset perusteet s. 336–338
– oikeutusta puoltavat näkökohdat s. 348–349, 353–356
– oikeutusta rajoittavat näkökohdat s. 338–347, 349–353, 356–362
– perusteluvelvollisuus tai sen puuttuminen s. 306–307
– sopimusvapauden ja asianosaisten muiden vapauksien näkökulmasta s. 321 ss.
– suhde prekluusiouhkaan s. 186–188
– suorat ja epäsuorat kyselytoimet s. 303–304

– tuomarin valtuuksien ylittämisen oikeusseuraamukset s. 379–382
tuomarin kyselyvelvollisuus (ks. tuomarin kyselytoiminta)
tutkimisvelvollisuuden laiminlyönti prekluusion edellytysten kannalta
– asianosaisen tahdosta riippumattoman s. 213–215
– prosessuaalisesti tahdonvaltaista kysymystä koskevan s. 215
– yleisen kyselyvelvollisuuden s. 187–188, 215–217, 220–222
työntekijän korvausvastuu s. 256
– kohtuullistaminen s. 375–376, 432–433
– vastuun kanavointi 111, 256, 375–376, 432–433
– vastuun kanavointi ja laivanisännän vastuu merityösopimuslain mukaan s. 368

vaatimistaakka s. 288, 432
– kantajan s. 23
– vastaajan s. 23–24
vaatimus
– kohtuuttomuus- ja pätemättömyysvaatimus vetoamisvelvollisuuden kohteena s. 23–24, 136, 432, 462
– oikeussuojavaatimuksen laajuus s. 23
– oikeussuojavaatimuksen laatu s. 23
vahingonkorvauslain säännösten pakottavat vaikutukset s. 256–257
– alaikäisen korvausvastuu s. 257
– asevelvollisen korvausvastuu s. 256
– julkisyhteisön luottamushenkilön korvausvastuu s. 256
– mielisairaan, vajaamielisen tai sieluntoiminnaltaan häiriintyneen korvausvastuu s. 257
– työntekijän korvausvastuun kanavointi s. 256, 283
– vahingonkorvauksen yleinen kohtuullistamisperuste s. 257
– vahingonkorvauksen yleinen kohtuullistamissäännös s. 256–257, 261
– virkamiehen korvausvastuu s. 256
vakioehto s. 287–288
vastaajan poissaolo s. 112, 113, 284–286
vastuu oikeudenkäyntiaineiston riittävyydestä
– vastuu tosiasiaperusteiden saattamisesta keskusteluun s. 19, 30, 280, 435–436
– vastuu tosiasiaväitteisiin vetoamisesta s. 19, 34
vastuuta rajoittavat perusteet s. 456
velan vanhentuminen tuomarin kyselyvelvollisuuden kannalta s. 215
velkajärjestelyn esteperuste s. 108–111, 115–116, 212, 217
vetoamislausuma
– mitä vetoamisella tosiasiaväitteisiin tarkoitetaan? s. 119–120, 154–156
vetoamislausumien tulkinta s. 119 ss.
– jälkikäteen s. 121, 139, 140–143
– pätemättömyys- ja kohtuullistamisväitteiden s. 126 ss.
– reaaliaikaisesti s. 121, 139–140, 142–143
– sallittu tulkinta-aineisto s. 138–139
– suhde menettelyn kontradiktorisuuteen (lausumien tulkinnan ja vastapuolen kuulemisoikeuden yhteensovittaminen) s. 133–136, 148–149
– tulkinnan ja kyselyvelvollisuuden yhteensovittaminen s. 146–148
– vetoamistarkoituksen s. 121
– virallistutkinnan keinona s. 145–149
– väitteiden sisällön s. 121
vetoamisoikeuden menettäminen s. 151
vetoamisoikeuden turvaaminen s. 264
vetoamisvelvollisen myötäpuoli s. 41
– on vetoamisvelvollinen s. 24, 41
vetoamisvelvollisuuden jakaminen s. 41 ss.
– avoimena oikeusongelmana s. 52–53, 59–60
– jakamisen pääsääntö s. 45–46
– kohtuuttomuus- ja pätemättömyysväitteiden osalta s. 59–61
– Olivecronan teoria vetoamis- ja näyttövelvollisuuden jakamisen perusteista s. 48–50
virallistutkintainen tosiasia (indispositiivinen tosiasia) s. 40–41, 106 ss., 217
– vrt. väitteenvarainen tosiasia s. 106 ss., 217, 280
vähimmäisoikeudet s. 262–265
– prosessioikeudellisten vaikutusten perusteluna s. 265 ss.

väitteenvarainen tosiasia (dispositiivinen, prosessuaalisesti tahdonvaltainen) s. 106 ss., 217, 280
väittämistaakka (vetoamisvelvollisuus)
– kantajan ja vastaajan vetoamisvelvoitteiden eroavuudet s. 52 ss.
– pääsääntönä siviilioikeudellisesti pakottavien tosiasiaperusteiden kohdalla s. 280
– sisältö kohtuuttomuusväitteiden kohdalla s. 59–62, 74–75, 90–97, 100–103, 219
– sisältö silloin, kun relevantti tosiseikasto on ilmaistu abstraktein termein s. 54 ss., 79 ss., 100–103
– vetoamisvelvollisuuden lähempi sisältö s. 75 ss.
– vetoamisvelvollisuus s. 34 ss.
– väittämistaakan oikeuspoliittiset perustelut s. 30–32, 50–52

yksilöllinen sopimusehto s. 289
yksilöllisten oikeuksien yhteisöllisten intressien erottelu s. 14–15, 439–440
yksipuolinen tuomio s. 112, 113, 284–286
yleislausekkeet s. 456
yrityssaneerauksen esteperuste s. 108–109, 115–116

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 321

Teoksessa tarkastellaan asianosaisen vetoamisvelvoitteita, tuomarin kyselyvelvollisuutta sekä sitä, kuinka vastuu tosiasiaväitteiden esille tuomisesta jakautuu asianosaisten ja tuomioistuimen kesken silloin, kun oikeusriitaan soveltuisi pakottavaa yksityisoikeudellista sääntelyä. Oikeudenkäynnin sääntöjen näkökulmasta asiaan vaikuttaa asianosaisen väittämistaakka eli velvollisuus erityisellä tavalla vedota niihin tosiasioihin, joiden asianosainen katsoo vaikuttavan hänen edukseen. Väitteiden prekluusiouhka puolestaan asettaa vetoamislausumille ajallisia edellytyksiä. Jos asianosainen ei huomaa vedota riittävän aikaisessa vaiheessa, hän saattaa menettää vetoamisoikeutensa. Nämä asianosaisen kannalta melko raskaat velvoitteet aiheuttavat vaaran oikeudenmenetyksistä, jota on pyritty lieventämään tuomarille asetetun kyselyvelvollisuuden avulla.

Vastuuta oikeudenkäyntiaineiston yksilöinneistä saatetaan arvioida pakottavaan sääntelyyn perustuvien vaatimusten kohdalla hieman eri tavalla kuin silloin, kun vaatimukset perustuisivat siviilioikeudellisesti puhtaasti tahdonvaltaisiin normeihin. Pakottavia normeja sisältyy esimerkiksi sopimusten yleisiä sitovuusehtoja asettaviin säännöksiin sekä työoikeudelliseen ja kuluttajaoikeudelliseen sääntelyyn. Pakottavuusvaikutuksia on myös yleisillä kohtuullistamissäännöksillä, kuten oikeustoimilain 36 §:llä tai vahingonkorvauslain 2 luvun 1.2 §:llä.

Tutkimuksessa kysytään lisäksi, missä määrin tuomarin tai muiden asianosaistahojen velvoitteiden saatetaan nähdä luovan asianosaiselle menettelyllisiä oikeuksia. Sääntely tutkimuksen kohdealueella on luonteeltaan tavoitteellista ja joustavaa. Se näyttää antavan tuomarille laajalti valtuuksia prosessin kulun ohjaamisessa ja verrattain vaikeasti kontrolloitavissa olevaa harkintavaltaa. Vaikka tuomarilla sanotaan olevan kyselyvelvollisuus, ei ole varmaa, että asianosaisella on käytettävissään tehokkaita oikeussuojakeinoja, jos kyselytoimet laiminlyödään. Toisaalta edes vetoamisvelvoitteen täsmällisestä sisällöstä tai vetoamisoikeuden menettämisen edellytyksistä ei helposti voida saavuttaa yksiselitteistä käsitystä. Nämäkin voivat jäädä tuomarin yllättävän vapaan harkinnan varaan. Tutkimuksessa pyritään hahmottelemaan, mitä konkreettisia oikeuksia ja velvollisuuksia asiaan osallisille eri tilanteissa aiheutuu.

LAKIMIESKUNNAN OMA LAATUKUSTANTAJA VUODESTA 1934

toimisto@lakimiesyhdistys.fi
www.lakimiesyhdistys.fi

ISSN-L 0356-7206
ISSN 0356-7206
ISBN 978-951-855-339-0