

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 217

Tatu Leppänen

RIITA-ASIAN VALMISTELU TODISTUSAINEISTON OSALTA

Prosessioikeudellinen tutkimus

With an English Summary

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA

A-sarja N:o 217

TATU LEPPÄNEN

RIITA-ASIAN VALMISTELU TODISTUSAINESTON OSALTA

Prosessioikeudellinen tutkimus

ENGLISH SUMMARY

HELSINKI 1998

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA

A-sarja N:o 217

RIITA-ASIAN VALMISTELU TODISTUSAINEISTON OSALTA

Prosessioikeudellinen tutkimus

KIRJOITTANUT

TATU LEPPÄNEN

OIKEUSTIETEEN LSENSIAATTI
VARATUOMARI

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi Porthanian luentosalissa III perjantaina 29 päivänä toukokuuta 1998 kello 12.

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

ISBN 951-855-102-2 Nid.
ISBN 951-855-103-0 Sid.
ISSN 0356-7206 (painettu)

ISBN 978-951-855-684-1 PDF)
ISSN 2814-8053 (verkkajulkaisu)

ALKUSANAT

Oikeustieteellinen väitöskirja on opinnäyte ja sen tulisi olla painava tieteellinen puheenvuoro. Lainopilliselle väitöskirjalle olisi lisäksi eduksi, jos siitä olisi hyötyä myös käytännön oikeuselämässä. Sen sijaan väitöskirjan ei pitäisi olla tekijänsä elämäntyö.

Oman väitöskirjatyöni olen kokenut ennen muuta antoisana tekijän oppimis- ja kasvamisprosessina. Kaikesta vuosien varrella mukaan tarttuneesta henkisestä pääomasta olen pystynyt tallettamaan näiden kansien väliin lopulta vain pienenhkön osan. Muu jää odottamaan tulevia aikoja ja toisia foorumeita.

Työnohjaajana on toiminut professori *Erkki Havansi*, joka on lukenut käsikirjoituksen ennen esitarkastusta antaen hyödyllistä palautetta. Hänen suhtautumisensa on aina ollut erittäin kannustavaa. Hänen vertaansa vailla oleva juridinen laaja-alaisuutensa on esimerkillään rohkaissut minua suuntautumaan väitöskirjatyössä yleisen prosessioikeuden puolelle.

Toisena esitarkastajana on toiminut professori *Juha Lappalainen*, joka on vaivojaan säästämättä antanut perusteellista ja arvokasta palautetta käsikirjoituksesta. Hänen kanssaan vuosien varrella käymäni vapaamuotoiset ja kriittiset keskustelut ovat merkinneet todellista yleisen prosessioikeuden 'tohtorikoulua' sen kaikilla lohkoilla. Toisena esitarkastajana on toiminut professori *Jyrki Virolainen*, joka on kiireistään huolimatta ystävällisesti suostunut toimimaan myös vastaväittäjänä.

Prosessioikeuden jatko-opiskelun merkillisiä, mutta mielenkiintoisia polkuja olen kulkenut samaan aikaan kuin OTL, lainsäädäntöneuvos *Asko Välimaa*. Hän on toiminut kriittisenä 'harjoitusvastustajana', jolla olen voinut testata joskus vähemmän onnistuneita ideoitani. Hän on lukenut käsikirjoituksen ja antanut arvokasta palautetta. Keskeinen henkilö on ollut myös dosentti *Mika Hemmo*, jonka etenemistä fuksivuoden johdantoluentojen jälkeen olen vain voinut ihailla. Häntä olen rasittanut paitsi käsikirjoituksen luvulla, myös yleisillä väitöskirjan tekijän ongelmilla.

Käsitteellöjituksen osia ovat lukeneet OTL *Jussi Matikkala* ja OTL *Jaakko Rautio*, joita kiitän hyödyllisestä palautteesta. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden väki on muutoinkin toiminut tutkimustyöni kriittisen älyllisenä innoittajana. Olen myös pyrkinyt säilyttämään kontaktin käytännön oikeuselämään, jossa toimivilta lukuisilta juristeilta olen oppinut paljon.

Puolisoni, lääkäri *Päivi Joki-Korpela* on antanut korvaamatonta henkistä tukea ja kannustanut myös päästämään työstä irti, mikä on ollut loppuvaiheessa tärkeää. Kannustusta vuosien varrella olen saanut myös vanhemmiltani ja muilta läheisiltä ihmisiltä. Isääni, VT *Tapani Leppästä* kiitän lisäksi käytännön lakimiehen kommenteista ja neuvoista.

Väitöskirjatyötäni ovat apurahoin tukeneet *Helsingin yliopisto*, *Suomen Kulttuurirahasto* ja *Maaliskuun 25 päivän rahasto*. *Suomalainen Lakimiesyhdistys* on ystävällisesti kustantanut teoksen ja *Vammalan Kirjapaino Oy* on huolehtinut kirjan painamisesta ripeässä aikataulussa. Englanninkielisen tiivistelmän on kääntänyt asiantuntevasti kielenkääntäjä *Heljä Tilli*. VT *Jaana Romakkaniemi* on avustanut oikeustapaushakemiston laatimisessa.

Kiitän lämpimästi kaikkia edellä mainittuja ja muita työhöni myötävaikuttaneita.

Käsitteellöjitus on toimitettu painoon 6.4.1998, minkä vuoksi 5.4.1998 jälkeen ilmestynyttä uutta aineistoa ei ole voitu ottaa huomioon.

Porthaniassa 5. huhtikuuta 1998

Tatu Leppänen

SISÄLLYS

LÄHTEET	XI
LYHENTEITÄ	XXX
1 JOHDANTO: TUTKIMUKSESTA	
1.1 Tutkimustehtävä	1
1.1.1 Tutkimusaiheen tausta ja valinta	1
1.1.2 Aiheen rajaus ja tehtävänasettelu	3
1.1.3 Dispositiivisista ja indispositiivisista riita-asioista	7
1.2 Tutkimuksen metodisia lähtökohtia	13
1.2.1 Tutkimus oikeustieteen kentässä	13
1.2.2 Ennustettavuuden merkityksestä prosessioikeudessa	15
1.2.3 Käytetyistä oikeuslähteistä	17
1.2.4 Tulkinnasta: Ekelöfin teleologinen metodi?	20
1.3 Tutkimuksen jäsenyys pääpiirteittäin	22
2 SIVIILIPROESSIN TEHTÄVISTÄ, TAVOITTEISTA JA ARVOISTA	
2.1 Kysymyksenasettelua	24
2.2 Siviiliprosessiperiaatteista	26
2.3 Siviiliprosessin tehtävistä (funktioista)	32
2.3.1 Oikeussuoja, ohjaus vai konfliktinratkaisu?	33
2.3.2 Keskustelusta Suomessa ja sen arviointia	37
2.4 Siviiliprosessin tavoitteista	41
2.4.1 Instrumentalismi	42
2.4.2 Tarkoituksenmukaisuus: varmuus ja taloudellisuus	46
2.5 Siviiliprosessuaalisista arvoista	49
2.5.1 Lopputuloksen justifikaatio	49
2.5.2 Oikeudenkäynnin muodollinen reiluus	55
2.5.3 Oikeudenkäynnin tosiasiallinen asianmukaisuus	58
2.6 Siviiliprosessuaalisista ihmis- ja perusoikeuksista	62
2.7 Alustavia näkökohtia tarkasteltujen periaatteiden merkityksestä	72
3 YLEISTÄ RIITA-ASIAN VALMISTELUN TEHTÄVISTÄ JA TAVOITTEISTA	
3.1 Oikeudenkäynnin suullisuudesta, välittömyydestä ja keskityksestä	77
3.1.1 Kansainvälisen kehityksen pääpiirteitä	77
3.1.2 Suomen vuoden 1993 siviiliprosessiuudistuksesta	83
3.1.3 Pääkäsittelyn suullisuudesta, välittömyydestä ja keskityksestä de lege lata	90

3.2 Riita-asian valmistelun tehtävät käräjäoikeusmenettelyssä	97
3.2.1 Yleistä	97
3.2.2 Valmistelun keskitysfunktiosta	101
3.2.3 Valmistelun ratkaisufunktiosta	105
3.2.4 Valmistelun sovintofunktiosta	111
3.3 Valmistelun joutuisuudesta	116
3.4 Valmistelun asianmukaisuudesta	120
4 TOSISEIKKAKYSYMYKSESTÄ, NÄYTÖN ARVIOINNISTA JA TODISTELUSTA	
4.1 Tosiseikkakysymys ja oikeuskysymys	123
4.1.1 Rajanvedosta päätösharkinnassa	124
4.1.2 Rajanvedosta oikeudenkäynnin aikana: funktionaalinen malli	133
4.2 Näytön arvioinnista	137
4.2.1 Yleistä	137
4.2.2 Todistusaineiston kattavuuden merkitys	146
4.2.2.1 Problematiikka	146
4.2.2.2 Arviointia	149
4.3 Todistelusta	153
4.3.1 Eräitä todisteluun liittyviä käsitteitä	153
4.3.2 Todistelun sääntelyn tavoitteista	156
4.3.3 Todistelun välittömyys	162
4.3.4 Todistelun asianmukaisuus	167
4.4 Yleisen osan yhteenveto	172
5 TODISTUSTEEMOJEN SELVITTÄMISESTÄ VALMISTELUSSA	
5.1 Kysymyksenasettelua	174
5.2 Mahdolliset todistusteemat	179
5.2.1 Relevantit seikat	181
5.2.1.1 Yleistä	181
5.2.1.2 Väittämistaakasta	182
5.2.2 Näyttöä kaipaavat seikat	188
5.2.2.1 Pääsääntö	188
5.2.2.2 Tunnustamisesta	189
5.2.2.3 Notorisuudesta ja todistusteemakielloista	194
5.3 Todistusteemojen ilmoittaminen valmistelussa	196
5.3.1 Yleistä	196
5.3.2 Todistusteemojen yksilöinti ja täsmentäminen	199
5.3.3 Eräät todistusteematyypit	203
5.4 Tuomioistuimen tehtävistä todistusteemojen selvittämisessä	206
5.4.1 Yleistä materiaalisesta prosessinjohtosta valmistelussa	206
5.4.2 Erityisesti todistusteemojen selvittämisestä	212
6 TODISTEIDEN SELVITTÄMISESTÄ VALMISTELUSSA	
6.1 Yleistä	224
6.2 Todisteiden etsiminen valmistelussa?	227
6.2.1 Problematiikka	227

6.2.2	Asiakirjan ja esineen ilmoittamis- ja esittämisvelvollisuudesta	230
6.3	Todisteiden ilmoittaminen valmistelussa	240
6.3.1	Ilmoittaminen valmistelun eri vaiheissa	240
6.3.2	Eri todistuskeinoista valmistelun kannalta	246
6.3.2.1	Kirjalliset todisteet ja katselmus	247
6.3.2.2	Todistajan, asianosaisen ja asiantuntijan kuuleminen	252
6.4	Todisteiden vastaanottamisesta poikkeuksellisesti valmistelussa	262
6.4.1	Valmistelussa tehtävää ratkaisua varten	263
6.4.2	Pääkäsitelyssä tehtävää ratkaisua varten	267
6.5	Tuomioistuimen tehtävistä todisteiden selvittämisessä	277
6.5.1	Valmistavasta toimenpiteestä päättäminen	277
6.5.2	Materiaalisesta prosessinjohtosta todisteiden selvittämisessä	279
7	TODISTUSAINEISTON ILMOITTAMISEN LAIMINLYÖNNIN SANKTIOISTA	
7.1	Yleistä riita-asian valmistelun tehosteista	292
7.2	Asian ratkaiseminen laiminlyöjän vahingoksi?	295
7.2.1	Kanteen jättäminen tutkimatta	296
7.2.2	Yksipuolinen tuomio	298
7.3	Todisteiden preklusiosta käräjäoikeusmenettelyssä	300
7.3.1	Vertailua oikeudenkäyntiaineiston muuhun prekludoitumiseen	300
7.3.2	Preklusiosäännöksistä yleensä	305
7.3.3	Periaatteellisia näkökohtia uusien todisteiden preklusiosta käräjäoikeusmenettelyssä	314
7.3.4	Preklusion subjekti: asianosainen	321
7.3.5	Preklusion objekti: todiste	325
7.3.6	Ajallinen edellytys: myöhästyminen	336
7.3.6.1	Valmistelun päättäminen	336
7.3.6.2	Preklusiouhan asettaminen ja määräajan kuluminen	343
7.3.7	Uutuusedellytys: uusi todiste	345
7.3.8	Poikkeukset: pätevä syy	351
7.3.8.1	Yleistä pätevästä syystä	352
	a. Ajankohta ja subjekti s. 352; b. Objektiivinen vai subjektiivinen mittapuu? s. 355; c. Todisteen merkityksen merkitys ym. s. 361	
7.3.8.2	Eräitä tyypitilanteita	363
	a. Puuttuva tieto s. 364; b. Prosessuaalinen tilanne s. 370; c. Este s. 373	
7.3.8.3	Todistustaakasta ja näyttövaatimuksesta	374
7.3.9	Preklusiokysymyksen käsittelystä ja seuraamuksista	376
7.4	Oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuudesta todistusaineiston ilmoittamisen laiminlyönnin sanktiona	380
7.4.1	Yleistä kuluvastuusta prosessuaalisena sanktiona	380
7.4.2	Asianosaisen kuluvastuusta	384
7.4.3	Asiamiehen kuluvastuusta, erityisesti hyvän asianajajatavan merkityksestä	389

8 KOHTI VALMISTELUTUTKINTAA?	
8.1 Suomen riita-asioiden valmistelujärjestelmän arviointia	398
8.2 Angloamerikkalaisesta discovery-järjestelmästä	402
8.2.1 Yhdysvallat: discovery	402
8.2.2 Englanti: disclosure	408
8.3 Valmistelututkinnan arviointia de lege ferenda	410
8.3.1 Edut ja haitat	411
8.3.2 Valmistelututkinta ja suomalainen siviiliprosessi	415
8.3.3 Ehdotuksia de lege ferenda	417
8.4 Quo vadis, Europa?	422
SUMMARY	427
OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO	439
ASIAHAKEMISTO	442

LÄHTEET

- Aall, Jørgen*: Rettergang og menneskerettigheter. Den europeiske menneskerettighetskonvensjons artikkel 6 og norsk straffeprocess. Bergen 1995.
- Aalto, Jorma S.*: Tuomarin kyselyvelvollisuudesta siviiliprosessissa. LM 1962 s. 568–597.
- » – Rikosprosessilain asiallisesta sovellutusalasta. Vammala 1965.
 - » – Asianosaisen käyttäytymisestä todisteena. LM 1967 s. 731–753.
 - » – Rikostuomion vaikutuksista siviiliprosessissa. Vammala 1968.
- Aarnio, Aulis*: Laki, teko ja tavoite. Tutkimus tavoitteellisuudesta lain tulkinnassa ja sen soveltamisessa. Forssa 1975.
- » – Oikeussäännösten tulkinnasta. Tutkimus lainopillisen perustelun rationaalisuudesta ja hyväksyttävyydestä. Helsinki 1982.
 - » – Laintulkinnan teoria. Yleisen oikeustieteen oppikirja. Juva 1989.
 - » – Ottakaamme oikeussäännöt vakavasti. Oikeus 1989 s. 112–122.
 - » – Muodon uusi tuleminen. LM 1994 s. 273–286.
 - » – Reason and Authority. A Treatise on the Dynamic Paradigm of Legal Dogmatics. Aldershot 1997.
- Advisory Committee's Explanatory Statement Concerning 1970 Amendments of the Discovery Rules*. Teoksessa *Federal Civil Judicial Procedure and Rules* 1986 ed. s. 71–73. St. Paul 1986.
- Airaksinen, Timo*: Moraalifilosofia. Juva 1988.
- Ala-Uotila, Mika*: Asianajosta hovioikeudessa riitajutussa. DL 1995 s. 480–509.
- Alexy, Robert*: Theorie der Grundrechte. Frankfurt am Main 1986.
- » – A Theory of Legal Argumentation. The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification. Oxford 1989.
 - » – Oikeusjärjestelmä, oikeusperiaate ja käytännöllinen järki. LM 1989 s. 618–633.
- Reihe Alternativkommentar zur Zivilprozessordnung*. Darmstadt 1987.
- Andersen, Jens Anker – Werlauff, Erik*: Dansk retspleje i hovedtræk. Århus 1993.
- Andersson, Torbjörn*: Rättsskyddsprincipen. EG-rätt och nationell sanktions- och processrätt ur ett svenskt civilprocessuellt perspektiv. Göteborg 1997.
- Andrews, Neil*: Principles of Civil Procedure. London 1994.
- Andström, Kristina*: Asiakirjan esittämivelvollisuudesta riita-asian oikeudenkäynnissä. DL 1997 s. 241–252.
- Anscombe, G.E.M.*: On Brute Facts. Analysis 1958 s. 69–72.
- Approximation of Judiciary Law in the European Union*. Working Group for the Approximation of the Civil Procedural Law in Europe: Final Report. Ed. Marcel Storme. Dordrecht 1994.
- Arens, Peter*: Zur Aufklärungspflicht der nicht beweisbelasteten Partei im Zivilprozess. ZJP 1983 s. 1–24.

- Aristoteles*: Nikomakhoksen etiikka. Suom. Simo Knuuttila. Helsinki 1989.
- Suomen *Asianajaliitto*: Lausunto mietinnöistä, jotka koskevat riita-asioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista. DL 1989 s. 541–552 ja 664–733.
- » – Lausunto oikeusministeriön työryhmän mietinnöstä oikeudenkäymiskaaren 21 luvun ja eräiden muiden oikeudenkäyntikulujen korvaamista koskevien säännösten muuttamisesta. DL 1990 s. 534–540.
- » – Lausunto Hovioikeustoimikunnan 1989 loppumietinnön (KM 1992:20) johdosta. DL 1992 s. 984–997.
- Atiyah, P.S. – Summers, Robert S.*: Form and Substance in Anglo-American Law. A Comparative Study of Legal Reasoning, Legal Theory, and Legal Institutions. Oxford 1991.
- Augdahl, Per*: Norsk civilprosess. 3. p. Trondheim 1961.
- Aurejärvi, Erkki*: Luotto- ja maksuvälineet. Jyväskylä 1986.
- Bathe, Heinrich Theodor*: Verhandlungsmaxime und Verfahrensbeschleunigung bei der Vorbereitung der mündlichen Verhandlung. Berlin 1977.
- Baumbach, Adolf – Lauterbach, Wolfgang – Albers, Jan – Hartmann, Peter*: Zivilprozessordnung. 50. Aufl. München 1992.
- Baur, Fritz*: Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess. Berlin 1966.
- Bayles, Michael*: Principles of Law. A Normative Analysis. Dordrecht 1987.
- » – Procedural Justice. Allocating to Individuals. Dordrecht 1990.
- Bender, Rolf – Betz, August – Wax, Peter*: Das Verfahren nach der Vereinfachungsnovelle und vor dem Familiengericht. München 1977.
- Bergholtz, Gunnar*: Ratio et Auctoritas. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål. Lund 1987.
- » – Något om domens motivering för och nu. JFT 1990 s. 188–200.
- Betänkning 1973:698* om behandling af borgerlige sager.
- Blomeyer, Arwed*: Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. 2. Aufl. Berlin 1985.
- Blume, Peter*: Refleksioner vedrørende civilprocessen. TfR 1991 s. 20–41.
- Bogdan, Michael*: Svensk internationell privat- och processrätt. 4. uppl. Lund 1993.
- Bolding, Per Olof*: Bevisbörda och den juridiska tekniken. Uppsala 1951.
- » – Går det att bevisa? Perspektiv på domstolsprocessen. Stockholm 1989.
- » – Beviskravet. Teoksessa Klami, Hannu Tapani (toim.): Rätt och sanning s. 106–112. Göteborg 1990.
- Roman, Robert*: Om åberopande och åberopsbörda i dispositiva tvistemål. Stockholm 1964.
- » – Om sakfrågor och rättsfrågor. TfR 1988 s. 411–433.
- » – Om mellandom och omröstning om omständigheter. FS Lars Welamson s. 79–99. Stockholm 1990. (FS 1990)
- » – Bevisbörda. Teoksessa Klami, Hannu Tapani (toim.): Rätt och sanning s. 113–117. Göteborg 1990.
- Born, Gary B.*: International Civil Litigation in United States Courts. 3. ed. Haag 1996.
- Brolin, Thore – Rehnström, Åke – Widebeck, Magnus*: Tvistemålsprocessen. En handledning för förberedelsen. Stockholm 1994.
- Broun, Kenneth S. – Blakey, Walker J.*: Evidence. 2. ed. St. Paul, Minn. 1994.
- Bruns, Rudolf*: Zivilprozessrecht. 2. Aufl. München 1979.
- van Caenegem, R. C.*: History of European Civil Procedure. Teoksessa International En-

- cyclopedia of Comparative Law. Vol. XVI Civil Procedure, Chapter 2. Tübingen 1973.
- Cappelletti*, Mauro: Human Rights and the Proceduralist's Role. Teoksessa Scott, I.R. (ed.): International Perspectives on Civil Justice s. 1–10. London 1990.
- Cappelletti*, Mauro – *Garth*, Bryant G.: Policies, Trends and Ideas in Civil Procedure. Teoksessa International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. XVI Civil Procedure, Chapter 1. Tübingen 1987.
- Carlson*, B.C.: Om rådstuvurättsprocessens i tvistemål brister och dessas avhjälpande. JFT 1932 s. 1–38.
- » – Osittaisen oikeudenkäyntiuidistuksen edellytyksistä ja päämäärästä. LM 1948 s. 56–71.
- Cars*, Thorsten: Om resning i rättegångsmål. Lund 1959.
- Clermont*, Kevin M.: Civil Procedure. 3. ed. St. Paul 1993.
- Comment*, Tactical Use and Abuse of Depositions under the Federal Rules. Yale L.J. 1949 s. 117–138.
- Corpus Juris* sisältäen riksoikeudelliset säännökset Euroopan unionin taloudellisten etujen suojaamiseksi. Kohti Euroopan oikeudellista aluetta. Delmas-Marty, Mireille (ed.). Moniste 1997.
- Council of Europe*: Principles of civil procedure designed to improve the functioning of justice. Recommendation No. R(84)5 adopted by the Committee of Ministers and Explanatory Memorandum.
- Cohen*, L. Jonathan: Freedom of Proof. ARSP 1983 s. 1–21.
- Cross and Tapper on Evidence*. 8. ed. by Tapper, Colin. London 1995.
- Danelius*, Hans: Katsaus Euroopan Ihmisoikeustuomioistuimen tuomioihin 1961–1990. OTJP 1991 s. 5–118.
- » – Mänskliga rättigheter. 5. uppl. Stockholm 1993.
- » – Katsaus Euroopan Ihmisoikeustuomioistuimen tuomioihin 1991–1994. OTJP 1995 s. 5–88.
- Diesen*, Christian: Bevisprövning i brottmål. Stockholm 1994.
- van Dijk*, P. – *van Hoof*, G.J.H.: Theory and Practice of the European Convention on Human Rights. 2. ed. Deventer 1990.
- Dworkin*, Ronald: Taking Rights Seriously. New Impression with a Reply to Critics. London 1978.
- » – A Matter of Principle. Cambridge, Mass. 1985.
- » – Law's Empire. Cambridge, Mass. 1986.
- Eckhoff*, Torstein: Tvilsrisikoen. Oslo 1943.
- » – Sivil prosess. 2. utg. ved Bjørn Haug. Oslo 1962. (Eckhoff)
- » – Temametode eller verdimetode i bevisvurderingen. SvJT 1988 s. 321–339.
- Edelstam*, Henrik: Sakkunnigbeviset. En studie rörande användningen av experter inom rättsväsendet. Göteborg 1991.
- Edward*, David: Fact-finding: a British Perspective. Teoksessa Miller – Beaumont (ed.): The Option of Litigating in Europe s. 43–56. London 1993.
- Eerola*, Risto: Prosessin ääriovi. Johdatusta prosessioikeuden perusteisiin. Turku 1996.
- Ekelöf*, Per Olof: Samhällsaskådning och civilprocess. SvJT 1941 s. 106–141.
- » – Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? Lund 1951.
- » – Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper. Stockholm 1956.

- » – Uppdelningen av civilprocessen i förberedelse och huvudförhandling. SvJT 1977 s. 383–398.
- » – Civilrätt och civilrättsskipning. Teoksessa FS Jan Hellner s. 229–252. Stockholm 1984. (FS 1984)
- » – Muntliga och skriftliga inslag i modern rättsskipning. JFT 1984 s. 424–447.
- » – En rättsvetenskaplig tragedi. Teoksessa FS Henrik Hessler s. 131–160. Stockholm 1985.
- » – Samhällsåskådning och civilprocess – än en gång. Teoksessa FS Lars Welamson s. 119–135. Malmö 1988. (FS 1988)
- » – Arvostelu teoksesta Lindell, Bengt: Sakfrågor och rättsfrågor. SvJT 1988 s. 23–39.
- » – Rättegång. IV häftet. 5. uppl. Lund 1988; V häftet. 6. uppl. Lund 1992. (Ekelöf IV; V)
- » – Om rätt och moral. Teoksessa Process och exekution, Vänbok till Robert Boman s. 71–83. Göteborg 1990. (Vänbok 1990)
- » – Om värdering av strukturala bevis. Teoksessa Klami, Hannu Tapani (toim.): Rätt och sanning s. 22–30. Göteborg 1990. (1990a)
- » – Kommentarer till diskussionen kring bevisvärde modellen och temamodellen. Teoksessa Klami, Hannu Tapani (toim.): Rätt och sanning s. 55–66. Göteborg 1990. (1990b)
- Ekelöf, Per Olof – Boman, Robert: Rättegång. I häftet. 7. uppl. Lund 1990; II häftet. 8. uppl. Stockholm 1996; IV häftet. 6. uppl. Göteborg 1993. (Ekelöf – Boman I; II; IV)*
- » – Rättsmedlen. 11. uppl. Göteborg 1992.
- Ekelöf, Per Olof – Bylund, Torleif – Boman, Robert: Rättegång. III häftet. 6 uppl. Stockholm 1994. (Ekelöf ym. III)*
- Ellilä, Tauno: Sivullisen oikeussuojan takeista ulosotossa erityisesti silmällä pitäen ulosmittausmenettelyä. Vammala 1947.*
- » – Asianosaisen kuulustelu totuusvakuutuksen nojalla ja rangaistussanktion uhalla. LM 1948 s. 612–641.
- » – Esimenettelystä riitajutuissa. Näkökohtia de lege ferenda. LM 1953 s. 71–92.
- » – Prosessilainsäädäntömme kokonaisuudistuksen tarve. LM 1961 s. 39–45.
- » – Äskettäisistä oikeudenkäymiskaaren muutoksista (OK 10–12, 14–17 ja 25 luvut). DL 1972 s. 297–321.
- Encyclopædia Iuridica Fennica. IV Rikos- ja prosessioikeus. Jyväskylä 1995. (EIF)*
- Eriksson, Lars D.: Utvecklingstendenser inom rättskyddet – det amerikanska exemplet. Teoksessa JJ Aarne Nuorvala s. 36–50. Vammala 1982.*
- Ervasti, Kaijus: Oikeudenkäyntikulut uudessa alioikeusmenettelyssä. Tutkimus alioikeuksien käytännöstä. Helsinki 1994.*
- » – Asiamiehen tai avustajan velvollisuudesta korvata vastapuolen oikeudenkäyntikulut. DL 1996 s. 440–450.
- » – Alioikeusudistuksen seuranta. Riita-asiat tilastojen ja oikeudenkäyntiasiakirjojen valossa. Helsinki 1997.
- » – Oikeudenkäyntikulut pääkäsitteeseen edenneissä riita-asioissa. Helsinki 1997. (1997b)
- Ervo, Laura: Ylimmät prosessiperiaatteet. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijät. Tampere 1996.*

- von Eyben, W. E.*: Bevis. Vojens 1986.
- Fasching, Hans W.*: Lehrbuch des österreichischen Zivilprozessrechts. Wien 1984.
- Feinberg, Joel*: Social Philosophy. New Jersey 1973.
- Fitger, Peter*: Rättegångsbalken II. Jatkuvatäydenteinen kansio. Stockholm 1984–1995. (Fitger RB)
- » – Domstolsprocessen. En kommentar till rättegångsbalken. Stockholm 1993. (Fitger)
- Frankena, William K.*: Ethics. 2. ed. New Jersey 1973.
- Frände, Dan*: Bandupptagning som bevis i rättegång. JFT 1983 s. 376–394.
- » – Den straffrättsliga legalitetsprincipen. Ekenäs 1989.
- » – Allmän straffrätt. En introduktion. Helsingfors 1994.
- Fuhrmann, Manfred*: Die Zurückweisung schuldhaft verspäteter und verzögernder Angriffs- und Verteidigungsmittel im Zivilprozess. Bielefeld 1987.
- Fyman, Barney*: Discovery in America: förberedelse i tvistemål enligt amerikansk rätt. JT 1996/97 s. 205–214.
- Gerber, David J.*: Extraterritorial Discovery and the Conflict of Procedural Systems: Germany and the United States. Am. J. Comp. L. 1986 s. 745–788.
- Goebel, Joachim*: Zivilprozessrechtsdogmatik und Verfahrenssoziologie. Berlin 1994.
- Gomard, Bernhard*: Civilprocessen. Under medv. af Allan Walbom. 4. udg. København 1994.
- Gomard, Bernhard – Møller, Jens – Nilas, Claes*: Kommenteret Retsplejelov. Bind I. 4. udg. Gylling 1989.
- Gottwald, Peter*: Fact-finding: a German Perspective. Teoksessa Miller – Beaumont (ed.): The Option of Litigating in Europe s. 43–56. London 1993.
- Granfelt, O. HJ.*: Den materiella processledningen vid underdomstol i vanliga tvistemål enligt gällande finsk och svensk rätt. 2. uppl. Helsingfors 1911.
- » – Officialprincipen och dess tillämpning på materiellrättslig grund. JFT 1912 s. 319–366.
- » – Ehdotus oikeudenkäyntilaitoksen uudistamiseksi v. 1923. Helsinki 1925.
- » – Arvostelu teoksesta Olivecrona, Karl: Beviskyldigheten och den materiella rätten. JFT 1934 s. 244–248.
- » – Jura novit curia. Teoksessa Granfelt, Valda juridiska uppsatser s. 59–73. Helsingfors 1944.
- » – Önskvärda och möjliga processuella särreformer. JFT 1952 s. 161–165.
- Grathe, A.*: Byretssager. Teoksessa von Eyben, W.E. (red.), Proceduren s. 241–255. 2. udg. Kobenhavn 1980.
- Gross, Samuel R.*: The American Advantage: The Value of Inefficient Litigation. Michigan L. R. 1987 s. 734–757.
- Gullnäs, Ingvar – Fitger, Peter – Eklycke, Lars – Eksborg, Ann-Louise*: Rättegångsbalken I. Jatkuvatäydenteinen kansio. Stockholm 1984–1995.
- Gärde, N.*: Bevisteori och förhandlingsform. SvJT 1940 s. 141–150.
- Gärde, N. – Engströmer, Thore – Strandberg, Tore – Söderlund, Erik*: Nya rättegångsbalken. Faksimilupplaga, Göteborg 1994.
- Habscheid, Walther J. – Berti, Stephen V.*: European Summary. Teoksessa Platto, Charles (ed.), Pre-Trial and Pre-Hearing Procedures Worldwide s. 46–54. Newcastle 1990.
- Halila, Jouko*: Tunnustamisesta. Siviiliprosessuaalinen tutkimus. Vammala 1950.
- » – Oikeustieteellisistä asiantuntijalausunnoista. LM 1954 s. 213–225.

- » – Todistustaakan jaosta silmällä pitäen erityisesti varallisuus oikeudellisia oikeussuh- teita. Porvoo 1955.
- » – Saamisoikeuksien kuittauksesta. Vammala 1961.
- » – Vahingonkorvauksen suuruuden todistelusta. LM 1961 s. 291–303.
- » – Kantelusta tuomiovirheen perusteella. LM 1964 s. 1–47.
- » – Kuluva vuosi – prosessioikeudellisen tutkimuksen merkkivuosi. LM 1968 s. 763–766.
- » – Oikeudenkäyntimenettelyn 14.1.1972 annetulla lailla toteutetut osittaisuudistukset. LM 1972 s. 463–504.
- » – Suullisten lausumien pöytäkirjaan merkitsemisestä oikeudenkäynnissä. DL 1977 s. 49–57.
- » – Vuoden 1734 lain oikeudenkäymiskaaren vielä voimassa olevista säännöksistä. JFT 1984 s. 476–487.
- » – Unohduksiin jäänyt korvaussäännös (OK 21:4.2). DL 1985 s. 286–292.
- » – Alioikeusmenettely – suullista vai kirjallista. DL 1989 s. 78–84.
- Halila, Jouko – Ylöstalo, Matti*: Saamisen lakkaamisesta. 4. p. Helsinki 1979.
- Hallberg, Pekka*: Perusoikeusuudistus ja tuomioistuimet. LM 1996 s. 832–844.
- Hallberg, Pekka – Ignatius, Pirkko – Kanninen, Heikki*: Hallintolainkäyttölaki. Jyväskylä 1997.
- Halvorsen, Harald*: Advokatvirksomhet – betingelser og krav. Oslo 1984.
- Hart, H.L.A.*: The Concept of Law. 2. ed. Oxford 1994.
- Hassler, Åke*: Erfarenheter av den svenska processreformen. JFT 1954 s. 257–265.
- » – Svensk civilprocessrätt. En lärobok. Lund 1963. (Hassler)
- Hatakka, Minna*: Das Risiko der fehlerhaften Entscheidungen. Uppsala 1995.
- Havansi, Erkki*: Oikeuslaitostoimikunnan mietinnön kritiikkiä. LM 1972 s. 1–35.
- » – Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Lappalainen, Juha: Vahingonkorvaus- vaatimuksesta rikosjutussa. LM 1986 s. 1116–1128.
- » – Suomen konkurssioikeus. 3. p. Tampere 1992.
- » – Esinevakuusoikeudet. Panttioikeus. Pidätys oikeus. Omistuksenpidätys. Vakuusluo- vutus. 2. p. Jyväskylä 1992. (Esinevakuusoikeudet)
- » – Uusi turvaamistoimilainsäädäntö selityksineen. Oikeudenkäymiskaaren uusi 7 luku sekä ulosottolain 7 luvun uusitut säännökset kommentoituina. 2. p. Jyväskylä 1994.
- » – Taakkaa kerrakseen. Teoksessa Asianajajan työkentältä s. 90–99. Jyväskylä 1994. (Havansi Asianajajaliitto)
- » – Prosessioikeus. Teoksessa Timonen, Pekka (toim.): Johdatus Suomen oikeusjärjes- telmään 2, s. 129–297. Jyväskylä 1996.
- HE 1945:137* laeiksi oikeudenkäymiskaaren 17, 21 ja 24 luvun, korvauksesta todistajille valtion varoista annetun lain, maakaaren 1 luvun, ulosottolain 3 luvun sekä rikos- lain 17 luvun muuttamisesta.
- HE 1958:3* laiksi asianajajista sekä laiksi oikeudenkäymiskaaren muuttamisesta.
- HE 1959:33* laiksi oikeudenkäymiskaaren sekä laeiksi eräiden oikeudenkäyntimenette- lyä koskevien muiden lakien muuttamisesta.
- HE 1971:12* laiksi asianosaisia ja eräiden asioiden käsittelyjärjestystä koskevien oikeu- denkäymiskaaren säännösten muuttamisesta.
- HE 1975:78* laeiksi oikeudenkäymiskaaren 11 ja 17 luvun sekä Suomen ja ulkomaan vi- ranomaisen yhteistoiminnasta oikeudenkäynnissä sekä ulkomaan tuomioistuimen

- päätöksen täytäntöönpanosta eräissä tapauksissa annetun lain 6 §:n muuttamisesta.
- HE 1986:28* yleisten alioikeuksien yhtenäistämistä koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 1988:66* rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen ensimmäisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.
- HE 1990:15* riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 1990:16* laeiksi oikeudenkäymiskaaren sekä eräiden muiden lakien tiedoksiantoa riita-asioissa koskevien säännösten muuttamisesta.
- HE 1990:154* oikeudenkäymiskaaren pöytäkirjaa ja tuomiota koskevien säännösten uudistamisesta riita-asioissa.
- HE 1990:179* turvaamistointa koskevan lainsäädännön uudistamisesta.
- HE 1992:130* laiksi alioikeusuudistukseen liittyvien lakien voimaannpanosta.
- HE 1992:252* käräjäoikeuslaiksi.
- HE 1993:79* laiksi alioikeusuudistuksen siirtymäsäännöksistä sekä eräiksi muiksi alioikeusuudistuksen voimaannpanoon liittyviksi laeiksi.
- HE 1993:94* rikoslainsäädännön kokonaisuudistuksen toisen vaiheen käsittäväksi rikoslain ja eräiden muiden lakien muutoksiksi.
- HE 1993:190* laeiksi työtuomioistuimesta annetun lain ja asiakirjain lähettämisestä annetun lain 5 §:n muuttamisesta.
- HE 1993:191* oikeudenkäyntikulujen korvaamista koskevien säännösten muuttamisesta.
- HE 1993:309* perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 1995:82* rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 1995:106* ulosottoviranomaisia ja ulosottoasioiden muutoksenhakua koskevan lainsäädännön uudistamisesta
- HE 1995:217* laiksi hallintolainkäytöstä ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
- HE 1997:6* oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi
- HE 1997:33* oikeudenkäymiskaaren muutoksenhakua hovioikeuteen ja asian käsittelyä hovioikeudessa koskevien säännösten sekä eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta.
- HE 1998:1* uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.
- Heinonen, Olavi:* Käräjäoikeuden ja nykyisten alioikeuksien suoritus- ja kilpailukyvyn vertailua. LM 1986 s. 962–970.
- » – Ihmisoikeudet oikeuslähteenä. LM 1990 s. 501–505.
- Helin, Markku:* Lainoppi ja metafysiikka. Tutkimus skandinaavisen oikeusrealismin tieteenkuvasta ja sen vaikutuksesta Suomen siviilioikeuden tutkimuksessa vuosina 1920–1960. Vammala 1988.
- Hellners, Trygve:* Arvostelu teoksesta Lindell, Bengt: Processuell preklusion. SvJT 1995 s. 847–858.
- Hellsten, Sirkku:* Oikeutta ilman kohtuutta. Modernin oikeudenmukaisuuskäsityksen kritiikkiä. Tampere 1996.
- Helminen, Klaus:* Alioikeusuudistuksen päälinjoja. LM 1986 s. 941–961.
- » – Förundersökning och tvångsmedel. Helsingfors 1992.
- Hemmo, Mika:* Vahingonkorvauksen sovittelu ja moderni korvausoikeus. Vammala 1996.

- » – Sopimus oikeus I. Helsinki 1997.
- Heuman, Lars*: Advokatens rättsutredningar – metod och ansvar. Stockholm 1987.
- » – Editionsförelägganden i civilprocesser och skiljetvister, Del I. JT 1989–90 s. 3–46.
- » – Bevisupptagningen under förberedelsen i syfte att främja förlikningsversamheten. Teoksessa Process och exekution, Vänbok till Robert Boman s. 137–153. Uppsala 1990.
- » – Kan en part kringgå förbudet att åberopa ny bevisning i hovrätten genom att söka hjälp av en ordinär intervenient? JT 1991–92 s. 706–714.
- » – Preklusionsrisken vid bevissäkringspassivitet. SvJT 1993 s. 246–270.
- » – Arvostelu teoksesta Lindell, Bengt: Processuell preklusion. JT 1993–94 s. 612–617.
- » – Editionssökandens moment 22 och yrkeshemligheter. JT 1995–96 s. 449–455.
- Hidén, Mikael*: Perusoikeuksien yleiset opit – muuttuvaa ja muuttumatonta. LM 1996 s. 753–769.
- Hirvonen, Juhani*: Om riktlinjerna för en processreform i Finland; en översättning av Sveriges rättegångsbalk av år 1942 eller ett modernt förslag? JFT 1990 s. 201–226.
- » – Teema-preklusio. DL 1995 s. 429–450.
- Holzhammer, Richard*: Österreichisches Zivilprozessrecht. 2. Aufl. Wien 1976.
- Honkasalo, Brynolf*: Vahvistuskanne oikeudesta ja sen edellytyksistä Suomen oikeuden mukaan I. Aineelliset edellytykset. Helsinki 1928.
- Hormia, Lauri*: Todistamiskielloista rikosprosessissa. Oikeudellinen tutkimus. Osat I ja II. Vammala 1978 ja 1979.
- » – Asianosaisen poissaolosta siviiliprosessissa. Tutkimus yksipuolisesta eli kontumaciaalimenettelystä erityisesti ns. dispositiivisia asioita silmälläpitäen. Vammala 1988.
- » – Sananen todistelusta vastaajan jäätyä saapumatta dispositiivisen riita-asian ensikäsittelyyn. LM 1990 s. 259–262.
- Hov, Jo*: Rettergang i sivile saker. 2. utg. Bergen 1994.
- Huttunen, Kauko*: Markkinatuomioistuin ja menettely siinä. DL 1986 s. 227–239.
- » – Eräitä näkökohtia prosessiuudistuksesta. DL 1989 s. 342–353.
- Häyry, Heta – Häyry, Matti*: Oikeudenmukaisuus oikeudenmukaisuutena. Teoksessa Kieseppä ym. (toim.): Tieto, totuus ja todellisuus s. 202–210. Tampere 1996.
- Jacobsson, Ulla*: Parts kostnad i civilprocess. Idéhistorisk utredning och synpunkter på kostnadsreglernas funktion. Lund 1964.
- » – Argumentation i civilprocessen. Teoksessa FS Lars Welamson s. 349–368. Malmö 1988.
- James, Fleming Jr. – Hazard, Geoffrey C. Jr.*: Civil Procedure. 3. ed. Boston 1985.
- Jauernig, Othmar*: Zivilprozessrecht. 24. Aufl. München 1993.
- Johannesson, Kurt*: Juridik och retorik. Teoksessa Mellqvist – Persson (red.): Retorik & rätt s. 11–44. Göteborg 1994.
- Jokela, Antti*: Yleisen alioikeusmenettelyn suullisuudesta, välittömyydestä ja keskityksestä. OTJP 1988 s. 54–163.
- » – Aineellinen prosessinjohto ja asianosaisen tehtävät riita-asian valmistelussa. LM 1994 s. 139–158.
- » – Oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta uudessa riita-asia menettelyssä. DL 1994 s. 139–162.
- » – Oikeudenkäynnin suullisuudesta. Teoksessa Asianajajan työkentältä s. 133–150.

- Jyväskylä 1994.
- » – Oikeudenkäyntikulut ja maksuton oikeusapu. Tampere 1995.
 - » – Kommentteja oikeudenkäyntikuluista, preklusiosta ja sovinnosta käytyyn keskusteluun. DL 1995 s. 763–773.
 - » – Oikeudenkäynti I. Jyväskylä 1996.
 - » – Uudistuva rikosprosessi. Jyväskylä 1997.
- Jonkka, Jaakko:* Syytekytnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Vammala 1991.
- » – Rikosprosessioikeuden yleisistä opeista. Helsinki 1992.
 - » – Välittömyysperiaate prosessuaalisena oikeusperiaatteena. LM 1992 s. 699–721.
 - » – Todistusharkinnasta. Helsinki 1993.
 - » – Rikosasiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamisesta. LM 1994 s. 727–741.
- Jääskeläinen, Petri:* Syyttäjä tuomarina. Rikos- ja prosessioikeudellinen tutkimus seuraamusluonteisen syyttämättä jättämisen ja rangaistusmääräysmenettelyn ehdoista Suomessa ja Ruotsissa. Vammala 1997.
- Kaila, Heidi:* Yhteisöjen tuomioistuimen toiminnan vahvistuminen EU:n vuoden 1996 hallitusten välisessä konferenssissa. DL 1997 s. 618–627.
- Kaisto, Janne:* »Tiesi tai olisi pitänyt tietää». Varallisuus oikeudellinen tutkimus perustellun vilpittömän mielen vaatimuksesta KK 11:4 ja 12:4:n sekä VKL 14 §:n mukaan. Vammala 1997.
- Kallenberg, E.:* Svensk Civilprocessrätt I. 2. uppl. Lund 1923.
- Kallweit, Uwe:* Die Prozessförderungspflicht der Parteien und die Präklusion verspäteten Vorbringens im Zivilprozess nach der Vereinfachungs novelle vom 3.12.1976. Frankfurt am Main 1983.
- Kane, Mary Kay:* Civil Procedure. 3. ed. St. Paul 1991.
- Kanniainen, Vesa – Määttä, Kalle – Timonen, Pekka:* Oikeustaloustiede – johdantoa lähestymistapoihin ja käsitteisiin. Teoksessa Kanniainen – Määttä (toim.): Näkökulmia oikeustaloustieteeseen s. 11–45. Tampere 1996.
- Kaplan, Benjamin – Clermont, Kevin M.:* England and the United States. Teoksessa International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. XVI Civil Procedure, Chapter 6 Ordinary Proceedings in First Instance s. 3–56. Tübingen 1984.
- Keane, Adrian:* The Modern Law of Evidence. 4. ed. London 1996.
- Kemppinen, Jukka:* Väittämistäakka ja syytesidonnaisuus. LM 1991 s. 1–12.
- » – Tätä kaikki asianomaiset noudattakoot. Korkein oikeus, laki ja yhteiskunta 1918–1990. Helsinki 1992.
- Kerameus, Konstantinos D.:* Procedural Harmonization in Europe. Am. J. of Comp. L. 1995 s. 401–416.
- Kiiha, Juha:* Riita-asioiden valmistelun kehittämisestä – Näkökohtia valmistelusta USA:ssa. DL 1998 s. 117–120.
- Kiralfy, A.K.R.:* The English Legal System. 8. ed. London 1990.
- Kivimäki, T. M.:* Asianajajan siviilioikeudellinen vastuu. Helsinki 1924.
- KKO:* Valtioneuvostolle 2.1.1990 annettu lausunto ehdotuksesta hallituksen esitykseksi Eduskunnalle riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi. KKO:n vuosikirja 1990 s. 382–411.
- » – Valtioneuvostolle 25.1.1990 annettu lausunto ehdotuksesta hallituksen esitykseksi Eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren pöytäkirjaa ja tuomiota koskevien säännös-

- ten uudistamisesta riita-asioissa. KKO:n vuosikirja 1990 s. 485–496.
- Klami, Hannu Tapani*: Ihmisen säännöt. Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turku 1983.
- » – Något om Ekelöfs teleologiska metod. SvJT 1990 s. 226–232.
 - » – Todistusoikeudesta Yhdysvalloissa. DL 1991 s. 25–35.
 - » – Todistajanpsykologiaa juristeille. DL 1991 s. 361–402.
 - » – Tuomioistuinten toiminnan mittaaminen. DL 1992 s. 460–474.
 - » – Todistusharkinnasta riita-asioissa. DL 1992 s. 573–586.
 - » – Ovisshet och beviskrav. JFT 1994 s. 12–23.
 - » – Juridisten argumenttien punnintamalli. LM 1995 s. 1066–1081.
 - » – Lagen, sanningen och tingsgemenskapen. JFT 1997 s. 31–46.
 - » – Tieteenteorian luentoja. Helsinki 1997.
- Klami, Hannu Tapani* – Rahikainen, Marja – Sorvettula, Johanna: Todistusharkinta ja todistustaakka. Mänttä 1987.
- Klami, Hannu Tapani* – Sorvettula, Johanna – Hatakka, Minna: Att bevisa uppsåt. Tfr 1988 s. 387–404.
- » – Tarvitaanko todistustaakkaa? DL 1990 s. 1–21.
 - » – Evidence and Legal Reasoning: On the Intertwinement of the Probable and the Reasonable. Law and Philosophy 1991 s. 73–107.
- Kleineman, Jan*: Om skadestånd och ökad processbenägenhet. JT 1994–95 s. 856–869.
- KM 1901:8 ja 9* Ehdotukset Oikeudenkäyntilaitoksen uudistukseksi. Laatinut sitä varten asetettu komitea. I Ehdotus tuomioistuinlaiksi; II Ehdotus laiksi riita-asiain oikeudenkäynnistä ynnä perustelmat.
- KM 1971:B 112* Oikeuslaitostoimikunnan mietintö.
- KM 1992:20* Hovioikeustoimikunnan 1989 loppumietintö.
- KM 1994:15* Tuomarit 2000-luvulle. Tuomarinuratoimikunnan mietintö.
- KM 1997:13* Perustuslaki 2000.
- KM 1998:2* Ulosotto 2000 -toimikunnan mietintö.
- KM 1998:3* Oikeudenkäyntikulutoimikunnan välimietintö.
- Kohl, Alphonse*: Romanist Legal Systems. Teoksessa International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. XVI Civil Procedure, Chapter 6 Ordinary Proceedings in First Instance s. 57–100. Tübingen 1984.
- Koulu, Risto*: Hakemusasioista erityisesti avioeroasioiden kannalta. Jyväskylä 1989.
- » – Hukkuuko riidanratkaisu sovintoon? Oikeus 1995 s. 24–35.
 - » – EY-tuomioistuimen ennakkoratkaisut suomalaisessa oikeudenkäynnissä I–III. DL 1994 s. 555–578, 759–784 ja DL 1995 s. 3–29.
 - » – Arvostelu teoksesta Lindell, Bengt: Processuell preklusion. JFT 1995 s. 66–73.
 - » – Muutoksenhaku ulosotossa. Jyväskylä 1997.
- Kuusimäki, Matti*: Oikeustustosiseikat ja todistustosiseikat – ystäviä vai vihollisia? DL 1994 s. 429–442.
- Lager, Irma*: Tuomionpurun edellytyksistä siviili- ja hallintoprosessissa. Helsinki 1972.
- » – Asiamiehen unohtuksesta ja erehdyksestä menetetyn määräajan palautusperusteena. DL 1980 s. 233–248.
 - » – Suppeatutkintaisista lainkäyttölajeista erityisesti saamisen velallisperinnässä. Vammala 1988.
 - » – Yksipuolinen tuomio ja todistelun tarpeellisuus. LM 1990 s. 674–685.

- » – Lainkäytön pääasiat. Jyväskylä 1994.
- Lahti*, Raimo: Rikoslain kokonaisuudistuksen ensimmäinen vaihe: varallisuus- ja talousrikossäännökset I–III. LM 1991 s. 258–290, 873–901 ja 1168–1201.
- Lammenranta*, Markus: Tietoteoria. Tampere 1993.
- Landers*, Jonathan M. – *Martin*, James A.: Civil Procedure. Boston 1981.
- Langan*, P.St.J. – *Henderson*, L.D.J.: Civil Procedure. 3. ed. London 1983.
- Langbein*, John H.: The German Advantage in Civil Procedure. The University of Chicago L. R. 1985 s. 823–866.
- Lappalainen*, Juha: Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa. Prosessioikeudellinen tutkimus. Vammala 1986.
- » – Oikeustositseikka ja todistustositseikka prosessioikeudellisina peruskäsitteinä. LM 1986 s. 756–770.
- » – Todistajan esteellisydestä. Prosessioikeudellinen tutkimus oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 18 §:n tulkinnasta. Mänttä 1988.
- » – Kunde man avskaffa stadgandena om vittnesjäv (RB 17:18)? JFT 1988 s. 272–279.
- » – Alioikeusmenettelyn kehittämisestä. LM 1988 s. 957–968.
- » – Asianosaisen väittämistaakasta muutoksenhaussa. DL 1989 s. 96–119.
- » – Eräs vastaajan väittämistaakkaa koskeva oikeustapaus. LM 1990 s. 247–258.
- » – »Ilmeisen perusteeton« ja »näyttämättä jäänyt«. LM 1990 s. 669–673.
- » – Alioikeusuudistus ja kannemääräajat. DL 1993 s. 156–162.
- » – Principen Jura novit curia och domarens processledning. JFT 1993 s. 36–43.
- » – Alioikeusuudistus 1987–1993. Alioikeuksien yhtenäistäminen ja uusi oikeudenkäyntimenettely riita-asioissa. 3. p. Jyväskylä 1994. (Lappalainen)
- » – Oikeudenkäyntiaineisto uudessa hovioikeusprosessissa. Teoksessa Asianajajan työkentältä s. 196–214. Jyväskylä 1994. (Lappalainen Asianajajaliitto)
- » – Siviiliprosessioikeus I. Jyväskylä 1995.
- » – Virallisen vastaväittäjän lausunto teoksesta Laukkanen, Sakari: Tuomarin rooli. LM 1996 s. 136–150.
- Lappi-Seppälä*, Tapio: Rangaistuksen määräämisestä I. Vammala 1987. (Lappi-Seppälä)
- » – Miksi rikosoikeus? Teoksessa Lahti, Raimo (toim.): Nykyaajan rikosoikeus II s. 17–57. Helsinki 1997.
- Larsson*, Sven: Förlikning i tvistemål. Uppsala 1958.
- Laukkanen*, Sakari: Tuomarin rooli. Prosessioikeudellinen tutkimus tuomarin roolista dispositiivisen riita-asian valmistelussa silmälläpitäen riidan kohteen selvittämistä. Vammala 1995.
- LaVM 1986:11* HE:n johdosta yleisten alioikeuksien yhtenäistämistä koskevaksi lainsäädännöksi.
- LaVM 1990:16* HE:n johdosta riita-asian oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- LaVM 1990:18* HE:n johdosta oikeudenkäymiskaaren pöytäkirjaa ja tuomiota koskevien säännösten uudistamisesta riita-asioissa.
- LaVM 1993:11* HE:stä laiksi alioikeusuudistuksen siirtymäsäännöksistä sekä eräiksi muiksi alioikeusuudistuksen voimaansaantoon liittyviksi laeiksi.
- LaVM 1997:9* HE:stä rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- LaVM 1997:19* HE:stä oikeudenkäymiskaaren muutoksenhakua hovioikeuteen ja asian

- käsittelyä hovioikeudessa koskevien säännösten sekä eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta.
- Lehtimaja, Lauri*: Aineellinen totuus ja järkevä epäily. LM 1981 s. 170–174.
- » – Lakimies ja ihmisoikeudet. LM 1995 s. 183–192.
- Leipold, Dieter*: Prozessförderungspflicht der Parteien und richterliche Verantwortung. ZZP 1980 s. 237–265.
- » – Lex fori, Souveränitet, Discovery. Grundfragen des internationalen Zivilprozessrechts. Heidelberg 1989.
- Lemken, Elmar*: Diskussionsbericht zum europäischen Zivilprozessrecht. ZZP 1996 s. 337–343.
- Lent, Friedrich*: Zur Unterscheidung von Lasten und Pflichten der Parteien im Zivilprozess. ZZP 1954 s. 344–356.
- Leppänen, Tatu*: Vahinkoedellytys konkurssitakaisinsaannissa. Jyväskylä 1992.
- » – Oikeusvoimasta ja velkojien suojasta. DL 1994 s. 259–276.
- » – Perusoikeusuudistuksen merkityksestä prosessioikeudessa. LM 1996 s. 238–251.
- Leppänen, Tatu – Välimaa, Asko*: Muutoksenhaun pääpiirteet. 2. p. Helsinki 1997.
- Letto-Vanamo, Pia*: Suomalaisen asianajolaitoksen synty ja varhaiskehitys. Oikeushistoriallinen tutkimus. Vammala 1989.
- » – Käräjäyhteisön oikeus. Oikeudenkäyttö Ruotsi-Suomessa ennen valtiollisen riidanratkaisun vakiintumista. Helsinki 1995.
- Levine, Julius Byron*: Discovery. Oxford 1982.
- Liljenfeldt, Raija*: Oikeudenkäyntikuluista riitajutuissa. Helsinki 1982.
- Liljenfeldt, Robert*: Preklusiosta sekä oikeustositseikkojen ja todisteiden kartoittamisesta etukäteen. DL 1994 s. 163–178.
- » – Valmistelu hovioikeusprosessissa. DL 1995 s. 249–258.
- » – Riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistaminen hovioikeustuomarin näkökulmasta. DL 1995 s. 464–479.
- Liljenfeldt, Raija – Liljenfeldt, Robert*: Sovinnosta riita-asioissa. DL 1993 s. 294–307.
- Lindblom, Per Henrik*: Processhinder. Om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen, särskilt vid bristande talerätt. Stockholm 1974.
- » – Grupptalan. Det anglo-amerikanska class actioninstitutet ur svenskt perspektiv. Göteborg 1989.
- » – Studier i processrätt. Göteborg 1993.
- » – Civilprocessens roll igår, idag och i morgon. JFT 1993 s. 3–15.
- » – Rättsfärernas harmoni. Om arbetet på en enhetlig europeisk processrätt. SvJT 1996 s. 793–834.
- » – Integrera mera? Regeringsförhandlingar om (bl.a.) civilprocessrätten i EU! SvJT 1997 s. 307–316.
- Lindell, Bengt*: Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt. Uppsala 1987.
- » – Partsautonomins gränser i dispositiva tvistemål och med särskild inriktning på rättsanvändningen. Uppsala 1988.
- » – Temametoden och värdeметoden vid juridisk bevisvärdering. Teoksessa Klami, Hannu Tapani (toim.): Rätt och sanning s. 9–21. Göteborg 1990.
- » – Processuell preklusion av nya omständigheter eller bevis rörande saken. Göteborg 1993.

- Lindstedt*, Gustaf: Om förlikning i rättegångsmål. SvJT 1950 s. 675–694.
- Linna*, Tuula: Ulosottorealisoinnista de lege ferenda. Vammala 1987.
- Locke*, Johan: Tutkielma hallitusvallasta. Tutkimus poliittisen vallan oikeasta alkuperästä, laajuudesta ja tarkoituksesta. Tampere 1995.
- Lowenfeld*, Andreas F.: International Litigation and the Quest for Reasonableness. New York 1996.
- LVK 1909:2* Ehdotukset oikeudenkäyntilaitoksen uudistukseksi. II Ehdotus riita-asiain oikeudenkäyntilaitoksi ynnä perustelmat.
- LVK 1927:6* Ehdotus hallituksen esitykseksi Eduskunnalle oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta.
- LVK 1929:2* Ehdotus hallituksen esitykseksi Eduskunnalle oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta.
- LVK 1937:16* Ehdotus hallituksen esitykseksi Eduskunnalle oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta.
- MacCormick*, Neil: Coherence in Legal Justification. De lege 1992 s. 311–330.
- MacCormick*, Neil – *Weinberger*, Ota: An Institutional Theory of Law. New Approaches to Legal Positivism. Dordrecht 1986.
- MacIntyre*, Alasdair: After Virtue. A study in moral theory. 2. ed. London 1987.
- Mackie*, David: Discovery in Commercial Litigation. Teoksessa Zuckerman – Cranston (ed.): Reform of Civil Procedure s. 137–148. Oxford 1995.
- Makkonen*, Kaarle: Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Rakennanalyttinen tutkimus. Vammala 1981. (Ratkaisutoiminta)
- » – Luentoja yleisestä oikeustieteestä. 2. p. Jyväskylä 1981. (Luentoja)
- Matthews*, Paul – *Malek*, Hodge M.: Discovery. London 1992.
- Maunu*, Antti: Tehokas oikeussuoja Euroopan yhteisön oikeudessa ja kansallinen prosessiautonomia – onko kansallisen tuomioistuimen sovellettava yhteisön oikeutta viran puolesta? DL 1997 s. 333–342.
- McClean*, David: International Judicial Assistance. Oxford 1992.
- Melander*, Lauri: Saamistodisteen liittämisestä haastehakemukseen oikeudenkäymiskäärän 5 luvun 2 §:n mukaisissa haastehakemuksissa. DL 1993 s. 830–838.
- » – Menettelyvirheen vuoksi palautetun riitajutun käsittelystä kärjäoikeudessa silmäläpäitän erityisesti oikeustositseikkojen prekludoitumista. DL 1997 s. 66–74.
- Mellqvist*, Mikael: First impression last – Om sakframställningen. Teoksessa Mellqvist – Persson (red.): Retorik & rätt s. 183–217. Göteborg 1994.
- Michelsen*, Hans M.: Om å forberede en tvistemålssak ja Saksforberedelse og prosessledelse. Teoksessa Michelsen (red.): Saksforberedelse og prosedyreteknikk s. 21–43 ja 44–65. Oslo 1981.
- Munch-Petersen*, H.: Den danske retspleje. I–II del. 2. udg. København 1923–24.
- Mäenpää*, Olli: Oikeusturvan kehittyvät vaatimukset EY-oikeuden toteuttamisessa. Teoksessa JJ Roschier-Holmberg & Waselius 60 v. s. 112–133. Jyväskylä 1995.
- » – EG-domstolens roll som övervakare av rättsskyddet. JFT 1996 s. 271–296.
- Möller*, Gustaf: Kansainvälinen oikeusapu riita-asioissa. Teoksessa Kansainvälinen oikeusapu s. 76–104. Mänttä 1980.
- » – Domstolen och icke åberopade omständigheter. JFT 1984 s. 332–339.
- » – Pre-trial Procedure to Expedite Judicial Proceedings. DL 1989 s. 264–272.
- » – Om skiljeförfarande och talan om ogiltigförklarande eller ändring av bolagstäm-

- mobeslut. Teoksessa FS Curt Olsson s. 256–262. Helsingfors 1989.
- » – Euroopan ihmisoikeussopimuksesta ja prosessioikeudesta. LM 1990 s. 579–592.
 - » – Siviiliprosessin uudistuminen. Teoksessa Rosas, Allan (toim.): Oikeus, demokratia, informaatio s. 170–179. Helsinki 1993.
 - » – Arvostelu teoksesta Lappalainen, Juha: Alioikeusuudistus 1987–1993. LM 1994 s. 979–985.
 - » – Om domens preklusionsverkan och alternativa grunder för käromål. JFT 1995 s. 131–144.
 - » – Välimiesmenettelyn perusteet. Helsinki 1997.
- Niemi-Kiesiläinen, Johanna:* Luonnollisen henkilön velkavastuu insovenssioikeudessa. Vammala 1995.
- Niiniluoto, Ilkka:* Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus. 3. p. Keuruu 1997.
- » – Tieteellinen päättely ja selittäminen. Keuruu 1983.
- Nikkarinen, Lasse:* Eräitä näkökohtia todistuslainsäädäntömme epäkohdista ja esivalmistelun tarpeellisuudesta riita-asioissa. LM 1966 s. 179–199.
- Norrgård, Marcus:* Bevisteori, HD 1995:53 och den komparativa metoden. JFT 1996 s. 332–350.
- Note, Developments in the Law – Discovery.* Harvard L.R. 1961 s. 940–1072.
- Nousiainen, Kevät:* Oikeudenkäytön modernisoituminen. Teoksessa Letto-Vanamo, Pia (toim.): Suomen oikeushistorian pääpiirteet s. 286–306. Jyväskylä 1991.
- » – Prosessin herruus. Länsimaisen oikeudenkäytön »modernille» ominaisten piirteiden tarkastelua ja alueellista vertailua. Jyväskylä 1993.
- Nousiainen, Heikki:* Käräjäoikeusuudistus ja käytäntö. DL 1995 s. 396–412.
- Nuotio, Kimmo:* Oikeuden toteutumisesta monimutkaistuvassa yhteiskunnassa. LM 1996 s. 1019–1035.
- Nuutila, Ari-Matti:* Rikosoikeudellinen huolimattomuus. Jyväskylä 1996.
- Oikeustilastollinen vuosikirja* 1992, 1994, 1995 ja 1996. Tilastokeskus. Helsinki 1993, 1995, 1996 ja 1997.
- Olivecrona, Karl:* Beviskyldigheten och den materiella rätten. Uppsala 1930.
- » – Grunden och saken. JFT 1954 s. 312–346.
 - » – Rätt och dom. 2. uppl. København 1966.
- OLJ 1973:18* Alioikeuksien yhtenäistäminen. Oikeusministeriön asettaman työryhmän mietintö.
- OLJ 1976:2* Oikeudenkäyntimenettelyn ja tuomioistuinlaitoksen uudistamisesta. Ns. Isku-ryhmän raportti.
- OLJ 1980:6* Alioikeuksien yhtenäistämisen ja oikeudenkäyntimenettelyn uudistamisen suunnitteluperusteista. Oikeusministeriön asettaman työryhmän mietintö.
- OLJ 1980:7* Ehdotus yhden tuomarin istuntoa ja riita-asian valmistelua koskeviksi säännöksiksi. Työryhmän mietintö.
- OLJ 1995:1* Ehdotus ryhmäkannelaiksi. Työryhmän mietintö.
- OLJ 1996:2* Tuomarin esteellisyys. Työryhmän mietintö.
- Olsson, Hans Gustaf:* Förberedelse i tvistemål. Stockholm 1964.
- Otto, Hansjörg:* Die Präklusion. Ein Beitrag zum Prozessrecht. Berlin 1970.
- Ovaskainen, Seppo:* Väittämistaakasta siviiliprosessissa. Helsinki 1989.
- Palme, W. A.:* Om civilprocessens begrepp och avgränsning från den frivilliga rättsvår-

- den enligt Finlands gällande processrätt. Tammerfors 1933.
- Paulus*, Christoph: Discovery, Deutsches Recht und das Haager Beweisübereinkommen. ZJP 1991 s. 397–412.
- Peczenik*, Aleksander: Vad är rätt? Om demokrati, rättsäkerhet, etik och juridisk argumentation. Göteborg 1995.
- Peczenik*, Aleksander – Aarnio, Aulis – Bergholtz, Gunnar: Juridisk argumentation. Lund 1990.
- Pellonpää*, Matti: Euroopan ihmisoikeussopimus. 2. p. Jyväskylä 1996. (Pellonpää)
- » – Euroopan ihmisoikeussopimus vuoden 1997 alkaessa. LM 1997 s. 3–16.
- Peltonen*, Jukka: Asianajajan ammatillinen bona fides. Teoksessa Ylöstalo, Matti (toim.), Asianajajaoikeutta s. 38–87. Juva 1985.
- » – Asianajajan ja asianajajayhtiön vahingonkorvausvastuusta. Teoksessa Asianajajan työkentältä s. 310–336. Jyväskylä 1994.
- » – Asianajajan valmiuksista pääkäsitteeseen ja suulliseen loppulausuntoon. DL 1995 s. 379–395.
- PeVL 1990:2* hallituksen esityksestä ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi tehdyn yleissopimuksen ja siihen liittyvien lisäpöytäkirjojen eräiden määräysten hyväksymisestä.
- PeVM 1994:25* hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- Pihlajamäki*, Heikki: Evidence, Crime, and the Legal Profession. The Emergence of Free Evaluation of Evidence in the Finnish Nineteenth-Century Criminal Procedure. Lund 1997.
- Popper*, Karl R.: Objective Knowledge. An Evolutionary Approach. 2 ed. Oxford 1986.
- Posner*, Richard A.: An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. The Journal of Legal Studies 1973 s. 399–451.
- » – Economic Analysis of Law. 4. ed. Boston 1992.
- Postema*, Gerald J.: The Principle of Utility and the Law of Procedure: Bentham's Theory of Adjudication. Georgia L. R. 1977 s. 1393–1424.
- Prop 1983/84:78* om ändringar i rättegångsbalken m.m.
- Prop 1986/87:89* om ett reformerat tingsrättsförfarande
- Prop 1989/90:85* om ny summarisk process
- Prütting*, Hanns: Uusia eurooppalaisen siviiliprosessioikeuden kehityssuuntia. LM 1992 s. 744–753.
- Pöyhönen*, Juha: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Vammala 1988.
- » – Kohti uutta varallisuusoikeutta. LM 1997 s. 527–560.
- Raatikainen*, Panu: Ajattelu, kieli ja merkitys. Teoksessa Raatikainen, Panu (toim.): Ajattelu, kieli, merkitys s. 9–40. Tampere 1997.
- Rautio*, Jaakko: Rangaistusmääräysmenettelystä. Jyväskylä 1996.
- Rawls*, John: Oikeudenmukaisuusteoria. Juva 1988.
- Reinikainen*, Veikko: Jutun palauttamisesta. Prosessioikeudellinen tutkimus. Vammala 1956.
- » – Prosessinedellytyksen puuttumisen oikeusseuraamuksista. Vammala 1958.
- Reitz*, John C.: Grundlegende Unterschiede zwischen dem deutschen und dem U.S.-amerikanischen Zivilprozessrecht: Vorzüge, die sich ausschliessen? ZJP 1991 s. 381–396.

- Rentto, Juha-Pekka*: Toissijainen valtio. Kirjoituksia kansalaisvastuun ensisijaisuudesta subsidiariteettiperiaatteen mukaisessa valtioajattelussa. Turku 1995.
- Ristau, Bruno A.*: International Judicial Assistance (Civil and Commercial). Jatkuvatäydenteinen kansio. Washington D.C. 1984–1986.
- Roos, Carl Martin*: Förlikningsgapet – om rättsekonomi och processrätt. JT 1994–95 s. 476–498.
- Roos, Ole*: Partsförhör som bevismedel. JFT 1985 s. 78–98.
- Rosenberg, Leo – Schwab, Karl Heinz – Gottwald, Peter*: Zivilprozessrecht. 15. Aufl. München 1993.
- Roth, Herbert*: Die Vorschläge der Kommission für ein europäisches Zivilprozessgesetzbuch – das Erkenntnisverfahren. ZZP 1996 s. 271–313.
- Saarnilehto, Ari*: Kommentti oikeustapauksesta KKO 1997:60. LM 1997 s. 942–943.
- Sahlin, Nils-Eric*: Arvostelu teoksesta Lindell, Bengt: Sakfrågor och rättsfrågor. SvJT 1988 s. 39–43.
- Salmiala, Bruno A.*: Asianajajan toiminnassa noudatettavia periaatteita. DL 1960 s. 36–52.
- Schei, Tore*: Tvistemålsloven med kommentarer. Bind I ja II. Otta 1990.
- Scheinin, Martin*: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Jyväskylä 1991.
- » – Poikkeuslait ja perusoikeusuudistus. LM 1996 s. 816–831.
- Schlosser, Peter*: Die lange deutsche Reise in die prozessuale Moderne. JZ 1991 s. 599–608.
- Scott, I.R.*: The English Civil Justice Review: Implementation and Further Reform. Teoksessa Scott, I.R. (ed.): International Perspectives on Civil Justice. London 1990 s. 103–128.
- Scott, Kenneth E.*: Two Models of the Civil Process. Stanford L. R. 1975 s. 937–950.
- Searle, John R.*: Institutionaalisen faktan käsite. Teoksessa Tuomela – Patoluoto (toim.): Yhteiskuntatieteiden filosofiset perusteet s. 182–188. Hämeenlinna 1976.
- Sevón, Leif*: Prosessiuudistuksen näköalat. DL 1989 s. 18–33.
- Sinclair, Kent Jr.*: Federal Civil Practice. New York 1980.
- Sjöström, Bertil*: Om tredsdom enligt finsk och svensk civilprocessrätt. Helsingfors 1916.
- » – Oikeudenkäyntilaitoksemme uudistamisesta. LM 1938 s. 131–155.
- » – Muodollisesta prosessinjohtosta alioikeudessa tavallisissa riita- ja rikosasioissa Suomen oikeuden mukaan. Suomentanut ja lisäyksiin varustanut Paavo Alkio. Turku 1948.
- Skeie, Jon*: Den norske civilprosess. I–II bind. 2 utg. Oslo 1939–1940.
- Smith, Eva*: Civilproces. 2. opl. Kobenhavn 1993.
- Sorvettula, Johanna – Klami, Hannu Tapani – Rahikainen, Marja*: Todistusharkinnan perustelemisesta. DL 1988 s. 86–101.
- SOU 1926:31, 33*. Processkommissions betänkande angående Rättegångsväsendets om-bildning. I Domstolsförfattningen. III Rättegången i tvistemål.
- SOU 1938:44*. Processlagberedningens förslag till Rättegångsbalk. Motiv m.m.
- SOU 1982:26*. Oversyn av rättegångsbalken. Processen i tingsrätt. Motiv m.m.
- SOU 1991:106*. Domstolarna inför 2000-talet. Arbetsuppgifter och förfaranderegler.
- Spak, Carl-Anton*: Tukholman kärjäoikeus Ruotsin yhtenäistetyssä alioikeusjärjestelmäsä. LM 1986 s. 1040–1062.
- Spleth, P.*: De nye principper gennemførelse i civilprocessen. Teoksessa Borum ym. (red.):

- Retsplejeloven gennem 50 år s. 55–89. København 1969.
- Stadler*, Astrid: Schriftliche Zeugenaussagen und pre-trial discovery im deutschen Zivilprozess. ZJP 1997 s. 137–165.
- Staffans*, Sanfrid: Civilprocessens föremål. Helsingfors 1956.
- Stenbäck*, Kenneth: Endomarsammansättning i tvistemål; regel eller undantag? JFT 1997 s. 202–212.
- Stening*, Anders: Bevisvärde. Stockholm 1975.
- Strömholm*, Stig: Rätt, rättskällor och rättstillämpning. En lärobok i allmän rättslära. 5 uppl. Stockholm 1996.
- Stürner*, Rolf: Parteipflichten bei der Sachverhaltsaufklärung im Zivilprozess. ZJP 1985 s. 237–256.
- Summers*, Robert S.: Evaluating and Improving Legal Processes – a Plea for »Process Values«. Cornell L. R. 1974 s. 1–52.
- Suojanen*, Pentti: Asianajajien tapaohjeista. Teoksessa Asianajajan työkentältä s. 413–425. Jyväskylä 1994.
- Suviranta*, Antti: Työtuomioistuinprosessista. Teoksessa Härmäläis-osakunnan juristikerho 1935–1975 s. 109–116. Hämeenlinna 1975.
- » – Itsenäisen Suomen tuomioistuinlaitos. LM 1992 s. 1255–1268.
- Taksø-Jensen*, Finn: Materiel procesledelse i borgerlige sager. København 1976.
- Tarjanne*, Tapio: Asianosaisseuraanto Suomen siviiliprosessissa. Helsinki 1929.
- Thomas*, Heinz – *Putzo*, Hans: Zivilprozessordnung. 17. Aufl. München 1991.
- Timonen*, Pekka: Ennakkotapaukset ja niiden merkitys oikeuslähteenä. Mänttä 1987.
- » – Määräysvalta, hinta ja markkinavoima. Julkisesti noteeratun yrityksen määräysvallan siirtymisen oikeudellinen sääntely. Jyväskylä 1997.
- Tirkkonen*, Tauno: Oikeusvoimasta. Sen luonne ja subjektiivinen ulottuvaisuus Suomen siviiliprosessioikeudessa. Helsinki 1933.
- » – Prosessioikeuden johtavista periaatteista. Teoksessa JJ Kaarlo Juho Ståhlberg s. 422–440. Vammala 1945.
- » – Eräitä näkökohtia Ruotsin uudesta alioikeusmenettelystä. LM 1947 s. 563–579.
- » – Uusi todistuslainsäädäntö. Laki oikeudenkäymiskaaren 17 luvun muuttamisesta. Vammala 1949.
- » – Valmistavasta käsittelystä riita-asioissa. LM 1949 s. 162–178.
- » – Asianosaisen kuulustelusta todistuskeinona. LM 1950 s. 668–680.
- » – »Der Ewigkeitswerte bar.« Teoksessa JJ Toivo Mikael Kivimäki s. 412–428. Vammala 1956.
- » – Oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta. JFT 1962 s. 318–327.
- » – Kontradiktorisesta periaatteesta siviiliprosessissa. LM 1964 s. 1006–1012.
- » – Suomen siviiliprosessioikeus I. 2. p. Porvoo 1974.
- » – Suomen siviiliprosessioikeus II. 2. p. Toim. Jouko Halila. Porvoo 1977.
- Tjur*, Carl: Procedurens forberedelse. Teoksessa von Eyben, W.E. (red.), Proceduren s. 19–41. 2. udg. København 1980.
- Tolonen*, Hannu: Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä. Teoksessa JJ Allan Huttunen s. 177–194. Turku 1988.
- » – Säännöt, periaatteet ja tavoitteet. Oikeuden, moraalin ja politiikan suhteesta. OTJP 1989 s. 333–384.
- Träskman*, P. O.: Kan gärningspersonens uppsåt bevisas med hållpunkter i sinnevärlden?

- Teoksessa *Skuld och ansvar, Straffrättsliga studier tillägnade Alvar Nelson* s. 56–75. Uppsala 1985.
- » – Brottmålsrättegången i Finland i förhållande till FN-konventionen om politiska och medborgerliga rättigheter. JFT 1987 s. 269–295.
- Tuomioistuimet 2000-luvulle. Ajatuksia ja ideoita kehittämisvaihtoehtoista. Perusselvitys* 3.3.1998. Oikeusministeriön kehitysyksikkö.
- Tuori, Kaarlo: Oikeus, valta ja demokratia. Mänttä* 1990.
- Turunen, Kari E.: Arvojen todellisuus. Johdatus arvokasvatukseen. Jyväskylä* 1993.
- Tyler, Tom R.: Why People Obey the Law. New Haven* 1990.
- Twining, William – Stein, Alex: Introduction. Teoksessa Twining – Stein (ed.): Evidence and Proof* s. 15–30. Cambridge 1992.
- Tähti, Aarre: Periaatteet Suomen hallinto-oikeudessa. Jyväskylä* 1995.
- Underwood, James L.: A Guide to Federal Discovery Rules. 2. ed. Philadelphia* 1983.
- Unmack Larsen, Ole: Skriftveksling. Teoksessa von Eyben, W.E. (red.), Proceduren* s. 61–74. 2. udg. Kobenhavn 1980.
- Wassermann, Rudolf: Der soziale Zivilprozess. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im Sozialen Rechtsstaat. Darmstadt* 1978.
- Welamson, Lars: Domvillobesvär av tredje man. Ett bidrag till läran om tredjemansskyddet i civilprocessen. Norrköping* 1956.
- » – Rättegång VI. 3. uppl. Stockholm 1994.
- Wenne, Lars: God advokatsed. Stockholm* 1988.
- Vescovi, Enrique: Iberian Peninsula and Latin America. Teoksessa International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. XVI Civil Procedure, Chap. 6 Ordinary Proceedings in First Instance* s. 211–249. Tübingen 1984.
- Westberg, Peter: Domstols officialprövning. En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1. Lund* 1988.
- Weth, Stephan: Die Zurückweisung verspäteten Vorbringens im Zivilprozess. Berlin* 1988.
- Wihuri, Antti-Juhani: Ryhmäkanne. Perusselvitys käyttömahdollisuuksista Suomen oikeusjärjestelmässä. (OLJ 1992:3)*
- Wiklund, Holger: God advokatsed. Stockholm* 1973.
- Viljanen, Pekka: Salaamisen ja valehtelemisen oikeudesta. Rikoslakiprojektin ehdotuksen herättämiä ajatuksia. LM* 1993 s. 1008–1029.
- » – Oikeustieteellisen asiantuntijalausannon ja sen antajan statuksesta. DL 1997 s. 547–552.
- Viljanen, Veli-Pekka: Perusoikeusuudistus ja kansainväliset ihmisoikeussopimukset. LM* 1996 s. 788–815.
- Virolainen, Jyrki: Väittämistaakasta vähäisen. LM* 1985 s. 973–1006.
- » – Tuomion perustelemisesta. LM 1986 s. 889–917.
- » – Alioikeusuudistus alioikeustuomarin näkökulmasta. LM 1986 s. 998–1026.
- » – Materiaalinen prosessijohto. Helsinki 1988.
- » – Tuomioistuin oikeudenkäyntimenettelyn kehittäjänä. DL 1989 s. 56–77.
- » – Kommentteja alioikeusprosessin kehittämisestä käytyyn keskusteluun. DL 1989 s. 567–578.
- » – Kanteen muuttamisesta ja ennakkopäätösten perustelemisestä – teoriaa, käytäntöä, kritiikkiä. DL 1990 s. 563–586.
- » – Väittämistaakasta ja eräistä metodologisista kysymyksistä. LM 1991 s. 366–386.

- » – Syytetyn kyselyoikeudesta todistelussa erityisesti ihmisoikeussopimusten valossa. DL 1992 s. 9–32.
- » – Alioikeusuudistus I. Käräjäoikeus ja siviiliprosessin muutokset. 4. p. Rovaniemi 1994. (Virolainen)
- » – Lainkäyttö. Oikeudenkäynnin perusteet ja lainkäyttöelimet siviili- ja rikosproses-
sissa. Jyväskylä 1995.
- » – Uusi alioikeusprosessi riita-asioissa – ongelmakohtia käytännön valossa. DL 1995
s. 329–378.
- Lord *Woolf*: Access to Justice. Final Report to the Lord Chancellor on the civil justice
system in England and Wales. London 1996.
- Wrede*, Rabbe Axel: Processinvändningarna enligt finsk allmän civilprocessrätt. Helsing-
fors 1884.
- » – Todistusoikeuden pääpiirteet voimassa olevan lain mukaan. Suom. Ernesti Fors-
man. Helsinki 1910.
- » – Finlands gällande civilprocessrätt. Första bandet, 3. uppl. Helsingfors 1922; 4. uppl.
Utg. av Bo Palmgren. Vammala 1953. Andra bandet, 4. uppl. Red. av O. Hj. Gran-
felt. Tammerfors 1943.
- » – Några synpunkter i frågan om ny rättegångsordning i Finland. Teoksessa *Wrede*,
Valda juridiska uppsatser s. 78–147. Helsingfors 1924.
- von Wright*, Georg Henrik: Filosofisia tutkielmia. Juva 1985.
- Wróblewski*, Jerzy: The problem of the so-called judicial truth. JFT 1975 s. 19–33.
- » – Three Concepts of Validity of law. JFT 1982 s. 406–419.
- Välimaa*, Asko: Lainvoimaa vailla olevan siviilituomion täytäntöönpanosta. Tampere 1994.
- Ylänkö*, Olavi: Asianajajan velvollisuuksista päämiestä kohtaan asianajotoimeksiannos-
sa. 2. p. Vammala 1985.
- Ylöstalo*, Matti: Asianajajan käsikirja. 4.p. Juva 1988.
- Zahle*, Henrik: Om det juridiske bevis. København 1976.
- » – Udeblivelsesdomme. Viborg 1983.
- » – Kommentarer til den aktuelle bevisteori. Teoksessa Klami, Hannu Tapani (toim.):
Rätt och sanning s. 31–35. Göteborg 1990.
- Zander*, Michael: Cases and Materials on the English Legal System. 3. ed. London 1980.
- Zeiss*, Walter: Zivilprozessrecht. 8. Aufl. Tübingen 1993.
- Zitting*, Simo: Saantosuoja irtaimisto-oikeudessa. Vammala 1956.
- » – Sivullissuojasta varallisuus-oikeudessa. 2. p. Jyväskylä 1989.
- Zuckerman*, Adrian A.S.: Law, Fact or Justice? Boston Univ. L. R. 1986 s. 487–508.
- Zöller*, Richard – Geimer, Reinhold – Gummer, Peter – Herget, Kurt – Philippi, Peter –
Schneider, Egon – Stephan, Dieter – Stöber, Kurt – Vollkommer, Max: Zivilpro-
zessordnung. 17. Aufl. 1991 Köln.

Lähteeseen on viitattu kursivoidulla tekijän tai kahden tekijän nimellä taikka muulla ni-
mellä (ellei lähteen jälkeen ole suluissa toisin ilmoitettu). Jos tekijöitä on ollut kahta enem-
män, viitteenä on käytetty ensimmäistä tekijännimeä ym. -lisäyksen. Jos samalta tekijäl-
tä on useampia lähteitä, viitteessä on lisäksi mainittu teoksen julkaisuvuosi; artikkeleista
on mainittu lisäksi julkaisun nimilyhenne.

LYHENTEITÄ

A	= asetus
AAL	= L asianajajista 12.12.1958/496
AL	= avioliittolaki 13.6.1929/234
Am. J. of Comp. L.	= American Journal of Comparative Law
AO	= alioikeus
AOKA	= valtioneuvoston apulaisoikeuskansleri
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
av	= alaviite
Bet.	= betänkning (Tanska)
DL	= Defensor Legis
EAOA	= eduskunnan apulaisoikeusasiamies
EIF	= Encyclopædia Iuridica Fennica
EOS	= (Euroopan neuvoston) yleissopimus ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi 4.11.1950
EIT	= Euroopan (neuvoston) ihmisoikeustuomioistuin
ei vl	= ei valituslupaa
EOA	= eduskunnan oikeusasiamies
ETL	= esitutkintalaki 30.4.1987/449
EU	= Euroopan Unioni
EY	= Euroopan Yhteisöt
FRCP	= Federal Rules of Civil Procedure (Yhdysvallat)
FS	= festskrift
HakKäsL	= L hakemusasiodien käsittelystä yleisessä alioikeudessa 30.4.1986/307
HallLainkL	= hallintolainkäyttölaki 26.7.1996/586
HAO	= Hyvää asianajajatapaa koskevat ohjeet (vahvistettu Suomen Asianajajaliiton liittokokouksessa 9.6.1972)
HD	= Högsta domstolen (Ruotsi)
HE	= hallituksen esitys Eduskunnalle
HM	= Suomen Hallitusmuoto 17.7.1919/94
HO	= hovioikeus
HOA	= hovioikeusasetus 18.3.1994/211
HovR	= hovrätt (Ruotsi)
IsyysL	= isyyslaki 5.9.1975/700
JFT	= Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JJ	= juhlaulkaisu
JT	= Juridisk Tidskrift vid Stockholms universitet
JZ	= Juristen Zeitung

KKO	= korkein oikeus
KL	= kauppalaki 27.3.1987/355
KM	= komiteamietintö
KO	= käräjäoikeus
KOL	= käräjäoikeuslaki 28.6.1993/581
KorkoL	= korkolaki 20.8.1982/633
KPSop	= (Yhdistyneiden Kansakuntien) kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus 16.12.1966
KS	= konkurssisääntö 9.11.1868
kurs	= kursivointi
L	= laki
lainv.	= lainvoimainen
LapsEIL	= L lapsen elatuksesta 5.9.1975/704
LapsHuoltL	= L lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta 8.4.1983/361
LaVM	= lakivaliokunnan mietintö
L.J.	= Law Journal
LM	= Lakimies
L.R.	= Law Review
LVK	= lainvalmistelukunta
MarkkinaTIL	= L markkinatuomioistuimesta 20.1.1978/41
MOL	= L maksuttomasta oikeudenkäynnistä 2.2.1973/87
n.c.p.c.	= Nouveau Code de procédure civile (Ranska)
NJA	= Nytt juridiskt arkiv
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
OikJulkL	= L oikeudenkäynnin julkisuudesta 21.12.1984/945
OikTilVK	= Oikeustilastollinen vuosikirja
OikTL	= L varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13.6.1929/228
OK	= oikeudenkäymiskaari
OKA	= valtioneuvoston oikeuskansleri
OLJ	= oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu
OTJP	= Oikeustiede – Jurisprudentia -vuosikirja
Oy	= osakeyhtiö
OYL	= osakeyhtiölaki 29.9.1978/734
PatL	= patenttilaki 15.12.1967/550
PeVL	= perustuslakivaliokunnan lausunto
PeVM	= perustuslakivaliokunnan mietintö
PK	= perintökaari 5.2.1965/40
PKL	= pakkokeinolaki 30.4.1987/450
Prop	= regeringens proposition (Ruotsi)
RB	= rättegångsbalk 18.7.1942 (Ruotsi)
RL	= rikoslaki 19.12.1889/39
ROL	= L oikeudenkäynnistä rikosasioissa 11.7.1997/689
Rpl	= Lov om rettens pleje 1916:90 (Retsplejelov; Tanska)
RSC	= Rules of the Supreme Court (Englanti)
Rt.	= Retstidende (Norja)
SOU	= statens offentliga utredningar (Ruotsi)

StPO	= Strafprozessordnung 1.2.1877 (Saksa)
SvJT	= Svensk Juristtidning
TakA	= A takausmiehen edesvastausvelvollisuuden tarkemmasta määäämisestä 24.2.1873
TakSL	= L takaisinsaannista konkurssipesään 26.4.1991/758
TfR	= Tidsskrift for Rettsvitenskap
TLL	= tieliikennelaki 3.4.1981/267
Tml	= Lov om rettergangsmåten for tvistemål 13.8.1915 (tvistemålsloven; Norja)
TR	= tingsrätt (Ruotsi)
TSL	= työsopimuslaki 30.4.1970/320
TTL	= L työtuomioistuimesta 31.7.1974/646
TyöKeksL	= L oikeudesta työntekijän tekemiin keskintöihin 29.12.1967/656
UfR	= Ugeskrift for Retsvæsen (Tanska)
UL	= ulosottolaki 3.12.1895/37
UlkApuL	= L Suomen ja ulkomaan viranomaisten yhteistoiminnasta oikeudenkäynnissä sekä ulkomaan tuomioistuimen päätöksen täytäntöönpanosta eräissä tapauksissa 10.6.1921/171
VanhA	= A määääjasta velkomisasioissa sekä julkisesta haasteesta velkojille 9.11.1868
VJL	= L yksityishenkilön velkajärjestelystä 25.1.1993/57
VKL	= velkakirjalaki 31.7.1947/622
VPJ	= valtiopäiväjärjestys 13.1.1928/7
YrSanL	= L yrityksen saneerauksesta 25.1.1993/47
ZPO	= Zivilprozessordnung 30.1.1877 (Saksa)
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozess
ÖZPO	= Zivilprozessordnung 1.8.1895 (Itävalta)

1 luku JOHDANTO: TUTKIMUKSESTA

1.1 Tutkimustehtävä

1.1.1 Tutkimusaiheen tausta ja valinta

Vuosi 1993 merkitsi murrosta yleisten alioikeuksien toiminnassa. Alioikeuksien yhtenäistämistä ja oikeudenkäyntimenettelyä riita-asioissa koskevat lait tulivat voimaan 1. joulukuuta 1993.¹ Keskiajalta periytyvä jako vanhoihin kaupunkituomioistuimiin ja maaseututuomioistuimiin päättyi, kun entiset raastuvanoikeudet ja kihlakunnanoikeudet yhtenäistettiin käräjäoikeuksiksi.² Samalla yhtenäistettiin tuomareiden virat sekä nimitysjärjestelmä ja kaikkiin alioikeuksiin tulivat maallikkojäseniksi lautamiehet. Alioikeuden kokoonpano muuttui asioiden laadun mukaan aiempaa joustavammaksi. Riita-asian valmistelu ja valmistelun yhteydessä pidettävä pääkäsittely tapahtuvat yhden lainoppineen tuomarin kokoonpanossa, erillinen pääkäsittely taas pääsääntöisesti kolmen lainoppineen tuomarin kokoonpanossa (OK 2:3 ja 5).³ Lautamiehet osallistuvat siten vain harvoin riita-asian ratkaisemiseen.⁴

Riita-asioiden alioikeusmenettely uudistettiin olennaisesti: *suullis-pöytäkirjallisesta* menettelystä siirryttiin *suulliseen, välittömään ja keskitettyyn*

¹ Jo tätä ennen alioikeudet oli asetettu uudenlaisten tehtävien eteen, kun lait yksityishenkilön velkajärjestelystä (57/93) ja yrityksen saneerauksesta (47/93) olivat tulleet voimaan helmikuussa 1993. Näin Suomen oikeusjärjestykseen oli saatu kerralla moderni insolvenssioikeus, terminologiasta ks. esim. Niemi-Kiesiläinen s. 7–10.

² Ks. alioikeuksien yhtenäistämisestä osana itsenäisen Suomen koko tuomioistuinlaitoksen kehitystä Suviranta LM 1992 erit. s. 1263 ss.

³ Myöhemmin tutkimuksessa ne lainkohdat, joiden yhteydessä ei ole mainittu lakia, tarkoittavat oikeudenkäymiskaarta.

⁴ Ns. lautamieskokoonpano (normaalisti yksi tuomari ja kolme lautamiestä) on käytössä ainoastaan laissa erikseen luetelluissa perhe-, holhous- ja huoneenvuokra-asioissa (OK 2:1.2); tällöinkin valmistelussa ja valmistelun yhteydessä pidettävässä pääkäsittelyssä on vain puheenjohtaja (OK 2:5.1:n 1 kohta). Vrt. OK 2:3 L:ssa 354/87.

prosessiin. Nykyisessä siviiliprosessissa tuomion perustaksi pantava oikeudenkäyntiaineisto esitetään suullisesti asian ratkaisevalle tuomioistuimen kokoonpanolle yhdessä yhtäjaksoisessa menettelyssä. Menettelyn ohella uudistettiin tiedoksiantoa, pöytäkirjaa ja tuomiota sekä siviiliprosessuaalisia turvaamistoimia koskeva lainsäädäntö. Voidaankin perustellusti sanoa, että vuoden 1993 uudistus on ollut kaikkein merkittävin siviiliprosessimenettelyn lainsäädännöllinen uudistus Suomessa. Jopa vuoden 1734 lain oikeudenkäymiskaaressa oikeudenkäynnin perusrakenne lähinnä kodifioitiin lakiin oikeuskäytännöstä.

Jotta riita-asia voitaisiin tutkia ja ratkaista yhdessä keskitetyssä, varsinaisessa ratkaisukäsittelyssä, jutun valmistelemineen etukäteen on välttämättöntä. Riita-asioiden (esi)valmistelua ehdotettiin Suomeen vuosisadan ajan.⁵ Vuoden 1993 uudistuksessa riita-asioiden oikeudenkäyntimenettely alioikeudessa jaettiin lopulta kahteen osaan: *valmisteluun* (OK 5 luku) ja *pääkäsittelyyn* (OK 6 luku). Tuomiossa saadaan ottaa huomioon pääsääntöisesti vain se oikeudenkäyntiaineisto, joka on esitetty pääkäsittelyssä (OK 24:2.1 L:ssa 165/98).⁶ Riita-asian valmistelun tärkeimpänä tehtävänä voidaankin pitää sitä, että se mahdollistaa pääkäsittelyn keskittämisen eli asian tutkimisen ja ratkaisemisen yhdessä yhtäjaksoisessa, suullisessa ja välittömässä pääkäsittelyssä. Lisäksi riidaton tai muuten selvä asia voidaan ratkaista nopeasti jo valmistelussa.

Tutkimuksen aiheeksi on valittu riita-asian valmistelu sen sekä tutkimuksellisen että käytännön merkittävyyden vuoksi. Riita-asian valmistelu on Suomessa suhteellisen uusi instituutio, josta on tähän mennessä laadittu *Laukkasen* monografiatasoinen, mutta painotukseltaan selvästi tästä tutkimuksesta poikkeava tutkimus. Valmistelu on uuden oikeudenkäyntimenettelyn ydin kohta, jonka tarkastelussa myös menettelyn kokonaisuus hahmottuu. Aihe tuo lisäksi esiin yleisempiä teoreettisia ja oikeudellisia kysymyksiä. Toiseksi aihe on käytännön oikeuselämän kannalta tärkeä, koska riita-asioiden oikeudenkäyntimenettelyn painopiste on käytännössä valmistelussa: kaikki riita-asiat valmistellaan, mutta vain osa asioista viedään pääkäsittelyyn ja vielä selvästi pienempi osa erilliseen pääkäsittelyyn. Riita-asian valmistelun onnistuminen on edellytys koko uuden siviiliprosessimenettelyn toimivuudelle.

⁵ Ks. esim. KM 1901:9 s. 44 ss ja Granfelt 1925 s. 31 ss.

⁶ Jäljempänä OK 24 luvun pykälien numerointi on L:lla 165/98 tehtyjen muutosten mukainen.

1.1.2 Aiheen rajausta ja tehtävänasettelu

Riita-asian valmistelulla on katsottu olevan kaksi tehtävää alioikeusmenettelyssä: 1) riidattomien tai muuten selvien asioiden nopea ratkaiseminen (OK 5:27) ja 2) muiden asioiden valmisteleminen siten, että pääkäsitteilyn toimitaminen yhtäjaksoisesti on mahdollista (OK 5:17 ja 19). Monografiatutkimuksessa on tutkimusekonomisista syistä välttämättä keskityttävä jompaan-kumpaan näistä funktioista. Tässä tutkimuksessa valmistelua tarkastellaan pääasiallisesti *pääkäsitteilyn keskitystä* turvaavan tehtävän näkökulmasta. Riidattomien tai muuten selvien asioiden ratkaiseminen valmistelussa, esimerkiksi yksipuolisella tuomiolla, on tähän verrattuna teknisempi kysymys. Tehtävät voidaan pitkälti pitää toisistaan erillään, joskin useassa yhteydessä sivutaan myös valmistelun ratkaisutehtävää.

Tutkimusekonomisista syistä tässä tutkimuksessa ei myöskään varsinaisesti tarkastella käytännössä sinänsä tärkeää sovinnon aikaansaamista valmistelussa (OK 5:26). Sovinnon aikaansaaminen muodostaa oman tyyppisensä, osin ei-juridisen, mm. psykologisen ongelmaryhmänsä, joka voidaan pitkälti pitää erillään tässä tarkasteltavasta problematiikasta. Myös sovinnon aikaansaamiseen liittyvät kysymykset ovat laajoja ja ongelmallisia, joten niiden riittävän syvälinen tarkastelu vaatisi oman erillistutkimuksensa. Lisäksi suuri osa kysymyksistä liittyisi sovinnon aikaansaamiseen yleensä eikä juuri riita-asian valmisteluun. Luonnollisesti myös valmistelun sovintotehtävää sivutaan monessa yhteydessä.

Edelleen riita-asian valmistelua voitaisiin tutkia enemmän joko menettelyn ulkoisen kulun tai sen sisällön eli oikeudenkäyntiaineiston kannalta. Tämän tutkimuksen varsinaisena aiheena on *oikeudenkäyntiaineiston selvittäminen* valmistelussa. Keskustelua käydään tästä valmistelun 'materiaalisesta' puolesta. Riita-asian valmistelun ulkoinen kulku, sen muodollis-menetellylliset kehykset, kuten suullinen vs. kirjallinen menettely, otetaan enemmän annettuina niitä syvemmältä problematisoimatta. Luonnollisesti sisällöllinen ja ulkoinen puoli kytkeytyvät monessa suhteessa niin tiiviisti yhteen, ettei niitä ole syytä kokonaan erottaa, mutta joka tapauksessa tutkimuksen painopiste on oikeudenkäyntiaineistossa.

Mitä oikeudenkäyntiaineistoa riita-asian valmistelussa sitten on selvitetävä? Keskeisin säännös on OK 5:19, jonka mukaan valmistelussa on selvitettävä asianosaisten vaatimukset ja niiden perusteet, mistä asianosaiset ovat erimielisiä, mitä todisteita tullaan esittämään ja mitä kullakin todisteella aiotaan näyttää toteen sekä, onko edellytyksiä sovinnolle. Tutkimusekonomisista syistä monografiatutkimuksessa on keskityttävä joihinkin oikeudenkäyn-

tiaineiston elementteihin. Tässä tutkimuksessa varsinaisena tutkimuskohteena on pelkästään *todistusaineiston* eli *todistuskeinojen* ja niillä näytettävien seikkojen eli ns. *todistusteemojen* selvittäminen (kartoittaminen) valmistelussa. Siviiliprosessin uusi rakenne näkyy selvimmin juuri todistelussa, koska todisteet otetaan vastaan vasta pääkäsitellyssä (OK 17:8a.1). Keskeisenä lainopillisena ongelmana on vanhan, suurelta osaltaan vielä vuoden 1948 asussa olevan todistelun sääntelyn (OK 17 luvun) ja uuden siviiliprosessin (OK 5 ja 6 lukujen) yhteensovittaminen. Todistelua on tutkittu viime vuosina Suomessa vähän verrattuna oikeudenkäynnin 'kohteeseen' eli vaatimukseen ja niiden perusteisiin kohdistuvaan tutkimukseen. Luonnollisesti myös nämä kysymykset tulevat esille siltä osin kuin ne vaikuttavat todistusaineiston selvittämiseen valmistelussa.

Edelleen aihetta voitaisiin tutkia painottaen joko valmistelun sisältöä siinänsä taikka asianosaisten ja tuomioistuimen välistä roolijakoa aineiston selvittelyssä. Tässä tutkimuksessa valmistelun sisältöä tarkastellaan ensisijaisesti edellisestä 'objektiivisesta' näkökulmasta jälkimmäisten 'subjektiivisten' kysymysten jäädessä taka-alalle. Siviiliprosessiuudistus koski juuri oikeudenkäyntimenettelyä eikä suoranaisesti asianosaisten ja tuomioistuimen välistä työnjakoa, vaikkakin uudessa prosessuaalisessa ympäristössä roolijako painottuu toisella tavalla. Valinnan taustalla on myös se yleisempi ja periaatteellisempi syy, että siviiliprosessioikeutta on tutkittu Suomessa painottaen varsin voimakkaasti tuomarin näkökulmaa. Tässä tutkimuksessa pyritään ottamaan keskeisemmin huomioon myös asianosaisten näkökulma, mikä näkyy muun muassa asianajajaoikeuden hyödyntämisessä normilähteenä.⁷

Edellä olevan perusteella tutkimuksen kysymyksenasettelu voidaan alustavasti muotoilla seuraavasti: tarkoituksena on tutkia, 1) mikä on asianosaisten ilmoittamisvelvollisuuden ja vastaavasti tuomioistuimen selvittämisvelvollisuuden sisältö riita-asian valmistelussa todistusaineiston osalta, sekä 2) mitä prosessuaalisia sanktioita todistusaineiston ilmoittamisen laiminlyöntiin valmistelussa liittyy ja miten niitä tulisi soveltaa. Kysymys on toisin sanoen ensinnäkin siitä, miten haastehakemuksesta lähtien ja vastauksen kautta edeten päästään riitajutun todistelupuolen selvittelyssä siihen pisteeseen, että asia voidaan siirtää pääkäsitelyyn. Tutkimuksen kohteena on tämän todistelun kartoitusvaiheen sisältö.

⁷ Tutkimus eroaa siten esim. Laukkasen tutkimuksesta, jossa on tutkittu »riidan kohteen» selvittämistä tuomarin roolin kannalta. Tuomioistuimen materiaalista prosessinjohtoa erityisesti vaatimusten perusteiden osalta on muutoinkin tutkittu Suomessa paljon.

Toiseksi kysymys on siitä, mitkä prosessuaaliset seuraamukset kohtaat todistusaineiston ilmoitusvelvollisuutensa valmistelussa laiminlyövää asianosaista. Tarkasteltaviksi tulevat tällöin muun muassa todisteiden ns. preklusio ja asianosaisen oikeudenkäyntikuluvastuu prosessuaalisina sanktioina. Asianosainen ei saa dispositiivisessa riita-asiassa enää pääkäsittelyssä vedota sellaiseen seikkaan tai todisteeseen, johon hän ei ole vedonnut valmistelussa, ellei asianosainen saata todennäköiseksi, että hänen menettelynsä johtuu pätevistä syistä (OK 6:9).

Tutkimuskohteena on riita-asian valmistelu ainoastaan yleisissä alioikeuksissa eli *käräjäoikeuksissa*, jotka ovat tuomioistuimista käytännössä tärkeitä. Tarkasteltaviksi tulevat siis pelkästään sellaiset riita-asiat, jotka tuomioistuinten asiallisen toimivaltajaon mukaan kuuluvat yleisiin alioikeuksiin.⁸ Riita-asian valmistelu erityistuomioistuimissa, kuten työ- tai markkinatuomioistuimissa, ei siten kuulu tutkimuksen aiheeseen. Erityistuomioistuimet tarjoavat kuitenkin yhden vertailukohdan yleiselle siviiliprosessille ennen muuta siksi, että niissä oli jo aiemmin omaksuttu menettelyperiaatteita, jotka vasta vuonna 1993 tuotiin yleiseen siviiliprosessiin. Aihepiirin ulkopuolelle jää myös riita-asian valmistelu muutoksenhaun yhteydessä ylemmissä yleisissä tuomioistuimissa eli hovioikeuksissa ja korkeimmassa oikeudessa, mutta luonnollisesti tutkimuksessa sivutaan tätäkin instituutiota vertailukohdaksi riita-asian valmistelulle ensiasteessa. Hallintotuomioistuimet jäävät kokonaisuudessaan tutkimuksen ulkopuolelle.

Toisaalta niiden asioiden joukosta, jotka kuuluvat yleisten alioikeuksien käsiteltäviksi, tutkimus kohdistuu ainoastaan *riita-asioihin*. Erotteluperuste on muodollinen: riita-asiat ovat asioita, jotka on käsiteltävä sen mukaan, mitä oikeudenkäynnistä riita-asioissa on säädetty. Tutkimuksessa lähdetään siis siitä *oletuksesta*, että kysymyksessä on tässä mielessä riita-asia. Toiseksi tutkimus kohdistuu ainoastaan yleisen oikeudenkäymiskaaren mukaisesti käsiteltäviin riita-asioihin: erityistyyppiset riita-asiat, kuten huoneenvuokra-asiat, jäävät tutkimuksen ulkopuolelle. Riita-asioita ovat myös OK 5:3:ssä tarkoitettut ns. summaariset asiat, joiden käsittely integroitiin vuoden 1993 uudistuksessa osaksi yleistä siviiliprosessia alioikeudessa. Summaariset asiat jäävät tässä tutkimuksessa kuitenkin taka-alalle, koska ne eivät yleensä etene pääkäsittelyyn saakka.

Tutkimuskohteen ulkopuolelle jäävät siten ensinnäkin tärkeänä ryhmänä *rikosasiat* eli asiat, jotka käsitellään rikosprosessuaalisessa järjestyk-

⁸ Käräjäoikeuksien toimivaltakysymyksiä ei tässä tutkimuksessa tarkastella, ks. niistä Lappalainen Sp I s. 197–201.

sessä. Rikoksesta johtuva yksityisoikeudellinen vaatimus käsitellään erikseen ajettuna siviiliprosessuaalisessa järjestyksessä, mutta jos vaatimus esitetään syyteasian yhteydessä, se käsitellään rikosprosessuaalisessa järjestyksessä (ROL 3:1).⁹ Rikosasioiden valmistelu 1.10.1997 voimaan tulleessa uudessa rikosprosessissa muodostaa kuitenkin yhden tärkeän vertailukohdan riita-asioiden valmistelulle.

Aihepiiriin eivät myöskään kuulu *hakemusasiat*. Erotteluperuste on tässäkin muodollinen: riita-asiat pannaan vireille haastehakemuksella, hakemusasiat puolestaan hakemuksella tms. (HakKäsL 1 §). Hakemusasioiden valmistelu olisi mielenkiintoinen tutkimuskohde erityisesti siksi, että sääntelyn monitasaisuus aiheuttaa soveltamisongelmia:¹⁰ ensinnäkin kutakin hakemusasiasiaa koskevassa erityislaissa saattaa olla erityismääräyksiä asian käsittelystä; toiseksi toissijaisessa hakemusasialaissa (HakKäsL 2 §) on eräänlaista valmistelua koskevia säännöksiä (HakKäsL 6-12 §) ja kolmanneksi OK 5 ja 6 lukuja on kolmassijaisesti noudatettava »soveltuvin osin» myös hakemusasian käsittelyssä (HakKäsL 20.1 §). Voidaan kysyä, mitä tämä kunkin säännöksen kohdalla oikeastaan tarkoittaa.¹¹ Hakemusasioiden erityiskysymyksiin ei tässä yhteydessä kuitenkaan voida tutkimusekonomisista syistä tarkemmin mennä.

Alioikeusuudistukseen liittyi siviiliprosessuaalisten *turvaamistointimenpiteiden* uudistus, jossa turvaamistointia päättämisen siirrettiin ulosotonhaltijoilta yleisille alioikeuksille.¹² Myös turvaamistointiasioiden käsittely on rajattu tämän tutkimuksen ulkopuolelle. Turvaamistointiasia pannaan vireille hakemuksella (OK 7:4.1 ja 5.1 §). Turvaamistointia voidaan hakea joko erikseen tai vireillä olevan pääasian oikeudenkäynnin yhteydessä. OK 7:5.3:n mukaan turvaamistointia koskevan asian käsittelyssä noudatetaan soveltuvin osin, mitä oikeudenkäyntiä koskevan kysymyksen käsittelystä on säädetty.¹³ Mitä jäljempänä lausutaan oikeudenkäyntiä koskevan kysymyksen käsittelemisestä, koskee siten soveltuvin osin myös turvaamistointiasian käsittelyä pääasian yhteydessä. Siihen kysymykseen, mitä »soveltuvin osin» tässä yhteydessä tarkoittaa, ei kuitenkaan voida enemmälti mennä.¹⁴

⁹ Päävaatimus eli rangaistusvaatimus määrää käsittelyjärjestyksen, mikä ei kuitenkaan tarkoita, että yksityisoikeudellisen sivukysymyksen laatu sinänsä muuttuisi esim. indispositiiviseksi, ks. Lappalainen 1986 s. 68 ss.

¹⁰ Ks. problematiikasta Koulu 1989 s. 25 ss.

¹¹ On syytä huomata, että hakemusasiat, esim. perheoikeudelliset asiat ovat usein indispositiivisia, jolloin esim. OK 6:9:n preklusiosäännös ei voi soveltua.

¹² Ks. uudistuksesta kokoavasti Havansi 1994 s. 3–9.

¹³ Ks. HE 1990:179 s. 16 s.

¹⁴ Ks. siitä Havansi 1994 s. 86, 104 s ja 121–127.

1.1.3 Dispositiivisista ja indispositiivisista riita-asioista

Edelliset aihepiirin rajaukset ovat olleet varsin ongelmattomia. Seuraavaa rajausta on sen sijaan selvitettävä hieman laajemmin: riita-asioista tutkimus kohdistuu vain *dispositiivisiin* riita-asioihin. Tutkimus ei siten varsinaisesti koske indispositiivisten riita-asioden valmistelua, mutta asiaryhmien eroista huomautetaan vertailumielessä jäljempänä eri kohdissa tutkimusta. Dispositiiviset riita-asiat muodostavat riita-asioden suuren määrällisen enemmistön. Indispositiivisten riita-asioden ryhmä on suppeampi, mutta samalla heterogeenisempi eikä niiden tarkastelu käytettävissä olevan tilan rajoissa siten voisi muodostua kovin syvälliseksi. Lisäksi merkittävimmät indispositiiviset asiat, kuten avioeroasiat sekä lasten huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevat asiat, ovat nykyisin hakemusasioita (AL 28.1 ja 31.1 § sekä LapsHuoltL 14.1 §).¹⁵ Käytännössä keskeisimpiä indispositiivisiä riita-asioita yleisissä alioikeuksissa ovat isyyden vahvistamista koskevat asiat (IsyysL 22, 29 ja 30 §).

Senkään rajanvedon tekeminen, mitkä riita-asiat ovat dispositiivisia ja mitkä indispositiivisia, ei kuulu tämän tutkimuksen varsinaiseen aiheeseen, mutta joitakin yleisiä huomautuksia on syytä tehdä. Jaottelu on nimittäin erittäin tärkeä: monien prosessuaalisten säännösten soveltuminen riippuu siitä, onko kysymyksessä dispositiivinen vai indispositiivinen riita-asia.¹⁶ Valmistelun osalta merkittävä ero on esimerkiksi siinä, että asian ratkaiseminen valmistelussa yksipuolisella tuomiolla asianosaisen poissaolon tai siihen rinnastettavan laiminlyönnin perusteella taikka tuomiolla siltä osin kuin kanne on myönnetty tai kanteesta on luovuttu, on mahdollista vain, jos kysymyksessä on dispositiivinen riita-asia (OK 5:13 ja 27 sekä 12:10). Samoin esimerkiksi preklusiosääntely alioikeudessa (5:22 ja 6:9) koskee ainoastaan dispositiivisia riita-asioita.

Lakiteksti käyttää dispositiivisesta asiasta ilmaisua »asia, jossa sovinto on sallittu»; vastaavasti indispositiivinen on asia, jossa sovinto ei ole sallittu. Esimerkiksi OK 17:8:n mukaan tuomioistuim ei saa vastoin asianosaisten yhteistä tahtoa omasta aloitteestaan määrätä uutta todistajaa kuulusteltavaksi tai asiakirjaa esitettäväksi, jos asiassa on sovinto sallittu. Prosessioikeu-

¹⁵ Ks. myös Lappalainen Sp I s. 8 ja 89. Hakemusasioissa kysymys asian dispositiivisuudesta/indispositiivisuudesta onkin aiheuttanut eniten ongelmia, ks. esim. velkajärjestelyasioiden osalta Niemi–Kiesiläinen s. 100 ss.

¹⁶ Tällaisen kategorisen joko/tai -jaottelun rationaalisuutta voidaan perustellusti kysyä; ks. keskustelusta esim. Hov s. 310 s. Jaottelu on kuitenkin lainsäädännössä omaksuttu eikä tässä ole syytä arvioida sen mielekkyyttä sinänsä.

dellisessa lainsäädännössä ei kuitenkaan säännellä sitä, milloin sovinto on asiassa sallittu eli milloin kysymyksessä on dispositiivinen riita-asia, vaan laki »edellyttää tuomioistuinten osaavan jaotella jutut». ¹⁷ Myöskään lainvalmistelutöissä kysymystä ei ole käsitelty, vaan rajanveto on ilmeisen tiedoista jätetty oikeuskäytännön ja -tieteen varaan. ¹⁸

Möller on esittänyt seuraavan yleissäännön: »Kan parterna – genom ett avtal utan medverkan av myndighet få till stånd en rättsföljd av det slag som yrkas i käromålet bör – kravet på förlikningsmöjlighet anses uppfyllt.» ¹⁹ Jos taas laillisen oikeusseuraamuksen aikaansaaminen vaatii *viranomaisen myötävaikutusta*, kysymyksessä on indispositiivinen juttu. Ratkaisun tarjoaa siis materiaallinen oikeus; jos vaaditusta oikeusseuraamuksesta sopiminen on materiaallisen oikeuden mukaan mahdollista ilman viranomaisen myötävaikutusta, kysymyksessä on dispositiivinen riita-asia. Jos taas oikeusseuramusta, kuten juridista isyyttä tai lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta ei voida *pelkästään* sopimusteitse saada aikaan (IsyysL 20 § ja LapsHuoltL 8 §), asia on indispositiivinen. Sääntöä voidaan nähdäkseni pitää hyväksyttävänä.

Tässä suhteessa on syytä huomata ero OK 21:2:n sanamuotoon, jonka mukaan ko. säännöstä sovelletaan, »jos asia koskee oikeussuhdetta, josta lain mukaan ei voida määrätä muutoin kuin *tuomioistuimen ratkaisulla*». Ainoastaan osa edellä esitetyn määritelmän mukaan indispositiivisista asioista on tällaisia. ²⁰ Ratkaisussa KKO 1997:64 (Ään. 4-1) lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskevaa asiaa ei katsottu OK 21:2:ssä tarkoitetuksi asiaksi, koska »Lapsen huollosta ja tapaamisoikeudesta voidaan määrätä, paitsi tuomioistuimen ratkaisulla, vanhempien tekemällä sosiaalilautakunnan vahvistamalla sopimuksella. Lapsen huoltoa ja tapaamisoikeutta koskeva asia ei siten koske oikeussuhdetta, josta lain mukaan ei voida määrätä muutoin kuin tuomioistuimen ratkaisulla, vaikka lapsen huoltoa koskeva asia on tuomioistuimessa käsiteltävä asiana, jossa sovinto ei ole sallittu.» Vähemmistö olisi soveltanut lainkohtaa asiaperusteilla.

¹⁷ Lappalainen s. 139 av 188.

¹⁸ Ks. esim. em. OK 17:8:n osalta HE 1990:15 s. 107.

¹⁹ Möller FS 1989 s. 258, samoin 1997 s. 15 s. Samoin Virolainen 1995 s. 286. Lappalainen puhuu »tuomioistuimen tai muun *oikeusviranomaisen*» kontrollista, Lappalainen Sp I s. 89 (kurs. tässä); ks. myös mts. 372 s: »muotoamiskantein ajettavat riita-asiat ovat indispositiivisia riita-asioita.» Ks. myös Ekelöf – Boman I s. 52 ja 55. Vanhemmas-ta kirjallisuudesta ks. esim. Granfelt JFT 1912 erit. s. 320 ja 329 ss.

²⁰ Myöskään esitöistä ei selvästi ilmene, että OK 21:2 olisi tarkoitettu sovellettavaksi kaikissa indispositiivisissa asioissa, ks. HE 1993:191 s. 11 s. Vrt. de lege ferenda KM 1998:3 s. 32 s, jossa säännöksen sanamuoto ehdotetaan tämän vuoksi muutettavaksi muotoon »asiassa, jossa sovinto ei ole sallittu».

Joissakin tapauksissa sopimismahdollisuus vireillä olevassa oikeudenkäynnissä poikkeaa sopimismahdollisuudesta oikeudenkäynnin ulkopuolella. Oikeudenkäynnissä sopimismahdollisuus on vähintään yhtä suuri kuin sen ulkopuolella. Jos asiasta on ollut mahdollista sopia ennen jutun vireilletuloa, sovinto on mahdollinen myös oikeudenkäynnissä. Sen sijaan oikeudenkäynnissä sopimismahdollisuuden on katsottu voivan olla laajempi kuin sen ulkopuolella, jolloin ratkaiseva on disponointimahdollisuus nimenomaan oikeudenkäynnissä: kuluttajan, työntekijän tms. heikomman osapuolen suojaksi säädettyä *pakottavaa siviilioikeutta* koskevat riitajutut ovat ainakin lähtökohtaisesti dispositiivisia.²¹ Kuluttaja tms. voinee siten esimerkiksi myöntää elinkeinonharjoittajan sinänsä pakottavien säännösten vastaiseen sopimukseen perustuvan kanteen ainakin pääsääntöisesti tuomioistuinta sitovasti oikeaksi.²²

Sääntöä ei kuitenkaan voitane pitää kategorisena, vaan ainoastaan pääsääntönä. Pakottavaa siviilioikeutta koskevat jutut ovat lähtökohtaisesti dispositiivisia, mutta yksittäisten säännösten kohdalla tästä pääsäännöstä on nähdäkseni laissa voitu poiketa. 'Perustelutaakka' on kuitenkin sillä, joka väittää tällaisen jutun olevan joltakin osin indispositiivinen. Kysymys on ratkaistava viime kädessä kunkin säännösten kohdalla erikseen punnitsemalla pakottavuuden taustalla olevia arvoja asianosaisen disponointivapauden intressiä vasten.²³ Joka tapauksessa myös kokonaan dispositiivisissa jutuissa heikomman osapuolen suojaa on täydennettävä informatiivisella prosessinjohtolla. Viime kädessä tuomioistuimen on informointioikeuttaan käyttämällä huolehdittava siitä, että asianosainen tuntee oikeutensa pakottavan siviilioikeuden mukaan.²⁴

Käsite »asia» on kuitenkin varsin epäanalyyttinen, mikä on rasittanut jaottelusta käytyä keskustelua. Nähdäkseni olennaista on erottaa toisistaan *vaatimustaso* ja *perustetaso*. »Asian» dispositiivisuus/indispositiivisuus tarkoittaa edellä esitetyn mukaisesti sitä, ovatko jutussa esitetyt *vaatimukset* disposi-

²¹ Ks. esim. Virolainen LM 1985 s. 973, 1988 s. 323 s sekä 1995 s. 267 s ja 285, Möller FS 1989 s. 258, Lappalainen Sp I s. 90, Ovaskainen s. 89, Ekelöf FS 1984 s. 246, Ekelöf – Boman I s. 57 ja SOU 1982:26 s. 112.

²² Kannetta ei vastaavasti voitane pitää siten selvästi perusteettomana, että se hylättäisiin haastetta antamatta (OK 5:6.2). Sen sijaan vastaaja-kuluttajaa vastaan annettavan yksipuolisen tuomion yhteydessä tuomioistuin voinee ottaa pakottavuuden viran puolesta huomioon passiivisen kuluttajan eduksi (5:13.1 ja 12:13).

²³ Ks. myös KKO 1976 II 64. Sopimusvapauden epäämisperusteista oikeudenkäynnissä ks. SOU 1982:26 s. 112 s. Ks. myös Eerola s. 90 s.

²⁴ Samoin Virolainen 1995 s. 277, Ovaskainen s. 93 ja Westberg s. 618 s.

tiivisia vaiko indispositiivisia. Lakiteksti käsittelee asioita yhtenäisinä kokonaisuuksina eli asia on kokonaisuudessaan joko dispositiivinen tai indispositiivinen. Soveltamisongelmia voivat kuitenkin aiheuttaa ns. *sekajutut*, joissa esitetään sekä indispositiivisia että dispositiivisia vaatimuksia.²⁵ Kirjallisuudessa esimerkkinä on usein esitetty indispositiivinen isyysjuttu, jossa esitetään vaatimus elatusavusta lapselle.²⁶ Lapsen elatusapua koskeva asia ei nähdäkseni kuitenkaan ainakaan edellä esitetyn määritelmän mukaan ole dispositiivinen, koska elatusavusta tehdyn sopimuksen pätevyys edellyttää sosiaalilautakunnan vahvistamista (LapsEIL 8 §).²⁷

Sekajutuissakin jaottelu koko »asian» tasolla dispositiivisiin ja indispositiivisiin on monessa suhteessa perusteltu. Sellaiset ennen muuta menettelyä koskevat säännökset, joita voidaan soveltaa vain joko-tai koko juttuun, vaativat koko kyseisen jutun luokittelemisen joko dispositiiviseksi tai indispositiiviseksi. Esimerkiksi lykkäysuhat ja poissaoloseuraamukset on määrätävä yhtenäisesti koko jutussa, vaikka kysymyksessä olisi sekajuttu. Sekajutussa onkin noudatettava sääntöä, jonka mukaan päävaatimus määrää tällaisissa kysymyksissä koko jutun käsittelyjärjestyksen.²⁸ Tämä luonnollisesti aiheuttaa jatkokysymyksen siitä, mikä kulloinkin on pää- ja mikä sivuvaatimus. Useimmiten sääntö merkitsee, että noudatetaan indispositiivisia juttuja koskevia säännöksiä, kun sekä indispositiivisia että dispositiivisia vaatimuksia on esitetty samassa jutussa: esimerkiksi isyysasiassa vastaajaa on aina kehoitettava saapumaan tuomioistuimeen sakon uhalla, vaikka juttuun olisi kumuloitu vahingonkorvausvaatimus (OK 12:6.4). Lisäksi jutun indispositiivinen vaatimus on usein ennakoluonteinen dispositiiviseen vaatimukseen nähden, jolloin on noudatettava indispositiivisia sääntöjä, mutta vain siihen saakka, kunnes ennakoluonteinen kysymys on ratkaistu.²⁹

Jos sen sijaan sekajutun eri osien käsitteleminen eriytetysti on mahdollista, näin tulee myös tehdä. Oikeudenkäyntiaineiston osalta tämä on yleensä mahdollista.³⁰ Dispositiivisiin vaatimuksiin on sovellettava dispositiivisia riita-asioita koskevia normeja, indispositiivisiin vaatimuksiin vastaavasti indispositiivisia. Jos jutussa on esitetty sekä indispositiivisia että dispositi-

²⁵ Termiä »blandade mål» käyttää esim. Ekelöf – Boman I s. 57.

²⁶ Esim. Virolainen 1988 s. 325 ja Lappalainen Sp I s. 89.

²⁷ Ks. myös Virolainen 1995 s. 291 s.

²⁸ Esim. Ovaskainen s. 90.

²⁹ Ks. SOU 1982:26 s. 240 s.

³⁰ Ks. myös Ekelöf – Boman I s. 57, Virolainen 1988 s. 325 ja 1995 s. 293 sekä Lappalainen Sp I s. 89, joiden mukaan menettelyn osalta noudatetaan indispositiivisia säännöksiä, oikeudenkäyntiaineiston osalta taas dispositiivisia säännöksiä.

tiivisia vaatimuksia ja vastaaja asian valmistelussa esimerkiksi myöntää koko kanteen oikeaksi, myöntäminen on tuomioistuinta sitova jutun dispositiiviselta osalta. Sen sijaan jutun indispositiiviselta osalta myöntämisellä on 'vain' todistusarvoa.

Edellä on pidetty silmällä vain vaatimuksia, koska jako dispositiivisiin ja indispositiivisiin »asioihin» on tehtävä tällä tasolla. On tärkeätä huomata, että asioiden jaottelu vaatimustasolla antaa vain vähän johtoa siihen, miten prosessioikeudellisia säännöksiä on sovellettava vaatimusten perusteiden eli *oikeustosisekkujen* tasolla. Esimerkiksi väittämistaakan osalta voidaan todeta seuraavaa.³¹ OK 24:3.2:ssa säädetään, että asiassa, jossa sovinto on sallittu, tuomiota ei saa perustaa seikkaan, johon asianosainen ei ole vaatimuksensa tai kiistämisensä tueksi vedonnut. Säännös koskee sanamuotonsa mukaan ainoastaan dispositiivisia riita-asioita. Kuitenkin sekä lainvalmistelutyöissä että oikeuskirjallisuudessa on korostettu, ettei säännöstä saa tulkita *e contrario*: ainakin kantajan väittämistaakka on tiettyssä laajuudessa voimassa myös indispositiivisissa riita-asioissa.³² Toisaalta taas on kiinnitetty huomiota ns. indispositiivisiin momentteihin dispositiivisissa asioissa: tietyt oikeustosisekat on katsottu voitavan ottaa myös dispositiivisissa asioissa huomioon ilman asianosaisen, lähinnä vastaajan vetoamista. Jäljempänä tällaisista seikoista, jotka otetaan viran puolesta huomioon, käytetään nimitystä »*indispositiivinen seikka*».³³

Väittämistaakkaopissa ollaankin nähdäkseni jo tilanteessa, jossa jaottelu dispositiiviset/indispositiiviset asiat ei kerro paljoakaan siitä, kuinka väittä-

³¹ Ns. vaatimistaakka ei ole tässä yhtä kiinnostava, koska se on selkeästi voimassa sekä dispositiivisissa että indispositiivisissa riita-asioissa: tuomioistuin ei saa tuomita muuta tai enempää kuin asianosainen on vaatinut (OK 24:3.1).

³² Ks. HE 1990:154 s. 29 ja kirjallisuudesta esim. Boman 1964 s. 68 s, Möller JFT 1984 s. 349, Virolainen 1988 s. 336–339, Lappalainen Sp I s. 402 s ja erilaisista juttutyypeistä tässä suhteessa Ovaskainen s. 94–105.

³³ Ks. esim. Boman 1964 s. 67 s, Ekelöf – Boman I s. 57 s, Möller JFT 1984 s. 345 ja Lappalainen Sp I s. 405 s sekä erilaisista tällaisista seikoista Ovaskainen s. 105–116. Viran puolesta on otettu huomioon mm. erityiset vanhentumisajat (ks. KKO 1959 II 52, 1962 II 43 ja 1975 II 55, vrt. Helsingin HO 19.6.1996 nro 3474 (lainv.), kirjallisuudesta ks. Halila – Ylöstalo s. 102 s ja Aurejärvi s. 302 vrt. Lappalainen 1986 s. 466, Virolainen 1988 s. 274 ja Ovaskainen s. 107 s). Sama on koskenut mm. kiinteistönkaupan muotoa (KKO 1952 I 14) sekä vekselin muotoa ja siirtosarjan katkeamista (KKO 1962 II 104 ja 1984 II 74 sekä Aurejärvi s. 131). Sovitteluperusteiden kohdalla taas kysymys on enemmänkin ollut vetoamisen tulkinnasta, ks. KKO 1981 II 102, 1990:148 ja 1992:12 sekä Lappalainen 1986 s. 501 s, Virolainen 1988 s. 282–287 ja Ovaskainen s. 112–114. EY-oikeuden aktualisoimien seikkojen mahdollisesta indispositiivisuudesta ks. Koulu DL 1994 s. 569 s.

mistaakkasääntöjä on oikeustosisekkoihin sovellettava.³⁴ Tällöin joudutaan hankaliin määritelmiin, esimerkiksi: »Avioliiton purkamista koskevia juttuja on pidetty juttuina, jotka ovat indispositiivisia avioliiton päättymiseen ja dispositiivisia sen jatkumiseen nähden»; ja lapsen elatusta koskevista jutuista: »nämä jutut ovat vain relatiivisesti dispositiivisia siten, että lapsen etu on käsittelymenetelmää modifioiva tekijä».³⁵ Onkin ilmeistä, että jaottelu »asioiden» tasolla on oikeustosisekkojen kohdalla liian karkea, ja kun tällaiset systematisointiyritykset aiheuttavat enemmän sekaannusta kuin selkeyttä, niitä tulisi välttää. Huonoimmassa tapauksessa päättely etenee käsittelainopillisesti siten, että ensin asia luokitellaan dispositiiviseksi/indispositiiviseksi ja siten tähän luokitukseen liitetään yksittäisiä oikeusvaikutuksia oikeustosisekkatasolla.

Nähdäkseni asia tulee selkeämmin ilmaistuksi seuraavasti: kaikissa riita-asioissa, sekä dispositiivisissa että indispositiivisissa, sovelletaan lähtökohtaisesti väittämistaakkaa. Tiettyihin oikeustosisekkoihin tietynlaisissa asioissa – lähinnä vastaajapuolella – liittyy kuitenkin sellainen julkinen tai muu intressi, että kyseistä seikkaa pidetään indispositiivisena. Tällöin tuomioistuimien ottaa seikan olemassaolon viran puolesta huomioon ainakin vastaajan poissaollessa. Indispositiivisissa asioissa näitä seikkoja esiintyy useammin kuin dispositiivisissa asioissa.³⁶ Jaottelu dispositiivisuus/indispositiivisuus on siis tehtävä uudelleen oikeustosisekkojen tasolla. Sekä dispositiivisissa että indispositiivisissa asioissa on kunkin oikeustosisekan kohdalla kysyttävä, onko kysymyksessä normaali dispositiivinen seikka, johon asianosaisen on vedottava (ks. esim. KKO 1981 II 110), vai onko kysymyksessä sellainen indispositiivinen seikka, jonka olemassaolon tuomioistuimien ottaa huomioon viran puolesta.³⁷

Jatkossa tässä tutkimuksessa oletetaan, että kysymyksessä on tässä tarkoitettussa mielessä kokonaan dispositiivinen asia eli asia, jossa on esitetty pelkästään *dispositiivisia vaatimuksia*. Sekajuttuja ei tutkimuksessa enemmälti tarkastella, koska niissä määräävän päävaatimuksen muodostaa yleensä

³⁴ Ks. myös Virolainen 1995 s. 288.

³⁵ Ovaskainen s. 94 ja 100 sekä Virolainen 1988 s. 327 ja 1995 s. 291 s, joka puhuu relatiivisesti ja absoluuttisesti indispositiivisista jutuista.

³⁶ Ks. myös Lappalainen Sp I s. 403 ja 405.

³⁷ Samansuuntaisesti Möller JFT 1984 s. 349 ja Ovaskainen s. 91–93. Esim. Lappalainen Sp I s. 87 av 105 kiteyttää arvioinnin seuraavasti: »Se onko oikeustosisikka otettavissa huomioon ex officio vai onko seikkaan vedottava, on yhteydessä siihen, palvelleko ao. seikka indispositiivisuuden taustalla olevaa julkista intressiä. Jos vastaus on myönteinen, vetoaminen ei ole välttämätöntä.»

sä indispositiivinen vaatimus. Vaikka siis tutkimuksessa on kysymyksessä aina tässä mielessä dispositiivinen asia, siinä saattaa kyllä esiintyä *indispositiivisia seikkoja*, jotka tuomioistuimen on otettava viran puolesta huomioon. Yksi jäljempänä eri kohdissa tarkasteltava kysymys onkin, miten todistus-oikeudellinen sääntely, jossa tehdään ero dispositiivisten ja indispositiivisten asioiden välillä (OK 17:4 ja 8, 6:9 ja 5:22), suhtautuu tällaisiin seikkoihin.

1.2 Tutkimuksen metodisia lähtökohtia

1.2.1 Tutkimus oikeustieteen kentässä

Valittu tutkimustehtävä pitkälti määrää, millaista metodologiaa tutkimuksessa on käytettävä. Jos tutkimustehtävänä olisi esimerkiksi selvittää, miten riita-asioita tosiasiallisesti Suomessa valmistellaan, olisi omaksuttava empiirinen, oikeus-sosiologinen tutkimusote. Edellä asetettu tutkimustehtävä suuntautuu kuitenkin voimassa olevan oikeuden sisällön selvittämiseen; näkökulma on oikeusjärjestyksen sisäinen.³⁸ Tutkimuskohde on normatiivinen siinä mielessä, että kysymys on siitä, miten riita-asia voimassa olevan oikeuden mukaan *pitää* valmistella.³⁹ Tämän kysymyksen kannalta tosiasiallisella tilanteella on välistä merkitystä: siitä, miten käytännössä menetellään, ei voida tehdä suoria johtopäätöksiä sen suhteen, miten voimassa olevan oikeuden mukaan *pitää* menetellä. Käytäntö, joka toki on tunnettava, voi eri syistä olla lähtenyt ongelmalliseen suuntaan. Tutkimukseen ei sisälly varsinaista empiiristä osaa, vaan tutkimuksessa on ainoastaan hyödynnetty käytännön tilannetta havainnollistavia, Tilastokeskuksen tuottamia tilastotietoja.⁴⁰

Tilastokeskuksen tuomioistuintilastoissa erotellaan ns. summaariset ja ns. laajat riita-asiat ongelmallisella tavalla. Ns. summaariset asiat on tilastoitu ensinnäkin asian laadun mukaan (asianimikkeenä saatavan

³⁸ Ks. sosiaalisten sääntöjen sisäisen ja ulkoisen näkökulman erottelusta Hart s. 56 ja 255 sekä Dworkin 1986 s. 13 s.

³⁹ Tutkimustulokset sen sijaan ovat ainoastaan heikon normatiivisia: siltä osin kuin oikeuslähteistä ei ole löydettävissä riittävän yksiselitteistä tukea esitetyille tulkinneille, kyseessä on vain tutkijan oman näkemyksen mukainen, perusteltu tulkintasuositus. Ks. tutkimuksen normatiivisuudesta esim. Aarnio 1975 s. 214 ss.

⁴⁰ Lähinnä alajaksossa 8.1 esitettävät havainnot perustuvat osittain tutkijan käytännön kokemuksesta tehtyihin yleistyksiin. Kyseisen jakson tarkoituksena on kiinnittää huomiota suomalaisen riita-asian valmistelun rakenteellisiin käytännön ongelmiin yleisellä tasolla eikä esittää eksakteja empiirisiä tietoja.

perintä, häätö tai virka-apu), mutta lisäkriteerinä on ollut, että asia on ratkaistu kirjallisessa valmistelussa; muut riita-asiat on tilastoitu ns. laajoina riita-asioina. Kuitenkin ns. summaarisista asioista esitetään lukuja myös kirjallisen valmistelun jälkeisistä menettelyvaiheista.⁴¹ Tämä epämääräinen erottelu vaikeuttaa tilastojen hyödyntämistä.⁴² Jäljempänä esitettäviin tilastotietoihin sisältyy siis varsin suuriakin epävarmuustekijöitä. Tietoihin ei tulekaan suhtautua täysin eksaktina empiirisenä aineistona, vaan käytännön tilannetta havainnollistavana, suuntaa-antavana tausta-aineistona. Tämä koskee erityisesti vanhan ja uuden siviiliprosessin vertailua, koska tilastointiperusteet ovat muuttuneet olennaisesti.

Tutkimuksen taustalla olevaa oikeuskäsitystä voidaan luonnehtia 'positiivis-idealistiksi'. Oikeus ymmärretään – erotuksena luonnonoikeudesta – siten positiivisena, että voimassa oleva oikeus pitää erottaa esimerkiksi moraalista ja (oikeus)politiikasta. Oikeuskäsitys ei kuitenkaan ole (suppeassa mielessä) oikeuspositivistinen, koska oikeudella nähdään olevan – ennen muuta oikeusperiaatteiden välityksellä – keskeinen yhteys moraaliin ja oikeuspolitiikkaan.⁴³ Tätä yhteyttä kehitellään jäljempänä luvussa 2. Toiseksi tutkimuksen oikeuskäsitys on idealistinen – erotuksena oikeusrealismista – siinä mielessä, että oikeus nähdään (myös) normitason ilmiönä:⁴⁴ kysymystä voimassa olevien normien sisällöstä ei voida palauttaa esimerkiksi tuomioistuinten ratkaisutoiminnan ennustamiseksi, vaikka normien voimassaolo ei olekaan niiden käytännön soveltamisesta riippumatonta.⁴⁵

Tutkimus on siis pääosaltaan lainopillinen eli *oikeusdogmaattinen*: tarkoituksena on tulkita ja systematisoida aihepiiriä säänteleviä, voimassa olevia oikeusnormeja.⁴⁶ Tutkimuksessa on siten noudatettava lainopin metodi-

⁴¹ Ks. OikTilVK 1995 s. 369, 370 ja 385.

⁴² Ks. myös mts. 370: »käytännössä riita-asioiden kokonaisuudet osittain sekoittuvat toisiinsa. – – Tilaston käyttäjän on samoin varauduttava muihinkin tilastollisiin epä-tarkkuuksiin». Ks. myös Ervasti 1997 s. 31 s.

⁴³ Dikotomiaa oikeuspositivismi/luonnonoikeus ei ole välttämätöntä pitää tyhjentävänä, ks. Peczenik 1995 s. 199 s.

⁴⁴ Normien ontologisesta dualismista sääntöinä ja käyttäytymisenä ks. Klami 1983 s. 28 s.

⁴⁵ Tehokkuus on yksi sekä koko oikeusjärjestyksen ulkoisen voimassaolon että yksittäisen normin sisäisen voimassaolon kriteeri, ks. Peczenik ym. s. 35 s ja Peczenik 1995 s. 186 ja 190. Wroblewski puhuu normin tosiasiallisesta voimassaolosta (Factual Validity) systeemisen ja »aksiomaattisen» voimassaolon (Systemic / Axiological Validity) lisäksi, ks. Wroblewski JFT 1982 erit. s. 414 ss.

⁴⁶ Lainopin perusoletuksista (»paradigmasta») ks. esim. Aarnio 1989 s. 59 s ja Peczenik 1995 s. 325 s. Nytemmin Aarnio on puhunut lainopin sinänsä muuttumattomasta

sääntöjä, jotka muodostuvat, testautuvat ja tulevat hyväksytyiksi viime kädessä oikeustieteen tutkijoiden muodostamassa tiedeyhteisössä. Siltä osin kuin lainopillinen tutkimus noudattaa vakiintuneita metodisääntöjä, voitaneen puhua lainopillisesta normaalitutkimuksesta. Tältä osin käytettyä metodia ei tarvinnut erikseen perustella. Seuraavassa eritellään ainoastaan niitä metodisia lähtökohtia, jotka saattavat edellyttää explikointia. – Lainopillisen pääosan lisäksi tutkimukseen sisältyy sekä prosessi- ja todistusteoreettisia (luvuissa 2 ja 4) että *de lege ferenda* -osuuksia (luvussa 8).⁴⁷ Näissä jaksoissa käytetyt metodit ilmenevät kustakin kohdasta erikseen.

1.2.2 Ennustettavuuden merkityksestä prosessioikeudessa

Ennen tutkimuksen oikeuslähde- ja laintulkintaopillisiin lähtökohtiin menemistä on syytä tarkastella yhtä yleisluonteista näkökohtaa, joka antaa oman leimansa myöhemmille tarkasteluille. Yleisessä oikeustieteessä on puhuttu kansalaisten perustellusta oikeusturvaodotuksesta, joka kuuluu demokraattiseen oikeusvaltioon.⁴⁸ Oikeusturva voidaan jakaa pelkkään muodolliseen oikeusturvaan eli ennustettavuuteen ja materiaaliseen oikeusturvaan. *Peczenikin* mukaan materiaallinen oikeusturva merkitsee, että lainkäyttö perustuu järkevään punnintaan lakiin perustuvan kohtuullisen ennustettavuuden ja muiden eettisten arvojen välillä. Ennustettavuus on tärkeä arvo, mutta sitä täytyy punnita muiden eettisten arvojen kanssa, jolloin materiaallinen oikeusturva on punninnan lopputulos.⁴⁹

Voidaan perustellusti kysyä, onko ennustettavuuden ja yksittäistapauksellisen kohtuullisuuden (tai muiden eettisten arvojen) punninnan tasapainopiste *sama eri oikeudenaloilla*? Onko materiaallinen oikeusturvaodotus esimerkiksi siviiliprosessioikeudessa periaatteessa samanlainen kuin siviilioikeudessa? Eri oikeudenalojen välillä saattaa nähdäkseni olla tässä suhteessa merkittäviäkin eroja.⁵⁰ Esimerkiksi rikosoikeudessa ennustettavuudella on

»perusmatriisista», jonka erilaisia tulkintoja lainopin eri paradigmatt (kuten käsite-, intressi- ja analyttinen lainoppi) ovat, ks. Aarnio 1997 s. 82 ss ja esimerkkien valossa mts. 255 ss.

⁴⁷ Linna luonnehtii oikeuspoliittisen tutkimuksen sellaiseksi, joka vastaa lainsäädäntöprosessin (yhteiskuntasuunnittelun) tiedonintressiä ja jonka tutkimustehtävä liittyy nimenomaan lainsäätämiseen, Linna s. 5 ss. Tämä tutkimus ei siten ole oikeuspoliittista tutkimusta; poikkeuksen muodostaa osittain luku 8.

⁴⁸ Ks. Aarnio 1989 s. 186–189 sekä Peczenik 1995 s. 51, 84 s ja 88.

⁴⁹ Ks. Peczenik 1995 s. 94 s.

⁵⁰ Ks. muodon osalta myös Aarnio LM 1994 s. 280.

erityisen korostunut merkitys, mikä ilmentyy rikosoikeudellisessa legaliteettiperiaatteessa: kansalaisen täytyy etukäteen voida tietää, mikä on kriminalisoitua toimintaa ja mikä ei. Toisaalta siviilioikeudessa, esimerkiksi vahingonkorvausoikeudessa yksittäistapauksellista oikeudenmukaisuutta painottavilla argumenteilla voi olla keskeisempi merkitys, koska siviilioikeudellisen vastuun ei tarvinne olla yhtä tarkoin ennustettavaa kuin rikosoikeudellisen vastuun.

Entä sitten (siviili)prosessioikeus: mihin se sijoittuu tällä ennustettavuuden ja yksittäistapauksellisen kohtuullisuuden välisellä asteikolla? Siviiliprosessioikeuden sääntelykohteena on riita-asiaiden oikeudenkäynti. Sääntelykohteen laatu heijastuu välttämättä sen sääntelytapaan. Oikeudenkäyntimenettelyä säänneltäessä ennustettavuuden merkitys nähdäkseni *jossakin määrin korostuu* verrattuna moneen materiaalisen siviilioikeuden lohkoon. Oikeudenkäynnin asianosaisten täytyy varsin luotettavasti voida tietää, miten heidän tulee toimia asiaansa ajaakseen ja mitä seuraamuksia johonkin toimintaan liittyy; asianosaisten täytyy voida suunnitella toimintansa oikeudenkäynnissä etukäteen.

Ennustettavuudella on kuitenkin ainoastaan *lähtökohtaisesti* korostunut merkitys prosessioikeudessa. Toisaalta asianosaisen ei tule kärsiä oikeudenmenetyksiä tarpeettomien muodollisuuksien vuoksi.⁵¹ Voidaan myös sanoa, että asianosaisen vastapuolella ei useinkaan ole kovin painavaa oikeusturvaodotusta asianosaisen toimintaan nähden. Jos esimerkiksi asianosainen haluaa esittää uuden todisteen vasta pääkäsittelyssä, vastapuolella ei ole painavaa intressiä uuden todisteen prekludoimiseen (esimerkiksi jutun nopeaksi ratkaisemiseksi), vaan hänen kannaltaan on yleensä riittävää, että hänelle varataan tilaisuus vastanäytön esittämiseen. Preklusiosääntelyn on perustuttava muihin, yleisiin intresseihin. Prosessioikeudessa on siten etsittävä ennustettavuuden ja yksittäistapauksellisen kohtuullisuuden tasapainopistettä, joka saattaa kuitenkin olla lähempänä ennustettavuutta kuin yleensä materiaalissa siviilioikeudessa.

Ennustettavuuden jossakin määrin korostunut merkitys prosessioikeudessa näkyy prosessuaalisessa lainsäädännössä. Oikeudenkäyntimenettelystä on yleensä säädetty tavallisella lailla varsin kattavasti ja yksityiskohtaisesti; viime

⁵¹ Ks. myös KKO 1992:64, jossa telekopiona toimitettu valituslupahakemus tutkitiin ennen nimenomaista lainsäädäntöä asiasta: »tulkintaa puoltaa myös se, että prosessioikeudellisten säännösten tulkinnassa on yleensä periaatteena välttää tarpeettomista muodollisuuksista johtuvia oikeudenmenetyksiä.»

vuosina tämä suuntaus on entisestään korostunut.⁵² Lainsäädäntö jättää toisaalta edelleen varsin paljon harkinnanvaraa tuomioistuimelle. Tämä on kuitenkin osittain toisen tason kysymys: tuomioistuimelle voidaan esimerkiksi antaa valta asettaa jokin preklusiivinen määräaika, mutta tähän määräaikaan liittyy jälleen ennustettavuuden vaatimus. Ennustettavuuden vaatimus heijastuu nähdäkseni myös pidemmälle, prosessuaalisen lainsäädännön tulkintaan. Jäljempänä yksi kysymys onkin, miten tämän tulisi näkyä prosessioikeuden tulkintametodissa.

1.2.3 Käytetyistä oikeuslähteistä

Tutkimuksessa on käytetty tavanomaisia oikeuslähteitä.⁵³ Prosessioikeudella, tässä siviiliprosessioikeudella ei nähdäkseni ole erityistä omaa oikeuslähteoppia, vaan myös prosessioikeudessa operoidaan normaaleilla oikeuslähteillä ja niiden käyttöä koskevilla normaaleilla säännöillä. Toinen asia on, että eri oikeudenaloilla oikeuslähteet painottuvat jossakin määrin toisistaan poikkeavalla tavalla. Ennustettavuuden merkitys prosessioikeudessa heijastuu myös oikeuslähteoppiin.⁵⁴

Sitovat oikeuslähteet ovat laki (sekä muut säädökset) ja maantapa (OK 1:11).⁵⁵ Oikeudenkäyntimenettelystä on yleensä säädetty tavallisella lailla. Asetukset ja määräykset koskevat normaalisti ainoastaan teknisempiä seikkoja. Toisaalta uudeksi merkittäväksi prosessioikeuden oikeuslähteeksi ovat

⁵² Vuoden 1993 siviiliprosessiuudistuksessa menttiin varsin yksityiskohtaiseen sääntelyyn (esim. OK 6 luku), mitä voidaan pitää jossakin määrin ongelmallisena menettelyn joustavuuden kannalta. Ks. myös Virolainen 1995 s. 180 s ja Jokela 1996 s. 130. Tämä ei kuitenkaan ole kansainvälisesti poikkeuksellista; esim. Tanskan Rpl:n osalta ks. Blume s. 21–23.

⁵³ Tässä oikeuslähteen käsitettä käytetään esim. Peczenikin esittämällä tavalla (ks. Peczenik 1995 s. 217): oikeuslähteillä on oltava ainakin jossakin määrin auktoriteettiarvoa, joten pelkät asiaperustelut eivät ole tässä mielessä oikeuslähteitä. Vrt. Aarnio 1989 s. 218 s, joka lukee oikeuslähteisiin laajassa mielessä myös teleologiset perusteet (reaaliset argumentit) sekä arvot ja arvostukset (moraaliset näkökohdat). Myös auktoriteettiperusteiden taustalla ovat viime kädessä asiaperusteet, ks. Klami LM 1995 s. 1073. Tässä yhteydessä ei ole tarpeellista tehdä tarkempaa eroa oikeuslähteiden ja informaatiolähteiden välillä, ks. siitä Aarnio 1989 s. 219.

⁵⁴ Rikosoikeuden osalta ks. Frände 1994 s. 50: »Den straffrättsliga legalitetsprincipen medför att tolkningen inom straffrätten blir utpräglat lagkoncentrerad. — Detta gör att straffrätten kan sägas ha en egen tolkningslära».

⁵⁵ Ks. Peczenik 1995 s. 218: »En slutsats utan någon som helst stöd av vare sig lagen eller sedvanan är inte juridisk.»

nousseet kansainväliset ihmisoikeussopimukset ja kotimainen perustuslaki; jäljempänä jaksossa 2.6 niiden merkitystä tarkastellaan lähemmin. Maantavan merkitys on myös prosessioikeudessa vähentynyt nimenomaisen sääntelyn alan kasvaessa.⁵⁶ Tämän tutkimuksen tutkimuskohde perustuu suurimalta osaltaan nimenomaiseen ja varsin uuteen lainsäädäntöön. Lainsäädännön uutuus heijastuu sen tulkintaan, jossa lain sanamuodolle tulee antaa riittävän painavaa merkitystä.

Muista oikeuslähteistä tärkeimpiä ovat lainvalmisteluaineisto ja oikeuskäytäntö.⁵⁷ Lainsäädännön uutuuden vuoksi lainvalmisteluaineistolla on tutkimuksessa melko keskeinen merkitys. Tätä voidaan pitää perusteltuna, koska lainvalmisteluaineisto ilmentää demokraattisen lainsäätäjän objektiivista tarkoitusta.⁵⁸ Tutkimuksen on kuitenkin oltava kriittisessä suhteessa lainvalmisteluaineistoon. Ensinnäkin lainvalmistelussa käytettävissä olevan informaation ja ennustettavissa olevien käytännön soveltamisongelmien rajallisuuden, 'perusteluissa säätämisen' ongelmallisuuden ja muiden yleisten syiden vuoksi aineistolle ei voida antaa kovin painavaa auktoriteettiarvoa. Toiseksi lainvalmistelussa ovat yleensä etualalla yleiset hyötynäkökohdat, jotka saattavat myös joutua ristiriitaan yksittäistapauksellisen asianmukaisuuden kanssa; tätä kysymystä kehitellään edelleen jäljempänä luvussa 2.

Oikeuskäytännön merkitys on prosessioikeudessa keskeinen, koska kyse on tuomioistuinten oman menettelyn sääntelystä. Tutkimus ei kuitenkaan saa pelkästään kritiikittömästi selostaa aikaisempaa käytäntöä, vaan tutkimuksen on oltava kriittisessä suhteessa siihen. Tässä tutkimuksessa oikeuskäytännön hyödyntämistä on haitannut lainsäädännön uutuus. Erityisesti KKO:n ennakkotapauksia uudesta siviiliprosessista on toistaiseksi vähän. Lisäksi tutkimuksessa tarkastellut kysymykset ovat osittain sellaisia, että ne eivät juuri tule KKO:n prejudikatuurissa esille. Tutkimusta varten on käyty systemaati-

⁵⁶ Maantapa ei kuitenkaan ole merkityksetön: esim. reformatio in pejus -kielto riitaasiassa ja oikeusvoimasääntö perustuvat meillä tavanomaisoikeudelliseen normiin.

⁵⁷ Muita kuin sitovia oikeuslähteitä ei nähdäkseni ole syytä jakaa kategorisesti pitää- ja saa -lähteisiin, koska niiden painoarvo kuitenkin vaihtelee yksittäistapauksittain; ks. myös Peczenik 1995 s. 215 s ja 218–221, jonka mukaan oikeuslähdehierarkialla on vain prima facie -luonne. Toisaalta ainakaan prosessioikeudessa lainopillisen tutkimuksen ei ole syytä irtautua tuomarin oikeuslähdeopista, koska prosessilainopin yksi keskeinen tehtävä on tuottaa suosituksia käytännön tuomareille, vrt. Timonen 1987 s. 127–145 ks. Aarnio 1989 s. 222 ja Peczenik 1995 s. 315.

⁵⁸ Ks. Peczenik 1995 s. 245: »Lagens ändamål är – inte uttryck för någons vilja utan en rationell konstruktion med stöd i lagens förarbeten.» Ks. myös Aarnio 1989 s. 229 s ja Peczenik ym. s. 162 s.

tisesti läpi KKO:n vuosikirjoissa ja hovioikeuksien Finlex-tietokannassa (FHOT) julkaistut ratkaisut myös ajalta ennen siviiliprosessiuudistusta. Julkaisemattomat ratkaisut ovat valikoituneet varsin satunnaisesti, joten niiden edustavuus on kyseenalainen; näillä ratkaisuilla onkin arvoa lähinnä esimerkkeinä käytännön lainsoveltamisongelmista.⁵⁹

Oikeustieteen käyttöön tässä tutkimuksessa on vaikuttanut se, että tutkimuskohdetta ei yksinkertaisesti ollut Suomessa ennen vuotta 1993. Lainopillisessa osassa hyödynnetty suomalainen oikeuskirjallisuus on tämän vuoksi pääasiallisesti varsin uutta. Vanhemmalla kirjallisuudella on kuitenkin keskeinen merkitys yleisen teorian- ja käsitteenmuodostuksen sekä prosessioikeudellisen ajattelun kehityksen kannalta. Sama koskee yleisemmin oikeushistoriallisia argumentteja. Erityisesti nopeasti muuttuvan lainsäädännön oloissa oikeustieteellä on prosessioikeuden yleisten oppien kehittäjänä myös jatkuvuutta ja sääntelyn koherenssia ylläpitävää merkitystä.⁶⁰ Toiseksi tutkimus on tai sen ainakin tulisi olla kriittisessä suhteessa lainsäädännössä ja oikeuskäytännössä omaksuttuihin ratkaisuihin.

Oikeusvertailussa esille nousevat ne maat, joiden siviiliprosessi on relevantilla tavalla samankaltainen kuin Suomen nykyinen siviiliprosessi. Luonnollisesti muut Pohjoismaat, ennen muuta Ruotsi ovat tässä suhteessa keskeisimpiä. Sen sijaan suomalaisessa prosessioikeudessa traditionaalisesti keskeiset Saksa ja Itävalta jäävät tässä tutkimuksessa enemmän taka-alalle, koska Suomen nykyisen siviiliprosessin rakenne on erkaantunut kyseisten maiden siviiliprosessin rakenteesta.⁶¹ Toisaalta taas samoista syistä angloamerikkalainen siviiliprosessi on enemmän esillä kuin mihin suomalaisessa prosessitutkimuksessa on perinteisesti totuttu. Sen sijaan esimerkiksi prosessioikeudellinen käsitteen- ja teorianmuodostus sekä todistusoikeus lepää Suomessa edelleen vahvasti mannermaisella perustalla.

⁵⁹ Valikoitumisen satunnaisuus rasittaa kylläkin ilmeisesti myös Finlexin FHOT-rekisteriin tallennettuja hovioikeusratkaisuja. FHOT-rekisterin tekeminen kattavaksi ja luotettavaksi olisi edellytys hovioikeusratkaisujen hyödynnettävyyden lisäämiselle.

⁶⁰ Voidaan puhua ajallisesta koherenssista, ks. Peczenik 1995 s. 603 ss. Blume (s. 20) asettaa provokatorisen kysymyksen, onko prosessioikeustiedettä ylipäänsä olemassa, koska prosessioikeudessa yleisiä kysymyksiä käsittelevät teokset ovat äärimmäisen harvinaisia, poikkeuksena lähinnä Ekelöf 1956. Blumen mukaan syynä tähän on prosessilainsäädännön yksityiskohtaisuus ja muutosnopeus.

⁶¹ Ks. tarkemmin jäljempänä jaksoa 3.1.1.

1.2.4 Tulkinnasta: Ekelöfin teleologinen metodi?

Pohjoismaisessa prosessioikeustieteessä on kehitelty yksi kattava laintulkintamalli, *Ekelöfin ns. teleologinen metodi*.⁶² Malli on radikaaliteleologinen siinä mielessä, että Ekelöfin mukaan metodia tulee käyttää kaikissa tulkintakysymyksissä ainoana tulkintamenetelmänä ja että ns. erityistapauksissa ainoastaan teleologisille argumenteille annetaan merkitystä.⁶³ Ekelöf on kehittänyt mallinsa nähtävästi ensisijaisesti materiaalisen lainsäädännön tulkintaa silmälläpitäen, mutta on soveltanut sitä myös prosessioikeuteen.⁶⁴ Suomessa erityisesti *Virolainen* on suhtautunut viime vuosina myönteisesti mallin käyttöön ennen muuta prosessioikeudessa.⁶⁵ Tämä antaakin aiheen kysyä, tulisiko siviiliprosessioikeudessa käyttää juuri Ekelöfin teleologista laintulkintametodia.

Ekelöfin metodin erityispiirre verrattuna muihin teleologisiin malleihin on, että hän erottaa selvät tapaukset (*klara fall*) ja erityistapaukset (*säregna fall*) toisistaan.⁶⁶ Edellisiä ovat vain tapaukset, jotka täydellä varmuudella kuuluvat säännöksen soveltamisalan ydinalueeseen; muut tapaukset ovat erityisiä. Selviin tapauksiin säännöstä sovelletaan ilman muuta. Mallin keskeisenä ongelmana on kuitenkin, miten selvät- ja erityistapaukset erotetaan toisistaan.⁶⁷ Lähtökohtana on Ekelöfin mukaan säännöksen sanamuodon mu-

⁶² Vaikutteen antajana oli Heckin intressijuridiikka. Ekelöf esitti mallinsa ensiker-taa luennoillaan vuonna 1950 ja kehitti sitä aina kuolinvuoteensa 1990 saakka, ks. Ekelöf 1951 s. 21–31 ja Ekelöf – Boman I s. 69–86. Alunperin mallin kehittämisen syynä oli Ekelöfin kritiikki skandinaavisen realismin tiedekäsitystä kohtaan: Ekelöfin mukaan oikeustieteen pitää esittää normisuosituksia eikä pelkästään tyytyä arvovapaaseen toteamiseen. Ekelöfin malli säilyttää kuitenkin *de lege lata* -luonteensa, koska ratkaiseva on lain tavoite selvissä tapauksissa, ks. Ekelöf 1951 erit. s. 5 s, 20 s, 33 s ja 39–50 sekä Ekelöf – Boman I s. 73.

⁶³ Klassisessa teleologisessa laintulkinnassa teleologista argumenttia pidetään viime-sijaisena, ks. Peczenik 1995 s. 366 s.

⁶⁴ Ks. Ekelöf – Boman I s. 82.

⁶⁵ Ks. Virolainen LM 1991 s. 370–373 ja 1995 s. 194 ja 189: »vaikka myös muut tulkinta-argumentit otetaan tulkinnassa huomioon, on teleologisilla näkökohdilla usein ratkaiseva merkitys.» Vrt. myös esim. Tirkkonen Sp I s. 16 s, Ellilä 1947 s. 48–55 ja Lappalainen Sp I s. 31–37. Ruotsin osalta ks. esim. Westberg s. 306–317 vrt. Lindell 1987 s. 47. Suomen yleisessä oikeustieteessä Ekelöfin mallia on pitänyt esillä Klami, jonka finalistista mallia Ekelöfin malli lähestyykin; Klamin (LM 1995 s. 1068 av 5) mukaan Ekelöfin metodi on »teleologian, empirismin ja laillisuuden onnistunut kombinaatio».

⁶⁶ Ks. Ekelöf – Boman I s. 74, mutta s. 79: »Någon skarp gräns mellan »klara» och »säregna» fall finns det ju inte.»

⁶⁷ Ekelöfin mallin kritiikistä yleiseltä kannalta ks. esim. Strömholm s. 484 ss ja Peczenik 1995 s. 367 ss.

kainen merkitys,⁶⁸ mutta sitä on täydennettävä muilla näkökohdilla; myös rajoittava tulkinta tulee kyseeseen.⁶⁹ Tällaista kategorista dikotomiaa selviin ja ei-selviin tapauksiin laintulkinnassa on kuitenkin vaikea hyväksyä, koska se yhtäältä perustuu epävarmoille kriteereille, mutta toisaalta kuitenkin määrää ratkaisutavan. Säännöksen soveltamisala on pikemminkin jatkumo, jonka toisessa päässä ovat selvästi soveltuvat, toisessa selvästi soveltumattomat tapaukset; ongelmat koskevat väliin jääviä ei-selviä tapauksia.

Ekelöfin mallissa teleologisia argumentteja sovelletaan varsinaisesti vasta erityistapauksiin. Ensin on vahvistettava säännöksen objektiivinen (empiirinen) tavoite selvissä tapauksissa, jolloin huomioon on otettava paitsi välittömät myös viimekätiset (ultimärt) tavoitteet. Toiseksi säännöstä on sovellettava erityistapauksissa siten, että tämä sama tavoite toteutuu myös niissä: »Regleringen av de säregna fallen bör sålunda bidra till realiserandet av samma helhetsresultat som regleringen av de klara.»⁷⁰ Mallin molemmat vaiheet ovat ongelmallisia: miten tavoite selvissä tapauksissa saadaan selville ja miten tavoitetta toteutetaan erityistapauksissa? Ekelöfin oikeusläheoppi on suppea, koska hän pitää oikeuskäytäntöä ennustettavuuden vuoksi keskeisenä lähteenä, muttei anna lainvalmistelutöille juurikaan merkitystä lain tavoitteen selvittämisessä.⁷¹ Tätäkään piirrettä ei ole helppoa hyväksyä. Demokraattisessa lainsäätämismenettelyssä syntynyt aineisto tulisi asettaa keskeiseen, joskaan ei yksinomaiseen eikä kritiikin ulkopuolelle jäävään asemaan lainsäädännön tavoitteita selvitetessä.

Ekelöfin mallin keskeisimmät ongelmat ovat kuitenkin lainsäädännölle asetettavissa tavoitteissa. Ensinnäkin malli johtaa helposti ajatteluun yhden-suuntaisista tavoitteista. Siviiliprosessioikeudessa on kuitenkin lähes aina kysymys eri suuntiin painavien tavoitteiden yhteensovittamisesta: esimerkiksi Ekelöfin mainitsemassa kanteenmuutoskielossa kantajan praktisen tavoitteen saavuttamisen intressiä vasten on toisaalta asetettava muun muassa vastaa-jan oikeusturva.⁷² Toiseksi Ekelöfin käsitys siviiliprosessin tehtävistä voidaan riitauttaa. Ekelöfin laintulkintamalli on luonnollinen jatke hänen käsityksel-

⁶⁸ Ks. myös Klami SvJT 1990 s. 226 s.

⁶⁹ Ks. Ekelöf – Boman I s. 70–72, 75 s ja 79.

⁷⁰ Ekelöf – Boman I s. 74.

⁷¹ Ks. Ekelöf – Boman I s. 80–82. Ks. myös Klami mas. 228.

⁷² Ks. Ekelöf – Boman I s. 82 ja Ekelöf II s. 127 s. Ks. kuitenkin Ekelöf – Boman I s. 78 s: »visserligen ligger en kompromiss mellan varandra motstridande ändamålssynpunkter till grund för många av lagens stadganden. – – Man får i sådana fall bringa sin uppfattning om de olika ändamålens inbördes vikt och på grundval härav bedöma de särregna fallen.» Ks. myös Heuman SvJT 1993 s. 247 s.

leen siviiliprosessista sanktiomekanismina.⁷³ Tätä laajaa kysymysryhmää kehitellään seuraavassa luvussa 2.

Lopputuloksena edellä olevasta kritiikistä on, ettei Ekelöfin teleologiselle laintulkintamallille mielestäni voida antaa yksinomaista asemaa myöskään siviiliprosessioikeudessa. Siviiliprosessuaalisen lainsäädännön tulkinnassa on käytettävä kaikkia tavanomaisia laintulkintamenetelmiä.⁷⁴ Eri asia on, että tavoiteargumenteilla tulee olla keskeinen merkitys prosessilain tulkinnassa; ne eivät ole ainoita, mutta eivät myöskään viimesijaisia argumentteja, vaan painavia argumentteja muiden rinnalla. Tavoiteargumenttien merkitys verrattuna muihin argumentteihin, kuten säännöksen sanamuotoon, on harkittava lopullisesti kussakin yksittäiskysymyksessä.⁷⁵

1.3 Tutkimuksen jäsenitys pääpiirteittäin

Tutkimustehtävää ja -metodia käsittelevän johdantoluvun jälkeen tutkimus jakautuu kahteen pääosaan, yleiseen osaan (luvut 2–4) ja varsinaiseen osaan (luvut 5–8), joista edellistä voitaneen luonnehtia enemmän prosessioikeudelliseksi perustutkimukseksi, jälkimmäistä soveltavaksi tutkimukseksi. Yleisessä osassa tarkastellaan teoreettisella ja periaatteellisella tasolla ensin siviiliprosessia yleensä sen tehtävien, tavoitteiden ja arvojen näkökulmasta (luku 2). Seuraavassa luvussa 3 tarkastelu kohdennetaan nykyisen siviiliprosessin valmisteluvaiheeseen, sen tehtäviin ja tavoitteisiin. Yleisen osan päättää luku 4, jossa eritellään tosiseikkakysymystä, näytön arviointia ja todistelua. Yleisen osan tavoitteena on luoda yhtäältä siviiliprosessioikeudesta yleensä sekä toisaalta riita-asian valmistelusta ja todistelusta erityisesti riittävä teoreettinen ja periaatteellinen pohja varsinaisen osan yksityiskohtaisia tarkasteluja varten. Myös tutkimuksessa käytetty käsitteistö täsmennetään näissä luvuissa.

Varsinainen osa käsittelee todistusaineiston selvittämistä ja todistusaineiston ilmoittamisen laiminlyönnin sanktioita dispositiivisen riita-asian valmis-

⁷³ Ks. Ekelöf 1990b s. 64 s ja Ekelöf – Boman I s. 69 ja 80–82: »de materiella reglerna måste tillämpas så att rättskipningen medverkar till att ändamålet med dessa regler blir förverkligat.» Ks. myös Virolainen 1995 s. 189 s sekä todistustaakan ja näyttövaatimuksen näkökulmasta Klami SvJT 1990 s. 229–232 ja Boman 1990 s. 114 s.

⁷⁴ Ks. niistä esim. Aarnio 1989 s. 253–259 ja Peczenik 1995 s. 329–340. Samansuuntaisesti Jokela 1996 s. 143 s.

⁷⁵ Ks. myös Peczenik 1995 s. 307: »Valet mellan olika tolkningsmetoder ingår – i den totala avvägningen som lagtolkaren måste göra i svåra fall.»

telussa de lege lata. Osa jakautuu kahteen pääjaksoon. Ensimmäisessä tarkastellaan ensiksi todistusteemojen (luku 5) ja toiseksi todistuskeinojen (luku 6) selvittämistä (kartoittamista) dispositiivisen riita-asian valmistelussa. Näihin lukuihin sisältyvät myös tuomioistuimen roolia käsittelevät jaksot. Varsinaisen osan toisessa pääjaksossa (luku 7) tarkastellaan todistusaineiston ilmoittamisen laiminlyöntiin liittyviä prosessuaalisia sanktioita, kuten preluusiota ja kuluvastuuta dispositiivisessa riita-asiassa. Lopuksi luvussa 8 luodaan katsaus todistelun valmistelun mahdollisiin tulevaisuuden suuntaviivoihin, kuten eurooppalaisen siviiliprosessioikeuden kehitysnäkymiin, de lege ferenda.

2 luku SIVIILIPROSESSIN TEHTÄVISTÄ, TAVOITTEISTA JA ARVOISTA

2.1 Kysymyksenasettelua

Prosessioikeutta on usein pidetty teknisenä oikeudenalana, jossa on vain etsittävä mahdollisimman tarkoituksenmukainen keino esiintyvien käytännöllisten epäkohtien korjaamiseksi. Tällainen prosessioikeuden luonnehdinta on kuitenkin vain osittain ja pinnallisessa mielessä oikea.¹ Oikeudenkäynnissä, ennen muuta rikosprosessissa tulevat vahvasti esiin yksilön oikeusturva- ja muut arvonäkökohdat. Toisaalta oikeudenkäynnin rakenne on myös oikeuspoliittinen ja tuomioistuinlaitoksen rakenne jopa yhteiskuntapoliittinen kysymys.²

Riita-asian valmistelu yleisessä alioikeudessa on osa riita-asian koko oikeudenkäyntimenettelyä. Tämän vuoksi ensin on syytä tarkastella tässä luvussa koko siviiliprosessia sen tehtävien, tavoitteiden ja arvojen näkökulmasta, jotta sen yhden osan, valmistelun tehtävät ja tavoitteet voitaisiin hahmottaa ja ymmärtää yleisempää taustaansa vasten.³ Tarkoituksena on siis tarkastel-

¹ Ks. myös Möller 1993 s. 170.

² Tuomioistuinlaitoksen rakenteen yhteiskuntapoliittinen merkitys tuli vahvasti esille 1970-luvun alussa oikeuslaitostoimikunnan mietinnöstä (KM 1971:B 112) käydyssä keskustelussa, ks. esim. Havansi LM 1972 ja kokoavasti Nousiainen 1991 s. 301–303. Radikaalien uudistusehdotusten taustalla oli mm. tasavallan presidentti Kekkosen syntymäpäivähaastattelu. Toisaalta oikeudenkäyntimenettelyyn liittyviä kysymyksiä pidettiin tuolloin – paradoksaalista kyllä – vain teknisluonteisina, ks. KM 1971:B 112 s. 102. Tuomioistuinlaitokseen ja sen rakenteellisiin kysymyksiin ei tässä tutkimuksessa mennä.

³ Termiä »siviiliprosessi» käytetään tässä suppeassa mielessä termin »riita-asian oikeudenkäynti» synonyyminä. Tarkastelun ulkopuolelle siis jäävät siviiliprosessista laajassa mielessä sekä ennakolliset turvaamistoimet että täytäntöönpano (ulosotto ja insolvenssioikeus). On sinänsä jossakin määrin ongelmallista, että siviiliprosessin funktioita yms. pohditaan ilman välitöntä kytkentää täytäntöönpanovaiheeseen: on usein käytännössä tärkeämpi kysymys, miten maksettavaksi tuomittu saatava saadaan perityksi maksuvai-

la valmistelun erityisiä funktioita koko siviiliprosessin yleisten funktioiden pohjalta. Voidaan myös sanoa, että tavoitteena on normatiivisesti koherentin *'siviiliprosessiteorian'* kehittäminen.⁴ Tutkimusaiheen kannalta on erityisen kiinnostavaa eritellä ja arvioida kriittisesti siviiliprosessiuudistuksen taustalla olleita näkemyksiä. Tarkoitus on ensisijaisesti osallistua käytyyn keskusteluun ja kehittää sitä seuraavan luvun tarkastelua varten, joka koskee pelkästään riita-asian valmistelua.

Kun puhutaan siviiliprosessin tehtävistä, tavoitteista ja arvoista, on pidettävä mielessä, että keskustelu liikkuu tällöin ensi kädessä oikeuspolitiikan ja moraalien alueilla.⁵ Voidaankin perustellusti kysyä, mitä merkitystä tällä kysymyksenasettelulla on asetetun lainopillisen tutkimustehtävän kannalta. Merkitys on kahtaalla. Ensinnäkin tarkastelu muodostaa teoreettisen taustan voimassa olevan järjestelmän kriittiselle arvioinnille ja ehdotuksille de lege ferenda luvussa 8. Toiseksi ja ennen muuta tavoite- ja arvoargumenteilla on merkitystä myös voimassa olevan oikeuden kannalta: oikeuspolitiikka ja moraalit heijastuvat juridiikkaan, mutta eivät suoraan, vaan välittävien tekijöiden kautta. Näiden välittävien tekijöiden jäsentämisessä on tässä tutkimuksessa hyödynnetty oikeusperiaatteista käytyä keskustelua.⁶ Lainopin kannalta kyse on 'viimekätisten' tulkinta-argumenttien, kuten ns. reaalistien argumenttien etsimisestä.

Periaatekeskustelun hyödyntäminen tässä tarkoitettussa mielessä ei merkitse irroittautumista ns. analyttisestä tutkimusotteesta. Olennaista on analyttinen kysymyksenasettelu, jossa eri henkilösuhteet ja oikeustosisieikka-

keuksissa olevalta velalliselta kuin miten saatavasta saadaan ulosottoperuste. Täytäntöönpanon suhdetta siviiliprosessin funktioihin on tarkasteltu varsin vähän, ks. kuitenkin esim. Välimaa s. 16–19.

⁴ Ks. normatiivisen koherenssin käsitteestä McCormick erit. s. 313–316. Teoreettista ideaalitulannetta, jossa prosessuaaliset säännöt, periaatteet ja teoriat ovat sopusoinnussa keskenään, voidaan kutsua laajan reflektiivisen tasapainon tilaksi, ks. Feinberg s. 3, Rawls s. 39 s ja Lammenranta s. 189 ss. – On syytä korostaa, että näkökulma on tässä sisäinen. Sosiologian ulkoisen näkökulman hyödyntäminen tässä suhteessa olisi ongelmallista. Ks. esim. Goebel s. 441 hänen varsin vähän antaneista tutkimustuloksistaan.

⁵ Voidaan puhua syväjulistifikaatiosta, ks. esim. Peczenik 1995 s. 379. Viime kädessä kysymys on siitä, millainen on oikeuspoliittisesti ja/tai moraalisesti hyvä tai oikea riita-asian oikeudenkäynti. Siviiliprosessin tavoitteissa ja arvoissa on siten mukana normatiivinen elementti, käsitys siitä, millainen siviiliprosessin pitäisi olla.

⁶ Koska säännöt/periaatteet -erottelua voitaneen ainakin heikossa muodossaan pitää oikeusteoriassa vielä tällä hetkellä hyväksyttynä, se voitaneen ottaa lainopillisen tutkimuksen teoreettiseksi apuvälineeksi ilman erityisiä perusteluja. Tällaisen tutkimusotteen kritiikistä ks. Tähti esim. s. 67 ja 111.

oikeusseuraamus -relaatiot pidetään toisistaan erillään.⁷ Analyyttinen kysymyksenasettelu ei kuitenkaan tarjoa sisällöllisiä kriteereitä tulkintaongelmien ratkaisemiseen, vaan ne on joka tapauksessa etsittävä viime kädessä oikeuspolitiikasta tai moraalista: esimerkiksi analyttisessä siviilioikeudessa keskeisimpänä ns. reaalisen argumenttina on saatettu pitää ns. vaihdannan intressiä.⁸ Tässä tutkimuksessa näitä kriteereitä pyritään etsimään periaatekeskustelun avulla.

2.2 Siviiliprosessiperiaatteista

Oikeusperiaatteet ovat olleet kuluneena vuosikymmenenä ehkäpä keskeisin teema oikeusteoreettisessa keskustelussa Suomessa. Tässä tutkimuksessa näkökulma oikeusperiaatteisiin on kapea: tutkimuksessa tarkastellaan yksinomaan prosessuaalisia oikeusperiaatteita eli lyhyemmin ilmaistuna prosessiperiaatteita ja niitäkin lähinnä lainkäyttäjän eikä lainsäätäjän näkökulmasta. Prosessiperiaatteiden joukossakin keskitytään vain siviiliprosessuaalisiin oikeusperiaatteisiin eli siviiliprosessiperiaatteisiin, kun taas rikosprosessiperiaatteet jäivät tarkastelun ulkopuolelle.

Oikeusjärjestykseen kuuluvat oikeusnormit on oikeustieteessä – kuten tunnettua – jaettu sääntöihin ja periaatteisiin.⁹ Sääntöjen on katsottu olevan joko/tai -tyyppisiä soveltuvuudeltaan: jos tapauksen katsotaan kuuluvan säännön soveltumisalaan, kysymys ratkeaa suoraan säännön mukaan, ja muussa tapauksessa sääntö ei sovellu lainkaan. Periaatteiden sen sijaan on katsottu olevan enemmän tai vähemmän -tyyppisiä; ne ovat optimointikäskyjä, jotka käskvät toteuttamaan jonkin tavoitteen tai arvon niin täydellisesti kuin on mahdollista erilaiset oikeudelliset ja tosiasialliset rajoitukset huomioonottaen. Periaate ohjaa ratkaisun suuntaa, muttei suoraan määrää lopputulosta.¹⁰ Jos kaksi sääntöä on ristiriidassa, vain toinen voi soveltua.¹¹ Jos sen sijaan kaksi periaatetta on ristiriidassa, on punnittava periaatteiden painoarvoa vastak-

⁷ Vrt. Pöyhönen LM 1997 s. 527 ss.

⁸ Ks. myös Kaisto s. 34: »vaikka analyttisen esineoikeuden avulla kyetään esittämään kysymyksenasetteluja, analyttisyydestä ei varsinaisesti ole sisällöllistä apua kysymyksiin vastattaessa».

⁹ Ks. Dworkin 1978 s. 22 ss ja Alexy 1986 s. 71 ss.

¹⁰ Ks. esim. Alexy LM 1989 s. 623 s.

¹¹ Sääntöjen ristiriita – tulkinnan jälkeen – on ratkaistava viime kädessä soveltamalla lex superior-, lex posterior- ja lex specialis -maksiimeja, ks. esim. Peczenik 1995 s. 280 s.

kain ja etsittävä optimaalista ratkaisua periaatteiden kesken tuossa tilanteessa: painoarvoltaan kevyempi periaate joutuu jonkin verran väistymään painavamman tieltä.¹² Alexyn »punnintalain» mukaan muotoiltuna: mitä enemmän jokin periaate jätetään täyttämättä tai sitä loukataan, sitä tärkeämpää täytyy toisen periaatteen toteutumisen olla.¹³

Tässä yhteydessä ei ole syytä käydä tarkemmin sääntöjen ja periaatteiden välistä rajaa, koska tutkimuksen kysymyksenasettelu on lainopillinen, jolloin erottelulla on vain välinearvoa problematiikan ja argumenttien jäsentäjänä.¹⁴ Sen toteaminen riittänee, että myös periaatetyyppisiä prosessuaalisia normeja pidetään tässä tutkimuksessa lainkäyttäjää normatiivisesti ohjaavina oikeusnormeina, joskin periaatteiden lopullinen vaikutus yksittäiskysymysten ratkaisuun on luonnollisesti sääntöjä selvästi heikompi. Sen sijaan kysymys yksittäisten normien luokittelumisesta tässä dikotomiassa ei ole kovinkaan kiinnostava. Lisäksi voidaan perustellusti pitää kyseenalaisena yksittäisten oikeusvaikutusten johtamista tästä luokituksesta, koska luokittelukriteerit ovat varsin epämääräiset.¹⁵ Erottelua tulee käyttää argumentaation avaamiseen oikeuspolitiikan ja moraalin suuntaan, ei sen sulkemiseen.¹⁶

Oikeudenkäyntiä sääntelevät oikeusnormit voidaan jakaa havainnollisesti konstitutiivisiin ja regulatiivisiin normeihin, kuten muutkin oikeusnormit.¹⁷ Konstitutiiviset prosessioikeudelliset normit voidaan luonnehtia oikeusnormeiksi, jotka perustavat tietyn institutionaalisen tosiseikan oikeudenkäynnin kontekstissa.¹⁸ Seuraavassa kuitenkin keskitytään re-

¹² Ks. Alexy 1986 s. 78 s.

¹³ Ks. Alexy 1986 s. 146 s. Ks. myös Frände 1989 s. 52 s ja Jonkka 1991 s. 249 s.

¹⁴ Normityypeillä voidaan katsoa olevan joko laatu- tai aste-ero, ks. näistä ns. vahvasta ja heikosta erotteluteesistä sekä molempien kritiikistä Aarnio Oikeus 1989. Olisin heikon erotteluteesin kannalla, minkä vuoksi tässä tutkimuksessa puhutaan sääntö- ja periaate»tyyppisistä» normeista. Ks. myös Hart s. 262 s: »a reasonable contrast can be made between near-conclusive rules – – and generally non-conclusive principles».

¹⁵ Ks. myös pidemmälle vietyinä Tähti s. 113–121.

¹⁶ Vrt. Tähti s. 139–142: »säännöt-periaatteet-erottelun omaksuminen on omiaan vähentämään tarvetta avoimeen argumentaatioon.»

¹⁷ Ks. oikeusnormityypeistä esim. Aarnio 1989 s. 70–83 ja Peczenik 1995 s. 162–175. Normien jako konstitutiivisiin ja regulatiivisiin ei ole kategorinen, vaan regulatiivisilla normeilla on konstitutiivisia piirteitä ja päinvastoin; dikotomia kuitenkin havainnollistaa normityyppejä.

¹⁸ Konstitutiiviset prosessinormit esimerkiksi määrittävät tuomarin, asianosaisen ja todistajan asemat (positiot, roolit) oikeudenkäynnissä ja sen, ketkä henkilöt ovat yksittäistapauksessa kussakin asemassa; edelleen normit antavat merkityksen näissä rooleissa toimivien henkilöiden toimenpiteille, ns. prosessitoimille oikeudenkäynnissä jne.

gulatiivisiin prosessioikeudellisiin normeihin, jotka ovat aiheen kannalta keskeisempiä. Regulaatiiviset prosessinormit voidaan ymmärtää normeiksi, jotka vaikuttavat konstitutiivisten prosessinormien luoman oikeudenkäynnin 'sisällä': regulaatiiviset prosessinormit sääntelevät oikeudenkäynnin kulkua ja sisältöä. Ne eivät normityypinsä puolesta eronne materiaalisista normeista, vaan velvoittavat oikeudenkäynnin eri asemissa toimivia henkilöitä ja ovat palautettavissa deonttisiksi perusmodaliteeteiksi käsketty, kielletty ja sallittu.¹⁹

Eräitä täsmennyksiä erotteluun on kuitenkin syytä pitää mielessä. Ensinnäkin on erotettava normiformulointi säännösten tasolla ja itse normi.²⁰ Normiformulointi on säännös lakitekstissä tai muu oikeuslähteen asemassa oleva kielellinen ilmaus, josta saadaan informaatiota voimassa olevista oikeusnormeista; juridisen tulkinnan kautta tästä ilmauksesta voidaan johtaa (tulkinta- ja) normilause, joka ilmaisee täsmällisemmin voimassa olevan normin. *Periaatetyypisistä* normeista voitaneen puhua jo tällaisten alustavasti tulkituttujen normiformulointien eli abstraktien (*prima facie*) normien tasolla eikä vasta yksittäistapauksessa sovellettavan (*all things considered*, ATC) ratkaisunormin tasolla.²¹ Sen sijaan tulkinnan- ja harkinnanvarainen tunnusmerkkistö ei vielä tee säännöstä periaatetta.²²

Toiseksi on tärkeää kiinnittää huomiota oikeudellisen päätösharkinnan vaihteellisuuteen.²³ Prosessuaaliset ratkaisut ovat lähes aina viime kädessä joko/tai -ratkaisuja: haaste annetaan tai jätetään antamatta, valmistelu päätetään tai sitä jatketaan, todistajaa kuullaan tai jätetään kuulematta. Tästä huolimatta lopullista ratkaisua edeltää usein harkintavaihe, jonka voidaan katsoa olevan prosessiperiaatteiden ohjaama; tällaisissa tapauksissa varsinaisen harkinta liittyy juuri periaatteiden punnintavaiheeseen eikä lopulta var-

¹⁹ Erilaisia muotomääräyksiä (esim. vihkimisen muoto, testamentin muoto) ja oikeudenkäynnin kulkua ohjaavia prosessuaalisia normeja ei yleensä voida rinnastaa toisiinsa (vrt. Aarnio 1989 s. 76). Edellisissä muoto sinänsä 'synnyttää' tietyn institutionaalisen tosiseikan (esim. avioliiton, testamentin), mutta jälkimmäiset (esim. OK 5:18.3) ohjaavat käskyin ja kielloin oikeudenkäyntimenettelyä, jonka päätteeksi tuomioistuimien ratkaisee asian materiaalisesti tuomiolla.

²⁰ Ks. Makkonen Ratkaisutoiminta s. 46 s, Aarnio 1989 s. 161 s ja Peczenik 1995 s. 162 s.

²¹ Vrt. Scheinin 1991 s. 32 s, joka katsoo, että jaottelu koskee vain *all things considered* -tulkittuja konkreettisia, yksittäisessä ratkaisutilanteessa sovellettavia oikeusnormeja. Ks. kuitenkin Aarnio Oikeus 1989 s. 122: »ATC eli tulkittuina sekä säännöt että periaatteet ilmaisevat aina joko/tai-tyyppisen normin.»

²² Ks. Pöyhönen 1988 s. 16.

²³ Ks. myös Scheinin 1991 s. 31 ss.

sin mekaaniseen joko/tai -ratkaisuun.²⁴ *Pöyhösen* terminologiaa käyttäen prosessiperiaatteet toimivat tällöin ratkaisunormina olevaan sääntöön ohjaavina tai sitä täsmentävinä ja täydentävinä normeina.²⁵

Periaatekeskustelun tärkein anti prosessioikeudelle on ollut nähdäkseni kahtaalla. Ensinnäkin periaatekeskustelu on tuonut voimakkaasti esiin myös prosessioikeuden arvoperustan. *Jonkan* käsitykseen yhtyen voidaan todeta, että prosessiperiaatteet ovat kanava, »joka tuo arvot/tavoitteet lainkäyttötason oikeudelliseen argumentointiin».²⁶ Siviiliprosessiperiaatteet ovat välittömästi yhteydessä siviiliprosessin arvoperustaan eli siviiliprosessin tavoitteisiin ja arvoihin. Keskeisin prosessiperiaatteen voimassaolon (velvoittavuuden) edellytys on sen arvoperustan hyväksyttävyyden.²⁷ Viime kädessä prosessiperiaatteen hyväksyttävyyden testautuu oikeusyhteisössä: periaate, joka ei vastaa käsityksiämme siviiliprosessin oikeuspoliittisista ja moraalisisista tavoitteista ja arvoista, ei voi olla lainkäyttäjää myöskään oikeudellisesti ohjaava prosessiperiaate.²⁸

Toiseksi periaatekeskustelu on tiettyssä mielessä merkinnyt prosessioikeudellisen sääntelyn alan laajentumista: sellaisetkin kysymykset, jotka ennen saatettiin nähdä tuomioistuimen 'vapaan harkinnan' alueiksi, voidaan nähdä oikeusperiaatteiden ohjaamina.²⁹ Tämä on prosessioikeudessa sikäli keskeistä, että oikeudenkäynnin tarkemman kulun määrääminen on pitkälti sitä johtavan tuomarin harkinnassa. Prosessiperiaatteiden ohjaavuuden myöntäminen merkitsee, että oikeudenkäynnin kulku on aina edes jollakin tasolla oikeudellisesti säänneltyä eikä tuomarin vapaasti harkittavissa. Tästä näkökulmasta voidaan relativoida myös prosessinormien jaottelu ns. fakultatiivisiin ja ob-

²⁴ Esimerkkinä voidaan mainita OK 5:6.2, jonka mukaan tuomioistuimen on haastetta antamatta heti hylättävä kanne tuomiolla, jos kantajan vaatimus on »selvästi perusteeton». Säännös sisältää selvästi sääntötyyppisen normin: kantajan vaatimukset joko ovat tai ne eivät ole selvästi perusteettomia, jolloin kanne joko hylätään heti tai haaste annetaan. Säännön soveltamisalue on kuitenkin määritelty varsin avoimella rekvisiitilla »selvästi perusteeton», jonka täsmällinen sisältö joudutaan viime kädessä vahvistamaan kussakin yksittäistapauksessa. Vastakkain on asetettava lähinnä nopeuden ja halpuuden tavoitteet toisaalta ja kantajan oikeusturva toisaalta, jolloin oikeusturvalle on annettava *prima facie* -etusija eli in dubio haaste on annettava.

²⁵ Ks. Pöyhönen 1988 s. 64 s. Scheinin puolestaan on puhunut normifragmenteista, ks. Scheinin 1991 s. 34.

²⁶ Jonkka 1991 s. 164.

²⁷ Ks. Pöyhönen 1988 s. 33. Ks. myös Peczenik 1995 s. 185 s: »etiska giltighetsbegreppet».

²⁸ Ks. myös Jonkka 1991 s. 165 s.

²⁹ Ks. Lappi-Seppälä s. 29.

ligatorisiin prosessinormeihin, joista edellisten mukaan tuomioistuin »voi» tai »saa» tehdä jotakin: myös fakultatiivisten normien tarkoittamissa tilanteissa tuomarin harkinta voidaan nähdä prosessiperiaatteiden ohjaamana, jolloin periaatteiden asianmukaisen punninnan perusteella ei voida päätyä mihin ratkaisuun tahansa eikä vastaavasti kahdessa identtisessä tapauksessa erilaisiin ratkaisuihin.³⁰ Näiden normityyppien välillä on pikemminkin aste- kuin laatuero.

Prosessioikeudessa korostunut ennustettavuuden vaatimus heijastuu kuitenkin prosessiperiaatteiden mahdolliseen merkitykseen. Lainkäyttötasolla prosessiperiaatteet toimivat lähinnä laintulkinta-argumenteina.³¹ On erittäin ongelmallinen kysymys, voisiko yleinen prosessiperiaate milloinkaan »voittaa» tulkittua, nimenomaista prosessisääntöä.³² Prosessioikeudellisessa lainopissa periaatteiden merkitys on nähdäkseni siinä, että niiden avulla voidaan tarkastella ja jäsentää yleisellä tasolla, rationaalisti sellaisia tavoite- ja arvonäkökohtia, jotka muutoin jäisivät vasta kussakin yksittäiskysymyksessä esitettäviksi ns. reaalisiksi argumenteiksi tai vastaaviksi näkökohdiksi. Periaatekäsitteen omaksuminen edesauttaa tulkinta-argumentaation säilyttämistä avoimena, jäsenytyneenä ja rationaalina ilman, että tavanomaisesta oikeuslähdeopista poikettaisiin.

Miten prosessiperiaatteet sitten tunnistetaan prosessuaalisen kysymyksen ratkaisijaa ohjaaviksi oikeusnormeiksi (ns. tunnistamisongelma)? Prosessiperiaatteet ovat nimenomaan oikeusperiaatteita eli »pitämisen maailmassa» prosessiperiaatteet kuuluvat voimassa olevaan oikeusjärjestykseen eivätkä (pelkästään) esimerkiksi johonkin oikeuspoliittiseen tai moraalijärjestelmään. Prosessiperiaatteelle täytyy löytyä »institutionaalista tukea» (»institutional support») oikeusjärjestyksestä. Prosessiperiaatteen on oltava joko nimenomaisesti ilmaistu tai sen on ainakin oltava yleistettävissä, abstrahoitavissa lais-

³⁰ Ks. myös Lappalainen Sp I s. 26, Ekelöf 1956 s. 146 s ja Ekelöf – Boman I s. 45 s: »rätten diskretionärt eller m.a.o. efter ett mera fritt skön skall avgöra, huruvida det föreligger sådana – omständigheter, som motiverar att den skall eller inte skall företa den ifrågavarande processhandlingen.» Vrt. Virolainen 1995 s. 176, jonka mukaan tuomioistuimella on valta »erilaisia näkökohtia punnitsemalla vapaasti ratkaista, onko prosessitoimeen tarkoituksenmukaista ryhtyä vai ei».

³¹ Ks. myös Jonkka 1991 s. 169, jonka mukaan oikeusperiaatteet ohjaavat syyttäjän päätöksentekoa vain asetettaessa konkreettista näyttövaatimusta lainsäätäjän asettaman abstraktin näyttövaatimuksen sisällä. Ks. myös osuvasti Hart s. 263: »we have rules against murder and theft and not merely principles requiring due respect for human life and property».

³² Vrt. Pöyhönen 1988 s. 43.

ta, maantavasta, lainvalmisteluaineistosta ja/tai oikeuskäytännöstä.³³ Lisäksi (muun kuin nimenomaisesti säädetyn) periaatteen täytyy olla riittävän vaikiintunut ollakseen lainkäyttäjää velvoittava.

Toisena ongelmana nimenomaan prosessiperiaatteiden kohdalla on, että prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa »prosessiperiaatteista» on perinteisesti puhuttu myös, kun on pelkästään kuvattu prosessioikeudellista järjestelmää: on saatettu esimerkiksi sanoa, että Suomen siviiliprosessioikeus rakentuu määräämis- ja käsittely»periaatteille». ³⁴ Tällaisella kuvaavalla yleisnimityksellä ei kuitenkaan ole normatiivista vaikutusta eikä siitä saa johtaa (käsitelainopillisesti) ratkaisuja yksittäiskysymyksissä.³⁵ Prosessiperiaatteesta tulisi selvyiden vuoksi puhua lähinnä vain, kun kysymyksessä on normatiivinen oikeusperiaate eikä pelkkä deskriptiivinen kuvaus.

Oikeudenkäyntiä ohjaavat prosessiperiaatteet voidaan jäsentää eri tavoin. On hyödyllistä erottaa toisistaan menettelyperiaatteet, rooliperiaatteet ja ratkaisuperiaatteet.³⁶ Menettelyperiaatteilla tarkoitetaan tässä periaatteita, jotka ohjaavat itse oikeudenkäyntimenettelyä. Rooliperiaatteilla taas tarkoitetaan mahdollisia periaatteita, jotka ohjaavat asianosaisten ja tuomioistuimen välistä tehtävien- ja vastuunjakoja oikeudenkäynnissä.³⁷ Sekä menettely- että rooliperiaatteet liittyvät siis oikeudenkäyntiin, ensin mainitut sen kulkuun, viimeksi mainitut siinä toimimiseen.³⁸ Ratkaisuperiaatteet puolestaan liitty-

³³ Ks. Dworkin 1978 s. 64 s ja Tolonen 1988 s. 188. Vrt. Fränden väljempään käsitykseen, Frände 1989 s. 60. Ks. myös Atiyah – Summers s. 19: »a purely substantive reason cannot – – exist in the law» ja Peczenik 1995 s. 205: »den juridiska argumentationen transformerar etiska värden till juridiskt relevant skäl».

³⁴ Ks. esim. Wrede 1922 s. 64 ja 1953 s. 74 s (»praktiska maximer») sekä Tirkkonen 1945 s. 422.

³⁵ Ks. myös Ekelöf 1956 s. 210 s, Hov s. 62 ja Hassler s. 217: »De är ett hjälpmedel, varigenom beslätade företeelser samordnas och samlunda en systematisering av rättsreglerna underlättas.» Vrt. Laukkanen s. 29: »Menettelyperiaatteet saivat Suomessa heuristisen merkityksen. Ne liittyivät vakiintuneisiin käytäntöihin, muodostuivat normiksi ja ohjasivat tuomarin prosessinjohtoa.» Vrt. myös esim. Rosenberg ym. s. 33, jonka mukaan menettelyperiaatteilla on tulkinnallista merkitystä. – Toinen asia on, että esim. asianosaisten autonomia saattaa olla normatiivinen oikeusperiaate dispositiivisissa riita-asioissa.

³⁶ Todettakoon, että jäsenyys on ainoastaan periaatteita systematisoiva eikä siitä voida tehdä sisällöllisiä johtopäätöksiä. Kaikki prosessiperiaatteet eivät myöskään välttämättä kuulu juuri tiettyyn ryhmään.

³⁷ Ks. rooli- (eli työnjako-) ja menettelyperiaatteiden erottelusta myös Lager 1994 s. 81 s ja Virolainen 1995 s. 200 ja 259 s. Ks. myös Fasching s. 301. Laukkanen kutsuu kumpakin ryhmää menettelyperiaatteiksi, Laukkanen s. 23 s.

³⁸ Rooliperiaatteilla saattaa olla merkitystä paitsi oikeudenkäynnin sisällöstä eli oikeudenkäyntiaineistosta, myös oikeudenkäynnin ulkoisesta kulusta päättämisen kannalta.

vät tuomioistuimen ratkaisutoimintaan käsittelyn jo päätyttyä, esimerkiksi näytön arviointiin. Tässä tutkimuksessa keskitytään tutkimustehtävän mukaisesti ainoastaan *menettelyperiaatteisiin* ja niihinkin lähinnä riita-asian valmistelun kannalta.

Menettelyperiaatteet voidaan edelleen ryhmitellä eri tavoin. Tässä menettelyperiaatteet jäsennetään *tavoite- ja arvoperiaatteisiin*. Edellisillä tarkoitetaan menettelyperiaatteita, joiden taustalla ovat siviiliprosessin »tavoitteet», jälkimmäisillä taas periaatteita, joiden taustalla ovat siviiliprosessuaaliset »arvot» jäljempänä täsmennettävässä mielessä.³⁹ Arvojen ja tavoitteiden erottelu on tässä lähinnä jäsennystekninen eikä niiden välillä voitane tehdä kategorista laatueroa.⁴⁰ Lisäksi voitaneen puhua periaatetyypisistä tehtävänormeista, joiden taustalla ovat jonkin tietyn siviiliprosessuaalisen instituution tehtävät siviiliprosessissa ja jotka koskevat vain tuota instituutiota. Tällaiset tehtävänormit ovat siis suppeampialaisia kuin arvo- ja tavoiteperiaatteet, jotka kattavat lähtökohtaisesti koko siviiliprosessimenettelyn.

2.3 Siviiliprosessin tehtävistä (funktioista)

Yksi keskeinen piirre erityisesti kuluneen vuosikymmenen pohjoismaisessa prosessioikeustieteessä on ollut siviiliprosessin ns. *funktioista* (tehtävästä) tai funktioista käyty keskustelu.⁴¹ Yksi keskustelua rasittanut puute on kuitenkin ollut se, että keskustelun teema on ollut jossakin määrin täsmentymätön: ei ole tarkemmin eritelty, mitä siviiliprosessin »funktioilla» oikeastaan on tarkoitettu. Kysymyksessä lienee jonkinlainen normatiivinen, prosessi-ideologinen metateoria siitä, mikä on koko siviiliprosessin tehtävä yhteiskunnassa tai mikä ainakin on sen tärkein tehtävä. Kysymys ei siis ole ollut siitä, mitä empiirisesti todennettavia yhteiskunnallisia avoimia- ja/tai piilo-

³⁹ Tavoite- ja arvoperiaatteista yleisesti ks. esim. Pöyhönen 1988 s. 54 s. Jaottelu vastaa Dworkinin tekemää jaottelua 'politiikkoihin' (policy) ja varsinaisiin (moraali)periaatteisiin (principle), ks. Dworkin 1978 s. 22 s ja 82 s sekä Tolonen OTJP 1989 s. 340 s ja Tuori s. 5 s. Jaottelun omaksuminen ei välttämättä edellytä Dworkinin oikeusteessin hyväksymistä, ks. siitä mts. 84 ss.

⁴⁰ Esim. oikeudenkäynnin oikealla lopputuloksella on toki »arvoa» jo sinänsä. – Ks. myös Aarnio 1989 s. 81, jonka mukaan positiivisten oikeusperiaatteiden jaottelu arvoperiaatteisiin ja tavoiteperiaatteisiin »on kuitenkin melko mielivaltainen, sillä arvo voidaan aina tulkita myös tavoitteena ja tavoitteelle on mahdollista antaa arvotulkinta».

⁴¹ Laukkanen puhuu nähtävästi samaa tarkoittaen lainkäytön tavoitteista, ks. Laukkanen s. 18 s. Käsitettä »Prozesszweck» on käytetty saksalaisella kielialueella, ks. esim. Rosenberg ym. s. 2 s.

funktioita siviiliprosessi tosiasiallisesti täyttää, vaan siitä, mitä tehtävää siviiliprosessin tulisi toteuttaa.⁴² Omaksutulla käsityksellä on nähty olevan merkitystä paitsi lainsäädäntöprosessissa, myös lainkäyttötasolla.⁴³

2.3.1 Oikeussuoja, ohjaus vai konfliktinratkaisu?

Siviiliprosessin tehtävästä esitetty klassinen näkemys on lyhyesti sanottuna ollut, että siviiliprosessin tehtävänä on antaa oikeussuojaa asianosaisten yksityisoikeudellisille oikeuksille (siviiliprosessin ns. *oikeussuojafunktio*). Esimerkiksi Wrede katsoi siviiliprosessioikeuden yleisesityksessään:⁴⁴ »Civilprocessens ändamål är närmast att meddela statens skydd för privaträttsliga intressen.» Hän kuitenkin jatkoi: »Genom processen bringar staten sin rättsordning till giltighet. Man kan därför säga att civilprocessen har tvenne ändamål.» Ensin mainittu tavoite oli kuitenkin Wreden mukaan ensisijainen: »Det ändamål, som med civilprocessen avses, uppnår staten genom att dess myndighet fastställa och, i fall av behov, med tvång genomföra det som i det enskilda fallet är rätt.»⁴⁵ Tämä näkemys ei vajaassa sadassa vuodessa juuri-kaan muuttunut.⁴⁶ Esimerkiksi *Tirkkosen* näkemys oli hyvin samansuuntainen hänen siviiliprosessioikeuden *opus magnumissaan*.⁴⁷

⁴² Vrt. Alternativkommentar s. 5 ja 11, jossa peräänkuulutetaan prosessitodellisuuden huomioonottamista eli »menettelyrealismia» ideaaliversioiden ja »menettelyromantiikan» sijaan. Prosessitodellisuuden ja ideaaliprosessin eroista Suomessa ks. Virolainen 1995 s. 112 ss.

⁴³ Lindell on puhunut funktioargumentista, Lindell 1988 s. 83.

⁴⁴ Wredeä voidaan pitää suomalaisen prosessioikeustieteen perustajana ja saksalaisperäisen tradition edustajana. Wreden (toinen) väitöskirja »Processinvändningarna enligt finsk allmän civilprocessrätt» vuodelta 1884 käsitteli prosessiväitteitä vain 16 vuotta myöhemmin, kun saksalainen Oscar Bülow oli kehittänyt prosessinedellytysopin teoksessaan »Die Lehre von den Processeinreden und die Processvoraussetzungen» vuonna 1868. Ks. Wrede 1884 erit. s. 35 ss ja Halila LM 1968 passim.

⁴⁵ Wrede 1922 s. 19 ja 21. Samoin Wrede 1953 s. 26 ja 28.

⁴⁶ Ks. myös esim. Granfelt 1911 s. 1, Sjöström 1916 s. 1, Honkasalo 1928 s. 16 ja Aalto 1965 s. 1. Esim. *Palme* problematisoi tätä käsitystä ja tuli siihen tulokseen, että siviiliprosessin tavoite on antaa oikeussuojaa, kun siihen on konkreettinen tarve, oikeusvarmuuden luomiseksi ja ylläpitämiseksi yksityisoikeuden alueella, ks. *Palme* s. 9 ss, erit. s. 44 ss. Myös Staffans s. 48–50 korosti siviiliprosessin yksityisoikeutta ja oikeusrauhaa ylläpitävää merkitystä. Nykyisistä siviiliprosessualisteista varsin klassista näkemystä edustavat mm. Gomard s. 3, Hov s. 43 ja Rosenberg ym. s. 3.

⁴⁷ Ks. Tirkkonen Sp I s. 2: »prosessin avulla suojataan aineellista oikeutta (tämän käsitteen subjektiivisessa merkityksessä). — Samalla prosessi on tärkeä keino voimassa olevan oikeusjärjestyksen sekä — oikeusturvallisuuden (oikeusrauhan) ylläpitämiseksi.» Ks. myös Tirkkonen 1933 s. 4 s.

Tässä yhteydessä ei ole syytä mennä niihin vaikeuksiin, joihin klassinen oppi prosessioikeudellisessa käsitteen- ja teorianmuodostuksessa johti.⁴⁸ Todettakoon vain lyhyesti muutama opin keskeinen piirre nimenomaan prosessi-ideologiselta kannalta: Klassisen opin näkökulma on lähes puhtaasti ratkaisutavan yksittäistapauksen tasolla. Oikeudenkäynnin tarkoituksena on antaa valtiollista oikeussuojaa asianosaisen subjektiiviselle oikeudelle. Tavoitteena on, että oikeudenkäynnissä päästään materiaalsen totuuden ja materiaalsen oikeuden mukaiseen lopputulokseen.⁴⁹ Toissijaisesti tavoitteena voi myös olla yleisemmin oikeusjärjestyksen ja -turvallisuuden ylläpitäminen.

Erityisesti Ruotsissa klassinen oppi on myöhemmin tällä vuosisadalla saanut väistyä uudemman näkemyksen tieltä.⁵⁰ Modernin pohjoismaisen prosessioikeustieteen käynnistäjänä voidaan pitää Karl *Olivecronaa*, jonka oikeusfilosofiset juuret olivat ns. Uppsalan koulun (Hägerström, Lundstedt) filosofiasia eli ns. skandinaavisissa realismissa.⁵¹ Olivecrona esitti keskeiset prosessioikeudelliset teesinsä jo vuonna 1930 respiittikirjassaan »Beviskyldigheten och den materiella rätten». Olivecrona hylkäsi sen klassisen näkemyksen, että oikeudenkäynnin tarkoitus on antaa oikeussuojaa jo olemassaoleville materiaalisille, subjektiivisille oikeuksille.⁵² Prosessioikeus ei Olivecro-

⁴⁸ Ks. Olivecronan klassisen tuomio-opin kritiikkiä, Olivecrona 1966 s. 46 ss. Klassisen opin mukaan prosessin ja tuomion 'kohde' oli yksityisoikeudellinen oikeussuhde ja tuomion ydin oli oikeussuhteen eksistenssin tai ei-eksistenssin vahvistaminen (»omdö-mesteorien»), mts. 24. Tämä johti vaikeuksiin oikeusvoimaopissa, koska itse asiassa tuomion sisältö itse tuli tulevaisuuteen nähden sitovasti aiemmin relevanttien faktojen tilalle, jotka siis tässä mielessä prekludoituivat, mts. 78.

⁴⁹ Materiaalisesta totuudesta ks. tarkemmin jäljempänä jaksossa 4.2.1 lausuttua.

⁵⁰ Ruotsissa klassisen näkemyksen keskeinen edustaja on ollut Kallenberg, ks. Kallenberg s. 4 ss.

⁵¹ Ks. Olivecronan ajattelusta tältä kannalta Helin s. 199 ss. Myös Ekelöfin mukaan vaikutteita olivat antaneet Hägerström ja Lundstedt, ks. Ekelöf 1985 s. 153 ss ja 1990b s. 64 s.

⁵² Ks. Olivecrona 1930 s. 153 ss. On ilmeistä, että Olivecronan ontologiset lähtökohdat ovat vaikuttaneet hänen prosessioikeusoppiinsa. Olivecrona kiisti materiaalsen oikeuksien ja velvollisuuksien olemassaolon; todellisen sisällön ne saivat hänen mukaansa vain tuomiossa ja pakotäytäntöönpanossa ilmenevän pakkovalan kautta. Oikeussäädöksen olivat toimintakäskyjä tuomareille ja täytäntöönpano-organisaatioille, mts. 149 s. Näin kapea ontologia mahdollisti klassisen opin perustavanlaatuisen kritiikin, jolloin pohjoismaisessa prosessioikeustieteessä päästiin monista saksalaisperäistä prosessioikeutta räsittaneistä käsiteläinopillisista piirteistä. Olivecronan kaltaista näkemystä edustaa edelleen esim. Gomard s. 1 s, jonka mukaan oikeusjärjestyksen dualismi materiaaliseen ja prosessuaaliseen oikeuteen ei ole välttämätön, kun lähdetään positivistisesta ja pragmaattisesta oikeuskäsityksestä; jakoa edellyttää vain systematiikan tarkoituksenmukaisuus.

nan mukaan ole alisteista materiaaliselle oikeudelle, vaan materiaaliset ja prosessuaaliset säännökset ovat yhteisvaikutuksessa. Lainsäätäjä ottaa huomioon sosiaaliset hyödyllisyysnäkökohdat ja sekä materiaalisten että prosessuaalisten sääntöjen tarkoitus on toteuttaa tätä päämäärää.⁵³ Olivecronan näkemystä ei kuitenkaan hyväksytty ja hänen kirjansa sai negatiivisen vastaanoton.⁵⁴

Oppia lainkäytön yhteiskuntafunktiosta (*»rättskipningens samhällsfunktion«*) on Olivecronan työn jälkeen näkyvimmin edustanut ja kehittänyt Per Olof Ekelöf.⁵⁵ Ekelöfin mukaan huomiota on kiinnitettävä lainkäytön ja lainsäädännön yhteyteen. Lainsäädännön tarkoituksena on vaikuttaa ihmisten käyttäytymiseen yhteiskuntaelämässä; voidaan puhua lain *yleisestä käyttäytymistä ohjaavasta* vaikutuksesta (*»allmänt handlingsdirigerande effekt«*). Lainkäyttö on osa yhteiskunnallista sanktiomekanismia. Lainkäyttö myötävaikuttaa siihen, että materiaaliset oikeussäännöt lyövät itsensä läpi (*»får genomslagskraft«*) yhteiskuntaelämässä. Tehokkaimmillaan lainkäyttö on tässä tehtävässä, jos se ylläpitää yhteiskuntamoraalia lain noudattamiseen. Se, että ihmiset tuntevat lain noudattamisen velvollisuudekseen, on tehokkaampaa kuin sanktioiden pelko.⁵⁶ Järjestäytynyt yhteiskuntaelämä edellyttää yhtenäistä moraalia, joka taas edellyttää tuekseen sanktiomekanismia.⁵⁷

Ekelöf jakaa sanktiot (oikeudenvastaisen käyttäytymisen seuraamukset) reparatiivisiin ja (vain) preventiivisiin, joista ensin mainitut ovat siviilioikeudellisia ja jälkimmäiset rikosoikeudellisia. Siviilioikeudellisten sanktioiden toteuttaminen koituu loukatun hyödyksi, mutta niillä on myös yleinen käyt-

⁵³ Ks. Olivecrona 1930 s. 131. Esim. mitään yhtä todistustaakaan jakoa koskevaa periaatetta ei Olivecronan mukaan voitu asettaa, vaan: *»Vad man har att bygga på är alltså de intressen som ligga bakom de särskilda instituten. Bevisbördereglerna äro att utforma och tillämpa på det sätt som kräves för att dessa intressen skola tillgodose.»* mts. 160 s.

⁵⁴ Ks. Ekelöf 1985 s. 142 ss. Suomessa kirjan arvioi Granfelt, joka katsoi mm. (JFT 1934 s. 247 s): *»jag icke finner möjligt godkänna den av Olivecrona hävdade teoretiska uppfattningen, vare sig om processen i allmänhet eller beträffande särskilt bevisbördereglerna, deras rättsgrund, allmänna innebörd och ställning i rättssystemet.»*

⁵⁵ *Siviiliprosessin osalta* Ekelöf avasi yhteiskunnallisen keskustelunsa vuonna 1941 artikkelissaan *»Samhällsåskådning och civilprocess«*, jossa hän kritisoi kansallissosialistista näkemystä siviiliprosessista. Ekelöf kehitteli näkemystään lainkäytön yhteiskuntafunktiosta tuotannossaan läpi koko elämänsä aina viimeiseen artikkeliinsa *»Rätt och moral«* saakka. Seuraavassa esitellään Ekelöfin näkemystä lähinnä hänen viimeisimpien julkaisujensa perusteella. Ks. Ekelöfin ajattelun kehityksestä kokoavasti Ekelöf FS 1988 erit. s. 127 ss.

⁵⁶ Ekelöf – Boman I s. 7 s. Ks. myös Ekelöf Vänbok 1990 s. 73 s ja Hassler s. 15.

⁵⁷ Ekelöf – Boman I s. 11 s. Ekelöf kuitenkin tiedostaa, että modernin – voitaisiinkin ehkä sanoa postmodernin, yksityiskapitalistisen kilpailuyhteiskunnan pluralismi, dynaamisuus, individualismi ja toisaalta korporatiivisuus heikentävät tällaista tehoa, mts. 19.

täytymistä ohjaava vaikutus.⁵⁸ Lyhyesti sanottuna »rättsskipningen är till för att ge de materiella reglerna genomslagskraft ute i samhällslivet.« Tämä lainkäytön ns. *ohjausfunktio* on Ekelöfin mukaan asetettava pohjaksi lainkäytön rakenteen muodostamiselle. Ja lopulta: »det är viktigare att civilprocessen medverkar till att förhindra att tvister kommer till stånd än till att avveckla sådana.»⁵⁹ Ekelöfin mukaan siviiliprosessi-instituution päätavoite on »att medverka till ett gynnsamt »klimat» för företagsamheten i samhället» ja erityisesti »att tillgodose kreditväsendet».⁶⁰

Lainkäytön ohjausfunktion korostaminen on olennaisesti erilainen näkökulma siviiliprosessin tehtäviin kuin klassinen, lainkäytön oikeussuojafunktiota korostava oppi. Ohjausfunktio -ajattelussa näkökulma on yleisellä, yhteiskunnallisella tasolla. Oppi on instrumentalistinen ja korottaa lainsäätäjän tavoitteet keskeiseen asemaan. Siviiliprosessin yleinen käyttäytymistä ohjaava tehtävä on tärkeämpi kuin se, millaiseksi yksittäistapauksen ratkaisu muodostuu. Esimerkiksi todistustaakkaopissa varsin korkeakin näyttövaatimus saatetaan suunnata toista asianosaista vastaan, jotta materiaalisien oikeuden tavoitteet löisivät itsensä läpi yhteiskunnassa yleensä. Yksittäistapauksissa siedetään siis varsin paljon materiaalisesti vääriä ratkaisuja, kunhan kyseinen todistustaakkanormi edistää yleisesti jotakin yhteiskunnallista tavoitetta. Keskeistä on preventio eikä reparaatio.⁶¹

Ohjausfunktio -ajattelu on muodostunut Ruotsissa eräänlaiseksi tämänhetkiseksi normaalinäkemykseksi, ainakin lievässä muodossaan.⁶² Lähinnä Lindell on kritisoinut näkemystä. Hän tarkastelee kysymystä, pitäisikö asianosaisille antaa disponointioikeus oikeuskysymyksestä, myös ns. funktioargumentin kannalta.⁶³ Lindell problematisoi voimakkaasti ohjausfunktio -ajattelua. Hän ottaa lähtökohdakseen Ekelöfin ajatuksen siitä, että lainkäytön ohjausfunktion perimmäinen tarkoitus on estää riitoja ylipäänsä syntymästä.⁶⁴ Lindell katsoo, että mahdollisuutta käyttäytymisen ohjaamiseen lain-

⁵⁸ Esim. vahingonkorvauslainsäädäntö pyrkii sekä ehkäisemään vahinkoja ennalta ohjaamalla ihmisten käyttäytymistä vaarattomampaan suuntaan että korjaamaan tilanne jälkikäteen joko (yleensä) vapaaehtoisella suorituksella tai pakolla lainkäyttökoneiston kautta.

⁵⁹ Ekelöf FS 1984 s. 236.

⁶⁰ Ekelöf FS 1984 s. 236 ja 239.

⁶¹ Ks. Ekelöf 1985 s. 156.

⁶² Ks. esim. Lindblom JFT 1993 s. 13 s.

⁶³ Ks. Lindell 1988 s. 83 ss.

⁶⁴ Ks. Lindell mts. 90 ss.

käytön kautta on voimakkaasti liioiteltu ja että se on yksittäistapauksessa myös kyseenalainen.⁶⁵

Lindellin edustama ns. *konfliktinratkaisu* -ajattelu on jälleen toisenlainen kuin aiemmin selostetut mallit. Näkökulma on korostetusti yksittäistapauksen tasolla, mutta tavoitteena ei välttämättä olekaan materiaalisen oikeuden mukainen ratkaisu yksittäistapauksessa. Keskeisin tavoite on ratkaista käsillä oleva yksittäistapaus joustavasti ja suoda asianosaisille mahdollisimman laaja valta disponoida sekä tosiseikka- että oikeuskysymyksestä.⁶⁶ Todistustaakkaopissa konfliktinratkaisufunktion painottaminen johtaa luontevasti ns. övervikt -säännön omaksumiseen: näyttövaatimusten asettamisella ei pyritä ohjailemaan ihmisten käyttäytymistä yleensä, vaan päätöksenteossa valitaan (asianosaisten disponointien rajoissa) aina todennäköisempi vaihtoehto yksittäistapauksessa.⁶⁷

2.3.2 Keskustelusta Suomessa ja sen arviointia

Voidaan sanoa, että oikeussuoja-ajattelun taustalla on perinteinen oikeusvaltiokäsitys. Modernissa pohjoismaisessa keskustelussa vastakkain asettuvat ennen muuta ohjaus- ja konfliktinratkaisu -ajattelut.⁶⁸ Edellinen nojaa voimakkaasti hyvinvointivaltiolleiseen yhteiskuntakäsitykseen: lainsäädännön ja lainkäytön ensisijainen tehtävä on edistää yleisiä yhteiskunnallisia tavoitteita.⁶⁹ Jälkimmäinen taas edustaa tietynlaista paluuta liberaalimpaan yhteiskuntakäsitykseen: lainkäytön ensisijainen tehtävä on palvella asianosaisia ja suoda näille mahdollisimman suuri vapaus disponoida riidastaan. On kuitenkin tärkeät huomata, että kysymys on painotuseroista. Ohjausfunktion kannattajat myöntävät, että siviiliprosessilla on myös merkittävä konkreettisia riitoja ratkaiseva tehtävä, ja konfliktinratkaisufunktion kannattajat myöntävät, että lainkäytöllä on myös ohjaavaa vaikutusta. Kysymys on siitä, kumpaa tehtä-

⁶⁵ »Skulle allmänheten få uppfattningen att domstolarna offrar gäldenärer på kreditlivets altare eller att de skapar prejudikat på enskildes bekostnad eller att de till varje pris söker åstadkomma en likformig och enhetlig rättstillämpning, blev säkert många betänksamma.» mts. 92.

⁶⁶ Lindellin sanoin: »konfliktlösaren ser domstolarnas roll i de dispositiva tvistemålen främst som ett serviceorgan som så långt som möjligt bör respektera parternas vilja e fortiori» mts. 86.

⁶⁷ Ks. tarkemmin jäljempänä jaksossa 4.2.1 lausuttua.

⁶⁸ Vastaavaa keskustelua on käyty Yhdysvalloissa: »The Conflict Resolution Model» vs. »The Behavior Modification Model», ks. Kenneth Scott s. 937 s.

⁶⁹ Malli saavuttikin kannatusta yhtäaikaaisesti pohjoismaisen hyvinvointivaltion kehittymisen kanssa.

vää pidetään tärkeämpänä. Lainkäytön tehtävät eivät myöskään tyhjenny mainittuihin keskeisimpiin tehtäviin.⁷⁰

Voidaanko sitten sanoa, että vuoden 1993 siviiliprosessiuudistuksen taustalla Suomessa olisi ollut juuri tietty näkemys siviiliprosessin tehtävästä? Lainvalmisteluaineistossa ei ole eksplisiittisesti ilmaistu omaksuttua käsitystä.⁷¹ Aineistosta nähdäkseni kuitenkin ilmenee, että taustalla on ollut varsin klassinen, yksittäistapauksellista *oikeussuojaa* painottava näkemys. Esitöissä on kirjoitettu esimerkiksi, että »uudistuksella pyritään – kansalaisten oikeusturvan parantamiseen» ja että »tavoitteena on luoda mahdollisimman hyvät edellytykset asian ratkaisemiselle oikein. Oikeudenkäyntimenettelyn uudistamisen päämääräksi on siten asetettu oikeusturvan parantaminen.»⁷² Konfliktinratkaisu -ajattelu näkyy lähinnä siinä, että sovinnon merkitystä oikeudenkäynnissä on korostettu.⁷³ Sen sijaan ohjausfunktio -ajattelu ei juurikaan tule siviiliprosessiuudistuksen lainvalmistelutöistä esille.⁷⁴

Nykyisessä suomalaisessa prosessioikeustieteessä tarkemmin eritellyn kannan siviiliprosessin funktiosta on esittänyt lähinnä *Virolainen*.⁷⁵ Hän edustaa 'välittävää' kantaa, jonka mukaan lainkäytöllä on kaksoisfunktio, sekä oikeussuoja- että ohjaustehtävä: »lainkäytössä on kysymys mainittujen funktioiden yhteisvaikutuksesta».⁷⁶ Kaksoisfunktioajatus on saanut kannatusta muiltakin tutkijoilta.⁷⁷ Tällaiseen välittävään kantaan onkin helppo – ehkäpä liiankin helppo – yhtyä.⁷⁸

Siviiliprosessilla voidaan katsoa olevan kaikki kolme tehtävää, oikeussuojan antaminen ja konfliktin ratkaiseminen yksittäistapauksessa sekä käyt-

⁷⁰ Lisäksi voidaan mainita esim. omankädenoikeuden käytön estäminen ja yhteiskuntarauhan ylläpitäminen, joiden merkitys nousee esiin erityisesti vähemmän vakaisissa yhteiskuntaoloissa.

⁷¹ Lainvalmisteluaineistossa ilmaistua näkemystä voidaan pitää tärkeimpänä, koska se on demokraattisen lainsäädäntöprosessin tulosta; kyseessä on tässä mielessä institutionaalinen näkemys verrattuna esim. yksittäisten tutkijoiden mielipiteisiin.

⁷² HE 1986:28 s. 3 ja HE 1990:15 s. 5.

⁷³ Ks. ennen muuta LaVM 1990:16 s. 2 vrt. HE 1990:15 s. 29.

⁷⁴ Vrt. Möller 1993 s. 170, jonka mukaan uusi siviiliprosessi perustuu sanktiomekanismi -näkemykselle.

⁷⁵ Todettakoon, että Ellilä ennusti jo vuonna 1947 (s. 216), että »yhteiskunnallinen ajattelutapa prosessioikeudessa tulee voittamaan yhä enemmän alaa».

⁷⁶ Virolainen 1995 s. 86, joka myös korostaa lainkäytön oikeutta luovaa (kehittävää) funktiota, mts. 90 ss.

⁷⁷ Ks. Lager 1994 s. 5, Lappalainen Sp I s. 5 s, Havansi 1996 s. 132 s ja 139 sekä Jokela 1996 s. 18 s.

⁷⁸ Sen sijaan voidaan pitää ongelmallisena, että Virolainen pitkälti samastaa oikeussuoja- ja konfliktinratkaisuaajattelut toisiinsa, ks. Virolainen 1995 s. 81.

täytymisen ohjaaminen yleensä. Oikeussuojatehtävän voidaan katsoa ilmentävän oikeusvaltiollista, ohjaustehtävän hyvinvointivaltiollista ja konfliktinratkaisutehtävän liberaalia yhteiskuntakäsitystä. Kysymys on tehtävien *painottamisesta* yleisen yhteiskunnallisen (taloudellis-sosiaalisen) kehityksen mukaisesti. Ohjausfunktio voitaneen kuitenkin ottaa huomioon lähinnä *systemeittasolla* lainsäädäntövaiheessa. Yksittäistapauksen lainkäyttötasolla olisi mielestäni yleensä ongelmallista operoida prosessin yleisellä käyttäytymistä ohjaavalla vaikutuksella.⁷⁹ Puhdas konfliktinratkaisujattelu taas ilmenee ennen muuta sovinnolle annettussa merkityksessä, mutta myös muussa asianosaisille jätetyssä disponointivapaudessa.

Keskustelua siviiliprosessin funktioista ei tässä tutkimuksessa jatketa tässä muodossa enää pidemmälle. Ensinnäkin käytyä keskustelua on rasittanut tietty epäanalyttisyys. Hieman kärjistetyksi ilmaisten siviiliprosessin tehtävästä omaksutun käsityksen avulla on pyritty ratkaisemaan joukko monitahoisia ja ongelmallisia kysymyksiä, joiden tarkastelun hedelmällisyyttä näin yleistasoisen argumentaation varassa voidaan perustellusti epäillä. Siviiliprosessin funktiosta omaksuttu näkemys voi lähinnä osoittaa jonkinlaista argumentaation suuntaa, mutta kysymyksenasettelun vieminen eteenpäin edellyttäisi keskustelun pudottamista abstraktiotasolla selvästi alaspäin, esimerkiksi rooli- ja menettelyperiaatteiden tasolle. Sanktiomekanismi- ja konfliktinratkaisutermit ovat muodostuneet jo lähes iskulauseenomaisiksi ja samalla menettäneet käyttökelpoisuuttaan.

Toiseksi on syytä huomata, että näkemys koko siviiliprosessin kentän kattavasta yhtenäisestä tehtävästä saattaa sisältää samalla implisiittisen oletuksen vastaavalla tavalla yhtenäisestä materiaalisesta yksityisoikeudesta, jota siviiliprosessi toteuttaa. Modernin yksityisoikeuden kehitys ei kuitenkaan tue tällaista oletusta: esimerkiksi pelkästään sopimusoikeudessa on nähtävissä sekä sääntelyn että yleisten oppien polarisoituminen sen mukaan, onko kyseessä vaikkapa liike-elämän sopimussuhde vai elinkeinonharjoittaja-kuluttaja -suhde.⁸⁰ Tämä ei voine olla heijastumatta myös siviiliprosessiin, jolloin yhden yhtenäisen tehtävän hahmottaminen voi tulla vaikeaksi. Voidaan esimerkiksi ajatella, että liike-elämän riita-asioissa konfliktinratkaisujattelu on keskeisemmällä sijalla, kuluttaja-asioissa taas oikeussuoja- ja ohjaus-

⁷⁹ Ks. myös Jonkka 1992 s. 15 ja Eerola s. 21 ss, joka erottaa institutionaalisen (prosessi-instituution) tason ja yksittäisten oikeudellisten ilmiöiden (yksittäisen prosessin) tason.

⁸⁰ Ks. esim. Hemmo 1997 s. 25 ss. Ks. myös Hemmo 1996 s. 327 ss.

ajattelu.⁸¹ Rooliperiaatteiden kautta tämä saattaa heijastua myös lainkäyttötasolle.

Tässä suhteessa on myös syytä huomata mahdollinen ero rikosprosessiin. Materiaalisen rikosoikeuden taustalle voitaneen hahmottaa jokin yhtenäinen rangaistusteoria ja kriminaalipoliittinen suuntaus, vaikkakin käsitykset niistä voivat luonnollisesti vaihdella. 'Rikosprosessiteoria' voidaan sitten pyrkiä rakentamaan tälle yhtenäiselle materiaaliseen perustalle, 'rikosteorialle'.⁸² Sen sijaan olisi ongelmallista puhua mistään yhtenäisestä 'siviiliteoriasta', jolle koko 'siviiliprosessiteoria' voitaisiin perustaa. Yksityisoikeuden eri lohkot lienevät siinä määrin eriytyneitä, että pikemminkin olisi syytä puhua sopimusteoriasta, vahingonkorvausteoriasta, sivullissuojateoriasta jne. Yleistä siviiliprosessiteoriaa taas ei voitane eriyttää aina sen mukaan, millaisesta riita-asiasta sattuu olemaan kysymys. Tämä puolestaan johtaa siihen, että yleisen siviiliprosessiteorian olisi oltava varsin neutraali materiaalisen siviilioikeuden suhteen, koska yleisen siviiliprosessin on pystyttävä joustamaan ja täyttämään tehtävänsä kulloisenkin riita-asian laadusta riippumatta.

Kolmanneksi käydyllä keskustelulla on ollut varsin vähän annettavaa oikeudenkäyntimenettelyn sääntelylle, joka on tämän tutkimuksen aiheena. Kiinnostuksen kohteena ovat olleet ensinnäkin todistustaakka- ja näyttövaatimusnormit eli siis päätöksenteon sääntely; tässä suhteessa ohjausajattelu saattaakin sisältää tärkeitä näkökohtia. Toiseksi keskustelusta on tehty johtopäätöksiä asianosaisten ja tuomioistuimen väliseen roolijakoon, joka ei myöskään ole tämän tutkimuksen varsinaisena aiheena. Sen sijaan ohjausargumentti itse menettelyn sääntelyssä olisi selvästi ongelmallisempi.⁸³ Vieläkin kyseenalaisempaa olisi tehdä menettelyllisiä ratkaisuja yleisessä ohjaustarkoituksessa konkreettisesti yksittäistapauksessa. Jatkossa tässä tutkimuksessa sitoudutaan siten oikeudenkäyntimenettelyn näkökulmasta edelleen ensisijaisesti *oikeussuoja*-ajatteluun: oikeudenkäyntimenettelyn ensisijainen tehtävä on antaa oikeussuojaa yksittäistapauksessa – vaikka sillä on myös muita tärkeitä tehtäviä.

Todetut ongelmat koskevat vielä selvemmin saksalaisella kielialueella käytyä keskustelua liberaalisesta ja sosiaalisesta »prosessikäsitte-

⁸¹ Ks. myös esim. Smith s. 22 s, 87 s ja 91 s.

⁸² Ks. esim. Jääskeläisen kehittelemästä »normatiivis-prosessuaalisesta preventioteoriasta» Jääskeläinen s. 74 ss, erit. s. 108 ss. Rangaistusteorioista yleensä ks. esim. Lappi-Seppälä 1997 s. 17 ss.

⁸³ Voitaisiin toki ajatella, että esim. velanmaksuhalukkuuden lisäämiseksi oikeudenkäyntiä velkomusasioissa tehtäisiin entistäkin summaarisemmaksi tms.

sestä» (Prozessauffassung).⁸⁴ Käsitteen on lanseerannut Suomeen *Laukkanen*, joka ei kuitenkaan juuri ole analysoinut käsitteen teoreettista tai normatiivista statusta eikä sen suhdetta prosessin funktioista ja periaatteista käytyyn keskusteluun. Prosessikäsitteyksellä näyttää Laukkanen mukaan olevan sekä deskriptiivistä että normatiivista merkitystä.⁸⁵ Laukkanen kokoa käsitteen alle hyvinkin erityyppistä ainesta, mikä mielestäni heikentää sen käyttökelpoisuutta.⁸⁶ Riita-asioissa prosessikäsitteys näyttää liittyvän lähinnä asianosaisten ja tuomarin väliseen roolijakoon, joka ei tässä tutkimuksessa ole keskeinen kysymys.

2.4 Siviiliprosessin tavoitteista

Oletetaan, että siviiliprosessin tehtävästä tai tehtävistä on omaksuttu tietty näkemys, tässä välittävä kanta, mutta itse menettelyn sääntelyn osalta ensisijaisesti oikeussuoja-ajattelu. Seuraava kysymys kuuluu, kuinka riita-asioiden oikeudenkäyntimenettely olisi muodostettava, jotta se toteuttaisi tätä tehtäväänsä mahdollisimman hyvin. On siis etsittävä kriteereitä, joiden nojalla oikeudenkäyntimenettelyä voidaan arvioida.⁸⁷ Tarkoitus voi olla vallitsevan järjestelmän justifiointi tai sen kriittinen arviointi. Toiseksi kriteerit saattavat olla prosessiperiaatteiden hyväksyttävyyden kriteereitä, mitä kautta niillä voi olla merkitystä myös lainkäyttötasolla. Asetettava kysymys on siis yksinkertaisesti, millaisten kriteerien mukaan oikeudenkäyntimenettelyn hyvyttä (tai moraalisisessa mielessä oikeellisuutta) voidaan arvioida. Kysymyksenasettelun vieminen eteenpäin edellyttää moraalifilosofisen apuvälineistön otamista käyttöön.⁸⁸

⁸⁴ Ks. keskustelusta kokoavasti esim. Jauernig s. 1–4.

⁸⁵ Ks. Laukkanen esim. s. 3 ja 19 ss: »*Prosessikäsitteykset* ovat teorioita prosessi-oikeuden normatiivisista viitekehyksistä, joissa hyväksytään tietyt yhteiskunnalliset tai lainkäytön arvot ja tavoitteet lainkäyttölajin tavoitteeksi, ja osoitetaan tai kehitetään ne yksityiskohtaiset normit, joiden mukaisella menettelyllä tavoitteet saavutetaan.»

⁸⁶ Ks. ns. liberalistisesta prosessikäsitteyksestä Laukkanen s. 35–37 ja ns. sosiaalisesta prosessikäsitteyksestä mts. 69–72. Kuten Laukkanen toteaa (mts. 71), sosiaalisen prosessikäsitteyksen piirteitä »kuvaavaa esimerkkiä ei kuitenkaan voi esittää riita-asiaien menettelystä; siinä määrin liberalistinen on suomalaisen siviiliprosessin rakenne. Monet sosiaalisen prosessikäsitteyksen piirteistä sen sijaan toteutuvat *yksityishenkilön velkajärjestelyasioissa*.» Wassermann liittyy liberaalin ja sosiaalisen siviiliprosessin lähinnä roolikäsitteeseen, ks. Wassermann s. 32–45, 86–88 ja 97–125.

⁸⁷ Havansi on puhunut ideaaliprosessista, ks. Havansi 1996 s. 145.

⁸⁸ Kysymyksenasettelu on sisällöllinen (normatiivis-eettinen), minkä vuoksi erilaisiin formaaleihin metaeettisiin teorioihin, kuten diskurssietiikkaan ei ole syytä eikä mahdollisuuksia tässä yhteydessä mennä. – On vielä syytä korostaa, että seuraavassa pide-

2.4.1 Instrumentalismi

Summers on jäsentänyt oikeudellisten menettelyjen arviointikriteereitä yleisellä tasolla.⁸⁹ Summersin mukaan oikeudellista menettelyä voidaan arvioida kolmesta näkökulmasta: 1) Menettelyn lopputuloksen arviointi: onko tiettyssä menettelyssä syntynyt tulos hyvä tiettyjen materiaalistien kriteerien mukaan? 2) Menettelyn tuloksellisuuden arviointi (»good result efficacy«): onko tietty menettely hyvä väline materiaalisesti hyvien tulosten saavuttamiseen yleensä? 3) Menettelyn arviointi menettelynä (»process value efficacy«): onko menettely hyvä riippumatta siitä, millaisen tuloksen se kulloinkin tuottaa?

Siviiliprosessiin sovellettuina arviointikriteerit voitaneen muotoilla seuraavasti: 1) Oikeudenkäynnin lopputuloksen arviointi: onko riita-asian oikeudenkäynnin lopputulos eli tuomio yksittäistapauksessa hyvä joidenkin materiaalistien kriteerien mukaan eli tässä lähinnä, onko se materiaalisesti oikea?⁹⁰ 2) Oikeudenkäynnin tuloksellisuuden arviointi: onko riita-asian oikeudenkäynti hyvä väline hyvien lopputulosten aikaansaamiseksi yleensä? 3) Oikeudenkäynnin arviointi oikeudenkäyntinä: onko riita-asian oikeudenkäynti (kokonaisuutena tai tiettyjen yksityiskohtien osalta) hyvä (tai oikea) riippumatta siitä, millaisen lopputuloksen se kulloinkin tuottaa? Kaksi ensimmäistä arviointikriteeriä painottavat siis oikeudenkäynnin lopputulosta ja kolmas itse oikeudenkäyntimenettelyä. Ensimmäisen ja toisen kriteerin ero on siinä, että ensimmäinen pitää silmällä vain lopputulosta yksittäistapauksessa, kun taas toinen kriteeri asetetaan systeemitasolla; koska ensimmäisestä kriteeristä ei voida johtaa yleisiä prosessisääntöjä, se sivuutetaan seuraavassa.⁹¹

tään silmällä ainoastaan oikeudenkäyntimenettelyn arviointia ja mahdollisia menettelyperiaatteita, ei rooli- tai ratkaisuperiaatteita.

⁸⁹ Ks. *Summers* s. 1–3. *Summers* pitää silmällä kaikenlaisia oikeudellisia menettelyitä, joista oikeudenkäynti on vain yksi esimerkki; tarkastelu soveltuu yhtä hyvin esimerkiksi lainsäädäntöprosessiin ja erilaisiin hallinnollisiin menettelyihin.

⁹⁰ Materiaalisesti oikea tuomio tarkoittaa tässä (sinänsä ongelmallista) materiaallisen totuuden ja oikeuden mukaista tuomiota yksittäistapauksessa; totuuden osalta ks. tarkemmin jäljempänä jaksoa 4.2.1. Toinen kysymys on, onko 'oikea' tuomio välttämättä aina 'hyvä' tuomio esim. kohtuusnäkökohtien valossa.

⁹¹ Kriteeri 1 vastaa nähdäkseni tekoutilitaristista, kriteeri 2 sääntöutilitaristista kysymyksenasettelua prosessin suhteen. Ks. sääntöutilitarismista esim. *Frankena* s. 39 s: »the question is not which *action* has the greatest utility, but which *rule* has.« Sääntöutilitarismi välttää sen tekoutilitarismiin kohdistettavissa olevan kritiikin, että tekoutilitarismien mukaan hyvä lopputulos yksittäistapauksessa oikeuttaa aina millaisen menettelyn tahan-

Tässä yhteydessä vastakkain asetetaan moraalifilosofian (etiikan) nykyiset valtavirratt eli utilitarismi ja oikeudenmukaisuusteoria erilaisina näkökulmina siviiliprosessimenettelyn arvoperustaan.⁹² Kolmas mahdollinen näkökulma olisi aristotelinen hyve-etiikka, joka jää kuitenkin tässä sivuun. *Aristoteles* kirjoitti: »emme nyt tutki hyvettä pelkästään tietääksemme mitä hyve on, vaan tullaksemme hyviksi».⁹³ Aristotelisomistisesta näkökulmasta siviiliprosessia on tarkastellut *Rentto*, joka korostaa oikeudenkäynnin konflikteja ratkaisevaa ja asianosaisia kasvattavaa merkitystä: »Kenties pahinta, mitä oikeudenkäynnille voisi kansalaisautonomian kannalta tapahtua, olisi oikeudenkäynnissä käytävän keskustelun ohjautuminen asianosaisten pään yli kulkeville raitteille.»⁹⁴ Vaihtoehto moderneille, pohjimmiltaan individualistisille suuntauksille olisi myös uusaristotelinen kommittarismi, joka korostaa yhteisöllisen moraalitradition merkitystä ihmiselle.⁹⁵

Käsillä olevassa jaksossa tarkastellaan toista kriteeriä. Sitä voidaan nimittää prosessioikeudelliseksi *instrumentalismiksi* (prosessi-instrumentalismiksi), joka tarkoittaa, että oikeudenkäyntiä arvioidaan sen mukaan, kuinka hyvä *väline* oikeudenkäyntimenettely on hyvien lopputulosten aikaansaamisessa.⁹⁶ Yksittäisen oikeudenkäyntimenettelyn arvon mitta on sen lopputuloksen eli tuomion tai muun ratkaisun arvo. Vastaavasti systeemitasolla hyvä riita-asian oikeudenkäyntimenettely on sellainen, joka on yleensä omiaan tuottamaan hyvän ratkaisun. Tavoiteltava tulos määritellään ulkoapäin ja oikeudenkäynti nähdään välineenä tuon tulostavoitteen saavuttamisessa. Tulosta vasten on toisaalta luonnollisesti asetettava ne kustannukset, joita välineen käytämisestä aiheutuu; kysymys on siis eräänlaisesta panos-tuotos -ajattelusta.

sa. Sääntöutilitarismin mukaan tämä ei ole hyväksyttävää, jos menettelysääntöä ei kuitenkaan voida yleistää kaikkia menettelyitä koskevaksi.

⁹² Ks. myös rangaistusteorioiden vastaavasta jaottelusta retributiivisiin ja utilitaristisiin teorioihin Lappi-Seppälä 1997 s. 17 ss.

⁹³ Aristoteles s. 28. Ks. myös Hellsten s. 103 s: »Aristoteleen mukaan sekä keinot että päämäärä ovat itseisarvoisia. Päämääränä on hyvä elämä, mutta sitä ei voida saavuttaa miten vain. Se voidaan saavuttaa vain toimimalla oikein erilaisissa tilanteissa.»

⁹⁴ Rentto s. 118. Ks. myös mts. 81–103 ja 113–118.

⁹⁵ Ks. esim. MacIntyre s. 52 ss. Oikeudenmukaisuuden osalta keskeisiksi nousevat ihmisen moraaliset ansiot (»desert», mts. 249 s). MacIntyren näkemys modernista yhteiskunnasta on pessimistinen: hän ei näe sen tarjoavan mahdollisuuksia moraalisen konsensuksen saavuttamiselle (mts. 250 ss). Näkemys antaa varsin vähän aineksia moraalien rakentamiselle modernissa yhteiskunnassa, kun paluuta esimoderniin ei liene olemassa eikä se mielestäni olisi myöskään yksilön kannalta toivottavaa. Ks. myös Airaksinen s. 248 s.

⁹⁶ Ks. esim. Cappelletti – Garth s. 14. Näkemys on siis tässä mielessä teleologinen, ks. Frankena s. 14 ja Rawls s. 26.

Lopputuloksen arvioinnin mittarina voidaan käyttää erilaisia arvoja. *Utilitarismissa* ylimmäksi hyväksi on yleensä katsottu *yhteiskuntahyöty*.⁹⁷ Esi-merkiksi klassinen utilitaristi – ja samalla modernin prosessioikeuden uranuurtaja – Jeremy *Bentham* rakensi lainkäyttöä koskevan teoriansa utiliteetti-periaatteelle, jonka mukaan on oikein maksimoida kaikkien ihmisten hyvinvointi. Bentham esitti prosessioikeutta koskevan teesinsä kiteytetysti teoksessaan »Principles of Judicial Procedure»: ⁹⁸ »Of the substantive branch of the law, the only defensible object or end in view, is the maximization of the happiness of the greatest number of the members of the community in question. Of the adjective branch of law, the only defensible object, or say end in view, is the maximization of the execution and effect given to the substantive branch of the law.» Prosessioikeuden utiliteetti on siis Benthamin mukaan ainakin lähtökohtaisesti välillistä, epäsuoraa; prosessioikeus täyttää tehtävänsä, jos a) materiaalinen oikeus on muodostettu utiliteettiperiaatteen mukaan ja b) prosessioikeus toteuttaa materiaalista oikeutta maksimaalisesti.⁹⁹

Benthamin teesistä seuraa, että prosessioikeuden systeemi on rakennettava maksimoimaan oikeiden päätösten esiintyminen, jolloin siis oikea päätös tarkoittaa materiaalsen totuuden ja oikeuden mukaista ratkaisua yksittäistapauksessa. Toisaalta Bentham kuitenkin myönsi, että tämän päätavoitteen lisäksi lainkäytöllä on sekundaarisia tavoitteita (»collateral ends»). Materiaalsen oikeuden maksimaalinen toteuttaminen edellyttää suurta resursien käyttöä: lainkäyttökoneisto aiheuttaa kustannuksia valtiolle ja prosessaaminen asianosaisille. Materiaalsen oikeuden toteuttamisen tuomaa hyötyä on punnittava sen toteuttamisesta aiheutuvia kustannuksia vasten, jolloin päästään optimaalisesti järjestettyyn prosessiin.¹⁰⁰

Olenaisesti samanlainen perusajatus on formuloitu taloudellista mallia käyttämällä nykyisessä (normatiivisessa) *oikeustaloustieteessä*. Siinä tavoitteena pidetään (yleensä ns. Kaldor-Hicks -kriteerin mukaista) taloudellista *tehokkuutta*, koska sen nähdään johtavan optimaaliseen talousjärjestelmään.

⁹⁷ Ks. esim. Rawls s. 25 s: »Pääajatus on, että yhteiskunta on oikein järjestetty ja siitä syystä oikeudenmukainen silloin, kun sen tärkeimmät instituutiot ovat muodostetut tavoitteena jäsenten yhteenlasketun tyydytyksen suurin mahdollinen määrä.» Ks. myös Frankena s. 34 s, Airaksinen s. 137 ja Turunen s. 193. Yhteiskuntahyöty (utiliteetti) voidaan ymmärtää monella tavalla; tässä käytetään sen ehkä yleisintä eli egoistis-taloudellista tulkintaa, joka tuo prosessin välinearvon havainnollisesti esille.

⁹⁸ Seuraavassa nojaututaan Posteman esitykseen, ks. Postema s. 1396 ss.

⁹⁹ Ks. Postema s. 1397.

¹⁰⁰ Ks. Postema s. 1408 s.

Oikeustaloustieteellinen näkökulma myös prosessioikeuteen on siten yleensä yksiarvoisen instrumentaalinen.¹⁰¹ Oikeustaloustieteen näkökulmasta oikeudenkäynti (ja täytäntöönpano) ovat transaktiokustannuksia eli yhteiskunnan kannalta järjestyneen vaihdannan edellytysten turvaamisesta aiheutuvia kustannuksia.¹⁰²

Posnerin mukaan materiaallisen oikeuden tärkein tehtävä on taloudellisen tehokkuuden lisääminen.¹⁰³ Väärä tuomio, joko kanteen virheellisesti hyväksyvä tai hylkäävä, vähentää järjestelmän tehokkuutta, koska tehokkuustavoitteen mukaan muodostettu materiaallinen oikeus ei toteudu yksittäistapauksessa. Väärä tuomio on sosiaalisten kustannusten lähde ja prosessioikeuden systeemin tavoitteena on oltava virheiden vähentäminen. Virheiden vähentäminen lisää kuitenkin lainkäytöstä aiheutuvia suoria kustannuksia, kuten ajankäyttöä ja henkilöstömäärää. Prosessioikeuden tavoitteena on siten yksinkertaisesti *mimimoida suorien kustannusten ja virhekustannusten summa*.¹⁰⁴ Oletuksena on, että suorien kustannusten lisääminen vähentää (ei-lineaarisesti) virhekustannuksia, joten suoria kustannuksia kannattaa lisätä, kunnes lisäpanoksen tuottama virhekustannusten vähennys on yhtä suuri kuin lisäpanos.¹⁰⁵ Kustannusten vuorovaikutus ei kuitenkaan ole suoraviivaista, koska mm. juttujen sopiminen vaikuttaa kalkyyliin.¹⁰⁶

¹⁰¹ Oikeustaloustieteen matemaattis-tekninen esitystapa saatetaan käsittää siten, että se olisi arvoneutraalia; näin ei kuitenkaan välttämättä ole. Päinvastoin normatiivisen oikeustaloustieteen arvosidonnaisuus on vahvaa, jos se on pelkästään yhteen arvoon eli taloudelliseen tehokkuuteen sitoutunutta. Ks. myös Bayles 1987 s. xvii: »it rests on normative assumptions – that efficiency or wealth maximization should be the sole aim of the law.» Ks. myös Timonen 1997 s. 80 ss ja 120 s tehokkuuden ja oikeudenmukaisuuden välisestä jännitteestä oikeustaloustieteellisessä tutkimuksessa.

¹⁰² Ks. Kanninen ym. s. 27 s ja Timonen 1997 s. 92 s. Oikeudenkäyntiä voidaan tarkastella oikeustaloustieteellisesti paitsi julkisvallan, myös asianosaisten (ja potentiaalisten asianosaisten) kannalta. Asianosaisten toiminta varallisuus oikeudellisissa riita-asioissa on usein taloudellisesti laskelmoivaa: kannattamattomaksi arvioituun prosessiin ei ryhdytä tai siitä luovutaan. Tästä näkökulmasta operoivat deskriptiiviset oikeustaloustieteelliset mallit (esim. sovinnonteon kannattavuudesta) ovatkin toimivimpia.

¹⁰³ Ks. Posner 1992 s. 23–27.

¹⁰⁴ Ks. Posner 1973 s. 400 s ja 1992 s. 549 s. Ks. myös Carl Martin Roos s. 476: »Ett mål med rättsekonomisk forskning i processrätt är – att få ned kostnaderna för konfliktlösning i samhället till en låg nivå utan att antalet oriktiga konfliktlösningar blir för stort.»

¹⁰⁵ Ks. esim. Bayles 1990 s. 118.

¹⁰⁶ Ks. Posner 1973 s. 441 s. Esim. tuomioistuinlaitoksen resurssien lisääminen saattaa vähentää sovinnontekohaluutta, mikä taas kasvattaa suoria kustannuksia, mutta saattaa vähentää virhekustannuksia.

Prosessioikeudellisessa utilitarismissa (prosessiutilitarismissa) voidaan mennä myös askel pidemmälle pelkästä prosessi-instrumentalismista. Sen sijaan, että yhteiskuntahyöty jätettäisiin materiaalsen oikeuden taustalle ja että prosessioikeuden olisi vain toteutettava materiaalista oikeutta mahdollisimman tehokkaasti, voidaan katsoa, että prosessioikeuden on toteutettava myös suoraan ja itsenäisesti yhteiskunnallista utiliteettia.¹⁰⁷ Tällöin tavoitteena ei välttämättä enää olekaan pelkästään materiaalisesti oikea ratkaisu yksittäistapauksessa mahdollisimman pienin kustannuksin, vaan yhteiskuntahyödyllä voidaan suoraan perustella poikkeamia tästä. Nimenomaan lainkäytön ns. ohjausfunktion korostaminen johtaa suoriin utilitaristisiin painotuksiin siviiliprosessin muodostamisessa: jos siviiliprosessin tehtävä on auttaa materiaalsen oikeuden utiliteettitavoitteita lyömään itsensä läpi yhteiskunnassa, siviiliprosessi (esim. todistustaakka ja näyttövaatimus) on muodostettava siten, että se toteuttaa tuota tehtäväänsä mahdollisimman tehokkaasti myös suoraan.

Testamentiksi jääneessä artikkelissaan »Om rätt och moral» vuodelta 1990 Ekelöf kirjoitti: »Då riksdagen antar en ny lag eller ändrar en gammal, ligger det i regel utilitaristiska skäl till grund för beslutet.» Vastaavasti lainkäytön tärkein tehtävä on »medverka till att folkmoral bringas i överensstämmelse med de materiella rättsreglerna och på så sätt bidra till att dessa får genomslagskraft i samhällslivet.»¹⁰⁸ Ekelöf päätti artikkelinsa suorasukaisesti: »Det (är) min utilitarism som medför att jag inte vill bygga på några naturrättsliga resonemang. – – Naturrätten sammanhänger med tron på objektiva värden, men jag är inte bara utilitarist utan även värderativist eller värdenihilist, som man säger i Uppsala.»¹⁰⁹

2.4.2 Tarkoituksenmukaisuus: varmuus ja taloudellisuus

Vallitseva käsitys siviiliprosessin »tavoitteista»¹¹⁰ on nähdäkseni Suomessa ollut prosessi-instrumentalistisen perusajatuksen mukainen. On ollut tapana sanoa, että oikeudenkäyntimenettely on järjestettävä mahdollisimman *varmaksi, nopeaksi ja halvaksi*. Tirkkonen kuvasi tätä kokoavasti katsoen, että »prosessioikeuden ylimpänä periaatteena on *tarkoituksenmukaisuus*».¹¹¹ Sa-

¹⁰⁷ Postema käyttää termejä suora ja epäsuora utilitaristi, ks. Postema s. 1395.

¹⁰⁸ Ekelöf Vänbok 1990 s. 74 s.

¹⁰⁹ Ekelöf mas. 82. Ks. myös Ekelöf SvJT 1988 s. 25.

¹¹⁰ Esim. Virolainen (1995 s. 98 ss) puhuu »prosessitavoitteista».

¹¹¹ »Prosessin tarkoituksena on – – oikeussuojan antaminen. Tämän tarkoituksen saavuttamiseksi oikeudenkäyntimenettely on järjestettävä mahdollisimman varmaksi, nopeaksi ja halvaksi. – – sekä lainsäätäjällä että lainkäyttäjällä on voitettavanaan suuria vaikeuk-

moin vuoden 1993 siviiliprosessiuudistuksen lainvalmistelutöistä ilmenee olennaisesti samanlainen näkemys siviiliprosessin tavoitteista. Hallituksen esityksessä lausutaan:

»Menettelyn ulkoista kulkua järjestettäessä pyritään – – luomaan mahdollisimman hyvät takeet aineellisesti oikean ratkaisun saavuttamiselle. Lisäksi menettelyä järjestettäessä on pyrittävä tyydyttämään ainakin kaksi muuta vaatimusta. Näistä ensimmäinen on se, että ratkaisu asiassa on tehtävä niin nopeasti kuin se oikeusturvallisuutta vaarantamatta on mahdollista. – – Toinen vaatimus koskee menettelyn kustannuksia. Menettely tulisi järjestää sellaiseksi, ettei siitä aiheudu suhteetoman suuria kustannuksia.»¹¹²

Näkemyksen mukaan siviiliprosessimenettelyn tärkein tavoite on aineellisesti oikean ratkaisun saavuttaminen yksittäistapauksessa. Oikeudenkäyntimenettely on muodostettava sellaiseksi, että se antaa mahdollisimman hyvät edellytykset oikeaan ratkaisuun pääsemiselle yksittäistapauksessa.¹¹³ Tätä kutsutaan jatkossa varmuustavoitteeksi. Sekundarisena tavoitteena, joka on usein ristiriidassa varmuustavoitteen kanssa, on mahdollisimman nopea ja halpa menettely. Oikeudenkäynnin on aiheutettava mahdollisimman vähän ajanhukkaa, rahanmenoa ja työtä sekä asianosaisille että tuomioistuinalaitokselle. Näitä nopeus- ja halpuustavoitteita kutsutaan jatkossa yksinkertaisuuden vuoksi yhteisnimityksellä taloudellisuustavoite eli prosessieconomian tavoite.¹¹⁴ Varmuustavoitteen ja taloudellisuustavoitteen optimaalisen suhteen tavoitetta puolestaan voidaan nimittää tarkoituksenmukaisuus- tai tehokkuus-

sia, kun nämä kolme vaatimusta on saatettava keskenään oikeasuhtaiseen tasapainoon.», Tirkkonen Sp I s. 72. Ks. myös esim. Wrede 1922 s. 64 ja 1953 s. 74, Reinikainen 1956 s. 29, Hormia 1978 s. 129 s, Havansi 1996 s. 140 s ja Ervo s. 48 ss.

¹¹² HE 1990:15 s. 5 s. Ks. myös jo KM 1901:8 s. 28, OLJ 1976:2 s. 4 ja 17, OLJ 1980:6 s. 81 s ja 88 s sekä LaVM 1997:9 s. 6–8. Ks. myös Helminen LM 1986 s. 945 ja 947 s. Ks. vastaavasti myös SOU 1926:31 s. 17 s, SOU 1982:26 s. 37 ja 81, Prop 1986/87:89 s. 77 ja SOU 1991:106 s. 42.

¹¹³ Oikeudenkäynnin varmuus luo siis edellytykset oikeaan ratkaisuun pääsemiselle, muttei kokonaan varmista sitä. Täydellisinkään prosessi ei voi täysin estää sitä, että tuomari tekee virheellisen ratkaisun näytön arvioinnissa tai oikeuskysymyksessä.

¹¹⁴ Oikeudenkäynnin aiheuttamat kustannukset ja ajanhukka voidaan myös pitää toisistaan erillään. Yleensä oikeudenkäynnin pitkittyminen merkitsee kuitenkin myös kustannusten kasvua. Pelkkä ajan kuluminen sinänsä ei toisaalta yleensä kasvata kustannuksia (korkokustannuksia lukuunottamatta). Usein tavoitteena mainitaan lisäksi oikeudenkäynnin yksinkertaisuus, jota ei kuitenkaan liene välttämätöntä pitää edellisistä erillään. Ks. esim. Fasching s. 336 ja Hov s. 61 s.

tavoitteeksi.¹¹⁵ Toisaalta varmuustavoite ja toisaalta taloudellisuustavoite ovat usein ristiriidassa keskenään. Optimaalinen siviiliprosessimenettely löydetään näiden tavoitteiden yhteensovittamisella systeemitasolla.

Muun muassa edellä selostetuista siviiliprosessiuudistuksen ja muista lainvalmistelutöistä lieenee löydettävissä riittävästi institutionaalista tukea, jotta voidaan puhua myös lainkäyttäjää yksittäistapauksessa suuntaa-antavasti ja lainsäädännön asettamissa rajoissa ohjaavista oikeusperiaatteista.¹¹⁶ *Varmuusperiaate* käskää optimoimaan oikeudenkäyntimenettelyn varmuuden, *taloudellisuusperiaate* taas sen nopeuden ja halpuuden. Yksittäistapauksessa näitä on punnittava toisiaan vasten, jolloin varmuusperiaatteella on *prima facie* suurempi painoarvo. Voidaan myös puhua *tarkoituksenmukaisuusperiaatteesta* (tai tehokkuusperiaatteesta), joka käskää optimoimaan varmuuden ja taloudellisuuden suhteen yksittäistapauksessa. Kysymyksessä ovat siviiliprosessimenettelyn ylimmän tason tavoiteperiaatteet.

Prosessioikeudellisen instrumentalismin keskeinen ajatus on, että varmuutta ei pidä tavoitella mihin hintaan hyvänsä. Taloudellisten resurssien rajallisuuden vuoksi on kiinnitettävä huomiota siihen, että oikeudenkäyntimenettely toteuttaa tehtävänsä mahdollisimman tehokkaasti suunnatuin resurssein.¹¹⁷ Tämä on ollut myös siviiliprosessiuudistuksen yhden keskeisen piirteen eli menettelyn asian laadun mukaisen *joustavuuden* taustalla.¹¹⁸ Yksin-

¹¹⁵ Heinonen on puhunut (LM 1986 s. 962) tavoite- ja arvorationaalisuudesta. Ks. myös Weth s. 52 s, jonka mukaan oikeusvaltioperiaatteesta voidaan johtaa kaksi käskyä, oikeusvarmuus ja tehokas oikeussuoja, sekä Scott s. 122, jonka mukaan keskeisiä ovat oikeudenkäynnin taloudellisuus, tehokkuus ja tulokellisuus.

¹¹⁶ Myös Virolainen (1995 s. 98) ja Lappalainen (Sp I s. 59 s) puhuvat *yleisistä tavoiteperiaatteista*. Vrt. Jokela 1996 s. 40 av 2, joka ei pidä niitä tavoiteperiaatteina, vaan pelkinä tavoitteina. Samoin esim. Holzhammer s. 11 esittää prosessiekonomian tulkin-taperiaatteena. Käsitteeni eroaa siten tässä Dworkinin käsityksestä, jonka mukaan tavoitteet (policy) eivät ole oikeusperiaatteita (principle), ks. Dworkin 1978 s. 84 vrt. Tolonen OTJP 1989 s. 357.

¹¹⁷ Nimenomaan oikeudenkäyntien tehottomuutta on nykyisin pidetty ongelmana länsimaissa; reformiehdotusten tavoitteena ei ole niinkään ollut varmuuden lisääminen, vaan oikeudenkäyntien nopeuttaminen niitä yksinkertaistamalla ja joustavoittamalla, ks. esim. Council of Europe s. 5 s ja 11, Woolf s. 2 s ja Andrews s. 568–591. Tehokkuuteen kiinnittää huomiota myös Wassermann s. 90–92. Tuomioistuinlaitoksen tehokkuuteen vaikuttavat luonnollisesti paitsi oikeudenkäyntimenettelyn rakenne myös oikeushallinnolliset eli organisatoriset ja henkilöstötoimenpiteet.

¹¹⁸ Ks. HE 1990:15 s. 6: »Tavoitteena on pidettävä asian laadun edellyttämää käsittelyä siten, että laajat ja vaikeatkin asiat voitaisiin käsitellä tuomioistuimissa nopeasti, hyvin ja taloudellisesti.»

kertaisessa velkomusasiassa tullaan toimeen vähemmän raskaalla menettelyllä kuin vaikkapa laajassa ja vaikeassa sopimusriidassa.

Pisimmälle tehokkuusajattelu on viety tuomioistuimien ns. tulosohejauksessa. Hallintoviranomaisen eli oikeusministeriön riippumattomille tuomioistuimille asettamien tulostavoitteiden juridinen perusta vaikuttaa melko epämääräiseltä: hovioikeuksien osalta tulostavoitteet perustuvat nykyisin asetustasoiseen sääntelyyn (ks. HOA 6.1:n 1 ja 3 kohdat ja 2 mom, 7.1:n 3 kohta, 8.1:n 2 kohta, 12.2:n 2 ja 3 kohdat). Tuomioistuimien tulosohejausta voidaan pitää ongelmallisena ensinnäkin tuomioistuimien ja tuomareiden riippumattomuuden kannalta.¹¹⁹ Toiseksi mitään hyvää tulostamittaria ei ole ollut käytettävissä: ratkaisujen tulostavoite on asetettu kappalemääräisenä, jolloin se on mitannut pelkästään määrällistä eikä laadullista tulosta käytettyihin resursseihin suhteutettuna.¹²⁰ Kysymys ei siis ole ollut edes instrumentalistisesta mittarista, koska tulostavoite on mitannut ainoastaan prosessiekonomiaa eikä varmuutta. Keskeisimmän tavoitteen, varmuuden empiirinen mittaaminen onkin vaikeaa.¹²¹

2.5 Siviiliprosessuaalisista arvoista

2.5.1 Lopputuloksen justifikaatio

Vaikka prosessi-instrumentalismi on välttämätön näkökulma siviiliprosessiin, on kuitenkin syytä kysyä, onko se riittävä. Siviiliprosessuaalisella arvolla tarkoitetaan tässä riita-asian oikeudenkäyntimenettelyyn sovellettuna samaa kuin *Summers* edellä selostetussa arviointikriteerissään numero 3 (»process value efficacy», oikeudenkäynnin arviointi oikeudenkäyntinä).¹²² Siviiliprosessuaalinen arvo on tietty riita-asian oikeudenkäyntimenettelyn ominaisuus,

¹¹⁹ Ks. myös KKO 1996:13, jossa oli kysymys oikeusministeriön vahvistamien yleisten perusteiden sitovuudesta maksuttoman oikeudenkäynnin edellytyksiä harkittaessa.

¹²⁰ Ks. vastaavista budjettiohejauksen ongelmista Englannissa Scott s. 122 s.

¹²¹ Tämä näkyy myös tuomioistuintoimintaa koskevissa empiirisissä tutkimuksissa, joissa keskitytään yleensä asiamääriin, nopeuteen ja kustannuksiin; ks. myös *Ervasti* 1997 s. 141: »keskeisintä tavoitetta, parempia ratkaisuja ja sen kautta parempaa oikeusturvaa, ei ole tässä vaiheessa kyetty arvioimaan.» Tuomioistuinten toiminnan, erityisesti päätösten oikeellisuuden mittaamisen ongelmista ks. *Klami* DL 1992 erit s. 462–465.

¹²² Ks. *Summers* s. 3. – Jo arvon käsite on monimerkityksinen. Esim. *Turunen* jakaa arvot laajassa mielessä varsinaisiin (platonisiin) arvoihin (totuus, kauneus ja hyvyys), ihanteisiin, arvostuksiin ja inhimillisesti arvokkaaksi koettuun, ks. *Turunen* erit. s. 150 s. Arvot voidaan myös jakaa moraalisiin ja ei-moraalisiin, ks. *Frankena* s. 10 s.

jonka perusteella oikeudenkäyntimenettelyä tai tiettyä menettelyn yksittäistä piirrettä voidaan sanoa hyväksi tai huonoksi (oikeaksi tai vääräksi) *riippumatta* siitä, millainen menettelyn tulos kulloinkin on tai millaisia tuloksia menettely yleensä tuottaa.¹²³ Kun oikeudenkäyntimenettelyä arvioidaan prosessuaalisten arvojen näkökulmasta, oikeudenkäyntimenettelyä arvioidaan menettelynä, eikä pelkkänä välineenä ja kustannuksena tiettyjen lopputulosten saavuttamisessa mahdollisimman tehokkaasti.

Voidaanko siviiliprosessissa sitten puhua prosessiarvoista?¹²⁴ Mielestäni vastaus on myönteinen: siviiliprosessiin liittyy merkittäviä prosessuaalisia arvoja, jotka eivät riipu sen välinearvosta.¹²⁵ Teesi vaatii kuitenkin perusteluja. On pyrittävä edes alustavasti vastaamaan kahteen kysymykseen, jotka liittyvät toisiinsa: 1) Justifikaatio: miten siviiliprosessuaalisten arvojen olemassaolo ylipäänsä voidaan oikeuttaa? 2) Tunnistaminen: miten tällaiset yksittäiset arvot voidaan tunnistaa ja mitä ne voisivat olla?¹²⁶ Jotta kysymyksessä olisi oikeusperiaate (arvoperiaate), on vielä asetettava kysymys 3) institutionaalisesta tuesta: onko oikeuslähteistä löydettävissä arvoperiaatteelle riittävästi tukea?

Justifikaatiokysymys avautuu kahden näkökohdan kautta. Ensinnäkin prosessi-instrumentalismin vastaan voidaan huomauttaa, että sen tuottama *justifikaatio yksittäistapauksen ratkaisulle* on heikko. Instrumentalismin näkökulma on ensisijaisesti systeemitasolla. Yksittäisen asianosaisen intressit voidaan aina uhrata suuremman yleisen hyödyn vuoksi: yksittäistapauksessa prosessiekonomia saa periä voiton varmuuden kustannuksella, kunhan se lisää yleistä yhteiskuntahyötyä.¹²⁷ Tästä taas seuraa, että yksittäistapauksen

¹²³ Heinonen on puhunut (LM 1986 s. 963) hyväksyttävyyys- tai legitimitteettirationaalisesta näkökulmasta.

¹²⁴ Rikosprosessin arvoperusta on selkeämpi kuin siviiliprosessin: syytetyn oikeusturva on rikosprosessissa arvo, jota on toteutettava, vaikka se saattaisi merkitä joissakin yksittäistapauksissa väärää vapauttavaa tuomiota. Siviiliprosessissa kysymys on hankalampi, koska rikosprosessille ominaista toisen osapuolen korostetun suojelun tarvetta ei ole, vaan riitajutun asianosaiset ovat lähtökohtaisesti samassa asemassa.

¹²⁵ Ks. myös esim. James – Hazard s. 2: »elements of procedure express social and political values concurrent with those expressed in substantive legal rules and deemed worthy independently of what the substantive law may be.»

¹²⁶ Tähän liittyy samalla yksittäisten arvojen justifiointi.

¹²⁷ Vastaavasti oikeustaloustieteen mukaan järjestelmän tehokkuutta voidaan lisätä häviäjien kustannuksella. Tehokkuuden Kaldor-Hicks -kriteeri perustuu vain hypoteettiselle kompensatiolle, koska hyvitystä häviäjille ei tosiasiassa tarvitse maksaa; riittävää on, että voittajat voisivat kompensoida häviäjien tappiot ja silti jäädä voitolle.

ratkaisun justifikaatio on heikko: miksi asianosaisten täytyisi hyväksyä, että järjestelmä voi tuottaa heidän kohdallaan väärän ratkaisun, vaikka se hyödyttäisikin järjestelmää kokonaisuutena?¹²⁸ Prosessi-instrumentalismi kohtelee yksittäistä asianosaista välineenä eikä kantilaisittain päämääränä sinänsä.

Dworkin on kritisoinut (lähinnä Posnerin edustamaa) prosessioikeudellista utilitarismia ja katsonut, että lainkäyttö on oikeusperiaatteiden eikä »politiikan» ohjaamaa: utilitaristinen lähestymistapa jättää asianosaisten oikeudet huomiotta.¹²⁹ Dworkin katsoo, että utilitaristisen kalkyylin sijasta huomioon on otettava väärän päätöksen aiheuttama *moraalinen haitta* (moral harm).¹³⁰ Tältä pohjalta hän esittää kaksi oikeutta, jotka syytetyllä on rikosprosessissa: 1) prosessuaalisen järjestelmän täytyy ottaa moraalisen haitan merkitys riittävästi huomioon ja 2) moraalisen haitan merkitys täytyy johdonmukaisesti punnita prosessissa yksittäistapauksessa. Näiden oikeuksien avulla löydetään prosessuaalisen järjestelmän minimitaso.¹³¹ Siviiliprosessissa asianosaisilla on vastaavat oikeudet.¹³²

Dworkin esittää tärkeän näkökohdan. Pelkkä taloudellinen kalkyyli ei ole riittävä, vaan huomioon on otettava myös väärän ratkaisun moraalinen merkitys.¹³³ Jos Dworkinin oikeusteisiin ei kuitenkaan sitouduta, moraalinen merkitys voidaan ottaa punninnassa huomioon siten, että varmuus on *prima facie* -etusijalla ja että yksittäistapauksellisessa punninnassa sille annetaan

¹²⁸ Kysymyksessä on utilitarismin jako-ongelma, ks. esim. Frankena s. 41 s ja 48 s. Ks. myös Rawls s. 19: »On ehkä tarkoituksenmukaista, mutta ei voi olla oikeudenmukaista, että muutamien olisi tyytyminen vähempään, jotta toiset voisivat kukoistaa.» Argumentti on eettinen; lisäksi voitaisiin (epäillä ja) tutkia empiirisesti, ovatko oikeudenkäynnit tosiasiallisesti (taloudellisesti) hydyllisiä. – Gross (s. 748 ss) katsoo jopa, että oikeudenkäynnin tehokkuuteen liittyy myös haittoja ja tehottomuuteen etuja, kuten prosessaamisen väheneminen ja siten valtion intervention pieneneminen.

¹²⁹ »(A)djudication of substantive issues at law is a matter of principle», Dworkin 1985 s. 77 s.

¹³⁰ Ks. Dworkin 1985 s. 80 s.

¹³¹ Ks. Dworkin 1985 s. 89.

¹³² Ks. Dworkin 1985 s. 92 s. Myöhemmässä tuotannossaan Dworkin on pitänyt kolmena poliittisena ideaalina reilua, oikeudenmukaisuutta ja menettelyllistä oikeudenmukaisuutta, ks. Dworkin 1986 s. 164 s, 243, 338 ja 404 s: »According to law as integrity, propositions of law are true if they figure in or follow from the principles of justice, fairness and procedural due process that provide the best constructive interpretation of the community's legal practise.» (s. 225).

¹³³ Ks. myös Nuotio LM 1996 s. 1035: »Oikeudenmukaisuutta ei voida tuottaa teollisesti, metritavarana.»

riittävä moraalinen paino.¹³⁴ Tällaista näkökulmaa voidaan kutsua moniarvoiseksi prosessi-instrumentalismiksi.

Tästä voidaan kuitenkin edelleen astua askel pidemmälle. Voidaan asettaa 'prosessideontologinen' kysymys:¹³⁵ vaikka oikeudenkäynti olisi taloudellisesti ja/tai moraalisesti hyödyllinen, *onko itse menettely oikea* (oikeudenmukainen)? Menettelyn oikeellisuudesta puhuminen tässä moraalisisessa mielessä edellyttäisi, että menettelyyn itseensä liittyisi moraalisia arvoja. Justifikaatiokysymyksen vastaukseksi onkin esitettävissä lisäperustelu: sen paremmin oikeudenkäynnin aikana kuin sen jälkeenkään ei normaalisti voida oikeudenkäynnin ulkopuolelta varmasti sanoa, *onko lopputulos materiaalisesti oikea* vai *väärä*. Tämä taas heikentää instrumentalismin justifikatorista arvoa entisestään, koska myös oikeiden ratkaisujen justifikaatio jää pieneksi: miten voidaan tietää, onko yksittäistapauksen ratkaisu materiaalisesti oikea vai *ko* ei?

Oletetaan riita-asia, joka on ns. kiperä tapaus: tosiseikat ovat epäselviä ja oikeuskysymys tulkinnanvarainen eli päätöksenteossa ollaan tekemisissä epävarmuuden kanssa. Kun käräjäoikeuden välitön ja suullinen pääkäsittely on pidetty ja tuomio julistettu, oikeudenkäynnin ulkopuolelta ei normaalisti voida tietää, kuinka oikea ratkaisu tosiasiallisesti on: esim. todistajankertomuksia ei voida arvioida sen paremmissa olosuhteissa kuin missä tuomioistuimissa on ne jo arvioinut. Jos oikeudenkäyntimenettely on ollut asianmukainen ja tuomio on jäänyt lopulliseksi, tuomio on prosessuaalisen systeemin sisäisestä näkökulmasta oikea. Hovioikeuden puolestaan on mahdollisen muutoksenhaun johdosta pakko järjestää uusi suullinen käsittely, jolloin kyse on itse asiassa uudesta todistelusta eikä pelkästään aiemman kontrolloinnista. Jos sen sijaan haluttaisiin tietää, onko tuomio materiaalisesti täysin oikea, tarvittaisiin normaalisti kriteereitä systeemin ulkopuolelta, kuten uusia, ensiprosessissa kuulematta jääneitä todistajia, joita ei yleensä ole.¹³⁶

¹³⁴ Bayles ottaa moraalisen haitan moraalisenä kustannuksena kalkyylin mukaan: virhekustannusten, suorien kustannusten ja moraalisten kustannusten summa tulee minimoida, ks. Bayles 1990 s. 122.

¹³⁵ Deontologisesta (uuskantilaisesta) näkemyksestä ks. esim. Frankena s. 15 s ja Rawls s. 29, jonka mukaan deontologinen on »teoria, jossa hyvän määritelmä riippuu oikeasta ja jossa oikea siis ei ole hyvän maksimoimista.»

¹³⁶ Sama koskee osittain oikeuskysymystä: ei voida varmasti tietää, sovelsiko tuomioistuimissa tulkinnanvaraista oikeuskysymystä oikein juuri tässä tapauksessa; sen sijaan voidaan luonnollisesti arvostella sitä abstrahoitua oikeusohjetta, joka on ratkaisusta luetavissa. Bayles vie ajatuksen loppuun saakka: jos katsotaan (toisin kuin Dworkin), että ns. kiperään tapaukseen ei ole olemassa yhtä oikeaa vastausta, niin »there are – consequently no error costs. If there are no error costs, both the economic and moral cost approaches prescribe minimizing direct costs», Bayles 1990 s. 126.

Prosessi-instrumentalistinen katsantokanta voidaankin kääntää päinvastaiseksi. Instrumentalismi arvioi oikeudenkäyntimenettelyä sen mukaan, kuinka tehokkaasti se tuottaa hyviä tuloksia. Prosessuaalisten arvojen näkökulma merkitsee päinvastoin, että *menettely justified lopputulostaan*: jos riitä asian oikeudenkäyntimenettely täyttää yksittäistapauksessa kaikki vaadittavat arvokriteerit, voidaan lähteä siitä, että myös sen lopputulos on oikea. Asianmukainen oikeudenkäyntimenettely justified omaa lopputulostaan, mikä on eräs lainkäytön tärkeimmistä yhteiskunnallisista funktioista.¹³⁷

Yksi *Ekelöfin* sanktiomekanismiteorian heikkous on mielestäni siinä, että se aliarvioi prosessuaalisen legitimitietin merkityksen. Ekelöfin mukaan lainkäyttö sanktiomekanismina ylläpitää osaltaan yhteiskuntamoraalia lain noudattamiseen. Voidaan kuitenkin kysyä, miten amoraalinen prosessi voisi ylläpitää yhteiskuntamoraalia: eikö liian pitkälle viety yleisen sanktiomekanismiajattelun painottaminen johtaisi päinvastoin siihen, että kansalaisten luottamus tuomioistuinlaitokseen heikkenisi, mikä puolestaan rapauttaisi yhteiskuntamoraalia ja lain noudattamista? Esimerkiksi *Tylerin* empiirinen tutkimus on osoittanut, että keskeinen motiivi lain noudattamiseen on oikeusjärjestelmän koettu (normatiivinen) legitimiisyys ja tähän puolestaan vaikuttaa olennaisesti koettu prosessuaalinen oikeudenmukaisuus.¹³⁸ Oikeudenmukaiseksi koettu prosessi myös pehmentää sitä järjestelmän legitimiisyyttä heikentävää vaikutusta, joka henkilölle epäsuotuisalla prosessin lopputuloksella on.¹³⁹

On myönnettävä, että tämäntyyppiseen näkemykseen sisältyy myös vaa-roja: prosessuaalisella asianmukaisuudella (oikeudenmukaisuudella) saatetaan yrittää puolustaa lopputulosta, jota voidaan perustellusti arvostella materiaalisesti. Näin pitkälle tässä puolustettava näkemys ei kuitenkaan ulotu. Prosessuaalisella asianmukaisuudella on merkitystä kahdessa suhteessa. Ensinnäkin prosessuaalinen epäasianmukaisuus heittää aina epäilyksen varjon myös lopputuloksen ylle eli prosessuaalinen epäasianmukaisuus toimii lopputuloksen oikeellisuuden negatiivisena kriteerinä. Sattumalta 'oikea' lopputulos ei pelasta epäasianmukaista prosessia. Toiseksi prosessuaalinen asianmukaisuus justified lopputulosta silloin, kun perusteltuja materiaalisia kriteereitä ei ole

¹³⁷ Ks. myös Jonkka 1992 s. 25.

¹³⁸ Tyler s. 162: »Procedural justice is the key normative judgement influencing the impact of experience on legitimacy.»

¹³⁹ Tyler s. 101: »if people receive fair procedures, outcome is not relevant to their reactions. If they do not, it is.»; ja s. 107: »If unfavorable outcomes are delivered through procedures viewed as fair, the unfavorable outcomes do not harm the legitimacy of legal authorities.»

käytettävissä; se toimii lopputuloksen lähtökohtaisena positiivisena kriteerinä. Sen sijaan prosessuaalinen asianmukaisuus ei voi ohittaa perusteltuja materiaalisia lopputuloksen kriteereitä: asianmukainen menettely ei pelasta materiaalisesti ei-hyväksyttävää lopputulosta. Prosessuaalinen asianmukaisuus on siis lopputuloksen hyväksyttävyyden välttämätön, muttei (muutoin kuin lähtökohtaisesti) riittävä edellytys.

Tällaista näkemystä voitaneen kutsua prosessuaaliseksi oikeudenmukaisuuskäsitykseksi sen heikossa muodossa.¹⁴⁰ Rawlsin käsitteitä käyttäen oikeudenkäynnissä joudutaan usein – lopputuloksen arviointikriteerien puuttuessa – tyytymään puhtaan menetelmäoikeudenmukaisuuden ideaaliin, vaikka tosiasiallisesti kyseessä onkin epätäydellinen menetelmäoikeudenmukaisuus.¹⁴¹ Prosessioikeuden lienee välttämätöntä sitoutua prosessuaaliseen oikeudenmukaisuuskäsitykseen ainakin sen heikossa muodossa. Kirjallisuudessa on puhuttu nähtävästi vastaavaa ajatusta tarkoittaen oikeudenkäynnin *luotettavuudesta*: oikeudenkäynnin tulee olla paitsi varma, nopea ja halpa, myös ulkoisesti luotettava.¹⁴²

Tämän perusteella asetettuun kysymykseen, liittyykö siviiliprosessiin lopputuloksesta riippumattomia arvoja, on vastattava myöntävästi. Siviiliprosessissa on itseisarvoja siinä mielessä, että riita-asian oikeudenkäyntiä ei voida arvioida pelkästään saavutetun ratkaisun ja siihen käytettyjen kustannusten perusteella, vaan myös menettelyn itsensä perusteella.¹⁴³ Menettely on otettava vakavasti. Toisaalta myös puhtaasti menettelylliset arvot yleensä justifyoivat saavutettua lopputulosta, eivätkä tässä mielessä ole arvoja sinänsä.¹⁴⁴ Siviiliprosessiarvojen tunnistaminen puolestaan edellyttää oikeudenkäynnin teoreettisen hahmotuksen kehittelyä seuraavassa jaksossa.

¹⁴⁰ Prosessuaalisen oikeudenmukaisuuskäsityksen vahva muoto luonnollisesti väittäisi, että asianmukainen menettely oikeuttaa aina lopputuloksensa.

¹⁴¹ Ks. käsitteistä Rawls s. 60. Ks. myös Dworkin 1986 s. 177 kahdesta ääripäästä »justice as fairness» ja »fairness as justice».

¹⁴² Ks. esim. Virolainen 1995 s. 106 s ja Lappalainen Sp I s. 24 s. Ks. myös Heinonen LM 1986 s. 963. Samaa tarkoittaa EIT:n usein toistama fraasi: »Justice must not only be done, it must also be seen to be done.» Lausutun perusteella ajatusta joudutaan ehkä viemään askel eteenpäin: »Sometimes justice is done when it is seen to be done.»

¹⁴³ Bayles ottaa nämä arvot (»process benefits») kalkkyyliin vähennyksinä mukaan, ks. Bayles 1990 s. 129.

¹⁴⁴ On kuitenkin syytä korostaa voimakkaasti, että kysymystä tarkastellaan tässä ainoastaan kapeasti menettelylliseltä kannalta. Oikeudenkäyntiin (ennen muuta rikosprosessiin) liittyy toki myös keskeisiä itseisarvoja. Ne eivät kuitenkaan ole menettelyllisiä tässä tarkoitettussa mielessä, vaan liittyvät muunlaisiin arvoihin, pohjimmiltaan ihmisarvoon (ks. HM 1.1 §).

2.5.2 Oikeudenkäynnin muodollinen reiluus

On luontevaa hahmottaa riita-asian oikeudenkäynti keskusteluksi.¹⁴⁵ Oikeudenkäynnin aikana keskeisintä on asianosaisten välinen dialogi: kantaja esittää vaatimuksensa ja perustelee niitä argumentein; vastaaja vastaa tähän esittämällä omat vaatimuksensa ja niitä tukevat argumenttinsa; tämä saattaa taas saada kantajan esittämään omat vasta-argumenttinsa ja niin edelleen. Myös todistelu voidaan ymmärtää laajassa mielessä asianosaisten argumentaationa. Asianosaisten argumentaation addressaatti ei kuitenkaan ensisijaisesti ole vastapuoli, vaan tuomioistuin: asianosaiset pyrkivät perusteluillaan saamaan asian ratkaisevat tuomioistuimen jäsenet vakuuttuneiksi vaatimustensa oikeutuksesta.¹⁴⁶ Kummankin asianosaisen tavoitteena on voittaa juttu, joten kumpikin asianosainen tuo normaalisti esiin argumentit, jotka tukevat hänen kantansa. Tämän vuoksi riita-asian oikeudenkäynti etenee 'totuuteensuuntautuvana' dialogina, jossa tulevat yleensä itsestään esiin sekä pro- että contra-argumentit.

Tuomioistuimen subjektiivinen vakuuttuneisuus ei kuitenkaan riitä, vaan tuomioistuimen on tuomionsa perusteluissa oikeutettava lopputulos objektiivisesti. Tuomioistuin osallistuu oikeudenkäynnin keskusteluun ensisijaisesti tuomionsa perusteluilla. Perustelujen auditorio on kuitenkin asianosaispiiriä laajempi.¹⁴⁷ Tuomioistuin pyrkii vakuuttamaan myös mahdollisen muutoksenhakutuomioistuimen, jutusta mahdollisti kiinnostuneen oikeusyhteisön ja poikkeuksellisesti jopa juttua seuraavan suuren yleisön.¹⁴⁸ Toisaalta tuomioistuin osallistuu keskusteluun

¹⁴⁵ Ks. myös Jonkka 1991 s. 220. Ks. edelleen Blume s. 37–40, jonka mukaan prosessin kommunikaatioteoreettisella kuvauksella on kaksoisfunktio: se on tosiasiallisen prosessin ymmärtämisen malli ja arvottamisskeema.

¹⁴⁶ Ks. myös Bergholtz 1987 s. 19: »rättegångsförfarandet bygger på den enkla idén att det går att övertyga andra och att övertygas av andras idéer genom en debatt som undanröjer misstag och försöker avslöja sanningen». – Asianosaisten argumentaatiota oikeudenkäynnissä voidaan tarkastella myös käytännön, ei-teoreettisen retoriikan näkökulmasta; kysymys on tällöin pikemminkin tuomariin vaikuttamisesta (övertala) kuin hänen vakuuttamisestaan (övertyga). Retoriikan (puhetaito-opin) juuret ovatkin antiikin kreikkalaisten oikeudenkäyntipuheissa, ks. Johannesson s. 12 s. Ks. myös Mellqvist s. 191 s: »Retorik handlar om att påverka. På så vis sammanfaller retorik och processjuridik.»

¹⁴⁷ Tuomion perustelujen funktioita on analysoinut laajasti Bergholtz (1987 s. 357 ss), joka erottaa ns. asianosaisfunktiot ja yleisemmät yhteiskunnalliset funktiot. Kuten Bergholtz asian kiteyttää (JFT 1990 s. 190): »I bästa fall möts offentlighet, ansvar och rationalitet i det juridiska avgörandets motivering.»

¹⁴⁸ Tuorin (s. 262 s) mukaan lainkäytön diskurssia voidaan tarkastella kolmen laajenevan piirin avulla: 1) konkreettiset asianosaiset, 2) suppea oikeusyhteisö (lakimiehet) ja 3) laaja oikeusyhteisö (myös maallikkokansalaiset).

myös oikeudenkäynnin aikana käyttämällä kysely- ja informointioikeutta.¹⁴⁹

Vaikka riita-asian oikeudenkäynti ei olekaan päätöksentekoprosessina ideaalinen, on selvää, että se voi olla enemmän tai vähemmän rationaali.¹⁵⁰ Rationaalin oikeudenkäynnin voidaan olettaa tuottavan hyväksyttävämpiä tuomioita kuin irrationalin; oikeudenkäynnin rationaalisuus siis justified sen lopputulosta. Mitä rationaalimpi oikeudenkäynti on, sitä enemmän se justified lopputulosta. Mitä sitten rationaalisuus oikeudenkäynnin kohdalla merkitsee eli mitä ehtoja oikeudenkäyntimenettelyn olisi täytettävä, jotta sitä voitaisiin sanoa rationaaliksi?

Yleisiä keskustelun rationaalisuusehtoja edelleen kehittäen ja riita-asian oikeudenkäyntiin soveltaen päästään esimerkiksi seuraaviin keskeisiin piirteisiin:¹⁵¹ a) Oikeudenkäynnin saavutettavuus: jokaisella on oltava mahdollisuus saada riita-asiansa tuomioistuimen käsiteltäväksi. b) Oikeudenkäynnin sisäinen avoimuus eli kontradiktorisuus: molemmilla asianosaisilla on oltava mahdollisuus tulla kuulluiksi laajassa mielessä.¹⁵² Tämä ei koske pelkästään oikeudellista argumentointia, vaan myös esimerkiksi todistelua. c) Asianosaisten yhdenvertaisuus oikeudenkäynnissä: asianosaisten on oltava yhdenvertaisia tuomioistuimen edessä ja tuomioistuimen on kohdeltava asianosaisia puolueettomasti. d) Oikeudenkäynnin ulkoinen avoimuus eli julkisuus: oikeudenkäynnin on oltava julkinen, mikä mahdollistaa menettelyn julkisen kontrollin.¹⁵³ e) Tuomion perusteleminen: tuomioistuimen on tuomiossaan oikeutettava oma subjektiivinen vakuuttuneisuutensa, mikä mahdollistaa lopputuloksen julkisen kontrollin.¹⁵⁴

¹⁴⁹ Vrt. Bergholtz 1987 s. 19: »Man får inte glömma, att domens motivering är domstolens enda kommunikationsmedel».

¹⁵⁰ Vrt. Tuori s. 262 ss, joka puhuu advokatorisesta ja simuloitusta diskurssista. Kuten Jonkka (1991 s. 229) toteaa: »Kysymystä ei ole välttämättä tarkasteltava joko/tai -asetelmasta käsin». Ks. myös Alexy 1989 s. 218 s, Wassermann s. 144 ja Ervo s. 95–99.

¹⁵¹ Ks. keskustelun rationaalisuusehdoista Alexy 1989 s. 191 ss sekä Aarnio 1982 s. 172 ss ja 1989 s. 211 ss.

¹⁵² Tätä keskeistä ehtoa voidaan kehittää edelleen seuraavasti: 2a) Asianosaisella on oltava mahdollisuus argumentoida vapaasti ilman pakkoa ja esittää kaikkea haluamaansa (relevanttia) aineistoa asiassa. 2b) Asianosaisella on oltava mahdollisuus riitauttaa mikä tahansa vastapuolen (tai myös tuomioistuimen) esittämä väite ja esittää mikä hyvänsä vastaväite. 2c) Asianosaisella on oltava velvollisuus vaadittaessa perustella jokainen väitteensä.

¹⁵³ Julkisuuden merkitystä korostavat myös esim. Jonkka 1991 s. 230 ss ja Lappalainen Sp I s. 64 ss.

¹⁵⁴ Ks. myös Bergholtz 1987 s. 24: »Rättsäkerhet och rättvisa främjas av en processuell treenighet: den kontradiktoriska principen – – domens motivering och parts rätt att fullfölja talan.»

Voidaan sanoa, että riita-asian 'oikeudenkäynti', joka ei täyttäisi rationaalisuusehtojen vähimmäistasoa, ei edes olisi oikeudenkäynti siinä mielessä kuin me oikeudenkäynnin ymmärrämme. Viime kädessä kysymys on länsimaiseen oikeuskulttuuriin sisältyvästä oikeusturvaodotuksesta: yksilö voi perustellusti vaatia, että menettely, jossa päätetään hänen oikeuksistaan tai velvollisuuksistaan, täyttää rationaalisuuden minimiehdot.¹⁵⁵ Kysymys siviiliprosessuaalisten arvojen sisällöstä ratkeakin mielestäni viime kädessä niiden käsitysten mukaan, jotka valitsevat asianomaisessa (oikeus)yhteisössä asianomaisena ajankohtana.¹⁵⁶ Prosessuaaliset arvot liittyvät elimellisesti yhteisölliseen kulttuuritraditioon.¹⁵⁷

Oikeudenkäyntimenettelyn muodollinen rationaalisuus ja sen päätteeksi julistettavan tuomion materiaallinen hyväksyttävyys ovat siis eri asioita, mutta ne liittyvät toisiinsa. Jos oikeudenkäynti täyttää rationaalisuuden vaatimukset, menettely justifioi lähtökohtaisesti lopputulostaan; voidaan olettaa, että rationaali oikeudenkäynti tuottaa hyväksyttävän tuomion. Tämä ei sulje pois tuomion arvostelemista materiaalisesti ei-hyväksyttävänä, jos arvosteluperuste on osoitettavissa, koska rationaalinenkin oikeudenkäynti voi tuottaa yksittäistapauksessa materiaalisesti ei-hyväksyttävän lopputuloksen. Jos sen sijaan oikeudenkäyntimenettelyssä on rikottu keskeisiä rationaalisuusehtoja, lopputulostakaan ei voida pitää hyväksyttävänä – riippumatta siitä, sattuko tuomio olemaan materiaalisesti oikea vai ei, mitä ei normaalisti voida varmasti tietää. Oikeudenkäynnin irrationaalisuus merkitsee lopputuloksen disjustifikaatiota.¹⁵⁸

Asianosaisen oikeusturvan kannalta kysymys on tietystä siviiliprosessin rationaalisuusehtojen minimistasosta, jolloin kysymyksenasettelu on joko/tai-tyyppinen. Rationaalisuusehdot voidaan siten nähdä yksittäisen asianosaisen *ehdottomina prosessuaalisina (minimi)oikeuksina* vahvassa mielessä

¹⁵⁵ Ks. myös Council of Europe s. 5. Aarnio (1989 s. 189) katsoo oikeusturvaodotuksen »kuuluvan osana siihen oikeuskulttuuriin, jonka piirissä elämme. Se on yksi elementti siinä oikeustraditiossa, jota kannamme mukamme.« Ks. myös Turunen s. 74.

¹⁵⁶ Tylerin empiirisen tutkimuksen mukaan prosessuaalinen oikeudenmukaisuus koettiin moniulotteisena: keskeisiä elementtejä olivat mm. mahdollisuus osallistua prosessiin, päätöksentekijän puolueettomuus ja ko. henkilön kohtelu prosessissa, ks. yhteenve-toa Tyler s. 163 s.

¹⁵⁷ Ks. eettisen kulttuuriperinnön merkityksestä esim. Peczenik 1995 s. 466 ss.

¹⁵⁸ Positiivisoikeudellisena esimerkkinä voidaan mainita OK 31:1:n 1–3 kohtien kanteluperusteet, joiden nojalla lainvoiman saanut tuomio voidaan poistaa ilman, että arvioidaan virheen vaikutusta jutun lopputulokseen (vrt. 4 kohta). Tällainen peruste on mm. se, että »poissa oleva, jota ei ole haastettu, tuomitaan» (3 kohta). Ks. Leppänen – Välimaa s. 126 ss.

(‘procedural rights’). Näiden vähimmäisoikeuksien loukkausta ei voida oikeuttaa yleisillä utiliteettinäkökohdilla.¹⁵⁹ Siviiliprosessin rationaalisuusehdot voidaan myös ymmärtää tätä laajemmin, enemmän tai vähemmän -kysymyksenä. Minimitason täyttävä riita-asian oikeudenkäynti voi olla enemmän tai vähemmän rationaalinen. Mitä keskustelevampi eli tässä mielessä rationaalimpi oikeudenkäynti on, sitä enemmän se on omiaan tuottamaan materiaalisesti hyväksyttäviä tuomioita.¹⁶⁰ Minimitason ylittävältä osalta rationaalisuutta täytyy punnita utiliteettinäkökohtia vasten.

Itse menettelyn kulkuun liittyvät lähinnä rationaalisuusehdot b ja c eli *oikeudenkäynnin kontradiktorisuus* ja *asianosaisten yhdenvertaisuus*. Näitä siviiliprosessi-arvoja nimitetään seuraavassa yhteistermillä oikeudenkäyntimenettelyn ‘reiluudeksi’ (‘procedural fairness’). Oikeudenkäynnin reiluuden arvo voidaan muotoilla arvoperiaatteena, jota kutsutaan seuraavassa vastaavasti *reiluusperiaatteeksi*; se käskee optimoimaan oikeudenkäynnin reiluuden eli sen kontradiktorisuuden ja asianosaisten yhdenvertaisuuden. Reiluusperiaate on justifioitu edellä, mutta jotta se olisi myös lainkäyttäjää ohjaava oikeusperiaate, sille olisi löydettävä institutionaalista tukea. Kysymyksessä olisi tällöin siviiliprosessimenettelyn ylimmän tason arvoperiaate.

2.5.3 Oikeudenkäynnin tosiasiallinen asianmukaisuus

Edellä siviiliprosessuaalisista arvoista käyty keskustelu on sitoutunut tiettyihin oletuksiin, joiden rajoittama se luonnollisesti samalla on. Keskeisimmät niistä voidaan tiivistää lyhyesti: a) Oletus tuomioistuintien ensisijaisuudesta ja käytökelpoisuudesta: yksityisoikeudelliset riidat tulee ratkaista tuomioistuimissa ja yksittäisten asianosaisten kannattaa viedä riitansa tuomioistuimeen. b) Oletus kaksiasianosaissuhteesta sekä riitakysymyksen yksilöllisyydestä ja retrospektiivisyydestä: asianosaisia on kaksi ja he riitelevät tietystä, selvästi välillään yksilöitävissä olevasta kysymyksestä, joka on syntynyt menneisyydessä. c) Oletus asianosaisten tosiasiallisesta yhdenvertaisuudesta: kaikilla asianosaisilla on täydet ja yhtäläiset mahdollisuudet käyttää siviiliprosessijärjestelmän antamia mahdollisuuksia hyväkseen esimerkiksi käytettävissä

¹⁵⁹ Kyse ei kuitenkaan ole absoluuttisista arvoista, vaan niitä vasten saatetaan joutua punnitsemaan toisia arvoja, esim. julkisuuden intressiä vasten yksityisyyden suojan intressiä.

¹⁶⁰ Ajatellaan esim. riita-asian oikeudenkäyntiä, jossa tuomioistuin jura novit curia -periaatteeseen tukeutuen soveltaa tapaukseen oikeusnormia, joka ei lainkaan ole ollut asianosaisten keskustelun kohteena: tällainen menettely on omiaan vähentämään luottamusta lopputuloksen oikeellisuuteen riippumatta siitä, soveltuiko normi vai ei.

olevien varojensa kannalta. Tämänkaltaisista oletuksista lähtevää siviiliprosessia voidaan kutsua liberalistiseksi.¹⁶¹

Kaikki luetellut oletukset voidaan riitauttaa ja näin on kansainvälisessä keskustelussa myös tehty. Kritiikki voi voimakkaimmillaan lähteä kokonaan siviiliprosessuaalisen järjestelmän ulkopuolelta, jolloin se ei kysy, kuinka siviiliprosessi voitaisiin tehdä mahdollisimman toimivaksi, vaan joissakin tapauksissa riitauttaa koko siviiliprosessuaalisen järjestelmän peruslähtökohdat. Kansainvälisessä keskustelussa etualalle on noussut ns. *access to justice* -liike.¹⁶² Käsite voidaan kääntää vapaasti ilmaisuksi »oikeuden saavutettavuus»: kysymys on siitä, onko yksilöillä muodollisen oikeussuojan lisäksi myös tosiasialliset mahdollisuudet saada oikeutensa toteutettua. Oikeussuojan saamisen esteet (»obstacles/barriers to justice») on nähty kolmenlaisina: 1) korkeat oikeudenkäyntikustannukset, 2) asianosaisten puuttuvat kyvyt ja resurssit oikeutensa toteuttamiseen ja 3) traditionaalisen siviiliprosessin huono soveltuvuus hyvinvointivaltiollisen kehityksen mukanaan tuomien epäindividuaalien eli »kollektiivisten, diffuusien ja fragmentaaristen» intressien toteuttamiseen.¹⁶³

Access to justice -liikettä on kuvattu kolmena »aaltona».¹⁶⁴ Ensimmäisen aallon kiinnostuksen kohteena ovat olleet vähävaraisten oikeudellista asemaa turvaavat instituutiot. Toinen aalto on puolestaan koskenut kollektiivisia, diffuuseja ja fragmentaarisia intressejä. Kysymys on ollut siitä, miten voidaan turvata intressit, jotka ovat hajautuneet niin suurelle ja epämääräiselle ihmisjoukolle, että kenenkään yksittäisen asianosaisten ei kannata lähteä ajamaan kannetta tuomioistuimessa. Kolmas aalto on viimein etsinyt kokonaan vaihtoehtoja tuomioistuinmenettelylle: erilaisten lautakuntien ja muiden sovitteluelinten on nähty sisältävän monia etuja tuomioistuihin nähden.¹⁶⁵

¹⁶¹ Ks. liberalistisen 'prosessikäsitteen' peruspiirteistä myös Laukkanen s. 36 s.

¹⁶² »Liikkeestä» puhuminen saattaa tosin johtaa ajatukset jonkinlaiseen yhtenäiseen rintamaan, joka olisi noussut traditionaalisia oppeja vastaan. Tästä ei kuitenkaan ole ollut kysymys, vaan pikemminkin yhtäaikaista kiinnostuksesta samankaltaisiin kysymyksiin eri puolilla maailmaa. Ajatusten tunnettuna kokoajana toimi kansainvälinen ja monitieteinen, Mauro Cappellettin johtama Access to Justice -tutkimushanke 1970-luvulla.

¹⁶³ Esimerkkinä vm. intresseistä voidaan mainita laajalle ja rajoiltaan epämääräiselle kuluttajajoukolle aiheutunut, yhteismäärältään suuri vahinko, jossa yksittäisten henkilöiden kärsimät vahingot ovat kuitenkin pieniä. Ks. esim. Lindblom 1989 s. 7 ss. – Prosessuaalinen access to justice -problematiikka voidaan nähdä osana laajempaa oikeuden toteutumisen problematiikkaa, ks. Nuotio LM 1996 erit. s. 1022 s.

¹⁶⁴ Ks. Cappelletti – Garth s. 67–72.

¹⁶⁵ Ks. esim. Alternativkommentar s. 4. On myös puhuttu tuomioistuinten roolin marginalisoitumisesta ja prosessioikeuden differentioitumisesta, Blume s. 29 ja 35.

Vaikka access to justice -problematiikka on viime vuosikymmeninä ollut yksi kaikkein keskeisimmistä aiheista kansainvälisessä prosessioikeudellisessa keskustelussa, Suomeen keskustelu on ainakin tämän nimikkeen alla pitkälti jäänyt tulematta.¹⁶⁶ Ensimmäisen aallon osalta voidaan kuitenkin todeta, että Suomen järjestelmä on jo varsin kehittynyt maksuttomine oikeudenkäynteineen ja yleisine oikeusapuineen. Myös kolmannen aallon näkökohdat ovat jossakin määrin saaneet Suomessa, esim. kuluttajansuoja-asioissa, jalansijaa. Toinen aalto on kaikkein uusiin tulokas Suomessa. Sen ilmentymänä voidaan mainita lähinnä ehdotettu ryhmäkanne.¹⁶⁷

Nähdäkseni on kuitenkin liioiteltua sanoa, että access to justice -liike olisi merkinnyt kokonaista 'paradigman' murrosta siviiliprosessioikeudessa tai että sen tulisi sellaista merkitä. Pikemminkin kysymys on relevanteista lisänäkökohdista, jotka täydentävät perinteistä järjestelmää.¹⁶⁸ Tämän tutkimuksen perustavat näkökulmavalinnat on luonnollisesti tehty jo tutkimusaihetta valittaessa. Kun aiheeksi on valittu riita-asian valmistelu alioikeusmenettelyssä, näkökulma on väistämättä traditionaalisen systeemin sisäinen. Tarkastelun kohteena on lähtökohtaisesti kahden asianosaisten välisen yksityisoikeudellisen riidan ratkaiseminen tuomioistuimessa eli tässä mielessä tutkimuksessa sitoudutaan em. oletuksiin a ja b.

Kritiikki sisältää kuitenkin tärkeitä näkökohtia, jotka on otettava huomioon myös traditionaalista siviiliprosessia rakennettaessa; kysymys on ennen muuta oletuksen c ongelmallisuudesta. Oikeuden saavutettavuus -näkökulma on kuitenkin tältä kannalta vain argumentti siviiliprosessuaalisen systeemin sisällä. Näkökulma ei myöskään tuo mitään radikaalisti uutta prosessioikeudelliseen keskusteluun. Asianosaisten tosiasiallisen epätasa-arvon ongelmiin kiinnitti huomiota jo itävaltalainen Franz *Klein* viime vuosisadan lopulla »sosiaalisen siviiliprosessin» mallissaan. Lainsäädännössä Kleinin ajatukset pitkälti toteutuivat Itävallan siviiliprosessilaissa, joka puolestaan oli

¹⁶⁶ Ks. kuitenkin jo Eriksson s. 36 ss.

¹⁶⁷ Ks. OJL 1995:1 s. 5 ss ja 17 s sekä eri oikeudenalojen näkökulmasta Wihuri passim. Ryhmäkanne on vain yksi mahdollisuus turvata hajaantuneita intressejä. Ryhmäkanteen mahdollisista heijastusvaikutuksista ks. vahingonkorvausoikeuden näkökulmasta kriittisesti Kleinman erit s. 866 ss. – Mielenkiintoista kehitystä edustavat myös yksityishenkilön velkajärjestely- ja yrityksen saneerausasiat, joissa tehtävät ratkaisut suuntautuvat tulevaisuuteen ja ovat varsin epätyypillistä, hyvinvointivaltioallista juridiikkaa, mutta jotka toisaalta on osoitettu perinteisten tuomioistuinten tehtäviksi. Ks. myös Laukkanen s. 71 s.

¹⁶⁸ Ks. myös Cappelletti – Garth s. 72 ja 76 s. Vrt. Lindblom 1989 s. 6 ja Jacobsson 1988 s. 367 s: »en ny syn på processrätten, som innebär ingenting mindre än ett paradigmskifte».

esikuva pohjoismaisille siviiliprosessilaeille. Suomalaiseen doktriiniin ajatukset välittyivät ennen muuta pohjoismaisen prosessioikeustieteen välityksellä, joskaan suomalainen siviiliprosessi ei käräjäperinteen vuoksi käytännössä koskaan ollut kovin »liberalistista». ¹⁶⁹ Entistä sosiaalisempaa siviiliprosessia voidaankin pitää siviiliprosessuaalisen systeemin sisäisenä vastauksena systeemin ulkopuoliseen kritiikkiin. ¹⁷⁰

Kysymys on siitä, että oikeudenkäynnin muodollisen rationaliteetin lisäksi huomiota kiinnitetään *tosiasialliseen*, tässä mielessä materiaaliseen rationaliteettiin. Rationaalisuusehdot a – c voidaan tältä pohjalta muotoilla seuraavasti: a) Jokaisella on oltava tosiasiallinen mahdollisuus saada riittävänsä tuomioistuimen käsiteltäväksi. b) Asianosaisilla on oltava tosiasiallinen mahdollisuus tulla kuulluiksi. c) Tuomioistuimen on kohdeltava asianosaisia tosiasiallisesti yhdenvertaisesti. Asianosaisella täytyy siis olla paitsi vapaus, myös kyky käyttää vapauttaan. ¹⁷¹ Siviiliprosessia, jonka perusrakenne on liberaali mutta jossa on otettu riittävästi huomioon asianosaisten tosiasiallinen epätasa-arvoisuus, voitaneen kutsua *sosiaali-* tai *hyvinvointiliberaaliksi* siviiliprosessiksi. Tällainen siviiliprosessi ei edusta sen paremmin »liberalistista» kuin »sosiaalista» prosessikäsitystä, vaan rakentuu liberaalille perustalle, mutta täsmentyy sosiaalisempaan suuntaan. ¹⁷²

Itse menettelyn kannalta keskeisiä ovat ehdot b ja c, joiden kohdalla voidaan reiluuden sijasta puhua oikeudenkäyntimenettelyn »asianmukaisuudesta» tai »prosessuaalisesta oikeudenmukaisuudesta» (»procedural justice»). ¹⁷³

¹⁶⁹ Ks. myös Lappalainen LM 1996 s. 143 ja 147 s vrt. Laukkanen s. 56 s ja 65–68. Esim. Ellilä (LM 1961 s. 40) puhui sosiaalisen oikeusvaltion prosessista. Ks. myös jo Tirkkonen 1945 s. 437 s ja 1956 erit. s. 415 s.

¹⁷⁰ Esim. saksalaisen ns. vaihtoehtoisen koulukunnan keskeinen edustaja Wassermann (s. 77) katsoo, että myös sosiaalisen siviiliprosessin on oltava oikeusvaltiollista. Tähän sisältyvät mm. tuomarin puolueettomuus (mts. 80 s) ja asianosaisten oikeus tulla kuulluksi (Rechtliches Gehör, mts. 83 s). Ks. myös Alternativkommentar s. 36–39.

¹⁷¹ Ks. luvan ja kyvyn erottelusta Feinberg s. 17 s.

¹⁷² Ks. myös Jokela 1996 s. 24 s, joka puhuu modernista sosiaalisesta ja ihmisoikeudellisesta prosessikäsitelmästä. – Ks. myös Hellsten s. 18: »hyvinvointiliberalismi painottaa nimenomaan mahdollisuuksien tasa-arvoa eli yksilöiden yhtäläisiä mahdollisuuksia omien päämääriensä ja arvojensa valitsemiseen sekä niiden saavuttamiseen.» Sosiaali- tai hyvinvointiliberalismin keskeisinä teoreettikkoina pidetään Rawlsia ja Dworkinia. Siitä on pidettävä erillään esim. Nozickin edustama libertarismi eli uusliberalismi, jonka kritiikistä esim. egalitarismin näkökulmasta ks. Häyry – Häyry passim.

¹⁷³ Seuraavassa termejä »asianmukaisuus» ja »prosessuaalinen oikeudenmukaisuus» käytetään synonyymeinä. Pelkkä »oikeudenmukaisuus» viittaisi mielestäni liikaa oikeudenkäynnin lopputulokseen, jolloin tässä keskeinen ajatus oikeudenmukaisuudesta prosessuaalisesti ymmärrettynä katoaisi.

Vastaavasti *asianmukaisuusperiaate* käskee optimoimaan oikeudenkäynnin asianmukaisuuden eli oikeudenkäynnin tosiasiallisen kontradiktorisuuden ja asianosaisten tosiasiallisen yhdenvertaisuuden.¹⁷⁴ Oikeudenkäynnin on siis mahdollisimman pitkälti oltava *paitsi muodollisesti reilu myös tosiasiallisesti asianmukainen*. Asianmukaisuusperiaate on justifioitu edellä, mutta sille olisi vielä löydettävä institutionaalista tukea, jotta se olisi myös lainkäyttäjää ohjaava oikeusperiaate. Kysymyksessä olisi siviiliprosessimenettelyn ylimmän tason arvoperiaate.

Oikeudenkäynnin muodollinen reiluus ei edellytä asianmukaisuutta, mutta asianmukaisuus edellyttää reiluutta: epäreilu oikeudenkäynti ei voi olla myöskään asianmukainen. Ongelmallinen kysymys luonnollisesti on, missä määrin ja miten asianosaisten erilaiset tarpeet voidaan ottaa huomioon muodollisen yhdenvertaisuuden lisäksi.¹⁷⁵ Liiallinen asianmukaisuuden tavoittelu saattaa vaarantaa reiluuden: esimerkiksi tuomioistuimen heikommaksi katsoman asianosaisten liiallinen 'auttaminen' materiaalsen prosessinjohton kautta saattaa vaarantaa tuomioistuimen puolueettomuuden. Tämän keskeisen ja herkän tasapainopisteen etsimiseen ei tässä tutkimuksessa enemmälti voida mennä.¹⁷⁶

2.6 Siviiliprosessuaalisista ihmis- ja perusoikeuksista

Edellisessä jaksossa siviiliprosessuaalisista menettelyarvoista on käyty keskustelua moraalifilosofisella tasolla kytkemättä niitä positiiviseen oikeuteen. Seuraavaksi on syytä tarkastella kahta modernia oikeuslähdetyyppiä, joilla

¹⁷⁴ Yhdestä virhepäätelmästä on syytä varoittaa: kontradiktorisuus tässä mielessä ei tarkoita samaa kuin »the adversary system» tai »the adversarial principle» angloamerikkalaisessa siviiliprosessissa, koska tuohon käsitteeseen kuuluu paitsi kontradiktorisuus myös tuomarin passiivinen rooli, ks. esim. Andrews s. 33–35. Nähdäkseni tuomarin rooliin kuuluvat kysymykset voidaan ja tulee pitää erillään kontradiktorisuudesta.

¹⁷⁵ Yleistä, positiivisoikeudellista tukea saattaisi tässä suhteessa tarjota HM 5 §:n yhdenvertaisuussäännös, jonka mukaan ketään ei saa »ilman hyväksyttävää perustetta» asettaa eri asemaan henkilöön liittyvän syyn perusteella. Kysymyksenalaiseksi luonnollisesti jää, mikä peruste on hyväksyttävä. Yhdenvertaisuuden tulkinta (muodollinen vs. materiaallinen -akselilla) elää oikeusyhteisön käsitysten muuttuessa yleisten yhteiskunnallisten muutosten mukana.

¹⁷⁶ Jatkossa silmällä pidetään ensisijaisesti ns. asianajajaprosessia eli oikeudenkäyntiä, jossa asianosaisella on lainoppinut asiamies tai avustaja. Tuomarin aktiivisen roolin merkitys ns. asianosaisprosessissa saattaisi olla suurempi.

on välitön yhteys siviiliprosessuaalisiin arvoihin, nimittäin siviiliprosessuaalisia ihmis- ja perusoikeuksia.

Suomen siviiliprosessioikeudessa on kuluneena vuosikymmenenä tapahtunut voimakasta kansainvälistymiskehitystä. Ensinnäkin kansainväliset näkökohdat ovat korostuneet sen myötä, että tuomioistuimissa käsiteltävät asiat ovat tulleet entistä kansainvälisemmiksi. Tällaisia asioita koskevat prosessioikeudelliset järjestelyt voidaan lukea kansainväliseen prosessioikeuteen.¹⁷⁷ Toinen kansainvälistymisen elementti on ollut toisentyypinen: myös puhtaasti kansallinen oikeudenkäyntimenettelymme kansallisissa tuomioistuimissamme on nykyään jossakin määrin myös kansainvälisten määräysten ja niiden kansainvälisen soveltamiskäytännön sääntelemä, vaikka itse asialla ei olisi kansainvälisiä liityntöjä.¹⁷⁸ Tällaisia prosessioikeuden kansainvälisiä oikeuslähteitä ovat Suomea velvoittaviin ihmisoikeussopimuksiin sisältyvät määräykset ja niiden soveltamiskäytäntö.¹⁷⁹

Siviiliprosessin kannalta tärkeitä määräyksiä sisältyy Euroopan neuvoston yleissopimukseen ihmisoikeuksien ja perusvapauksien suojaamiseksi vuodelta 1950 (ns. Euroopan ihmisoikeussopimus, EIOS) sekä Yhdistyneiden kansakuntien kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevaan kansainväliseen yleissopimukseen vuodelta 1966 (KP-sopimus). *EIOS 6.1 artiklan* mukaan jokaisella on oikeus kohtuullisen ajan kuluessa oikeudenmukaiseen ja julkiseen oikeudenkäyntiin.¹⁸⁰ *KPSop 14.1 artiklan* määräys on varsin samankaltainen, joten se ei sisältäne sellaisia siviiliprosessuaalisia ihmisoikeuk-

¹⁷⁷ Termi »kansainvälinen prosessioikeus» on sikäli harhaanjohtava, että asiat käsitellään kuitenkin kansallisissa tuomioistuimissa yleensä kansallisen prosessilain (lex fori) mukaan. Esimerkkeinä mainittakoon tuomioistuinten yleistoimivallan, kansainvälisen oikeusavun sekä ulkomaisten tuomioiden tunnustamisen ja täytäntöönpanon sääntely. Tähän on vaikuttanut keskeisesti Euroopan integraatiokehitys, tuloksenaan ennen muuta Brysselin ja Luganon konventiot. Eurooppaoikeuden vaikutuksesta prosessioikeuteen ks. myös jäljempänä jaksoa 8.4.

¹⁷⁸ Jatkossa oletetaan lähtökohtaisesti, että kysymys on tässä mielessä kotimaisesta riita-asiasta: kansainvälisiä tai EY-oikeudellisia liityntöjä sisältävät asiat jäävät pääsääntöisesti tutkimuksen ulkopuolelle.

¹⁷⁹ Kysymys on siis siitä, miten ihmisoikeudet vaikuttavat prosessioikeudessa. Ihmisoikeuksien ja prosessioikeuden suhdetta voidaan tarkastella myös esim. siitä näkökulmasta, miten prosessuaaliset mekanismit toimivat materiaalisten ihmisoikeuksien taakajina. Ks. tästä esim. Cappelletti erit. s. 1 s.

¹⁸⁰ Käytännössä keskeisiä ovat olleet mm. kysymykset siitä, mitä ovat artiklan tarkoittamat »oikeudet ja velvollisuudet» ja »riippumaton tuomioistuin». Tämä ongelma-ryhmä ei kuitenkaan tule esille tämän tutkimuksen aihepiirissä.

sia, jotka eivät samalla sisältyisi EIOS 6.1 artiklaan.¹⁸¹ Koska EIOS on myös käytännössä muodostunut Suomen kannalta KP-sopimusta tärkeämmäksi ihmisoikeusnormistoksi, mm. tehokkaamman valvontajärjestelmänsä vuoksi, seuraavassa pidetään silmällä lähinnä EIOS:ta. Vasta liittyminen EIOS:een vuonna 1990 merkitsi 'ihmisoikeuskulttuurin' murrosta Suomessa, ei vielä KP-sopimukseen liittyminen vuonna 1975.¹⁸²

EIOS 6 artiklan (ja KPSop 14 artiklan) painopiste on selvästi rikosprosessissa, jossa ihmis- ja perusoikeuskysymykset nousevat esille järjestetympinä kuin siviiliprosessissa: artiklan 2 ja 3 kappaleet koskevat pelkästään rikosasioita sisältäen 1 kappaletta yksityiskohtaisempia määräyksiä syytetyn oikeusturvasta. Tästä ei kuitenkaan voida tehdä *e contrario* -päätelmää, jonka mukaan 1 kappaleen takaama oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin ei riitä-asioiden osalta voisi merkitä 3 artiklaa vastaavia oikeuksia myös riita-asioissa; päinvastoin 3 artiklan rikosasioita koskevista määräyksistä voidaan hakea johtoa 1 artiklaa tulkittaessa.¹⁸³

Suomen oman *valtiosäännön*, erityisesti HM II luvussa turvattujen *perusoikeuksien* vaikutus Suomen (siviili)prosessioikeuteen on traditionaalisesti ollut melko vähäinen.¹⁸⁴ Syyt tähän ovat liittyneet ensinnäkin suomalaisen 'perusoikeuskulttuuriin' yleensä. Perusoikeudet on nähty lähinnä lainsäätämismisvaiheessa vaikuttavina lainsäätämisyjärjestysnormeina: perusoikeuksista on voitu poiketa perustuslainsäätämisyjärjestyksessä säädetyllä lailla (ns. poikkeuslakimenettely). Perusoikeuksien soveltamista lainkäytössä on puolestaan vältetty muun muassa siksi, että HM 92.2 §:n vakiintuneen *e contrario* tulkinnan mukaan tuomioistuimet eivät saa tutkia tavallisten lakien perustuslainmukaisuutta.

Molempia Suomen perusoikeusjärjestelmän erityispiirteitä, poikkeuslakimenettelyä ja jälkikäteiskontrollin puuttumista, voidaan pitää ongelmallisina, koska ne tekevät suomalaisesta perusoikeussuojasta heikon sekä lainsäätämistasolla että lainkäyttötasolla. Lainkäytössä viimeksi mainittu merkitsee periaatteessa mm., että tuomioistuimen on sovel-

¹⁸¹ KP-sopimuksen 14.1 artiklassa puhutaan oikeudenkäynnin »rehellisyydestä»; lisäksi siinä mainitaan nimenomaisesti henkilöiden yhdenvertaisuus tuomioistuinten edessä. Sen sijaan ajankäytöstä artiklassa ei mainita.

¹⁸² Ks. esim. Träskman JFT 1987 s. 270. Viime kädessä kysymys on ollut suomalaisesta oikeuskulttuurista; vasta kuluneen vuosikymmenen aikana on opittu 'hyödyntämään' ihmisoikeuksia, ks. esim. Heinonen LM 1990 s. 501. Oikeuden syväkulttuuri muuttuu hitaasti, ks. Kemppinen 1992 s. 51 s ja erityisesti tuomarikulttuurin piirteistä mts. 126 ss.

¹⁸³ Ks. esim. van Dijk – van Hoof s. 344.

¹⁸⁴ Vrt. esim. Saksan osalta Rosenberg ym. s. 6 s, 33 ja 455 s.

lettava tavallisen kotimaisen lain kanssa ristiriidassa olevaa EY-asetusta, mutta se ei saa vastaavasti soveltaa kotimaista perustuslakia. – Myös *de lege ferenda* on esitetty, että poikkeuslakimenettely säilytetäisiin tietyssä määrin rajattuna ja että lakien perustuslainmukaisuuden valvonnan painopiste säilyisi edelleen ennakkollisena eduskunnan perustuslakivaliokunnalla. Tätä täydentävästi säädettäisiin, että jos tuomioistuimen käsiteltävänä olevassa asiassa lain säännöksen soveltaminen olisi *ilmeisessä* ristiriidassa perustuslain säännöksen kanssa eikä lakia ole säädetty perustuslain säätämisyjärjestyksessä, tuomioistuimen olisi annettava etusija perustuslain säännökselle (esitetyn uuden Suomen Hallitusmuodon 106 §).¹⁸⁵

Toiseksi Suomen perustuslaista on kokonaan puuttunut oikeudenkäyntimenettelyä koskeva perusoikeussäännös. Nyttemmin Suomen prosessioikeuden voidaan sanoa paitsi kansainvälistyneen, myös perustuslaillistuneen.¹⁸⁶ Elokuun alussa 1995 voimaan tulleen perusoikeusuudistuksen yhteydessä HM II lukuun otettiin uutuutena 16 §, joka koskee muun muassa riita-asioiden oikeudenkäyntimenettelyä.¹⁸⁷ Säännöksen 1 momentin mukaan jokaisella on oikeus saada asiansa käsitellyksi asianmukaisesti ja ilman aiheutonta viivytystä tuomioistuimessa. Edelleen 2 momentin mukaan käsittelyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeet turvataan laila.¹⁸⁸ Myös HM 16 §:ssä turvattujen prosessuaalisten perusoikeuksien taustalla ovat viime kädessä HM 1.1 §:ssa turvatut ihmisarvon loukkaamattomuus,

¹⁸⁵ Ks. HE 1998:1 s. 51 ss, 162 ss ja 202. Vrt. myös vielä jonkin verran rajoitetummin KM 1997:13 s. 84, 105 ss, 290 ss ja 343.

¹⁸⁶ Ks. kansainvälisestä kehityksestä Cappelletti – Garth s. 43–55. Suomessa lainkäytön perustuslaillistumisesta on puhunut Virolainen (1995 s. 19); hän on nähtävästi tarkoittanut tällä myös materiaaalisten perusoikeuksien soveltamista tuomioistuimissa. – Hellstenin mukaan (s. 79) klassinen liberalismi koostuu kolmesta eri elementistä: 1) ihmisoikeuksien teoriasta, 2) perustuslaillisuudesta ja 3) klassisesta taloustieteestä. Ks. Locke esim. s. 46, 66, 116 ja 126 sekä Airaksinen s. 188 s. Vrt. kommunitarismin näkökulmasta MacIntyre s. 69 s. – Prosessuaalisten oikeusturvakeiden korostaminen voidaan myös nähdä yhtenä ilmauksena 'muodon uudesta tulemisesta', ks. siitä Aarnio LM 1994 s. 281 s.

¹⁸⁷ Säännös koskee myös muuta tuomioistuinprosessia sekä hallinto- ja hallintolainkäyttöprosessia, ks. yleisesti HE 1993:309 s. 21 ja 72–74, PeVM 1994:25 s. 11 ja 28 sekä Leppänen LM 1996. Saman sisältöinen säännös on esitetty otettavaksi uuteen Suomen Hallitusmuotoon (esitetty 21 §), ks. HE 1998:1 s. 80 ja 188. – Ks. myös SOU 1991:106 s. 41 s, jossa todetaan, että tuomioistuimilla on erityisasema suhteessa yhteiskunnan muihin orgaaneihin.

¹⁸⁸ Toisessa momentissa on kyse lainsäätäjälle osoitetusta perustuslaillisesta toimeksiannosta, jolla ei ole suoraa sovellettavuutta lainkäytössä; sillä voi kuitenkin olla merkitystä 1 momentin tulkinnessa, ks. PeVM 1994:25 s. 6.

yksilön vapaus ja oikeudet sekä oikeudenmukaisuuden edistäminen yhteiskunnassa.

Miten nämä siviiliprosessuaaliset ihmis- ja perusoikeudet sitten vaikuttavat lainkäyttötasolla? Molemmat ovat lainkäyttäjää velvoittavia säännöksiä, perusoikeudet perustuslain taseisia ja ihmisoikeudet tavallisen lain taseisia.¹⁸⁹ Lainkäytössä on kuitenkin ensinnäkin selvitettävä, minkä sisältöisiä määräykset lopulta ovat eli millaisen, käsillä olevaan konkreettiseen tapaukseen soveltuvan normin määräykset sisältävät; on erotettava ihmis- ja perusoikeussäännös ihmis- ja perusoikeusnormista. Suomalaisen riita-asian oikeudenkäyntimenettelyn kannalta oikeastaan kaikki olennainen sääntely määräyksissä sisältyy sanaan »oikeudenmukainen» (eli »asianmukainen», »rehellinen»; fair, équitable) oikeudenkäynti.¹⁹⁰ Kysymyksessä on varsin avoin termi, jonka sisältö on täsmennettävä tulkinnallisesti viime kädessä kussakin konkreettisesti tapauksessa.¹⁹¹

Ihmisoikeusmääräysten tulkinnassa keskeisin asema on kansainvälisten valvontaelinten, ennen muuta Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöllä. Käytäntö on sopimusmääräysten tulkinnassa tärkeää paitsi siksi, että määräykset ovat tulkinnallisesti avoimia, myös siksi, että EIT on omaksumut tulkinnassaan ns. autonomisen ja evolutiivis-dynaamisen metodin.¹⁹²

¹⁸⁹ Perusoikeusuudistuksen yksi tavoite oli lisätä perusoikeuksien suoraa soveltamista mm. tuomioistuimissa, ks. HE 1993:309 s. 15 ja 28 s sekä esim. Hidén s. 763 s. Voidaan yhtyä Nuotion käsitykseen, jonka mukaan (LM 1996 s. 1024) »perusoikeusuudistuksen, ihmisoikeussopimusten sekä EU:iin liittymisen vaikutuksesta laintulkinnan teoriaa on merkittävästi kehitettävä». – Ihmis- ja perusoikeusmääräykset sitovat myös lainsäätäjää. Olennainen ero on kuitenkin siinä, että perusoikeuksista voidaan poiketa perustuslainsäätämisyjärjestyksessä säädetyllä ns. poikkeuslailla, ihmisoikeuksista sen sijaan ei; tässä mielessä ihmisoikeudet ovat lainsäätämässä perusoikeuksia ehdottomampia. Viime vuosina perustuslakivaliokunta on tosin suosinut ns. aineellista perusoikeussuojaa (eli lakiesityksen muuttamista perusoikeussääntelyn mukaiseksi) pelkän muodollisen perusoikeussuojan eli poikkeuslakimenettelyn sijaan, ks. Scheinin LM 1996 s. 819 s sekä Viljanen s. 796 ja 811.

¹⁹⁰ Tärkeä on luonnollisesti myös määräys käsittelystä »kohtuullisen ajan kuluessa», vastaavasti »ilman aiheetonta viivytystä». Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytännössä kohtuullisina on kuitenkin pidetty hyvinkin pitkiä aikoja, ks. esim. Pellonpää s. 262–265.

¹⁹¹ Kuten Cappelletti s. 4 s huomauttaa, »perusoikeuslainkäyttö» siirtää harkintavaltaa huomattavasti lainkäyttäjälle.

¹⁹² Ks. prosessioikeuden näkökulmasta Möller LM 1990 s. 581 ja 592. Valvontaelinten ratkaisut ovat kuitenkin eräänlaisia prima facie -normeja, koska kussakin konkreettisesti yksittäistapauksessa lainkäyttäjän on joka tapauksessa kysyttävä, mikä konkreettinen ihmisoikeusnormi koskee tällaista yksittäistapausta EIT:n ratkaisukäytännön valossa. Toi-

EOS 6 artiklasta onkin syntynyt runsas ja yksityiskohtainen soveltamiskäytäntö. Sen sijaan HM 16 §:n kohdalla tulkintatilanne on selvästi avoimempi, koska institutionaalista soveltamiskäytäntöä ei juurikaan vielä ole.¹⁹³ Johtoa on tässä vaiheessa etsittävä lähinnä HM 16.2 §:n nimenomaisesta oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeita koskevasta luettelosta, lainvalmistelutöistä ja ihmisoikeussopimusten soveltamiskäytännöstä.¹⁹⁴

HM 16 §:n sisällölliset yhteydet EOS 6 artiklaan ja KPSop 14 artiklaan ovat ilmeiset: ko. perusoikeussäännös turvannee vähintään ne oikeudet, jotka myös ko. ihmisoikeusmääräykset turvaavat. Suoja voi kuitenkin mennä tätä *pidemmälle*, koska kotimainen prosessuaalinen perusoikeussuoja (HM 16 §) saattaa olla kattavampi kuin länsi-eurooppalainen tai lähes maailmanlaajuinen prosessuaalinen ihmisoikeussuoja (EOS 6 art ja KPSop 14 art).¹⁹⁵ Tämä ilmenee jo esimerkiksi siitä, että HM 16 §:ssä on turvattu oikeus muutoksenhakuun, jota ei common law -taustaisissa ihmisoikeusmääräyksissä tunneta.¹⁹⁶ Mielestäni kotimaisen prosessuaalisen suojan kehittämisessä ei olekaan syytä pysähtyä yleiseurooppalaiselle tasolle. Erityisesti Euroopan

saalta se, että valvontaelinten käytännöstä ei ole osoitettavissa kysymystä koskevaa nimenomaista ratkaisua, ei tarkoita, etteikö ihmisoikeussopimuksilla voisi olla sen ratkaisemisessa merkitystä.

¹⁹³ Suomessa ei ole ihmisoikeustuomioistuimeen tässä suhteessa rinnastuvaa perustuslakituomioistuinta. Institutionaalista tukea HM 16 §:n tulkinnalle onkin etsittävä tulevaisuudessa lainsäätäjän, lähinnä perustuslakivaliokunnan käytännöstä (VPJ 46.1 §), oikeuskanslerin ja eduskunnan oikeusasiamiehen kannanotoista (HM 46.1 ja 49.2 §) sekä yleisten, lähinnä ylempien tuomioistuinten mahdollisista ratkaisuksista tulkintakysymyksissä. Perusoikeussäännösten tulkintaperiaatteista ks. esim. Hidén s. 767–769, joka mm. toteaa: »Konkreettisen yksittäistapauksen ratkaiseminen sen faktojen pohjalta voi – olla merkittävästi erilainen tulkintojen kehittäely-ympäristö kuin lain säätämisjärjestyksen valintaa koskeva päätöksenteko perustuslakivaliokunnassa.»

¹⁹⁴ Toisen momentin luetteloa ei ole tarkoitettu tyhjentäväksi (HE 1993:309 s. 74). Esitöissä mainitaan myös nimenomaisesti käsittelyn suullisuus, oikeus saada – tarvittaessa julkisen vallan kustannuksella – oikeudellista apua ja oikeus itse valita oikeusavustajansa ja neuvotella tämän kanssa luottamuksellisesti, *ibid.* Rikosprosessin osalta asianmukaiseen oikeudenkäyntiin kuuluvat esitöiden (*ibid.*) mukaan myös ihmisoikeussopimuksissa nimenomaisesti mainitut, rikoksesta syytetylle taatut oikeudet.

¹⁹⁵ Ks. myös Lehtimä LM 1995 s. 190 s sekä Viljanen s. 791 ja 797 ss: »Kansallisen perusoikeusjärjestelmän yhdeksi tehtäväksi tuleekin – määrittää kansainvälisten sopimusten asettaman tason edellyttämää vähimmäistasoa korkeampi yksilön oikeuksien suojan taso eli ne yksilön oikeuksia koskevat »paremmat ehdot», joista kansallisesti haluamme sopia.» (mas. 797 s) sekä erit. HM 16 §:n osalta s. 801 s. Vrt. Scheinin LM 1996 s. 826.

¹⁹⁶ Ks. kuitenkin EOS 7. lisäptk 2 art.

neuvoston uusien itä-eurooppalaisten jäsenmaiden myötä voidaan lisäksi perustellusti epäillä, säilyykö EIT:n tulkintakäytäntö tulevaisuudessakin yhtä dynaamisena kuin tähän saakka.¹⁹⁷

Ihmis- ja perusoikeudet nähdään usein lainkäytön näkökulmasta pikeminkin ihmis- ja perusoikeusperiaatteina kuin -sääntöinä.¹⁹⁸ Tämä perustuu siihen, että niiden yhteys oikeusjärjestyksen keskeisimpiin arvoihin on välitön¹⁹⁹ ja että ne ovat tulkinnallisesti avoimia. Oikeusnormien jako sääntöihin ja periaatteisiin on kuitenkin toisella tasolla kuin prosessuaalisten säännösten jako yhtäältä ihmis- ja perusoikeusmääräyksiin ja toisaalta tavalliseen prosessilainsäädäntöön. Ihmis- tai perusoikeusmääräyksen tulkinnan lopputuloksena voi olla yhtä hyvin sääntö- kuin periaatetyyppinenkin ihmis- tai perusoikeusnormi.²⁰⁰ Siviiliprosessuaaliset ihmis- ja perusoikeusmääräykset saattavat siis ilmaista joko – soveltamiskäytännössä vakiintuneen tulkintansa kautta – siviiliprosessuaalisen (minimi)säännön tai antaa institutionaalista tukea siviiliprosessuaalisille (arvo)periaatteille.²⁰¹

Nähdäkseni juuri prosessuaaliset perus- ja ihmisoikeudet ilmentävät oikeusyhteisössämme vallitsevia käsityksiä prosessuaalisista arvoista, ne kiinnittävät moraalin oikeusjärjestelmään.²⁰² Ihmisoikeudet asettavat kansain-

¹⁹⁷ Ks. siitä Pellonpää LM 1997 s. 3 s ja 16, jonka mukaan johtoa on haettu eräänlaisesta »'hyvän länsieurooppalaisen keskivertovaltion' mittapuusta. Vaikka oikeussuojan tasoa tuskin tullaan alentamaan, on mahdollista, että sopimusvaltioiden piirin yhä laajetessa oikeuskäytäntö ei kehity sillä »dynaamisuudella», jota on pidetty EIOS:lle tunnusomaisena.»

¹⁹⁸ Ks. esim. LaVM 1997:9 s. 6 rikosprosessiuudistuksen osalta: »Prosessiperiaatteiden merkitys on voimistunut Suomen liittyttyä Euroopan neuvostoon ja ratifioitua Euroopan ihmisoikeussopimuksen. Myös perusoikeussäännösten uudistaminen on korostanut prosessiperiaatteiden merkitystä». Ks. myös Heinonen LM 1990 s. 503. – Näin myös EY-oikeudessa: Maastrichtin sopimuksen F art. 2 kohdan mukaan unioni pitää arvossa yhteisön oikeuden yleisinä periaatteina perusoikeuksia, sellaisina kuin ne taataan EIOS:ssa ja sellaisina kuin ne ilmenevät jäsenvaltioiden yhteisessä valtiosääntöperinteessä. EY ei ole liittynyt eikä nähtävästi myöskään aio liittyä EIOS:een, ks. Kaila s. 625 s.

¹⁹⁹ Alexy puhuu perusoikeusnormien muodollisesta ja sisällöllisestä fundamentaalisuudesta, ks. Alexy 1986 s. 473 s.

²⁰⁰ Ks. Alexy 1986 s. 122 s: »der Doppelcharakter der Grundrechtsnormen».

²⁰¹ Merkitys voi olla kahdensuuntaista: siviiliprosessuaaliset arvot vaikuttavat ihmis- ja perusoikeusmääräysten tulkintaan ja ne puolestaan antavat institutionaalista tukea siviiliprosessuaalisille arvoperiaatteille. Kysymys ei ole kehäpäätelmästä, vaan normatiivisesta molemminpuolisesta tuesta, joka lisää perustelujen koherenssia, ks. Peczenik 1995 s. 582 ja 585. Ks. myös Lehtimaja LM 1995 s. 189 ja Cappelletti 1990 s. 6 s.

²⁰² Kysymys ei siis välttämättä ole 'parhaasta', perustelluimmasta moraalista, vaan moraalista, joka yhteiskunnassa tosiasiallisesti vallitsee. Perusoikeuksien kohdalla kyseessä

väliseen, EIOS:n kohdalla länsieurooppalaiseen traditioon perustuvan standardin prosessille. Perusoikeudet puolestaan ilmentävät kotimaista standardia, joka saattaa olla kansainvälistä korkeampi. Molemmat traditiot ovat eläviä ja jatkuvassa vähittäisen muutoksen tilassa. Prosessuaalisten perus- ja ihmisoikeuksien merkitys ei rajoitukaan pelkästään niihin minimisääntöihin, joita on asetettu EIT:n ratkaisukäytännössä, vaan menee tätä syvällisemmälle tasolle.

Olisi nähdäkseni perusteltua, että lainkäyttötasolla po. ihmisoikeusmääräykset nähtäisiin enemmän (minimi)sääntötyyppisinä ja perusoikeusmääräykset enemmän *periaatetyyppisinä* normeina. EIOS 6 artikla perustuu kansainväliseen konventioon ja sillä on kansainvälinen, yksittäistapauksellisia ratkaisuja antava, auktoritatiivinen soveltaja. Artiklasta on syntynyt runsas ja yksityiskohtainen soveltamiskäytäntö, jossa muodostuneita sääntöjä on noudatettava joko/tai -tyyppisesti. Toisaalta kansainvälisen artiklan kotimainen tulkitseminen yli tämän kansainvälisen soveltamiskäytännön saattaisi olla ongelmallista. Tämän vuoksi EIOS 6 artikla ja sen soveltamiskäytäntö voitaneen nähdä lähinnä kansalliselle prosessille asetettuina kansainvälisinä minimisääntöinä, jotka on otettava lainkäytössä sääntötyyppisesti huomioon soveltaen mahdollisissa ristiriitatilanteissa kotimaisen lainsäädännön kanssa lähtökohtaisesti normaaleja lakien etusijasääntöjä (*lex posterior* – ja *lex specialis* -sääntöjä).²⁰³

Sen sijaan HM 16 § on kotimainen, perustuslain tasoinen säännös, jolla ei ole vastaavaa jälkikäteistä, auktoritatiivista soveltajaa yksittäistapauksissa. HM 16 §:ää tulkitsevat perustuslakivaliokunnan lausunnot lainsäätämismenettelystä lainsäädäntövaiheessa eivät tuottane kovinkaan yksityiskohtaisia tulkintaohjeita lainkäyttäjälle. Toisaalta tuomioistuimet eivät nykyisin saa tutkia tavallisen lain perustuslain mukaisuutta. Tämän vuoksi HM 16 §:n pe-

on demokraattisessa lainsäädäntöprosessissa syntynyt normisto. Ks. myös HE 1993:309 s. 29: »perusoikeudet ilmaisevat yhteiskunnan yleisesti hyväksytyjä perusarvoja»; ja Hallberg s. 844. Ks. myös LaVM 1997:9 s. 6: »lainsäätäjän tehtävänä on kussakin prosessijärjestelmässä noudatettavien periaatteiden valinta ja painotuksen määrittely.» Ks. myös Alexy 1986 s. 494, jonka mukaan perusoikeusmääräysten semanttinen ja rakenteellinen avoimuus sekä perusoikeusnormien periaateluonne tekevät oikeusjärjestyksen avoimeksi moraaliin nähden.

²⁰³ Ks. myös Viljanen s. 806 s. EIOS 8 artiklaa on sovellettu ratkaisussa *KKO 1998:33* *lex posterior* -säännön perusteella siten, että OikJulkL 9.2 §:n nojalla annettun salassapitomääräyksen voimassaoloaika on korotettu maksimiin (40 vuoteen) ja määrätty (vastajan tietojen osalta ongelmallisesti), että »salassapitoaikana ei tuomiolauselmissä ilmeneviä asianosaisten nimiä ja henkilötunnuksia saa – – ilmaista ulkopuolisille».

riaatetyypistä merkitystä voitaneen pitää lainkäytössä keskeisimpänä: sen ilmentämiä prosessuaalisia perusarvoja tulee toteuttaa lainkäytössä niin pitkälti kuin on mahdollista tosiasiallisten ja oikeudellisten mahdollisuuksien rajoissa. Tällöin HM 16 §:n ilmentämät prosessuaaliset perusarvot toteutuvat lainkäytössä mahdollisimman pitkälle, mutta kysymyksessä ei kuitenkaan ole lainsäädännön perustuslainmukaisuuden kontrollointi.²⁰⁴

Tämän tutkimuksen aihepiirissä ei juuri nouse esille epäilyksiä siitä, onko sääntely sinänsä sopusoinnussa ihmis- ja perusoikeussääntöjen kanssa. Sen sijaan esille nousee ihmisoikeusmääräysten ja ennen muuta perusoikeussääntösten *tulkintavaikutus*: kotimaista säännöstä on tulkittava siten, että tulkinnan lopputulos on sopusoinnussa ihmis- ja perusoikeusnormin kanssa. Eduskunnan perustuslakivaliokunta on puhunut »ihmisoikeusystävällisestä» laintulkinnasta: »tulkintatilanteissa olisi erilaisista perusteltavissa olevista vaihtoehdoista pyrittävä omaksumaan sellainen, joka edistää ihmisoikeusmääräysten toteutumista eli on näin määriteltynä ihmisoikeusystävällinen».²⁰⁵ Vastaavasti se on puhunut »perusoikeusystävällisestä» laintulkinnasta.²⁰⁶ Tulkintaperiaatteet lienevät nykyisin yleisesti hyväksyttyjä.²⁰⁷ Jos ennen muuta perusoikeusnormi ymmärretään periaatetyyppisenä, kysymys ei tällöin ole pelkästä perusoikeuden mukaisesta tulkinnasta, vaan perusoikeutta myös pidemmälle toteuttavasta, optimoivasta tulkinnasta.

Siviiliprosessuaalisista ihmis- ja perusoikeuksista ja ensin mainittujen soveltamiskäytännöstä löytyy nähdäkseni riittävästi institutionaalista tukea edellä oikeutetulle asianmukaisuusperiaatteelle, jotta sitä voidaan pitää myös lainkäyttäjää ohjaavana oikeusperiaatteena. Ihmis- ja perusoikeusajattelu on merkinnyt prosessioikeuteen uudenlaista näkökulmaa, jonka mukaan keskeisintä on oikeudenkäynnin asianmukaisuus asianosaisten kannalta eikä oikeudenkäynnin tarkoituksenmukaisuus julkisen vallan kannalta. Siviiliprosessuaalisten ihmis- ja perusoikeuksien taustalla ovat siviiliprosessuaaliset arvot eivätkä tavoitteet edellä esitetyssä mielessä.²⁰⁸ Oikeudenkäynnin ulkoisen luo-

²⁰⁴ Sen sijaan lakia alemmanasteisten säädösten kohdalla myös lainkäytössä ilmenee perusoikeuksien sääntötyyppinen vaikutus: perusoikeuden kanssa ristiriidassa oleva asetus tai sitä alemmanasteinen normi on jätettävä soveltamatta (HM 92.2 §).

²⁰⁵ PeVL 1990:2 s. 2.

²⁰⁶ Ks. PeVM 1994:25 s. 4.

²⁰⁷ Ks. esim. Hidén s. 763, Viljanen s. 797, Scheinin LM 1996 s. 824, Hallberg s. 842 ja Nuotio LM 1996 s. 1023. Ks. myös jo Hormia 1978 s. 209 s: »lainkäyttäjän on todistamiskieltolauseita tulkitessaan otettava huomioon perustuslakiin ankkuroidut arvopyrkimykset».

²⁰⁸ Vrt. Ervo, joka lukee oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin myös tarkoituksenmukaisuusperiaatteen ja aineellisen totuuden periaatteen, esim. s. 178: »Sekä tarkoituk-

tettavuuden keskeinen merkitys ilmenee esimerkiksi tuomarin esteellisyyttä koskevista ratkaisuista.²⁰⁹ Toisaalta vaatimus oikeudenkäynnistä kohtuullisen ajan kuluessa, vastaavasti ilman aiheetonta viivytystä korostaa myös oikeudenkäynnin nopeuden merkitystä, mutta nimenomaan asianosaisen näkökulmasta.²¹⁰

EIOS 6 artiklan soveltamiskäytännössä keskeisinä asianmukaisen oikeudenkäynnin elementteinä on pidetty juuri asianosaisen oikeutta tulla kuulluksi (audiatur et altera pars; kontradiktorisuus) ja asianosaisten yhdenvertaisuutta (equality of arms); lisäksi näille on annettu pikemminkin tosiasiallinen kuin muodollinen tulkinta.²¹¹ Oikeus tulla kuulluksi on mainittu nimenomaisesti HM 16.2 §:ssa.²¹² Olennaista on edelleen huomata, että ratkaisevana on pidetty oikeudenkäynnin asianmukaisuutta kokonaisuutena yksittäis-

senmukaisuusperiaate, aineellisen totuuden periaate että kontradiktorinen periaate ovat lopulta palautettavissa yksilönsuojaperiaatteeseen, joka on kattoperiaate oikeudenmukaisessa oikeudenkäynnissä.» Käsittääkseni kuitenkin vaatimus oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudesta päinvastoin saattaa rajoittaa pyrkimystä aineelliseen totuuteen (esim. syyllisen tuomitsemiseen) ja menettelyn tarkoituksenmukaisuuteen (esim. prosessin halpuuteen). Vrt. myös Jääskeläinen s. 185, jonka mukaan rikosprosessissa »oikeusturvatakeiden perimmäisenä tarkoituksena on syyttömän suojaaminen, joka nojautuu HM 1 §:ssä julkilausuttuun koko hallitusmuodon arvoperustaan kuuluvaan ihmisarvon loukkaamattomuuteen.» Käsittääkseni kuitenkin oikeusturvatakeet kuuluvat jokaiselle ja syyllisyyskysymys voidaan ratkaista kiperissä tapauksissa vasta asianmukaisen prosessin jälkeen. Edelleen jokaisen ihmisarvo on loukkaamaton riippumatta siitä, osoittautuuko hän syylliseksi vaiko ei: ihmisarvoa on kunnioitettava aina rangaistuksen täytäntöönpanoon saakka.

²⁰⁹ Kotimaisista, viime vuosina varsin runsaslukuisista ratkaisuista ks. KKO 1995:185, 1996:80, 81, 124, 152, 153, 1997:69, 102, 175, 192, 194 ja 1998:3. Jostakin syystä ainoastaan ratkaisun KKO 1996:124 perusteluissa on viitattu myös HM 16 §:ään, vaikka se ei ollut suoraan sovellettavissa jo 23.5.1995 tapahtuneeseen käsittelyyn. Ks. myös ehdotetun yleisen, harkinnanvaraisen esteellisyyssperusteen osalta OJLJ 1996:2 s. 54 ss, 88 ss ja 121: muu seikka on »omiaan antamaan perustellun aiheen epäillä tuomarin puolueettomuutta asiassa» (ehdotettu OK 13:8).

²¹⁰ »Justice delayed is justice denied.» Tai ainakin: »justice delayed is justice discounted», Gross s. 316 s.

²¹¹ Erityistä huomiota on kiinnitetty asianosaisten tosiasialliseen tasa-arvoisuuteen (»equality of arms»), ks. esim. Pellonpää s. 326, Danelius s. 162, Aall s. 206 ja Dijk – Hoof s. 318 s. Ks. myös KKO 1995:44.

²¹² Asianosaisen oikeutta tulla kuulluksi (kontradiktorisuutta) ja asianosaisten yhdenvertaisuutta on pidetty keskeisinä täysin vakiintuneesti myös oikeuskirjallisuudessa, ks. esim. Wrede 1953 s. 75 s, Tirkkonen Sp I s. 81 ss, Lager 1994 s. 8 s ja 90 s, Lappalainen Sp I s. 61 ss, Virolainen 1995 s. 212 ss ja Jokela 1996 s. 45 ss. Kontradiktorisuutta on tarkastellut laajasti Ervo s. 81 ss, joka tiivistää sen sisällön »oikeudeksi saada ja antaa informaatiota» (mts. 83); oikeus saada informaatiota koskee paitsi vastapuolen, myös tuomioistuimen ex officio hankkimaa aineistoa.

tapauksessa. Vaikka yksittäisiä asianmukaisuuden elementtejä ei olisikaan merkittävästi rikottu, oikeudenkäynti saattaa kokonaisuutena olla epäasianmukainen – ja päinvastoin.²¹³

2.7 Alustavia näkökohtia tarkasteltujen periaatteiden merkityksestä

Edellä tässä luvussa on pyritty oikeuttamaan kolme siviiliprosessiperiaatetta, tarkemmin sanottuna menettelyperiaatetta: yhtäältä tavoiteperiaatteina varmuusperiaate ja taloudellisuusperiaate, joiden oikeaa suhdetta voidaan kutsua tarkoituksenmukaisuusperiaateeksi, sekä toisaalta arvoperiaatteena asianmukaisuusperiaate (ks. kaavio 1). Koska periaatteille on osoitettavissa riittävästi institutionaalista tukea mm. siviiliprosessuaalisista ihmis- ja perusoikeuksista, ne ohjaavat paitsi lainsäätäjän toimintaa systeemitasolla myös lainkäyttäjän toimintaa yksittäistapauksen lainkäyttötasolla. Kysymys on ylimmän tason siviiliprosessuaalisista menettelyperiaatteista.

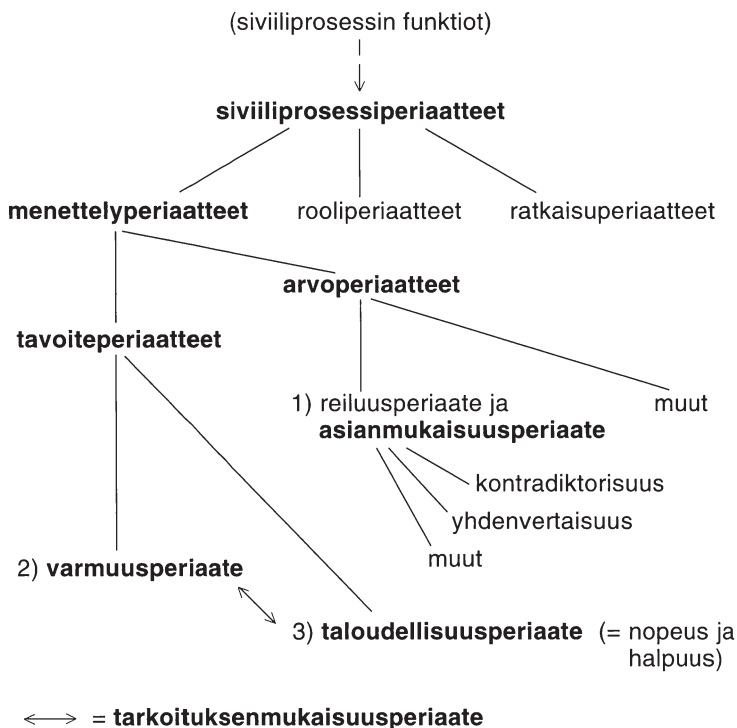
Periaatteiden korkean abstraktiotason vuoksi niiden välitön hyödynnettävyys konkreettisissa kysymyksissä on heikko. Periaatteet osoittavat argumentaation suuntaa, mutta niitä on täsmennettävä sisällöllisesti huomattavasti kunkin yksittäiskysymyksen kohdalla.²¹⁴ Lisäksi saattaa olla osoitettavissa alemman tason menettelyperiaatteita, jotka voidaan palauttaa näihin ylimmän tason periaatteisiin. Tässä tutkimuksessa periaatteita tarkastellaan tutkimustehtävän mukaisesti myöhemmin ainoastaan riita-asian valmistelun, tarkemmin sanottuna todistelun valmistelun kannalta. Periaatteiden keskinäisestä suhteesta ja merkityksestä on kuitenkin syytä jo yleisellä tasolla esittää joitakin alustavia näkökohtia.

Pohjimmiltaan kysymys on riita-asian oikeudenkäyntimenettelyn tarkoituksenmukaisuuden (utiliteetin) ja asianmukaisuuden (prosessuaalisen oikeu-

²¹³ Ks. esim. Aall s. 204 s ja Pellonpää s. 326, jonka mukaan oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus määräytyy yksittäistä tapausta koskevan kokonaisarvion perusteella. Ks. edelleen HE 1993:309 s. 72 HM 16 §:stä: »Pykälä edellyttää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin – toteutumista kokonaisuutena. Tämän ohella se antaa institutionaalisen suojan tuon kokonaisuuden tärkeimmille ainesosille.»

²¹⁴ Esimerkkinä avoimesta argumentaatiosta menettelykysymyksessä voidaan mainita ratkaisu *KKO 1992:184*, jonka mukaan riita-asiaa ei saanut lykätä vastakanteen nostamista varten, kun kantaja vastusti lykkäystä, kanteen ja vastakanteen yhdessä käsittelemisestä ei ollut prosessitaloudellista hyötyä, vastaajan oikeusturva ei vaatinut kanteiden käsittelemistä yhdessä ja lykkäyksestä olisi aiheutunut kantajalle tuntuvaa viivästys-haittaa.

Kaavio 1. Luvussa 2 tarkastelluista siviiliprosessiperiaatteista.



denmukaisuuden) jännitteestä ja punninnasta. Tässä on päädytty molemmat näkökulmat huomioon ottavan eli *moniarvoisen* (pluralistisen) 'siviiliprosessiteorian' kannalle.²¹⁵ Edellä jaksossa 2.5.1 tarkasteltujen syiden vuoksi voidaan kuitenkin esittää keskeinen teesi: tässä tutkimuksessa edustetun käsityksen mukaan asianmukaisuusperiaate on *prima facie* -etusijalla tarkoituk-

²¹⁵ Ks. Frankena s. 35: »which rules best fulfill the joint requirements of utility and justice». Ks. myös esim. vahingonkorvausteorian kannalta Hemmo 1996 s. 21 ss, joka kritisoi yksiarvoisia teorioita ja päättyy pluralistiselle kannalle. Ks. myös rangaistusteorioiden osalta Lappi-Seppälä 1997 s. 22 s av 6, jonka mukaan voitaisiin katsoa, että rangaistus »jakaa ilmentämänsä kulttuurin omat sisäiset ristiriitaisuudet».

senmukaisuusperiaatteeseen nähden.²¹⁶ Hiukan kärjistetyksi voidaan siten sanoa, että prosessioikeuden ylimpänä periaatteena on asianmukaisuus, ei tarkoituksenmukaisuus. Jäljempänä tutkimuksessa tätä asianmukaisuuden lähtökohtaisen ensisijaisuuden hypoteesia testataan tutkimuksen substanssiin sovellettuna. Tarkoituksena on yhtäältä tarkastella todistelun valmistelua ja sen sanktioita asianmukaisuuden näkökulmasta ja toisaalta tämän perusteella testata hypoteesia.²¹⁷

Ylimpien menettelyperiaatteiden etusijajärjestyksenä ilmaistu ajatus lieenee asiallisesti samansuuntainen prosessioikeustieteessä esitettyjen näkemysten kanssa, vaikkakin ne on muotoiltu hieman eri tavoin. Jo *Tirkkosen* mukaan kontradiktorisella periaatteella on prosessiperiaatteiden joukossa erikoisasema; se on todellinen oikeusperiaate.²¹⁸ Vastaavasti *Lappalainen* pitää kontradiktorista ja julkisuusperiaatetta itsenäisinä oikeusperiaatteina, varmuutta, nopeutta ja halpuutta yleisinä tavoiteperiaatteina sekä välittömyyttä, keskitystä ja suullisuutta menettelyperiaatteina (keinoina).²¹⁹ *Eerola* puolestaan sijoittaa kontradiktorisen ja julkisuusperiaatteen järjestelmätasolle sekä varmuuden, nopeuden ja halpuuden institutionaaliselle tasolle.²²⁰ Myös *Jokela* korostaa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin merkitystä.²²¹ *Virolainen* sen sijaan asettaa luotettavuustavoitteen samalle tasolle kuin varmuuden, nopeuden ja halpuuden sekä katsoo, että viimeksi mainitut menevät tärkeysjärjestyksessä luotettavuuden edelle, »kunhan otetaan huomioon luottamustavoitteen läheinen yhteys varmuusvaatimukseen».²²²

Oikeudenkäyntimenettelyn tarkoituksenmukaisuuden ja asianmukaisuuden suhde ei ole yksiselitteinen eikä ongelmaton kysymys. Yleensä – mutta ei välttämättä – asianmukaisuus on samansuuntainen varmuuden ja erisuuntainen prosessiekonomian kanssa: oikeudenkäyntimenettelyn varmuutta edistävät ratkaisut edistävät yleensä myös sen asianmukaisuutta. Olennaisinta kuitenkin on, että jotkin ratkaisut saattavat edistää oikeudenkäyntimenette-

²¹⁶ Poikkeuksen muodostavat asianosaisten ehdottomat prosessuaaliset *minimioikeudet*, joita ei voida punnita prosessin utiliteettia vasten. Muutoin tässä ei siis sitouduta Dworckinin oikeusteisiin, jonka mukaan arvoperiaatteilla on ehdoton eikä pelkkä lähtökohtainen etusija tavoiteperiaatteisiin nähden. Vrt. myös Rawls, jonka periaatteet ovat sarja-eivätkä *prima facie* -järjestyksessä, Rawls s. 15, 36 ja 47.

²¹⁷ Tulkintahypoteesien keksimisestä ja testaamisesta ks. yleisesti Niiniluoto 1983 s. 166 ss, erit. s. 175 s.

²¹⁸ Ks. Tirkkonen LM 1964 s. 1006.

²¹⁹ Ks. Lappalainen Sp I s. 59 s.

²²⁰ Ks. Eerola s. 32 ss.

²²¹ Ks. Jokela 1996 s. 40 s.

²²² Ks. Virolainen 1995 s. 98.

lyn asianmukaisuutta riippumatta siitä, edistävätkö ne sen varmuutta, tarkoituksenmukaisuudesta puhumattakaan. Asianmukainen prosessi ei välttämättä ole tehokas.²²³

Keskeistä on myös havaita, että periaatteet painottuvat jossakin määrin eri tavoin yhtäältä lainsäädännön systeemitasolla ja toisaalta yksittäistapauksen lainkäyttötasolla. Lainsäätäjän toiminta on modernissa teknis-taloudellisessa yhteiskunnassa olennaisesti tavoitteellista toimintaa: uuden lainsäädännön pyrkimyksenä on toteuttaa joitakin oikeuspoliittisessa päätöksenteossa asetettuja yhteiskunnallisia tavoitteita juridis-teknisillä keinoilla. Prosessilainsäädäntö ei ole tässä suhteessa poikkeus. Prosessilainsäädännön uudistuksen tavoitteeksi saatetaan asettaa esimerkiksi oikeudenkäyntien nopeuttaminen, jolloin lainvalmistelussa pyritään löytämään mahdollisimman tarkoituksenmukainen menettelyllinen keino tavoitteen toteuttamiseksi.

Lainsäädännön systeemitasolla korostuvatkin helposti toisaalta oikeudenkäyntimenettelyn varmuuden sekä toisaalta ja ennen muuta prosessiekonomian tavoitteet. Oikeudenkäyntimenettelyn asianmukaisuus nähdään tällöin usein lähinnä lainsäädännön reunaehtona, tiettynä ihmis- ja perusoikeuksissa asetettuna minimitasona, joka oikeudenkäyntimenettelyn täytyy täyttää. Tämän minimitason ylittävältä osin kysymys on usein vain oikeudenkäyntimenettelyn mahdollisimman tarkoituksenmukaisesta järjestämisestä julkisen vallan näkökulmasta.

Lainkäyttötasolla on mielestäni kuitenkin pidettävä huolta ensisijaisesti oikeudenkäynnin *asianmukaisuudesta yksittäistapauksessa*. Lainkäytössä on pyrittävä – lainsäädännön asettamissa rajoissa – menettelyllisiin ratkaisuihin, jotka tekevät oikeudenkäyntimenettelystä yksittäistapauksessa kokonaisuutena mahdollisimman asianmukaisen. Tällainen ihmis- ja perusoikeusmyönteinen tulkinta-asenne tasapainottaa prosessilainsäädännön instrumentalistista luonnetta. Vaatimus oikeudenkäyntimenettelyn asianmukaisuudesta kohdistuu paitsi riita-asian oikeudenkäyntiä konkreettisesti yksittäistapauksessa johtavaan tuomariin myös tulkintasuosituksia esittävään lainopilliseen tutkimukseen.

²²³ Oletetaan esim., että KKO:ssa harkitaan, olisiko jompaa kumpaa asianosaista syytä kuulla tietyssä tilanteessa. Jos keskeisimpänä pidettäisiin ainoastaan menettelyn tarkoituksenmukaisuutta, olisi punnittava yhtäältä kuulemisen merkitystä lopputuloksen oikeellisuuden kannalta ja toisaalta kuulemisesta aiheutuvia kustannuksia ja ajanhukkaa. Menettelyn asianmukaisuuden ottaminen ensisijaisena huomioon saattaa kuitenkin merkitä, että asianosaista on syytä kuulla, vaikka se ei edistäisi prosessin tarkoituksenmukaisuutta ja jopa vaikka mitään relevanttia uutta selvitystä ei olisikaan odotettavissa: kuulemiseen saattaa olla syytä kuulemisen itsensä vuoksi.

Lopuksi onkin huomautettava painavimmasta argumentista *Ekelöfin* teologista laintulkintamallia vastaan siviiliprosessioikeudessa. Malli korostaa varsin voimakkaasti utilitaristisia tavoiteargumentteja eikä anna kovinkaan painavaa merkitystä arvoargumenteille.²²⁴ Esimerkiksi näyttövaatimusoissa Ekelöf asettaa yleiset hyötynäkökohdat hyvinkin selvästi yksittäistapauskellisen oikeellisuuden edelle. Näin voimakkaasti yksisuuntaista argumentaatiota ei mielestäni voida hyväksyä, jos myös siviiliprosessuaaliset perus- ja ihmisoikeudet sekä niiden ilmentämät siviiliprosessuaaliset perusarvot otetaan vakavasti.

²²⁴ Summersin mukaan (ks. esim. Atiyah – Summers s. 5 s) materiaaliset perustelut (substantive reason) eli moraaliset, taloudelliset, poliittiset, institutionaaliset tai muut sosiaaliset perustelut voidaan jakaa tavoiteperusteluihin (goal reason) ja arvoperusteluihin (rightness reason); edelliset ovat »eteenpäin katsovia», jälkimmäiset »taaksepäin katsovia» perusteluja, joista jälkimmäiset sopivat yhteen jonkin sosiaalis-moraalisen oikeellisuuskriteerin, kuten oikeudenmukaisuuden kanssa.

3 luku YLEISTÄ RIITA-ASIAN VALMISTELUN TEHTÄVISTÄ JA TAVOITTEISTA

Edellisessä luvussa on tarkasteltu koko siviiliprosessin tehtäviä, tavoitteita ja arvoja. Tässä luvussa näkökulma tarkennetaan riita-asian valmisteluun osana siviiliprosessin alioikeusvaihetta *de lege lata*. Ensinnäkin kysytään, mitkä ovat riita-asian valmistelun tehtävät alioikeusmenettelyssä, jolloin näkökulma on alioikeusmenettelyn sisällä. Toiseksi tarkastellaan alustavasti, yleisellä tasolla keskeisimpiä riita-asian valmistelua säänteleviä normeja, jolloin näkökulma on valmistelun sisällä. Riittävän taustan saavuttamiseksi on ensin kuitenkin syytä tarkastella lyhyesti historiallisen, kansainvälisen ja suomalaisen oikeuskehityksen pääpiirteitä riita-asian valmistelun kannalta. Luvun tavoitteena on saada esille riita-asioiden nykyisen oikeudenkäyntimenettelyn *rakenne*, 'prosessistruktuuri', jolla on keskeinen merkitys tämän tutkimuksen kannalta ja joka muodostaa yleisen taustan myöhempien lukujen yksityiskohtaiselle tarkastelulle.

3.1 Oikeudenkäynnin suullisuudesta, välittömyydestä ja keskityksestä

3.1.1 Kansainvälisen kehityksen pääpiirteitä

Nykyisin länsimaissa¹ vallitsevien siviiliprosessin pääpiirteiden tarkastelu on luontevaa aloittaa monessa suhteessa niiden vastakohdasta eli roomalais-kanonisesta *jus commune* -prosessista, joka oli vallitseva manner-Euroopassa

¹ Tutkimuksen kannalta keskeisiä ovat valtiot, joiden taloudellinen, yhteiskunnallinen ja oikeudellinen perusrakenne muistuttaa omaamme eli joissa vallitsee mm. lähtökohtainen sopimusvapaus ja sitä vastaava dispositiivisuus siviiliprosessissa. Ks. länsimaiden ja entisten sosialististen maiden siviiliprosessijärjestelmien vertailusta tästä näkökulmasta Cappelletti – Garth s. 14–22.

myöhäiskeskiajalta lähtien.² Jus commune -prosessille on pidetty tyypillisiä seuraavia piirteitä.³ Ensinnäkin menettely oli puhtaan kirjallista ja sen myötä salaista: muut kuin kirjalliset prosessitoimet olivat mitättömiä. Toiseksi menettely oli välillistä eli asian ratkaiseva tuomari ei ollut missään henkilökohtaisessa kontaktissa sen paremmin asianosaisten, todistajien kuin muidenkaan tietolähteiden kanssa, vaan näiden kertomukset tai muut havainnot toimitettiin tuomarille kirjallisina. Kolmanneksi menettelyn kulku oli monivaiheinen ja keinot sen tehostamiseksi olivat vähäiset. Neljänneksi näytön arviointi perustui legaaliseen todistusteoriaan, jossa todisteen näyttöarvon määräsi laki; kirjallisen ja välillisen menettelyn vuoksi muunlainen näytön arviointi ei juuri olisikaan ollut mahdollista. Näiden piirteiden seurauksena menettely oli samalla kallis ja hidas.

Siviiliprosessireformit manner-Euroopassa sysäsi liikkeelle Ranskan vuoden 1789 suuri vallankumous, jonka jäljet näkyivät 1800- ja 1900-lukujen siviiliprosessikodifikaatioissa.⁴ Napoleonin Ranskan vuoden 1806 code de procédure civile’ä seurasivat Saksan ZPO vuodelta 1877 ja Itävallan ÖZPO vuodelta 1895. Erityisesti Franz *Kleinin* laatima Itävallan siviiliprosessilaki oli innovatiivinen ja sen merkitys muun muassa pohjoismaisille siviiliprosessilaille oli keskeinen. Tämän vuosisadan alkupuolella uudistettiin kokonaan muiden pohjoismaiden kuin Suomen siviiliprosessilait: Norjan Tvml vuodelta 1915, Tanskan RpL vuodelta 1916 ja Ruotsin ’uusi’ RB vuodelta 1942. Pohjoismaissa ei kuitenkaan ollut omaksuttu jus commune -prosessia, vaan menettely oli käräjäperinteen myötä jo traditionaalisesti ollut suullisempi kuin keski-Euroopassa.⁵ Näiden siviiliprosessilakien ydintä voidaan luonnehtia oikeusvaltiolliseksi ja liberaaliksi, mutta ennen muuta Itävallan uudistuksen myötä mukaan tuli myös sosiaalisempia piirteitä erityisesti tuomarin entistä aktiivisemmän materiaalisen prosessinjohton muodossa.⁶

² Varhaiskeskiajan germaaninen yhteisöllinen siviiliprosessi oli kylläkin ollut suullista, mutta todistelu samalla muodollista, ks. van Caenegem s. 8 s. Roomalainen legisactio- ja formulaprosessi oli puolestaan ollut suullista, mutta muuttunut keisarivallan aikana kirjalliseksiognitioprosessiksi.

³ Ks. esim. van Caenegem s. 11–16 ja 54 s. Piirteet saattavat olla jossakin määrin anakronistisia ja ne yksinkertaistavat huomattavasti eri alueiden välisiä eroja; ne luovat kuitenkin pohjan reformien ymmärtämiselle.

⁴ Ks. Cappelletti – Garth s. 6–8. Vanha jus commune -prosessi ei enää pystynyt täyttämään porvaristuvan yhteiskunnan tarpeita. Uusi yhteiskuntaluokka, jonka vauraus perustui vaihdantaan, tarvitsi tehokkaamman oikeudenkäyntimenettelyn.

⁵ Ks. esim. SOU 1926:31 s. 20 s.

⁶ Ks. esim. Cappelletti – Garth s. 68. Itävallan uudistuksen taustalla olivat mm. Saksan ZPO:sta tässä suhteessa saadut huonot kokemukset, ks. Holzhammer s. 9.

Näissä uudistuksissa muodostuivat nykyisin länsimaissa vallitsevat siviiliprosessimenettelyn pääpiirteet eli *suullisuus, välittömyys ja keskitys*.⁷ Oikeudenkäyntiaineisto pitää esittää tuomioistuimelle pääsääntöisesti suullisesti ja ratkaisu voidaan perustaa normaalisti vain näin esitettyyn aineistoon. Asian ratkaisevat tuomarit ovat henkilökohtaisessa yhteydessä asianosaisiin, todistajiin ja muihin tietolähteisiin. Käsittely, jossa tuomion perustaksi pantava oikeudenkäyntiaineisto otetaan vastaan, on yhtäjaksoinen.⁸ Näiden piirteiden lisäksi – itse asiassa niiden mahdollistamana – siirryttiin samalla vapaaseen todistusteoriaan.⁹ Suullisen, välittömän ja keskitetyn prosessin katsottiin johtavan myös nopeampaan käsittelyyn. Suullisuuden myötä toteutui myös oikeudenkäynnin julkisuus. Oikeudenkäynnin suullisuus, välittömyys ja keskitys edellyttivät samalla, että menettely jaettiin valmisteluvaiheeseen ja pääkäsittelyyn: asian valmisteleminen oli välttämätöntä, jotta suullinen, välitön ja keskitetty pääkäsittely oli ylipäänsä mahdollinen.¹⁰ Keskitettyyn prosessiin siirtyminen edellytti samalla, että päätösvalta oikeudenkäynnin ulkoisesta kulusta siirrettiin asianosaisilta tuomioistuimelle.¹¹

Manner-Euroopan maiden välillä on kuitenkin edelleen huomattavia eroja siinä, kuinka pitkälle suullisuus, välittömyys ja keskitys siviiliprosessissa on toteutettu. Tässä suhteessa on erotettu kolme pääryhmää.¹² Eniten *jus commune* -prosessille ominaisia kirjallisia, välillisiä ja ei-keskitettyjä piirteitä on jäljellä Espanjassa, jossa kanonisen oikeuden vaikutus on edelleen voimakas. Toiseen ryhmään, jota myös leimaa kirjallinen menettely, on luettu romanisen siviiliprosessin maat, Ranska ja Italia. Erityisesti on syytä huomata, että todistelun vastaanotto ei näissä maissa tapahdu pääkäsittelyssä, vaan sen ulkopuolella; todistelun välittömyys ei siis ole toteutunut samassa laajuudessa kuin asianosaislausumien välittömyys.¹³ Näiden piirteiden vuoksi

⁷ Piirteet koskevat myös rikosprosessia. Sen sijaan hallintotuomioistuimissa – niissä maissa, joissa niitä erillisinä on – pääsääntö on ollut kirjallinen käsittely, ks. esim. SOU 1991:106 s. 461 s, 466 s ja 598–601.

⁸ Ks. esim. SOU 1926:31 s. 28, SOU 1938:44 s. 22, SOU 1982:26 s. 25 s ja Council of Europe s. 6 s ja 11–13.

⁹ Ks. esim. SOU 1926:31 s. 25 ja 30 sekä SOU 1926:33 s. 22.

¹⁰ Ks. esim. SOU 1926:31 s. 30.

¹¹ Ks. Cappelletti – Garth s. 24: »An oral trial necessitates a concentrated proceeding if the trier of fact is to evaluate the evidence fairly; concentration, in turn, requires that firm control be exercised over the preparation and unfolding of the trial.»

¹² Ks. Cappelletti – Garth s. 8 s ja 36 s.

¹³ Espanjassa ei toteudu edes asianosaisvälittömyys, ks. Vescovi s. 215 s, 231–233 ja 246. Ranskan ja Italian osalta ks. Kohl s. 74–87, jossa esim. todistajien kuuleminen luetaan pääkäsittelyä valmisteleviin toimenpiteisiin.

kyseisten valtioiden siviiliprosessijärjestelmät eivät ole tämän tutkimuksen kannalta hedelmällisiä. Pisimmälle piirteet taas on viety keski-Euroopan valtioissa ja ennen muuta Pohjoismaissa. Suullisen pääkäsittelyn keskeisin sisältö näiden maiden siviiliprosessissa on juuri todistelun vastaanottaminen.

Keski-Euroopan valtioiden ja pohjoismaiden välillä on kuitenkin tämän tutkimuksen kannalta keskeisiä eroja. Itävallassa ja Saksassa (vielä vuoden 1976 ns. Vereinfachungsnovellen jälkeenkin)¹⁴ pääkäsittely on suullinen, muttei välttämättä yhtä keskitetty eikä siten myöskään yhtä välitön kuin Pohjoismaissa: pääkäsittely on pääsääntöisesti keskitetty,¹⁵ mutta se voi myös koostua useammasta istunnosta, jotka muodostavat ratkaisuaiaineiston kannalta yhden kokonaisuuden. Todistelua voidaan pääsäännöstä poiketen ottaa vastaan myös pääkäsittelyn ulkopuolella ainoastaan yhden tuomarin (beauftragter/ersuchter Richter) toimesta (kommissarische Beweisaufnahme); oikeuskäytännössä mahdollisuutta on käytetty laajasti. Pääkäsittelyn pidemmänkin lykkäykset ovat mahdollisia ilman, että oikeudenkäyntiaineistoa tarvitsee esittää uudestaan tai koko pääkäsittelyä uusaa, ja jopa tuomarin vaihtuminen on mahdollista.¹⁶ Tuomio saadaan perustaa myös suullisessa valmisteluistunnossa esitettyyn aineistoon.¹⁷

Vastaavasti myöskään riita-asian valmistelu ja pääkäsittely *eivät eroa* toisistaan Saksassa ja Itävallassa yhtä selvästi kuin Pohjoismaissa, vaan menettely nähdään enemmän yhtenä kokonaisuutena.¹⁸ Valmistelusta pääkäsit-

¹⁴ Vereinfachungsnovellen tavoitteena oli oikeudenkäyntien tehostaminen ja nopeuttaminen, ks. esim. Bender ym. s. 1 s ja Fuhrmann s. 3, 8 s ja 11 s. Ainakin alkuvuosina uudistus nopeutti oikeudenkäyntejä vain hyvin vähän, ks. Kallweit s. 3 s. Jo aiemmin eräissä tuomioistuimissa sovellettiin tätä ns. Stuttgartin mallia, joka perustui ennen muuta Baurin esityksiin, ks. Baur erit. s. 13–23 ja Bathe s. 62 s.

¹⁵ »Der Rechtsstreit ist *in der Regel* in einem umfassend vorbereiteten Termin zur mündlichen Verhandlung (Haupttermin) zu erledigen» (ZPO § 272.1).

¹⁶ Ks. ZPO § 286 ja 309 vrt. StPO § 229; sääntelyä kritisoi esim. Rosenberg ym. s. 446 s, 449 s, 602–604, 684, 687 s ja 712 s.

¹⁷ Ks. esim. Jauernig s. 71, 91, 94, 101 ja 193 s: »Urteilsgrundlage wird das, was in sämtlichen Verhandlungsterminen – – vorgebracht worden ist.» Ks. myös Baumbach ym. s. 843 s ja 846, Blomeyer s. 122 ja 129, Bruns s. 107–109 ja 261, Zöller ym. s. 750 s, Fuhrmann s. 9 s ja Gottwald s. 72. Vrt. HE 1990:15 s. 18, jossa Saksan siviiliprosessi on esitetty tässä suhteessa harhaanjohtavasti. – Itävallan osalta ks. Holzhammer s. 209–216, 254 s ja 287 sekä Fasching s. 372 s, 431–440 ja 634: »Eigene Beweisaufnahmetagsatzungen vor dem erkennenden Gericht, in denen weiteres Sachvorbringen – – ausgeschlossen sind, kennt das österreichische Prozessrecht nicht.»

¹⁸ Tanskassakin ero toteutettiin lopullisesti vasta vuoden 1979 uudistuksessa, ks. Bet 1973:698 s. 21–24 ja 30.

telyyn siirtymiseen ei myöskään kytkeydy lähtökohtaista uuden oikeudenkäyntiaineiston prekludoitumista (ks. ZPO § 296 ja ÖZPO § 179).¹⁹ Näiden piirteiden vuoksi suomalaisessa prosessilainopissa perinteisesti keskeiset Saksan ja Itävallan järjestelmät ovat tämän tutkimuksen kannalta vähemmän hedelmällisiä.²⁰

Ruotsin RB vuodelta 1942 tuli voimaan vuonna 1948. Sen tärkeimmät esityöt olivat periaatemietintö vuodelta 1926 ja lakiehdotus vuodelta 1938.²¹ Tämän jälkeen riita-asiain alioikeusmenettelyn pääpiirteet ovat pysyneet Ruotsissa ennallaan.²² Suurimmat muutokset ovat koskeneet alioikeusorganisaatiota: alioikeudet yhtenäistettiin vuonna 1971. Pienempiä riita-asioita koskenut småmålslagen, jossa menettelyä oli yksinkertaistettu, oli voimassa vuodesta 1974 vuoteen 1988. Prosessiekonomisten syiden vuoksi menettelyssä ei tunnettu selvää jakoa valmisteluun ja pääkäsittelyyn eikä menettely ollut yhtä suullinen, välitön ja keskitetty kuin yleinen siviiliprosessi.²³ Osaksi tästä menettelystä saatujen myönteisten kokemusten vuoksi paineet myös yleisen siviiliprosessin joustavoittamiseksi kasvoivat 1970-luvulla.²⁴ Jopa valmistelu/pääkäsittely -jaon pakollisuudesta harkittiin luovuttavan.²⁵

Ruotsissa 1980-luvun alussa julkaistun mietinnön mukaan tavoitteena oli halvempi ja nopeampi menettely, keinona lisätty joustavuus perusperiaatteisiin. Yleisessä siviiliprosessissa ei kuitenkaan haluttu mennä yhtä pitkälle kuin småmålslagenissa.²⁶ RB:n valmistelua ja pääkäsittelyä koskevat säännökset uudistettiin vuonna 1987 säädetyllä lailla, joka tuli voimaan vuoden 1988 alusta. Uudistus ei merkinnyt osittaistakaan paluuta suullis-pöytäkirjalliseen menettelyyn eikä poistanut pakollista jakoa valmisteluun ja pääkäsittelyyn. Säännöksiä kuitenkin joustavoitettiin, jotta menettelyssä voitaisiin

¹⁹ Saksan osalta ks. esim. Jauernig s. 68–71, 98 ja 101, Baumbach ym. s. 752, Zeiss s. 80 ja Gottwald s. 70. – Itävallan osalta ks. Holzhammer s. 124 s ja 134 s sekä Fasching s. 337 s ja 487. Saksan ja Itävallan preklusiosäännöstöistä ks. tarkemmin jäljempänä jaksossa 7.3.3 lausuttua.

²⁰ Vrt. Laukkanen s. 19 s.

²¹ Ks. SOU 1926:31, 33 ja SOU 1938:44.

²² Hasslerin mukaan kokemukset jo ensimmäisiltä vuosilta olivat pääasiassa »mycket gynnsamma», Hassler JFT 1954 s. 258 s.

²³ Ks. SOU 1982:26 s. 28 s ja 41 s. – Myös Norjassa on ollut vuodesta 1986 lähtien käytössä yksinkertaistettu menettely (forenklet rettergang), ks. Tml § 322 alkaen.

²⁴ Ks. SOU 1982:26 s. 31. Jo toteutunut kehitys oli tapahtunut RB:n ulkopuolella, ks. mts. 33 s.

²⁵ Ks. kriittisesti Ekelöf SvJT 1977 erit. s. 388 ss.

²⁶ Ks. SOU 1982:26 s. 37 s, 60 s ja 82–85. Näidenkin ehdotusten kritiikistä ks. Ekelöf JFT 1984 s. 439 ss.

ottaa enemmän huomioon yksittäistapauksen olosuhteet. Samalla småmålslagen kumottiin.²⁷

Myöhemmin Ruotsissa on nähty ongelmaksi yleisten alioikeuksien jatkuvasti kasvava työmäärä uusien ja mutkikkaampien tehtävien myötä ilman vastaavaa resurssien kasvua.²⁸ Ratkaisua on etsitty ja osin myös toteutettu lähinnä hallinnon, hallintotuomioistuimien ja yleisten tuomioistuimien työtehtävien uudelleenjaosta sekä organisaation ja muutoksenhakuprosessin kehittämistä, ei niinkään alioikeusmenettelyn uudistamisesta (hakemusasioita lukuunottamatta).²⁹

Saman suuntainen, mutta erillinen kehityskulku kuin manner-Euroopassa on hahmotettavissa myös common law -maissa, joissa oikeudenkäynti ensin Englannissa ja sitten Yhdysvaltojen osavaltioiden tuomioistuimissa muotoutui 1800-luvulla suulliseen suuntaan ennen muuta Jeremy *Benthamin* nimeen liitetyn reformiliikkeen vaatimuksesta.³⁰ Common law -maissa menettely oli jury-järjestelmän vuoksi ollut jo traditionaalisesti mannermaista suullisempi. Sekä Englannin että Yhdysvaltojen nykyiset siviiliprosessit jakautuvat vielä pohjoismaisia järjestelmiä selvästi jyrkemmin valmisteluun (pre-trial) ja pääkäsittelyyn (trial). Pääkäsittely on korostetun suullinen, välitön ja keskitetty »a day in court», minkä taustalla Englannissa on historiallisesti ollut ja Yhdysvalloissa on edelleen myös jury -järjestelmä.³¹

Englannissa viimeisin kehityssuunta on kuitenkin ollut suullisuuden vähentäminen; on puhuttu jopa suullisuuden kuihtumisesta.³² Ensinnäkin ennen pääkäsittelyä asianajajat vaihtavat keskenään ja antavat tuomioistuimelle kirjalliset tiivistelmät juridisista argumenteistaan (ns. »skeleton arguments»). Toiseksi asianajajat vaihtavat keskenään ja antavat tuomioistuimelle todistajiensa kertomukset (witness statements) kirjallisina ennen pääkäsittelyä.

²⁷ Pieni-intressisiä riita-asioita koskevat kuitenkin eräät erityissäännökset RB:ssa. Ks. Prop 1986/87:89 s. 62, 65 s, 68–79 ja 82–84.

²⁸ »Domstolarna befinner sig i en kris», SOU 1991:106 s. 37.

²⁹ Ks. SOU 1991:106 s. 20–28 ja 669–683.

³⁰ Ks. Kaplan – Clermont s. 3 s.

³¹ Ks. Kaplan – Clermont s. 5: »The English and American systems look to and work toward a full-dress trial: a single, continuous episode of open, oral, adversary, dramatic presentation of proofs and arguments by the parties through their counsel». Ks. myös Capelletti – Garth s. 8, 10 s ja 25, Habscheid – Berti s. 46, Kane s. 169 s, Edward s. 45 s ja Kiralfy s. 215–225. Jury-järjestelmä on nykyisin lähes kokonaan poistettu Englannin siviiliprosessista. Yhdysvalloissa perustuslaki sen sijaan edelleen takaa jo varsin pienissä riita-asioissa lähtökohtaisen oikeuden jury-käsittelyyn.

³² Ks. siitä kriittisesti Andrews s. 22 s, 440–442 ja 436: »it spoils the narrative flow of the trial».

Pääkäsittelyssä tuomioistuin yleensä sallii näihin kertomuksiin viittaamisen todistajan suullisen pääkuulustelun asemesta. Sen sijaan todistajien vastakuulustelu ja asianajajien loppupledeeraus säilynevät jatkossakin suullisina pääkäsittelyssä.³³ Yhdysvalloissa tällaista kehitystä ei sen sijaan ole ollut havaittavissa.

3.1.2 Suomen vuoden 1993 siviiliprosessi uudistuksesta

Ruotsi-Suomessa ei omaksuttu roomalais-kanonista *jus commune* -prosessia. Oikeushistoriallisen tutkimuksen mukaan vielä 1500-luvulla suullinen kärjäperinne eli vahvana Suomessa. On katsottu, että tavoitteena ei niinkään ollut totuuden löytäminen, vaan yhteisöllisen sovun saavuttaminen.³⁴ Todistelu oli varsin muodollista ja valojen merkitys oli keskeinen. Suomen siviiliprosessi valtiollistui 1600-luvulla, jolloin myös siirryttiin aineellista totuutta tavoittelevaan, mutta sääntösidonnaiseen legaaliseen todisteluun. Samalla menettely ainakin suurimpien kaupunkien raastuvanoikeuksissa muuttui kirjalliseksi eli kirjelmä- ja lykkäysjärjestelmä muodostui.³⁵ Kehitys kulminoitui sen kodifiointiin vuoden 1734 lain oikeudenkäymiskaassa. Kihlakunnanoikeudessa menettely oli kuitenkin yleensä suullista aina 1800-luvulle asti.

Suomalaisen siviiliprosessin on katsottu modernisoituneen 1800-luvun loppupuolelta alkaen, jolloin menettelyitä yhtenäistettiin ja nopeutettiin.³⁶ Suomessa ei kuitenkaan seurattu pohjoismaisia kokonaisuudistuksia, vaan riita-asioiden oikeudenkäyntimenettelyn pääpiirteet alioikeudessa olivat vielä 1900-luvulla edelleen vuoden 1734 oikeudenkäymiskaaren varassa. Merkittäviä osittaisuudistuksia kuitenkin tehtiin. Tärkein niistä oli *todistusoikeuden* kokonaisuudistus vuonna 1948, jolloin myös lainsäädännön tasolla luovuttiin legaalisesta todistusteoriasta ja siirryttiin vapaaseen näytön arviointiin. Oikeuskäytännössä muutos oli tapahtunut vähitellen jo noin vuosisata aiemmin.³⁷ Samalla uudistettiin todistelumenettelyä merkittävästi, muun

³³ Viimeisimmistä uudistusehdotuksista ks. Woolf s. 128 s ja 312.

³⁴ Ks. Letto-Vanamo 1995 erit. s. 153 ss, 231 s ja 236. Näkemyksen kritiikistä ks. Klami JFT 1997 erit. s. 32 s ja 38 ss, jonka mukaan myös keskiajan prosessissa tavoiteltiin (prosessuaalista) totuutta.

³⁵ Ks. Letto-Vanamo 1989 s. 223–230, 241–245 ja 255 s.

³⁶ Ks. Nousiainen 1991 s. 286–297 ja 1993 s. 472–507.

³⁷ Ks. HE 1945:137 s. 1. *Pihlajamäki* ajoittaa keskeisimmän muutoksen 1850- ja 1860-luvuille, jolloin alioikeuksien lisäksi myös ylemmät oikeudet (HO:t ja SOO) siirtyivät pääsääntöisesti vapaaseen näytön arviointiin henkikirkosjutuissa, ks. *Pihlajamäki* erit. s. 195–204. Riitajutuissa keskeistä oli usein asiakirjanäyttö, joka jo vuoden 1734 lain mu-

muassa pääsääntöisesti kieltämällä kirjallisten todistajankertomusten käyttö alioikeudessa (OK 17:11.1 ja 32 § L:ssa 571/48). Siviiliprosessin perusrakennetta yleisissä alioikeuksissa ei kuitenkaan uudistettu lukuisista uudistusehdotuksista huolimatta ennen vuotta 1993.

Tuomioistuinlaitoksen ja oikeudenkäyntimenettelyn kokonaisuudistukseen pyrkinyt lainvalmistelutyö alkoi Suomessa jo 1860-luvulla ja jatkui aina viimeisiin sotiin saakka.³⁸ Vuoteen 1939 mennessä laadittiin kaikkiaan yhdeksän kokonaisuudistusehdotusta, joiden kaikkien mukaan olisi siirrytty suulliseen, välittömään ja keskitettyyn pääkäsittelyyn sekä otettu käyttöön riita-asian valmistelu.³⁹ Ensimmäisen eli vuonna 1892 asetetun ns. *Wreden komitean* ehdotuksen mukaan olisi otettu käyttöön »valmistava kirjelmäin vaihto» ennen suullista ja välitöntä (pää)käsittelyä. Kihlakunnanoikeudessa tämä kirjallinen valmistelu ei kuitenkaan olisi ollut pakollinen.⁴⁰ *Granfeltin* vuoden 1923 ehdotuksessa sen sijaan ehdotettiin pakollista, pääsääntöisesti *suullista* valmistelua, puheenjohtajan harkinnan mukaan myös kirjallista.⁴¹ Valtiontaloudellisista ja muista syistä kokonaisuudistusehdotukset eivät johtaneet tulokseen.

Sotien jälkeen Suomessa siirryttiin prosessilainsäädännön osittaisuudistusten tielle. Merkittävistä osittaisuudistuksista huolimatta alioikeusprosessin perusrakennetta ei uudistettu eikä edes uudistusehdotuksia laadittu 1940–60 -luvuilla. Oikeuskirjallisuudessa kysymystä pidettiin kuitenkin koko ajan esillä. Lähes yksimielisiä oltiin tarpeesta ottaa käyttöön suullinen, välitön ja keskitetty pääkäsittely sekä riita-asian valmistelu. Kysymys valmistelun kirjallisuudesta tai suullisuudesta aiheutti kuitenkin erimielisyyksiä; useimmat kannattivat kirjallisen ja suullisen valmistelun yhdistelmää.⁴²

kaan arvioitiin vapaasti, ks. Wrede 1910 s. 20 ja 73 s. Esim. todistajanjäällejä noudatettiin kuitenkin aina lainmuutokseen saakka, ks. Lappalainen 1988 s. 52 s.

³⁸ Varhaisimmasta uudistustyöstä vuodesta 1861 alkaen ks. KM 1901:8 s. 3 ss.

³⁹ Ks. kokonaisuudistusehdotuksista tarkemmin Halila JFT 1984 s. 477 s, Jokela 1988 s. 130–149 sekä Nousiainen 1991 s. 299–301 ja 1993 s. 534–566.

⁴⁰ Ks. KM 1901:9 s. 44 ss ja 119 ss. Olennaisesti samoin LVK 1909:2 s. 46 ss.

⁴¹ Ks. Granfelt 1925 s. 31 ss ja 94 ss. Olennaisesti samoin LVK 1927:6 s. 9 ss ja 68 ss sekä LVK 1937:16 s. 11 ss ja 77 ss.

⁴² Ks. esim. Carlson JFT 1932 s. 13 ss ja LM 1948 s. 57 ss, Granfelt JFT 1952 s. 163 s, Ellilä LM 1953 s. 71 ss ja LM 1961 s. 41 s, Reinikainen 1956 s. 33 sekä Nikkarinen LM 1966 s. 194 ss, jonka mukaan päällikkötuomarit pitivät esivalmistelua tarpeellisenä, mutta kannattivat kirjallista muotoa. Myös Tirkkonen lukeutui uudistuksen kannattajiin, mutta katsoi toisaalta, että Ruotsissa oli menty liian pitkälle, ks. Tirkkonen LM 1949 s. 163 ss ja LM 1962 s. 325 s, vrt. LM 1947 s. 577 s ja LM 1962 s. 319 s. Vrt. myös Sjöström 1938 s. 149 ss, jossa hän katsoi suullis-pöytäkirjallisen prosessin kehittämisen riittävän.

Vuoden 1993 siviiliprosessiuudistukseen johtanut lainvalmistelutyö sai alkusysäyksensä vuonna 1970 alkaneesta tuomioistuinlaitoskeskustelusta. Kuitenkin 1970-luvulla tuomioistuinlaitoksen organisatorinen uudistaminen asetettiin menettelyuudistuksen edelle lainvalmistelussa.⁴³ Joka tapauksessa jo tuolloin pidettiin tarpeellisena pakollisen esivalmistelun käyttöönottoa.⁴⁴ Vuoden 1980 puitelakimietinnössä riita-asian valmistelun käyttöönotto jopa priorisoitiin siten, että ehdotuksen mukaan valmistelu olisi tullut ottaa käyttöön viimeistään alioikeuksien yhtenäistämisen yhteydessä samanaikaisesti.⁴⁵ Oikeudenkäymiskaareen ehdotettiin säädettäväksi uusi 11a luku, johon olisi sijoitettu säännökset normaalisti toimitettavasta, pääsääntöisesti suullisesta valmistelusta.⁴⁶ Riita-asian valmistelusta ei kuitenkaan säädetty erikseen alioikeuksien yhtenäistämistä koskevan lainsäädännön yhteydessä vuonna 1987, vaan vasta koko menettelyuudistuksen yhteydessä vuonna 1991.

Ennen siviiliprosessiuudistusta riita-asioiden alioikeusmenettelyä rasittivat useat epäkohdat, joita voidaan tiivistää seuraavasti.⁴⁷ Ensinnäkin haastehakemukset olivat usein ylimalkaisia eikä haastehakemuksen täydennyskehotusta ollut mahdollista antaa. Kanteen kehittely tapahtui yleensä vasta ensimmäisessä istunnossa, jolloin tuomioistuin ja vastaaja saivat tietoonsa kanteen täsmällisemmän sisällön. Samoin vastaaja joutui antamaan alustavan vastauksensa kanteeseen vasta ensimmäisessä istunnossa. Riitainen juttu oli tämän vuoksi yleensä lykättävä uuteen käsittelytilaisuuteen.

Oikeudenkäynnin myöhemmän kulun rakennetta on luonnehdittu *suullis-pöytäkirjalliseksi*.⁴⁸ Kirjallista ja suullista todistelua voitiin ottaa vastaan missä käsittelyvaiheessa tahansa ja tuomioistuimen ratkaisu voitiin perustaa kaikkeen tähän aineistoon. Tuomion perustana oli siten usein jutun edellisten käsittelyjen pöytäkirjoista välillisesti ilmenevä aineisto, kuten pöytäkirjatut todistajankertomukset. Tuomion perusta oli siis itse asiassa pöytäkirja, eikä

⁴³ Ks. tästä kriittisesti Virolainen LM 1986 s. 1024 s.

⁴⁴ Ks. KM 1971:B112 s. 102 s, OLJ 1973:18 s. 68 ja OLJ 1976:2 s. 23 ss ja 41 s.

⁴⁵ Ks. OLJ 1980:6 s. 59 s.

⁴⁶ Ks. OLJ 1980:7 s. 5 s, 12 s, 25 s ja 75 s.

⁴⁷ Aiemman suullis-pöytäkirjallisen menettelyn epäkohdat kuuluivat prosessioikeudellisen kirjoittelumme vakioaiheisiin vuosisadan ajan, joten esitettyjen näkökohtien laajaan toistamiseen tässä yhteydessä ei liene enää syytä. Ks. esim. KM 1901:8 s. 28 ss, Tirkkonen Sp I s. 89 ss, Jokela 1988 s. 59 ss, Lappalainen LM 1988 s. 959 ss, Virolainen DL 1989 s. 64 ss sekä HE 1990:15 s. 11 ss. Samansuuntaisesti Ruotsissa SOU 1926:31 s. 21 ss. Vrt. asianajajien suopeampaan näkemykseen vanhaa järjestelmää kohtaan, Asianajajaliitto DL 1989 s. 542.

⁴⁸ Ks. esim. Wrede 1924 (1887) s. 80 ss.

käsittelyssä välittömästi ilmitullut aineisto.⁴⁹ Tuomioistuimen kokoonpano saattoi vaihtua oikeudenkäynnin aikana. Tuomioistuimen käytettävissä olevat keinot olivat riittämättömät menettelyn järkevöittämiseksi.⁵⁰

Eräissä erityistuomioistuimissa riita-asian käsittely ei kuitenkaan ollut yhtä vanhakantaista kuin yleisissä alioikeuksissa ja myös viimeksi mainituissa hakemusasioiden käsittely oli modernisoitu jo vuoden 1987 HakKäsL:lla. Esimerkiksi työtuomioistuimessa oli jo vuodesta 1974 lähtien ollut käytössä kirjallinen ja suullinen esivalmistelu (TTL 15–25 § L:ssa 646/74) sekä suullinen ja keskitetty pääkäsittely (TTL 26–31 ja 41 § L:ssa 646/74).⁵¹ Myös markkinatuomioistuimessa on sen perustamisesta 1978 alkaen ollut käytössä kirjallinen ja suullinen valmistelu (MarkkinaTIL 10 §).⁵² Menettelyistä, ennen muuta suullisesta valmistelusta saadut hyvät kokemukset myötävaikuttivat osaltaan yleisen siviiliprosessin uudistamiseen.⁵³

Vuoden 1993 siviiliprosessi uudistuksen keskeinen tavoite oli mainittujen epäkohtien poistaminen ja siinä omaksutut ratkaisut voidaankin pitkälti nähdä tämän ’teenin antiteesinä’. Uudessa järjestelmässä menttiin korostetun *suulliseen, välittömään ja keskitettyyn* menettelyyn.⁵⁴ Tämä puolestaan edel-

⁴⁹ Ks. esim. Halila DL 1977 s. 49 ss.

⁵⁰ Virolaisen mukaan aiempi lykkäyskäytäntö johtui myös tuomari- ja asianajajakunnan asenteista, vaikka jo vanha lainsäädäntö olisi tarjonnut mahdollisuuden huomattavasti keskitetymppään prosessiin, ks. Virolainen DL 1989 s. 57 ss. Pohjimmiltaan voidaan sanoa, että kysymys oli suomalaisesta ’oikeudenkäyntikulttuurista’. Vanhan järjestelmän loppuvuosina useissa, varsinkin suuremmissa tuomioistuimissa otettiin kylläkin käyttöön juttujen vapaaehtoinen kirjallinen valmistelu: tavoitteena oli ennen muuta lykkäyksien vähentäminen. – Menettelyn jäsentymättömyys heijastui myös prosessioikeuden oppikirjoihin, joissa oli vain lyhyt esitys alioikeusmenettelyn kulusta, ks. Wrede 1943 7. kirja ja Tirkkonen Sp II 8 luku.

⁵¹ Ks. Suviranta 1975 s. 112–116. Työtuomioistuinmenettelyä on myöhemmin uudistettu vastaamaan yleistä siviiliprosessia 1.12.1993 voimaan tulleella L:lla 951/93, jolla on mm. toteutettu pääkäsittelyn välittömyys (34.1 §) ja otettu käyttöön preklusio pääkäsittelyssä (31.2 §), ks. HE 1993:190 s. 3 s ja 8–10.

⁵² Ks. Huttunen DL 1986 s. 237–239.

⁵³ Ks. HE 1990:15 s. 14 s ja Huttunen DL 1989 s. 347 s. Lisäksi merioikeudessa ja vesioikeudessa oli käytössä kirjallinen valmistelu, tietyssä laajuudessa myös asunto-oikeudessa.

⁵⁴ Varsin kategoristen säännösten taustalla lieene se, että enemmän harkintavaltaa jättävien säännösten ei uskottu menevän käytännössä läpi: esim. väljemmät säännökset suullisuudesta olisivat saattaneet merkitä kirjallisen prosessin jatkumista käytännössä. Säännösten esikuvana oli lähinnä Ruotsin vuonna 1987 uudistettu RB, ks. yksityiskohdittain vertaillen Hirvonen JFT 1990 passim.

lytti välttämättä *riita-asian valmistelun* käyttöönottoa. Kuten hallituksen esityksessä lausutaan: »Suulliseen, välittömään ja keskitettyyn menettelyyn ei ilmeisesti päästä, ellei meilläkin oteta käyttöön riita-asioiden valmistelua ennen pääkäsittelyä. Tällöin varsinainen pääkäsittely voitaisiin toimittaa keskeytyksettä. Valmistelun puuttumista voidaan siten pitää oleellisena syynä nykyisiin oikeudenkäyntimenettelyn epäkohtiin.»⁵⁵

Hallituksen esityksessä on katsottu, että »oikeudenkäynnin suullisuus, välittömyys ja keskitys eivät kuitenkaan ole sinänsä itseisarvoja».⁵⁶ Ne ovat keinoja siviiliprosessin tavoitteiden saavuttamiseksi. Suullisuuden, välittömyyden ja keskityksen on katsottu ennen muuta parantavan siviiliprosessin varmuutta, antavan mahdollisimman hyvät edellytykset materiaalisesti oikean ratkaisun tekemiselle yksittäistapauksessa. Erityisesti on katsottu, että mahdollisuudet korkeatasoiseen näytön arviointiin ovat paremmat kuin pöytäkirjaan perustuvassa järjestelmässä. Suullisuuden, välittömyyden ja keskityksen on arvioitu samalla edistävän oikeudenkäynnin nopeutta ja halpuutta.⁵⁷ Voidaan siten todeta, että oikeudenkäynnin suullisuus, välittömyys ja keskitys on justifioitu siviiliprosessi uudistuksen esitöissä prosessioikeudelliselle instrumentalismille tyypillisin argumentein.⁵⁸

Oikeudenkäynnin suullisuuden ja välittömyyden voidaan katsoa edistävän myös oikeudenkäynnin asianmukaisuutta: oikeudenkäynnistä muodostuu aidosti kontradiktorinen dialogi asianosaisten, todistajien ja tuomarien välillä.⁵⁹ Kirjallinen ja välillinen oikeudenkäynti sen sijaan saattaisi muodostua sarjaksi toisistaan erillisiä monologeja. Oikeudenkäynnin keskityksellä ei sen sijaan liene tässä suhteessa itsenäistä merkitystä, vaan se vain tekee suullisuuden ja välittömyyden mahdolliseksi. Keskitys puolestaan edellyttää

⁵⁵ HE 1990:15 s. 13.

⁵⁶ HE 1990:15 s. 6.

⁵⁷ *ibid.*

⁵⁸ Myös hallintotuomioistuinprosessi on viime aikoina kehittynyt suulliseen suuntaan (ks. HallLainkL 37 ja 38 §). Hallintolainkäyttömenettelyn perusmuotona on kuitenkin säilynyt kirjallinen prosessi eikä menettelyä ole jaettu valmisteluun ja pääkäsittelyyn, ks. HE 1995:217 s. 26 s ja Hallberg ym. s. 266, 269 s ja 273. Suullinen käsittely hallintotuomioistuimessa ei myöskään välttämättä merkitse menettelyn keskitystä eikä välittömyyttä: ratkaisu voidaan perustaa paitsi suullisessa käsittelyssä esiintulleisiin seikkoihin, myös asiakirja-aineistoon (HallLainkL 51.1 §).

⁵⁹ Ks. myös Virolainen 1995 s. 201 ja Jokela 1996 s. 42 sekä jo Hormia 1978 s. 119 s ja 1979 s. 185: »Kun todistelun luotettavuuden ja yleisen totuuspyrkimyksen itseisarvo on päämäärän itseisarvossa, todistelun välittömyyden itseisarvo edustaa keinon itseisarvoa.» Erityisesti todistelun välittömyyden osalta ks. jäljempänä jaksossa 4.3.4 lausuttua.

preklusiosääntelyä, joka saattaa vähentää oikeudenkäynnin asianmukaisuutta, koska osa mahdollisista argumenteista rajautuu pois.⁶⁰

Koska tämän tutkimuksen aiheena on riita-asian valmistelu, alioikeusmenettelyn suullisuus, välittömyys ja keskitys sekä sen edellyttämä jako valmisteluun ja pääkäsittelyyn otetaan tutkimuksessa *annettuna taustana*, jota ei enemmälti problematisoida. Tässä tutkimuksessa ei ole mahdollisuutta arvioida koko siviiliprosessi uudistuksen onnistuneisuutta. Tutkimusaiheen ulkopuolelle jää myös pääkäsittely ja sen sääntelyn lähempi arviointi. Seuraavassa jaksossa 3.1.3 on syytä tarkastella pääkäsittelyn sääntelyä *de lege lata* ainoastaan pääpiirteissään riita-asian valmistelun tehtävien ymmärtämiseksi.

Nousiainen on kritisoinut siviiliprosessi uudistusta teoreettisella tasolla, mm. koska moderni prosessi tekee oletuksen subjektien, kuten todistajan ja tuomarin »universaalista epistemologisesta kyvystä». ⁶¹ Käytännön tasolla vastakkain on kuitenkin asetettava yhtäältä suullinen ja välitön sekä toisaalta kirjallinen ja välillinen prosessi. ⁶² Esim. todistajan ja tuomarin mahdollisesti erilaiset kognitiiviset kyvyt eivät voine merkitä perustelua kirjalliselle ja välilliselle prosessille: se, että suullinen ja välitön todistajan kuulustelu on huono tapa informaation välittämiseen subjektilta toiselle, ei voine olla argumentti vieläkin huonomman puolesta. Kysymys on eri tasojen ongelmista. Toinen kysymys sitten on, onko pääkäsittelyn suullisuuden, välittömyyden ja keskityksen sääntelyssä onnistuttu parhaalla mahdollisella tavalla, ja erityisesti, ovatko säännökset liian ehdottomia.

Koko siviiliprosessi uudistuksen onnistuneisuuden arviointi edellyttäisi ennen muuta laajoja empiirisiä tutkimuksia, joihin ei tässä yhteydessä ole

⁶⁰ Tätä suullisen, välittömän ja keskitetyn oikeudenkäynnin keskeistä paradoksia tarkastellaan jäljempänä jaksossa 7.3.3.

⁶¹ Ks. Nousiainen 1993 s. 191, 220 s, 226 s ja erit. s. 580–582. Havainnot eivät sinänsä ole uusia, ks. esim. Twining – Stein s. 16 s: »rationalist assumptions». Ks. edelleen modernin prosessin »narratiivisesta tekniikasta» Nousiainen mts. 221, jonka mukaan »sekä romaanille ominaisen kerrontatekniikan että oikeudenkäynnin suullisen todistajaintodistelun taustalla vaikuttavat samat epistemologiset sitoumukset». Romaanin konstruoimat »tapahtumat» ovat kuitenkin fiktiivisiä eikä romaani edes pyri välittämään faktatietoa. Ks. myös tuomarin roolin kannalta Virolainen s. 396 s.

⁶² Tietoteoreettisella tasolla Nousiaisen kritiikki nojautuu uskantilaiseen kriittiseen (transsendentaaliseen) idealismiin perustuvaan konstruktivismiin. Myös konstruktivismi on ongelmallista eikä sitä voida pitää vallitsevana edes yleisessä tietoteoriassa, ks. esim. Lammenranta s. 57–61 ja Niiniluoto 1997 s. 12 ja 143 s. Perusluonteeltaan praktisena toimintana todistelun oikeudenkäynnissä on nähdäkseni välttämättä sitouduttava vallitsevaan maailmankuvaan eli lähinnä kriittiseen realismiin; prosessioikeus ei voi olla yleistä tietoteoriaa radikaalimpaa. Ks. myös esim. Cohenin vastausta filosofiseen ja psykologiseen kritiikkiin, Cohen s. 14–21.

mahdollisuuksia mennä. Joitakin fragmentaarisia huomautuksia voidaan kuitenkin käytettävissä olevien tilastotietojen perusteella esittää. Menettelyn varmuuden mittaaminen on ongelmallista, mutta ratkaisujen oikeellisuuden jonkinlaisena välillisenä indikaattorina voitaneen käyttää muutoksenhakualttiutta, joka kertoo ainakin osittain asianosaisten subjektiivisesta tyytyväisyydestä alioikeuden ratkaisuun.⁶³ Vuonna 1993 noin vajaassa 40 prosentissa alioikeuksien loppuun käsittelemistä kaikista riita-asioista oli ilmoitettu tyytymättömyyttä, vuonna 1991 vajaassa puolessa.⁶⁴ Vuonna 1995 käräjäoikeuksissa loppuun käsitellyissä ns. laajoissa riita-asioissa valitusprosentti oli 47 niissä asioissa, joista voitiin valittaa eli sovinnot, sillensäjättämiset ja yksipuoliset tuomiot poislukien.⁶⁵ Ainakaan mitään dramaattista muutosta muutoksenhakualttiudessa ei siten näyttäisi tapahtuneen. Toisaalta samalla riitaasioiden käsittelyajat pitenivät jonkin verran ja oikeudenkäyntikulut kasvoivat.

Vuosina 1993 ja 1991 kaikkien riita-asioiden käsittely alioikeuksissa oli kestänyt keskimäärin kolme kuukautta; yli 6 kuukautta käsittely oli kestänyt vuonna 1993 11 prosentissa ja vuonna 1991 10 prosentissa jutuista.⁶⁶ Keskimääräinen käsittelyaika käräjäoikeuksissa vuonna 1994 oli ns. laajoissa riita-asioissa 4,5 kuukautta ja ns. summaarisissa asioissa 3,2 kuukautta; yli kuusi kuukautta käsittely kesti 27 prosentissa ns. laajoista asioista.⁶⁷ Vuonna 1995 vastaavat keskimääräiset käsittelyajat olivat 6 kuukautta ja 2,7 kuukautta sekä vastaava prosenttiluku 41.⁶⁸ Osa käsittelyaikojen pitenemisestä on kuitenkin vain näennäistä, koska nykyisin riita-asia tulee vireille jo haastehakemuksen jättämisellä käräjäoikeuteen. Lukujen vertailtavuus edellyttäisi siis haasteiden tiedoksiantoon kuluneen ajan lisäämistä aikaisempiin käsittelyaikoihin.

Ervastin empiiristen tutkimusten mukaan sekä ns. summaarisissa että laajoissa riita-asioissa oikeudenkäyntikulut ovat kasvaneet aikai-

⁶³ Asianosaisten subjektiivinen tyytyväisyys tai tyytymättömyys on luonnollisesti eri asia kuin ratkaisun objektiivinen oikeellisuus. Muutoksenhakualttiuteen vaikuttavat myös mm. muutoksenhakumenettely ja sen kustannukset: esim. kohonneet kustannukset hovioikeusvaiheessa ovat saattaneet viime vuosina vähentää muutoksenhakualttiutta. Jonkin verran parempi indikaattori olisi ratkaisujen muuttumisaste muutoksenhaun johdosta; voidaan kuitenkin kysyä, tuottaako hovioikeusmenettely tosiasiallisesti oikeampia ratkaisuja kuin käräjäoikeusmenettely vai onko kyse lähinnä systeemin sisäisestä paremmuudesta. HO:ien vuonna 1995 ratkaisemista 10.924 siviiliasiaa jätettiin tutkimatta 156 (1 %), palautettiin 630 (6 %) ja muutettiin 3710 (34 %) asiaa; 6428 asiassa (59 %) ratkaisua ei muutettu, ks. OikTilVK 1997 s. 278. – Sovintojen osalta ks. jäljempänä jaksoa 3.2.4.

⁶⁴ Ks. OikTilVK 1994 s. 266 ja 1992 s. 246.

⁶⁵ Ks. OikTilVK 1996 s. 259.

⁶⁶ Ks. OikTilVK 1994 s. 266.

⁶⁷ Ks. OikTilVK 1995 s. 371.

⁶⁸ Ks. OikTilVK 1996 s. 252. Ks. myös *Ervasti* 1997 s. 68–74.

sempaan järjestelmään verrattuina.⁶⁹ Keskeistä on kuitenkin havaita, että pääkäsitteilyyn edenneissä riita-asioissa nimenomaan tuomitut kulukorvaukset ovat kasvaneet selvästi, kun taas kuluvaatimukset eli asianosaisille aiheutuneet kustannukset ovat kasvaneet vähemmän.⁷⁰ Oikeudenkäyntikulujen, ennen muuta tuomittujen kulukorvausten kasvuun ovat vaikuttaneet monet tekijät, kuten oikeudenkäyntikulu-uudistus, arvonnalisävero ja kohonneet asianajopalkkiot. Pelkästään uuden siviiliprosessin menettelyn vaikutusta kuluihin on vaikea arvioida, mutta sen merkitys ei liene ollut ainakaan keskeisin.⁷¹

Se, missä määrin kysymys on ollut siirtymäkauden ongelmista, jää tulevaisuudessa nähtäväksi. Toisaalta siviiliprosessi uudistusta ei voida arvioida pelkästään oikeudenkäynnin keston ja kustannusten kannalta, koska toisella puolen vaakakupissa ovat oikeudenkäynnin mahdollisesti parantunut varmuus ja asianmukaisuus.⁷² Kysymys on ensinnäkin siitä, etteivät oikeudenkäynnin kesto ja kustannukset saa kasvaa niin suuriksi, että niistä tulee tosiasiallinen oikeuden saamisen este. Toiseksi, tämän jälkeen, kysymys on hyväksyttävän tasapainopisteen etsimisestä näiden keskenään ristiriitaisten tavoitteiden välillä. Kuten edellä luvussa 2 on pyritty osoittamaan, oikeudenkäynnin varmuus on etusijalla halpuuteen ja nopeuteen nähden sekä asianmukaisuus taroituksenmukaisuuteen nähden. Sekä varmuuden että ennen muuta asianmukaisuuden empiirinen mittaaminen on ongelmallista.

3.1.3 Pääkäsitteilyn suullisuudesta, välittömyydestä ja keskityksestä de lege lata

Oikeudenkäynnin suullisuus, välittömyys ja keskitys voidaan määritellä tarkemmin hieman eri tavoin.⁷³ Tässä tutkimuksessa oikeudenkäynnin *suullisuudella* tarkoitetaan, että asianosaisten lausumat ja todistelu esitetään suul-

⁶⁹ Ks. Ervasti 1994 s. 63 s ja 1997b s. 89. Viimeksi mainitussa tutkimuksessa otos käsitti noin kymmenesosan kaikista vuonna 1995 pääkäsitteilyyn edenneistä riita-asioista, mts. 3.

⁷⁰ Ervastian tutkimuksen mukaan (1997b s. 89) kuluvaatimusten arvonnalisäveron ylittävä muutos oli vain noin kymmenesosan luokkaa.

⁷¹ Todettakoon, että Ruotsissa pieniä riita-asioita koskevat omat kulusäännökset, joissa korvausmäärää on huomattavasti rajoitettu (RB 18:8a).

⁷² Kokemukset olivat samankaltaisia Ruotsissa, kun uusi RB tuli voimaan, ks. Hassler JFT 1954 s. 19 s, mutta »en väsentligt förbättrad process kan man icke gärna få till skänks.»

⁷³ Tässä välitetään käyttämästä termejä suullisuus-, välittömyys- ja keskityseriaate, koska tässä yhteydessä suullisuudella, välittömyydellä ja keskityksellä vain kuvataan pääkäsitteilyn tiettyjä piirteitä de lege lata.

lisesti tuomioistuimelle.⁷⁴ Täysin suullisessa menettelyssä vallitsee kirjallisten lausumien sekä esittämisen – että lukemiskielto. Aidosti suullista menettelyä voidaan sanoa olevan, kun ainoastaan suullisesti esitetyt lausumat voidaan panna tuomion perustaksi ilman pöytäkirjan tms. välitystä.⁷⁵ Voidaan siis puhua suullisuudesta yhtäältä menettelymuodon ja toisaalta ratkaisuai-
neiston suhteen; suullis-pöytäkirjallinen menettely on edellisen määritelmän mukaan suullinen, jälkimmäisen mukaan kirjallinen menettely. Todistajain-
kertomusten suullisuus alioikeudessa toteutettiin pitkälti jo vuonna 1948 –
ainakin säännöksissä – OK 17 luvun uudistuksen yhteydessä (17:11.1 ja 32 §
L:ssa 571/48). Sen sijaan asianosaisten lausumien suullisuuspakko, asianosais-
suullisuus toteutettiin vasta vuoden 1993 uudistuksessa kiivaan oikeuspoliit-
tisen keskustelun jälkeen.⁷⁶ Pääkäsitteilyn osalta siitä säädetään OK 6:3:ssä,
jonka mukaan pääkäsitteily on suullinen. Asianosainen ei saa lukea eikä an-
taa tuomioistuimelle kirjallista lausumaa taikka muutoinkaan esittää asiaa
kirjallisesti.⁷⁷

Kansainvälisessä vertailussa kuitenkin ennen muuta suomalaista *valmis-
telua* leimaa suullisuus. Ensinnäkin riita-asian valmistelussa, pääkäsitteilyyn
saakka etenevissä asioissa, on toimitettava suullinen valmisteluistunto
(5:15.1): jollei asiaa ole kirjallisessa valmistelussa ratkaistu, valmistelua on
jatettava suullisesti istunnossa. Pelkästään kirjallisesta valmistelusta ei käy-
tännössä siirrytä suoraan pääkäsitteilyyn.⁷⁸ Suullisen valmisteluistunnon kes-

⁷⁴ Ks. myös esim. Tirkkonen 1945 s. 430 s, Jokela 1988 s. 61 ss ja HE 1990:15 s. 5
sekä Ekelöf JFT 1984 s. 426 s, Hov s. 66 ja Jauernig s. 90 s.

⁷⁵ Ks. esim. Wrede 1953 s. 87, Hassler s. 219, Hov s. 68, Munch-Petersen II s. 220 s,
Gomard s. 6 ja 345 s, Rosenberg ym. s. 441, Holzhammer s. 129 ja Fasching s. 315 s.

⁷⁶ Asianosaissuullisuudesta käyty keskustelu täytti Defensor Legis -lehden vuoden
1989 vuosikerrasta huomattavan osan: ks. DL 1989 toiselta puolen Sevón s. 21, Virolai-
nen s. 64 ss ja 567 ss sekä Möller s. 268 ja 273 ss; toiselta puolen Halila s. 78 ss ja 437 s
ja 579 sekä Huttunen s. 346 ss. Rikosprosessin osalta kriittisesti Jonkka LM 1994 s. 729
s. Suullisuuden ongelmista ks. myös esim. Eckhoff s. 146 s ja Hov s. 66 ss. Ks. toisaalta
Hassler s. 226: »Skriftligheten, som är bekvämare och billigare att praktisera, har alltid
en tendens att tränga undan muntligheten.»

⁷⁷ Asianosainen saa kuitenkin lukea asiakirjasta vaatimuksensa, suorat viittaukset oi-
keuskäytäntöön ja oikeuskirjallisuuteen sekä sellaisia useita teknisiä tai numerotietoja si-
sältäviin asiakirjoihin, joiden esittäminen pelkästään suullisesti on vaikea ymmärtää. Li-
säksi hän saa käyttää kirjallista muistiinpanoa muistinsa tueksi.

⁷⁸ Siirtyminen suoraan kirjallisesta valmistelusta pääkäsitteilyyn lienee kylläkin pe-
riaatteessa mahdollista huolimatta OK 5:15:n päinvastaisesta sanamuodosta, ks. Lappa-
lainen s. 81 s. Ks. myös TTL 20.1 §, jonka mukaan työtuomioistuinprosessissa asia voi-
daan siirtää välittömästi pääkäsitteilyyn kirjallisen vastauksen jälkeen. – Haastehakemuk-

keinen rooli oli Ruotsin uuden RB:n innovaatio, jota on myöhemmin seurattu monissa muissa maissa.⁷⁹ Ennen muuta tuomioistuimen materiaallisen prosessinjohton ja sovintoon pyrkimisen on perustellusti katsottu edellyttävän suullista istuntoa tuomarin johdolla jo valmisteluvaiheessa.⁸⁰

Toiseksi valmistelun suullisuus Suomessa ilmenee siinä, että kirjallisen alkuvalmistelun eli haastehakemuksen ja kirjallisen vastauksen jälkeen jatkovalmistelussa vallitsee pääsääntöinen kirjelmäkielto. Ensinnäkin valmisteluistunnossa asia käsitellään suullisesti eikä asianosainen saa istunnossa lukea eikä antaa tuomioistuimelle oikeudenkäyntikirjelmää tai muutenkaan kirjallista lausumaa (5:20.1).⁸¹ Toiseksi kirjelmien toimittaminen asianosaisen omasta aloitteesta ei ole mahdollista myöskään valmisteluistunnon ulkopuolella. Ainoastaan tuomioistuin voi kehottaa asianosaista toimittamaan ennen valmisteluistuntoa tai istuntojen välisenä aikana kirjallisen lausuman, jos tuomioistuin katsoo sen aiheelliseksi; tällöinkin tuomioistuimen on yksilöitävä, mistä kysymyksestä asianosaisen on lausuttava (5:15.2). Säännökset jättävät siis kuitenkin viime kädessä tuomioistuimen harkintaan, missä määrin kirjallista valmistelua käytetään yksittäistapauksessa täydentämään suullista valmistelua.

Pohjoismaiset järjestelmät eivät ole yhtenäisiä sen suhteen, hallitseeko valmistelua suullinen vai kirjallinen menettely. Ruotsin uudessa RB:ssa valmistelun suullisuus oli alun perin korostettuna lähtökohtana. Vastaajan oli annettava vastauksensa suullisessa valmisteluistunnossa ja kirjallinen vastaus tuli kyseeseen vain erityisestä syystä.⁸² Ruotsin 1980-luvun periaatemietinnössä valmistelun suullisuudesta ehdotettiin huomattavasti tingittäväksi.⁸³

sesta voidaan myös siirtyä suoraan suulliseen valmisteluun: vastaajaa voidaan tietyin edellytyksin poikkeustapauksissa kehottaa vastaamaan suullisesti valmisteluistunnossa (5:9.1).

⁷⁹ Mielenkiintoista on, että Suomessa jo *Granfeltin* vuoden 1923 ehdotuksessa ehdotettiin pakollista ja pääsääntöisesti suullista valmistelua, ks. *Granfelt* 1925 s. 31 ss ja 94 ss. Tiedossani ei ole, missä määrin *Granfeltin* ehdotus ja Ruotsin vuoden 1926 periaatemietintö vaikuttivat toisiinsa.

⁸⁰ Ks. SOU 1926:33 s. 49 s ja 52 s, SOU 1938:44 s. 22 s ja 25 sekä Ekelöf JFT 1984 s. 435 s ja V s. 64–66.

⁸¹ Pykälän 2 momentissa on samansisältöiset poikkeukset kuin pääkäsittelyssä (6:3.2). Valmisteluistunnossa suullisuuden merkitys on toinen kuin pääkäsittelyssä: perusteena on lähinnä tehokas prosessinjohto, sovintopyrkimys ja prosessiekonomia eikä niinkään ratkaisutoiminnan varmuus. Ks. myös HE 1990:15 s. 65. OK 5:20:n tulkinnan ei siten tarvitse olla yhtä ankaraa kuin 6:3:n tulkinnan. – Ruotsin alunperin ankaraa säännöstä on nykyisin lievennetty (RB 42:13), ks. Prop 1986/87:89 s. 204.

⁸² Ks. SOU 1938:44 s. 433–436 ja Hassler s. 244–247.

⁸³ Ks. SOU 1982:26 s. 85 s.

Vuoden 1987 uudistuksessa valmistelua muutettiin kirjalliseen suuntaan, vaikka suullisuus pysyi pääsääntönä (RB 42:9). Vastajan vastaus annetaan nykyisin Ruotsissa normaalisti kirjallisesti.

Norjassa on mahdollista valita suullisen ja kirjallisen valmistelun välillä (Tml § 302, 311 ja 317), mutta käytännössä valmistelu on yleensä kirjallinen.⁸⁴ Tanskassa on vuoden 1980 uudistuksen jälkeen käytössä sekä suullinen että kirjallinen valmistelu (byret-prosessissa). Tuomioistuimien haastaa vastaajan harkintansa mukaan joko suulliseen valmisteluistuntoon tai antamaan kirjallisen vastauksen (Rpl § 351 ja 352). Valmistelu voi tämän jälkeen jatkua tuomioistuimen päätöksellä vielä lisäkirjelmien vaihdolla (§ 353) tai erityisellä valmisteluistunnolla (§ 355). Erityisen valmisteluistunnon tarkoitus on kartoittaa riitakysymykset ja vahvistaa todistelun laajuus.⁸⁵

Itävallassa valmisteluistunnolla on Suomeen verrattuna vähäinen merkitys. Vastaja haastetaan suoraan valmisteluistuntoon (erste Tag-satzung, ÖZPO § 239), joka palvelee ainoastaan alustavaa riidattomien ja muuten selvien asioiden erottamista riitaisista, ei muuta pääkäsitellyn valmistelua; istunnossa asia voidaan ratkaista muodollisella perusteella.⁸⁶ Menettely jatkuu pääsääntöisesti yksilöidyllä kirjallisella vastauksella ja mahdollisella lisäkirjelmien vaihdolla (vorbereitende Schriftsätze), hyvin harvoin valmisteluistunnolla.⁸⁷ Suomalaista järjestelmää, jossa ensin annetaan kirjallinen vastaus ja sen jälkeen toimitetaan suullinen istunto, voidaan perustellusti pitää tehokkaampana.

Saksassa vuoden 1976 Vereinfachungsnovellen yksi keskeinen elementti oli valmisteluvaiheen tehostaminen menettelyä yksinkertaistamalla, asianosaisten ja tuomioistuimen prosessivertailuuksia korostamalla ja preklusiosääntelyä ankaroittamalla.⁸⁸ Kuitenkin myös sak-salaista valmistelua leimaa kirjallinen menettely ja valmisteluistunnon melko vähäinen merkitys.⁸⁹ Ennen haasteen tiedoksiantoa tuomioistuin voi varsin vapaasti päättää (ZPO § 272), pidetäänkö suullinen valmisteluistunto (früher erster Termin zur mündlichen Verhandlung, ZPO § 275) vai toimitetaanko valmistelu pelkästään kirjallisena (schriftliches Vorverfahren, ZPO § 276); vastaus on joka tapauksessa kirjallinen (ZPO § 275 I). Edellinen menettely valitaan yleensä, jos asia on yksinker-

⁸⁴ Ks. Hov s. 68 ja 97 s, Schei II s. 196 ja Michelsen s. 52.

⁸⁵ Ks. Bet. 1973:698 s. 24–26 ja 149 s, Gomard s. 155–157 ja 177–184, Gomard ym. s. 447 s, 450 s ja 462 s, Zahle 1983 s. 116–120 ja 140–142, Smith s. 61, 70 ja 153 s sekä Grathe s. 243–246.

⁸⁶ Ks. Holzhammer s. 199–201 ja 124 sekä Fasching s. 564–569.

⁸⁷ Ks. Holzhammer s. 203–206 ja 209 s sekä Fasching s. 370–372.

⁸⁸ Ks. esim. Rosenberg ym. s. 601, Jauernig s. 93 s, Zöller ym. s. 4 ja Thomas – Putzo s. 590 sekä tuomarin roolin kannalta Laukkanen s. 90–92.

⁸⁹ Baur näki valmisteluistunnon tehtävät laajempina kuin ne lopulta toteutettiin, ks. Baur s. 19–21.

tainen ja nopeasti päätettävissä, jälkimmäinen, jos asia vaatii laajaa valmistelua.⁹⁰ Riidattomat ja muuten selvät asiat voidaan ratkaista valmisteluistunnossa. Kummassakin vaihtoehdossa valmistelu jatkuu kirjallisena (ZPO § 275 III ja IV).⁹¹

Ruotsissa valmisteluistunto ja sen yhteydessä pidettävä pääkäsittely saadaan myös varsin laajalti toimittaa kaikkien asianosaisten ja tuomarin välisenä puhelinkokouksena (RB 42:10 ja 20.3 §; »telefonsammanträde«). Eräissä tilanteissa myös vähemmän merkittävää todistelua voidaan ottaa vastaan puhelimitse pääkäsittelyssä (RB 43:8.4).⁹² Suomessa puhelimen tai muun vastaavan viestintävälineen käyttö oikeudenkäynnissä ei *de jure* ole mahdollista voimassa olevan lain mukaan.⁹³ Puhelinkokous on lähellä suullista istun tokäsittelyä, mutta siitä puuttuu näköyhteys kuultavaan henkilöön. Tämän vuoksi sen käyttöön todistelutarkoituksessa pääkäsittelyssä olisi mielestäni syytä suhtautua pidättyvästi myös *de lege ferenda*.⁹⁴ Sen sijaan puhelinkokouksen käyttöön ottoon valmistelun – mutta ei ainakaan erillisen pääkäsittelyn – asianosaiskeskustelussa ei liene periaatteellista estettä.⁹⁵

Myös oikeudenkäynnin *välittömyydellä* voidaan viitata tarkkaan otten hie man eri asioihin. Tässä oikeudenkäynnin välittömyydellä tarkoitetaan, että oikeudenkäyntiaineisto esitetään suoraan, ilman välikäsiä asian ratkaisevalle tuomioistuimen kokoonpanolle ja että ratkaisu voi perustua vain näin vastaanotettuun oikeudenkäyntiaineistoon.⁹⁶ Siviiliprosessin välittömyys alioikeudessa toteutettiin vasta vuoden 1993 uudistuksessa. Keskeisin säännös on OK 24:2.1, jonka mukaan tuomiossa saadaan ottaa huomioon vain se oikeudenkäyntiaineisto, joka on esitetty pääkäsittelyssä.⁹⁷ Toiseksi todisteet on otet-

⁹⁰ Ks. esim. Bender ym. s. 3, Baumbach ym. s. 830 s ja 837 s, Zöller ym. s. 739, 744 ja 746, Thomas – Putzo s. 590 s ja Zeiss s. 81.

⁹¹ Ks. esim. Jauernig s. 68 s, 90 s ja 94 s.

⁹² Ks. Prop 1986/87:89 s. 79–81, 127–130, 200 s, 213 ja 220 s.

⁹³ Eri asia on, että puhelinta luonnollisesti voidaan ja sitä tulee käyttää epävirallisissa yhteydenotoissa *de facto*. Ks. Lappalainen Sp I s. 85.

⁹⁴ Jos käytettävissä on reaaliaikainen, audiovisuaalinen »näköpuhelin» tms., ollaan jo varsin lähellä normaalia todistajankuulustelua.

⁹⁵ Ks. myös Virolainen 1995 s. 239 s.

⁹⁶ Ks. esim. HE 1990:15 s. 5 s, Lappalainen s. 10 ja Jonkka LM 1992 s. 702. Samoin esim. Hassler s. 219 ja 227 s, Hov s. 69, Rosenberg ym. s. 449, Jauernig s. 91 ja Zeiss s. 73. Holzhammer käyttää tätä tarkoittaen termiä »persönliche Unmittelbarkeit», Holzhammer s. 130 s.

⁹⁷ Alun perin L:ssa 1064/91 säännös oli 24:13.1:ssä. – Sääntö on sama myös Tanskassa, vaikkei siellä ole muista pohjoismaista poiketen nimenomaista säännöstä asiasta, ks. Gomard s. 7, 186, 189, 191 ja 346, Zahle 1983 s. 157 ja Smith s. 162.

tava vastaan pääkäsitteilyssä (17:8a.1). Kolmanneksi ratkaisuun ei voi osallistua sellainen tuomioistuimen jäsen, joka ei ole ollut läsnä koko pääkäsitteilyn ajan (6:1.2 ja 3 mom). Neljänneksi päätösneuvottelu on pidettävä heti pääkäsitteilyn päätyttyä tai viimeistään seuraavana arkipäivänä ja tuomio on julistettava heti tai annettava laissa säädettyssä lyhyehkössä ajassa (24:8.1 ja 2 mom). Tuomiosta on siis päätettävä heti, vaikka tuomio annettaisiin esimerkiksi perustelujen viimeistelemisen vuoksi myöhemmin.⁹⁸

Oikeudenkäynnin *keskitys* puolestaan tarkoittaa, että jutun tutkiminen ja ratkaiseminen tapahtuvat yhdessä yhtäjaksoisessa menettelyssä, ilman lykkäyksiä.⁹⁹ Vuoden 1993 siviiliprosessiuudistuksessa pääkäsitteilyn keskitys käräjäoikeudessa pyrittiin toteuttamaan varsin tiukoilla säännöksillä.¹⁰⁰ OK 6:5.1:n mukaan asia on käsiteltävä pääkäsitteilyssä yhtäjaksoisesti. Aloitetun pääkäsitteilyn lyhytaikainen keskeyttäminen on mahdollista (6:5.2 ja 3 mom), mutta sen lykkääminen on sallittua ainoastaan laissa mainittujen välttämättömien syiden perusteella (6:10.1), esimerkiksi jos tuomioistuimen tietoon on tullut uusi tärkeä todiste, joka voidaan ottaa vastaan vasta myöhemmin (6:10.1:n 2 kohta). Lykkääminen on tällöinkin mahdollista vain rajoitetuksi ajaksi: kokonaan uusi pääkäsitteily on pääsääntöisesti toimitettava, jos pääkäsitteily on yhden tai useamman kerran ollut lykättyä yhteensä yli 14 päivää (6:11 ja 12 §).

Lausuttu on koskenut ennen muuta varsinaista erillistä, yleensä kolmen lainoppineen tuomarin pääkäsitteilyä. Pääkäsitteily voidaan myös pitää välittömästi sen valmisteluistunnon yhteydessä, jossa valmistelu on todettu päättyneeksi, tai viimeistään 14 päivän kuluessa, jos asianosaiset tähän suostuvat tai jos asia on »selvä» (6:15.1); ratkaisulta on valmistelua johtavalla tuomarilla.¹⁰¹ Käytännössä tällainen valmistelun yhteydessä pidettävä pääkäsitteily eli ns. *pieni pääkäsitteily* on muodostunut poikkeuksesta säännök-

⁹⁸ Tämä on tärkeää erityisesti todistelusta saatujen muistikuvien kannalta, ks. Ekelöf JFT 1984 s. 432. Ks. myös Holzhammer s. 131 (»zeitliche Unmittelbarkeit») ja Council of Europe s. 8 ja 18.

⁹⁹ Ks. esim. Tirkkonen Sp I s. 93 s, Jokela 1988 s. 66, HE 1990:15 s. 6 ja Hassler s. 219 s. Ks. myös Jauernig s. 94 (»Konzentrationsmaxime»), Baumbach ym. s. 832 (»Zusammenfassungsgrundsatz»), Holzhammer s. 136 ja Fasching s. 334 s.

¹⁰⁰ Vrt. esim. Tanskan huomattavasti väljempään säännökseen Rpl § 345, josta Gormard s. 189.

¹⁰¹ Ruotsissa kriteerinä on, että asia on »ilmeinen» (uppenbar) eli mahdollisuus on varsin rajoitettu (RB 42:20), josta SOU 1938:44 s. 440 s, Gärde ym. s. 606 s, Hassler s. 250, Fitger s. 251 ja RB s. 42:62 s. Toisaalta myös erillisessä pääkäsitteilyssä riittää nykyisin usein yhden tuomarin kokoonpano (RB 1:3a.3). Vrt. myös Tml § 305.2, josta Schei II s. 200, ja Rpl § 356.3, josta Bet. 1973:698 s. 150–152.

si¹⁰² ja erilliset pääkäsittelyt ovat jääneet hyvin vähälukuisiksi.¹⁰³ Valmistelua jatketaan usein enemmän tai vähemmän 'muodon vuoksi' toisessa istunnossa, jonka jälkeen pidetään pieni pääkäsittely. Suuntaus on valitettava, koska uuden siviiliprosessin ytimenä on juuri suullinen, välitön ja keskitetty pääkäsittely. Kyse voi kuitenkin olla osittain ohimenevästä ilmiöstä, joka on aiheutunut muun muassa kärjäoikeuksien resurssipulasta. Pääkäsittely tulisi pitää valmistelun yhteydessä lähinnä jutuissa, joissa ratkaistavat ongelmat ovat melko yksinkertaisia oikeuskysymyksiä tai joissa esitettävä todistelu on supeaa.¹⁰⁴

Tarkastelluista määreistä pieneen pääkäsittelyyn sopii yhtä ankarasti ainoastaan suullisuus. Pieni pääkäsittely ei ole ratkaisukäsittelynä välttämättä yhtä välitön eikä yhtä keskitetty kuin erillinen pääkäsittely.¹⁰⁵ Jos pääkäsittely pidetään valmistelun yhteydessä, oikeudenkäyntiaineistona otetaan huomioon kaikki se, mitä on tapahtunut viimeisessä suullisen valmistelun istunnossa, jollei tuomioistuim toisin määrää (6:17, L 595/93). Vastaavasti tuomiossa saadaan ottaa huomioon myös viimeisessä suullisen valmistelun istunnossa tapahtunut, joka otetaan oikeudenkäyntiaineistona huomioon (24:2.1).¹⁰⁶ Päätöksenteko saattaa siten perustua myös viimeisen valmisteluistunnon pöytäkirjasta ilmenevään aineistoon.¹⁰⁷ Viimeisen valmisteluis-

¹⁰² Joissakin yhteyksissä on käytetty ilmaisua »välitön pääkäsittely»; tämä on kuitenkin sikäli harhaanjohtava, että myös ja ennen muuta erillinen pääkäsittely on välitön em. mielessä.

¹⁰³ *Ervastin* mukaan vuonna 1995 pääkäsittelyyn edenneistä asioista 97 prosenttia ratkaistiin yhden tuomarin käsittelyssä, vain kaksi prosenttia kolmen tuomarin kokoonpanossa ja yksi prosentti lautamieskokoonpanossa, ks. *Ervasti* 1997 s. 53. Spakin mukaan myös Ruotsissa ainoastaan keskimäärin yksi prosentti riitajutuista joutui pääkäsittelyyn kollegiaalisessa kokoonpanossa, ks. *Spak* s. 1057.

¹⁰⁴ Ks. myös *Stenbäck* s. 206 ss.

¹⁰⁵ Tuomari ei voi vaihtua kesken käsittelyn: pääkäsittely saadaan pitää valmistelun yhteydessä vain, milloin valmistelua johtanut tuomari toimii tuomarina myös pääkäsittelyssä (6:16).

¹⁰⁶ Alun perin säännösten välillä oli ristiriita: 6:17:n (L 1052/91) mukaan valmistelun yhteydessä pidettävässä pääkäsittelyssä otettiin oikeudenkäyntiaineistona huomioon koko valmistelun oikeudenkäyntiaineisto esittämättä sitä uudelleen, jollei tuomioistuin toisin määrännyt. Säännös muutettiin tähän muotoon vasta eduskunnassa, ks. *LaVM* 1990:16 s. 7 vrt. *HE* 1990:15 s. 87 s.

¹⁰⁷ Käytännössä on esiintynyt taipumusta siihen, että viimeisessä valmisteluistunnossa vain 'uudistetaan' se, mitä on jo edellisessä valmisteluistunnossa lausuttu. Tällöin 24:2.1:n edellytykset eivät täyty: kyse ei ole viimeisessä suullisen valmistelun istunnossa tapahtuneesta. Muunlainen kanta merkitsisi välittömyyden vaarantumista, koska ensimmäisestä valmisteluistunnosta on saattanut kulua hyvinkin pitkä aika.

tunnon ja pääkäsittelyn välillä on saattanut kulua enimmillään 14 vuorokautta.

Näistä poikkeuksista huolimatta välittömyys ja keskitys ovat selviä lähtökohtia myös pienessä pääkäsittelyssä. Tämän tutkimuksen kannalta on erityisesti huomattava, että todistelu on joka tapauksessa otettava vastaan vasta pääkäsittelyssä, olipa se erillinen tai ei (17:8a.1). Todistelua ei – poikkeustilanteita lukuunottamatta – voida ottaa vastaan edes viimeisessä suullisen valmistelun istunnossa, kun juttu siirretään pieneen pääkäsittelyyn. Tällöinkään tuomio ei siten voi perustua vielä valmistelussa vastaanotettuun todistusaineistoon. – Jäljempänä pidetään lähtökohtaisesti silmällä varsinaista erillistä pääkäsittelyä, joka on tutkimuksen kysymyksenasettelun kannalta ’puhdaspiirteisempi’. Pientä pääkäsittelyä koskevista poikkeuksista huomautetaan erikseen.

3.2 Riita-asian valmistelun tehtävät kärjäoikeusmenettelyssä

3.2.1 Yleistä

Mitkä ovat riita-asian valmistelun tehtävät (funktiot) kärjäoikeusmenettelyssä? Sekä lainvalmistelutöissä että oikeuskirjallisuudessa on katsottu, että valmistelun tärkein tehtävä on mahdollistaa ja turvata pääkäsittelyn keskitys.¹⁰⁸ Jatkossa tätä riita-asian valmistelun tehtävää kutsutaan valmistelun *keskitysfunktioksi*.¹⁰⁹ Pääkäsittelyn suullisuus ja välittömyys edellyttävät sen keskitystä, joka puolestaan välttämättä edellyttää, että juttua on riittävästi valmisteltu ennen pääkäsittelyä. Kokonaan valmistelemattoman tai riittämättömästi valmistellun jutun tuominen suoraan pääkäsittelyyn merkitsisi yleensä, että juttu olisi syystä tai toisesta lykättävä uuteen käsittelytilaisuuteen.¹¹⁰ Toiseksi valmistelu turvaa sitä, että pääkäsittelyssä saadaan riittävä sisällölli-

¹⁰⁸ Ks. esim. HE 1990:15 s. 24, Möller DL 1989 s. 265 s, Lappalainen s. 51 ja Virolainen s. 91. Ks. myös SOU 1926:33 s. 42 ja 48 s, SOU 1938:44 s. 24, SOU 1982:26 s. 82 s, Prop 1986/87:89 s. 191, Ekelöf V s. 20, Hassler s. 229, Skeie II s. 176 s ja Bet. 1973:698 s. 21.

¹⁰⁹ Valmistelun keskitysfunktio viittaa siis nimenomaan pääkäsittelyn keskitystä turvaavaan tehtävään. Valmistelukin on pyrittävä toteuttamaan mahdollisimman keskitetysti, jolloin voidaan puhua valmistelun keskityksestä (ks. jäljempänä jaksossa 3.3 lausuttua).

¹¹⁰ Riita-asiaa ei de lege lata voida viedä suoraan pääkäsittelyyn, vaan käsittely alkaa aina ensin valmistelulla: vastaajaa ei voida haastaa vastaamaan suoraan pääkäsittelyistuntoon.

nen perusta tuomioistuimen päätöksenteolle.¹¹¹ Lyhyesti sanottuna valmistelussa pääkäsittely valmistellaan.¹¹²

Riita-asioiden käräjäoikeusmenettelyä on tässä suhteessa havainnollista verrata *rikosprosessiin*. Tavallisissa rikosasioissa jo poliisin toimittama esitutkinta täyttää sen pääkäsittelyn keskitystä palvelevan tehtävän, jonka riita-asioissa toteuttaa vasta tuomioistuimessa tapahtuva valmistelu.¹¹³ Lisäksi syyttäjän on ilmoitettava haastehakemuksessa mm. todisteet, jotka hän aikoo esittää, sekä mitä hän kullakin todisteella aikoo näyttää toteen (ROL 5:3.1:n 7 kohta ja 4 §). Vastaajan on pääsääntöisesti ilmoitettava vastaavat tiedot kirjallisessa tai suullisessa vastauksessaan (ROL 5:9.1:n 3 ja 4 kohdat). Esitutkintapöytäkirjan, syyttäjän haastehakemuksen ja mahdollisen vastaajan kirjallisen vastauksen perusteella tuomioistuin ja asianosaiset voivat normaalisti muodostaa riittävän kuvan siitä, mistä jutussa on kysymys ja millaista todistelua siinä tullaan esittämään, sekä siten suunnitella pääkäsittelyn kulun ilman lykkäysuhkaa.

Virallisen syyttäjän ajamassa rikosasiassa onkin toimitettava suullinen valmistelu vain, jos pääkäsittelyn keskittämisen turvaaminen sitä erityisestä syystä edellyttää (ROL 5:10.1). Suullista valmisteluistuntoa saattaa edellyttää esimerkiksi todistelun selvittäminen pääkäsittelyä varten laajoissa ja monimutkaisissa rikosasioissa.¹¹⁴ Jos sen sijaan syytetä ajaa asianomistaja yksin (ns. asianomistajajuttu), tarve jutun suulliseen valmistelemiseen tuomioistuimessa on yleensä suurempi. Asianomistajajutussa onkin toimitettava valmistelu, jollei sitä toimitetun esitutinnan johdosta tai muusta erityisestä syystä pidetä tarpeettomana (ROL 7:9.1).¹¹⁵ Näiden asioiden valmistelu lähestyy sisällöllisesti riita-asian valmistelua (ks. ROL 7:9–16).¹¹⁶

¹¹¹ Ks. SOU 1926:33 s. 42.

¹¹² Valmistelun keskitysfunktion ohella voitaisiinkin puhua valmistelun valmistelufunktiosta, jota ei kuitenkaan tässä termin tautofonisuuden vuoksi käytetä.

¹¹³ Ks. HE 1995:82 s. 26, LaVM 1997:9 s. 8 ja 13 sekä Helminen 1992 s. 17. ETL 5.2:n mukaan esitutkinnassa asia on valmisteltava siten, että todistelu voidaan pääkäsittelyssä ottaa vastaan yhdellä kertaa. Hallituksen esityksen mukaan (HE 1995:82 s. 157) pykälää muutettiin, jotta siitä »selvästi kävisi ilmi, että esitutkinta on rikosasian valmistelua, jonka tarkoituksena on mahdollistaa keskitetyn pääkäsittelyn toimittaminen». Tarvittaessa tuomioistuimen on täydennyt esitutkintaa (ROL 5:7), ks. HE 1995:82 s. 67. Ks. myös Jokela 1997 s. 106 ja 194.

¹¹⁴ Ks. HE 1995:82 s. 69 s, jossa mainitaan esimerkkeinä laajat talous-, konkurssi-, vero-, petos- ja huumausainerikokset. Valmistelussa tuomioistuin voi myös päättää ns. valmistelevaan toimenpiteeseen ryhtymisestä (ROL 5:11), ks. HE 1995:82 s. 71. Ks. myös Jokela 1997 s. 203 ss.

¹¹⁵ Ks. HE 1995:82 s. 100.

¹¹⁶ Ks. Jokela 1997 s. 259 ss. Jäljempänä rikosprosessista esitettävät yksityiskohtaisemmat vertailevat havainnot koskevat yleensä virallisen syyttäjän ajamia rikosasioita,

Toinen lyhyt vertailu on syytä tehdä riita-asian valmisteluun *muutoksenhaussa*. Muutoksenhakuvaiheessa ollaan toisenlaisessa tilanteessa kuin alioikeudessa, koska juttu on jo kerran perusteellisesti käsitelty ja ratkaistu, joten samanlaista asian valmistelutarvetta kuin ensiasteessa ei muutoksenhakuasteessa enää ole. Kysymys on usein vain jutun valmistelemisesta esittelystä tapahtuvaa päätöksentekoa varten. Kuitenkin niissä tapauksissa, joissa hovioikeudessa (tai korkeimmassa oikeudessa) toimitetaan suullinen pääkäsittely, valmistelun tehtävät lähestyvät alioikeusvalmistelun tehtäviä: valmistelu mahdollistaa keskitetyn suullisen pääkäsittelyn toimittamisen hovioikeudessa.¹¹⁷

Ennen vuoden 1998 hovioikeusprosessiuudistusta oikeudenkäymiskaari ei ole tuntenut varsinaista valmistelua hovioikeudessa.¹¹⁸ Uuden OK 26 luvun (L 165/98) mukaan hovioikeusmenettely jakautuu selkeästi (esittelijän ja yhden jäsenen toimittamaan) valmisteluun ja ratkaisuvaiheeseen.¹¹⁹ Ratkaisuvaiheena on joko esittelyyn perustuva kirjallinen menettely tai suullinen pääkäsittely, jossa mm. suullinen todistelu otetaan vastaan. Hovioikeus voi tarvittaessa valmistella asiaa noudattaen soveltuvien osin, mitä valmistelusta käräjäoikeudessa säädetään. Valmistelu voi olla kirjallista tai suullista taikka molempia (ks. erit. OK 26:7–9).¹²⁰

Pääkäsittelyn keskityksen turvaaminen ei kuitenkaan ole riita-asian valmistelun ainoa tehtävä käräjäoikeusmenettelyssä. Suomessa on katsottu, että valmistelulla on ns. kaksoisfunktio: keskitystehtävän lisäksi valmistelu toisaalta mahdollistaa riidattomien ja muuten selvien asioiden ratkaisemisen nopeasti ja yksinkertaisesti jo valmistelussa.¹²¹ Kanteen jättäminen tutkimatta tai sillensä taikka sen hylkääminen tai hyväksyminen joko yksipuolisella tuomiolla asianosaisen laiminlyönnin perusteella tai tuomiolla asianosaisen disponoinnin perusteella voidaan tehdä jo valmistelussa. *Ekelöf* puolestaan puhuu valmistelun kaksoisfunktioista nähtävästi hieman toisessa mielessä: val-

koska ne ovat käytännössä huomattavasti yleisempiä ja muodostavat selvemmän vertailukohdan riita-asian valmistelulle kuin asianomistajajutut.

¹¹⁷ Ks. myös KM 1992:20 s. 56–61.

¹¹⁸ Käytännössä joissakin hovioikeuksissa on kuitenkin pidetty jopa vapaamuotoisia suullisia valmisteluistuntoja, joissa on valmisteltu suullista käsittelyä, ks. Liljenfeldt DL 1995 s. 252 s.

¹¹⁹ Ks. LaVM 1997:19 s. 3.

¹²⁰ Ks. LaVM 1997:19 s. 5 ja 13 sekä HE 1997:33 s. 27–29, 61 s ja 89.

¹²¹ Ks. HE 1990:15 s. 23, Lappalainen s. 52 ja Virolainen s. 91. Samoin esim. SOU 1926:33 s. 43 ja 49, SOU 1938:44 s. 25, Gärde ym. s. 583, Gomard s. 155, Zahle 1983 s. 114 s ja Holzhammer s. 124 s. Norjassa sen sijaan alioikeusvalmistelulla nähdään olevan lähinnä ainoastaan keskitystehtävä, ks. Hov s. 97 ja Schei II s. 196 s; syynä tähän lienee se, että ratkaisu- ja sovintofunktio on erillisellä sovintolautakunnalla (forlikrådet).

mistelu myötävaikuttaa siihen, että riita-asiat sovitaan asianosaisten kesken.¹²² Tuomarin johdolla tapahtuva aktiivinen suullinen valmistelu saa usein aikaan sen, että asianosaiset ovat valmiita sopimaan asian.

Tällä perusteella riita-asian valmistelun tehtävät käräjäoikeusmenettelyssä voidaan jakaa kolmeen eri funktioon: 1) keskitysfunktioon, 2) ratkaisufunktioon ja 3) sovintofunktioon.¹²³ Ratkaisu- ja sovintofunktioiden erottelun syy on tässä se, että tuomioistuimen eli valmistelua johtavan tuomarin rooli on näissä tehtävissä varsin erilainen. Valmistelun ratkaisufunktiolla tarkoitetaan, että valmistelun tarjoaa mahdollisuuden ratkaista riidattomat ja muuten selvät asiat nopeasti ja yksinkertaisesti jo valmistelussa. Tuomioistuimen rooli on tässä passiivisen toteava: asian riidattomuus tai muu selvyys todetaan ja asia ratkaistaan tämän mukaisesti. Valmistelun sovintofunktiolla sen sijaan tarkoitetaan, että valmistelu tarjoaa mahdollisuuden sovintoon, johon myös valmistelua johtavan tuomarin on pyrittävä. Ratkaisufunktio viittaa siis passiiviseen selvien asioiden ratkaisemiseen; sovintofunktio taas viittaa aktiiviseen sovintoon pyrkimiseen.¹²⁴

On syytä erikseen korostaa, että valmistelun tehtävänä *ei* ole todistusaineiston tai muunkaan oikeudenkäyntiaineiston vastaanotto pääasian ratkaisemista varten. Pääkäsittelyyn saakka etenevissä riitaisissa ja ei-selvissä asioissa vasta pääkäsittely on varsinainen oikeudenkäynti, jota valmistelu on ainoastaan valmistelevasti palvellet. Tuomiota ei saa perustaa valmistelussa, vaan vasta pääkäsittelyssä vastaanotettuun oikeudenkäyntiaineistoon (OK 24:2.1).¹²⁵ – Seuraavassa tarkastellaan mainittuja kolmea valmistelun funktiota kutakin erikseen. Painopiste on tutkimustehtävän mukaisesti valmistelun keskitysfunktiossa, jota tarkastellaan tässä luvussa alustavasti ja yleisesti.

¹²² Ks. Ekelöf SvJT 1977 s. 388 ss ja V s. 53, varovaisemmin SOU 1926:33 s. 51. Ks. myös esim. Habscheid – Berti s. 47–50, joiden mukaan valmisteluvaiheella on kolme funktiota manner-eurooppalaisissa järjestelmissä: »identification of issues», »evidentiary function» ja »conciliatory function».

¹²³ Ks. myös Hassler s. 239 s.

¹²⁴ Kun asianosaiset ovat tosiasiallisesti pääseet sovintoon, asia ratkaistaan valmistelussa muodollisella perusteella tai jätetään sillensä; sovintofunktio viittaa tätä edeltävään toimintaan. Valmistelun tehtävien jakaminen kolmeen tuo esiin ja korostaa valmistelun sovintofunktiota pelkän ratkaisufunktion rinnalla.

¹²⁵ Poikkeuksen muodostaa kuitenkin viimeisessä valmistelutunnossa esitetty oikeudenkäyntiaineisto pienessä pääkäsittelyssä. Tällöinkään kysymys ei normaalisti voi olla todistusaineistosta (17:8e.1). Pienen pääkäsittelyn osalta ei siten voida puhua pelkästään valmistelun keskitysfunktiosta, koska osittain myös valmistelun tehtävänä on ollut toimia tuomion perustaksi pantavan oikeudenkäyntiaineiston esittämistilaisuutena. Seuraavassa pidetään kuitenkin ensisijaisesti silmällä erillistä pääkäsittelyä.

Valmistelun ratkaisu- ja sovintofunktiosta esitetään havaintoja ainoastaan siltä osin, kuin myös niillä on merkitystä todistelun valmistelun kannalta.

3.2.2 Valmistelun keskitysfunktiosta

Jotta riita-asian valmistelu täyttäisi pääkäsittelyn keskitystä palvelevan tehtävänsä, valmistelu on toimitettava siten, että käräjäoikeuden pääkäsittely todella voidaan pitää yhtäjaksoisesti. OK 5:17:ssä on yleissäännös, jonka mukaan tuomioistuimen on toimitettava valmistelu siten, että asia voidaan käsitellä pääkäsittelyssä yhtäjaksoisesti. Säännöksen soveltumisalana on nähdäkseni riita-asian valmistelu kokonaisuudessaan.¹²⁶ OK 5:17:n voitaneen katsoa ilmaisevan tavoitetyyppisen normin, jonka mukaan pääkäsittelyn keskitykselle on luotava mahdollisimman hyvät edellytykset valmistelussa. Ensinnäkin pääkäsittely voi olla enemmän tai vähemmän yhtäjaksoinen.¹²⁷ Toiseksi valmistelun aikana ja vielä sen päättämishetkelläkin on mahdotonta varmasti tietää, voidaanko pääkäsittely lopulta toimittaa keskitetysti ja kuinka keskitetysti.¹²⁸ OK 5:17 siten lähinnä ohjaa tuomioistuimen muodollisen ja materiaallisen prosessinjohton suuntaa valmistelussa.¹²⁹ Valmistelua johtavan tuomarin on kaikissa valmistelun vaiheissa ja kaikissa valmistelussa esille tulevilla yksittäiskysymyksissä otettava valmistelun keskitystehtävä huomioon.

OK 5:17:n sisältö jää kuitenkin melko epämääräiseksi, koska säännös ilmoittaa ainoastaan valmistelun tavoitteen eikä kerro tarkemmin, miten valmistelu on toimitettava. Tämä täsmentyy OK 5 luvun muissa säännöksissä, ennen muuta OK 5:19:ssä, joka sääntelee valmistelun sisältöä.¹³⁰ Ensinnä-

¹²⁶ Säännös koskenee siis myös kirjallista alkuvalmistelua, vaikka säännöksen sijainti OK 5 luvussa liittää sen lähinnä suulliseen jatkovalmisteluun. Ks. myös Brolin ym. s. 51.

¹²⁷ Toisessa ääripäässä pääkäsittely pidetään alusta loppuun samana päivänä tai peräkkäisinä päivinä, toisessa ääripäässä pääkäsittely voi olla lykättyä yhteensä jopa 45 päivää ilman, että uutta pääkäsittelyä tarvitsee välttämättä toimittaa (OK 6:11).

¹²⁸ Pääkäsittelyssä asianosainen saattaa esim. vedota OK 6:9:n estämättä sellaiseen uuteen todisteeseen, jonka vuoksi pääkäsittely on lykättävä.

¹²⁹ Ks. myös Lappalainen s. 51, jonka mukaan lainkohta on perussäännös siitä, mitä näkökohtia silmällä pitäen tuomioistuimen tulee johtaa valmistelua.

¹³⁰ Hallituksen esityksessä korostetaan OK 5:17:n yhteyttä nimenomaan OK 5:19:ään: OK 5:17:n »perusteella tuomioistuimen tulee huolehtia siitä, että kaikki 19 §:ssä mainitut seikat on valmistelussa selvitetty niin hyvin, että ehdotuksessa tarkoitetut suullisen, välittömän ja keskitetyn pääkäsittelyn toteuttamisen edellytykset ovat olemassa», HE 1990:15 s. 63. Ks. myös Ruotsin osalta SOU 1926:33 s. 51, SOU 1938:44 s. 431, SOU 1982:26 s. 84 s, Prop 1986/87:89 s. 191, Gärde ym. s. 584 s ja Hassler s. 221 s.

kin OK 5:19:n 1 kohdan mukaan valmistelussa on selvitettävä asianosaisten *vaatimukset ja niiden perusteet* eli oikeudenkäynnin 'kohde'.¹³¹ Valmistelussa siis lyhyesti sanottuna käydään riita-asian rajat; valmistelussa selvitetään, mistä jutussa on kysymys ja mistä siinä ei ole kysymys.¹³²

Dispositiivisessa riita-asiassa asianosaiset itse rajaavat oikeudenkäynnin kohteen prosessitoimillaan. Ensinnäkin tuomioistuin on riita-asiassa sidottu asianosaisten vaatimuksiin ja niitä koskeviin disponointeihin. Tuomioistuin ei saa tuomita muuta tai enempää kuin asianosainen on vaatinut (OK 24:3.1; ns. vaatimistaakka).¹³³ Toiseksi tuomioistuin on sidottu niihin oikeustositseikkoihin, joihin asianosaiset ovat vaatimustensa perusteina vedonneet: tuomiota ei saa perustaa seikkaan, johon asianosainen ei ole vaatimuksensa tueksi vedonnut (24:3.2; ns. väittämistaakka). Uusien vaatimusten tai perusteiden esittäminen vasta pääkäsittelyssä ei yleensä ole mahdollista. Kantaja ei enää pääkäsittelyssä saa esittää uusia vaatimuksia; kanteenmuutoskielto on voimassa ehdottomampana kuin valmisteluvaiheessa (14:2.2).¹³⁴ Dispositiivisen riita-asian pääkäsittelyssä asianosainen ei lähtökohtaisesti myöskään saa vedota seikkaan, johon hän ei ole vedonnut valmistelussa (6:9; ns. preklusio). Tehtävänasettelun mukaisesti oikeudenkäynnin 'kohteen' rajaaminen valmistelussa jää tässä tutkimuksessa taustalle.

Toinen valmistelun tehtävä keskitysfunktion sisällä – joka on samalla tämän tutkimuksen varsinainen aihe – on *todistusaineiston* selvittäminen (kar-toittaminen). OK 5:19:n 3 kohdan mukaan valmistelussa on selvitettävä, mitä todisteita tullaan esittämään ja mitä kullakin todisteella aiotaan näyttää to-

¹³¹ Ks. myös Laukkanen s. 4 s, joka kuitenkin puhuu »riidan kohteesta». Varsinkin saksalaisessa prosessioikeustieteessä siviiliprosessin 'kohde' on saatettu ymmärtää substanssikäsittteenä, josta voitaisiin johtaa ratkaisuja yksittäisiin asian 'identiteettiä' koskeviin kysymyksiin. Ks. tämän käsityksen kritiikistä Ekelöf 1956 s. 104 ss. Ekelöfin mukaan oikeudenkäynnin kohde on yritetty konstruoida siten, että tärkeät prosessuaaliset säännöt näyttäytyvät sen seurauksina; edelleen on pidettu itsestään selvänä, että kysymys oikeudenkäynnin kohteen identiteetistä ratkeaa samojen kriteerien mukaan riippumatta siitä, mikä prosessuaalinen instituutio on kysymyksessä, Ekelöf – Boman I s. 40.

¹³² Ks. myös Habscheid – Berti s. 47 s: »The identification of the dispute between the parties must be taken as the prime function of the pre-trial stage», Kaplan – Clermont s. 9: »reducing the case to clear and manageable issues of fact and law» ja »laying bare what the controversy is about» sekä Kane s. 85: »framing the litigation».

¹³³ Vastaavasti jos vastaaja myöntää kanteen (kokonaan tai osittain) oikeaksi tai jos kantaja luopuu kanteesta, tuomioistuimen on hyväksyttävä kanne tuomiolla myönnettyltä osin ja vastaavasti hylättävä kanne luovutulta osaltaan (OK 5:27:n 1 kohta).

¹³⁴ Kiellettyä kanteen muuttamista on myös uusiin perusteisiin vetoaminen, jos asia sen johdosta muuttuu toiseksi, riippumatta siitä, tapahtuuko tämä valmistelussa vai vasta pääkäsittelyssä (14:2.3).

teen. Valmistelussa on siis kartoitettava paitsi pääkäsittelyssä esitettävät *to-distuskeinot* myös se, mitä seikkoja niillä on tarkoitus näyttää (ns. *todistus-teemat*). Säännös on tämän tutkimuksen kannalta keskeisin. Todistusaineiston kartoitukseen liittyy myös säännöksen 2 kohta, jonka mukaan valmistelussa on selvitettävä, mistä asianosaiset ovat erimielisiä.¹³⁵ Jos tosiseikka on dispositiivisessa riita-asiassa riidaton, näyttö siitä ei ole tarpeen. Kun valmistelussa selvitetään tosiseikkoja koskeva erimielisyys, todistuskeinot ja niiden todistusteemat, tuomioistuinin voi yhtäältä torjua tarpeettomat todisteet ja toisaalta kaikki pääkäsittelyssä esitettävät todisteet ovat tiedossa pääkäsittelyyn mennessä, jolloin voidaan myös pyrkiä varmistamaan, että todisteet ovat yhdellä kertaa saatavilla pääkäsittelyssä. Asianosainen ei saa dispositiivisessa riita-asiassa ilman pätevää syytä pääkäsittelyssä vedota todistukseen, johon hän ei ole vedonnut valmistelussa (6:9).

Asianosaisten erimielisyys voi luonnollisesti koskea paitsi tosiseikkoja, myös niiden juridisia seuraamuksia. *Jura novit curia* -säännön vuoksi asianosaisten oikeudellisen erimielisyyden selvittämiseen valmistelussa ei OK 5:19:ssä ole nimenomaisesti kiinnitetty huomiota.¹³⁶ Oikeudellisten kysymysten alustava selvittäminen on kuitenkin valmistelussa välttämätöntä esimerkiksi sen vuoksi, että asianosainen ymmärtää vedota kaikkiin haluamiinsa relevantteihin seikkoihin (5:21.3). Oikeudellinen erimielisyys ei kuulu sen paremmin oikeudenkäynnin 'kohteeseen' (vaatimukset ja niiden perusteet)¹³⁷ kuin todistusaineistoon (todisteet ja niiden todistusteemat) edellä tarkoitettussa mielessä, vaan kysymys on vaatimusten oikeudellisesta hyväksyttävyydestä niiden perusteiden nojalla. Tutkimustehtävän vuoksi tässä tutkimuksessa ei tarkastella oikeuskysymyksen selvittämistä riita-asian valmistelussa muuten kuin siltä osin kuin kysymyksellä on merkitystä todistelun kannalta.

Tuomarin muodollinen ja materiaallinen prosessinjohto ei yksin riitä valmistelun keskitystehtävän toteuttamiseksi yksittäistapauksessa, vaan vaatimuksia on asetettava myös asianosaisille. Asianosaisten ja heidän asiamiestensä tai avustajiensa on toimittava valmistelussa siten, että pääkäsittely voidaan pitää keskitetysti.¹³⁸ Vaikka OK 5:17 koskee sanamuotonsa mukaan ainoastaan tuomioistuinta, siitä ei voida päätellä *e contrario*, ettei asianosai-

¹³⁵ Kuten Laukkanen s. 4 toteaa, kohdassa tarkoitettu erimielisyys voi koskea myös vaatimuksia.

¹³⁶ Asianosaisella ei ole »normitaakkaa», Havansi 1994 s. 93 s av 11.

¹³⁷ Vrt. Laukkanen s. 9, joka lukee oikeuskysymysten selvittämisen »riidan kohteen» selvittämiseen; ks. Lappalainen LM 1996 s. 138 s.

¹³⁸ Ks. myös Virolainen s. 91 ja esim. Prop 1986/87:89 s. 195 s, Bet. 1973:698 s. 22 ja 26, Gomard s. 197 ja Grathe s. 249.

silla olisi yleistä velvollisuutta pyrkiä keskitettyyn pääkäsittelyyn. Velvollisuus ilmenee OK 5 luvun muista säännöksistä, ennen muuta asianosaisten velvollisuuksia valmistelun sisällön suhteen sääntelevästä OK 5:21.1:sta, jonka mukaan asianosaisten on valmistelussa viipymättä esitettävä vaatimuksensa ja niiden perusteet sekä lausuttava siitä, mitä vastapuoli on esittänyt. Lisäksi hänen on ilmoitettava kaikki todisteet, jotka hän haluaa esittää, ja mitä hän aikoo kullakin todisteella näyttää toteen. Hänen on lisäksi esitettävä kaikki kirjalliset todisteet, joihin hän vetoaa.

Yksi prosessioikeustieteen klassisia kysymyksiä on ollut asianosaisten velvollisuuksien ja 'taakkojen' erottelu. Yleensä ero on varsin selvä. Taakoilla tarkoitetaan regulatiivisia prosessinormeja, jotka kohdistuvat ensisijaisesti tuomioistuimeen ja jotka merkitsevät asianosaiselle vain praktista toimimisvälttämättömyyttä, ei -velvollisuutta.¹³⁹ Esimerkiksi se, että tuomiota ei saa perustaa seikkaan, johon asianosainen ei ole vedonnut (OK 24:3.2), merkitsee asianosaisten väittämisen eli vetoamistaakkaa: asianosaisella ei ole velvollisuutta vedota mihinkään, mutta jos hän haluaa vaatimustensa menestyvän, hänen on vedottava kaikkiin relevantteihin seikkoihin; kysymys on siis teknisestä normista suhteessa asianosaiseen.¹⁴⁰ Erottelu ei kuitenkaan ole kaikissa suhteissa yhtä selvä eikä yksiselitteistä tai -mielistä erottelukriteeriä ole löydetty.¹⁴¹

Erottelun vaikeus koskee myös asianosaisten velvollisuuksia/taakkoja valmistelussa. Säädetäänkö esimerkiksi OK 5:21.1:ssä asianosaisten velvollisuudesta vai taakasta? Viime kädessä säännöksen sanktiona saattaa olla 'vain' jutun häviäminen, koska uuden oikeudenkäyntiaineiston esittäminen vasta pääkäsittelyssä estyy kanteenmuutoskiellon ja preklusion vuoksi. Kysymys on lopulta terminologinen, eikä luokitteluun pidä kytkeä oikeusseuraamuksia. Nähdäkseni olisi luontevinta puhua johdonmukaisesti asianosaisten velvollisuuksista valmis-

¹³⁹ Taakka-termi on kärsinyt viime vuosina inflaation, ks. siitä esim. Havansi Asianajajaliitto 1994 s. 91 ja 99. Mielestäni on kyseenalaista, tuleeko 'taakasta' lainkaan puhua silloin, kun kyseessä ei ole edes tuomioistuimeen kohdistuva *normi*. Esim. ns. »informointi- tai informaatiotaakka» perustuu pelkästään siihen praktiseen näkökohtaan, että tuomioistuimen tosiasialliset mahdollisuudet hankkia tietoa ratkaisunsa perustaksi ovat rajalliset, ks. siitä esim. Virolainen LM 1985 s. 1001 ja Lappalainen 1986 s. 396 av 33.

¹⁴⁰ Ks. teknisen normin käsitteestä von Wright s. 143.

¹⁴¹ Ks. esim. Lent, joka toteaa (s. 344 ja 346), että siviiliprosessissa asianosaisilla on vähän velvollisuuksia ja paljon taakkoja, koska häviämissanktio on tehokas. Lent tarkastelee (s. 348 ss) erilaisia mahdollisia erottamiskriteerejä, mutta päätyy varsin suhteelliseen eroon (s. 350–352): ratkaiseva on asianosaisten toiminnan »sisäinen arvottaminen»; taakan täyttäminen on jätetty asianosaisten vapaaseen harkintaan, kun taas velvollisuus merkitsee, että muunlainen toiminta on kiellettyä, oikeudenvastaista. Ks. myös Blomeyer s. 173 ja Jauernig s. 87, jonka mukaan taakan täyttäminen on asianosaisten omassa intressissä, velvollisuuden primaaristi ei.

telussa, koska säännösten täyttämistä ei ole jätetty asianosaisten vapaaseen harkintaan, vaan niiden sanktiona on mahdollinen preklusio tai kuluvastuu. Siis esimerkiksi jos asianosainen haluaa vedota johonkin seikkaan vaatimuksensa perusteena, hän on velvollinen tekemään tämän jo valmistelussa (5:21.1).¹⁴²

Toisaalta on syytä korostaa, että valmistelua *ei* saa viedä yksittäistapauksessa liian pitkälle eli että valmistelusta ei saa tehdä tosiasiallisesti pääkäsittelyä. Vasta pääkäsittely on sinne etenevissä asioissa varsinainen oikeudenkäynti ja valmistelu on lopulta ainoastaan palvellut sitä. Vaikka perusteellisen ja huolellisen valmistelun jälkeen puolet työstä on tehty, valmistelu ei saa kattaa koko prosessia. Esimerkiksi asianosaisten loppukeskustelutyypinen jutun näyttö- ja oikeuskysymyksen tarkempi arviointi kuuluu vasta pääkäsittelyn loppuun (ns. pledeeraus) eikä valmisteluun.¹⁴³

3.2.3 Valmistelun ratkaisufunktiosta

Riita-asian valmistelun tehtävät käräjäoikeusmenettelyssä eivät tyhjenny pääkäsittelyn valmisteleamiseen. Valmistelun toinen tärkeä tehtävä on, että se mahdollistaa riita-asian ratkaisemisen jo alioikeusmenettelyn alkuvaiheessa ilman, että asiaa tarvitsisi lainkaan viedä pääkäsittelyyn.¹⁴⁴ Valmistelun tästä tehtävästä käytetään tässä nimitystä valmistelun ratkaisufunktio. Lopullisen ratkaisun tekeminen valmistelussa, ennen muuta jo sen kirjallisessa vaiheessa yhden tuomarin toimesta on nopeampaa ja sekä asianosaisille että yhteiskunnalle huomattavasti halvempaa kuin jutun ratkaiseminen vasta aikaa vievän ja kalliin pääkäsittelyn jälkeen. Valmistelun ratkaisufunktion justifiokaationa on siis prosessiekonomia. Toisaalta oikeudenkäynnin varmuuden ja asianmukaisuuden vuoksi ainoastaan riidattomat tai muuten selvät asiat on voitava ratkaista jo valmistelussa.¹⁴⁵ Jos juttu on riitainen ja ei-selvä, se on

¹⁴² Ks. myös Lent s. 352 s, Kallweit s. 96–102, Leipold ZZP 1980 s. 240 s ja Rosenberg ym. s. 11. Vrt. Otto s. 133 s, Fuhrmann s. 17–20 ja Zeiss s. 77, jotka katsovat preklusiouhasta seuraavan vain taakan. Vrt. myös Havansi Asianajajaliitto 1994 s. 98, joka näyttää kyttävän velvollisuudet vain nimenomaisiin sanktioihin, kuten sakkoon tms.

¹⁴³ Ks. myös Michelsen s. 21 s.

¹⁴⁴ Virolainen kiteyttää tämän osuvasti, Virolainen s. 121 s: »Hieman paradoksaalisesti voidaan – sanoa, että tehokkaan valmistelun tarkoituksena on tehdä – pääkäsittely tarpeettomaksi, vaikka toisaalta sellaisen pääkäsittelyn turvaaminen onkin sen pää-tarkoituksena.»

¹⁴⁵ Dispositiivisen riita-asian yksinkertaisuus oikeudenkäyntimenettelyn kannalta voi siis perustua joko siihen, että asia on riidaton, jolloin asian ratkaisu määräytyy tällä pe-

siirrettävä pääkäsittelyyn ja ratkaistava siellä vastaanotetun oikeudenkäyntiaineiston perusteella.

Valmistelun ratkaisufunktio on keskeinen riita-asioiden alioikeusmenettelyä joustavoittava tekijä: menettely muodostuu asian laadun mukaan vaihtelevaksi siten, että yksinkertaiset asiat ratkaistaan yksinkertaisessa menettelyssä jo valmistelussa ja muut asiat perusteellisessa menettelyssä vasta pääkäsittelyssä. Samalla resursseja vapautuu yksinkertaisista asioista muihin asioihin. Alioikeusmenettelyn järjestäminen asian laadun mukaan entistä joustavammaksi oli yksi siviiliprosessiuudistuksen keskeisiä tavoitteita.¹⁴⁶ Jokaisessa alioikeusmenettelyn vaiheessa osa asioista ratkaistaan ja lukumääräisesti vain pieni osa jutuista päättyy pääkäsittelyyn saakka (ns. »suppilomalli»).¹⁴⁷ Pääkäsittelyyn etenevät toisaalta kuitenkin laadultaan ja laajuudeltaan vaativimmat ja samalla yleensä myös merkittävimmät jutut.

Millaiset asian käsittelyn päättävät ratkaisut sitten ovat mahdollisia dispositiivisen riita-asian valmistelussa *de lege lata*? Olennainen rajoitus on, että pääasiaa ei normaalisti voida ratkaista valmistelussa tuomiolla materiaalisella perusteella (OK 5:6, 13, 14 ja 27 §).¹⁴⁸ Pääasia voidaan ratkaista valmistelussa ainoastaan *muodollisella perusteella* eli joko tuomiolla asianosaisen disponoinnin (kanteesta luopumisen¹⁴⁹ tai sen myöntämisen) perusteella taikka yksipuolisella tuomiolla asianosaisen poissaolon tai siihen rinnastettavan lai-

rusteella, tai siihen, että asian ratkaisu on muuten selvä: on esimerkiksi selvää, että kanne on pantu vireille väärässä forumissa.

¹⁴⁶ Ks. HE 1990:15 s. 23. Lainvalmistelussa todettiin riita-asioiden alioikeusmenettelyn kaavamaisuuden olleen yleinen epäkohta: lähes kaikki riita-asiat niiden laadusta riippumatta käsiteltiin samanlaisessa menettelyssä, ks. HE 1990:15 s. 11. – Samansuuntaiset tavoitteet olivat myös Tanskan vuoden 1979 menettelyuudistuksen taustalla, ks. Bet. 1973:698 s. 9–14.

¹⁴⁷ Ks. Jokela 1988 s. 153 ja Virolainen s. 92 s. *Ervastin* mukaan vuonna 1995 kaikkiaan 95 prosenttia riita-asioista ratkaistiin kirjallisessa valmistelussa ja kaksi prosenttia suullisessa valmistelussa eli yhteensä 97 prosenttia; pääkäsittelyyn eteni siten vain kolme prosenttia asioista, ks. *Ervasti* 1997 s. 52 s. Näissä luvuissa ovat mukana myös asunto-oikeusasiat.

¹⁴⁸ Tuomion muodollisista ja materiaalisista perusteista ks. *Olivecrona* 1966 s. 179 ss.

¹⁴⁹ Kanteesta luopumisesta on erotettava kanteen peruuttaminen. Ennen siviiliprosessiuudistusta kantaja saattoi peruuttaa kanteensa käsittelyn missä vaiheessa tahansa, jolloin juttu jäi sillensä, ks. *Tirkkonen Sp II* s. 65. Nykyisin kantaja ei vastaajan vastauksen jälkeen voi yksipuolisesti peruuttaa kannettaan dispositiivisessa riita-asiassa, vaan vastaajalla on oikeus tuomioon: jos kantaja peruuttaa kanteensa sen jälkeen, kun vastaaja on vastannut, on asia, jossa sovinto on sallittu, vastaajan vaatimuksesta kuitenkin ratkaistava (OK 14:5), jolloin siis jutun käsittelyä jatketaan. Indispositiivisessa riita-asiassa kanteen peruuttaminen johtaa aina jutun raukeamiseen.

minlyönnin perusteella. Näiden pääasiasratkaisujen lisäksi kanne voidaan jättää tutkimatta sillä edellytyksellä, että prosessinedellytyskysymyksen ratkaiseminen ei vaadi näytön vastaanottamisen vuoksi pääkäsitteilyn pitämistä.¹⁵⁰

Se, että kanne voidaan jättää tutkimatta, mutta sitä ei de lege lata voida hylätä valmistelussa materiaalisella perusteella (muutoin kuin selvästi perusteettomana), antaa uutta, varsin formaalia merkitystä prosessi- ja asiaväitteiden erottelulle: prosessinedellytyksen puuttuessa kanne voidaan jättää jo valmistelussa tutkimatta, mutta materiaalsen edellytyksen puuttuessa kanne voidaan hylätä vasta pääkäsitteilyssä.¹⁵¹ On siten entistä tärkeämpää osata erottaa esim. asialegitimaation puuttuminen, joka johtaa kanteen jättämiseen tutkimatta jo valmistelussa, ja kanteen aineellisoikeudellinen hylättävyys, joka johtaa kanteen hylkäämiseen vasta pääkäsitteilyssä.¹⁵²

Käytännössä tuomioistuimilla on taipumusta pitää asiaväitteitä prosessiväitteinä. Tapauksessa *KKO 1997:122* vastaaja oli panttaussopimuksen pätemättömäksi julistamista koskevassa asiassa vedonnut kanteen kiistämisen perusteena siihen, että kantajayhtiön yhtiökokouksessa tehtyä panttauspäätöstä ei ollut moitittu OYL 9:17:ssä säädettyssä määräajassa. KO hylkäsi kanteen liian myöhään nostettuna. HO puolestaan katsoi, että KO:n ei olisi tullut ottaa tutkittavaksi vastaajan tekemää oikeudenkäyntiväitettä, jota ei ollut tehty silloin, kun vastaaja ensimmäisen kerran käytti puhevaltaa asiassa, ja palautti jutun KO:een.

KKO pysytti HO:n päätöksen lopputuloksen, mutta lausui perusteluissaan mm.: »Oy on vastustaessaan kannetta vedonnut – säädettyyn kannemääräaikaan. Tämä merkitsee väitettä, että vaatimus panttaussopimuksen pätemättömäksi julistamisesta ei voi menestyä, koska yhtiökokouksen päätös panttauksesta on kannemääräajan päättymisen vuoksi pätevoitynyt. Kysymys ei ole oikeudenkäynnin edellytyksestä. Kannemääräaikaan vetoaminen ei siten ole OK 5:10.1:n 6 kohdassa ja 16:1:ssä tarkoitettu oikeudenkäyntiväite, vaan kanteen kiistämisen perusteeksi esitetty, OK 5:10.1:n 2 kohdassa tarkoitettu asiaväite.»

Materiaaliseen perusteeseen nojautuvan pääasiasratkaisun kiellosta valmistelussa on ainoastaan yksi poikkeus: tuomio kanteen *selvän perusteettomuuden* tai vastaavasti selvän perusteltuisuuden nojalla. Kanne on valmis-

¹⁵⁰ Ks. jäljempänä jaksossa 6.4.1 lausuttua. – Valmistelussa juttu voidaan myös jättää sillensä; tätä ei kuitenkaan ole pidetty varsinaisena (oikeusvoiman saavuttavana) ratkaisuna, koska kantaja voi panna saman asian uudelleen vireille, ks. Tirkkonen Sp II s. 237 ja Lappalainen Sp I s. 414.

¹⁵¹ Ks. myös Lindblom 1974 s. 94 s.

¹⁵² Ks. asialegitimaatiosta Lappalainen Sp I s. 273 ss, joka toteaa, että varallisuus oikeudellisissa asioissa »kantajan väite hänellä olevasta oikeudesta vastaajaa vastaan synnyttää sekä kantajalle että vastaajalle asialegitimaation». Ks. myös kriittisesti Lindblom 1974 s. 189 ss, erit. s. 212 s.

telussa hylättävä tuomiolla, jos se on »selvästi perusteeton» (5:6.2, 13.1, 14.2, 27.1 ja 12:13).¹⁵³ Kantajaa vastaan annettavan yksipuolisen tuomion yhteydessä kanne on vastaavasti hyväksyttävä tuomiolla, jos se on »selvästi perusteltu» (5:27.1 ja 12:12). Selvällä perusteettomuudella tarkoitetaan ennen muuta selvää oikeudellista perusteettomuutta: kantajan vetoamista perusteista ei voi johtua hänen vaatimaansa oikeusseuraamusta. Kysymyksessä voi kuitenkin myös olla notorisesti väärä tai selvästi mahdoton peruste, ei sen sijaan näytön arvioinnin perusteella epätosi peruste.¹⁵⁴ Käänteistilanne eli kanteen selvä perusteltuisuus on otettu lakiin lähinnä tasapuolisuuden vuoksi; sen soveltumisalue jää jossakin määrin epäselväksi.¹⁵⁵

Tapauksessa *KKO 1997:60* vastaaja, joka oli antanut omavelkaisen takauksen pankkitakauksesta annetun vastasitoumuksen maksamisesta, oli vastustanut pankin häneen kohdistamaa velkomuskannetta *TakA 4 §:n* nojalla vanhentuneena sillä perusteella, että pankki oli valvonut päävelan velallisen konkurssissa yli vuotta ennen kanteen vireilletuloa. Kantaja oli kiistänyt vanhentumisväitteet. KO oli kirjallisen valmistelun jälkeen hylännyt kanteen vanhentuneena. KKO katsoi, ettei kantajan riitaisia vaatimuksia voitu pitää OK 5:6.2:n tarkoittamalla tavalla selvästi perusteettomina takausten väitetyn vanhentumisen johdosta, »koska kysymys vanhentumisesta on tullut ratkaista siitä esite-

¹⁵³ Erityisesti OK 5:6.2:n säännöstä tulee soveltaa varovasti ja in dubio haaste on annettava, ks. myös KKO 1990 s. 390. Ruotsissa tällaista mahdollisuutta ei ollut alun perin lainkaan, vaan se tuli lakiin vasta vuonna 1984, ks. *SOU 1938:44 s. 430* ja *Prop 1983/84:78 s. 41–45*. – Nimenomaisen säännöksen puuttumisesta huolimatta kanne voidaan hylätä selvästi perusteettomana myöhemmin valmistelussa myös muulloin kuin vastaajaa vastaan annettavan yksipuolisen tuomion yhteydessä. Muutoin vastaaja menettäisi tämän edun pelkästään sen vuoksi, että häneltä pyydetään vastaus ja että hän ei jättäydy passiiviseksi. Ks. Lappalainen s. 132 sekä KKO 1997:25 ja 60, vrt. Saarnilehto s. 942 s. – Tuomioistuin voinee valmistelussa myös hylätä erikseen osatuomiolla itsenäisen vaatimuksen, kun sitä on pidettävä »selvästi perusteettomana» (arg. 5:27:n 1 kohta, 12:13 ja 24:5.1), jolloin muiden vaatimusten käsittely jatkuu.

¹⁵⁴ Ks. HE 1990:15 s. 54 s, Lappalainen s. 70 ja 132 sekä Virolainen s. 182 s. Ks. myös jo HE 1971:12 s. 6, KKO 1987:128, 1994:50 ja 135 sekä Ellilä DL 1972 s. 314, Halila LM 1972 s. 485, Tirkkonen Sp II s. 51, Lappalainen LM 1990 s. 670–673 ja Lager LM 1990 s. 680–685. Vrt. Sjöström 1916 s. 171–184 sekä Hormia 1988 s. 285–304 ja LM 1990 s. 261 s.

¹⁵⁵ Missä tilanteessa kantajan kanne voi olla niin perusteltu, että vastaaja ei saa hyväkseen yksipuolista tuomiota, vaan kanne hyväksytään tuomiolla kokonaan tai osittain? Kysymys ei voine olla siitä, että vastaajan kannetta vastaan esittämät väitteet olisivat irrelevantteja, koska tällöin häntä vastaan olisi jo pitänyt antaa yksipuolinen tuomio (5:13:n 2 kohta). Kanteen hyväksyminen tuomiolla »selvästi perusteltuna» lienee lähes vailla käytännön sovelluksia. Ks. myös Lappalainen s. 132 s.

tyn selvityksen ja asianomaisessa oikeuskysymyksessä omaksutun tulokinnan perusteella». Asia palautettiin valmistelun jatkamista varten KO:een. Vastaava ratkaisu on *KKO 1997:25*, joka koski vanhentumisvääritettä vakuutus sopimuslain 29 §:n nojalla.

Olisi kyllä ajateltavissa de lege ferenda, että jo valmistelussa voitaisiin ratkaista asia, jossa tosiseikat ovat riidattomat tai ainakin varmasti selvitettyt ja ainoastaan oikeudellinen kysymys riitainen, koska näyttöä ei tällöin tarvitsisi esittää: pääkäsittelyä ei pidettäisi »asian selvitettyyn tilaan nähden». Tällainen mahdollisuus on omaksuttu Ruotsissa, jossa riita-asia voidaan ratkaista ilman pääkäsittelyä, jos »huvudförhandlingen inte behövs med hänsyn till utredning i målet och inte heller begärs av någon av parterna» (RB 42:18.1:n 5 kohta). Kriteeri täyttyy, jos tosiseikat ovat riidattomat tai jos esitetään ainoastaan kirjallisia todisteita; jos sen sijaan suullista todistelua on otettava vastaan, pääkäsittely on toimitettava. Asianosaisilla on myös ehdoton subjektiivinen oikeus pääkäsittelyyn.¹⁵⁶

Myös Suomen työtuomioistuinprosessissa asia voidaan nykyisin ratkaista tuomiolla suullisessa valmistelussa, kun »asianosaiset ja kuultavaksi kutsutut sitä pyytävät eikä asian laatu tai muut seikat vaadi sen käsittelemistä pääkäsittelyssä» (TTL 23.2 § L:ssa 951/93).¹⁵⁷ Asia voidaan myös pääkäsittelyä toimittamatta siirtää suoraan päätösneuvottelussa ratkaistavaksi, jos »asianosaiset ja kuultaviksi kutsutut ilmoittavat, etteivät he tule esittämään asiassa selvitystä tai lausumia» (TTL 26.1 § L:ssa 951/93).¹⁵⁸

Suomalaisen, yleisessä siviiliprosessissa omaksutun kannan tueksi on kuitenkin esitettävissä hyviä perusteluja. Ensinnäkin säännös synnyttäisi soveltamisongelmia: milloin asia olisi niin selvitettyssä tilassa, ettei pääkäsit-

¹⁵⁶ Ks. Prop 1986/87:89 s. 81 s ja 210–212, Ekelöf V s. 61 ja Fitger RB s. 42:55.

¹⁵⁷ Hallituksen esityksen mukaan »Momentissa tarkoitetut edellytykset täytyvät silloin, kun asia on selvä ja yksinkertainen, sillä valmistelussa ei voida ottaa vastaan suullista todistelua. Valmistelussa ratkaistavana asiana voidaan pitää esimerkiksi työrauhavelvollisuuden rikkomista tai työehtosopimuksen tietien rikkomista koskevaa asiaa, jossa asianosaiset ovat yhtä mieltä muista seikoista paitsi tuomittavan hyvityssakon määrästä.», HE 1993:190 s. 7.

¹⁵⁸ Hallituksen esityksen mukaan »Momentissa tarkoitettuna asiana voidaan pitää esimerkiksi sellaista asiaa, jonka ratkaiseminen edellyttää kannanottamista pelkästään oikeuskysymykseen. Tässä tarkoitettuna asiana voidaan pitää myös sopimuksen tulkintaa koskevaa asiaa, jossa kaikki vaatimukset ja niiden perusteet muuten ovat riidattomia.», HE 1993:190 s. 7. Säännösten soveltamisalojen keskinäinen suhde jää jossakin määrin epäselväksi, mutta tarkoitus lieenee, että TTL 26.1 §:n edellytykset täyttyvät helpommin kuin 23.2 §:n edellytykset: jälkimmäinen merkitsee asian ratkaisemista vain puheenjohtajan toimesta (8.5 §), edellinen sen sijaan ratkaisua täysilukuisessa kokoonpanossa.

telyä tarvitsisi pitää? Toiseksi säännös vaarantaisi keskeistä oikeudenkäynnin välittömyyttä niissä tilanteissa, joissa valmisteluistuntoja on useampia. Kolmanneksi säännös hämärtäisi valmistelun ja pääkäsittelyn välistä eroa. Neljänneksi mahdollisuus pääkäsittelyn toimittamiseen valmistelun yhteydessä johtaa asiallisesti lähes samaan lopputulokseen, koska tuomion perustana voidaan ottaa huomioon viimeisessä valmisteluistunnossa esitetty aineisto ja jutun ratkaisee valmistelua johtanut tuomari yksin.¹⁵⁹

Yksi poikkeus olisi kuitenkin syytä tehdä: riitainen, mutta selvitetty oikeudenkäyntikulujen korvausvaatimus pitäisi voida ratkaista jo valmistelussa.¹⁶⁰ Jos esim. vastaaja ei kirjallisessa vastauksessaan kiistä kannetta pääasian osalta, mutta paljoksuu perustellusti kantajan oikeudenkäyntikuluvaatimusta, tuomiota kulujen osalta ei voitane antaa suoraan kirjallisessa valmistelussa, vaan juttu on siirrettävä valmisteluistuntoon ja sen yhteydessä pidettävään pääkäsittelyyn, jossa riitainen kuluvaatimus voidaan ratkaista. Tämä on prosessiekonomisesti järkevää, koska kulut vain kasvavat tarpeettomasti.¹⁶¹ Käytännössä ylisuuria kuluvaatimuksia onkin tällaisissa tilanteissa hylätty »selvästi perusteettomina» (5:13.2) säännöksen soveltumisalaa venyttäen.

Käytännössä ylivoimaisesti tärkein ratkaisutyyppi valmistelussa on vastaajaa vastaan annettava *yksipuolinen tuomio* kirjallisessa valmistelussa (5:13 ja 14).¹⁶² Siviiliprosessiuudistuksen yhteydessä toteutettiin käytännössä tärkeiden ns. summaaristen asioiden uudistus,¹⁶³ kun maksamismääräys- ja lainhakumenettelyt lakkautettiin ja ns. summaaristen asioiden (OK 5:3) käsittely integroitiin osaksi yleistä siviiliprosessia.¹⁶⁴ Suomessa menttiin tässä suh-

¹⁵⁹ Ks. myös Hirvonen JFT 1990 s. 216 s.

¹⁶⁰ Näin de lege ferenda myös KM 1998:3 s. 43 (ehdotettu OK 21:14.2).

¹⁶¹ Pahimmassa tapauksessa juttu on palautettu käräjäoikeuteen sen vuoksi, että riittaiset oikeudenkäyntikuluvaatimukset oli ratkaistu valmistelussa eikä pääkäsittelyssä, ks. HHO 13.5.1997 nro 1609.

¹⁶² Kirjallisen vastauksen pyytäminen yksipuolisen tuomion uhalla tuli Ruotsissa mahdolliseksi vasta vuonna 1987, ks. Prop 1986/87:89 s. 201.

¹⁶³ Summaarisesti eli suppeatutkintaiseksi luonnehdittavan prosessin piirteistä ks. Lager 1988 s. 112 ss, erit. todistelun osalta s. 134–138; mistään summaarisen prosessin »käsitteestä» ei voida puhua.

¹⁶⁴ Lainhakumenettelyn kumoaminen liittyi ulosotonhaltijoiden vuonna 1996 toteutettuun lakkauttamiseen, jota ennakkoiden niiden tuomitsemistoimintaa sisältäviä tehtäviä eli lainhaku-, virka-apu-, häätö- ja turvaamistoimiasiat siirrettiin vuoden 1993 alioikeus-uudistuksen yhteydessä käräjäoikeuksille, ks. HE 1990:15 s. 7, 13 s, 29–32 ja 40–42. – Vielä hallituksen esityksen mukaan maksamismääräysmenettelyä ei ollut tarkoitus lakkauttaa, ks. HE 1993:79 s. 14, mutta asiasta päätettiin eduskunnassa. Maksamismääräysmenettelyn lakkauttaminen on ilmeisesti osaltaan johtanut oikeudenkäyntikulujen voimakkaaseen kasvuun pienissä velkomusasioissa.

teessa eri tielle kuin Ruotsissa, jossa erillistä summaarista prosessia ei lakautettu edes vuoden 1987 uudistuksessa.¹⁶⁵

Edellä lausutun perusteella voidaan tehdä se johtopäätös, että riita-asian valmistelussa ei de lege lata voida tehdä pääasiaratkaisua, joka edellyttäisi todistelun vastaanottamista valmistelussa. Tässä tutkimuksessa ei tarkastellakaan enemmälti riidattomien ja muuten selvien asioiden ratkaisemista valmistelussa, vaan päinvastoin riitaisten ja ei-selvien asioiden valmistelua pääkäsittelyä silmälläpitäen. Jatkossa siis riita-asian oletetaan olevan sen laatuinen, *ettei sitä voida vielä valmistelussa ratkaista*, vaan asiassa on toimitettava pääkäsittely. Kysymys asian ratkaisemisesta todistusaineiston ilmoittamisen laiminlyönnin sanktiona tulee kuitenkin jäljempänä esille (jakso 7.2).

3.2.4 Valmistelun sovintofunktiosta

Kolmantena riita-asian valmistelun tehtävänä kärjäoikeusmenettelyssä on, että valmistelu tekee mahdolliseksi aktiivisen sovintoon pyrkimisen jo alioikeusmenettelyn alkuvaiheessa.¹⁶⁶ Tästä valmistelun tehtävästä käytetään seuraavassa nimitystä valmistelun sovintofunktio.¹⁶⁷ Sovinnolla tarkoitetaan tässä laajasti riita-asian asianosaisten vapaaehtoisesti tekemää sovintoa, jol-

¹⁶⁵ Ks. Prop 1986/87 s. 86–88. Ruotsissa summaariset asiat käsittelee ulosottoviranomainen (kronofogdemyndigheten). Jos vastaaja riitauttaa velkojan hakemuksen, asia voidaan hakijan pyynnöstä siirtää kärjäoikeuteen (Lag om betalningsföreläggande och handräckning 33 §). Muutoksenhakukeinona ulosottoviranomaisen päätökseen on takaisinsaanti kärjäoikeudessa (52 ja 54 §). Ulosottoviranomaisen päätöksen täytäntöönpano ei edellytä erillistä hakemusta. Perusteluista ks. Prop 1989/90:85 s. 21–25. – Summaaristen asioiden menettelyn kehittämisvaihtoehtoista Suomessa de lege ferenda ks. KM 1998:2 s. 350 ss.

¹⁶⁶ Ks. myös HE 1990:15 s. 64. – Suomeen ei ole perustettu tuomioistuimista erillistä, yleistä sovitteluviranomaista, joskin tietäntyyppisissä riita-asioissa tällaisia viranomaisia tosiasiallisesti on, kuten kuluttajaviranomaiset kuluttajansuoja-asioissa. Norjassa sovittelu tapahtuu erillisessä sovintolautakunnassa (forlikrådet), johon riita-asia on pääsääntöisesti ensin vietävä (Tml § 272–275). Sovintolautakunnalla on tuomioistumen status vaikka se koostuu kolmesta maallikkojäsenestä, ks. Hov s. 85. Lautakunta voi paitsi vahvistaa sovinnon, tiettyssä laajuudessa ratkaista asian myös tuomiolla (Tml § 1 ja 288a), jolloin muutoksenhaku tapahtuu alioikeudessa normaalissa riita-asioiden käsittelyjärjestyksessä (§ 296). Järjestelmää on myös kritisoitu voimakkaasti, ks. Hov s. 85 ss, erit. s. 94 s.

¹⁶⁷ Kielellisesti vielä kuvaavampi nimitys voisi olla valmistelun sovittelufunktio, mutta sana sovittelu on jo ylläritetty, kun ilmausta käytetään toisaalta vakiintuneesti sopimusten sovittelusta (OikTL 36 §) ja toisaalta erilaisista, nimenomaan oikeudenkäynnin ulkopuolella tapahtuvista rikosten sovitteluprojekteista.

la he järjestävät materiaalisesti sen asian, josta oikeudenkäynnissä on kysymys, ja jonka myötä asian vireilläolo tuomioistuimessa tavalla tai toisella päättyy. Sovinto on tässä mielessä materiaalsen tason ilmiö. Prosessuaalisella tasolla olennaista on, että sovinnon myötä riita-asian vireilläolo tuomioistuimessa päättyy eikä jutun materiaalsinen kysymys tule lainkaan tuomioistuimen ratkaistavaksi. Jos sovinto tehdään jo valmistelussa, pääkäsittelyä ei tarvitse toimittaa.

Sovinnon prosessuaalisten ilmenemistapojen joukossa erityisasemassa on prosessuaalsinen, tuomioistuimen vahvistama sovinto.¹⁶⁸ Jos dispositiivisen riita-asian asianosaiset tekevät sovinnon valmisteluistunnossa, tuomioistuimen on ex officio vahvistettava sovinto (5:27.1:n 2 kohta). Jos sovinto tehdään istunnon ulkopuolella, tuomioistuin vahvistaa sovinnon asianosaisen pyynnöstä.¹⁶⁹ Kun sovinto vahvistetaan, kanne raukeaa.¹⁷⁰ Valmistelun sovintofunktion kannalta on kuitenkin toissijaista, miten de facto tehdyn sovinnon vaikutus muodollisesti, de jure oikeudenkäynnin tasolla toteutuu. Molemmat asianosaiset saattavat esim. jäädä saapumatta valmisteluistuntoon, jolloin juttu jätetään sillensä (12:9.1).¹⁷¹

Oikeudenkäynnin aikana – joko tuomioistuimen myötävaikutuksella tai ilman sitä – tehtävä sovinto ei ennen siviiliprosessiuudistusta ollut saavuttanut sitä asemaa, joka sovinnolla on monissa muissa länsimaissa.¹⁷² Osasyynä tähän oli riita-asioiden alioikeusmenettely, joka alkoi heti varsinaisella istunnolla.¹⁷³ Yksi siviiliprosessiuudistuksen keskeisistä tavoitteista olikin, että riita-asiat entistä useammin sovittaisiin. Tavoite oli esillä jo hallituksen esityksessä ja sitä edeltäneissä lainvalmistelutöissä, mutta erityisesti eduskunnassa sovintoratkaisujen merkitystä korostettiin.¹⁷⁴ Valmistelua johtavalle tuomarille säädettiin nimenomainen velvollisuus pyrkiä valmistelussa saamaan asianosaiset sopimaan dispositiivinen riita-asia (5:26).

¹⁶⁸ Ks. Tirkkonen Sp II s. 59.

¹⁶⁹ Ks. Tirkkonen Sp II s. 62 s ja Larsson s. 94 ss.

¹⁷⁰ Oikeudenkäyntikuluvaatimuksen tutkimisesta sovinnon vahvistamisen yhteydessä ks. KKO 1996:131 ja 1997:77.

¹⁷¹ Sovinnolla tässä mielessä voi olla merkitystä myös indispositiivisissa riita-asioissa, joissa »sovinto ei ole sallittu». Asianosaiset saattavat esim. jäädä pois valmistelun istunnosta, jolloin myös indispositiivinen juttu jätetään sillensä (12:9.1).

¹⁷² Ks. Tirkkonen Sp I s. 60. Vrt. esim. Kaplan – Clermont s. 27 s, Zander s. 47 s ja Andrews s. 392.

¹⁷³ Näin esim. Lappalainen s. 95.

¹⁷⁴ Ks. HE 1990:15 s. 29 ja 64 sekä LaVM 1990:16 s. 2 ja 5. Ks. myös Council of Europe s. 8 s ja 19 s.

Tilastokeskuksen tilastotietojen perusteella ei ole nähdäkseeni täysin selvää, missä määrin siviiliprosessiuudistuksen sovintotavoitteessa on käytännössä onnistuttu. Vuonna 1994 käräjäoikeudet käsittelivät loppuun yhteensä 19 759 ns. laajaa riita-asiaa, joista sovittiin 2 635 asiaa ja jätettiin sillensä 2 491 asiaa eli yhteensä n. 26 prosenttia tällaisista asioista.¹⁷⁵ Vuonna 1995 vastaava prosenttiluku oli 35.¹⁷⁶ Yleisten alioikeuksien vuonna 1993 loppuun käsittelemistä kaikista 59 020 riita-asiasta sovintoon tai sillensä jättämiseen päättyi 13 785 juttua eli n. 23 prosenttia;¹⁷⁷ vuonna 1991 prosentti oli n. 27.¹⁷⁸ Prosenttiluvut eivät ole suoraan vertailukelpoisia ennen muuta ns. summaarisia asioita koskeneen uudistuksen vuoksi. Voitaneen kuitenkin todeta, etteivät Tilastokeskuksen tilastot tue yleistä käsitystä siitä, että sovinnot olisivat ainakaan yleisellä tasolla huomattavasti lisääntyneet aiempaan verrattuna.¹⁷⁹ *Ervastin* mukaan sovinnot ovat kuitenkin lisääntyneet ennen muuta muissa kuin velkomusasioissa.¹⁸⁰

Hyviä perusteluja voidaankin esittää sen puolesta, että riita-asiat sovittaisiin vapaaehtoisesti mahdollisimman usein. Sovintoratkaisuun päättyvä oikeudenkäynti on täystutkintaista nopeampi ja halvempi. Asianosaiset ovat myös todennäköisesti tyytyväisempiä saavutettuun sovintoratkaisuun kuin tuomioistuimen 'pakkoratkaisuun', mm. koska sovinto saattaa antaa paremmat edellytykset liikesuhteen jatkumiselle.¹⁸¹ Sovintoratkaisujen voimakas korostaminen on toisaalta myös ongelmallista. Pitkälle vietyinä se on ristiriidassa sen perusajatuksen kanssa, että oikeudenkäynneissä toteutetaan materiaalista oikeutta yksittäistapauksessa ja yhteiskunnassa yleisemminkin. Jos tuomarit ohjaavat asianosaisia voimakkaasti sovintoon, lopputuloksena saattaa olla kompromisseja, jotka eivät ole sen paremmin yksittäistapauksessa materiaalisesti oikeita kuin yleisemminkään materiaalsen oikeuden toteutumista edistäviä; pahimmassa tapauksessa tämä voi vaarantaa asianosaisten oikeusturvan. Voimakas sovintoihin pyrkiminen ei ole yksinomaan myönteistä myöskään tuomioistuinlaitoksen nauttiman yleisen luottamuksen kannalta ja yksittäistapauksessa tuomarin liiallinen aktiivisuus saattaa horjuttaa luottamusta tuomarin puolueettomuuteen.¹⁸²

¹⁷⁵ Ks. OikTilVK 1995 s. 377.

¹⁷⁶ Ks. OikTilVK 1996 s. 259.

¹⁷⁷ Ks. OikTilVK 1994 s. 265.

¹⁷⁸ Ks. OikTilVK 1992 s. 245.

¹⁷⁹ Vertailun vuoksi todettakoon Ruotsissa arvioitun, että jopa 60 % dispositiivisista riita-asioista sovitaan siellä, ks. SOU 1982:26 s. 137.

¹⁸⁰ Ks. *Ervasti* 1997 s. 81–84 ja 88.

¹⁸¹ Ks. SOU 1982:26 s. 140, jonka mukaan sovinnon edut ovat »kostnadsmässiga» ja »relationsmässiga».

¹⁸² Liian pitkälle menevä sovintoon pyrkiminen valmistelussa voinee ääritilanteessa

Useimmissa tapauksissa asianosaisten välillä on käyty ainakin jonkinlaisia sovintoneuvotteluja jo ennen riita-asian vireillepanoa tuomioistuimessa ja se, että tuomioistuimeen on jouduttu turvautumaan, on merkki sovintoneuvottelujen epäonnistumisesta.¹⁸³ Se, että neuvottelutilanteeseen tulee mukaan ulkopuolinen, virallinen ja puolueeton tuomari, saattaa auttaa asianosaisia pääsemään eroon joskus hyvinkin lukkiutuneista asenteistaan. Lisäksi vasta oikeudenkäynnin kuluessa asianosaiset alkavat nähdä, mitkä ovat heidän todelliset menestymisen mahdollisuutensa, ennen muuta näyttömahdollisuutensa jutussa, jos asia etenee pääkäsittelyyn saakka.¹⁸⁴ Toisaalta suullinen, epämuodollinen valmisteluistunto tarjoaa luontevat ulkoiset edellytykset sovintoneuvotteluille. Valmisteluistuntoa huomattavasti muodollisemmassa pääkäsittelyssä sovintoon ei yleensä enää olisi mahdollisuutta.¹⁸⁵

Jotta sovintoon päästäisiin mahdollisimman usein, sovintoon pyrkimistä ei voida jättää pelkästään asianosaisten oma-aloitteisuuden varaan, vaan valmistelua johtavan tuomarin on myötävaikutettava asianosaisten sovintopyrkimyksiin.¹⁸⁶ OK 5:26.1:n mukaan asiassa, jossa sovinto on sallittu, tuomioistuimen on pyrittävä saamaan asianosaiset sopimaan asia.¹⁸⁷ Vastaavasti 5:19:n 4 kohdan mukaan valmistelussa on selvitettävä, onko edellytyksiä sovinnolle.¹⁸⁸ Säännösten soveltumisalana lienee riita-asian valmisteluvaihe

perustellusti horjuttaa siinä määrin luottamusta tuomarin puolueettomuuteen, että hänet voidaan katsoa esteelliseksi toimimaan tuomarina pääkäsittelyssä.

¹⁸³ Hyvän asianajajatavan mukaan asianajajan on ilmoitettava vastapuolelle päämiehensä vaatimuksista ja varattava vastapuolelle kohtuullinen harkinta-aika ja tilaisuus asian sovinnolliseen selvittämiseen ennen oikeudellisiin toimenpiteisiin ryhtymistä; erityisestä syystä asianajaja saa ennen ilmoitusta ryhtyä päämiehen edun vaatimiin toimiin (HAO 34 §), ks. Ylöstalo s. 149, Suojanen s. 424 ja Wiklund s. 432–441. Myös velvollisuudet päämiestä kohtaan edellyttävät yleensä neuvotteluratkaisun pyrkimistä, ks. Ylänkö s. 63 s.

¹⁸⁴ Ks. myös HE 1990:15 s. 64 ja esim. Liljenfeldt – Liljenfeldt s. 295.

¹⁸⁵ Tanskassa sen sijaan sovintoon pyritään yleensä vasta pääkäsittelyn jälkeen, jolloin sovintoehdotus tehdään »tuomion ehdoilla», ks. Gomard s. 157 s ja 402–404 sekä Smith s. 107 s. Sovinnon merkitys on tällöin lähinnä siinä, ettei muutoksenhaku ole mahdollinen. – Sovinnon mahdollisuudesta vielä muutoksenhakuvaiheessa ks. Liljenfeldt DL 1995 s. 252 s.

¹⁸⁶ Sovinnon tekevät aina asianosaiset omasta tahdostaan, tuomari voi vain myötävaikuttaa sovinnon syntymiseen. Jos asianosainen ei senkään jälkeen, kun tuomari on ohjannut asianosaisia sovintoon, halua sovintoa tehdä, tuomarin on tähän tyydyttävä. Ks. HE 1990:15 s. 64 s ja HE 1993:79 s. 20 sekä LaVM 1993:11 s. 3 s.

¹⁸⁷ Hallituksen esityksessä säännös oli vielä 5 luvun 20 §, HE 1990:15 s. 137. Laki-valiokunnan ehdotuksesta säännös siirrettiin oman otsikkonsa alle sovinnon aikaansaamisen merkityksen korostamiseksi, LaVM 1990:16 s. 5.

¹⁸⁸ Passiivisemmaksi kirjoitettu 5:19:n 4 kohta koskee sekä dispositiivisia että indis-

kokonaisuudessaan. Sovintotavoite on otettava huomioon periaatteessa kaikissa valmistelun vaiheissa ja kaikissa sen yksittäiskysymyksissä.

Edellä jaksossa 2.3.2 esitetyn mukaisesti valmistelun keskitysfunktio on mielestäni periaatteellisesti etusijalla sovintofunktioon nähden. Riita-asian valmistelussa on ensisijaisesti pyrittävä luomaan mahdollisimman hyvät edellytykset pääkäsittelyn keskitykselle ja vasta toissijaisesti sovinnolle. Kun näkökulma konkretisoidaan yksittäisen oikeudenkäynnin tasolle, valmistelun tehtävien väliset erot näyttäytyvät kuitenkin vähemmän jyrkkinä. Valmistelun yksityiskohtien kannalta tehtävien välillä ei useinkaan ole ristiriitaa, vaan ne ohjaavat tuomarin toimintaa samaan suuntaan: pääkäsittelyn valmistelu edesauttaa sovinnon syntymistä ja vastaavasti sovintoedellytysten kartoittaminen pääkäsittelyn valmistelua. Mitä huolellisemmin valmistelussa selvitetään OK 5:19:n 1–3 kohdissa mainittu oikeudenkäyntiaineisto, sitä paremmat edellytykset yleensä luodaan sekä pääkäsittelyn yhtäjaksoisuudelle että sovinnolle. Kun kummankin asianosaisten pääkäsittelyssä esitettävissä oleva oikeudenkäyntiaineisto, ennen muuta todistusaineisto on tiedossa, asianomaiset pystyvät arvioimaan menestymisen mahdollisuutensa pääkäsittelyssä ja siten harkitsemaan sovintotarjouksensa.¹⁸⁹

Sovinnon aikaansaamisen osalta tässä yhteydessä on syytä ottaa kantaa ainoastaan siihen peruskysymykseen, minkä sisältöiseen sovintoon valmistelua johtavan tuomarin tulisi pyrkiä. Keskustelua on käyty kahden vaihtoehdon välillä: tuomarin olisi joko pyrittävä sovinnossakin materiaalisesti oikeaan ratkaisuun tai pyrittävä sovintoon, joka ottaa myös asianosaisten henkilökohtaiset olot, sopimishalukkuuden, liikesuhteiden jatkumisen, kohtuuskäsitteet tai muut tapauksessa juridisesti irrelevantit seikat huomioon. Edellistä 'tuomioistuintyyppistä' vaihtoehtoa (»sovinto riidanratkaisuna») ovat puolustaneet ne, joiden mielestä siviiliprosessin tehtävänä on toteuttaa materiaalista oikeutta yksittäistapauksessa ja/tai yhteiskunnassa yleisemmin.¹⁹⁰

positiivisia riita-asioita: »Viimeksi mainituissa asioissa tuomioistuimen tulisi pyrkiä sovitteluun asianosaisten erimielisyyksiä, silloin kun sitä asian laadun perusteella voidaan pitää sopivana», HE 1990:15 s. 64.

¹⁸⁹ Keskitystavoitteen painoarvo kasvaa pääkäsittelyn lähestyessä, mutta toisaalta myös sovintoon on parhaat mahdollisuudet yleensä suullisen valmistelun loppupuolella. Ajallisesti sovintotavoite on tavallaan ensisijainen, koska vasta kun on todettu, että sovintoon ei ole edellytyksiä (5:19:n 4 kohta), tulee lopullisesti ratkaistavaksi, voidaanko asia siirtää pääkäsittelyyn (5:28.1).

¹⁹⁰ Esim. Lappalainen suosittelee, että »tuomari siviiliprosessin yleisen funktion mukaisesti pyrkii sellaiseen sovintoon, joka on niin lähellä asiassa kenties annettavaa tuomiota, kuin olosuhteet sallivat», Lappalainen s. 127. Ks. myös Virolainen s. 384, Liljenfeldt – Liljenfeldt s. 301–304, Ekelöf V s. 55 ja SOU 1982:26 s. 146–148, jonka mukaan

Jälkimmäistä 'sovitteluelintyyppistä' vaihtoehtoa («sovinto konfliktinratkaisuna») puoltaa lähinnä ajatus erilaisten konfliktien saattamisesta pois päiväjärjestyksestä mahdollisimman helpolla tavalla.¹⁹¹

Mielestäni tuomarin tulee – kaikista käytännön hankaluuksista huolimatta – pyrkiä sovintoratkaisuun, joka vaikuttaa siihen astisen oikeudenkäyntiaineiston valossa *materiaalisesti oikealta*.¹⁹² Muunlainen kanta johtaisi valtion tuomioistuimen tehtävien hämärtymiseen.¹⁹³ Asianosaiset ottavat joka tapauksessa itse huomioon kaikki heidän kannaltaan merkitykselliset seikat riippumatta siitä, ovatko ne juridisesti relevantteja vai eivät. Vastaavasti olisi vaikea hyväksyä näkemystä, jonka mukaan tuomarin tulisi pyrkiä sovintoon, joka perustuu tuomarin käsityksen mukaan virheellisille tosiseikoille. Toisaalta juuri tässä suhteessa ongelmat ovat kaikkein suurimmat: riita-asian valmisteluvaiheessa todistelua ei ole vielä otettu vastaan, joten todistelun lopputulos pääkäsittelyn jälkeen on vielä enemmän tai vähemmän arvailujen varassa.¹⁹⁴ Yleensä ainoastaan kirjallisten todisteiden sisältö on tuomioistuimen tiedossa. Tästä huolimatta tuomarin tulee arvioida, mikä todistelun lopputulos pääkäsittelyssä todennäköisesti olisi. Jos sovintoyritys epäonnistuu, juttu on luonnollisesti ratkaistava pelkästään pääkäsittelyssä vastaanotetun todistusaineiston ja muun oikeudenkäyntiaineiston perusteella (24:2.1).¹⁹⁵

3.3 Valmistelun joutuisuudesta

Edellä jaksossa 2.4.2 on tarkasteltu siviiliprosessin tarkoituksenmukaisuutta eli nopeutta ja halpuutta varmuuden vastapainona. Kun näkökulma konkre-

ulko-oikeudellisia seikkoja tulisi ottaa huomioon vain erityisestä syystä, vrt. laajempaan käsitykseen Prop 1986/87:89 s. 111 s.

¹⁹¹ Ks. Lindstedt s. 692: »I princip böra endast etiska eller ekonomiska skäl komma i betraktande, dvs. förlikningen bör bygga mera på billighet och hänsyn till motpartens svårigheter än på rätt.» Ks. myös Larsson s. 80 ss, Laukkanen s. 293 s (vrt. sovintoehdotuksen osalta s. 297 s) ja Koulou Oikeus 1995 s. 32 ja 34.

¹⁹² Sama koskee tuomarin (poikkeuksellisesti) tekemää nimenomaista sovintoehdotusta (5:26.2).

¹⁹³ Erillinen sovintoelin olisi tässä suhteessa eri asemassa. Norjan sovintolautakunnan osalta ks. Tml § 282.1 («hvad ret eller billighet tilsiger»), josta Hov s. 92. Ruotsissa taas on mahdollista määrätä erityinen sovittelija (RB 42:17.2). Vrt. myös VML 31.3 §.

¹⁹⁴ Heuman (1990 s. 144 s) katsookin, että sovinto saattaa suosia toista asianosaista, koska todistelu valmistelussa ei ole mahdollista.

¹⁹⁵ Tällaisen mallin vastustajien (esim. Lindstedt s. 692) pääargumentti onkin ollut, että tuomarille syntyy ennakkokäsitys jutusta, ks. kuit. Ekelöf V s. 54.

tisoidaan riita-asian valmisteluun, vastakkain voidaan asettaa yhtäältä valmistelun keskitysfunktio ja toisaalta valmistelun prosessitaloudellisuus. Valmistelun tehtävää ei tule toteuttaa minkälaisin resurssiuhrauksin tahansa, vaan pääkäsittelyn keskitystavoitetta vasten on asetettava sen tavoittelemisesta asianosaisille ja yhteiskunnalle aiheutuva ajanhukka ja muut kustannukset. Systeemitasolla lainsäätäjän on punnittava, kuinka perusteellinen valmistelun tulee olla ilman, että pääkäsittelyn keskityksen tavoittelemisesta aiheutuvat kustannukset tulevat suuremmiksi kuin siitä saatava hyöty. Vastaavasti valmistelua johtavan tuomarin on harkintavaltansa rajoissa arvioitava esimerkiksi, saavutetaanko valmistelun siirtämisellä toiseen valmisteluistuntoon kokonaisetuja verrattuna suoraan pääkäsittelyyn siirtämiseen.

Riita-asian valmistelussa prosessitaloudellisuus merkitsee lähinnä, että valmistelu toimitetaan mahdollisimman joutuisasti. Valmistelun prosessitaloudellisuuden edistäminen tuomioistuimen toimesta muutoin kuin valmistelua jouduttamalla tulee harvemmin kysymykseen: lähinnä vasta pääkäsittelyyn voidaan esimerkiksi valita edullisempi todistuskeino kalliimman sijaan. Valmistelun joutuisuutta (viivytyksettömyyttä) tarkoittaen voidaan myös puhua valmistelun keskittämisestä.¹⁹⁶ Siviiliprosessi uudistuksen yksi tavoite oikeudenkäynnin varmuuden lisäämisen ohella olikin, että oikeudenkäyntimenettely riita-asioissa nopeutuisi.¹⁹⁷ Pelättävissä kuitenkin oli, että entinen lykkäyskäytäntö siirtyisi uudessa menettelyssä asian valmisteluvaiheeseen, vaikka pääkäsittely olisikin keskitetty.¹⁹⁸

Valmistelun joutuisuuden turvaamiseksi yksittäistapauksessa *OK 5:18.1*:iin otettiin nimenomainen säännös, jonka mukaan suullinen valmistelu on pyrittävä saattamaan loppuun viivytyksettä, mikäli mahdollista, yhdessä istunnossa. Säännöksen voidaan katsoa ilmaisevan valmistelun suullista vaihetta koskevan sääntötyyppisen, joskin tulkinnallisesti melko avoimen normin. Sen mukaan suullinen valmistelu on ensinnäkin pyrittävä päättämään viivytyksettä. Toiseksi valmisteluistuntoja on pidettävä ainoastaan

¹⁹⁶ Ks. HE 1990:15 s. 63: »Pääkäsittelyssä käsittelyn keskittämisen tarve perustuu siihen, että siten tuomioistuimelle muodostuu selkeä ja tasapuolinen kuva käsiteltävänä olevasta asiasta. Valmistelun keskittämisellä pyritään turvaamaan se, ettei se aika, minä asia on tuomioistuimen käsiteltävänä, muodostuisi tarpeettoman pitkäksi.» Ks. myös Gärde ym. s. 571 s, Schei II s. 189 ja Bet. 1973:698 s. 21 ja 27.

¹⁹⁷ Ks. HE 1990:15 s. 63. Kuten edellä jaksossa 3.1.2 on todettu, tämä tavoite näyttää tilastojen valossa jääneen toteutumatta. Samoin esim. Saksassa vuoden 1976 uudistuksen nopeuttamistavoite ei juurikaan onnistunut, ks. Kallweit s. 3 s ja Fuhrmann s. 11.

¹⁹⁸ Ks. esim. Lappalainen s. 52.

yksi, mikäli mahdollista. Säännös ei siis ole ehdoton.¹⁹⁹ Käytännössä valmisteluistuntojen lukumäärä on nähtävästi pysynyt normaalitapauksissa kohtuullisena.²⁰⁰

Toisin kuin pääkäsittelyn osalta, laissa ei ole asetettu kiinteää aikarajaa valmistelun 'lykkäämiselle' niissä jutuissa, joissa pidetään pääsäännöstä poiketen yhtä useampi valmisteluistunto. Selvää on, että 5:18.1:n viivyttelykielto koskee myös tätä tilannetta eli että valmistelun keskeytyksen tulee olla mahdollisimman lyhyt. Valmistelu saadaan keskeyttää »toistaiseksi» eli jättää lepäämään ainoastaan, jos asian käsittelylle on OK 14:4:ssä tarkoitettu pitkäaikainen este.²⁰¹ Perusteltu on nähdäkseni myös tulkinta, jonka mukaan lepäämään jättäminen muodostaa samalla äärirajan suullisen valmistelun keskeytykselle: jos lepäämään jättämiselle ei ole edellytyksiä, valmistelua on jatkettava viivytyksettä ilman pidempää keskeytystä.²⁰²

Valmistelun joutuisuus voitaneen nähdä myös tavoitetyyppisenä normina, joka käskee toimittamaan valmistelun mahdollisimman joutuisasti.²⁰³ Normi kattaa koko riita-asian valmistelun, myös sen kirjallisen vaiheen.²⁰⁴ Valmistelua johtavan tuomarin on kaikissa valmistelun vaiheissa ja kaikissa valmistelussa esille tulevista yksittäiskysymyksissä otettava valmistelun joutuisuuden tavoite huomioon. Valmistelu on toimitettava niin nopeasti kuin

¹⁹⁹ Esitöissä ei ole perusteluja sille, miksi OK 5:18.1 koskee sanamuotonsa mukaan ainoastaan suullista valmistelua. Epäselväksi jää myös, millaista velvoittavuuden astetta ilmaus »pyrittävä» tarkoittaa. Ilmeisesti ilmaisulla »toimitettava» (5:17) verrattuna ilmaisuun »pyrittävä saattamaan» (5:18.1) on haluttu korostaa ensiksi mainitun ensisijaisuutta. Onnistuneempi muotoilu olisi mielestäni ollut esimerkiksi: »Valmistelu on saatettava loppuun viivytyksettä ja suullinen valmistelu yhdessä istunnossa, ellei sen jatkamiseen ole perusteltua aihetta.» Ks. myös Prop 1986/87:89 s. 81, jonka mukaan yleensä tulisi pitää yksi valmisteluistunto ja enemmän kuin kaksi vain poikkeustapauksissa.

²⁰⁰ *Ervastin* mukaan oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen keräämässä aineistossa pääkäsittelyyn edenneistä riita-asioista yli puolessa oli pidetty pelkästään yksi valmisteluistunto ja noin kuudessa prosentissa tapauksista pidettiin enemmän kuin kaksi valmisteluistuntoa, ks. *Ervasti* 1997 s. 91 s.

²⁰¹ Ks. HE 1990:15 s. 104 s ja HE 1995:82 s. 141.

²⁰² Näin Brolin ym. s. 53 s: »längre uppskov utan vilandeförklaring inte längre är möjligt».

²⁰³ Ks. myös Prop 1986/87:89 s. 193 vastaavasta Ruotsin säännöksestä: »denna regel innebär en kodifiering av en princip som måste anses gälla redan nu»; sekä *Fitger RB* s. 42:44.

²⁰⁴ Eri asia on, että valmistelun kirjallisessa vaiheessa käsittely, esim. asiakirjojen tiedoksiantaminen vaati aina oman aikansa, jota ei juurikaan voida prosessin johdolla nopeuttaa; joutuisuusnormin painoarvo kasvaa valmistelun loppua kohden. Valmistelun joutuisuus on kuitenkin argumentti esim. liiallisia lausumapyyntöjä (5:15.2) vastaan.

erilaiset oikeudelliset ja tosiasialliset rajoitukset huomioon ottaen on mahdollista. Optimaalisessa tilanteessa kirjallinen alkuvalmistelu on toimitettu mahdollisimman vähin menettelyvaiheihin sekä mahdollisimman nopeasti ja suullinen jatkovalmistelu on yksi ainoa istunto.

Ks. myös AOKA:n ratkaisu 8.9.1995, Dno 44/1/95: Käräjätuomarin sairasloman johdosta riita-asian käsittely ei ollut edennyt puolen vuoden aikana, jolloin myös vastaajana ollut osakeyhtiö oli asetettu konkurssiin. Valmisteluistuntoa ei ollut määrätty vielä vuoden kuluttua haasteen tiedoksiannosta. AOKA katsoi, että kokonaisuutena arvioiden asian käsittely oli kestänyt liian pitkään. Käsittelyn viipymistä kerrotussa määrin ei voitu pitää kohtuullisena siinäkään tapauksessa, että otettiin huomioon KO:n jutturuuhkaa koskeva selvitys sekä asianomaisen tuomarin ennakoitua pidemmäksi osoittautunut sairasloma. Tämän vuoksi KO:n huomiota on kiinnitetty asioiden käsittelyn edellyttämään joutuisuuteen. Käräjätuomareiden sairaslomien aikanakin tulisi pyrkiä järjestämään menettely siten, ettei asioiden käsittely olisi tuona aikana täysin keskeytyneenä.

Jotta valmistelun joutuisuuden tavoite toteutuisi yksittäistapauksessa, myös riita-asian asianosaiset ja heidän asiamiehensä ja avustajansa ovat velvollisia toimimaan valmistelussa siten, että valmistelu saadaan loppuun niin pian kuin mahdollista.²⁰⁵ Asianosaisia koskee nimenomaisesti OK 5:18.3, jonka mukaan asianosaisen on perehdyttävä asiaan niin hyvin, ettei asian käsittelyä tarvitse hänen laiminlyöntinsä vuoksi lykätä; tämän voitaneen katsoa tarkoittavan myös valmistelun 'lykkäämistä' toiseen istuntoon. Asianosaisten on siis perehdyttävä juttuun ja valmistauduttava valmisteluistuntoon niin huolellisesti, että he voivat esittää kaiken tarpeellisen aineiston heti ensimmäisessä valmisteluistunnossa, mikäli mahdollista. Jos asianosainen syylistyy tässä suhteessa laiminlyöntiin eli jos valmistelu on lykättävä toiseen valmisteluistuntoon, vaikka aineisto olisi ollut esitettävissä jo ensimmäisessä istunnossa, sanktiona saattaa tulla kysymykseen asianosaisen velvoittaminen korvamaan viivästyksestä aiheutuneet vastapuolen oikeudenkäyntikulut (OK 21:5).²⁰⁶

Saksassa keskeiseksi säännökseksi tässä suhteessa on vuoden 1976 Vereinfachungsnovellen jälkeen muodostunut ZPO § 282.1, jonka mukaan jokaisen asianosaisen täytyy suullisessa käsittelyssä esittää hyökkäys-

²⁰⁵ Michelsen s. 45 s ja 49 puhuu »prosessienergiasta»: »Loven forutsetter en energi fra parternes side under saksforberedelsen og dette krav fordrer en energi også fra dommerens side.»

²⁰⁶ Ks. myös HE 1990:15 s. 63.

ja puolustuskeinonsa, mm. todistuskeinonsa niin aikaisin, »wie es nach der Prozesslage einer sorgfältigen und auf Förderung des Verfahrens bedachten Prozessführung entspricht.» Säännöksen katsotaan ilmaisevan asianosaisten yleisen huolellisuusvelvollisuuden (»die allgemeine Prozessförderungspflicht der Parteien») myös kirjallisessa valmistelussa.²⁰⁷

Mikä sitten on pääkäsittelyn keskitystavoitteen ja valmistelun joutuisuustavoitteen välinen suhde lainkäyttötasolla? Myös valmistelun joutuisuudella tavoitellaan lopulta koko oikeudenkäynnin joutuisuutta. Yleinen taloudellisuusperiaate ja pääkäsittelyn keskitystavoite saattavat yksittäistapauksessa osoittaa samaan suuntaan ja eri suuntaan kuin valmistelun joutuisuustavoite, koska oikeudenkäynnin kokonaiskeston kannalta huonoin tilanne on yleensä se, että pääkäsittely epäonnistuu ja asia joudutaan pahimmassa tapauksessa palauttamaan valmisteluun. Myös vähemmän kärjistetyssä tilanteessa pääkäsittelyn keskitystavoite on ensisijainen verrattuna valmistelun joutuisuustavoitteeseen.²⁰⁸ Voidaan myös sanoa, että valmistelun joutuisuustavoite ohjaa valmistelua sekundaarisesti valmistelun tehtävää eli pääkäsittelyn keskitystä toteutettaessa.

3.4 Valmistelun asianmukaisuudesta

Edellä riita-asian valmistelua on tarkasteltu yleisellä tasolla instrumentalistisesta näkökulmasta, jolloin voidaan sanoa, että valmistelun tavoiteltu tulos on keskitetty pääkäsittely ja valmistelun aiheuttama ajanhukka (sekä muut kustannukset) tämän tuloksen tavoittelemisesta aiheutuvia kustannuksia.²⁰⁹ Optimaalinen valmistelujärjestelmä saavutetaan, kun minimoidaan virhekustannusten eli epäonnistuneiden pääkäsittelyjen ja valmistelusta aiheutuvien suorien kustannusten summa. Vastaavasti yksittäisessä oikeudenkäynnissä tuomarin on – harkintavaltansa rajoissa – punnittava keskenään pääkäsittelyn keskityksen ja valmistelun joutuisuuden tavoitteita. Kuten edellä luvussa 2 on pyritty osoittamaan, tällainen näkemys ei kuitenkaan ole riittävä, vaan

²⁰⁷ Ks. esim. Bender ym. s. 27, Rosenberg ym. s. 454, Jauernig s. 88 ja 95 s, Baumbach ym. s. 860 s, Zöller ym. s. 760 s, Thomas – Putzo s. 617 s, Zeiss s. 78 ja Weth s. 126 s.

²⁰⁸ Ks. myös HE 1990:15 s. 63: »valmistelua ei saa kuitenkaan kiirehtiä siten, että valmistelun 17 §:ssä mainittu tarkoitus pääkäsittelyn yhtäjaksoisuuden turvaamisesta ei toteutuisi».

²⁰⁹ Näin siis valmistelun keskitysfunktion kannalta; toisaalta valmistelun 'tulos' on myös sovinto tai asian muodollinen ratkaisu.

myös oikeudenkäynnin asianmukaisuus on otettava huomioon. On puhuttu asianmukaisuusperiaatteesta eli menettelyn kannalta lähinnä oikeudenkäynnin tosiasiallisesta kontradiktorisuudesta ja asianosaisten yhdenvertaisuudesta.

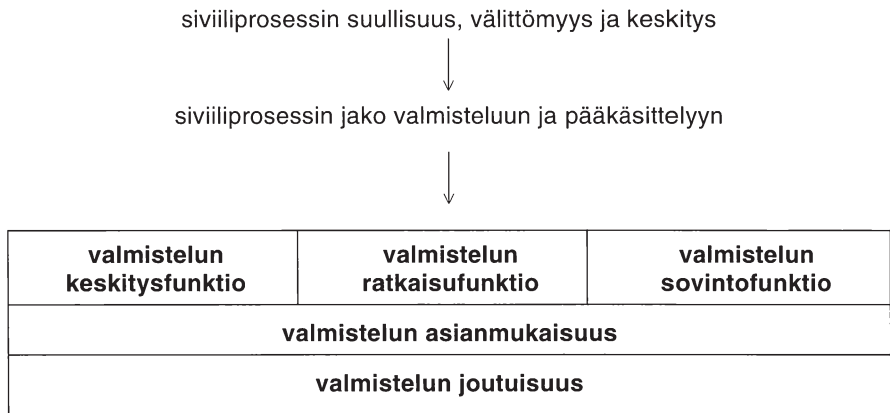
Asianmukaisuusperiaatteella on merkitystä jo oikeudenkäynnin valmisteluvaiheessa. Ensinnäkin suullisen, varsin vapaamuotoisen valmistelun voidaan jo sinänsä katsoa edistävän oikeudenkäynnin asianmukaisuutta.²¹⁰ Toiseksi periaate saattaa ohjata riita-asian valmistelua. 'Valmistelun asianmukaisuusperiaatteen' mukaan tuomarin on toimitettava valmistelu siten, että valmistelu toteuttaa siviiliprosessuaalisia arvoja niin täydellisesti kuin erilaisten tosiasiallisten ja oikeudellisten rajoitusten puitteissa on mahdollista. Valmistelua johtavan tuomarin on periaatteessa kaikissa valmistelun vaiheissa ja kaikissa siinä esille tulevilla yksittäiskysymyksissä otettava asianmukaisuusperiaate harkintavaltansa rajoissa huomioon.

Valmistelun asianmukaisuus ei poikkea siviiliprosessin yleisestä asianmukaisuudesta. Valmistelussa selvitetään, mistä jutussa on kysymys, ja kartoitetaan todistusaineisto pääkäsittelyä varten. Molemmissa suhteissa olennaista on asianosaisten käymä keskustelu, koska dispositiivisessa riita-asiaassa asianosaiset rajaavat oikeudenkäynnin kohteen ja hankkivat todisteet; mitä keskustelevampi valmistelu on, sitä asianmukaisempana sitä voidaan pitää. Tämä merkitsee lähinnä valmistelun tosiasiallista kontradiktorisuutta ja asianosaisten yhdenvertaisuutta. Todistelun osalta valmistelu on toimitettava siten, että asianosaisilla on tosiasiallinen ja yhdenvertainen mahdollisuus esittää haluamaansa todistusaineistoa pääkäsittelyssä sekä vastata vastapuolen (ja mahdollisesti tuomioistuimen hankkimaan) todisteluun.

Asianmukaisuuden merkitys valmistelussa erityisesti todistelun kannalta täsmentyy jäljempänä. Jo yleisellä tasolla voidaan todeta, että kuten valmistelun joutuisuus, myös sen asianmukaisuus asettaa vaatimuksia sille tavalle, jolla valmistelun tehtävää pyritään toteuttamaan. Sekä asianmukaisuusperiaate että pääkäsittelyn keskitystavoite painottavat oikeudenkäyntiaineiston selvittämistä valmistelussa. Asianmukaisuus menee kuitenkin pidemmälle, koska sen mukaan ratkaisevaa on valmistelun asianmukaisuus riippumatta siitä, edistääkö se pääkäsittelyn keskitystä vai ei. Valmistelun joutuisuus puolestaan osoittaa yleensä päinvastaiseen suuntaan kuin asianmukaisuus, koska esimerkiksi kuulemistilaisuuden varaaminen asianosaiselle hidastaa valmistelua ja kasvattaa sen kustannuksia. Valmistelun asianmukaisuus menee lähtökohtaisesti sen taloudellisuuden ja jopa tarkoituksenmukaisuuden edelle.

²¹⁰ Ks. myös Hov s. 62 s ja 97, jonka mukaan valmistelulla on läheinen yhteys kontradiktoriseen periaatteeseen.

Kaavio 2. Luvussa 3 tarkastelluista riita-asian valmistelun tehtävistä ja tavoitteista käräjäoikeusmenettelyssä.



4 luku TOSISEIKKAKYSYMYKSESTÄ, NÄYTÖN ARVIOINNISTA JA TODISTELUSTA

Ennen todistelun valmisteluun de lege lata menemistä on syytä tarkastella todistelua hieman yleisemmällä tasolla käsillä olevassa luvussa. On eriteltävä, mistä todistelussa on kysymys sekä mitkä periaatteet ja pääsäännöt sitä koskevat. Aluksi on kuitenkin syytä tarkastella lyhyesti tosiseikkakysymystä ja näytön arviointia yleisemmin. Edellisten, siviiliprosessia ja riita-asian valmistelua yleensä, sekä käsillä olevan, todistelua yleensä koskevien lukujen jälkeen lieenee saavutettu riittävä teoreettinen ja periaatteellinen tausta seuraavien lukujen yksityiskohtaiselle, säännöstasoiselle tarkastelulle.

4.1 Tosiseikkakysymys ja oikeuskysymys

Todistelun tarkoituksena on näyttää toteen jutussa relevantteja tosiseikkoja; voidaan puhua näyttökysymyksestä tai laajemmin tosiseikkakysymyksestä.¹ Tämä antaa aiheen kysyä, mitä tosiseikkakysymys tarkemmin ottaen sisältää ja miten se eroaa oikeuskysymyksestä. Prosessioikeudellinen sääntely nimittäin pitkälti rakentuu tälle erottelulle, joskaan sillä ei Suomessa ole yhtä

¹ Ruotsin kielessä vakiintunut käsitepari on »sakfråga» ja »rättsfråga». Suomessa on puhuttu varsin vakiintuneesti »oikeuskysymyksestä», mutta sen vastinparin nimitys on vaihdellut. Esim. Jonkka käyttää termejä »näyttöratkaisu» ja »tosiasiakysymys», Jonkka 1993 s. 19 s; Lappalainen puolestaan puhuu »näyttökysymyksestä», Lappalainen Sp I s. 50. Tässä on päädytty termiin »tosiseikkakysymys», koska se tuo parhaiten esiin, että kysymys on nimenomaan tosiseikoista. Tosiseikkakysymys on relevantti, vaikka tosiseikkoja ei tarvitsisikaan näyttää toteen, kun ne esim. tunnustetaan oikeiksi. Termiä »näyttökysymys» käytetään tämän vuoksi tässä suppeammin ainoastaan, kun tosiseikat edellyttävät näyttöä. – Todistelun kohteina voivat olla myös kokemussäännöt; tässä jaksossa pidetään silmällä ainoastaan tosiseikkoja todistelun kohteina.

suurta merkitystä kuin monessa muussa maassa.² Yhtäältä asianosaisten vetoamat tosiseikat määräävät, mistä jutussa on kysymys: tuomiota ei saa perustaa (oikeus)tosiseikkaan, johon asianosainen ei ole vaatimuksensa tueksi vedonnut (väittämistaakka; OK 24:3.2). Toisaalta tuomioistuimien soveltaa oikeutta viran puolesta eikä näyttö tai edes väite siitä, mitä laki asiasta sanoo, ole tarpeen (tuomioistuimien tuntee lain, *jura novit curia*).³ Tuomioistuimien ei myöskään ole sidottu asianosaisten oikeudellisia kysymyksiä koskeviin dispositiivisiin; sen sijaan tosiseikan tunnustaminen sitoo tuomioistuinta dispositiivisessa riita-asiassa (17:4.1).⁴ Seuraavassa tosiseikka- ja oikeuskysymysten välistä rajanvetoa tarkastellaan kronologisessa mielessä käänteisessä järjestyksessä, ensin tuomioistuimen päätösharkinnan näkökulmasta pääkäsitellyn jälkeen ja toiseksi oikeudenkäynnin, ennen muuta valmisteluvaiheen aikana.⁵

4.1.1 Rajanvedosta päätösharkinnassa

Koska oikeudenkäynnissä ratkaistaan käsillä oleva yksittäistapaus, esille nousevat aina sekä tosiseikkakysymys että oikeuskysymys. Yksittäistapausten ratkaisussa on otettava kantaa sekä siihen, mitä kyseessä olevassa asiassa on tapahtunut, että siihen, mitä ja miten oikeusnormeja tapahtuneeseen on sovellettava. Oikeudenkäynnissä ja tuomioistuimen päätöksenteossa ei voi olla kyse pelkästään joko konkreettisista tosiseikoista tai abstraktista oikeudesta, vaan kysymys on aina oikeuden soveltamisesta faktoihin.⁶ Kokonaisku-

² Ks. myös Lappalainen JFT 1993 s. 37. Esim. Saksassa muutoksenhaku ylimmässä asteessa voi koskea ainoastaan oikeuskysymystä. Angloamerikkalaisessa järjestelmässä taas tuomarin ja juryn välinen roolijako perustuu tälle erottelulle, ks. jäljempänä jaksossa 4.3.2 lausuttua.

³ Ks. esim. Granfelt 1944 s. 59 s. Sääntö koskee vain Suomen, ei ulkomaan lakia (OK 17:3), ks. jäljempänä jaksossa 5.2 lausuttua.

⁴ Ks. myös esim. Hov s. 327 s ja Gomard s. 360 s: »Faktum og – materiel – jus følger hver sin diametralt modsatte regel, narra mihi factum, narro tibi jus.»

⁵ Seuraavassa pidetään siten silmällä asiaa, joka päättyy (lähtökohtaisesti erilliseen) pääkäsitelyyn ja joka ratkaistaan sen jälkeen julistettavalla tuomiolla.

⁶ Esim. vahvistuskanne ei voi koskea pelkästään abstraktia oikeuskysymystä tai konkreettista näyttökysymystä, vaan »kanteessa tulee olla kyse sekä konkreettisista faktoista (oikeustositseikoista) että niiden juridisesta merkityksestä», Lappalainen Sp I s. 369; ks. myös Ekelöf II s. 106 s ja Tirkkonen Sp I s. 395. Samoin esim. erikseen äänestämisen (OK 23:5a.2; »useita kysymyksiä») ja välituomion (24:6.2; »kysymyksen») kohteena täytyy olla konkreettinen oikeussuhde, ei pelkkä fakta, ks. HE 1990:154 s. 24 s ja 33, Lappalainen s. 226 ja 234 sekä Boman FS 1990 s. 82.

van saaminen tuomioistuimen ratkaisutoiminnasta edellyttää siten sekä tosiseikka- että oikeuskysymyksen ottamista huomioon.⁷ Ongelmia päätöksen teossa on luonnollisesti vain silloin, kun tosiseikka- ja/tai oikeuskysymys on *epävarma*; jos on selvää, mitä on tapahtunut ja miten oikeusnormeja tapah-
tuneeseen on sovellettava, päätöksenteko on varsin yksinkertaista.⁸

Tosiseikka- ja oikeuskysymyksillä voidaan tarkoittaa täsmällisemmin ot-
taen hieman eri asioita sen mukaan, mitä analyysillä pyritään saamaan esil-
le. Tässä erottelu kytketään ns. syllogismimallin ylä- ja alalauseeseen. Pro-
sessioikeudellinen sääntely nimittäin pitkälti perustuu tosiseikka- ja oikeus-
kysymyksen erottelulle päätöksenteon syllogismimallin mukaisesti.⁹ Yksit-
täistapauksen ratkaisu on mallin mukaan syllogismi, jossa alalauseena ovat
tapauksen tosiseikat ja ylälauseena tapaukseen soveltuva oikeusnormi. Ylä-
lause on siis johtopäätöksen normipremissi, alalause sen faktapremissi; rat-
kaisussa tapauksen tosiseikat subsumoidaan oikeusnormin tunnusmerkistöön.
Prosessioikeudessa puhutaan oikeustositseikoista, joilla tarkoitetaan nimen-
omaan tällaisia oikeusseuraamuksen kannalta välittömästi relevantteja, konk-
reettisia faktoja. Materiaalisen normin tunnusmerkistötekijät in abstracto ja
jutun faktat in concreto on siis pidettävä toisistaan erillään.¹⁰

Tämän jäsennyksen perusteella päästään tosiseikkakysymyksen määritel-
mään: tosiseikkakysymyksellä tarkoitetaan tässä kysymystä siitä, mitkä to-
siseikat on pantava tuomioistuimen ratkaisun eli lähinnä tuomion perustak-
si.¹¹ Tosiseikkakysymys tässä mielessä saattaa tulla ratkaistuksi paitsi näy-
tön arvioinnin myös asianosaisen tunnustamisen perusteella dispositiivises-
sa riita-asiassa (OK 17:4.1). Oikeuskysymyksellä tarkoitetaan puolestaan

⁷ Prosessioikeuden näkökulma tuomioistuimissa tapahtuvaan materiaaliseen ratkai-
sutoimintaan on juuri yksittäistapauksen näkökulma. Esim. yleinen oikeustiede voi olla
kiinnostuneempi siitä, miten lainkäyttötoiminta luo ennakkotapauksina yleisiä materiaa-
lisia oikeusnormeja. Alioikeusmenettelyssä tällainen ns. prejudikaattifunktio on toissijai-
sessa roolissa.

⁸ Kun tosiseikkojen ja rekvisiitan välillä vallitsee kuvasuhde, voidaan puhua ns. iso-
morfiatilanteesta, ks. Makkonen Ratkaisutoiminta s. 96. Päätöksenteon erilaisista epävar-
muustekijöistä ks. Klami 1983 s. 156 s.

⁹ Ks. esim. Tirkkonen Sp II s. 69.

¹⁰ Seuraavassa tarkoitetaan lähinnä materiaalistien normien aktualisoimia 'materiaa-
lisia' oikeustositseikkoja; oikeudenkäynnissä voidaan puhua myös 'prosessuaalisista' oi-
keustositseikoista, joiden perusteella ratkeaa prosessuaalisen säännöksen soveltuminen, ks.
Lappalainen LM 1986 s. 762.

¹¹ Oikeusseuraamus määrätään tuomion tuomiolauselmaosassa; tuomiolauselman pe-
rustaksi pannut faktat ja normit ilmenevät – tai ainakin niiden pitäisi ilmetä – tuomion
perusteluosasta.

kysymystä siitä, miten nämä tosiseikat on oikeudellisesti arvioitava ja mitkä oikeusseuraamukset niihin materiaalisen oikeuden mukaan liittyvät.¹²

Selvyyden vuoksi on jo tässä yhteydessä todettava, että myös näytön arviointi pitää sisällään oikeudellisia kysymyksiä. Tuomion perustaksi asetettavien tosiseikkojen vahvistaminen on myös oikeusnormien sääntelemää eikä pelkästään empiiris-loogista toimintaa. Näytön arviointi jaetaan periaatteessa kahteen osaan, empiiris-loogiseen todistusharkintaan, jossa arvioidaan esitetyn todistusaineiston näyttöarvon perusteella todistusteeman todennäköisyys, ja normatiiviseen näytön riittävyuden arviointiin, jossa ratkaistaan, onko näyttöarvo riittävä tosiseikan ottamiseksi tuomion faktapremissiksi. Jos näyttöarvo ei ole riittävä, joudutaan soveltamaan todistustaakkanoimia.

Syllogismimalli on tunnetusti joutunut oikeusteoriassa ankan arvostelun kohteeksi ja jäänyt nykykäsityksen mukaan ainakin harkintaratkaisujen mallina tyhjän formaalisuutensa vuoksi toissijaiseen asemaan.¹³ On kuitenkin tärkeätä havaita, että oikeusteoria on kiinnittänyt huomiota nimenomaan mallin ylälauseeseen ja sen suhteeseen johtopäätökseen. Lyhyesti sanottuna on todettu, että ylälauseen ja oikeusseuraamuksen välillä ei vallitse mitään loogisesti sitovaa suhdetta ja että harkintaratkaisuissa oikeudellisen päätöksenteon ongelmat liittyvät jo ns. ratkaisunormin ylälauseen asettamiseen yksittäistapauksessa.¹⁴ Tässä näkökulman painotus on toinen, koska kiinnostuksen kohteena on alalauseen tosiseikkakysymys ja sen suhde ylälauseen oikeuskysymykseen – eikä päinvastoin.

Tosiseikkakysymyksen, tarkemmin sanottuna näyttökysymyksen ratkaisemista koskevana, vallitsevana teoriona Pohjoismaissa voidaan pitää ns. todennäköisyysteorioita.¹⁵ Niiden mukaan todistusharkinta on *empiiris-loogista* toimintaa, jossa arvioidaan todistusteemana olevan tosiseikan olemassaolon todennäköisyyttä.¹⁶ Todennäköisyysteoriat sitoutuvat viime kädessä totuuden

¹² Samoin esim. Zahle 1976 s. 21: »Faktiske spørsmål angår spørsmål om, hvilke fakta der skal lægges til grund for rettens afgørelse, mens retsspørsmål angår den retlige karakteristik af disse fakta». Ks. myös Gomard s. 408. Vrt. Lindell 1987 s. 19 ja 22, joka tarkoittaa tosiseikkakysymyksellä ainoastaan »fastställandet av fakta med hjälp av fri bevisvärdering»; tosiseikkakysymykseen Lindellin terminologiassa kuuluu siis ainoastaan näytön arviointi.

¹³ Ks. esim. Aarnio 1989 s. 156 ss.

¹⁴ Syllogismimallin ideologisesta taustasta ks. esim. Makkonen Luentoja s. 159.

¹⁵ Termiä »sandsynlighedsteori» käyttää esim. Zahle 1976 s. 209 s.

¹⁶ Tässä yhteydessä ei kiinnitetä huomiota ns. todistusteema- ja todistusarvomethodien eroihin, ks. niistä jäljempänä jakso 4.2.1.

korrespondenssiteoriaan.¹⁷ Kysymys on siitä, millä todennäköisyydellä todistusteemana oleva tosiseikka – tarkemmin sanottuna väite tosiseikan olemassaolosta (tosiseikkaväite) – vastaa ulkoprosessuaalista asiaintilaa. On muistettava, että oikeudenkäynnissä on aina kysymys – ei ulkoprosessuaalisista asiaintiloista sinänsä – vaan niitä koskevista asianosaisten *väitteistä* (oikeustosiseikoista), joihin he perustavat vaatimuksensa ja jotka tuomioistuimen täytyy verifioida.¹⁸

Keskeistä tässä yhteydessä on havaita, että kun todistusharkinta on empiiris-loogista todennäköisyysarviointia,¹⁹ harkinnan kohteena olevan todistusteeman on oltava periaatteessa empiirisesti verifioitavissa oleva ns. *puhdas tosiseikka* (»brute fact»), tarkemmin sanottuna deskriptiivinen väite tietyistä fysikaalisesta (Popperin »maailma 1») tai mentaalisesta (»maailma 2») asiaintilasta.²⁰ Puhtaalla tosiseikalla tarkoitetaan tässä tosiseikkaväitettä, jonka olemassaolon/ei-olemassolon toteamiseen ei tarvita oikeudellista arviointia. Kysymys ei siis voi olla tässä mielessä normatiivisesta (praktisesta) väitteestä (»normative statement»).²¹ Todistusharkinnan kohteena olevalla väitelauseella täytyy voida olla totuusarvo eli lauseen täytyy voida olla tosi tai epätosi. – Jäljempänä tosiseikoilla tarkoitetaan lähtökohtaisesti tällaisia konkreettisia, 'puhtaita' tosiseikkoja.

Jatkossa oletetaan, että tällaiset kaikesta oikeudellisesta aineksesta 'puhdistetut' tosiseikkaväitteet ovat periaatteessa mahdollisia. Oletusta voi-

¹⁷ Ks. totuuden korrespondenssiteoriasta esim. Lammenranta s. 82 s: »uskomus tai propositio on tosi, jos ja vain jos se vastaa tosiasioita».

¹⁸ On kuitenkin muistettava ns. indispositiiviset (oikeustosi)seikat, jotka tuomioistuimien ottaa viran puolesta huomioon.

¹⁹ »Looginen» tarkoittaa tässä lähinnä arkiajattelun eikä formaalia logiikkaa. Esimerkkinä voidaan mainita alibinäytös: jos A oli tietyllä hetkellä (empiirisesti todetusti) paikassa X, hän ei voinut olla samalla hetkellä paikassa Y.

²⁰ Ks. jo Wrede 1910 s. 10 s: »Ainoastaan faktillisia seikkoja voidaan todistaa, mutta ei oikeuksia, vaatimuksia ja oikeussuhteita.» Samoin esim. Olivecrona 1966 s. 219 s ja Jonkka 1991 s. 10. Lindell puhuu verifikaatioperiaatteesta, Lindell 1987 s. 174 s. Ks. myös Zahle 1976 s. 162 s ja Wróblewski JFT 1975 s. 21. – Popperin tieteenfilosofian taustalla olevasta ontologisesta erottelusta maailmoihin 1, 2 ja 3 ks. Popper s. 106 ss ja 154 ss.

²¹ Esim. lause »A rikkoi talon ikkunan heittämällä siihen kiven» on tässä mielessä puhdas tosiseikkaväite, mutta lause »B omistaa kyseisen talon», ei ole. Vastaavasti voidaan mielekkäästi pohtia, millä todennäköisyydellä juuri A heitti kiven, eikä esim. hänen seurassaan ollut C; sen sijaan ei juuri ole mielekäästä puhua siitä, millä todennäköisyydellä B omistaa kyseisen talon. – von Wrightin mukaan (s. 136) normipropositio voi olla tosi tai epätosi, ei sen sijaan (aito) normi.

daan pitää teoreettisesti ongelmallisena. Ensinnäkin voidaan väittää, että todellisuutta tarkastellaan oikeudenkäynnissä aina normatiivisesta näkökulmasta, minkä vuoksi puhtaista tosiseikoista ei oikeudenkäynnin kontekstissa lainkaan voida puhua.²² Toiseksi ongelmallisia ovat muut kuin oikeudelliset arvostukset. Määritelmän mukaan ne kuuluvat tosiseikkakysymykseen, mutta ovatko tällaiset arvostukset verifioitavissa ja miten ne voidaan erottaa juridisista arvostuksista? Näihin syväisiin teoreettisiin kysymyksiin ei tässä yhteydessä voida enemmälti mennä. Olennaista on kuitenkin havaita, että erottelu täytyy tehdä *kielten*, eikä kielen ja 'maailman' välillä, koska oikeudenkäynnissä on aina kyse ulkoprosessuaalisia asiointiloja koskevista väitteistä eikä asiointiloista sinänsä: olisi voitava erottaa juridinen kieli ja ei-juridinen 'luonnollisen' kieli (faktaväitteet).²³

Yhtenä oikeudellisen sääntelyn piirteenä on pidetty sitä, että oikeusnormit ovat yleisiä, niiden soveltumisen kriteerit, ns. rekvisiitta, on kuvattu abstraktisti.²⁴ Tuomioistuimessa tapahtuva päätöksenteko on kuitenkin aina yksittäistapauksen ratkaisemista, oikeusnormin soveltamista konkreettisiin tosiseikkoihin. Miten tämä 'vastaavuusongelma' on ratkaistavissa? Ongelman ratkaisu löytyy oikeuskysymyksen puolelta: yksittäistapauksen ratkaisussa on kvalifioitava konkreettiset tosiseikat oikeudellisesti eli on harkittava niiden vastaavuus oikeusnormin abstraktin kuvauksen kanssa.²⁵

Kääntäen voidaan sanoa, että abstraktia normilauseetta on tulkittava koh-
ti juuri tähän yksittäistapaukseen soveltuvaa ratkaisunormia; voitaneen pu-

²² Ks. esim. MacCormick – Weinberger s. 101 s: »If the objection is to my notion that there are norm-defined facts, my reply is: find me a fact that isn't so defined. It is not »institutional facts» which are problematic, but »brute facts».

²³ Esim. Lindell lähtee luonnollisen ja objektiivisen kielen oletuksesta, jolloin tosiseikka- ja oikeuskysymysten loogis-käsitteellisenä erona on subsumptio toisaalta luonnollisiin, toisaalta oikeudellisiin käsitteisiin, ks. Lindell 1987 s. 371–379. Tällaisen 'luonnollis-objektiivisen kielen' oletus voidaan kuitenkin riitauttaa. – Kielifilosofian kehityksestä, erityisesti havainnon, ajattelun ja kielen suhteista ks. Raatikaisen kokoavaa ja havainnollista esitystä, Raatikainen passim.

²⁴ Bolding käyttää termejä abstraktit/konkreettiset oikeustositseikat, Bolding 1951 s. 45 av 32. Lindellin terminologia rekvisiitta/oikeustositseikka (Lindell 1987 s. 34 s) on mielestäni osuvampi, koska se tuo paremmin esiin, että edellisessä on kyse normin kuvauksesta, jälkimmäisessä tapauksen faktaväitteistä. Tunnuksmerkistö -termi taas viittaisi liikaa pelkästään rikosoikeuteen. Ks. myös Ekelöf SvJT 1988 s. 37. – Yksinkertaisuuden vuoksi tässä lähdetään siitä, että oikeusongelma on nimenomaan normin tunnusmerkistöpuolella, jolloin siis oikeusseuraamuksen valintaan liittyvät kysymykset voidaan sivuuttaa.

²⁵ Ks. esim. Tirkkonen Sp II s. 314 s ja Aarnio 1989 s. 175, jonka mukaan on harkittava, vallitseeko tosiasiakuvauksen ja tosiasioväitteen välillä riittävä keskinäinen vastaavuus.

²⁹ Ks. myös Makkonen Luentoja s. 157 ja Aarnio 1989 s. 174.

Osuvampi tuomioistuimen ratkaisutoiminnan kuvaus onkin ns. *vuorovaiikutusmalli*.³⁰ Alustava käsitys jutun tosiseikoista vaikuttaa siihen, minkä materiaalistien oikeusnormien katsotaan alustavasti soveltuvan; valittu normisto taas vaikuttaa siihen, mitkä jutun tosiseikat ovat relevantteja sekä miten todistustaakka ja näyttövaatimus asetetaan niiden suhteen; näiden tosiseikkojen tuleminen näytetyiksi tai jääminen näyttämättä taas vaikuttaa siihen, mitkä normit tapaukseen soveltuvat, mikä puolestaan saattaa tehdä uudet tosiseikat relevanteiksi.³¹ Voidaan puhua eräänlaisesta sekä normeja että tosiseikkoja koskevasta 'esiymmärryksestä'.

Voiko sitten tuomari pääkäsittelyn jälkeen käytännön päätösharkinnassa viime kädessä aina erottaa toisistaan tosiseikka- ja oikeuskysymyksen, kun molemmat ovat epävarmoja? Vastaus lieenee, että tosiseikka- ja oikeuskysymys voidaan erottaa vain, jos sovellettavan materiaalistien oikeusnormin abstrakti rekvisiitta voidaan *jäännöksettömästi redusoida* yksittäistapauksessa empiiris-logisestii verifioitaviksi, konkreettisiksi todistusteemoiksi.³² Tämä redusointi pitää sisällään oikeuskysymyksen, tosiseikkojen olemassaolon vahvistaminen taas tosiseikkakysymyksen. Jos sen sijaan konkreettisten todistusteemojen jäännöksetön täsmentäminen ei ole mahdollista, tosiseikka- ja oikeuskysymykset kietoutuvat erottamattomasti toisiinsa.

Tosiseikka- ja oikeuskysymysten erottaminen on ongelmallista ainakin kahden tyyppisissä tilanteissa.³³ Ensinnäkin *avoimen normatiivistien (arvostuksenvaraisten) rekvisiittojen* täsmentäminen konkreettisiksi tosiseikoiksi saattaa olla vaikeaa. Esimerkiksi oikeustoimen peräyttäminen yleisen takaisin-saantiperusteen nojalla edellyttää, että sopijapuoli »tiesi tai hänen olisi pitänyt tietää» eräistä säännöksessä luetelluista seikoista (TakSL 5.1 §). Oletetaan, että sopijapuolena on ollut velallisen ns. läheinen (TakSL 3 §), jolloin sopijapuolen »katsotaan tienneen – – seikoista, jollei saateta todennäköiseksi, ettei hän tiennyt eikä hänen olisi pitänytkaan tietää niistä» (TakSL 5.2 §). Miten sopijapuoli voi saattaa todennäköiseksi, ettei hänen olisi pitänytkaan tietää jotakin? Sitä, mitä joku tietyllä hetkellä faktisesti tiesi, voidaan pitää empiirisenä tosiseikkana, vaikkakaan sitä ei juuri voida suoraan näyttää toteen. Sen sijaan se, mitä jonkun »olisi pitänyt» tietää, on selvästi arvostuksen varainen käsite: emme voi verifioida pelkästään empiirisesti, mitä jonkun olisi pitänyt tietää, emmekä puhua sen todennäköisyydestä.

³⁰ Ks. esim. Zahle 1976 s. 32, Lindell 1987 s. 36 s ja Laukkanen s. 158–160.

³¹ Ks. myös Klami 1983 s. 247 ja Jonkka 1991 s. 10.

³² Ks. myös Lindell 1987 s. 181 s ja 194 s. Voidaan puhua heuristisesta reduktionis-mista, ks. Klami ym. 1991 s. 78 s.

³³ Ks. myös Wróblewski 1975 s. 21 s ja 30 sekä Jonkka 1991 s. 11.

Jotta tosiseikka- ja oikeuskysymyksen ero voitaisiin säilyttää, tämä normatiivinen rekvisiitta on tulkinnallisesti täsmennettävä empiirisiksi tosiseikoiksi, joiden vallitessa rekvisiitan katsotaan oikeudellisesti täyttyvän, ja sopijapuolen näytön on kohdistuttava näihin tosiseikkoihin. Sopijapuolen tehtävä todennäköisiksi ne empiiriset tosiseikat, joiden katsotaan oikeudellisesti konstituivan sen, että sopijapuolen »ei olisi pitänytkaan tietää». Mitkä ovat ne kaikki mahdolliset todistusteemat, jotka täyttäisivät rekvisiitan ja joihin todistelu siis voi kohdistua? Jos empiirisiä todistusteemoja ei voida jännöksettömästi vahvistaa, tosiseikka- ja oikeuskysymyksiä ei voida erottaa toisistaan, vaan ne kietoutuvat toisiinsa.

Esimerkkinä voidaan mainita myös vahingonkorvausvastuun edellyttämä vahingonaiheuttajan »*tuottamus*». Tuottamusarvostelu pitää sisällään empiriaa siltä osin kuin kysytään esim., mitä kyseinen henkilö faktisesti tiesi tekohetkellä ja mitä yleensä tiedetään vastaavassa tilanteessa. Arvostelussa on kuitenkin viime kädessä mukana myös normatiivinen elementti, kun kysytään, millainen huolellisuusvelvollisuus kyseiselle henkilölle kyseisessä tilanteessa voitiin asettaa: miten hänen olisi pitänyt toimia. Ensin mainittuja kysymyksiä ei käytännössä aina voida pitää täysin erillään viimeksi mainitusta, vaan tuottamusarvostelussa näyttö- ja oikeuskysymykset kietoutuvat toisiinsa.³⁴

Toisen tyyppisenä, mutta vähintäänkin yhtä ongelmallisena esimerkkinä voidaan mainita ns. *institutionaaliset tosiseikat* (»kompleksiset oikeustositseikat»), jotka ovat 'olemassa' vain oikeusjärjestyksen kontekstissa (tässä mielessä Popperin »maailmassa 3») ja joita ei näin ollen voida verifioida pelkästään empiiris-loogisesti.³⁵ Jonkin riita-asian ratkaisu voi esimerkiksi olla

³⁴ Tahallisuuden vahvistaminen sen sijaan lienee periaatteessa empiirinen kysymys: todistusteemana ovat tekijän psykologiset prosessit ('maailma 2'), mitä tekijä tiesi/tahoi. Näyttöongelmat erityisesti alimman asteisessa tahallisuudessa (dolus eventualis) ovat kuitenkin johtaneet siihen, että mukaan on otettu normatiivinen premissi: mitä tekijän »piti tietää». Ks. Träskman 1985 erit. s. 71 s sekä Klami ym. TfR 1988 erit. s. 394 s ja 403 s: »Då återstår bara att fylla den bristande kunskapen med ett normativt resonemang: gärningsmannen hade bort inse.» Siten myös tahallisuusarvostelussa empiiriset ja normatiiviset kysymykset saattavat kietoutua toisiinsa.

³⁵ Ks. myös Wróblewski 1975 s. 23 s ja 30 s sekä Makkonen Ratkaisutoiminta s. 26: »ns. juridiset instituutiot sekä monet käsitteet eivät voi sellaisinaan olla oikeustositseikkoja, koska ne muodostuvat oikeustositseikoista ja oikeusseuraamuksista.» Institutionaalisen tosiseikan käsitteestä ks. Anscombe ja Searle passim. – Popperin maailma 3 on »the world of objective contents of thought» (Popper s. 106) tai »of ideas in the objective sense» (mts. 154). Popperin maailmaa 3 voidaan pitää ontologisesti ongelmallisena, koska se saattaa olla palautettavissa maailmoin 1 ja 2; Popperin jäsentely on joka tapauksessa havainnollinen. Vrt. myös Aarnio 1997 s. 134 ss, erit. s. 140.

riippuvainen siitä, oliko asianosaisten kesken sovittu jotakin vaiko ei. »Sopimus» on tyypillinen institutionaalinen tosiseikka, jonka olemassaoloa ei voida verifioida pelkästään empiirisesti. Jos toinen asianosainen väittää toisen sitoutuneen johonkin esimerkiksi konkludenttisesti, on hankalaa sanoa tyhjentävästi, mitkä ovat ne kaikki mahdolliset todistusteemana olevat empiiriset tosiseikat, jotka oikeudellisesti konstituoisivat hiljaisen sitoutumisen.³⁶

Lausutun perusteella tullaan siihen tulokseen, että tosiseikka- ja oikeuskysymystä ei usein voida tuomioistuimen päätösharkinnassa erottaa toisistaan. Tämä pitää paikkansa ennen muuta, jos erottelulle pyritään antamaan deskriptiivinen tai heuristinen sisältö. Syllogismimallilla on kuitenkin justifikatorista merkitystä.³⁷ Erottelu voidaan nähdä kiperissä tapauksissa pikemminkin perustelukysymyksenä: se, voidaanko rajanveto loppuun saakka tehdä kaikissa tapauksissa, on lopulta vähemmän tärkeää kuin se, onko tuomio hyväksyttävästi perusteltu sekä tosiseikka- että oikeuskysymyksen osalta.³⁸

Yksi keskeinen ero oikeus- ja tosiseikkakysymyksien ratkaisemista koskevien, vallitsevien teorioiden välillä on juuri se, että edellinen painottaa ratkaisun justifikaatiota, jälkimmäinen taas heuristiikkaa. Pelkistetyksi ilmaisten tosiseikkakysymyksessä pyritään löytämään empiiris-loogisen todistusharkinnan avulla tietyn deskriptiivisen tosiasiaväitteen todennäköisyys; tämän toiminnan tueksi on kehitetty erilaisia heuristisia todistusharkintamalleja (ks. jäljempänä jakso 4.2.1). Oikeuskysymyksessä taas pyritään oikeuttamaan yksittäistapauksessa ratkaisu, joka olisi rationaalisen auditorion hyväksyttävissä (Aarnio ym.). Voidaan kuitenkin kysyä, onko näin selvään eroon riittäviä syitä, vaikka kysymysten ontologiset ja epistemologiset erot ovat todellisia: eikö käytännön päätösharkintaa varten voitaisi kehittää yhtenäisempää mallia? Esimerkiksi näytön arviointia koskevia malleja voitaisiin kehittää justifikatoriseen suuntaan eli kiinnittää vielä enemmän huomiota näytösratkaisun perustelemiseen.³⁹ *Klami* tutkimusryhmineen on puolestaan kehittänyt mallia, jossa faktaepävarmuus vaikuttaa juridisen argumentin painoarvoon oikeudellisessa harkinnassa.⁴⁰

³⁶ Ks. myös Gomard s. 408.

³⁷ Ks. Bergholz 1987 erit. s. 354.

³⁸ Ks. myös Klami SvJT 1990 s. 230: »Klassificering av ett tillämpningsproblem såsom en rättsfråga eller sakfråga får inte vara avgörande, när det gäller argumentering.»

³⁹ Ks. myös McCormick erit. s. 329 s koherenssin merkityksestä sekä oikeus- että tosiseikkakysymyksessä.

⁴⁰ Ks. Klami ym. 1991 erit. s. 83 s ja Klami DL 1992 s. 577: »argumentin painoarvo riippuu myös varmuuden asteesta. Mitä heikompi todistusarvo, sitä heikommalla painolla näyttö puhuu pitämisargumentin puolesta.» Klami on soveltanut numeerista päätösteoreettista mallia myös juridisten argumenttien punnintaan, ks. Klami LM 1995 erit. s. 1074 ss.

4.1.2 Rajanvedosta oikeudenkäynnin aikana: funktionaalinen malli

Edellisessä jaksossa tosiseikka- ja oikeuskysymysten välistä rajanvetoa on tarkasteltu tuomioistuimen päätösharkinnan kannalta pääkäsittelyn jälkeen. Tarkastelusta voidaan tiivistää kaksi johtopäätöstä: 1) Tosiseikka- ja oikeuskysymykset ovat vuorovaikutuksessa toistensa kanssa ('vuorovaikutusteesi'): materiaalistien oikeusnormien valinta vaikuttaa päätösharkinnassa faktapremissin muotoutumiseen ja päinvastoin. 2) Tosiseikka- ja oikeuskysymyksiä ei usein voida päätösharkinnassa erottaa toisistaan ('erottamattomuusteesi'): materiaallisen oikeusnormin rekvisiitan jäännöksetön täsmentäminen konkreettiseksi todistusteemoiksi saattaa olla vaikeaa.

On ilmeistä, että vuorovaikutusteesi pitää paikkansa vielä selvemmin *oikeudenkäynnin aikana* kuin vasta päätösharkinnassa. Oikeus- ja tosiseikkakysymykset ovat vuorovaikutuksessa koko oikeudenkäyntimenettelyn, myös riita-asian valmistelun ajan. Kantajan eteen kysymykset tulevat jo ennen riita-asian vireillepanoa. Kantajan alustava käsitys siitä, mitkä materiaalliset oikeusnormit soveltuvat hänen tapaukseensa ja mitä hän voi näyttää toteen, vaikuttaa siihen, miten kantaja muotoilee kanteensa.⁴¹ Vastaavasti vastaajaa ohjaa vastineen laatimisessa hänen alustava käsityksensä tapaukseen soveltuvista oikeusnormeista ja näyttömahdollisuuksistaan. Viimeistään riita-asian valmisteluvaiheessa asianosaisten on tosiasiallisesti päätettävä, mihin oikeudelliseen normistoon he vaatimuksensa perustavat, koska tämä määrittää, mitkä tosiseikat ovat jutussa relevantteja.⁴² Vastaavasti tuomioistuimen toimintaa, kuten materiaalista prosessinjohtoa valmistelussa ohjaa alustava tieto yhtäältä tapauksen faktoista ja toisaalta tapaukseen soveltuvista oikeusnormeista.

Erottamattomuusteessin osalta on syytä tarkastella lähemmin *oikeustositseikkoja*, jotka ovat prosessioikeudellisessa käsitteenmuodostuksessa ja sääntelyssä keskeisiä. Prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa on korostettu, että oikeustositseikat ovat nimenomaan *konkreettisia tosiseikkoja*, jotka on pidettävä erillään niiden oikeudellisesta kvalifioinnista. Viime kädessä empiirislooginen todistusharkinta edellyttää, että todistusteemana on periaatteessa empiirisloogisesti verifioitavissa oleva tosiseikkaväite.⁴³ Oikeustositseikat

⁴¹ Ks. myös esim. Tjur s. 33 ja Michelsen s. 28.

⁴² Ks. myös Bolding 1951 s. 16 s, Virolainen 1988 s. 55 ja Smith s. 88.

⁴³ Ks. esim. Olivecrona 1966 s. 219 s: »Verifikationen kan endast avse fakta. Det är därför av största vikt att skilja mellan fakta och det rättsliga bedömandet av fakta. »Vållande» är inte beteckning för något faktum. Ett faktum är t.ex. att en bil vid ett visst tillfälle på viss plats framförts med den eller den hastigheten. Men frågan huruvida framförandet skall hänföras under vårdslöshet är icke en fråga om ett faktum.»

kytkävät jutun tosiseikka- ja oikeuskysymyksen yhteen: oikeustositseikkaväit-
teiden rajanveto suhteessa niiden juridiseen kvalifikaatioon on rajanvetoa to-
siseikka- ja oikeuskysymysten välillä. Kysymysten erottaminen edellyttää
juuri sitä, että normatiivinen rekvisiitta voidaan täsmentää empiirisesti veri-
fioitaviksi oikeustositseikoiksi.

Oikeustositseikkojen 'rooli' riita-asiassa ei rajoitu päätösharkintaan. Oi-
keustositseikat ovat myös perusteita, joihin vetoamalla asianosaiset rajaavat
oikeudenkäynnin 'kohteen': tuomioistuim ei saa perustaa ratkaisuaan »seik-
kaan», johon asianosainen ei ole vaatimuksensa tueksi vedonnut (OK 24:3.2;
välttämistäakka).⁴⁴ Oikeustositseikalla tarkoitetaan myös tässä konkreettista
tosiseikkaa. Tämä ei kuitenkaan ole *teoreettisesti välttämätöntä* ja asianosai-
sille asetetut liian ankarat vaatimukset tässä suhteessa saattaisivat johtaa ky-
seenalaiseihin lopputuloksiin. Jos esimerkiksi asiassa tulee sovellettavaksi avoi-
men normatiivisen rekvisiitan, kuten »sopimattomuus» tai »kohtuuttomuus»,
sisältävä materiaalin oikeusnormi, asianosainen ei useinkaan voi tietää etu-
käteen jo riita-asian valmisteluvaiheessa, mitä kaikkia yksittäisiä tosiseik-
koja tuomioistuim mahdollisesti pitäisi subsumptiossa relevantteina pääkä-
sittelyn jälkeen. Tätä ei havaitsisi etukäteen välttämättä myöskään tuomiois-
tuim. Tällöin asiaa ei voitaisi ratkaista rekvisiitan edellyttämänä kokonaisar-
vosteluna, jos todistelussa olisi tullut esille relevantteja tosiseikkoja, joihin
asianosainen ei olisi vielä valmistelussa osannut vedota, vaikka olisikin ve-
donnut normatiiviseen yläkäsitteeseen.⁴⁵

Useimmiten kysymys on välttämistäakan osalta asetettu: riittääkö, että
asianosainen vetoaa konkreettisiin oikeustositseikkoihin, vai onko hänen myös
vedottava niiden juridiseen luonnehdintaan? Tähän on vastattu *jura novit cu-
ria* -periaatteen mukaisesti siten, että vetoaminen pelkkiin tosiseikkoihin riit-
tää eli että asianosaisen ei tarvitse varustaa tosiseikkoja »juridisella etiketil-
lä». ⁴⁶ Myös Suomessa on oltu jo vakiintuneesti tällä kannalla. ⁴⁷ Tässä yhtey-

⁴⁴ Ks. myös Lappalainen LM 1986 s. 760: »Oikeustositseikka on – systemaattisesti
kaksitahoinen käsite: sillä operoidaan sekä todistus oikeudessa että selviteltäessä proses-
sin identiteettiä eli oikeudenkäynnin ns. kohdetta.»

⁴⁵ Ks. myös Lindell 1987 s. 200 s.

⁴⁶ Ks. Boman 1964 s. 46: »Föremålet för ett åberopande i teknisk mening skall vara
en »omständighet». Endast vad som kan betecknas med detta ord, d.v.s. fakta, faktiska
förhållanden och händelseförlopp, kommer här ifråga. Däremot avses ej faktas rättsliga
kvalificering.» Ks. myös Ekelöf 1956 s. 56 s ja Ekelöf – Boman I s. 32. Vrt. Smith s. 97.

⁴⁷ Esim. Lappalainen korostaa, että vaatimuksen perusteilla tarkoitetaan aina sitä his-
toriallista tapahtumainkulkua, johon vaatimus nojataan, Lappalainen 1986 s. 80 ss, ks.
myös mts. 423 ss ja LM 1986 s. 764 s. Samoin Virolainen 1988 s. 179 ja Ovaskainen
s. 76.

dessä kiinnostavampi on kuitenkin käänteinen kysymys siitä, riittääkö joisakin tilanteissa, lähinnä ns. kompleksisten oikeustositseikkojen osalta, että asianosainen vetoaa pelkkään juridiseen yläkäsitteeseen, kuten »omistusoikeuteen», vai onko hänen aina vedottava niihin konkreettisiin tosiseikkoihin (»momentteihin»), jotka tämän juridisen käsitteen täyttävät?⁴⁸ Kirjallisuudessa on katsottu, että yleensä ensi vaiheessa, ennen vastapuolen kiistämistä, riittää vetoaminen tällaiseen juridiseen käsitteeseen. Tällöin siis vetoamisen kohteena ovat itse asiassa juridisesti kvalifioidut eivätkä 'puhtaat' tosiseikat. Esimerkiksi vahingonkorvausasiassa riittää, että kantaja ilmoittaa »omistavansa» vahingoittuneen esineen; jos vastaaja riitauttaa kantajan omistusoikeuden, kantajan on vedottava sen perustaviin konkreettisiin seikkoihin.⁴⁹

Tämän tutkimuksen aiheena ei ole väittämistäakka, mutta väittämistäakkaopin yhteydessä esille tullut problematiikka koskee vastaavasti myös *to-distusteemojen* selvittämistä valmistelussa. Valmistelussa on selvitettävä mm., mitä kullakin todistella aiotaan näyttää toteen (OK 5:19:n 3 kohta), ja asianosaisen puolestaan on valmistelussa ilmoitettava, mitä hän aikoo kullakin todisteella näyttää toteen (5:21.1). Viimekätisiä todistusteemoja ovat oikeusseuraamukselle välittömästi relevantit, konkreettiset oikeustositseikat, joihin asianosainen on asianmukaisesti vedonnut.

Edellä lausutun perusteella voidaan todeta, ettei ole *teoreettisesti välttämätöntä*, että todistusteemaa koskeva ilmoitus tarkoittaisi aina konkreettista, empiiris-logisesti verifioitavissa olevaa 'puhdasta' tosiseikkaa. On mahdollista, että asianosainen voi ilmoittaa todistusteemaksi jonkin normatiivisesti värittyneen tosiseikaston, jolloin vasta todistusharkinta kohdistuu konkreettisiin tosiseikkoihin.⁵⁰ Kysymys on 'käsitteelliseen puhtauteen' pyrkimisen

⁴⁸ Ongelmia ovat aiheuttaneet esim. sellaiset entiteetit kuten »sopimus», »omistusoikeus», »kauppa» jne., joihin asianosainen saattaa vedota vaatimuksensa perusteena; edellä on puhuttu institutionaalisista tosiseikoista. Ekelöfin mukaan nämä ovat »kompleksisia oikeustositseikkoja», jotka ovat pelkkiä yhteisnimityksiä oikeustositseikkojen joukoille: esim. »omistusoikeus» on yhteisnimitys kaikille niille konkreettisille oikeustositseikoille, jotka voimassa olevan oikeuden mukaan perustavat henkilölle omistusoikeudeksi kutsutun oikeusaseman, ks. Ekelöf 1956 s. 16 s.

⁴⁹ Ks. Boman 1964 s. 71–77 ja Ovaskainen s. 70–75. Ks. myös Lappalainen JFT 1993 s. 37 vrt. Virolainen 1995 s. 31. Jos sen sijaan esim. kantajakonkurssipesä vaatii takaisinotetun esineen palauttamista pesään sillä perusteella, että omistuksenpidätysehto ei ole tehokas velallisen velkoja kohtaan, ei ole riittävää, että pesä vain ilmoittaa »omistavansa» tuon esineen, koska oikeudenkäynnissä on kyse juuri paremmasta oikeudesta esineeseen. Kantajan on vedottava esim. siihen, että velallisella oli ollut ns. edelleenmyyntioikeus (joka ei sekään ole puhdas tosiseikka; ks. esim. KKO 1994:130).

⁵⁰ Klami on puhunut »kompleksisesta todistusteemasta», ks. EIF s. 714.

sijasta siitä, kuinka täsmennetysti asianosaisen on todistusteema ilmoitettava, jotta ilmoitusvelvollisuuden funktio täyttyy. Tämä kysymys ei ole teoreettinen, vaan *normatiivinen*.

Yhteenvetona tarkastelusta voidaan tiivistää seuraavaa. Prosessioikeudellinen sääntely rakentuu tosiseikka- ja oikeuskysymysten erottelulle eli sille, että konkreettiset oikeustositseikat voidaan erottaa niiden oikeudellisesta arvioinnista. Pyrkimyksenä on tämän vuoksi aina oltava, että asianosainen ilmoittaa todistusteemaksi mahdollisimman konkreettisen, 'puhtaana' tosiseikan.⁵¹ Selvän eron tekeminen on kuitenkin käytännössä vaikeaa eikä se ole teoreettisesti välttämätöntä ennen empiiris-logista todistusharkintaa. Todisteen todistusteeman ilmoittavan asianosaisen saattaa olla hankala välttää normatiivisesti värityneiden ilmausten käyttämistä, kuten mitä asianosaiset tietystä neuvottelussa »sopivat» tai että toinen sopijapuoli oli tietyn seikan suhteen »vilpillisessä mielessä».

Ilmoitetulta todistusteemalta vaadittava konkreettisuus (täsmällisyys) tulisi ratkaista viime kädessä sen mukaan, mikä on kyseessä olevan sääntöfunktion funktio, eikä pyrkimällä ehdottomasti teoreettis-käsitteelliseen 'puhtauteen', jossa todistusteemat on erotettu kaikesta normatiivisesta aineksesta. Jatkossa tätä kutsutaan *funktionaaliseksi malliksi*. Kysymys konkreettisista, 'puhtaista' oikeustositseikoista muuntuu funktionaalissa mallissa viime kädessä kysymykseksi siitä, kuinka täsmällisesti todistusteemat on kussakin oikeudenkäynnin vaiheessa ilmoitettava (ks. jäljempänä jaksoa 5.3.3). Vetoamiselta ja todistusteemalta vaadittava konkreettisuus ei ole välttämättä sama; voidaan ajatella, että todistusteeman ilmoittamisen olisi oltava konkreettisempaa kuin vetoamisen.⁵² Vasta todistusharkinnassa reduktio empiirisesti verifioitavissa oleviin todistusteemoihin olisi välttämätöntä tehtävä.⁵³

⁵¹ Ks. myös Lindell 1987 s. 180 s, jonka mukaan todistusteemat on ideaalina pyrittävä täsmentämään puhtaiksi kuvauksiksi.

⁵² Kompleksiset oikeustositseikat eivät voi olla todistusteemoina, koska jos kompleksin (kuten »omistusoikeus») riitautetaan, näytön on luonnollisesti kohdistuttava kompleksin 'takana' oleviin, vedottuihin momentteihin eikä kompleksiin sinänsä. Todistajaa ei voida kuulla kantajan »omistusoikeudesta», vaan esim. kaupasta, jolla tämä hankki esi-neen.

⁵³ Ks. myös Gomard s. 384 s. Ks. edelleen Lindell 1987 s. 380–384, joka kuitenkin painottaa enemmän yhtenäisen logis-käsitteellisen rajanvedon merkitystä: »det logiskt-begreppsliga kriteriet bör vara *vägledande*, men – – bestämmande för reduktionens omfattning bör vara ratio bakom åberopsbördan, önskvärdheten av att erhålla någonlunda fixerade bevisstämata och processekonomiska överbälganden.»

4.2 Näytön arvioinnista

Tosiseikkakysymyksellä tarkoitetaan siis – edellä esitetyt ongelmat tiedostaen – kysymystä siitä, mitkä tosiseikat on pantava tuomion perustaksi.⁵⁴ Näyttöproblematiikka voidaan jäsentää kolmeen erilaiseen ongelmaan:⁵⁵ 1) Kysymys käytettävissä olevasta todistusaineistosta: aineiston hankkiminen ja esittäminen (todistelu). 2) Kysymys todistusaineiston näyttöarvosta: yksittäisen todisteen ja useiden todisteiden kokonaisnäytön näyttöarvon arviointi (todistusharkinta). 3) Kysymys näyttövaatimuksen korkeudesta ja todistustaakan jaosta: näytön riittävyyden arviointi ja kielteisessä tapauksessa todistustaakanormin soveltaminen (näytön riittävyys). Tämän tutkimuksen kohteena on ensimmäinen eli todistelumenettelyproblematiikka, koska varsinaisesti ainoastaan se tulee riita-asian valmistelussa esille. Riittävän taustan saavuttamiseksi on kuitenkin syytä tarkastella eräiltä osin myös kahta viimeksi mainittua kysymystä, joita voidaan kutsua yhteisnimellä näytön arviointi.

4.2.1 Yleistä

a. Näyttökysymyksen ratkaisussa tavoitteena on *totuus*. Totuudella tarkoitetaan materiaalista totuutta eli sitä, että faktapremissi vastaa ulkoprosessuaalista asiain tilaa totuuden korrespondenssiteorian mukaisesti: se, mikä tuomiossa katsotaan tapahtuneeksi, on myös todellisuudessa tapahtunut.⁵⁶ Aineellisen totuuden tavoite vastaa siviiliprosessin varmuustavoitetta näyttökysymyksen osalta. Absoluuttinen totuus on kuitenkin erilaisten tosiasiallisten rajoitusten vuoksi oikeudenkäynnissä saavuttamaton ideaali, joskin arkielämässä riittävään varmuuteen voidaan päästä.⁵⁷ Totuuden sijasta joudutaan puhumaan todennäköisyyksistä. Toiseksi totuustavoitteesta joudutaan tinkimään toiseen suuntaan painavien erilaisten oikeudellisten intressien, kuten yksi-

⁵⁴ Tarkennettakoon vielä, että väittämistaakkaproblematiikka ei kuulu tämän kysymyksen piiriin: tosiseikkakysymys aktualisoituu vasta sitten, kun tosiseikkaan on jo asianmukaisesti vedottu (tai kyseessä on ns. indispositiivinen seikka). Tässä jaksossa ei oteta myöskään esille tilanteita, joissa tosiseikka ei kaipaa lainkaan näyttöä, vaan se voidaan suoraan panna tuomion perustaksi (tunnustaminen, notorisuus).

⁵⁵ Ks. esim. Jonkka 1993 s. 20 s.

⁵⁶ Tässä siis sitoudutaan totuuden korrespondenssiteoriaan totuuden *määritelmänä*. Tästä on pidettävä erillään totuuden *kriteerit*, jotka voivat olla myös koherenssi-, konsensus- ja pragmaattisten teorioiden mukaisia. Ks. erottelusta Niiniluoto 1997 s. 110.

⁵⁷ Ks. myös Turunen s. 22, jonka mukaan kolmelle varsinaiselle (platoniselle) arvolle eli totuudelle, kauneudelle ja hyvyydelle on luonteenomaista, että niitä voidaan vain tavoitella ja niihin voidaan suuntautua, mutta niitä ei pystytä lopullisesti saavuttamaan.

lön suojan, prosessiekonomian ja dispositiivisissa riita-asioissa ennen muuta asianosaisautonomian vuoksi.⁵⁸ Tällaiset näkökohdat otetaan kuitenkin huomioon lähinnä todistelua ja näytön riittävyttä koskevissa säännöissä, kun taas empiiris-loogisessa todistusharkinnassa pyritään mahdollisimman suureen varmuuteen.

Tässä yhteydessä on toisaalta jälleen syytä ottaa esille ns. *muodollisen* eli prosessuaalisen systeemin sisäisen totuuden merkitys. Muodollisella totuudella tarkoitetaan sitä, mitä oikeudenkäynnissä on (lainvoimaisesti) todeksi katsottu, riippumatta siitä, vastaako se materiaalista totuutta vaiko ei. Kuten luvussa 2 on pyritty osoittamaan, kiperissä tapauksissa ei useinkaan ole oikeudenkäynnin ulkopuolisia kriteereitä näyttökysymyksen ratkaisun oikeellisuuden kontrolloimiseen, jolloin siis ei pystytä sanomaan, vastaako muodollinen totuus materiaalista vaiko ei.⁵⁹ Voidaan sanoa, että materiaallinen totuus on se, johon oikeudenkäynnissä aina pyritään, mutta muodollinen totuus se, johon joudutaan tyytymään. Tällöin todistelumenettely itsessään saattaa olla tärkein näytön arvioinnin lopputuloksen oikeellisuuden kriteeri: asianmukainen todistelumenettely justifioi ja epäasianmukainen disjustifioi näytön arvioinnin lopputulosta.⁶⁰

Muodollisen totuuden äärirajan prosessioikeuden systeemissä muodostaa *tuomionpurkusäännöstö*, joka osoittaa, milloin myös lainvoiman saanut tuomio voidaan purkaa mm. virheellisen näyttöratkaisun vuoksi; materiaalisesti virheellisiä lainvoimaisia tuomioita ei siis siedetä miten pitkälle tahansa. Tässä yhteydessä mielenkiintoista on havaita, että uusi eli ensiprosessissa esittämättä jäänyt todiste saattaa (mm. preklusiosääntelyn rajoissa) tietyin edellytyksin johtaa tuomion purkamiseen (31:7.1:n 3 kohta ja 2 mom). Sen sijaan on katsottu vakiintuneesti, että pelkästään virheellinen näytön arviointi (eli purkuhakemus saman todistusaineiston perusteella) ei normaalisti voi johtaa tuomion purkamiseen.⁶¹ Järjestelmässä muodollinen totuus ja lainvoimaisen tuomion pysyvyyden merkitys menee siis tässä mielessä jopa ilmeisen väärän näytön arvioinnin edelle.

Aineellisen totuuden tavoitteen on perustellusti katsottu toteutuvan parhaiten *vapaan* näytön arvioinnin, tarkemmin sanottuna vapaan todistushar-

⁵⁸ Ks. esim. Hormia 1978 s. 10: »aineellista totuutta ei pidä tutkia mihin hintaan hyvänsä»; sekä Jonkka 1993 s. 24 s.

⁵⁹ Ks. myös Lindell 1987 s. 361: »vi sällan kan konstatera huruvida en dom överensstämmer med verkliga förhållanden eller ej och att den därför i regel inte kan be-tecknas annat än som funktionellt riktig». Ks. myös Andersen – Werlauff s. 192.

⁶⁰ Ks. myös Lehtimaja LM 1981 s. 172 s.

⁶¹ Ks. esim. Leppänen – Välimaa s. 117 s viitteineen sekä esim. KKO 1998:30.

kinnan kautta.⁶² OK 17:2.1:n mukaan oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena.⁶³ Tuomioistuin arvioi siis vapaasti kunkin todisteen ja kokonaisnäytön näyttöarvon. Vapaus ei kuitenkaan ole mielivaltaa.⁶⁴ Ensinnäkin todistusharkinnan tulee olla heuristisesti mahdollisimman objektiivista, rationaalista ja analyttistä. Sen on perustuttava hyväksyttäviin kokemussääntöihin ja niiden asianmukaiseen soveltamiseen.⁶⁵ Toiseksi myös näytön arviointi täytyy oikeuttaa yksittäistapauksessa eli se on perusteltava tuomiossa. Perusteluisa on selostettava, millä perusteella riittävä seikka on tullut näytetyksi tai jäänyt näyttämättä (OK 24:4).⁶⁶

Todistusharkinnassa yhdistyvät yksittäisten todisteiden erittelevä arviointi ja koko todistusaineiston kokonaisvaltainen arviointi. Voidaan puhua tasapainoilusta analyysin ja synteessin välillä: toisaalta kunkin yksittäisen todisteen todistusarvo on pyrittävä määrittämään mahdollisimman luotettavasti, mutta toisaalta vasta kokonaisnäytön näyttöarvo suhteessa näyttövaatimukseen ratkaisee lopputuloksen, eikä tässä arvioinnissa yksittäistä todistetta voida täysin erottaa näytön kokonaisuudesta.⁶⁷ Todistusharkinnasta ei siten voida kokonaan poistaa todistusaineiston viime kädessä melko intuitiivista kokonaisarvostelua, joka tehdään aineiston erittelevän tarkastelun lisäksi; tällainen lopputarvio saattaa myös olla hankalasti perusteltavissa tuomiossa.⁶⁸

⁶² »Asiallinen totuus on tosin legaalisenkin teorian päämäärä, vaikka se useinkin käyttämiensä keinojen takia johtaa ainoastaan muodolliseen totuuteen», Wrede 1910 s. 16. – Ks. myös Cohen s. 1 ss, joka tarkastelee todistusharkinnan vapautta vs. sääntelyä. Sääntely edistää lainkäytön yhtenäisyyttä ja julkisuutta, mutta vaarantaa ratkaisujen tarkkuutta, retrospektiivisyyttä ja legitimitettä (s. 5). Cohen tulee tulokseen, jonka mukaan vapaudesta poikkeamat on erikseen oikeutettava (s. 12).

⁶³ Ks. säännöksestä Tirkkonen 1949 s. 21–27 ja Sp II s. 93 s.

⁶⁴ Ks. esim. Heinonen LM 1980 s. 330.

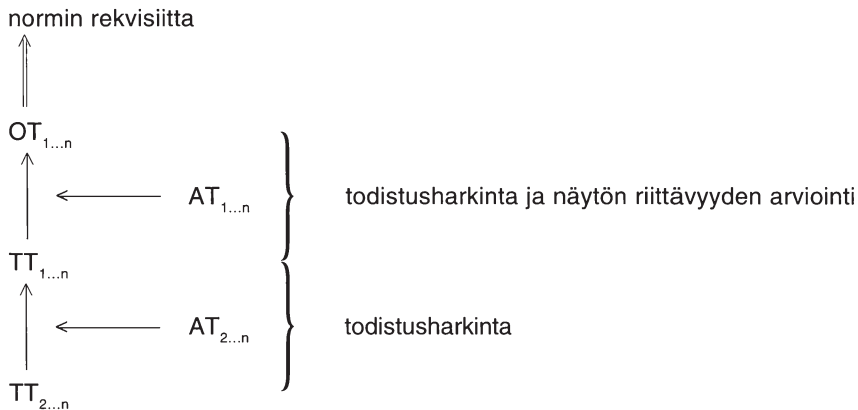
⁶⁵ Ks. esim. ruotsalaisissa esitöissä vapaalle näytön arvioinnille asetetuista vaatimuksista SOU 1926:32 s. 255, joita kehittää Lindell 1987 s. 103 s.

⁶⁶ Ks. säännöksestä HE 1990:154 s. 29 s ja problematiikasta yleensä Sorvettula ym. DL 1988 passim. sekä Virolainen LM 1986 s. 901 ss. OK 24:3:n (L:ssa 573/48) perustelusäännös liittyi juuri vapaaseen todistusteoriaan siirtymiseen, ks. HE 1945:137 s. 3.

⁶⁷ Ks. Jonkka 1993 s. 99 ja 105.

⁶⁸ Intuitiivisuudesta puhuminen on sikäli ongelmallista, että harkinnan täytyisi olla objektiivisesti perusteltavissa. Myös Ekelöf puhuu intuitiivisesta kokonaisarvostelusta (»intuitivt överblick av hela materialet»), jota täytyy edeltää diskursiivinen analyysi, IV s. 24. Ks. edelleen Jonkka 1993 s. 113 s, jonka mukaan kutakin tosiseikkaa tulisi tarkastella ja arvioida myös erillään muusta aineistosta; kokonaisvaltaisella tarkastelulla saat-
taa olla merkitystä erityisesti tosiseikan indisioarvon kannalta.

Kaavio 3. Näytön arvioinnin komponenteista.



OT = oikeustosiseikka

TT = todistustosiseikka

AT = aputosiseikka

↑ = subsumptio (normatiivinen vastaavuus)

↑ = empiiris-looginen näyttöarvosuhde kokemussäännön perusteella

Huomaa, että sama seikka voi olla useammassa kuin yhdessä asemassa; näitä ristikkäisiä merkityksiä ei ole otettu huomioon tässä yksinkertaistetussa kaaviossa.

Todistusaineisto on todistusharkinnan kannalta jäsennetty oikeus-, todistus- ja aputosiseikkoihin sekä kokemussääntöihin (ks. kaavio 3). Oikeustosiseikalla tarkoitetaan seikkaa, joka on oikeusseuraamukselle välittömästi eli juridisesti relevantti. Todistustosiseikalla taas tarkoitetaan seikkaa, joka on välillisesti relevantti eli jolla on merkitystä todisteena toisen tosiseikan olemassaolosta.⁶⁹ Aputosiseikat puolestaan eivät yksinään kerro todistusteemasta mitään, vaan vaikuttavat todistustosiseikan näyttöarvoon konkreettisessa tapauksessa.⁷⁰ Kokemussäännöt puolestaan ovat väitteitä kahden ilmiön välisestä suhteesta yleensä. Todistustosiseikan näyttöarvo yksittäistapauksessa voidaan päätellä soveltuvasta kokemussäännöstä.⁷¹ On kuitenkin tärkeää

⁶⁹ Ks. esim. Ekelöf 1956 s. 57 ja Lappalainen LM 1986 s. 757. Vrt. myös jo Wrede 1910 s. 11 s.

⁷⁰ Ks. esim. Ekelöf IV s. 10 ja Jonkka 1993 s. 55–57.

⁷¹ Ks. kokemussäännöistä tarkemmin esim. Ekelöf IV s. 14, Lindell 1987 s. 214–300 ja Edelstam 1991 s. 109–112 sekä Jonkka 1993 s. 39–55.

huomata, että ko. käsitteet ovat pelkästään funktionaalisia: samalla seikalla voi olla jutussa useampi funktio.⁷²

b. Todistusharkinnassa on viime kädessä kyse jutun ratkaisevan tuomarin subjektiivisen vakuuttuneisuuden asteesta.⁷³ Koska todistusharkinta ei kuitenkaan saa olla pelkästään tuomarin subjektiivis-intuiitiivista toimintaa, todistusteoriassa on kehitelty erilaisia *todistusharkintametoodeita*, joissa on etsitty objektiivisempia kriteereitä harkinnalle.⁷⁴ Niitä voitaneen luonnehtia lähinnä deskriptiivis-heuristisiksi malleiksi, joiden tarkoitus on tehdä käytännön todistusharkintaa objektiivisemmaksi, rationaalimmaksi ja analyttisemmäksi – sen lisäksi, että metodit ovat teoreettista perustutkimusta. Voidaan myös sanoa, että mallit pyrkivät etsimään tuomarin uskomuksen oikeutuksen kriteereitä.⁷⁵

Vahvimmin materiaallisen totuuden tavoitteeseen ovat sitoutuneet ns. todennäköisyysteoriat, jotka operoivat todennäköisyyksillä. Niistä vallitsevan aseman Pohjoismaissa ovat saavuttaneet ns. frekvenssiteoriat, jotka perustuvat yleensä subjektiiviselle todennäköisyyskäsitteelle.⁷⁶ Näissä teorioissa puolestaan erotetaan kaksi kilpailevaa mallia, ns. (todistus)*arvometodi* ja (todistus)*teemametodi*. Arvometodia voitaneen pitää tällä hetkellä – ainakin rikosasioiden osalta – todistusteoriassa vallitsevana. Ajatusta yhdestä yhtenäisestä todistusteoriasta, jota voitaisiin soveltaa käytännössä kaikkiin juttutyyppeihin ja tilanteisiin, voidaan kuitenkin pitää ongelmallisena.⁷⁷

⁷² Usein käytetty esimerkki on, että rikostunnusmerkistön objektiiviseen puoleen kuuluva oikeustositseikka on monessa tapauksessa todistustosiseikka rikoksen subjektiivisen puolen oikeustositseikasta. Ks. esim. Ekelöf – Boman I s. 32 ja Möller JFT 1984 s. 333.

⁷³ Ks. esim. Wrede 1910 s. 8 s, Tirkkonen Sp II s. 93 s ja Rosenberg ym. s. 657–659.

⁷⁴ Ks. näiden mallien ja legaalisten sääntöjen välisestä erosta Lindell 1987 s. 135 s. Malleja voidaan ja on kritisoitu sekä tietoteoreettiselta että oikeudelliselta kannalta eikä yksikään malli ole saavuttanut yleistä oikeuskäytännön hyväksyntää. Ks. Jonkka 1993 s. 123–185 vrt. ratkaisun KKO 1995:53 osalta Norrgård erit. s. 337. Näytön arviointia riita-asiassa koskevasta oikeuskäytännöstä ks. esim. KKO 1991:172, 1994:41, 1997:137 ja 161.

⁷⁵ Ks. Lammenranta s. 133 s: »Tiedollisen oikeutuksen käsitteellä pyrimme arvioimaan, mitä meidän pitäisi uskoa tai olla uskomatta pyrkiessämme totuuteen ja välttääksemme erehdystä.»

⁷⁶ Erilaisista todennäköisyyskäsitteistä ks. esim. Niiniluoto 1983 s. 50 ss, erit. s. 65 s: »Hypoteesin h subjektiivinen todennäköisyys evidenssin e nojalla, P(h/e), ilmaisee uskomuksen asteen». Objektiivinen todennäköisyyskäsitteys on ongelmallinen, kun puhutaan ainutkertaisen (singulaarisen) tapahtuman todennäköisyydestä.

⁷⁷ Ks. myös esim. Zahle 1990 s. 33, joka kannattaa »pluralistista todistusteoriaa»; voidaan myös puhua »polysentrisestä todistusteoriasta», ks. Peczenik 1995 s. 277. Ks.

Termiä »frekvenssiteoriat» käytetään tässä yhteisesti arvo- ja teemametoodeista (vaikka ne eivät perustu objektiiviselle todennäköisyyskäsitteelle) erotuksena todennäköisyysteoreettisesti toisentyypisistä *Cohenin* ns. induktiivisesta todennäköisyysmallista ja osin siihen nojautuvasta *Diesenin* vaihtoehtojen hypoteesien »hypoteesimallista». Ainakin Diesenin mallia voidaan pitää ongelmallisena dispositiivisissa riita-asioissa, koska siinä joudutaan operoimaan vaihtoehtoisilla tapahtumienkuluilla, joihin kumpikaan asianosainen ei välttämättä ole vedonnut.⁷⁸

Todennäköisyysteorioista olennaisesti poikkeava malli Pohjoismaisissa on *Zahlen* ns. normatiivinen malli.⁷⁹ Siinä ei pyritä arvioimaan todennäköisyyksiä, vaan arvotetaan asianosaisen ulkoprosessuaalista toimintaa normatiivisesti. Esim. velalliselle voidaan asettaa sellainen toimimisvelvollisuus, että hän ottaa kuitenkin maksustaan; jos kuittia ei ole, tämä voidaan katsoa hänen tappiokseen arvioimatta maksun todennäköisyyttä. Malli etäännyttää kauaksi materiaalisesta totuuden tavoitteesta, lähestyy legaalista näytön arviointia ja on varsin kaavamainen. – Tässä tutkimuksessa näitä malleja ei enemmälti käytetä, vaan tyydytään hyödyntämään vallitsevassa asemassa olevia arvo- ja teemametoodeita.

Teemametodin ja arvometodin kannattajien välillä on käyty erityisesti viime vuosikymmenen lopulla vilkasta keskustelua. Olennaisin ero teemametodin ja arvometodin välillä on niiden käsityksessä todistusteeaman ja todistustoseikan suhteesta: teemametodissa arvioidaan suoraan todistusteeaman olemassaolon todennäköisyyttä tietyn annetun todisteen perusteella, arvometodissa taas sitä, millä todennäköisyydellä todiste todistaa teemasta eli millä todennäköisyydellä teema on aiheuttanut (kausaalisesti) todisteen.⁸⁰ Tästä taas seuraa, että teemametodissa 'jäljelle jäävä' todennäköisyys on todennäköisyyttä teeman negatiivisuudesta, arvometodissa sen sijaan epävarmuutta.⁸¹ *Bolding* kiteyttää arvometodin erot teemametodiin nähden seuraavasti: 1) to-

myös Jonkka 1991 s. 49 s, Hov s. 427 s ja von Eyben erit. s. 207–214, joka toteaa Tanskan oikeuskäytännön perusteella: »ingen af de fremsatte teorier rummer den fulde sandhet. Alle har de ganske vist et gran af sandheden i sig.» Ks. myös Niiniluoto 1983 s. 70 s »probabilistisesta pluralismista».

⁷⁸ Samoin Diesen s. 23. Suomessa Norrgård on kehittänyt samansuuntaista »vertailevaa metodia» vahingonkorvausasioihin, ks. Norrgård erit. s. 340 ss.

⁷⁹ Ks. Zahle 1976 erit. s. 406–427. Todennäköisyysteorioiden kritiikistä ks. myös esim. Zuckerman s. 498–508, joka korostaa juryn näyttöratkaisun normatiivisuutta (»on the merits»).

⁸⁰ Ks. eroista esim. Jonkka 1991 s. 26–52. Ks. myös Lindell 1987 s. 134: »Att ställa frågan vilken metod som bör användas vid fastställandet av fakta vid fri bevisvärdering, är detsamma som att fråga efter vilket sannolikhetsbegrepp som bör användas.»

⁸¹ Ks. esim. Stening s. 33–37.

distusteeman ja todistustosisen suhde arvioidaan käänteisessä järjestyksessä eli kysytään, millä todennäköisyydellä teema on aiheuttanut kausaalisesti todisteen; 2) alkuperäistodennäköisyydelle ei anneta samaa merkitystä⁸² ja 3) jos teema X katsotaan todennäköiseksi, sen negaatiota ei-X:ää ei pidetä epätodennäköisenä, vaan epävarmana.⁸³

Tässä tutkimuksessa ei voida eikä ole tarpeenkaan mennä todistusteoriassa niin pitkälle, että valinta arvo- ja teemametodien välillä voitaisiin tehdä. Seuraavassa jaksossa 4.2.2 tarkastellaan kuitenkin sitä, onko teemametodin oletus $P(X) = 1 - P(\sim X)$ ongelmallinen dispositiivisissa riita-asioissa. Käytännön, ei-numeerisen näytön arvioinnin kannalta voitaneen myös ajatella metodien jonkinlaista rinnakkaista käyttöä. Arvometodi kiinnittää huomiota ennen muuta analyttisesti yksittäisen todisteen näyttöarvoon ja useiden todisteiden yhteiseen näyttöarvoon. Teemametodi puolestaan kiinnittää huomiota lopulliseen, kokonaisvaltaiseen näyttöön ja todistusteemaan. Kumpaakin näkökulmaa mielestäni tarvitaan käytännön näytön arvioinnissa.

Arvometodi, joka ei tee oletusta $P(X) = 1 - P(\sim X)$, aiheuttaa jatkokysymyksen siitä, miten jäljelle jäävään epävarmuuteen tulisi suhtautua, kun tuomioistuimella joka tapauksessa on ratkaisupakko. Kumman tapinoksi »harmaa vyöhyke» koituu, jos riittävää näyttöä kumpaankaan suuntaan ei saavuteta?⁸⁴ *Klami* on puhunut havainnollisesti epävarmuuden muuntamisesta riskiksi; teemametodissa koko epävarmuus muunnetaan, arvometodissa ei. Kysymys on normatiivinen eikä teoreettinen.⁸⁵ *Hatakka* on omasta puolestaan ehdottanut riita-asioissa harmaan vyöhykkeen jakamista 50/50 asianosaisten kesken eikä sen säilyttämistä kokonaan todistustaakan kantavalle asianosaiselle.⁸⁶

Arvoteorian lähtökohtaa pelkästä kausaalisuhteesta teeman ja todisteen välillä voidaan pitää ongelmallisena.⁸⁷ Jotkut arvoteorian kannattajat ovat katsooneet, että todistussuhde voi olla myös looginen.⁸⁸ Ennen muuta dispositiivisissa riita-asioissa vaatimus kausaalisesta tai loogisesta suhteesta saattaa kuitenkin olla hankala. Usein kyseessä lie-nee pikemminkin osapuolten intentioihin tms. liittyvä, 'hermeneuttista ymmärrystä' edellyttävä suhde: esim. sopijapuolten käyttäytymisestä

⁸² Teemametodin osalta ks. myös Niiniluoto 1983 s. 53: »Bayesin kaava osoittaa, miten aprioritodennäköisyys muuttuu aposteriotodennäköisyydeksi evidenssin e nojalla.»

⁸³ Bolding 1989 s. 76.

⁸⁴ Ks. problematiikasta Klami JFT 1994 s. 17 s.

⁸⁵ Ks. Klami 1997 s. 40 ss.

⁸⁶ Ks. Hatakka s. 170 s ja 294 ss. Rikosasioissa epävarmuus koituu kokonaan syytety-
n eduksi.

⁸⁷ Ks. ns. kausaalisesta referenssinteoriasta Lammenranta s. 86: »A viittaa B:hen, koska B on A:n syy.»

⁸⁸ Ks. esim. Klami ym. 1987 s. 28.

ennen varsinaisia sopimusneuvotteluja, niiden kuluessa ja niiden jälkeen pyritään päättämään, mitä sopijapuolet ovat tietyllä sopimus-klausuulilla tosiasiallisesti tarkoittaneet.⁸⁹ Rikosasioissa tämäntyyppiset tilanteet, kuten kysymys motiivista, ovat saaneet arvoteorian kannattajat puhumaan »rakenteellisesta» ja »holistisesta» näytöstä.⁹⁰

c. Laaja problematiikka, johon tässä tutkimuksessa ei enemmälti voida mennä, on *näytön riittävyys* -kysymys, joka ei ole tuomarin empiiris-loogisessa harkinnassa, vaan oikeusnormien sääntelemä. Se voidaan jakaa kysymyksiin, mikä on riittävä näyttö, jotta tosiseikka voitaisiin panna tuomion faktapremissiksi (näyttövaatimus), ja toiseksi, kumman asianosaisen tappioksi koituu se, että riittävää näyttöä ei saavuteta (todistustaakka).⁹¹ Joissakin tapauksissa jo lakitekstissä ilmaistaan abstraktilla tasolla sekä todistustaakan jakautuminen että näyttövaatimus; muutoin normit ovat kehittyneet oikeuskäytännössä ja -tieteessä. Dispositiivisissa riita-asioissa perusteltuina voidaan mielestäni ennustettavuuden vuoksi pitää kiinteitä todistustaakkasääntöjä, mutta melko matalaa ja tapauskohtaisesti jossakin määrin vaihtelevaa näyttövaatimusta, koska näissä asioissa virheellisen päätöksen haitta on lähtökohtaisesti yhtä suuri kummallekin osapuolelle.⁹²

Toisenlainen lähestymistapa ongelmaan on ns. övervikt-periaate, jonka mukaan näyttökysymys on ratkaistava aina sen mukaan, kumpi vaihtoehto on todennäköisempi yksittäistapauksessa. Mitään näyttövaatimusta ei siis aseteta, jolloin todistustaakkasääntöäkin tarvitaan ainoastaan siinä teoreettisessa tilanteessa, että kumpikin vaihtoehto on täsmälleen yhtä todennäköinen. Övervikt-ajattelu sopii hyvin yhteen sen perusnäkemymyksen kanssa, että yk-

⁸⁹ Ks. myös Klami ym. TfR 1988 s. 392 s (»förståelsemönster»).

⁹⁰ Ks. esim. Ekelöf 1990a erit. s. 26 s ja 30 sekä 1990b s. 59 s. »Kokonaisvaltaisesta selitysmallista» tai »rakenteellisesta näytöstä» ja siihen liittyvistä vaaroista ks. yleisemmin Jonkka 1993 s. 105–119, esim: »Erityisen selvästi aineiston kokonaisvaltaisen arvioinnin tarve tulee esiin silloin, kun näyttönä arvioidaan inhimillistä käyttäytymistä ja tämän perusteella tehdään päätelmiä henkilön toiminnasta.»; ja toisaalta: »on vaarana, että yksittäisiä palasia tulkitaan sellaisiksi, että ne sopivat haluttuun kokonaiskuvaan.» Voidaan myös puhua »narratiivisesta koherenssista», ks. McCormick erit. s. 324 ss.

⁹¹ Viimeaikaisen suomalaisen todistusteoreettisen tutkimuksen painopiste on ollut näyttövaatimus -kysymyksessä. Tutkimuksessa on sovellettu yleistä päätösteoriaa (Klami tutkimusryhmineen) ja oikeusperiaatteista käytyä keskustelua (Jonkka) näytön riittävyyden arviointiin. Ks. esim. Jonkka 1991 s. 8: »faktapremissin asettaminen merkitsee siis päätöstä siitä, miten suuri virheellisen päätöksen riski suuntaan tai toiseen on perusteltua ottaa.»

⁹² Ks. tuomitsemiskynnyksen jäykkyyttä ja joustavuutta koskeneesta keskustelusta esim. Klami ym. DL 1990 passim. ja kokoavasti Jonkka 1991 s. 72–108. Ks. myös esim. KKO 1995:139.

sittäistapauksessa olisi aina pyrittävä mahdollisimman oikeaan ratkaisuun. Jos sen sijaan lainkäytöllä nähdään myös yleisempää ohjaavaa merkitystä, osapuolille on asetettava jopa melko korkeita näyttövaatimuksia: esimerkiksi mahdollisuus näytön turvaamiseen etukäteen nousee tällöin keskeiseen asemaan.⁹³ Näkemysten käytännön erot eivät kuitenkaan välttämättä ole suuret, koska yhtäältä övervikt-periaatteen kannattajat pitävät sitä vain lähtökohtana ja toisaalta yleensä nykyisin näyttökynnyksen katsotaan olevan riita-asioissa melko matala ja tapauskohtaisesti vaihteleva.⁹⁴ Suomen oikeudessa lainsäädännön lähtökohtana lieenee »normaalin näyttövaatimuksen» asettaminen (ns. »täysi näyttö», joka ei tarkoita lähellekään täyttä varmuutta).⁹⁵ Tämä ilmenee jo *e contrario* siitä, että laissa on yleensä nimenomaisesti ilmoitettu, jos näyttövaatimuksen on tarkoitettu olevan normaalikynnystä alempi »todennäköinen».⁹⁶

Oman kysymyksensä myös näytön riittävyys kannalta muodostaa rekvisiittia, joka täsmentyy useisiin kumulatiivisiin tai vaihtoehtoihin, konkreettisiin tosiseikkoihin. Voidaan kysyä, mikä on tällöin »*todistustaakkateema*» eli koskeeko näyttövaatimus (ja todistustaakka) kutakin yksittäistä tosiseikkaa vaiko tällaisten seikkojen muodostamaa, rekvisiittaan tarkoittamaa kokonaisuutta.⁹⁷ Oletetaan vaikkapa, että ta-

⁹³ Ruotsissa kannatus on jakautunut tämän perusnäkemysten mukaisesti: ohjausajattelun kannattajat (Olivecrona, Ekelöf ja Boman) ovat kannattaneet melko korkeaa näyttövaatimusta, konfliktinratkaisujattelun kannattajat (Bolding, Lindell) sen sijaan lähtökohtaisesti övervikt-periaatetta, ks. Olivecronan ja Ekelöfin osalta edellä jaksossa 2.3.1 lausuttua ja Boman 1990 s. 114 s sekä toisaalta Bolding 1951 s. 86–120 ja 1990 s. 111 s sekä Lindell 1987 s. 284–291.

⁹⁴ Ks. myös Boman 1990 s. 116.

⁹⁵ Suhtautuminen kysymykseen vaihtelee maittain. Norjassa övervikt-ajattelu on ollut vahvin traditio, ks. Eckhoff 1943 s. 64–67 ja 85–98 sekä SvJT 1988, Augdahl 1951 s. 101–104, Hov s. 435–443 ja Schei II s. 12 s. Tanskassa sen sijaan näyttää vallitsevan ajatus, jonka mukaan näyttövaatimussäännöillä tulee toteuttaa materiaalista oikeutta, ks. Gomard s. 429–431, Smith s. 119–123 ja von Eyben s. 29–31. Myös Saksassa lähtökohtana on melko korkea todennäköisyysvaatimus, ks. Rosenberg ym. s. 660. Sen sijaan angloamerikkalaisessa järjestelmässä todennäköisyys (preponderance of evidence/probability) yleensä riittää riita-asiaissa, ks. Cross – Tapper s. 158–172 ja Broun – Blakey s. 204–206.

⁹⁶ Tärkeä esimerkki ovat turvaamistoimet, joissa riittää todennäköisyysnäyttö: haki-jan on saatettava ns. vaade-edellytys »todennäköiseksi» (OK 7:1–3), mikä tarkoittaa, että näyttövaatimus on matalampi kuin pääasiassa, ks. Havansi 1994 s. 15–18.

⁹⁷ Ks. problematiikasta Eckhoff 1943 s. 92–106 ja SvJT 1988 s. 337 (»bevisbyrdetema»). Kysymyksellä lieene merkitystä myös todistusarvometodin mukaisessa tarkastelutavassa: voitaisiin nimittäin kysyä, mikä on todennäköisyys sille, että »x tai y», vastaavasti »x ja y» on aiheuttanut todisteen.

kaisinsaantijutussa on kysymys siitä, onko oikeustoimi ollut »sopimaton» (TakSL 5 §), ja että tämän rekvisiitan täyttävät sekä seikka x että y yksin taikka että rekvisiitan täyttävät seikat x ja y ainoastaan yhdessä; voidaan kysyä, onko kantajan näytettävä riittävästi toteen »sopimattomuus» eli ko. seikkojen kombinaatio vaiko kukin yksittäinen seikka.⁹⁸ Kumulatiivisten seikkojen kokonaisuuden (»x ja y») todennäköisyyden arviointi tuottaa matalamman todennäköisyyden kuin yksittäisten seikkojen todennäköisyys, vaihtoehtoisten (»x tai y») taas korkeamman.

Ainakin pääsääntöisesti kutakin yksittäistä, konkreettista tosiseikkaa lienee pidettävä omana todistustaakkateemanaan. Ensinnäkin olisi ongelmallista puhua normatiivisen kompleksin, kuten »huolimattomuuden» todennäköisyydestä. Toiseksi kokonaisuuden todennäköisyyden arviointi johtaisi kumulatiivisten seikkojen osalta liian mataliin ja vaihtoehtoisten osalta liian korkeisiin todennäköisyyksiin.⁹⁹ Kumulatiivinen rekvisiitta merkitsee tämän kannan mukaan, että kaikki relevantit seikat on tehtävä erikseen riittävän todennäköisiksi, ja vaihtoehtoinen, että yksi seikka on tehtävä riittävän todennäköiseksi, jotta säännöksen soveltamisen edellytykset voitaisiin katsoa näytetyiksi toteen.

4.2.2 Todistusaineiston kattavuuden merkitys

4.2.2.1 Problematiikka

Viimeisten kymmenen vuoden pohjoismaisessa todistusteoreettisessa keskustelussa on noussut esiin kysymys todistusaineiston kattavuuden merkityksestä näytön arvioinnissa. Näytön arvioinnin kannalta problematiikka voidaan esittää yksinkertaistetusti seuraavasti. Oletetaan, että tietyn tapahtuman on tosiasiallisesti nähnyt kolme henkilöä, A, B ja C, ja että heidän kertomuksensa ja ehkä myös luotettavuutensa poikkeavat toisistaan. Oletetaan edelleen, että pääkäsittelyssä todistajina kuullaan ainoastaan A:ta ja B:tä. Kysymys kuuluu nyt, miten näytön arvioinnissa otetaan huomioon, että tapahtumalla on tosiasiallisesti ollut kolmas silminnäkijä C, jota ei kuitenkaan ole pääkäsittelyssä kuultu. C:n kuuleminen olisi saattanut antaa ratkaisevaa informaatiota asiasta.

⁹⁸ Bolding (1989 s. 21 s) käyttää termejä »definitivt bevistema», joka on kompleksinen oikeustositseikka (esim. »huolimattomuus», TLL 98 §), ja »preliminärt bevistema», joka on sen momentti (esim. auton nopeus / sijainti tiellä).

⁹⁹ Ks. Boman TfR 1988 s. 430 ja Hov s. 444–447. Vrt. Lindell 1987 s. 202–211, jonka mukaan kumulatiivisten seikkojen osalta ratkaiseva on yleensä kokonaisuuden todennäköisyys, vaihtoehtoisten osalta taas kunkin yksittäisen seikan todennäköisyys.

Todistusaineiston kattavuudella tarkoitetaan siis kysymystä siitä, kuinka *täydellinen*, kattava tiettyä todistusteemaa koskeva, todistusharkinnan pohjana oleva todistusaineisto pääkäsittelyssä tosiasiallisesti on verrattuna täydelliseen, ideaaliseen aineistoon. Periaatteessa voitaisiin ajatella, että tietystä teemasta esitettäisiin pääkäsittelyssä kaikki olemassa oleva välittömästi ja välillisesti merkityksellinen aineisto, joka puhuu teeman puolesta tai sitä vastaan. Käytännössä tämä ei yleensä ole mahdollista erilaisten tosiasiallisten ja oikeudellisten rajoitusten vuoksi, joten voidaan puhua ainoastaan enemmän tai vähemmän kattavasta todistusaineistosta. Toisaalta on harvoin tilannetta, jossa tietystä teemasta ei voida esittää minkäänlaista todistelua. Problematiikka on tämän tutkimuksen kannalta kiinnostava, koska pääkäsittelyssä käytettävissä oleva todistusaineisto määräytyy valmistelussa.

Ongelmaa jäsentämään on todennäköisyysteoriasta lainattu käsite »*robusthet*».¹⁰⁰ Näytön arviointi on »robust», 'vakaa' silloin, kun ei ole olemassa lisää todisteita, jotka voisivat vaikuttaa näyttöarvoon.¹⁰¹ Päätösharkinnan näkökulmasta ongelma on kuitenkin siinä, että ratkaisija ei yleensä voi tietää, onko tällaisia todisteita olemassa vaiko ei, ja vaikka hän tietäisikin, että esitettävissä todisteita on olemassa, hän ei yleensä voi tietää, vaikuttaisivatko ne näyttöarvoon, koska niitä ei ole esitetty pääkäsittelyssä; ratkaisija on tässäkin suhteessa tekemisissä epävarmuuden kanssa.¹⁰² *Diesenin* tavoin voidaan sanoa, että uusi, esitetty todiste lisää aina näytön arvioinnin vakautta: »Ny bevisning kan öka, minska eller bekräfta den ursprungliga frekvensen, men ökar alltid robustheten.»¹⁰³

Kysymys siis kuuluu, miten todistusaineiston tosiasiallinen epätäydellisyys voidaan ottaa näytön arvioinnissa huomioon. Tilanteet voitaneen jakaa

¹⁰⁰ Nähtävästi käsitteen ovat tuoneet todistusteoriaan todennäköisyysteoriasta toisistaan riippumatta vuonna 1987 Ekelöf alun perin ns. Hayward-juttuun antamassaan lausunnossa (ks. Klami ym. TfR 1988 s. 399 ja Diesen s. 105 s) ja Lindell väitöskirjassaan, ks. Lindell 1987 s. 353 s. Ks. myös Diesen s. 29 s ja 100 s sekä Klami JFT 1994 s. 14.

¹⁰¹ Ks. Ekelöf SvJT 1988 s. 34 ja Ekelöf – Boman IV s. 128. – Tietoteoreettisesti kyse on nähdäkseni uskomuksen oikeutuksen kumoutumattomuusehdosta, ks. Lammenranta s. 94 s: »henkilön hallussa olevan evidenssin on oltava niin kattavaa, ettei minkään uuden evidenssin hankkiminen johtaisi oikeutuksen menettämiseen». Ks. myös Niiniluoto 1997 s. 149 s.

¹⁰² Lindell 1987 s. 344: »När domaren skall ta ställning till om faktum bevisats vet han inte hur ordentlig utredning som gjorts och således inte hur mycket som finns kvar».

¹⁰³ Diesen s. 29 ja edelleen *ibid*: »Om det första bevisfaktumet medför en viss frekvens, det andra sänker frekvensen, medan det tredje återför denna till den första nivån, har argumentationens vikt – säkerheten i bedömningen – ökat (fastän frekvensen är densamma som i första skedet).»

tuomioistuimen päätösharkinnan näkökulmasta kahteen ryhmään: 1) Tuomioistuin tietää muun oikeudenkäyntiaineiston perusteella, että muitakin todisteita on olemassa, mutta niitä ei ole esitetty pääkäsittelyssä: voiko tuomioistuin tällöin ottaa todisteen oletetun näyttöarvon huomioon näytön arvioinnissa? 2) Tuomioistuin ei tiedä, onko muita todisteita olemassa, mutta muun oikeudenkäyntiaineiston perusteella tuomioistuimelle on syntynyt epäily, että niitä olisi: voiko tuomioistuin ottaa tämän todistusaineiston epätäydellisyyteen liittyvän epävarmuuden huomioon näytön arvioinnissa?

Lindell on kritisoinut arvometodia dispositiivisten riita-asoiden osalta siitä, että arvometodi lähtee täydellisen selvityksen *tavoitteesta*, joka menee jutussa esitetyn todistusaineiston ulkopuolelle ja hänen mukaansa rikkoo siten muun muassa käsittelymenetelmää vastaan.¹⁰⁴ Teemametodi sen sijaan tavallaan *olettaa* esitetyn todistusaineiston täydelliseksi lähtiessään kaksisuuntaisesta todennäköisyydestä, jossa jäljelle jäävä todennäköisyys on teeman negaation todennäköisyys eikä epävarmuutta. Teemametodissa ei siis oteta näytön arvioinnissa lainkaan huomioon todistusaineiston mahdollista epätäydellisyyttä. Teemametodin mukaisessa tarkastelussa on mahdollista saavuttaa korkeita todennäköisyyksiä käsillä olevalla todistusaineistolla, jolloin näyttövaatimuskkin voi olla korkea.¹⁰⁵

Arvometodi sen sijaan ei tee tällaista oletusta, koska arvometodin mukainen todennäköisyyskäsitys on yksisuuntainen. Jos tietty todistustositseikka todistaa tietyllä todennäköisyydellä teemasta, siitä ei voida päätellä teeman negaation todennäköisyyttä, vaan jäljelle jäävä todennäköisyys merkitsee pelkästään epävarmuutta.¹⁰⁶ Arvometodi ottaa siten todistusaineiston epätäydellisyyteen liittyvän epävarmuuden tavallaan automaattisesti todistusarvomekanismin kautta huomioon näytön arvioinnissa. Lisäksi nähtävästi *Ekelöfin* mukaan myös tieto esittämättömästä todisteesta tulee ottaa huomioon: »blotta existensen av annan bevisning sänker det bevisvärde, som uppnåts i målet.»¹⁰⁷ Todistusteoriassa on esitetty muitakin malleja todistusaineis-

¹⁰⁴ Ks. Lindell 1987 s. 156–163 ja erit. 167 s sekä 345–359. Myös Diesen on katsonut, ettei arvometodi sovi dispositiiviin riita-asioihin, ks. Diesen s. 11, 14 ja 23.

¹⁰⁵ Ks. Lindell 1987 esim. s. 353 ja 356.

¹⁰⁶ Ks. Ekelöf IV s. 27 s: »Antag att det endast finns ett mycket svagt bevis för temats existens. Det är väl uppenbart att man ej härav kan dra den slutsatsen att det föreligger starka skäl för att temat inte föreligger.»; ja edelleen s. 31: »De båda skalorna korresponderar ej på det sättet. I stället kvarstår en viss osäkerhet om rättsfaktum existerar eller ej.»

¹⁰⁷ Ekelöf – Boman IV s. 128 s. Ks. myös Ekelöf SvJT 1988 s. 34–36. Kriittisesti muuten arvometodin kannalla oleva Fitger RB s. 35:33.

ton kattavuuden ottamisesta huomioon näytön arvioinnissa lähinnä rikosasioissa.¹⁰⁸

4.2.2.2 Arviointia

On pidettävä mielessä, että oikeudenkäynnissä myös tosiseikkojen vahvistaminen tapahtuu oikeudellisessa kontekstissa. Tosiseikkakysymys ei ole pelkästään tietoteoreettinen, vaan myös normatiivinen kysymys.¹⁰⁹ Se, mihin todistusaineistoon tuomioistuin vapaan todistusharkintansa saa perustaa, määräytyy oikeusnormien mukaan; todistusharkintamalleja voidaan soveltaa ainoastaan lailliseen oikeudenkäyntiaineistoon. Onkin syytä kysyä, voitaisiinko pääkäsitellyssä esitetty todistusaineisto teemametodin tapaan olettaa täysin kattavaksi näytön arvioinnissa ja olisiko tämä jopa perusteltua dispositiivisessa riita-asiassa.

Ensin on kysyttävä, voidaanko OK 17:8:stä tehdä tällainen päätelmä. Säännöksen mukaan tuomioistuin ei dispositiivisessa riita-asiassa saa vastoin asianosaisten yhteistä tahtoa omasta aloitteestaan määrätä uutta todistajaa kuulusteltavaksi tai asiakirjaa esitettäväksi. Rajoitus koskee siis ainoastaan uutta todistajaa ja asiakirjaa, jotka ovat kuitenkin käytännössä tärkeimmät todistuskeinot. Siviiliprosessiuudistuksen yhteydessä tuomioistuimen aloitevaltaa laajennettiin sikäli, että nykyisin ainoastaan asianosaisten yhteinen tahto estää uuden todistajan tai asiakirjan hankkimisen; pelkästään toisen asianosaisten vastustus ei sitä estä. On syytä kysyä, onko uudistus merkinnyt periaatteellisemminkin aineellisen totuuden tavoitteen korostumista asianosaisten määräysvaltaan nähden.

Hallituksen esityksessä lausutaan muun muassa seuraavaa:

»Kun asianosaiset antavat riitansa tuomioistuimen ratkaistavaksi, ei ole perusteltua rajoittaa tuomioistuimen mahdollisuutta selvittää asiaa. –

¹⁰⁸ Lindell esittää, että teemametodia voitaisiin rikosasioissa täydentää omalla asteikolla selvityksen kattavuudelle erityyppisissä rikosasioissa, ks. Lindell 1990 s. 20. – *Cohenin* induktiivinen malli taas nähtävästi yhdistää molemmat näkökohdat; ks. Diesen s. 102: »Med Cohens metod för bevisvärdering förenas således bevisvärde och robusthet i en modell. Det är slutsatsens säkerhet, inte dess sannolikhet, som är prövningens norm.» Myös *Diesen* katsoo (s. 101), että »Robustheten kan – – inte uttryckas med bevisvärden» ja että sen sijaan erityyppisissä jutuissa vaadittavan selvityksen laajuus (utredningsstandard, utredningskrav) voi vaihdella. Diesen pyrkii yhdistämään nämä molemmat hypoteesimallissaan, joka »endast behandlar säkerheten (inte sannolikheten)» (s. 144).

¹⁰⁹ Ks. myös Lindell 1987 s. 136: »Val av sannolikhetsbegrepp för juridiska sammanhang måste – – ske med beaktande av under vilka villkor sanningssökandet i process sker.» Ks. edelleen Peczenik 1995 s. 298 s: »Metodvalet är inte värderingsfritt».

– Tuomioistuimella tulisi olla mahdollisuus selvittää asiaa käytettävissä olevan parhaan mahdollisen todistusaineiston perusteella. Ei ole johdonmukaista, että tuomioistuimella on mahdollisuus kuulla vapaasti tuomioistuimessa olevaa todistajaa, mutta ei sellaista henkilöä todistajana, jota kukaan ei nimeä, vaikka tuo henkilö todennäköisesti tietäisi parhaiten asian ratkaisemisen kannalta merkityksellisistä seikoista. – Jos asianosaiset ovat keskenään sopineet jonkin todistelukeinon käyttämättä jättämisestä, esimerkiksi sovittelijan kuulemisesta todistajana, tuomioistuimen ei ehdotuksen mukaan tule toimia asianosaisten sopimuksen vastaisesti. – Ehdotus ei tarkoita sitä, että tuomioistuimen tulisi ryhtyä selvittämään, mitä todistelua asiassa vielä olisi saatavissa.»¹¹⁰

Voidaan siten todeta, että OK 17:8:n esitöissä korostetaan varsin voimakkaasti materiaallisen totuuden tavoitetta asianosaisten määräysvallan ohella. Edellä asetettua kysymystä ei nähdäkseni kuitenkaan voida ratkaista OK 17:8:n perusteella, koska säännös koskee pelkästään todisteiden hankkimista eikä näytön arviointia, jonka tuomioistuin suorittaa olematta sidottu asianosaisten käsityksiin.

Selvää sen sijaan on, että pääkäsittelyssä esittämättömän todisteen ottaminen näytön arvioinnissa nimenomaisesti huomioon rikkoo sekä todistelun välittömyyttä että sen *kontradiktorisuutta* vastaan. Riita-asiassa todisteet on otettava vastaan pääkäsittelyssä (17:8a.1) ja tuomiossa saadaan ottaa huomioon vain se oikeudenkäyntiaineisto, joka on esitetty pääkäsittelyssä (24:2.1). Pääkäsittelyssä esittämättömän todisteen oletetun näyttöarvon ottaminen nimenomaisesti huomioon olisi epäluotettavaa ja ristiriidassa todistelun välittömyyden kanssa. Toiseksi sillä asianosaisella, jonka haitaksi todisteen, kuten uuden todistajan kertomuksen ottaminen huomioon koituisi, ei olisi mahdollisuutta sen paremmin vastakuulustella todistajaa kuin esittää vastatodistelua. Tällaista menettelyä ei voitaisi pitää asianmukaisena.

Viime kädessä kysymys on nähdäkseni siitä, voidaanko dispositiivisen riita-asian asianosaiselle asettaa todistustaakan *lisäksi* jonkinlainen asian *selvittämistaakka* eli taakka paitsi siitä, että teema tehdään esitetyn todistusaineiston valossa riittävän todennäköiseksi, myös siitä, että todistusaineisto teemasta on riittävän kattavaa. Oletetaan relevantti tapahtuma, jolla on ollut tosiasiallisesti vaikkapa viisi silminnäkijää ja josta todistustaakka on A:lla. Oletetaan edelleen, että pääkäsittelyssä kuullaan pelkästään yhtä A:n nimeämää todistajaa tästä seikasta ja että teeman pelkkä todennäköisyys ainoastaan tämän todistajan kertomuksen perusteella arvioidaan riittäväksi. Eikö

¹¹⁰ HE 1990:15 s. 107.

dispositiivisessa riita-asiassa voida tällöin katsoa teeman tulleen näytetyksi toteen vai onko A:lla vielä jonkinlainen taakka siitä, että teemasta saadaan riittävän kattava selvitys? Voitaisiinko teeman katsoa jääneen näyttämättä tällaisessa tilanteessa, koska todistusaineisto on ollut hyvin epätäydellinen? Tällaisen taakan asettaminen *dispositiivisen riita-asian* asianosaiselle olisi mielestäni yleensä kyseenalaista, koska mikään yksityinen tai julkinen intressi ei tällaista normaalisti edellytä. Vastatodistelun esittäminen taas on A:n vastapuolen asiana. Todistusaineiston epätäydellisyyttä ei pidä lukea pelkäämään A:n vahingoksi.

Tilanne on toinen rikosasioissa, joissa todistustaakka on aina syyttäjällä ja joissa materiaallisen totuuden tavoite edellyttää, että todistusaineisto on myös riittävän kattavaa; ensisijainen vastuu tästä lankeaa syyttäjälle, jonka on lisäksi viranomaisena noudatettava objektiivisuutta. Syyte saattaa siis jäädä näyttämättä toteen todistusaineiston puutteellisuuden vuoksi, vaikka teonkuvauksen pelkkä todennäköisyys esitetyn näytön valossa olisi riittävä. – Vastaavasti indispositiivisissa riitaasioissa viran puolesta huomioon otettava yksityinen tai julkinen intressi, kuten lapsen etu, saattaa teemasta riippuen edellyttää, että todistustaakan kantavan asianosaisen todistelu on myös riittävän kattavaa.

Myös dispositiivisessa riita-asiassa vastuu todistusaineiston riittävästä kattavuudesta on viime kädessä tuomioistuimella. Todistusaineiston riittävä kattavuus on mielestäni tällöin kuitenkin ensisijaisesti *todistelun* (todistusaineiston hankkimisen) eikä näytön arvioinnin ongelma.¹¹¹ Todistusaineiston riittävään kattavuuteen on kiinnitettävä huomiota jo riita-asian valmisteluvaiheessa eikä vasta päätösharkinnassa pääkäsittelyn jälkeen. Valmistelussa on selvitettävä muun muassa, mitä todisteita pääkäsittelyssä tullaan esittämään (5:19:n 3 kohta). Jos tuomioistuin havaitsee valmistelussa, että jokin relevantti todiste on vielä olemassa, sen tulee tarvittaessa aloiteoikeutensa (17:8:n) rajoissa joko kiinnittää asianosaisten huomiota todisteeseen tai hankkia todiste omasta aloitteestaan vastaanotettavaksi pääkäsittelyssä. Rikastava materiaallinen prosessijohto valmistelussa tulee tässä mielessä asettaa todistusharkinnan pääkäsittelyn jälkeen tapahtuvan 'täydentämisen' edelle.¹¹²

¹¹¹ Ks. myös Lindell 1990 s. 18: »Robustheten är – i första hand att hänföra till hur processuella regler och principer styr införskaffandet av utredningen i ett mål, vem som bär utredningsansvaret, och hur viktigt det ansetts vara med fullständig utredning i olika slags mål.» Ks. myös Rautio s. 69 ja Norrgård s. 342 s.

¹¹² Tuomioistuimen todisteita rikastavaa materiaalista prosessijohtoa tarkastellaan jäljempänä jaksossa 6.5.2.c.

Materiaalisen totuuden tavoitteen painoarvo ja vastaavasti todistusaineistolta edellytettävä 'riittävä' kattavuus voinevat jossakin määrin vaihdella myös dispositiivisten riita-asioiden ryhmän sisällä siitä riippuen, millaisesta asiasta kulloinkin on kysymys. Voidaan puhua »*selvittämisstandardista*».¹¹³ Selvittämisstandardiin vaikuttanevat ainakin riitaintressin suuruus ja se, liittyykö juttuun materiaalisen oikeuden valossa joitakin erityisiä, selvittämisstandardia korottavia yksityisiä tai julkisia intressejä.¹¹⁴ Esimerkiksi pieni-intressissä velkomusasiassa ei voitane edellyttää yhtä kattavaa todistelua kuin vaikkapa suuressa, liikeyrityksen vastuuta koskevassa vahingonkorvausjutussa.¹¹⁵ Asian selvittämisstandardi vaikuttaa muun muassa siihen, missä määrin tuomioistuimen tulisi hankkia todisteita viran puolesta.

Yhteenvetona voidaan todeta, että pääkäsittelyssä vastaanotetun todistusaineiston olettamiseen täysin kattavaksi näytön arvioinnissa, jolloin siis $P(x) = 1 - P(\sim x)$, ei dispositiivisissa riita-asioissa liity samanlaisia ongelmia kuin rikosasioissa ja usein indispositiivisissa riita-asioissa. Joka tapauksessa näytön arvioinnissa ei saa ottaa huomioon sellaisia todisteita, joita ei ole pääkäsittelyssä esitetty. Todistusaineiston riittävä kattavuus on todistusaineiston hankkimisen eikä näytön arvioinnin kysymys; tuomioistuimen on jo riita-asian valmistelussa huolehdittava siitä, että pääkäsittelyssä esitetään riittävän kattava todistusaineisto.

Edellä olevan perusteella on selvää, että todistusaineiston tosiasiasiallisella kattavuudella on keskeinen, usein ratkaiseva merkitys näytön arvioinnin kannalta. Ensinnäkin pääkäsittelyssä esittämättä jäävä todiste saattaisi nostaa tai laskea kokonaisnäytön näyttöarvoa teemalle. Toiseksi uusi esitetty todiste lisää aina todistusharkinnan vakautta päätöksentekijän näkökulmasta. Jos vielä teemametodin mukainen tarkastelutapa hyväksytään, esitetty todistusaineisto oletetaan täysin kattavaksi näytön arvioinnissa, riippumatta siitä, kuinka pitkälti se sitä on todellisuudessa. Arvometodin mukainen tarkastelutapa ei johda yhtä jyrkkään lopputulokseen, koska tällaista oletusta ei tehdä, vaan jäljelle jäävä todennäköisyys on epävarmuutta.

¹¹³ Ks. rikosprosessin kannalta Diesen s. 102 (»utredningsstandard«).

¹¹⁴ Intressit eivät siis kuitenkaan ole niin painavia, että juttu olisi indispositiivinen.

¹¹⁵ Laajassa asiassa todistelu on luonnollisesti laajempaa kuin suppeassa asiassa. Kattavuudessa sen sijaan on kyse siitä, kuinka kattavaa jutussa esitettävä todistusaineisto on verrattuna täydelliseen aineistoon.

4.3 Todistelusta

4.3.1 Eräitä todisteluun liittyviä käsitteitä

Todistelun käsitettä voidaan käyttää laajassa tai suppeassa merkityksessä: edellinen pitää sisällään sekä näytön esittämisen että sen arvioinnin, jälkimmäinen pelkästään näytön esittämisen.¹¹⁶ Tässä tutkimuksessa todistelusta puhutaan suppeassa merkityksessä, jolloin siis tarkoitetaan todistelun *menetelyllistä* puolta, kun taas edellisessä jaksossa 4.2 lyhyesti tarkasteltu näytön arviointi jää käsitteen ulkopuolelle. Todistelu voidaan siten määritellä väljästi asianosaisten ja tuomioistuimen oikeudenkäynnissä tapahtuvaksi toiminnaksi, jonka tarkoituksena on oikeudenkäyntiaineiston esittäminen todistusharkintaa varten.¹¹⁷ Todistelu tässä mielessä pitää sisällään myös todistusaineiston hankkimisen silloin, kun se on prosessioikeudellisesti säänneltyä.¹¹⁸ Käsitteen piiriin mahtuu myös toiminta riita-asian valmistelussa todistusaineiston selvittämiseksi.

Todistelua voivat esittää muodollisessa asianosaisasemassa olevien lisäksi väliintulija (OK 18:10) ja kuultava (esimerkiksi PK 18:2.2). Toisaalta tuomioistuin saa itse toissijaisesti ja tietyin rajoituksin omasta aloitteestaan hankkia näyttöä (OK 17:8). Kriteerinä rajanvedossa erityisesti asianosaisten muihin prosessitoimiin on syytä pitää aineiston esittämisen tarkoitusta: kyseessä täytyy olla aineiston esittäminen todistusharkintaa varten. Tällä perusteella voidaan erottaa toisistaan asianosaisten kuuleminen yhtäältä oikeudenkäynnin kohteen määräämiseksi ja toisaalta todistelutarkoituksessa. Tuomioistuin voi kuitenkin vapaan todisteiden harkinnan mukaisesti käyttää tietolähteenään muussakin yhteydessä (pääkäsittelyssä) esiintulevaa seikkaa, esimerkiksi asianosai-

¹¹⁶ Esim. Tirkkonen käsittelee siviiliprosessioikeuden yleisesityksessään otsikon »Todistelu» alla myös todisteiden harkinnan, ks. Tirkkonen Sp II s. 92–102. Samoin esim. Rosenberg ym. s. 638 ss (»Der Beweis»). Ks. myös Ekelöf IV s. 8: »Bevisningen i betydelsen av dennas förebringande består av vissa processuella arrangemang – – medan det som förekommer under pläderingen och överläggningen till dom utgöres av resonemang»; edellisestä toiminnasta käytetään täsmällisempää nimitystä »bevisföring», mts. 13. Ks. myös Lindell 1987 s. 126: »å ena sidan rättsregler som bestämmer vad som får ingå i bevisvärderingen och å andra sidan själva bevisvärderingen».

¹¹⁷ Ks. esim. Tirkkonen Sp II s. 70, jonka mukaan »tuntuu asianmukaiselta puhua todistelusta ainoastaan silloin, kun oikeudenkäynnissä tapahtuvan toiminnan avulla suoranaisesti pyritään perusteiden esittämiseen jonkin tosiseikan tueksi.»

¹¹⁸ Vrt. Tirkkonen Sp II s. 137: »Kun todistelumenettely on prosessuaalista toimintaa, ei sen puitteisiin saateta lukea todisteiden hankkimista tarkoittavia toimenpiteitä; ne suoritetaan näet säännönmukaisesti oikeudenkäynnin ulkopuolella.»

sen käyttäytymistä loppukesustelun aikana; kysymys ei tällöin kuitenkaan ole todistelusta tässä tarkoitettussa mielessä.

Todistelulla pyritään tuomaan esiin tosiseikkoja, jotka (kokemussääntöjen perusteella) tukisivat toisia tosiseikkoja koskevia väitteitä eli todistus-teemoja.¹¹⁹ Esitettävien tosiseikkojen voidaan olettaa olevan joko todistus-tosiseikan tai aputosiseikan asemassa. Tosiseikat esitetään tuomioistuimelle *todistuskeinojen* välityksellä, joita ovat OK 17 luvun mukaan kirjalliset todisteet ja katselmus sekä todistajan, asiantuntijan ja asianosaisen kuulustelu.¹²⁰ Todistuskeino on siis se fyysinen väline, esimerkiksi todistajan kuulustelu, jolla todistus- tai aputosiseikka saatetaan tuomioistuimen tietoon. Todistus- tai aputosiseikka taas on todistuskeinon ulkoisesta olemuksesta, sisällöstä tms. ilmenevä tosiseikka, esimerkiksi todistajan kertoma havainto, jonka luotettavuuteen mm. todistajan käyttäytymisestä ilmenevät apotosiseikat vaikuttavat.¹²¹ Todistuskeinon ja todistustosiseikan välinen rajanveto ei välttämättä kuitenkaan ole aina yksiselitteinen.¹²²

Kaikkea todistusharkinnassa mahdollisesti merkityksellistä oikeudenkäyntiaineistoa voitaisiin nimittää *todistusaineistoksi* laajassa mielessä.¹²³ Tässä tutkimuksessa todistusaineistosta puhutaan kuitenkin suppeammassa mielessä. Todistusaineistolla tarkoitetaan todistusharkintaa varten esitettäviä *todistuskeinoja* ja niitä seikkoja, joita todistuskeinoilla pyritään näyttämään toteen

¹¹⁹ Paitsi tosiseikkoihin, todistelu voi kohdistua myös kokemussääntöihin (esim. asiantuntijatodistelu).

¹²⁰ Tässä tutkimuksessa todisteella tarkoitetaan todistuskeinoa. Myös lakitekstissä »todiste» tarkoittaa yleensä todistuskeinoa (näin 1.12.1993 voimaan tulleissa säännöksissä); vanhemmissa säännöksissä se saattaa tarkoittaa myös todistustosiseikkaa (esim. 17:2.2). Ks. myös Wrede 1910 s. 10, Tirkkonen Sp II s. 73 ja Ekelöf IV s. 13. Esim. Jonkka puhuu todisteista tarkoittaen niillä todistustosiseikkoja, ks. Jonkka 1993 s. 31.

¹²¹ Yksi kysymys on se, jäsennetäänkö esim. todistajan kertomuksesta ilmenevä seikka yhdeksi todistustosiseikaksi teemasta vaiko teemaan johtavaksi todistusketjuksi. Ks. tästä Ekelöf IV s. 18 s, jonka mukaan todistajankertomusta tulisi tarkastella todistusketju-na: tuomarin havainto siitä, mitä todistaja sanoo → todistajan lausuma → mitä todistaja on tällä tarkoittanut → todistajan muistikuva tapahtumasta → todistajan havainto tapahtumasta → tapahtuma. Tällainen tarkastelutapa kiinnittää huomiota erilaisiin epäluotettavuuslähteisiin, jolloin lopullinen todistusarvo teemalle ei muodostu liian korkeaksi.

¹²² Esim. katselmus on todistuskeino, mutta tuomioistuimen esineestä välittömästi tekemät havainnot periaatteessa todistustosiseikkoja; kysymys on kuitenkin tällöin yhden ja saman fyysisen esineen ulkoisesta olemuksesta ja havainnointi saattaa samalla jo sisältää todistusharkintaa. Ekelöf katsoo, että katselmuksessa tuomioistuin saattaa havaita suoraan oikeustosiseikan, Ekelöf IV s. 14.

¹²³ Ks. esim. Ekelöf IV s. 13: »allt som har betydelse för bevisvärdering».

eli *todistusteemoja*; »todistusaineisto» on siis todistuskeinojen ja niiden todistusteemojen yhteisnimitys. Todistusaineisto on osa jutun koko oikeudenkäyntiaineistosta ja ratkaisuaaineistosta.

Käsitteellä »oikeudenkäyntiaineisto» tarkoitetaan usein ainoastaan sitä aineistoa, joka saadaan ottaa asiaa ratkaistaessa tuomion perustana huomioon.¹²⁴ Tuomiossa saadaan ottaa huomioon vain se oikeudenkäyntiaineisto, joka on esitetty pääkäsittelyssä (OK 24:2.1). Ainoastaan mikäli asia ratkaistaan poikkeuksellisesti tuomiolla jo valmistelussa tai valmistelu pidetään pääkäsittelyn yhteydessä, valmistelussa esitetty aineisto, vastaavasti viimeisessä valmistelustunnossa esitetty aineisto saadaan ottaa tuomion perustana huomioon (6:17 ja 24:2.1). Tämän määritelmän mukaan valmistelussa esitettävä aineisto ei siis yleensä olisi oikeudenkäyntiaineistoa, vaan siitä tulisi oikeudenkäyntiaineistoa vasta, kun aineisto esitettäisiin myöhemmin uudelleen pääkäsittelyssä.

Tässä tutkimuksessa kaikesta valmistelussa esitettävästä aineistosta käytetään nimitystä »oikeudenkäyntiaineisto». Jos oikeudenkäyntiaineistolla tarkoitettaisiin ainoastaan tuomion perustaksi kelpaavaa aineistoa, valmistelua käsittelevässä tutkimuksessa jouduttaisiin ilmeisiin terminologisiin vaikeuksiin: joissakin tapauksissa valmistelussa esitettävä aineisto olisi oikeudenkäyntiaineistoa, joissakin ei, ja tämä taas selviäisi yleensä vasta myöhemmässä valmistelun vaiheessa. Kun oikeudenkäyntiaineistolla tarkoitetaan kaikkea valmistelussa esitettävää aineistoa riippumatta siitä, esitetäänkö aineisto myöhemmin uudelleen pääkäsittelyssä vai ei, päästään riittävään terminologiseen kattavuuteen.

Sen sijaan on syytä varata oma terminsä sille, kaikkea oikeudenkäyntiaineistoa mahdollisesti suppeammalle aineistolle, joka voidaan ottaa tuomion (tai tuomioistuimen muun ratkaisun) perustana huomioon. *Virolainen* on käyttänyt termiä tuomion »ratkaisuaaineisto», mitä voidaan pitää kielellisesti onnistuneena ja havainnollisena.¹²⁵ Voidaan myös puhua »laillisesta oikeudenkäyntiaineistosta».¹²⁶ Jatkossa »ratkaisuaaineistolla» (ja »laillisella oikeudenkäyntiaineistolla») tarkoitetaan sitä oikeudenkäyntiaineistoa, jonka tuomioistuin voi ottaa lähinnä tuomion perustana huomioon. Valmistelussa esitettävä aineisto on siis oikeudenkäyntiaineistoa, mutta ratkaisuaaineistoa/laillista oikeudenkäyntiaineistoa siitä tulee yleensä vasta, kun se esitetään uudelleen pääkäsittelyssä (24:2.1).

Todistelua on pyritty jäsentämään eräillä erotteluilla. Ensinnäkin on puhuttu välittömästä eli suoranaisesta todistelusta silloin, kun todistusteemana

¹²⁴ Ks. esim. Tirkkonen Sp II s. 69 s, Ekelöf 1956 s. 37, Boman 1964 s. 12 ja Ekelöf – Boman I s. 30.

¹²⁵ Virolainen s. 322 s.

¹²⁶ Lappalainen Sp I s. 54 s.

on oikeustositseikka, ja välillisestä eli aihetodistelusta silloin, kun todistus- teemana on todistus- tai aputositseikka. Toiseksi eroteltu *pää- ja vastatodistelun* on perustettu todistustaakan jakoon: asianosainen esittää päätodistelu sellaisen oikeustositseikan todentamiseksi, johon nähden hänellä on todistustaakka, kun taas vastatodistelu esittää vastapuoli kumotakseen päätodistelun vaikutuksen.¹²⁷ Molempia erotteluita voidaan pitää todisteluproblematiikkaa havainnollistavina. Niitä käytettäessä on kuitenkin muistettava, että todistelutilanteet ovat usein siinä määrin komplisoituja, ettei kysymys ole pelkästään yhden tyyppisestä todistelusta. Esimerkiksi yhden todistajan kuulustelu saattaa pitää sisällään sekä välitöntä että välillistä ja sekä pää- että vastatodistelu.¹²⁸

4.3.2 Todistelun sääntelyn tavoitteista

Vapaaseen todistusteoriaan on katsottu kuuluvan paitsi vapaan todistusharkinnan, myös *vapaan todistelun* periaatteen, joskin edellistä on pidetty keskeisempänä. Vapaan todistelun periaatteella on tarkoitettu, ettei oikeutta todisteiden esittämiseen lähtökohtaisesti ole rajoitettu ja että tuomioistuimien saa käyttää todistusharkinnassaan tietolähteinä lähtökohtaisesti kaikkia asiassa ilmenneitä seikkoja. Vapaan todistusteorian molemmat puolet ilmenevät OK 17:2.1:sta, jonka mukaan oikeuden tulee, harkittuaan huolellisesti kaikkia esiintulleita seikkoja, päättää, mitä asiassa on pidettävä totena.¹²⁹ Kyseessä ei nähdäkseni kuitenkaan ole varsinainen oikeusperiaate, vaan pääsääntö, jonka mukaan tuomioistuimien saa perustaa todistusharkintansa mihin tahansa informaatioon, ellei sitä ole erikseen kielletty. Tästä pääsäännöstä on lukuisia poikkeuksia OK 17 luvussa.

¹²⁷ Ks. Wrede 1910 s. 46 s ja Tirkkonen Sp II s. 73 s. Edelleen on puhuttu varsinaisesta vastatodistelusta, kun vastatodistelu kohdistuu suoraan päätodistelun avulla todennettavaan tosiseikkaan, ja epävarsinaisesta vastatodistelusta, kun vastatodistelu kohdistuu päätodistelun luotettavuuteen, ks. Tirkkonen Sp II s. 136 ja Ekelöf IV s. 14 s. – Pää- ja vastatodistelusta on erotettava todistajan (tai muun todistelutarkoituksessa kuuluvan henkilön) *pää- ja vastakuulustelu*. Todistajan nimenneen asianosaisen suorittama todistajan kuulustelu on pääkuulustelu ja vastapuolen vastakuulustelu riippumatta siitä, miten todistustaakka jakautuu todistajan todistusteeman suhteen; pääkuulustelu voi siis olla vastatodistelu ja päinvastoin.

¹²⁸ Ks. myös Tirkkonen Sp II s. 74 ja 135: »vapaan todistusteorian vallitessa joudutaan helposti sellaisiin tilanteisiin, jolloin käy suorastaan mahdottomaksi erottaa päätodistelu ja vastatodistelu toisistaan.»

¹²⁹ Ks. esim. Wrede 1910 s. 18, HE 1945:137 s. 1 s, Tirkkonen 1949 s. 23 ja Sp II s. 93 ja Lappalainen 1988 s. 25. Ks. myös Ekelöf IV s. 16 ja 51, Hassler s. 346, Gomard s. 7 ja 411 sekä Smith s. 113.

Vapaan todistelun 'periaate' sisältää siis tärkeitä sääntöjä. Ensinnäkin todistuskeinoja ei ole sidottu tyyppipakkoon: asianosaiset ja tuomioistuimien voivat käyttää paitsi OK 17 luvussa nimenomaisesti säänneltyjä todistuskeinoja myös muita mahdollisia, esimerkiksi teknisen kehityksen mukanaan tuomia todistuskeinoja.¹³⁰ Toiseksi asianosaisilla on lähtökohtainen vapaus esittää mitä todisteita tahansa oikeudenkäynnissä. Kolmanneksi tuomioistuimien saa ottaa huomioon pääsääntöisesti kaikki ne todistus- ja aputositseikat, jotka oikeudenkäynnissä tulevat ilmi. Sen sijaan todistelumenettelyn osalta todistelun vapaudesta ei juuri voida puhua, koska menettely on varsin kattavasti säännelty.¹³¹

Todistelun ja näytön arvioinnin, erityisesti todistusharkinnan välinen suhde on kiinteä, koska todistelussa esitetään se todistusaineisto, johon tuomioistuimen näytön arviointi perustuu. Todistelun sääntely vaikuttaa näytön arviointiin ainakin kahdessa suhteessa: 1) todistelu määrää, kuinka kattava todistusaineisto tuomioistuimella on näytön arvioinnissa käytettävissään; ja 2) todistelu vaikuttaa siihen, kuinka luotettavasti tuo todistusaineisto pystytään arvioimaan.¹³² Todistelu siis määrää todistusaineiston kvantiteetin ja vaikuttaa keskeisesti sen arvioinnin kvaliteettiin. Kysymystä todistusaineistosta voidaan jopa pitää keskeisempänä kuin kysymystä näytön arvioinnista, koska oletettavasti paljon suurempi virheellisen päätöksen riski syntyy esimerkiksi jonkun relevantin todistajan kokonaan kuulematta jäämisestä kuin hänen kertomuksensa puutteellisesta arvioinnista. *Ideaalisinkaan näytön arviointi ei voi korjata todistusaineiston puutteellisuutta.*

¹³⁰ Ks. Tirkkonen Sp II s. 94 s. Ks. myös Ekelöf IV s. 51 ja 199 sekä Hov s. 388. Toinen asia on, että tällaisen todistuskeinon käytössä tuomioistuimen täytyisi turvautua 'lähintä' säänneltyä todistuskeinoa koskevien säännösten analogiseen soveltamiseen, ks. myös Hormia 1979 s. 146. Ennen OK 17 luvun uudistusta näkökohta oli erityisen tärkeä, koska luku ei tuntenut lainkaan asianosaisten vapaata kuulemistä todistelutarkoituksessa. Tämän vuoksi esim. Tirkkonen ei pitänyt asianosaisten vapaata kuulustelua erityisenä todistuskeinona, Tirkkonen Sp II s. 167. Nykyisin lienee vaikea keksiä todistuskeinoa, joka ei ainakin väljästi tulkiten mahtuisi johonkin OK 17 luvun kategoriaan. – Vrt. saksalaiseen erotteluun Strengbeweis/Freibeweis, joista edelliset ZPO tuntee, jälkimmäiset ei, ks. siitä esim. Blomeyer s. 349 ja 378 s, Rosenberg ym. s. 639, Jauernig s. 180 s ja Itävallan osalta vastaavasti Holzhammer s. 238.

¹³¹ Ks. Tirkkonen Sp II s. 89 ja 94: »tuomioistuimella on oikeus ja velvollisuus tuuden ilmisaamiseksi turvautua kaikkiin mahdollisiin tiedonlähteisiin, mikäli niiden välittämä aineisto on lain määräämällä tavalla saatettu tuomioistuimen tietoon» (kurs. tässä). Ks. myös Ekelöf IV s. 50 ja Fitger RB s. 35:26 s.

¹³² Ks. myös Diesen s. 99: »slutsatsens säkerhet beror inte bara av hur tillförlitligt det befintliga beslutsunderlaget är, utan också av hur omfattande materialet är».

Todistelun keskeiseen merkitykseen nähden on jossakin määrin yllättävää, kuinka vähän todistelumenettelyn 'yleisiä oppeja' on pohjoismaisessa kirjallisuudessa kehitelty. Teoreettisempi ja periaatteellisempi mielenkiinto on kohdistunut lähinnä näytön arviointiin, todistusharkintaan ja/tai näytön riittävyysarviointiin.¹³³ Syytä tähän lienee etsittävä legaalisen todistelun jälkivaikutuksesta. Lyhyesti sanottuna todistelun sääntely oikeusnormeilla nähdään nykyään usein kielteisenä jäänteinä legaalista todistelusta, jossa todistelua ja näytön arviointia koskevat säännöt ratkaisivat tosiseikkakysymyksen ratkaisun rationaalisen harkinnan sijaan. Esimerkkinä voidaan mainita todistajan esteellisyysarvioinnin kehitys Suomessa: on perustellusti katsottu, että todistajana kuultavan henkilön luotettavuus tulee arvioida kussakin konkreettisessa tapauksessa erikseen todistusharkinnassa eikä ratkaista sitä yleisellä tasolla tarpeettoman laajalla esteellisyysarvioinnilla.¹³⁴

Erityisen vilkasta tämän suuntainen keskustelu on viime vuosikymmeninä ollut angloamerikkalaisessa todistusoikeudessa, jossa on puhuttu painopisteen siirtymisestä todistelusäännöistä näytön arviointia koskeviin periaatteisiin (»the shift from evidentiary rules to principles of proof«).¹³⁵ Mannermaaisessa järjestelmässä todistelu ei ole ollut legaalista todistusteorias-

¹³³ Ks. esim. pohjoismaisessa todistusoikeudessa keskeistä yleisesitystä, Ekelöfin Rättegång IV-osaa: sen todistelua yleensä käsittelevistä n. 120 sivusta (s. 7–129) 14 sivua on omistettu todistelumenettelylle (§ 23 IV: Bevisföringen, s. 48–62) loppujen käsitellessä pääasiassa todistusharkintaa ja todistustaakkaa. Sen sijaan loppuosa teoksesta käsittelee todistelun 'erityistä osaa' eli eri todistuskeinoja.

¹³⁴ Ks. esim. Tirkkonen 1949 s. 2 ja Lappalainen 1988 s. 25–27 ja 47–57 vrt. todistajan yleisen kelpoisuuden osalta mts. 37 s. Todistajan esteellisyydestä on kuitenkin syntynyt laaja oikeuskäytäntö, ks. esim. KKO 1982 II 26, 34, 1986 II 145, 1987:9, 62, 1991:91, 149, 1992:25 ja 1996:28. Rikoskumppaneiden osalta todistajan esteellisyyssääntelyä on ROL:n yhteydessä laajennettu (OK 17:18.2 L 690/97), josta HE 1995:82 s. 144 s. – Ks. myös henkilötodisteiden arviointikriteereistä käytännössä Jonkka 1993 s. 165–184, jossa todetaan mm. että kertomuksen antajan muodolliselle prosessiroolille annetaan käytännössä varsin tärkeä merkitys kertomukselle annettuna alkuperäistodennäköisyytenä. Kuten Jonkka kuitenkin toteaa s. 181: »arvioijan olisi mentävä tavallaan tuon muodollisen prosessiroolin taakse ja kysyttävä, mikä paino ratkaistavana olevassa konkreettisessa tapauksessa eri henkilöiden antamilta kertomuksilta näyttönä on annettava.» Kertojan suhde juttuun vaikuttaa apotosiseikkana kertomuksen näyttöarvoon. Vrt. myös Hormia 1978 s. 112–119.

¹³⁵ Ks. kokoavasti Twining – Stein s. 19–21: »More attention is now being paid to the nature of inferential reasoning and the determination of evidentiary weight; admissibility of evidence and other technical matters are becoming less and less important.» Näkökohdat eivät sinänsä ole uusia edes angloamerikkalaisessa järjestelmässä, ks. Cross – Tapper s. 1 s ja Cappelletti – Garth s. 39 s.

ta luopumisen jälkeen yhtä tiukasti säänneltyä kuin angloamerikkalaisessa järjestelmässä, jossa nimenomaan todisteiden esittämisen sallittavuus (admissibility) on ollut ja on edelleen keskeisin kysymys. Perussäännön mukaan »proper evidence or testimony is that which is relevant and not privileged or hearsay».¹³⁶ Mannermaisesta näkökulmasta ongelmallisin on kuulopuhe-todistelun kielto eli hearsay -sääntö, josta on kuitenkin lukuisia poikkeuksia.¹³⁷ Hearsay -säännön taustalla on paitsi todistusharkinnan varmuuden turvaaminen todistelun välittömyyden avulla, myös oikeudenkäynnin asiamukaisuus, koska asianosainen ei pysty vastakuulustelemaan sitä henkilöä, jonka kertomuksesta todistaja kertoo.

Englannin siviiliprosessuaalinen todistusoikeus on tässä suhteessa olennaisesti muuttumassa. Englannin parlamentti on hyväksynyt uuden lain, The Civil Evidence Act 1995:n, jolla poistetaan hearsay-sääntö riita-asioista: »In civil proceedings evidence shall not be excluded on the ground that it is hearsay.» (sec. 1 (1)). Toisaalta hearsay-säännön poistamisen vastapainona laissa on eräitä turvaavia sääntelyitä (»safeguards»), kuten suuntaa-antavia ohjeita hearsay-todistelulle annettavasta näyttöarvosta. Muutoksen taustalla ovat olleet ennen muuta tavoite yksinkertaistaa sääntelyä ja ajatus siitä, että kaikkien todisteiden tulee olla esitettävissä, ellei ole riittäviä syitä kieltää niiden esittämistä.¹³⁸

Angloamerikkalaisen todistusoikeuden historialliseen kehitykseen on vaikuttanut keskeisesti jury-järjestelmä, jota mannermaissa ei samassa laajuudessa ole ollut käytössä. Pääsäännön mukaan jury päättää tosiseikkakysymykset (questions of fact) ja tuomari oikeuskysymykset (questions of law); tosiasiallisesti jury ratkaisee myös oikeudellisia kysymyksiä, kuten subsumptiokysymyksen.¹³⁹ Muodollisilla todistelusäännöillä on pyritty kontrolloimaan maallikoiden muutoin varsin vapaata näyttökysymystä koskevaa päätöksentekoa, jota ei perustella.¹⁴⁰ Toiseksi taustalla on ollut adversary-järjestelmä, jossa asianajajien rooli

¹³⁶ Kane s. 171. Keskeisimpänä taustaperiaatteena nähdään relevanssi laajasti ymmärrettynä, ks. Cross – Tapper s. 56–67. Ks. näistä angloamerikkalaisen todistusoikeuden keskeisistä käsitteistä »relevance», »privilege» ja »hearsay» esim. Broun – Blakey s. 80 ss, 117 ss ja 171 ss.

¹³⁷ Ks. Ekelöf IV s. 53 s: »Ett bevis, som i allmänhet är »förrädiskt», kan ju i det föreliggande fallet ha ett betydande bevisvärde.» – Mainittakoon, että Suomen vuoden 1734 lain OK 17:7:n 3 kohdassa mainittiin jääveiksi todistamaan ne, jotka olivat rikoksesta yksistään kuulopuheesta saaneet tiedon.

¹³⁸ Ks. Keane s. 265 s ja muutoksesta tarkemmin mts. 267 ss.

¹³⁹ Ks. Cross – Tapper s. 176–223, Clermont s. 99–104 ja Kane s. 172–191. Ks. myös juryratkaisusta »on the merits», Zuckerman s. 494–498.

¹⁴⁰ Ks. esim. Andrews s. 435 s ja 463, Edward s. 46–49, jonka mukaan angloamerikkalainen prosessi on tosiseikkoihin suuntautunut maallikkojärjestelmä, sekä Kane s. 183:

on keskeinen ja tuomarin passiivinen.¹⁴¹ Englannissa jury on nykyisin lähes kokonaan poistettu riita-asioista; Yhdysvalloissa sen sijaan perustuslaki takaa edelleen oikeuden jury-käsittelyyn jo varsin pienissä riita-asioissa.¹⁴²

Tämän suuntaisessa keskustelussa todistelusäännöt on saatettu nähdä varsin yksipuolisesti vapaan näytön arvioinnin negatiivisina rajoittajina.¹⁴³ Todistelun sääntely voi kuitenkin vaikuttaa myös positiiviseen suuntaan, se saat-
taa tehdä vapaan näytön arvioinnin ylipäänsä mahdolliseksi tai ainakin myö-
tävaikuttaa siihen, että todistusharkinnasta tulee mahdollisimman onnistunut.
Esimerkkinä Suomen oikeudesta voidaan mainita hovioikeuden suulliseen
pääkäsittelyyn velvoittava OK 26:15 (L 165/98), joka turvaa sitä, että luo-
tettava suullisen todistelun uudelleenarviointi olisi hovioikeudessa ylipään-
sä mahdollinen. Hovioikeuden on toimitettava pääkäsittely, jos asian ratkai-
seminen riippuu kärjäoikeudessa vastaanotetun suullisen todistelun tai kä-
rjäoikeuden katselmusta toimittaessaan tekemien havaintojen uskotta-
vuudesta taikka hovioikeudessa vastaanotettavasta uudesta suullisesta todis-
telusta.¹⁴⁴

Todistelun sääntelyn yleiseksi tavoitteeksi voitaneen asettaa mahdollisim-
man hyvien edellytysten luominen näytön arvioinnille, lähinnä todistushar-
kinnalle; tavoite vastaa siviiliprosessin yleistä varmuustavoitetta. Tämä pi-
tää sisällään kaksi alatavoitetta: todistelu on säänneltävä siten, että se 1) tuot-
taa mahdollisimman kattavan (robust) todistusaineiston (*kattavuustavoite*) ja
2) että tuo aineisto on mahdollisimman luotettavasti arvioitavissa (*luotetta-
vuustavoite*).¹⁴⁵ Ideaalitulanteessa tuomioistuimella olisi todistelun jälkeen

»The evidentiary rules – – limit the jury to considering only legally relevant and generally reliable evidence in determining the facts.» Ks. juryjärjestelmän ongelmista koo-
tusti Klami DL 1991 s. 219–222.

¹⁴¹ Ks. Broun – Blakey s. 35.

¹⁴² Ks. esim. Kiralfy s. 214 ja 216. – Atiyah ja Summers katsovat, että Englannin järjestelmä on enemmän totuuteen suuntautunut kuin Yhdysvaltojen; Englannissa on tässä mielessä suurempi »truth formality», ks. Atiyah – Summers s. 161 ss.

¹⁴³ Ks. myös Bolding 1951 s. 23.

¹⁴⁴ Kärjäoikeudessa vastaanotettu todistelu on tällöin tarpeellisilta osiltaan otettava vastaan ja katselmus toimitettava uudelleen pääkäsittelyssä, jollei estettä ole. Jos tätä todistelua ei voida vastaanottaa uudelleen pääkäsittelyssä, kärjäoikeuden ratkaisua ei sillä osin saa muuttaa, jollei todistelua erityisestä syystä ole arvioitava toisin (ns. luottamussäännös). Ks. LaVM 1997:19 s. 4 ja 15, vrt. HE 1997:33 s. 65–67 ja 90, jossa luottamussäännös esitettiin kokonaan poistettavaksi laista ja hovioikeuden velvollisuudesta pääkäsittelyn toimittamiseen lausuttiin ainoastaan perusteluissa.

¹⁴⁵ Ks. myös Jonkka LM 1992 s. 703, jonka mukaan aineellisen totuuden »tavoitteen toteuttamiseksi tulisi ensinnäkin varmistaa mahdollisimman tehokkaasti kaiken re-

todistusharkintansa perustana käytettävissään kaikki todistusteemalle relevantti todistusaineisto ja se pystyisi määrittämään tuon aineiston näyttöarvon optimaalisella tavalla. Voidaan puhua yhtäältä todistusaineiston kattavuuteen ja toisaalta sen arvioinnin luotettavuuteen liittyvästä todistelumenettelyn sääntelystä. Sen sijaan todistusaineiston kattavuutta ei normaalisti pidä rajoittaa sen luotettavuuden nimissä kieltämällä kokonaan *a priori* epäluotettavien todistuskeinojen käyttö. Luotettavuuskysymys on yleensä ratkaistava vasta todistusharkinnassa.¹⁴⁶

Nämäkään tavoitteet eivät ole absoluuttisia, vaan niitä vasten on asetettava toisia tavoitteita ja intressejä. Ensinnäkin todistusaineiston kattavuuden tavoitetta rajoittaa dispositiivisissa riita-asioissa asianosaisautonomia. Ensimmäisessä asianosaisten on hankittava asiassa tarpeelliset todisteet ja tuomioistuimen toiminta on ainoastaan tätä tietyissä rajoissa täydentävää (OK 17:8).¹⁴⁷ Toiseksi sekä kattavuus- että luotettavuustavoitteita rajoittaa yleinen prosessiekonomian tavoite.¹⁴⁸ Edelleen todistusaineiston kattavuutta saattavat rajoittaa joidenkin muiden kuin oikeudenkäyntiin itseensä liittyvien intressien, kuten yksityis- tai liikesalaisuuksien suojaksi säädetty todistamiskiellot.¹⁴⁹ Sen sijaan yleensä kattavuus- ja luotettavuustavoitteiden kanssa saman suuntainen, mutta niistä riippumaton on vaatimus todistelumenettelyn asianmukaisuudesta (ks. jäljempänä jaksoa 4.3.4).

Modernista mannermaisesta todistusoikeudesta voidaan mainita yksi kehityssuunta, joka saattaa merkitä päinvastoin kyseisessä suhteessa aiemmin varsin vapaan todistelun merkittävääkin rajoittamista angloamerikkalaisten mallien suuntaisesti: oikeudenvastaisesti hankittujen todisteiden *hyödyntämiseen* oikeudenkäynnissä, ennen muuta rikosprosessissa vastaajan vahingoksi, on alettu suhtautua jossakin määrin entistä kielteisemmin. Tällöin hankkimiskiellolla suojattuja intressejä toteutetaan yleisesti tinkimällä oikeudenkäynnin totuustavoitteesta yksittäistapauksessa. Esimerkiksi EU:n piirissä laaditussa ns. *Corpus Juris*

levantin todistusaineiston käsilläolo ratkaisua tehtäessä. Toinen keskeinen vaatimus on se, että päätöksentekijälle turvataan riittävät edellytykset todistusaineiston näyttöarvon määrittelylle.»

¹⁴⁶ Vrt. Hormia 1978 s. 112–119. Suppeat todistuskiellot luonnollisesti edellyttävät, että tuomioistuimen todistusharkinta on niin korkeatasoista, että siihen voidaan luottaa eli että tuomioistuimet eivät anna konkreettisessa yksittäistapauksessa epäluotettavalle todisteelle liian suurta merkitystä.

¹⁴⁷ Sen sijaan näiden todisteiden arvioinnin tuomioistuin suorittaa luotettavimmalla tavalla riippumatta asianosaisten tahdosta.

¹⁴⁸ Ks. esim. Bolding 1951 s. 23.

¹⁴⁹ Ks. Hormia 1978 s. 139–195.

-mietinnössä on ehdotettu varsin kategorista hyödyntämiskiellösäännöstä. Ehdotuksen mukaan EU-rikosta koskevassa oikeudenkäynnissä todiste olisi hylättävä, jos yhteisön viranomaiset tai kansalliset viranomaiset olisivat hankkineet sen joko 1) EIOS:ssa vahvistettuja ihmis-oikeuksia loukaten tai 2) ehdotuksessa määriteltyjä eurooppalaisia sääntöjä tai 3) sovellettavaa kansallista oikeutta loukaten ilman, että loukkaaminen on ollut perustelua eurooppalaisten sääntöjen nojalla (ehdotettu art. 33 (1)).¹⁵⁰

4.3.3 Todistelun välittömyys

Edellä jaksossa 3.1.3 esitetyn määritelmän mukaan oikeudenkäynti on välitön, kun oikeudenkäyntiaineisto esitetään suoraan, ilman välikäsiä asian ratkaisevalle tuomioistuimen kokoonpanolle ja kun ratkaisu voi perustua ainoastaan näin esitettyyn oikeudenkäyntiaineistoon. Näin määriteltynä välittömyys koskee paitsi asianosaisten esityksiä myös todistelua. Pelkästään todistelun osalta voidaan puhua suppeammin *todistelun välittömyydestä*, jolla tarkoitetaan, että todisteet esitetään suoraan näytön arvioivalle tuomioistuimen kokoonpanolle ja että näytön arviointi voi perustua ainoastaan näin esitettyyn todistusaineistoon.¹⁵¹

Todistelun välittömyyttä voidaan tarkastella laajasti koko prosessuaalisessa järjestelmässä. Todistelun välittömyydestä voidaan tällöin puhua periaatteena, jota tulee toteuttaa erilaisten tosiasiallisten ja oikeudellisten rajoitusten puitteissa. Tästä näkökulmasta nousivat esille mm. kysymykset esitutkinnassa ja toisessa oikeudenkäynnissä annettujen kertomusten hyödyntämisestä näyttönä (ks. OK 17:11.1:n 2 kohta L:ssa 690/97). Vastaavasti muutoksenhakuprosessissa tuli kyseenalaiseksi arvioida alemman asteen äänittämän tai pöytäkirjaaman kertomuksen näyttöarvoa ylemmässä asteessa ilman uuden suullisen käsittelyn toimittamista (ks. uusi OK 26:15 L 165/98).¹⁵² Tässä tutkimuksessa nämä kysymykset eivät kuitenkaan tule esille.

¹⁵⁰ Ks. Corpus Juris s. 56 s.

¹⁵¹ Ks. esim. Jokela 1988 s. 64 s ja Hormia 1978 s. 119: »Tuomitsevan oikeuden suhde todistuskeinoin on tällöin sellainen, että todistusvaikutelma perustuu havaintoon.» Vrt. Tirkkonen Sp II s. 139 s, joka tarkoittaa todistelun välittömyydellä pelkästään, että »todistelun tulee tapahtua siinä tuomioistuimessa, joka ratkaisee jutun». Ks. myös Hassler s. 228 s, Munch-Petersen I s. 167 ja Holzhammer s. 131 ja 254 (»sachliche Unmittelbarkeit»).

¹⁵² Ks. ennen mainittuja säännöksiä esim. Jonkka LM 1992 erit. s. 708–719. Ks. myös EOA:n päätös 28.2.1989 Dnro 105/4/89. Välittömyysperiaatteen näkökulmasta voidaan myös esim. kysyä, missä määrin tuomion todistusvaikutus on enää nykyisin hyväksyttävissä, vrt. Aalto 1968 s. 231 s.

Riita-asioiden nykyisessä alioikeusmenettelyssä on nähdäkseni välttämätöntä tehdä erottelu yhtäältä todistelun välittömyyden ja toisaalta pääkäsittelyn välittömyyden välillä, koska pääkäsittely alioikeudessa on aina välitön, mutta todistelu saattaa tästä huolimatta olla välillistä. Pääkäsittelyn välittömyys toteutuu sen myötä, että tuomiossa saadaan ottaa huomioon vain se oikeudenkäyntiaineisto, todistusaineisto mukaan lukien, joka on esitetty pääkäsittelyssä (24:2.1).¹⁵³ Todistelun välittömyys puolestaan toteutuu sitä kautta, että todisteet on vastaavasti *otettava vastaan pääkäsittelyssä* (17:8a.1).¹⁵⁴ On tärkeätä havaita, että todisteiden »vastaanottamisesta» puhutaan lainkohdassa erityisessä merkityksessä: sillä tarkoitetaan nimenomaan todisteen välitöntä vastaanottamista, kuten todistajan kuulemista henkilökohtaisesti ilman äänitteen tai pöytäkirjan välitystä.¹⁵⁵ Tässä tutkimuksessa todisteen vastaanottamisen käsitettä käytetään pelkästään tässä suppeassa merkityksessä.

OK 17:8a.1:ssa nimenomaisesti lueteltujen säännösten nojalla todisteita voidaan poikkeustapauksissa ottaa vastaan pääkäsittelyn ulkopuolella: esimerkiksi todistajaa voidaan sairaustapauksessa kuulla hänen luonaan valmisteluvaiheessa (17:41.1). Jos tällaista todistetta ei oteta vastaan uudelleen pääkäsittelyssä (17:8e.1), tuomioistuimen on »tehtävä siitä selko todisteen vastaanottamisessa kertyneestä oikeudenkäyntiaineistosta» (17:8e.2) eli esimerkiksi luettava sairaan todistajan aiemmin pöytäkirjattu kertomus tai kuunneltava äänite.¹⁵⁶ Vasta selon tekemisen jälkeen ko. todiste tai tarkemmin sanottuna sen vastaanottamisessa kertynyt aineisto voidaan panna tuomion perustaksi (24:2.1). Tällaisessa tilanteessa lieene osuvinta sanoa, että pääkäs-

¹⁵³ Ks. Ekelöf IV s. 48 s: »rätten endast får fästa avseende vid bevisfakta, som endera iakttagits av rätten under huvudförhandlingen eller till vilkas existens man kan sluta från vad som sålunda iakttagits. En uppgift, som ena parten lämnat under förberedelsen i ett tvistemål, utgör sålunda ett relevant bevisfaktum endast om den upprepas under huvudförhandlingen.»

¹⁵⁴ Vastaavasti RB 35:8; Tml § 183 ja 195, joista Hov s. 422 ja Schei II s. 11 ja 33 sekä Rpl § 340.1, josta Bet. 1973:698 s. 21–24 ja 125, Gomard s. 435 s ja Smith s. 163.

¹⁵⁵ Ks. HE 1990:15 s. 105 s ja 108. Ks. edelleen Gärde ym. s. 474, jonka mukaan todisteiden vastaanottamisella (upptagande av bevis) tarkoitetaan RB 35:8:ssä sitä, että »beviset tillhandahålles domstolen utan förmedling av domstolsprotokoll i dess ursprungliga skick.» Samoin esim. Fitger RB s. 35:4 ja 67 sekä Virolainen 1995 s. 245. – Sääntö todisteiden vastaanottamisesta vasta pääkäsittelyssä (17:8a.1) koskee myös valmistelun yhteydessä toimitettavaa pientä pääkäsittelyä, vaikka tuomiossa saadaan tällöin ottaa huomioon myös viimeisessä valmistelustunnossa tapahtunut (6:17 ja 24:2.1); tämä ei siis normaalisti voi olla todistelua.

¹⁵⁶ »Selon tekemisestä» ks. HE 1990:15 s. 110; ks. myös Prop 1986/87:89 s. 171.

sittely on välitön, mutta todistelu ei.¹⁵⁷ Todisteen »esittämisellä» tarkoitetaan-kin tässä tutkimuksessa sekä välitöntä todisteen vastaanottamista että tällaista välillistä todisteen esittämistä pääkäsittelyssä.¹⁵⁸ Pääkäsittelyn ja todistelun välittömyys kulkevat siis pääsääntöisesti käsi kädessä, mutta eivät välttämättä.

Miksi todistelun välittömyys sitten on tärkeää? Välittömyys palvelee ennen muuta todistusharkinnan luotettavuutta. Erityisesti suullisen todistelun näyttöarvo pystytään arvioimaan paremmin, kun todistusharkinta perustuu välittömästi näytön arvioivalle tuomioistuimen kokoonpanolle esitettyyn kertomukseen, kuin silloin, jos se perustuisi aiemmissa istunnoissa äänitettyyn tai pöytäkirjattuun kertomukseen.¹⁵⁹ Esimerkiksi todistajan suullinen kuuleminen välittömässä pääkäsittelyssä antaa mahdollisuuden täydentävien kysymysten esittämiseen sekä todistajan esiintymisen, ilmaisutavan ja muiden apotosiseikkojen arvioimiseen.¹⁶⁰ Vastaavasti katselmuksen luotettavuus edellyttää, että jutun ratkaisevat tuomarit tekevät itse välittömät havainnot katselmuksessa eivätkä esimerkiksi vain lue jonkun muun laatimaa katselmuspöytäkirjaa. Mitä välittömämpää todistelu on, sitä lyhyemmäksi todistusketju muodostuu ja sitä vähemmän mahdollisia virhelähteitä todisteluun liittyy.¹⁶¹

Ekelöf näkee todistelun välittömyyden ilmauksena yleisemmästä ns. parhaan todistusaineiston periaatteesta, joka tarkoittaa, että jos yhtä ja samaa tietolähdettä voidaan hyödyntää useammalla tavalla, tulee käyttää sitä todistuskeinoa, joka on varmin eli joka tuottaa lyhyimmän todistusketjun teemalle.¹⁶² Parhaan todisteen periaate palvelee todistus-

¹⁵⁷ Ks. myös Ekelöf IV s. 54 s ja JFT 1984 s. 426 av 6, Ekelöf – Boman IV s. 28, Hormia 1979 s. 147 s, Jokela 1988 s. 65 ja Gomard s. 435.

¹⁵⁸ Samoin Ekelöf IV s. 55: »Vittnesbevisning kan förebringas under huvudförhandlingen såväl genom förhör med vittnet som genom uppläsning av protokollet över ett tidigare domstolsförhör med denne, men endast i det förra fallet upptas bevisningen vid huvudförhandlingen.»

¹⁵⁹ Esim. HE 1990:15 s. 5: »Tuomioistuimella on käytössään alkuperäinen ja mahdollisimman luotettava oikeudenkäyntiaineisto, mikä parantaa edellytyksiä aineellisesti oikeaan ratkaisuun päätymiselle.» Ks. myös Jonkka LM 1992 s. 702–704 ja Virolainen 1995 s. 242.

¹⁶⁰ Jonkka toteaa (LM 1992 s. 703), että välillinen arviointi johtaa ongelmalliseen erilaisten yleistysten painottumiseen, vaikka kertomuksen luotettavuuden arviointi edellyttäisi nimenomaan kertomuksen syntymekanismia koskevien yksilöllisten tietojen käyttöä.

¹⁶¹ Esim. välittömässä katselmuksessa todistusketju (esine → tuomarin havainto esineestä) on selvästi lyhyempi kuin katselmuspöytäkirjaan perustuvassa (esine → katselmuksen toimittajan havainto esineestä → havainnon ymmärtäminen → havainnon pöytäkirjaaminen → tuomarin havainto pöytäkirjasta).

¹⁶² Ks. Ekelöf IV s. 54–59. Ks. myös Bruns s. 107 (»atnächsten Beweismittels») ja Holzhammer s. 254 (»materielle Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme»).

harkinnan luotettavuutta. On esimerkiksi esitettävä asiakirja kirjallisena todisteena, eikä kuultava todistajaa sen sisällöstä; on kuultava asianosaista itseään todistelutarkoituksessa eikä hänen asiamiestään siitä, mitä asianosainen hänelle on kertonut jne. Yleinen parhaan todistusaineiston periaate tulee ottaa ennen muuta tuomioistuimen materiaalisessa prosessinjohtossa huomioon: tuomioistuimen tulee aina pyrkiä luotettavimman todistuskeinon käyttöön.¹⁶³ Periaatetta on kuitenkin yksittäistapauksessa punnittava muita tavoitteita, ennen muuta prosessiekonomiaa vasten.¹⁶⁴ Edelleen OK 17:8 rajaa dispositiivisessa riita-asiassa tuomioistuimen mahdollisuuksia hankkia luotettavampi todiste, jota asianosaiset eivät halua esittää.¹⁶⁵

Jo vapaan todistusharkinnan sinänsä on katsottu edellyttävän todistelun välittömyyttä, koska todisteiden näyttöarvoa ei säädetä yleisellä tasolla laissa, vaan se harkitaan aputositseikkojen valossa kussakin yksittäistapauksessa erikseen. Ruotsissa siirryttiinkin vuonna 1948 uudessa RB:ssa suoraan sekä vapaaseen todistusharkintaan että suulliseen, välittömään ja keskitettyyn prosessiin, koska niiden katsottiin liittyvän elimellisesti yhteen.¹⁶⁶ Suomessa sen sijaan toteutettiin samana vuonna 1948 ainoastaan siirtyminen vapaaseen todistusharkintaan oikeudenkäyntimenettelyn jäädessä edelleen suullis-pöytäkirjalliselle kannalle.¹⁶⁷ Tätä on perustellusti pidetty vapaan todistusharkinnan kannalta erittäin ongelmallisena, koska todistajankertomusten ja muiden todisteiden arviointi on jouduttu perustamaan ehkä hyvinkin monissa istun-

¹⁶³ Samoin Virolainen 1988 s. 292 s ja 1995 s. 242 s. Ks. myös Ekelöf IV s. 58 s ja Rosenberg ym. s. 687. Vrt. Hormia 1978 s. 123–125 ja 1979 s. 149–152, jonka mukaan huonomman todisteen käyttämistä koskevaa todistuskieltoa ei ole. Nimenomaisen kielon puuttuminen ei kuitenkaan estäne sen katsomista tuomioistuimen materiaalista prosessinjohtoa ohjaavaksi periaatetyypiseksi normiksi.

¹⁶⁴ Esim. katselmus paikan päällä saattaa olla kallis ja aikaa vievä, mutta samalla luotettava todistuskeino. Prosessiekonomisista syistä usein tyydytään ehkä liiankin helposti pelkästään esim. rakennustarkastajan kuulemiseen rakennuksen kunnosta katselmusta toimittamatta.

¹⁶⁵ Jos asianosaiset esim. liikesalaisuuksien suojaamiseksi haluavat kuulla todistajaa tietyn asiakirjan sisällöstä eivätkä esittää ko. asiakirjaa, tuomioistuin ei voi sitä viran puolesta hankkia.

¹⁶⁶ Ks. esim. SOU 1938:44 s. 22 ja 38 s, Gärde SvJT 1940 s. 144 s sekä Ekelöf IV s. 17: »forna tiders mer eller mindre skriftliga processförfarande försvårade en fri värdering av bevisningen. Att åstadkomma bättre förutsättningar härför utgjorde själva huvudmotivet för införandet av en koncentrerad och muntlig huvudförhandling.» Ks. myös Smith s. 21 s ja Spleth s. 65.

¹⁶⁷ Ks. HE 1945:137 s. 1 s.

noissa ja pitkältä ajalta kertyneisiin pöytäkirjoihin.¹⁶⁸ Hieman kärjistäen voidaan sanoa, että vasta vuoden 1993 siviiliprosessiuudistus on luonut riittävät menettelylliset edellytykset vapaalle todistusharkinnalle.¹⁶⁹

Pelkästään yksittäisten todisteiden näyttöarvon analyysi ei ilmeisesti edellyttäisi todistelun keskittämistä yhteen pääkäsittelyyn, koska riittävää olisi, että kunkin todisteen näyttöarvo arvioitaisiin välittömästi yksitellen.¹⁷⁰ Edelleen jos kokonaisnäytön näyttöarvo olisi määritettävissä jotakin formaalia mallia noudattaen, keskitetty pääkäsittely ei ilmeisesti olisi tarpeen, koska riittävää olisi saatujen yksittäisten näyttöarvojen sijoittaminen tuohon malliin. Pääkäsittelyn keskittämistä edellyttää ennen muuta koko todistusaineiston kokonaisvaltainen arviointi, jossa analysoidut yksittäiset todisteet suhteutetaan todistusaineiston kokonaisuuteen. Keskitetty pääkäsittely luo nimenomaan tälle suotuisat edellytykset.¹⁷¹

Tässä piilevät toisaalta myös keskitetyn todistelun suurimmat ongelmat, koska todistusaineiston kokonaisuus saattaa hämärtää sen yksityiskohdat. Erityisesti silloin, kun pääkäsittely kestää pitkään, inhimillisten voimavarojen rajat tulevat vastaan: todisteiden yksityiskohtiin ei ehkä enää jakseta kiinnittää riittävästi huomiota; ne todisteet, jotka tulevat tuomarin mahdollista etukäteishypoteesia, saavat korostuneesti huomiota; viimeksi vastaanotetut todisteet korostuvat ensimmäisten, ehkä keskeisempien kustannuksella.¹⁷² Lyhyesti sanottuna todistusaineiston kvantiteetti saattaa kasvaa niin suureksi, että sen arvioinnin kvaliteetti kärsii. Yksi keskeinen ratkaisu tähän ongelmaan on se, että todistelu otetaan pääkäsittelyssä vastaan *todistusteemoittain*. Jos pääkäsittely kestää useita päiviä, kunakin päivänä voidaan esimerkiksi ottaa vastaan kaikki tiettyä teemaa koskevat todisteet.¹⁷³ Tällöin kutakin tee-

¹⁶⁸ Ks. esim. Tirkkonen Sp II s. 80 av 31: »Taipumus liian helposti lykätä jutun käsittely esim. lisänäytön esittämistä varten on johtanut käytännössä siihen, vapaan todistusteorian soveltamisen kannalta erittäin epäedulliseen tulokseen, että näytön vastaanottaminen – ja nimenomaan todistajien avulla tapahtuva todistelu – tapahtuu useissa käsittelytilaisuuksissa.» Ks. myös Tirkkonen 1949 s. 2 s ja 5 s sekä Hormia 1978 s. 122 s.

¹⁶⁹ Ks. myös HE 1990:15 s. 105.

¹⁷⁰ Poikkeuksen muodostaisivat lähinnä tilanteet, joissa todiste vaikuttaisi toisen todisteen näyttöarvoon.

¹⁷¹ Ks. myös Ekelöf FS 1988 s. 130 s ja IV s. 49: »man (har) velat säkerställa koncentrationen av bevismaterialet till huvudförhandlingen för att så skapa goda förutsättningar för en värdering av hela materialet i ett sammanhang.»

¹⁷² Toisaalta ensimmäiset todisteet saattavat jättää niin vahvan vaikutelman, etteivät myöhemmät enää pysty sitä muuttamaan: »first impression last», ks. myös Mellqvist erit. s. 191 s.

¹⁷³ Jos esim. yksi todistaja tietää useista teemoista, häntä voidaan kuulla eri päivänä eri teemoista.

maa koskeva kokonaisnäyttö voidaan ainakin alustavasti arvioida erikseen ja mahdollisesti jopa kirjoittaa luonnos tuomion perusteluiksi tältä osin kunkin päivän päätteeksi.

Kun todistelun välittömyyttä tarkastellaan koko prosessijärjestelmän kannalta, nähdään myös sen elimellinen yhteys oikeudenkäynnin asianmukaisuuteen, tarkemmin sanottuna kontradiktorisuuteen: asianosaisella on todistelun välittömyyden ansiosta mahdollisuus riitauttaa vastapuolen esittämä näyttö, kuten vastakuulustella vastapuolen nimeämää todistajaa.¹⁷⁴ Tässä tarkoitettun todistelun välittömyyden kannalta näkökohta ei kuitenkaan ole yhtä keskeinen, koska vaikka todiste otettaisiin vastaan pääkäsittelyn ulkopuolella, asianosaiset on kutsuttava tuohon käsittelyyn ja heille on tuolloin annettava mahdollisuus esittää kysymyksiä (17:8b ja 9.3 §). Pääkäsittelyssä asianosaisilla ei enää kuitenkaan ole mahdollisuutta esittää täydentäviä kysymyksiä, jos todistetta ei oteta uudelleen vastaan.

Edellä on jo ilmennyt, että todistelun välittömyys riita-asian alioikeusmenettelyssä ei de lege lata ole oikeusperiaate vaan pääsääntö: todisteet on otettava vastaan pääkäsittelyssä, jollei niitä nimenomaisten säännösten nojalla oteta vastaan pääkäsittelyn ulkopuolella (17:8a.1). Välittömyyden tavoitteella saattaa kuitenkin olla merkitystä näiden säännösten soveltamisessa. Esimerkiksi todistajaa voidaan kuulustella pääkäsittelyn ulkopuolella muun muassa, jos todistajan saapumisesta pääkäsittelyyn aiheutuu todistajan merkitykseen verrattuna kohtuuttomia kustannuksia tai kohtuutonta haittaa (OK 17:41.1). Harkinnassa on siis punnittava vastakkain yhtäältä välittömyyden merkitystä ja toisaalta prosessiekonomiaa: mitä tärkeämpää olisi, että kyseistä todistajaa kuultaisiin välittömästi pääkäsittelyssä, sitä suurempia kustannuksia tai haittaa edellytetään, jotta todistajaa voitaisiin kuulla pääkäsittelyn ulkopuolella.

4.3.4 Todistelun asianmukaisuus

Todistelun välittömyys palvelee ennen muuta todistusharkinnan luotettavuutta; sen taustalla on siis siviiliprosessin yleinen varmuustavoite. Samalla todistelun välittömyyden voidaan katsoa edistävän todistelun asianmukaisuutta. Todistelun asianmukaisuus ei poikkea yleisestä siviiliprosessin asianmukaisuusvaatimuksesta: myös todistelumenettelyn on oltava aidosti *kontradiktorista* ja asianosaisten on oltava siinä tosiasiallisesti *yhdenvertaisessa ase-*

¹⁷⁴ Ks. tästä jo Hormia 1978 s. 128, Jokela 1988 s. 92 ja Jonkka LM 1992 s. 704–706.

massa. Tiivistetysti ilmaistuna asianosaisten täytyy voida yhdenvertaisesti esittää haluamaansa todistusaineistoa, saada vastapuolen (ja tuomioistuimen) esittämä aineisto tietoonsa ja mahdollisuus riitauttaa se.

Käytännössä keskeistä on muun muassa mahdollisuus vastapuolen nimeämien todistajien ja muiden kuultavien henkilöiden *vastakuulusteluun*.¹⁷⁵ Rikoksesta syytetyn osalta oikeus kontradiktoriseen ja yhdenvertaiseen henkilötodisteluun on turvattu nimenomaisesti kansainvälisissä ihmisoikeussopimuksissa: jokaisella rikoksesta syytetyllä on oikeus kuulustella tai kuultututtaa todistajia, jotka kutsutaan todistamaan häntä vastaan, ja saada hänen puolestaan esiintyvät todistajat kutsutuiksi ja kuulustelluiksi samoissa olosuhteissa kuin häntä vastaan todistamaan kutsutut todistajat (EIOS 6.3 art. d kohta; vastaavasti KPSop 14.3 art. e kohta). Näiden vähimmäisoikeuksien sisältöä on täsmennetty EIT:n tältä osin varsin laajassa oikeuskäytännössä.¹⁷⁶ Riita-asioiden osalta vastaavat, joskaan eivät välttämättä yhtä pitkälle menevät oikeudet sisältyvät EIOS 6.1 artiklan yleismääräykseen.¹⁷⁷ Myös HM 16 § taannee vähintään saman tasoiset perusoikeudet.

Todistelun yhdenvertaisuuteen ja kontradiktorisuuteen liittyvät EIT:n ratkaisut ovat koskeneet yleensä rikosasioita, mutta myös riita-asioiden osalta voidaan mainita eräitä tapauksia. *Todistelun yhdenvertaisuuden* vaatimus tulee esille esimerkiksi *Dombo Beheer B.V.* (v. Hollanti) -tapauksesta (27.10.1993 A 274).¹⁷⁸ Siinä yhtiö vaati kanteella pankilta vahingonkorvausta luottosopimuksen täyttämättä jättämisen perusteella. Luottoneuvotteluja olivat käyneet yhtiön puolelta sen toimitusjohtaja R ja pankin puolelta konttorinjohtaja W. Oikeudenkäynnissä yhtiö nimesi todistamaan muun muassa R:n, joka oli erotettu toimi-

¹⁷⁵ Angloamerikkalaisessa järjestelmässä juuri mahdollisuutta todistajan vastakuulusteluun pidetään fair trialin perusainesosana, jokaisen asianosaisten perusoikeutena, ks. esim. Broun – Blakey s. 57 ja Andrews s. 470.

¹⁷⁶ Ks. esim. Virolainen DL 1992 passim, Ervo s. 117 ss ja Aall s. 388 ss oikeustapaarviointeja. KKO:n myös melko runsaasta oikeuskäytännöstä tältä osin ks. KKO 1991:84, 1991:145, 1994:32, 1995:5, 1996:50 ja 1997:128; ks. myös jo KKO 1969 II 81, 1977 II 59 ja 1978 II 70. Ks. lisäksi EOA:n päätös 13.10.1995 dnro 1972/4/94. Tärkeä uudistus ROL:n myötä on ollut esitutkintapöytäkirjaan tallennetun lausuman todisteena käytön nimenomainen kieltäminen laissa (OK 17:11.1:n 2 kohta ja 2 mom), ks. HE 1995:82 s. 143 s. Voidaan myös kysyä, missä määrin pelkästään kirjalliset asiantuntijalausunnat (OK 17:50 ja 55) ovat tästä näkökulmasta hyväksyttäviä.

¹⁷⁷ Ks. Pellonpää s. 328 s, Danelius s. 164 ja van Dijk – van Hoof s. 322.

¹⁷⁸ Ks. myös *Hentrich* (v. Ranska) -tapaus (22.9.1994 A 296 A), jossa EIOS 6.1 artiklaa katsottiin rikotun mm. sillä perusteella, että H oli asetettu vastapuoleensa nähden olennaisesti huonompaan asemaan, koska tuomioistuimet eivät olleet sallineet näyttöä siitä, että sopijapuolten kesken sovittu hinta oli vastannut markkinahintaa.

tusjohtajan tehtävästä. Pankki puolestaan nimesi todistamaan W:n. Oikeus kieltäytyi kuulemasta R:ää todistajana katsoen erottamisen vaitoimeksi ja tehdyksi vain siinä tarkoituksessa, että häntä voitaisiin kuulla todistajana. R:n kirjallinen kertomus otettiin todisteena huomioon, mutta sillä katsottiin olevan sama arvo kuin yhtiön omilla lausumilla. Oikeus kuuli W:tä ja hylkäsi kanteen katsoen, ettei luottosopimusta ollut näytetty syntyneen.

EIT totesi perusteluissaan, etteivät oikeudenmukaiselle oikeudenkäynnille asetettavat vaatimukset ole välttämättä samoja riita-asioissa kuin rikosasioissa. Tätä osoittaa yksityiskohtaisten määräysten, kuten EIOS 6 artiklan 2 ja 3 kappaleiden, puuttuminen edelliseen ryhmään kuuluvissa tapauksissa. Vaikka näillä määräyksillä on tietty merkitys rikosoikeuden ahtaiden rajojen ulkopuolella, jäsenvaltiot voivat käsitellä henkilön oikeuksia ja velvollisuuksia koskevia juttuja suuremmalla vapaudella kuin rikosjuttuja. Kuitenkin on selvää, että tasa-arvoisen kohtelun mukainen vaatimus kohtuullisesta tasapainosta asianosaisten välillä soveltuu periaatteessa kummankin ryhmän juttuihin. Vastakkaisia yksittäisiä etuja koskevassa riitajutussa kummallekin asianosaiselle tulee varata kohtuullinen tilaisuus esittää asia ja todistelu sellaisin edellytyksin, jotka eivät aseta häntä vastapuoleensa nähden merkittävästi epäedullisempaan asemaan.¹⁷⁹

EIT totesi, että todistustaakka sopimuksen syntymisestä oli yhtiöllä. Vain sopijapuolia edustaneet R ja W olivat olleet läsnä tilaisuudessa, jossa sopimus ilmoitettiin tehdyksi. Kuitenkin vain toisen näistä avainhenkilöistä sallittiin tulla kuulluksi. Yhtiöltä evättiin mahdollisuus kuulla sitä edustanutta henkilöä, koska tuomioistuim samasti hänet itse yhtiöön. Kyseisissä neuvotteluissa R ja W olivat toimineet samoista lähtökohdista, kun molemmilla oli ollut valtuudet neuvotella oman päämiehensä puolesta. Siten heidän kummankin olisi tullut saada todistaa asiassa. Yhtiö oli asetettu olennaisesti huonompaan asemaan pankkiin nähden. Tämän vuoksi EIT katsoi (äänin 5–4), että EIOS 6.1 artiklaa oli rikottu.¹⁸⁰

EIT:n tapauksessa *Ankerl* (v. Sveitsi, 23.10.1996) oli kysymys häättöasiasta, jossa vuokralainen A väitti vuokranantajan hyväksyneen, että hän jää asumaan huoneistoon, ja siten konkludenttisesti tehneen uuden vuokrasopimuksen hänen kanssaan. A viittasi ennen muuta siihen, mitä oli tullut esille keskustelussa hänen ja hänen vaimonsa sekä vuokranantajayhtiön johtajan välillä. Oikeudenkäynnissä keskustelun sisällös-

¹⁷⁹ »As regards litigation involving opposing private interests, »equality of arms» implies that each party must be afforded a reasonable opportunity to present his case – including evidence – under conditions that do not place him at a substantial disadvantage *vis-à-vis* his opponent.»

¹⁸⁰ Vähemmistö katsoi, ettei yhtiötä ollut asetettu pankkiin nähden olennaisesti epäedullisempaan asemaan todistelussa, kun tuomioistuimella oli ollut valta vapaasti harkita todistajan kertomuksen arvo.

tä kuultiin johtajaa todistajan valan nojalla, mutta vuokralaisen vaimoa ilman valaa, koska hän oli asianosaisen puoliso. Tuomioistuimien katsoi jääneen näyttämättä, että uusi vuokrasopimus oli tehty. A katsoi EIOS 6.1 artiklan tasa-arvon periaatetta loukatun, kun johtajaa oli kuultu valan nojalla, mutta puolisoa ilman valaa.

EIT totesi, että tuomioistuimen tehtävänä oli ollut vapaasti harkita kaikki esitetty näyttö. Mikään ei viitannut siihen, että tuomioistuin olisi tällöin pannut erityistä painoa sille, että johtajaa oli kuultu valan nojalla tai että arvioinnin lopputulos olisi ollut toinen, jos myös puoliso olisi antanut valan. Näiden kahden henkilön kuulemisen muodoissa ollut ero ei sen vuoksi ollut asettanut A:ta todellisuudessa huonompaan asemaan vastapuoleensa nähden, joten EIOS 6.1 artiklaa ei ollut rikottu.

Suomen oikeuden kannalta voidaan todeta, että ainoastaan toisen asianosaisen todistajaksi nimeämisen henkilön kuuleminen on kyseenalaista asianosaisten yhdenvertaisuuden kannalta, kuten Dombo Beheer B.V. -ratkaisu osoittaa. Toisaalta Ankerl-ratkaisu osoittaa, ettei kuultavan henkilön muodollis-prosessuaaliselle asemalle voida antaa ratkaisevaa merkitystä, kun noudatetaan vapaata todistusharkintaa. Todistajaksi esteellistä henkilöä on siis kuultava vapaasti eikä jätettävä häntä kokonaan kuulematta.

Todistelun kontradiktorisuuden keskeinen merkitys ilmenee esimerkiksi Suomelle langettavasta *Kerojärvi* -tapauksesta (19.7.1995 A 322).¹⁸¹ Vakuutusosoikeus oli ratkaissut K:n sotilasvammalain mukaisia korvauksia koskeneen valituksen antamatta tapaturmaviraston lausuntoa ja sotilaspiirin esikunnan sille toimittamia asiakirjoja tiedoksi valittajalle. KKO puolestaan oli hylännyt vakuutusosoikeuden päätöksestä tehdyn valituksen antamatta tiedoksi ko. asiakirjoja.¹⁸² EIT tutki asian vain KKO:n osalta, koska oikeudenkäynti vakuutusosoikeudessa oli tapahtunut ennen kuin Suomi oli ratifioinut EIOS:n.

EIT totesi mm., että muutoksenhakutuomioistuinten osalta EIOS 6 artiklan soveltaminen riippui asianomaisen oikeudenkäynnin erityisistä piirteistä. Huomiota oli kiinnitettävä oikeudenkäyntiin kokonaisuutena sekä muutoksenhakutuomioistuimen tehtäviin. Menettely vakuutusosoikeudessa oli otettava huomioon harkittaessa, oliko oikeudenkäynti KKO:ssa ollut oikeudenmukainen. Vakuutusosoikeus oli hylännyt ainakin osin aineellisin perustein K:n vaatimukset antamatta hänelle tietoa

¹⁸¹ Ks. myös *Feldbrugge* -tapaus (29.5.1986 A 99), jossa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimusta katsottiin rikutun mm. sillä perusteella, että valittajalla ei ollut ollut mahdollisuutta perehtyä kahteen valituselimen hankkimaan, merkitykselliseen lääkärintalaukseen. Kuulemisvelvollisuus ei kuitenkaan ole absoluuttinen, ks. Pellonpää s. 327 s ja Danelius OTJP 1995 s. 34 s niissä viitattuine toisensuuntaisine ratkaisuihineen.

¹⁸² Vrt. KKO 1994:7, 26 ja 1997:139, jossa asia palautettiin maa-oikeuteen, kun maa-oikeus oli muuttaessaan lunastuskorvausta koskevaa lunastustoimikunnan päätöstä perusteluissaan viitannut kiinteistöjen kauppahintatilastosta oma-aloitteisesti hankkiimiinsa tietoihin esittelemättä niitä pääkäsitellyssä asianosaisille.

tapaturmaviraston lausunnosta ja sotilaspiirin toimittamista asiakirjoista. K:lla tosin oli ollut tilaisuus saada niistä tieto jutun asiakirjavihkosta. Oli kuitenkin ilmeistä, että K oli saanut niiden olemassaolosta tiedon vasta vakuutus oikeuden päätöksestä, jolloin asiakirjat oli jo palautettu sotilaspiiriin. Siten harkittaessa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta KKO:ssa merkitystä ei ollut sillä, että K olisi vakuutus oikeudessa voinut tutustua kyseisiin asiakirjoihin.

EIT totesi edelleen, että vakiintuneen käytännön perusteella KKO oli voinut otaksua, ettei tiedoksianto ollut tapahtunut ja että siten K:n kyky riitauttaa vakuutus oikeuden päätös oli heikentynyt. Samoin oli voitu otaksua, että ilman oikeusavustajaa esiintynyt K ei ollut tiennyt sanotusta käytännöstä. Näistä seikoista huolimatta KKO, jolla oli ollut valta tutkia juttu aineellisesti, ei ollut ryhtynyt mihinkään toimenpiteeseen antaakseen asiakirjat K:lle tiedoksi. Merkitystä ei ollut sillä, ettei K ollut valituksessaan vedonnut laiminlyöntiin, eikä myöskään sillä, että K:lla oli ollut tilaisuus tutustua asiakirjavihkoon KKO:ssa sellaisena kuin se tuolloin oli ollut. Siten menettely KKO:ssa ei ollut sallinut K:n asianmukaista osallistumista oikeudenkäyntiin. EIT katsoi yksimielisesti, että oikeudenkäynti ei ollut ollut oikeudenmukainen ja että EIOS 6.1 artiklaa oli rikottu.

Riita-asioissa todistelun kontradiktorisuutta ja yhdenvertaisuutta turvaavat jo vanhastaan useat OK:n nimenomaiset säännökset.¹⁸³ Kysymys aktualisoituu yleensä vasta pääkäsitelyssä, jossa todisteet otetaan vastaan. Esimerkiksi kirjallisten todistajankertomusten kielto turvaa myös mahdollisuutta todistajan vastakuulusteluun: todistajaa on kuultava suullisesti tuomioistuimessa, jolloin myös todistajan nimenneen asianosaisen vastapuoli voi tehdä todistajalle kysymyksiä (17:11.1, 32 ja 33 §). Riita-asiaa on riittävää, että asianosaiselle on *varattu tilaisuus* todistajan vastakuulusteluun: asianosaisen esteetön poissaolo riita-asiaa ei estä todisteiden esittämistä (17:9).¹⁸⁴ Saapuvilla olevalle asianosaiselle on suotava tilaisuus lausua mielensä jokaisesta tuomioistuimessa esitetystä todisteesta.

Yksi todistelujärjestelmäämme rasittanut puutteellisuus on ollut todistajan kuulustelun jäsentymättömyys. Lain lähtökohtana on ollut, että todistajan kuulustelee oikeuden puheenjohtaja (OK 17:33.1 L:ssa 571/48). Rikosprosessiuudistuksen yhteydessä säädetyn uuden OK 17:33:n (L 690/97) mukaan todistajan kuulustelee ensin hänet nimennyt asianosainen ja sitten vastapuoli, jolloin todistajan kuulustelu jäsentyy entistä selvemmin *pää- ja vastakuulusteluksi*. Jos todistajaa ei ole nimen-

¹⁸³ Ks. myös oikeuskäytännöstä esim. KKO 1992:76, 1993:99a, 1995:79 ja 95.

¹⁸⁴ Säännös tulee sovellettavaksi lähinnä silloin, kun tuomioistuin asianosaisen jäätystä pois pääkäsitelystä käsittelyn peruuttamisen sijasta on päättänyt aloittaa pääkäsitelystä, HE 1990:15 s. 111.

nyt kumpikaan asianosainen tai jos todistaja on kummankin asianosaisen nimeämä, todistajan kuulustelun aloittaa pääsääntöisesti tuomioistuim, mutta tällöinkin kuulustelu jatkuu pää- ja vastakuulusteluna. Totuuden selvittämisen kannalta tärkeässä todistajan vastakuulustelussa sallittuja ovat myös johdattelevat kysymykset. Todistajan kuulustelun perustana on säilynyt kuitenkin edelleen todistajan oma-aloitteinen, yhtäjaksoinen kertomus, jota asianosaisten ja tuomioistuimen kysymykset täydentävät.¹⁸⁵

Tällainen jäsentynyt ja sen myötä entistä kontradiktorisempi todistajan kuulustelu sopiikin hyvin nykyiseen siviiliprosessiin, jossa pääkäsittelyssä tapahtuva todistajan kuulustelu suunnitellaan todistusteeinoeen aina etukäteen jo riita-asian valmisteluvaiheessa. Voidaan kuitenkin olettaa, että pelkkä säännöksen muuttaminen ei ole riittävä, joskin välttämätön edellytys todistajan kuulustelun kehittymiselle myös käytännössä. Vähintään yhtä tärkeää on, että asiamiehillä on riittävät kuulustelutaktiset ja -tekniset valmiudet suoriutua pää- ja vastakuulustelusta asianmukaisesti. Vastaavasti tuomioistuimen on pystyttävä kontrolloimaan asiamiesvetoista todistajan kuulustelua.

Tässä tutkimuksessa todistelun asianmukaisuutta tarkastellaan jatkossa kysymyksenasettelun mukaisesti ainoastaan riita-asian valmistelun kannalta. Riita-asian valmisteluvaiheessa kysymys on vasta todistelun etukäteisvalmistelun yhdenvertaisuudesta ja kontradiktorisuudesta. Molemmille asianosaisille on varattava tosiasiallinen ja yhdenvertainen mahdollisuus esittää haluamaansa todistusaineistoa pääkäsittelyssä. Edelleen asianosaisen täytyy jo valmisteluvaiheessa saada tietoonsa, mitä todistelua vastapuoli (ja mahdollisesti tuomioistuin) aikoo kustakin todistusteemasta pääkäsittelyssä esittää, jolloin asianosainen voi varautua todisteen vastaanottoon ja esittää haluamaansa vastatodistelua. Todistelun valmistelun asianmukaisuus täsmentyy jäljempänä.

4.4 Yleisen osan yhteenveto

Tutkimuksen yleisen osan (lukujen 2 – 4) keskeisimmät tulokset voidaan tiivistää luettelonomaisesti seuraavasti:

'siviiliprosessiteoria':	prosessuaalinen oikeudenmukaisuus ja tarkoituksenmukaisuus
siviiliprosessin ylimmät menettelyperiaatteet:	asianmukaisuusperiaate ja tarkoituksenmukaisuusperiaate (eli varmuus, nopeus ja halpuus)

¹⁸⁵ Ks. HE 1995:82 s. 146 s ja rikosprosessin kannalta Jokela 1997 s. 308 ss.

siviiliprosessin nykyinen rakenne alioikeudessa:	suullisuus, välittömyys ja keskitys; jako valmisteluun ja pääkäsittelyyn
valmistelun tehtävät ja tavoitteet:	valmistelun keskitys-, ratkaisu- ja sovinto-funktiot; joutuisuus ja asianmukaisuus
todistelun nykyinen rakenne alioikeudessa ja keskeisimmät todisteluperiaatteet:	todistelun välittömyys; todistelun yhdenvertaisuus ja kontradiktorisuus

Tutkimuksen varsinaisessa osassa (luvuissa 5 – 7) tarkastellaan yksityiskohtaisesti todistusaineiston selvittämistä ja sen ilmoittamisen laiminlyönnin sanktioita dispositiivisen riita-asian valmistelussa de lege lata. Yleisen osan tutkimustulokset muodostavat varsinaisen osan teoreettis-periaatteellisen taustan.

5 luku TODISTUSTEEMOJEN SELVITTÄMISESTÄ VALMISTELUSSA

Edellisissä luvuissa 2–4 on tarkasteltu siviiliprosessia, riita-asian valmistelua ja todistelua yleisellä tasolla. Näistä instituutioista on pyritty hahmottamaan keskeisiä periaatteita, joilla on ohjaavaa merkitystä myös lainkäyttötasolla. Käsillä olevassa ja seuraavissa luvuissa näkökulma konkretisoidaan todistelun valmisteluun de lege lata. Tarkoitus on tulkita ja systematisoida niitä säännöksiä, jotka sääntelevät todistusaineiston selvittämistä ja todistusaineiston ilmoittamisen laiminlyönnin sanktioita dispositiivisen riita-asian valmistelussa de lege lata. Tutkimus nojautuu tällöin edellisissä luvuissa saatettuihin teoreettis-periaatteellisiin tuloksiin.

5.1 Kysymyksenasettelua

Todisteet on otettava vastaan vasta pääkäsittelyssä, jollei niitä nimenomaisesti lueteltujen säännösten nojalla poikkeuksellisesti oteta vastaan pääkäsittelyn ulkopuolella (17:8a.1 ja 6:2.1:n 4 kohta). Tällöinkin todiste on pääsääntöisesti otettava vastaan uudelleen pääkäsittelyssä tai tuomioistuimen on ainakin tehtävä siitä selko todisteen vastaanottamisessa kertyneestä oikeudenkäyntiaineistosta (17:8e). Tuomiossa taas saadaan ottaa huomioon vain se oikeudenkäyntiaineisto, joka on esitetty pääkäsittelyssä (24:2.1). Valmistelun yhteydessä pidettävässä pääkäsittelyssä saadaan kuitenkin ottaa huomioon viimeisessä suullisen valmistelun istunnossa tapahtunut, jollei tuomioistuin toisin määrää (6:17 ja 24:2.1).

Todisteita ei siis oteta vastaan vielä valmistelussa, mistä on ainoastaan harvoja poikkeuksia (ks. jäljempänä jaksoa 6.4). Sen sijaan valmistelussa valmistellaan pääkäsittelyssä tapahtuva todistelu. Voidaan sanoa, että pääkäsittelyn ydin on todistelussa: normaalisti vasta pääkäsittelyssä todistelu otetaan vastaan, esimerkiksi todistajaa kuullaan. Sen sijaan oikeudenkäyn-

nin kohde täsmennetään eli asianosaisten vaatimukset ja niiden perusteet selvitetään lähtökohtaisesti lopullisesti jo valmistelussa, miltä osin pääkäsittelyssä yleensä toistetaan jo valmistelussa esitetty. Samalla todistelu muodostaa pääkäsittelyn aikaa vievimmän vaiheen. Todistelun suunnittelu etukäteen valmistelussa onkin yleensä pääkäsittelyn onnistumisen kannalta välttämätöntä: todistelun keskittäminen yhtäjaksoiseen pääkäsittelyyn onnistuu vain jutun riittävän valmistelun kautta. Miten siis valmistelu on toimitettava, jotta todistelu voidaan viedä läpi pääkäsittelyssä yhtäjaksoisesti?

Vanhassa siviiliprosessissa todistelun etukäteissuunnittelu tuomioistuimessa oli usein vähäistä, mistä aiheutui toistuvia lykkäyksiä ja siten suullis-pöytäkirjallisessa menettelyssä todistelun välittömyyden romuttuminen.¹ Ensinnäkin riidan kohteen ja samalla todistelun tarpeen kartoitus saattoi olla puutteellista, minkä vuoksi todisteluä esitettiin helposti joko turhaan 'varmuuden vuoksi' tai sitten joidenkin todistusteemojen osalta puutteellisesti tai ei lainkaan, mikä taas rasitti muutoksenhakuvaihetta. Toiseksi tuomioistuin ja vastapuoli eivät usein tieneet, mitä todisteluä, ennen muuta mitä todistajia, asianosainen aikoi istunnossa esittää ja mitä todisteilla aiottiin näyttää toteen. Tämän vuoksi juttu oli usein lykättävä uuteen istuntoon pelkästään tilaisuuden varaamiseksi vastapuolelle tarpeelliseksi osoittautuneen vastanäytön hankkimiseen tai ainakin esitetyn näytön arvioimiseen.²

Pääkäsittelyssä tapahtuvan todistelun valmistelu kohdistuu kahtaalle.³ Ensinnäkin se palvelee todistelun *ulkoisen kulun* suunnittelua: valmistelussa pyritään varmistamaan, että todistelu on fyysisesti esitettävissä yhtäjaksoisessa pääkäsittelyssä. Tuomioistuin pystyy esimerkiksi kutsumaan todistajat ja muut kuultavat henkilöt pääkäsittelyyn sekä kuulemaan heitä siellä. Vastaavasti asianosaiset voivat valmistelun perusteella arvioida pääkäsittelyyn tarvittavat aika- ja muut resurssit. Kun esimerkiksi tiedetään, kuinka monta todistajaa tullaan kuulemaan ja mistä he tulevat kertomaan,

¹ Ks. myös Lappalainen s. 91.

² Joissakin tuomioistuimissa kuitenkin käytännössä alettiin edellyttää todistajien ilmoittamista etukäteen tuomioistuimelle ja vastapuolelle, joka puolestaan saattoi tällöin arvioida vastanäytön tarpeellisuutta. Tämä liittyi kuitenkin enemmän istuntopäivän käytännöllisen järjestämisen suunnitteluun kuin välittömyyden turvaamiseen: jos asiamies kuitenkin toi ilmoittamattomia todistajia, tämä johti käytännössä yleensä jutun lykkäämiseen todistajien kuulemiseksi seuraavassa istunnossa.

³ Ks. myös Gomard s. 378 ja Olsson s. 85, jonka mukaan valmistelun päätehtävästä eli pääkäsittelyn keskittämisestä seuraa, että valmistelussa on selvitettävä kolme momenttia: »För det första måste klarhet vinnas angående parternas ståndpunkter. För det andra skall behovet av bevisning redas ut. För det tredje skall tillses, att bevisningen kommer att vara tillgängligt vid huvudförhandlingen.»

osataan arvioida, kuinka kauan pääkäsittely tulee kestämään. Todistelun ulkoisesta kulusta päättäminen on viime kädessä tuomioistuimen oikeus ja velvollisuus; kysymys on tällöin tuomioistuimen ns. muodollisesta prosessinjohtosta.

Toinen – ja tässä tutkimuksessa olennaisempi – elementti on, että todistelun valmistelu palvelee pääkäsittelyssä tapahtuvan todistelun *sisällön* suunnittelua: valmistelussa selvitetään pääkäsittelyssä esitettävä todistusaineisto lähtökohtaisesti lopullisesti.⁴ Termillä »todistusaineisto» tarkoitetaan tässä ensinnäkin todisteita eli todistuskeinoja ja toiseksi todistusteemoja eli niitä seikkoja, joita kyseisillä todisteilla pyritään näyttämään toteen (ks. edellä jaksossa 4.3.1). Todisteet ja niiden todistusteemat muodostavat jutun todistusaineiston. Asianosaisten oikeus esittää uusia todisteita pääsääntöisesti prekludoituu, kun valmistelu päätetään: asianosainen ei saa dispositiivisessa riita-asiassa enää pääkäsittelyssä vedota sellaiseen todisteeseen, johon hän ei ole vedonnut valmistelussa, ellei asianosainen saata todennäköiseksi, että hänen menettelynsä johtuu pätevistä syistä (6:9). Voidaan sanoa, että valmistelun päättyessä todisteet 'jähmettyvät'.⁵

Seuraavassa keskeistä on juuri todistelun sisällön valmistelu pääkäsittelyä varten. Se edellyttää periaatteessa seuraavien kysymysten asettamista kussakin jutussa: a) mikä on todistelun tarve jutussa eli mitkä seikat kaipaavat näyttöä (mahdolliset todistusteemat); b) mitä näyttöä jutussa voitaisiin esittää (mahdolliset todisteet); c) mitä todisteita pääkäsittelyssä lopulta tullaan esittämään ja miten (lopulliset todisteet) sekä d) mitä kullakin esitettävällä todisteella aiotaan näyttää toteen (lopulliset todistusteemat)? Kunkin kysymyksen kohdalla voidaan vielä asettaa toisella tasolla oleva jatkokysymys, onko asian selvittäminen tuomioistuimen velvollisuus vaiko (vain) asianosaisten vastuulla.

Kysymysten c ja d osalta säännökset ovat varsin selkeät. OK 5:2.1:n 3 kohdan mukaan kantajan on jo haastehakemuksessa »ilmoitettava mahdollisuuksien mukaan ne todisteet, jotka kantaja aikoo esittää, sekä mitä hän kullakin todisteella aikoo näyttää toteen» (vrt. kuitenkin OK 5:3). OK 5:10.1:n 3 kohdan mukaan vastaava vaatimus koskee vastaajan (yleensä kirjallista) vastausta. Edelleen OK 5:21.1:n mukaan asianosaisten on jatkovalmistelussa »ilmoitettava kaikki todisteet, jotka hän haluaa esittää, ja mitä hän aikoo kul-

⁴ Todistelun sisällöstä (todisteet ja niiden teemat) tässä mielessä on pidettävä erillään yksittäisten todisteiden sisältö (todistusosiseikat): valmistelussa selvitetään esim. todistajat ja se, mistä he kertovat, muttei kertomusten sisältöä.

⁵ Ks. Andersen – Werlauff s. 180: »fastfryses».

lakin todisteella näyttää toteen». Vastaavasti OK 5:19:n 3 kohdan mukaan valmistelussa on »selvitettävä, mitä todisteita tullaan esittämään ja mitä kullakin todisteella aiotaan näyttää toteen».

Lakiteksti käyttää siis asianosaisen osalta termiä »ilmoittaa»; asianosaisen on ilmoitettava, mitä hän »aikoo» tai »haluaa» esittää ja näyttää. Kysymys on pohjimmiltaan asianosaisen taakasta: on asianosaisen itsensä asia, esittääkö hän ylipäänsä mitään näyttöä, ja jos esittää, mitä näyttöä sekä mitä hän sillä yrittää näyttää toteen. Taakan laiminlyönnin praktisena seurauksena voi viime kädessä olla jutun häviäminen. Jos sen sijaan asianosainen haluaa yrittää täyttää taakkansa ja esittää näyttöä jostakin seikasta, hän on *velvollinen* ilmoittamaan todisteesta ja todistusteemasta jo valmistelussa. Tämän velvollisuuden täyttäminen tapahtuu prosessuaalisten sanktioiden, kuten preklusion ja kuluvastuun uhalla.

Sen sijaan OK 5:19:ssä, joka kohdistuu ensisijaisesti tuomioistuimeen, käytetään termiä »selvittää»: valmistelussa on selvitettävä, mitä »tullaan» esittämään ja yrittämään näyttää. Todisteiden ja todistusteemojen selvittäminen valmistelussa on tuomioistuimen (virka)velvollisuus. Viime kädessä tuomioistuimella on oikeus ja velvollisuus päättää, mitä todisteita pääkäsittelyssä esitetään; kysymys on tällöin tuomioistuimen ns. materiaalisesta prosessinjohdosta. Tästä näkökulmasta asianosaisen ilmoitus valmistelussa tietyistä todisteista ja todistusteemasta on 'vain' tuomioistuimelle esitetty pyyntö siitä, että tuo todiste otettaisiin pääkäsittelyssä vastaan; asianosainen ei ilman muuta, automaattisesti saa todistetta esitetyksi. Tuomioistuimen materiaallinen prosessinjohto voi ensinnäkin olla todistelua rajoittavaa. Tuomioistuimella on OK 17:7:n mukaisesti velvollisuus evätä tarpeeton todistelu. Toiseksi tuomioistuimen materiaallinen prosessinjohto voi olla todistelua rikastavaa. OK 14:4:n mukaan oikeuden on huolehdittava siitä, että juttu tulee perusteellisesti käsitellyksi. Tietyissä rajoissa tuomioistuin saa myös omasta aloitteestaan päättää hankittavaksi todisteita (17:8).

Todistelun valmistelu edellyttää myös kysymyksen asettamista: mikä on todistelun tarve jutussa eli mitkä seikat ylipäätään kaipaavat näyttöä? Vasta tähän esikysymykseen vastaamisen jälkeen voidaan asettaa kysymys, mitä seikkoja pyritään pääkäsittelyssä näyttämään toteen ja millä todisteilla. Tällöin tuomioistuin voi esimerkiksi todeta, että seikka, josta asianosainen aikoo kuulla todistajaa, on irrelevantti tai että jostakin relevantista seikasta ei aiota esittää todistelua. Jos todistelun tarpeen selvittäminen valmistelussa on puutteellista, keskitetty pääkäsittely on vaarassa epäonnistua. Ensinnäkin todistelua saatetaan esittää turhaan varmuuden vuoksi, jolloin pääkäsittely muodostuu tarpeettoman raskaaksi. Toiseksi joidenkin näyttöä kaipaavien seik-

kojen osalta ei ehkä ole huomattu lainkaan hankkia ja ilmoittaa todistelua tai todisteet ovat hyvin puutteellisia.

Sen sijaan kysymys b (eli mitä näyttöä jutussa voitaisiin esittää) tulee mannermaiseen traditioon lukeutuvassa suomalaisessa riita-asian valmistelussa ainoastaan rajoitetusti esille. Riita-asian valmistelu ei ole riita-asian 'esitutkintaa'. Asianosaisten on selvitettävä todisteiden olemassaolo lähtökohdaisesti oikeudenkäynnin ulkopuolella omin yksityisin toimin. Edelleen on katsottu, että silloinkin, kun tuomioistuin päättää omasta aloitteestaan (17:8) hankittavaksi todisteita, sen on rajoituttava jo esille tulleesta oikeudenkäyntiaineistosta ilmenevään materiaaliin.⁶ Yksi jonkinlaista 'esitutkintaa' ilmentävä säännös voisi kuitenkin olla OK 5:21.2, jonka mukaan asianosaisten on vastapuolen pyynnöstä ilmoitettava, onko hänen hallussaan sellainen vastapuolen mainitsema kirjallinen todiste tai esine, jolla voi olla merkitystä asiassa (ks. jäljempänä jaksossa 6.2.2).

Tässä ja seuraavassa luvussa tarkastellaan todistusaineiston selvittämistä dispositiivisen riita-asian valmistelussa siten, että ensin käsillä olevassa luvussa 5 tutkimuskohteena on todistusteemojen selvittäminen ja vasta toiseksi luvussa 6 todisteiden selvittäminen. Käsittelyjärjestys saattaa herättää epäilyksiä. Käytännössä nimittäin usein kysytään ensin, mitä todisteita jutussa olisi esitettävissä, ja vasta sitten, mikä näiden todisteiden todistusteema voisi olla. Nähdäkseni juuri tämä on osaltaan johtanut todistelun määrän paisumiseen ja sisällön epämääräisyyteen. Asianosaiset saattavat jättää varmuuden vuoksi kaiken asiaan liittyvän asiakirja- ja muun materiaalin tuomioistuimelle sekä ilmoittaa kaikki mahdolliset todistajat kuultaviksi harkitsematta riittävästi, onko todistelu kaikilta osiltaan tarpeen. Todistusteemojen ilmoittaminen saatetaan kokea jopa asiallisesti tarpeettomaksi muodollisuudeksi. Preklusiouhan vuoksi tämä on ymmärrettävää, jos todistelun tarvetta ei ole riittävästi selvitetty valmistelussa.

Tuomioistuimen osalta taas tilanne saattaa huonoimmillaan olla se, että tuomari ei ole tehnyt itselleenkaan selväksi todistelun tarvetta jutussa, jolloin hän ei voi sitä selvittää myöskään asianosaisille. Tällöin tuomioistuimella ei enää ole mahdollisuuksia pitää todistelua hallinnassaan, vaan kaikki vähänkin relevantilta näyttävä materiaali otetaan varmuuden vuoksi vastaan. On nimittäin pahempi virhe kieltäytyä ottamasta relevanttia materiaalia vastaan kuin ottaa turhaan vastaan irrelevanttia materiaalia. Käytännössä ongelmana onkin nähdäkseni useammin todistelun rajoittaminen kuin sen rikastaminen, koska asianosaiset ovat yleensä rationaalisia ja pyrkivät voittamaan

⁶ Ks. esim. HE 1990:15 s. 107 s.

juttunsa esittämällä kaiken mahdollisen itselleen edullisen näytön. Todistelun valmistelu edellyttää siten välttämättä, että ensin kysytään, mitkä seikat ylipäänsä kaipaavat näyttöä, ja vasta sitten, millä todisteilla kutakin näistä seikoista pyritään näyttämään toteen. Kysymys siitä, mitä yritetään näyttää, edeltää kysymystä siitä, millä ja miten yritetään näyttää.⁷ Todistelu on valmisteltava todistusteemoista eikä todistuskeinoista lähtien.

5.2 Mahdolliset todistusteemat

Todistusteemojen eli todistelun kohteiden selvittäminen riita-asian valmistelussa pitää sisällään kaksi alakysymystä. Ensinnäkin on kysyttävä, mitkä seikat ylipäänsä *voivat* olla jutussa todistusteemoina eli mitkä seikat kaipaavat ja mitkä eivät kaipa näyttöä; voidaan puhua *mahdollisten (potentiaalistien) todistusteemojen* selvittämisestä.⁸ Vasta toiseksi on kysyttävä, mitkä näistä mahdollisista todistusteemoista todella pyritään näyttämään pääkäsittelyssä toteen eli mitkä teemat rajataan kunkin todisteen todistelun kohteiksi; tämä on ensisijaisesti asianosaisten asiana, jolloin voidaan puhua *lopullisten (aktuaalistien) todistusteemojen* ilmoittamisesta. Jos ensimmäinen kysymys jätetään asettamatta, myös toinen kysymys saattaa jäädä epämääräiseksi: todisteiden ja todistusteemojen ilmoittaminen joko jää puutteelliseksi tai se on liiallista.

Mahdollisten todistusteemojen selvittäminen puolestaan voidaan sisällöllisesti jäsentää kahteen alakysymykseen. Ensinnäkin on kysyttävä, mitkä seikat ovat jutussa relevantteja, koska irrelevanteista seikoista on tarpeetonta esittää näyttöä. Toiseksi on kysyttävä, mitkä näistä relevanteista seikoista kaipaavat näyttöä ja mitkä eivät. Todistusteemoja voivat olla vain *relevantit ja näyttöä kaipaavat* seikat.⁹ Edellinen tarkoittaa, että kysymyksellä seikan olemassaolosta täytyy olla jutussa merkitystä, ja jälkimmäinen, että seikan olemassaolon toteamisen täytyy edellyttää näyttöä. Jos seikalla ei ole jutussa merkitystä tai jos sen olemassaolon toteamiseen ei tarvita näyttöä, seikka ei kelpaa todistusteemaksi.

⁷ Ks. myös Lappalainen 1986 s. 387: »Todistelu tulee ajankohtaiseksi vasta sen jälkeen, kun relevantti faktamateriaali on tuotu esiin ja selvitetty, mitkä oikeustositseikat edes kaipaavat näyttöä.»

⁸ Ks. myös Olsson s. 156.

⁹ Ks. myös Blomeyer s. 353 ja Jauernig s. 184: »die entscheidungserheblichen und beweisbedürftigen Tatsachen».

Tässä pidetään silmällä lähinnä tosiseikkoja todistusteemoina, koska todistelun kohteina ovat yleensä tosiseikat. Todistelu voi kohdistua myös *kokemussääntöihin*. Esimerkiksi asiantuntijaa voidaan kuulla tietyistä erityisasiantuntemusta edellyttävistä kokemussäännöistä. Tuomioistuimien voi kuitenkin soveltaa tunteitaan, tavallisen yleissivistyksen ja elämäkokemuksen piiriin kuuluvia, riittävän varmoja kokemussääntöjä viran puolesta. Jos kokemussääntö on epätavallinen tai epävarma, se on saatettava asianosaisten keskustelun ja mahdollisen todistelun kohteeksi. Näin on meneteltävä myös rajatapauksissa.¹⁰

Oikeusjärjestyksen sisältö ei voi olla varsinaisen todistelun kohteena. »Näyttö siitä, mitä laki säättää», ei ole tarpeen (OK 17:3.1; *jura novit curia*, tuomioistuimien tuntee lain). Asianosaisten voivat kuitenkin esittää selvitystä esim. siitä, onko tietty laki kumottu tai millaisia ennakkopäätöksiä on annettu; kysymys on tällöin juridisesta aineistosta eikä todisteista. Ulkomaan oikeuden sisältöä tuomioistuimella ei ole velvollisuutta tuntea: »Jos vieraan valtion lakia on sovellettava eikä oikeus tunne sen sisällystä, tulee oikeuden kehoittaa asianosaista esittämään siitä näyttöä.» (17:3.1). Selvityksen jäädessä puutteelliseksi sovelletaan Suomen oikeutta (17:3.3 L:ssa 165/98). Tuomioistuimien saattaa kuitenkin erityissääntelyn nojalla olla velvollinen tuntemaan ulkomaan oikeuden sisällön viran puolesta (OK 17:3.2). Nykyaikana on lisäksi erityisesti syytä huomata, että Suomessa valtiosisäisesti voimassa oleva ulkomainen oikeus, kuten EY-oikeus ja kansainväliset ihmisoikeudet, kuuluvat *jura novit curia* -säännön piiriin.¹¹

Materiaalisessa oikeudessa annetaan usein merkitystä erilaisille kauppa-, asianajaja- ym. *tavoille*.¹² Voidaan kysyä, kuuluuko tällaisten, oikeusjärjestyksen ulkopuolisten normien sisällön selvittäminen todistelun vai juridisen argumentoinnin piiriin. Vastaus riippuu siitä, mitä tavalla tarkoitetaan. Jos kysytään empiirisesti esim., onko jokin toiminta yleistä tietyllä alalla, kyseessä on normaali näyttökysymys. Jos taas kysytään normatiivisesti, onko toiminta esim. AAL 5.1 §:n tarkoittamaa hyvää asianajajatapaa, kysymys edellyttää toiminnan oikeudellista arvottamista, jota tosin saattaa edeltää sen yleisyyden vahvistaminen. Tapa voi siis olla empiirisenä todistusteemana, mutta sen oikeudellinen arvottaminen lankeaa juridisen argumentoinnin piiriin.¹³

¹⁰ Ks. myös Tirkkonen Sp II s. 83 s.

¹¹ Ks. myös Gomard s. 383.

¹² Niistä on erotettava maantapa, joka velvoittavana oikeuslähteenä (OK 1:11) kuuluu *jura novit curia* -säännön piiriin.

¹³ Ks. myös Hov s. 325 s ja 448 s, Zahle 1983 s. 270–274 ja Gomard s. 386 s.

5.2.1 Relevantit seikat

5.2.1.1 Yleistä

Asianosaisilla on dispositiivisessa riita-asiassa ns. vaatimistaakka: tuomioistuim ei saa tuomita muuta tai enempää kuin asianosainen on vaatinut (OK 24:3.1). Keskeinen on luonnollisesti kantajan vaatimus, joka yhdessä kanteen perusteiden kanssa määrittää, mistä jutussa on kysymys; vastaajan vaatimus on (pääkäsittelyyn saakka etenevissä asioissa) yleensä yksinkertaisesti vaatimus kantajan kanteen hylkäämisestä.¹⁴ Asianosaisten jutussa esittämät vaatimukset saattavat aktualisoida periaatteessa hyvinkin laajan määrän mahdollisesti relevantteja tosiseikkoja (ks. kaaviota 3 edellä jaksossa 4.2.1).

Ensinnäkin jutussa vaadittu konkreettinen oikeusseuraamus saattaa materiaalisien oikeusnormien valossa aktualisoida useita juridisesti mahdollisesti relevantteja oikeustositseikkoja. Toiseksi jokainen oikeustositseikka puolestaan saattaa aktualisoida useita todistustositseikkoja, joilla voi olla näyttöarvoa oikeustositseikalle. Kolmanneksi jokainen todistustositseikka taas saattaa aktualisoida useita (toisen asteen) todistustositseikkoja, joilla saattaa olla näyttöarvoa todistustositseikalle. Voidaan puhua »tosiseikkaketjuista», joissa tosiseikat liittyy yhteen kokemussäännöistä johdettava näyttöarvo.¹⁵ Lisäksi kunkin todistustositseikan näyttöarvoon saattaa vaikuttaa useita aputositseikkoja; aputositseikan todistusteemana on todistustositseikan näyttöarvo.¹⁶

Todisteiden esittämisen tarkoitus on tuoda esiin todistustositseikkoja, joilla voi olla todistusarvoa toisille tosiseikoille eli tarkemmin sanottuna väitteille tosiseikkojen olemassaolosta. Todistusteemoina voivat ensinnäkin olla oikeusseuraamukselle juridisesti (välittömästi) relevantit seikat eli oikeustositseikat. Todistusteemoina voivat kuitenkin olla myös todistustositseikat, jotka puolestaan ovat todistustositseikkoja muille tosiseikoille. Joissakin tilanteissa todistusteemoina voivat olla myös aputositseikat, esimerkiksi sääolosuhteet ta-

¹⁴ Kantaja esittää vaatimuksensa jo haastehakemuksessa; myöhemmin kantaja voi muuttaa vaatimuksiaan vain kanteenmuutoskiellon (OK 14:2) rajoissa (tai ottamalla uuden haasteen, jolloin on jo kysymys uudesta jutusta, joka mahdollisesti kumuloidaan alkuperäiseen). Jos taas vastaaja ei esitä kanteen hylkäämisvaatimustaan jo kirjallisessa vastauksessa, kanne hyväksytään yksipuolisella tuomiolla (tai tuomiolla, jos vastaus in casu tulkitaan myöntämiseksi).

¹⁵ Ks. esim. Ekelöf – Boman IV s. 141 s.

¹⁶ On kuitenkin muistettava, että käsitteet ovat funktionaalisia eli sama tosiseikka voi olla useammassakin roolissa: esim. todistustositseikka oikeustositseikalle voi samalla olla aputositseikka toiselle todistustositseikalle jne.

pahtumahetkellä. Todistusteemana voi siis olla periaatteessa mikä tahansa tosiseikka tällaisessa tosiseikkaketjussa. Oikeustositseikat ovat kuitenkin todistelun kannalta erityisasemassa. Koska ne ovat oikeusseuraamuksen kannalta välittömästi eli oikeudellisesti relevantteja, ne muodostavat aina faktaketjun viimekätisen todistusteeman; faktaketjut päättyvät aina oikeustositseikkaan.¹⁷

On kuitenkin heti tärkeätä havaita, että vielä riita-asian valmisteluvaiheessa seikkojen juridinen tai näytöllinen merkitys on enemmän tai vähemmän *epävarma*, koska siitä päättää tuomioistuin lopullisesti vasta pääkäsittelyn jälkeen päätösharkinnassaan.¹⁸ Ensinnäkin oikeustositseikkojen osalta kysymys on lähinnä vain siitä, että seikalla on *asianosaisten käsityksen mukaan* juridista merkitystä: asianosainen *väittää*, että seikasta johtuu oikeudellisesti hänen vaatimuksensa. Vasta kun tuomioistuin toteaa kyseisen seikan olevan juridisesti irrelevantti, se menettää relevanssinsa myös todistusteemana; tätä ei kuitenkaan voida vielä valmisteluvaiheessa päättää aivan selviä tilanteita lukuunottamatta (ks. jäljempänä jaksoa 5.4.2.b). Vastaavasti todistus- ja aputositseikkojen näytöllinen merkitys ratkeaa lopullisesti vasta tuomioistuimen todistusharkinnassa pääkäsittelyssä näytön vastaanottamisen jälkeen; valmisteluvaiheessa ollaan tässä suhteessa enemmän tai vähemmän epävarmojen ennako-oletusten varassa.

5.2.1.2 Väittämistaakasta

Asianosaisten esittämät vaatimukset saattavat siis aktualisoida hyvinkin laajan määrän todistelun kannalta mahdollisesti relevantteja todistusteemoja. Oikeustositseikkojen tasolla relevantteja todistusteemoja rajaa asianosaisten *väittämistaakka*: tuomiota ei saa perustaa seikkaan, johon asianosainen ei ole vaatimuksensa tai kiistämisensä tueksi vedonnut (OK 24:3.2).¹⁹ Väittämistaakka on subjektiivinen: juuri sen asianosaisten, jolla on seikkaan nähden väit-

¹⁷ Ks. myös Lappalainen LM 1986 s. 766.

¹⁸ Muutoksenhaun johdosta myös tämä alioikeuden käsitys saattaa osoittautua 'virheelliseksi'.

¹⁹ Väittämistaakkasäännöksen ottaminen OK 24:14.2:iin (L 1064/91) merkitsi oikeuskäytännössä ja -kirjallisuudessa jo omaksutun kannan kodifiointia lakitekstiin, ks. HE 1990:154 s. 29 ja KKO 1990 s. 492. Aiemmasta oikeuskäytännöstä ks. esim. KKO 1981 II 110, 1984 II 11, 1985 II 44, 1986 II 163, 1987:25 ja 1989:105. Väittämistaakkaproblematiikka koskee oikeudenkäynnin kohdetta ja jää tämän tutkimuksen varsinaisen aiheen ulkopuolelle. Seuraavassa tarkastellaan ainoastaan sen merkitystä todistelun kannalta riita-asian valmistelun näkökulmasta.

tämistaakka, on siihen vedottava, jotta tuomioistuin voi panna seikan ratkaisunsa perustaksi. Toisaalta on oikeustositseikkoja (ns. indispositiiviset seikat), jotka tuomioistuimen on otettava jonkin yksityisen tai julkisen intressin vuoksi viran puolesta huomioon vaikka asianosainen ei niihin vetoaisi.²⁰ Väittämistaakka koskee ainoastaan oikeustositseikkoja. Vapaa todistusharkinta edellyttää, että tuomioistuin voi ottaa huomioon kaikki pääkäsittelyssä esille tulleet todistus- ja aputositseikat ilman, että niihin on vedottu.²¹

Väittämistaakka rajaa relevantteja todistusteemoja: oikeustositseikkaa, johon ei ole asianmukaisesti vedottu, on tarpeetonta pyrkiä näyttämään toteen, koska tuomioistuin ei kuitenkaan voisi ottaa seikkaa ratkaisussaan huomioon.²² Asianosaisten on jo valmistelussa vedottava niihin oikeustositseikkoihin, joihin he ylipäänsä haluavat vedota. Valmistelussa on selvitettävä asianosaisten vaatimusten perusteet (OK 5:19:n 1 kohta ja 5:21.1). Pääkäsittelyssä asianosainen ei saa vedota sellaiseen seikkaan, johon hän ei ole vedonnut valmistelussa, ellei asianosainen saata todennäköiseksi, että hänen menettelynsä johtuu pätevistä syistä (OK 6:9). Valmistelun päättyessä on siis lähtökohtaisesti lopullisesti tiedossa, mihin oikeustositseikkoihin asianosaiset tulevat pääkäsittelyssä vetoamaan, jolloin myös tiedetään, mitkä seikat ovat mahdolliset viimekätiset todistusteemat pääkäsittelyssä.²³ Itse asiassa tämäkin on kuitenkin vain ennako-oletus: asianosainen voi luonnollisesti jättää vetoamatta johonkin seikkaan pääkäsittelyssä ja näin supistaa perusteitaan valmisteluun verrattuna.

Riita-asian valmistelu on monivaiheinen menettely, joka etenee kantaajan haastehakemuksesta ja vastaajan vastauksesta suullisen jatkovalmistelun päättämiseen. Tämä vuoksi on syytä tarkastella lyhyesti todistusteemojen ra-

²⁰ Ks. edellä jaksossa 1.1.3 lausuttua.

²¹ Ks. esim. HE 1990:154 s. 29. On myös muistettava, että po. käsitteet ovat funktionaalisia: tuomioistuin voi siis ottaa huomioon saman vetoamatta jääneen seikan todistus- tai aputositseikkana, muttei oikeustositseikkana.

²² Ks. esim. Lappalainen LM 1986 s. 764. Eri asia on, että jos asianosainen ilmoittaa todistusteemaksi oikeustositseikan, johon ei ole vedottu, tuomioistuimen on yleensä kyselyoikeuttaan käyttämällä selvitettävä, haluaako asianosainen vedota seikkaan (OK 5:21.3; ks. jäljempänä jaksoa 5.4.2.c). – Poikkeuksen muodostavat ns. indispositiiviset (oikeustosi)seikat, jotka tuomioistuimen on otettava viran puolesta huomioon. Tällaisen seikan relevanssi todistusteemana ei edellytä, että asianosainen olisi vedonnut seikkaan. Esim. erityisen vanhentumisajan mahdollinen kuluminen saattaa siten olla relevantti todistusteema, vaikka kumpikaan asianosainen ei olisi vanhentumiseen vedonnut.

²³ Asianosaisten on siis vedottava uudestaan (erillisessä) pääkäsittelyssä kaikkiin perusteisiinsa, koska tuomioissa saadaan ottaa huomioon vain se oikeudenkäyntiaineisto, joka on esitetty pääkäsittelyssä (pääkäsittelyn välittömyys, OK 24:2.1).

jautumista valmistelun eri vaiheissa.²⁴ Tätä dynaamista elementtiä voidaan jäsentää kahden näkökohdan, ns. *suksessiivisen relevanssin periaatteen* ja subjektiivisen väittämistaakan avulla. Suksessiivisen relevanssin periaatteen on esittänyt *Olivecrona*.²⁵ Sen perusajatus on yksinkertaisesti, että oikeus-seuraamuksen kannalta relevantit oikeustositseikat ovat eri tasoilla ja tulevat vuorollaan relevanteiksi. Esimerkiksi kysymys reklamaatiosta aktualisoituu irtaimen kaupan perustuvaa velkomusta koskevassa asiassa vasta, kun vastaaja on väittänyt, että tavarassa oli virhe; jos tavarän virheellisyteen ei vedota, kysymys reklamaatiosta ei ole lainkaan relevantti.²⁶

Suksessiivisen relevanssin periaatetta on täydennettävä subjektiivisella väittämistaakalla, joka vastaa kysymykseen, kumman osapuolen tiettyyn oikeustositseikkaan on vedottava. Irtaimen kauppaa koskevassa esimerkissä kantajan on tarpeetonta vedota haastehakemuksessa siihen, että tavara oli virheetön, koska subjektiivinen väittämistaakka tavarän virheellisyydestä on ostajalla; ostajan puolestaan on tarpeetonta vedota vastauksessaan siihen, että hän reklamoi asianmukaisesti, koska väittämistaakka reklamaation puuttumisesta on myyjällä. Asianosaisen on rationaalista vedota vaatimuksensa tueksi ainoastaan niihin oikeustositseikkoihin, joihin nähden hänellä on väittämistaakka ja jotka ovat tulleet (esitettyjen vaatimusten ja vastapuolen jo vetoamien oikeustositseikkojen jälkeen) vuorollaan relevanteiksi. Tämän mukaisesti voidaan puhua kanneperusteista, ensimmäisen asteen vastatositseikoista, toisen asteen vastatositseikoista ja niin edelleen.²⁷

Kantajan on jo haastehakemuksessa ilmoitettava yksityiskohtaisesti ne seikat, joihin vaatimus perustuu (OK 5:2.1:n 2 kohta; vrt. 5:3). Kantajan on »substantioitava» kanteensa eli vedottava oikeustositseikkoihin, joiden nojalla kantajan vaatimus olisi hänen käsityksensä mukaan hyväksyttävä, jos seikat olisivat tosia.²⁸ Toiseksi seikat on ilmoitettava yksityiskohtaisesti; tämä viittaa lähinnä siihen, että vastaajan on voitava antaa riittävän yksilöity kirjallinen

²⁴ Ks. myös Weth s. 137: »die Prozessförderungspflicht nicht statisch ist, sondern sich je nach Ablauf des Prozesses ändert».

²⁵ Ks. Olivecrona 1966 s. 208 s.

²⁶ Vastaavasti Olivecrona puhuu suksessiivisen verifikaation periaatteesta (Olivecrona 1966 s. 209): jos tuomioistuim päätösharkinnassaan päättyy siihen, että tavarassa ei ollut virhettä, kysymys asianmukaisesta reklamaatiosta menettää merkityksensä.

²⁷ Ks. Boman 1964 s. 10 s: grunden för käromålet, svarsfakta, replikfakta, duplikfakta o.s.v.

²⁸ Samalla kanne yksilöity perusteensa osalta, mikä on tärkeää mm. oikeusvoimaja lis pendens -sääntöjen soveltamisen kannalta. Ks. individualisoi- ja substantioimis»teorioista» Tirkkonen Sp I s. 449 s ja Sp II s. 6 s. Tirkkosen mukaan aiempi OK 11:3.1 (L 362/60) oli tässä suhteessa »välittävän teorian» kannalla.

vastaus haastehakemukseen, mikä on tehokkaan jatkovalmistelun välttämättömän lähtökohta.²⁹ Sen sijaan kantajan ei tarvitse haastehakemuksessa ennakoida, millä perusteella vastaaja mahdollisesti kiistää hänen vaatimuksensa; haastehakemus on kantajan versio asiasta. Myöhemmin valmistelun aikana kantaja voi vapaasti vedota uusiin oikeustositseikkoihin vaatimustensa tueksi, jos asia ei sen johdosta muutu toiseksi (OK 14:2.3). Kaikki tällaiset kannevaatimusten perusteena vedotut oikeustositseikat eli kanneperusteet ovat mahdollisia, viimekätisiä todistusteemoja.³⁰

Vastaajan puolestaan on vastauksessaan esitettävä sellaiset kanteen kiistämisen perusteet, joilla voi olla merkitystä asian ratkaisemisen kannalta, jotta hän välttyisi yksipuoliselta tuomiolta (OK 5:10.1:n 2 kohta ja 13.1:n 2 kohta). Vastaaja voi esittää kanteen kiistämisen perusteiksi kolmenlaisia väitteitä:³¹ vastaaja voi 1) kiistää kanteen perusteiden olemassaolon (kiistäminen varsinaisessa mielessä), 2) väittää, ettei kanteen perusteista oikeudellisesti seuraa kantajan esittämää vaatimusta (oikeusväite) tai/ja 3) vedota (ensimmäisen asteen) vastatositseikkaan, joka kumoaa kanteen perusteiden oikeudellisen merkityksen.³² Näiden eri väitetyyppien voidaan sanoa olevan eri tasoilla: kiistäminen on todistelun, oikeusväite juridisen argumentoinnin ja vastatositseikkaan vetoaminen väittämistaakan täyttämisen tasoilla. Tärkeätä on huomata, että ainoastaan *vastatositseikkaan vetoaminen* tuo oikeudenkäynnin piiriin uuden mahdollisen relevantin, viimekätisen todistusteeman: pelkästään kanneperusteiden olemassaolon tai sen juridisen merkityksen kiistäminen eivät tuo uutta seikkaa tuomioistuimen tutkinnan piiriin.

On pyrittävä erottamaan toisistaan seikkaan vetoaminen ja sen olemassaolon kiistäminen. Oikeustositseikkaan vetoaminen tavallaan pitää sisällään

²⁹ Ks. HE 1990:15 s. 50: »haastehakemuksesta tulisi käydä asiaan vaikuttavilta osin kokonaisuudessaan ilmi se tapahtumain kulku, jonka seurauksena on hakijan vaatimus»; tämän tulisi vastata suunnilleen yksilöinnin tasoa aiemman ns. kanteen kehittämisen jälkeen.

³⁰ Termi »peruste» on jo sinänsä ongelmallisen monimerkityksinen. Ensinnäkin perusteista voidaan puhua yksittäisten oikeustositseikkojen synonyyminä (esim. OK 5:19:n 1 kohta); näin myös yleensä tässä tutkimuksessa. Toiseksi perusteella voidaan viitata laajempaan oikeustositseikkakokonaisuuteen (esim. vahingonkorvausvaatimus ankaran vastuun tai tuottamus»perusteella»); tästä on usein kysymys, kun puhutaan ns. vaihtoehtoisista perusteista. Kolmanneksi puhutaan suppeammin kantajan vaatimusten perusteista eli kanneperusteista, jotka määrittävät asian identiteettiä.

³¹ Lisäksi vastaaja voi tehdä prosessiväitteen eli väitteen siitä, ettei tuomioistuin voi ottaa asiaa tutkittavaksi (OK 5:10.1,6).

³² Ks. esim. Ekelöf – Boman I s. 33 s. – Nämä kolme väitelajia tunnettiin jo antiikin retoriikassa, ks. Johannesson s. 19.

samalla sen negaatioon vetoamisen. Jos kantajalla on väittämistäakka jostakin seikasta OT ja hän haastehakemuksessaan vetoaa tähän seikkaan OT, myös ei-OT tulee jutun mahdolliseksi faktapremissiksi; vastaajan ei siis enää tarvitse vedota seikkaan ei-OT. Kysymys tavallaan 'siirtyy' oikeudenkäynnin kohteen määrittämisestä todistelun tasolle, jolloin todistusteemana voi olla joko OT tai ei-OT; tällä tasolla taas on merkityksellistä, kiistääkö vai tunnustaako vastaaja OT:n olemassaolon.³³

Kantajan ja vastaajan välinen dialogi etenee vastaavasti jatkovalmistelussa. Kantaja voi puolestaan vastaajan vetoamien vastatosiseikkojen johdosta esittää kolmenlaisia väitteitä: kantaja voi 1) kiistää vastatosiseikkojen olemassaolon, 2) väittää, ettei vastatosiseikoista oikeudellisesti seuraa kantajan vaatimuksen hylkäämistä, ja 3) vedota toisen asteen vastatosiseikkaan, joka kumoaa ensimmäisen asteen vastatosiseikkojen oikeudellisen merkityksen.³⁴ Toisen asteen vastatosiseikka (esimerkiksi reklamaation puutteellisuus) on jälleen uusi mahdollinen, viimekätinen todistusteema. Mahdolliset relevantit, viimekätiset todistusteemat lisääntyvät niin kauan kuin asianosaiset vetoavat uusiin vastatosiseikkoihin. Sama koskee kokonaan uusia, sekä kumulatiivisia että vaihtoehtoisia kanneperusteita (ja niiden vuoksi vedottuja uusia vastatosiseikkoja): jos esimerkiksi vahingonkorvausta vaaditaan haastehakemuksessa tuottamuserusteella ja vastaajan kiistämisen jälkeen suullisessa valmistelussa vaihtoehtoisesti ankaran vastuun perusteella, relevantteja todistusteemoja pääkäsittelyssä ovat sekä vahingon aiheuttajan tuottamus että kyseisen toiminnan yleisvaarallinen luonne.

On kuitenkin huomattava, että jos jutussa toimitetaan erillinen pääkäsittely (OK 5:30) sellaisen kysymyksen käsittelyä varten, joka saadaan ratkaista erikseen osa- tai välituomiolla (24:5 ja 6), tuossa oikeudenkäynnin vaiheessa relevantteja todistusteemoja ovat luonnollisesti vain ne seikat, jotka liittyvät tuohon kysymykseen. Jos siis esim. toimitetaan erillinen pääkäsittely, jotta kysymys vahingonkorvausvelvollisuuden olemassaolosta voitaisiin ratkaista välituomiolla, vahingonkor-

³³ Jos siis kantaja esimerkiksi vetoaa maksuvaatimuksen tueksi velaksiantoon, vastaajan ei tarvitse puolestaan nimenomaisesti vedota siihen, ettei velaksiantoa ole tapahtunut; sen sijaan hän voi jättää tunnustamatta velaksiannon ja esittää näyttöä siitä, ettei sitä ole tapahtunut. Ks. myös Boman 1964 s. 78 s. Kantajan vetoaman seikan kiistämisen ja vastatosiseikkaan vetoamisen erottelusta ks. myös Lappalaisen purevaa analyysiä tapauksesta KKO 1989:105, Lappalainen LM 1990 erit. s. 254 ss.

³⁴ Irtaimen kauppaa koskevassa esimerkissä kantaja voi 1) kiistää tavarán virheen olemassaolon, 2) väittää, ettei se ole kauppalaín tarkoittama virhe, ja/tai 3) väittää, ettei vastaaja reklamoinut virheestä ajoissa.

vauksen määrä ei vielä ole relevantti todistusteema tuossa oikeudenkäynnin vaiheessa.

Väittämistaakka koskee siis ainoastaan oikeustositseikkoja: asianmukainen oikeustositseikkaan vetoaminen tuo sen tuomioistuimen tutkinnan piiriin ja tekee siitä siten todistelun kannalta relevantin todistusteeman. Koska oikeustositseikat ovat oikeusseuraamukselle välittömästi relevantteina aina viimekätisiä todistusteemoja, tietyn oikeustositseikan relevanssi merkitsee samalla muiden siihen (todennäköisesti) johtavassa faktaketjussa olevien totiseikkojen eli todistus- ja myös aputositseikkojen relevanssia todistusteemoina – ja kääntäen: irrelevantti oikeustositseikka merkitsee koko faktaketjun irrelevanttia todistusteemoina.³⁵ Koska väittämistaakka ei koske todistus- ja aputositseikkoja, ne voivat olla relevantteja todistusteemoja, vaikka niihin ei olisi nimenomaisesti vedottu.

Se, että tuomioistuin voi perustaa ratkaisunsa pääkäsittelyssä esiin tulleen todistustositseikkaan, johon ei ole vedottu, ei kuitenkaan vielä vastaa kysymykseen, tulisiko myös tiedossa olevia *todistustositseikkoja ilmoittaa* jo valmistelussa, jotta valmistelu täyttäisi tehtävänsä.³⁶ Hallituksen esityksen perusteluissa on lausuttu sekä haastehakemuksen (OK 5:2.1:n 2 kohta) että jatkovalmistelun (5:19:n 1 kohta) osalta, että ainakin tärkeimmät todistustositseikat tulisi yksittäistapauksesta riippuen ilmoittaa jo haastehakemuksessa ja selvittää jatkovalmistelussa.³⁷ Myös Ruotsissa vallitseva kanta on ollut tämän suuntainen.³⁸

Kanta on sikäli jossakin määrin perusteltu, että kaikkein tärkeimpien, asianosaisen tiedossa olevien todistustositseikkojen ilmoittaminen valmistelussa auttaa vastapuolta arvioimaan vastatodistelun tarvetta todistusteemasta ja jos todistustositseikka on riidaton, näyttö siitä ei ole lainkaan tarpeen. Toisaalta valmistelun liiallisen kuormittamisen ja valmistelu/pääkäsittely-jaon selkeänä säilyttämisen vuoksi suuri varovaisuus on tässä suhteessa paikallaan. Juuri todistustositseikkojen tarpeeton selostaminen on osaltaan johtanut käytännössä ennen muuta haastehakemusten, mutta myös myöhemmän

³⁵ Todettakoon selvyiden vuoksi, että ko. todistus- ja aputositseikoilla sekä kokemuksäännöillä voi luonnollisesti olla merkitystä johonkin toiseen, relevanttiin oikeustositseikkaan johtavan faktaketjun osina.

³⁶ Vrt. Brolin ym. s. 57 s.

³⁷ Ks. HE 1990:15 s. 50 ja 64. Ks. myös Jokela LM 1994 s. 149, vrt. Virolainen s. 132 ja DL 1995 s. 335 s.

³⁸ Ks. Ekelöf V s. 31 s: »indicier, som har ett mera betydande bevisvärde»; ks. myös Gärde ym. s. 584 s ja 589, Olsson s. 152–156 sekä Fitger RB s. 42:28 s.

valmisteluaineiston paisumiseen. Vahva pääsääntö tämän vuoksi on, että todistusosiseikkoja ei tarvitse eikä pidä vielä valmistelussa ilmoittaa.

Kannan merkitystä ei myöskään ole syytä liioitella. Ensinnäkin todisteen ja sen todistusteeman ilmoittaminen on riittävää ilman, että asianosaisen tarvitsee ilmoittaa kyseisen todisteen sisältöä.³⁹ Jos toiseksi todisteen välittömänä todistusteemana on todistusosiseikka, teemaa koskeva ilmoitus on yleensä täsmennettävä ko. todistusosiseikaksi (ks. jäljempänä jaksoa 5.3.3), jolloin se tulee myös vastapuolen tietoon. Onkin vaikea sanoa, milloin kyseessä olisi todistusosiseikka, joka asianosaisen tulisi erityisesti ilmoittaa jo valmistelussa. Vastaus riippuu viime kädessä yksittäistapauksellisesta harkinnasta, jossa on punnittava yhtäältä kyseisen todistusosiseikan merkitystä jutussa ja toisaalta ennen muuta valmistelun prosessiekonomiaa.⁴⁰

5.2.2 Näyttöä kaipaavat seikat

5.2.2.1 Pääsääntö

Toinen kysymys mahdollisten todistusteemojen selvittämisessä on, mitkä toiseikat edellä kuvatulla tavalla rajautuneista relevanteista seikoista ylipäänsä kaipaavat näyttöä. Pääsääntö on selvä: kaikki seikat on näytettävä toteen. Tuomion perustaminen seikkaan edellyttää, että seikan tueksi on esitetty (riittävästi) näyttöä. Kysymys onkin siitä, mitä poikkeuksia tästä pääsäännöstä voidaan tehdä.

On kuitenkin keskeistä huomata, että ainoastaan oikeustusosiseikkoja koskee näytön riittävyys -ongelma. Todistusosiseikkojen yhteisen näyttöarvon oikeustusosiseikalle (eli oikeustusosiseikan olemassaolon todennäköisyyden) täytyy olla riittävä, jotta oikeustusosiseikan voitaisiin katsoa olevan olemassa eli se voitaisiin panna tuomion perustaksi.⁴¹ Jos riittävää todennäköisyyttä ei saavuteta, kysymys oikeustusosiseikan olemassaolosta ratkaistaan sen asianosaisen tappioksi, jolla on todistustaakka seikasta. Oikeustusosiseikkoja koskevan

³⁹ Esitöissä lausutaan: »Esimerkiksi kauppaa koskevassa asiassa kauppakirja on todistusosiseikka.», HE 1990:15 s. 64. Tämä ei kuitenkaan tarkkaan ottaen pidä paikkaansa, vaan kauppakirja on kirjallinen todiste ja sen sisältö todistusosiseikka: riittävää on, että asianosainen antaa kauppakirjan oikeuteen, jolloin myös vastapuoli saa sen sisällöstä tiedon.

⁴⁰ Jos tällainen todistusosiseikka tulee esille vasta pääkäsittelyssä, vastapuolella saat-
taa olla pätevä syy esittää uutta vastatodistelua (OK 6:9).

⁴¹ Ks. esim. Halila 1955 s. 5 s ja Lappalainen LM 1986 s. 767 s: »Riittävyysproblematiikassa on – kyse oikeusseuraamusten määrittämisen edellytyksistä, mikä ongelma voi aktualisoitua vasta kun oikeustusosiseikka on ollut todistusteemana.»

näytön arvioinnin lopputulos on siis aina joko/tai: oikeustositseikan joko katsotaan olleen olemassa tai sen ei katsota olleen olemassa.⁴²

Todistus- ja aputositseikkojen osalta tilanne on toinen. Todistustositseikkojen olemassaolon todennäköisyys vaikuttaa ainoastaan niiden näyttöarvoon todistusteemalle: mitä todennäköisempää todistustositseikan olemassaolo on, sitä korkeampi näyttöarvo teemalle.⁴³ Sama koskee nähtävästi myös aputositseikkoja, joiden olemassaolon todennäköisyys vaikuttaa siihen, miten ne vaikuttavat todistustositseikan näyttöarvoon: mitä todennäköisempää aputositseikan olemassaolo on, sitä enemmän se vaikuttaa todistustositseikan näyttöarvoon (joko positiiviseen tai negatiiviseen suuntaan aputositseikasta riippuen).⁴⁴ Todistus- ja aputositseikkoja koskevan näytön arvioinnin lopputuloksen ei siis tarvitse olla joko/tai. Tällaisen seikan voidaan katsoa olevan olemassa enemmän tai vähemmän suurella todennäköisyydellä, jolloin käytössä on periaatteessa koko todennäköisyyskaala. Jonkinasteista näyttöä kuitenkin tällaistenkin seikkojen tueksi täytyy esittää; jos seikan todennäköisyys on nolla, ei sillä ole lainkaan todistusarvoa teemalle.⁴⁵ Todistusharkintaongelma on siis sama kuin oikeustositseikkojen kohdalla: kuinka todennäköinen seikan olemassaolo on?

5.2.2.2 Tunnustamisesta

Jos asianosainen on asiassa, jossa sovinto on sallittu, oikeudessa tunnustanut jonkin seikan, niin tunnustus on hänen osaltaan sitova (OK 17:4.1).⁴⁶ Tunnustamisen kohteena on aina tosiseikka, missä suhteessa se eroaa myöntä-

⁴² Toisaalta näyttökynnys vaikuttaa vain siihen, kuinka vakuuttavaa näyttöä tarvitaan: hyvin matalakaan näyttövaatimus (esim. »oletettava») ei tee näyttöä kokonaan tarpeettomaksi. Samoin esim. OK 17:6:n mahdollistama vahingonkorvauksen määrän kohtuusarviointi ei tee todistelua vahingon määrästä kokonaan tarpeettomaksi, vaan säännökseen on turvauduttava vasta, jos näyttöä ei ole vaikeuksista esitettävissä, ks. Halila LM 1961 s. 302 s.

⁴³ Ks. Ekelöf IV s. 33: »Är ett bevisfaktums existens osäker, så är dess bevisvärde lägre än om dess existens är säker. Och en omständighets bevisvärde är sålunda beroende även av den grad av sannolikhet med vilken omständighet blivit bevisad.»

⁴⁴ Esim. mitä epämääräisempi tieto keliolosuhteista on, sitä epävarmemmin jarrutusjäljen pituudesta voidaan päätellä auton nopeus ennen jarrutusta.

⁴⁵ Ks. myös Lappalainen LM 1986 s. 767.

⁴⁶ Koska tunnustaminen, notorisuus tai todistusteemakiellot eivät ole tämän tutkimuksen varsinaisia aiheita, jaksossa otetaan esille vain niiden merkitys riita-asian valmistelun kannalta. Tunnustamisesta yleensä ks. esim. Halila 1950 passim, Tirkkonen 1949 s. 36 ss ja Sp II s. 102 ss, Koulou DL 1994 s. 763 sekä Ekelöf IV s. 68 ss.

misestä ja luopumisesta, joiden kohteena on vaatimus.⁴⁷ Tunnustamisessa asianosaisen katsotaan ilmoittavan, että tuomioistuin voi panna asianosaiselle epäedullisen tosiseikan ratkaisunsa perustaksi. Tunnustamisen sitovuudessa ei ole kysymys sen arvioinnista näyttönä vaan siitä, että dispositiivisessa riita-asiassa asianosaiset voivat määrätä tuomioistuinta sitovasti tosiseikkakysymyksestä. Tuomioistuin ei saa tutkia kyseisen tosiseikan olemassaoloa pääkäsittelyssä vastaanotetun näytön valossa, vaan sen on ilman muuta perustettava ratkaisunsa tuohon seikkaan.⁴⁸

Sen sijaan indispositiivisessa asiassa tunnustamisella on 'vain' enemmän tai vähemmän vahvaa näyttöarvoa (OK 17:4.2 ja esim. KKO 1995:182). Myös dispositiivisessa asiassa voi olla ns. *indispositiivisia seikkoja*, kuten erityisen vanhentumisajan kuluminen, jotka tuomioistuin ottaa viran puolesta, ilman vetoamista huomioon. Voidaankin kysyä, onko indispositiivisen seikan tunnustamisella vain todistusvaikutusta vai ulottaako »asian» dispositiivisuus tunnustuksen sitovuuden myös tällaiseen seikkaan: jos esimerkiksi omavelkainen takaaja tunnustaa, ettei TakA 4 §:n mukainen vanhentumisaika ollut kulunut, sitooko tämä tuomioistuinta? Lain käyttämälle epäanalyyttiselle ilmaukselle »asia» ei voitane antaa kysymyksessä ratkaisevaa merkitystä. Jos jokin intressi on katsottu tällaisen seikan kohdalla niin painavaksi, että seikan olemassaolo otetaan viran puolesta huomioon, myöskään seikan negaation tunnustamista ei ainakaan pääsääntöisesti voitane pitää sitovana.⁴⁹ Muu kanta johtaisi siihen anomaliaan, että dispositiivisessa asiassa tuomioistuin ottaisi indispositiivisen seikan olemassaolon *ex officio* huomioon, mutta sen vääräkin tunnustaminen sitoisi tuomioistuinta.

Tunnustaminen voi koskea kaikenlaisia tosiseikkoja. Keskeisimpiä ovat luonnollisesti *oikeustositseikat*: tuomioistuimen on pantava tunnustettu oikeustositseikka ilman muuta tuomion faktapremissiksi.⁵⁰ Tämä aiheuttaa jatko-

⁴⁷ Luonnollisesti myös myöntäminen ja luopuminen tekevät siltä osin todistelun tarpeettomaksi: asia ratkaistaan asianosaisen disponoinnin perusteella jo valmistelussa (OK 5:27:n 1 kohta).

⁴⁸ Tästä säännöstä on kuitenkin tehty eräitä poikkeuksia: notorisesti tai ilmeisesti (selvästi) väärä, mahdollon tai kollusiivisessa tarkoituksessa tehty tunnustaminen eivät ole tuomioistuinta sitovia, ks. esim. Halila 1950 s. 180–193 ja 203 s, Boman 1964 s. 59 s sekä oikeuskäytännöstä KKO 1950 I 25, vrt. Ekelöf – Boman IV s. 44 av 21 ja 50.

⁴⁹ Samoin vakiintuneesti ehdottomien prosessinormien osalta Halila 1950 s. 208 s ja Tirkkonen Sp II s. 104 s.

⁵⁰ Tältä osin asianosaisilla on siis disponointivaltaa myös oikeudellisesta kysymyksestä: tosiseikkakysymykseen sisältyisi nimittäin normatiivinen näytön riittävyys -problematiikka.

kysymyksen siitä, voiko asianosainen tunnustaa tuomioistuinta sitovasti myös *institutionaalisen tosiseikan* (kompleksisen oikeustositseikan) tai jopa materiaalsen oikeusnormin *rekvisiitan* 'olemassaolon'.⁵¹ Kysymys on ongelmallinen jura novit curia -periaatteen kannalta. Kirjallisuudessa vastaus on kuitenkin yleensä ollut myöntävä: asianosainen voi lähtökohtaisesti tuomioistuinta sitovasti tunnustaa institutionaalisen tosiseikan ja jopa materiaalsen oikeusnormin rekvisiitan 'olemassaolon'.⁵² Tunnustamisen kohteena on tällöin juridisesti kvalifioitu tosiseikasto eikä puhdas tosiseikka, jolloin asianosainen tosiasiallisesti disponoi oikeuskysymyksestä. Perusteluna on viitattu lähinnä siihen, että asianosainen voisi joka tapauksessa tunnustaa kompleksin tai rekvisiitan 'takana' olevat oikeustositseikat tai myöntää vastaavan vahvistuskanteen oikeaksi taikka sopia asiasta vastaavasti.

Kategorisen myöntävää vastausta ei kuitenkaan voitane antaa, vaan kysymys on pääsäännöstä, jonka soveltuvuus on ratkaistava viime kädessä kuitenkin seikan kohdalla erikseen; jura novit curia -periaate saattaa joissakin tapauksissa edellyttää, että tunnustamiselle ei myönnetä sitovaa vaikutusta. Selvää joka tapauksessa on, että jos rekvisiittaa tai kompleksia (esimerkiksi kantajan »omistusoikeutta») ei tunnusteta, sen 'muodostavat' konkreettiset seikat tulevat jutussa (vetoamista ja) näyttöä kaipaaviksi, mahdollisiksi todistusteemoiksi.⁵³ Nämä konkreettiset momentit voivat puolestaan jälleen olla tunnustamisen kohteina. Jos taas kompleksia ei ole jutussa tällaisena ennakkoluonteisena kysymyksenä, vaan pääkysymyksenä, esimerkiksi kun vahvis-

⁵¹ Esim. vahingonkorvausjutussa vastaaja tunnustaa, että osapuolilla oli keskenään »sopimus» tai että kantaja »omistaa» vaurioituneen esineen, taikka takaisinsaantijutussa vastaaja tunnustaa, että oikeustoimi oli »sopimaton» tai että hänen »olisi pitänyt tietää» velallisen maksukyvyttömyydestä.

⁵² Ks. jo Halila 1950 s. 83 s ja 152 s: »siirryttäessä puhtaasti tosiasian tunnustamisesta juridista väritystä omaavan seikan tunnustamisen kautta oikeussuhteen tunnustamiseen ei käy käytännössä vetäminen mitään selviä raja-aitoja». Ks. myös Lappalainen Sp I s. 88, Ovaskainen s. 85 s, Olivecrona 1960 s. 200 s, Olsson s. 115, Boman s. 48 s, Ekelöf – Boman IV s. 48 s, Lindell 1989 s. 48 s ja Fitger RB s. 35:56. – Vrt. Saksan osalta esim. Rosenberg ym. s. 650, joiden mukaan tunnustus sitoo, jos subsumptio on täysin yksiselitteinen, kuten arkipäiväisten juridisten käsitteiden osalta (kauppa, laina ym.); sen sijaan tunnustus ei yleensä sido, jos kyseessä on juridis-tekniinen arviointi (tuottamus ym.). Vrt. Blomeyer s. 356 s (»einfache Rechtsbegriffe» / »prejudizielle Rechtsverhältnisse»), jonka mukaan myös jälkimmäiset voivat olla tunnustuksen kohteina.

⁵³ Jos siis esim. vaaditaan vahingonkorvausta kiinteistölle aiheutuneesta vahingosta, vastaaja voi tunnustaa, että kantaja »omistaa» tuon kiinteistön; jos vastaaja riitauttaa kantajan omistusoikeuden, esikysymys »omistusoikeuden» perustavista oikeustositseikoista (laillinen saanto ym.) nousee esiin.

tuskanne koskee juuri omistusoikeutta kiinteistöön, tunnustaminen ei voi koskea tuota omistusoikeutta sinänsä, mutta vastaaja voi myöntää kanteen oikeaksi ja kantaja voi vastaavasti luopua kanteesta.

Tunnustaminen merkitsee, että kyseinen seikka on riidaton eikä se näin ollen kaipaa näyttöä. Tosiseikastoa koskevien riitaisuuksien täsmentäminen eli riitaisten seikkojen erottelu riidattomista jo valmistelussa on välttämätöntä, jotta asia voidaan käsitellä pääkäsittelyssä yhtäjaksoisesti.⁵⁴ OK 5:19:n 2 kohdan mukaan valmistelussa on selvitettävä, mistä asianosaiset ovat erimielisiä; vastaavasti asianosaisen on valmistelussa lausuttava siitä, mitä vastapuoli on esittänyt (OK 5:21.1).⁵⁵ Jonkin seikan osoittautuminen valmistelussa riidattomaksi rajaa sen mahdollisten todistusteemojen ulkopuolelle, koska näytön esittäminen seikasta pääkäsittelyssä olisi tarpeetonta. Jos siis jokin oikeustositseikka on tunnustettu valmistelussa, kyseinen seikka ja kaikki seikat siihen johtavassa faktaketjussa jäävät mahdollisten todistusteemojen ulkopuolelle.

Oikeustositseikkojen asemassa olevien seikkojen lisäksi tunnustaminen voi kohdistua *todistustositseikkojen* asemassa oleviin seikkoihin. Tällöin todistustositseikka on pantava näytön arvioinnin perustaksi. Todistustositseikan näyttöarvon tuomioistuimien kuitenkin arvioi viran puolesta eikä se ole sidottu asianosaisten käsityksiin tässä suhteessa.⁵⁶ Siinä määrin kuin todistustositseikat ylipäättään tulevat vielä valmistelussa esille, myös niiden riidattomuuden selvittäminen edesauttaa pääkäsittelyn keskittämistä, koska todistelu todistustositseikasta ei tällöin ole tarpeen.⁵⁷

Ongelmallisempi kysymys sen sijaan on, missä määrin tuomioistuimien voi olla sidottu *aputositseikan* asemassa olevan seikan tunnustamiseen, koska aputositseikka vaikuttaa vain todistustositseikan näyttöarvoon, jonka arviointi kuuluu tuomioistuimelle eikä asianosaisten määräysvallan piiriin: voiko se asianosainen, jolle tämä on haitallista, tunnustaa tuomioistuinta sitovasti esimerkiksi, että tapahtumahetkellä oli pimeää tai että kirjallinen todiste on aito? OK 17:4.1:ssä ei tehdä eroa sen mukaan, millaisessa asemas-

⁵⁴ Ks. esim. HE 1990:15 s. 64 ja Olsson s. 156 s.

⁵⁵ Ks. osuvasti Unmack Larsen s. 61 s: parterne skal »sørge at blive enige om, hvad de er uenige om».

⁵⁶ Ks. Halila 1950 s. 219 s ja Ekelöf – Boman IV s. 51 s. Kysymys on kuitenkin sikäli ongelmallinen, että todistustositseikan olemassaolon varmuuden aste vaikuttaa vain sen näyttöarvoon teemalle. Tunnustamisella ei tällöin voi olla samankaltaista joko/tai -vaikutusta kuin oikeustositseikkojen kohdalla. Voidaan vain sanoa, että tunnustaminen merkitsee todistustositseikan olemassaolon varmuutta näytön arvioinnin kannalta.

⁵⁷ Ks. myös Gärde ym. s. 589, Ekelöf V s. 31 ja Fitger RB s. 42:28.

sa tunnustettu seikka on.⁵⁸ Toisaalta siltä osin kuin aputosiseikka (esimerkiksi todistajan likinäköisyys) voidaan lukea (tuomioistuin)notorisuuden piiriin, asianosaisen päinvastainen tunnustus ei voi olla tuomioistuinta sitova.⁵⁹ Yleensä aputosiseikat ovat tämän tyyppisiä. Muutoinkin myös tunnustetun aputosiseikan vaikutuksen todistustositseikan näyttöarvoon tuomioistuin arvioi viran puolesta olematta sidottu asianosaisten käsityksiin tässä suhteessa.⁶⁰

Tositseikan tunnustamisen vastakohta on sen kiistäminen, joka on yksi asiaväitteen laji. On kuitenkin huomattava, että tunnustaminen ja kiistäminen ovat ainoastaan ääripäitä siinä tavassa, jolla asianosainen voi suhtautua vastapuolen vetoamaan tositseikkaan:⁶¹ asianosainen voi esimerkiksi ilmoittaa, että hän ei tunnusta eikä kiistä jotakin seikkaa, tai jättää kokonaan lausumatta seikasta. Suomen siviiliprosessioikeudessa ei tunneta ns. kiistämistaakkaa: se, että seikkaa ei ole kiistetty, ei merkitse, että se olisi riidaton eikä kaipaasi näyttöä. Ainoastaan nimenomainen tunnustaminen tekee tositseikan riidattomaksi ja näytön siitä tarpeettomaksi.⁶²

Toinen asia on, että nykymuotoinen riita-asian valmistelu tuo tilanteen tosiasiallisesti lähelle kiistämistaakkaa: asianosaisen on esitettävä kantansa kaikista vastapuolen vetoamista seikoista (OK 5:21.1) ja tuomioistuimen on selvitettävä aktiivisesti, mistä asianosaiset ovat erimielisiä (OK 5:19,2). Tuomioistuimen on siis pyrittävä kyselyoikeuttaan käyttämällä selvittämään, tunnustaako vai kiistääkö asianosainen tietyn seikan; kyselyoikeuden käyttämi-

⁵⁸ On myös syytä muistaa, että ko. käsitteet ovat ainoastaan funktionaalisia: sitovuudelle kielteinen kanta merkitsisi sitä epäjohtonmukaisuutta, että seikan tunnustaminen sitoisi tuomioistuinta siltä osin kuin seikka on oikeus- tai todistustositseikan asemassa, muttei siltä osin kuin sama seikka on aputositseikan asemassa jutussa.

⁵⁹ Sama koskee (normaalien sääntöjen mukaisesti) aputositseikan ilmeisesti väärää, mahdotonta tai kollusiivisessa tarkoituksessa tehtyä tunnustusta.

⁶⁰ Kysymys aputositseikan olemassaolosta ja kysymys siitä, mitä johtopäätöksiä seikasta voidaan tehdä, voidaan periaatteessa erottaa toisistaan: asianosainen voinee tuomioistuinta sitovasti tunnustaa esim., että tapahtumahetkellä oli pimeää, mutta tuomioistuin arvioi viran puolesta, miten pimeys vaikutti silminnäkijätodistajan havainnon luotettavuuteen. Vrt. Halila 1950 s. 217 s.

⁶¹ Ks. Halila 1950 s. 166–179. Jos oikeustositseikkaan ei ole asianmukaisesti vedottu, tuomioistuin ei voi panna sitä ratkaisunsa perustaksi, vaikka vastapuoli sen tunnustaisikin, Ekelöf – Boman IV s. 46 av 32.

⁶² Ks. esim. Halila 1950 s. 170 s, Tirkkonen Sp II s. 105 s, Virolainen LM 1985 s. 997, 1988 s. 224 ja LM 1991 s. 386 sekä Lappalainen LM 1990 s. 247–258 ja Sp I s. 404. Samoin Ruotsissa, josta ks. Boman 1964 s. 121 s ja Ekelöf – Boman IV s. 47. Toisin Saksassa (ZPO § 138.3), josta Rosenberg ym. s. 653 s ja Zöller s. 538 s.

nen on asetettava asianosaisen prosessitoimen tulkin edelle.⁶³ Jos kuitenkin asianosainen tästä huolimatta tietoisesti ilmoittaa, ettei hän osaa tai halua tunnustaa tai kiistää jotakin seikkaa, seikka ei tule riidattomaksi, vaan se on edelleen pääsäännön mukaisesti näytettävä toteen.⁶⁴ Kaikki seikat, joita ei ole tunnustettu, ovat siis mahdollisia todistusteemoja pääkäsitellyssä.

Tunnustus on vapaasti peruutettavissa, jolloin tunnustuksella ja sen peruuttamisella on vain vapaan todisteiden arvioinnin mukainen näyttöarvo (OK 17:4.1 in fine). Tunnustuksen peruuttaminen ennen valmistelun päättämistä ei aiheutakaan ongelmia: tällöin seikasta tulee jälleen pääkäsitellyssä mahdollinen todistusteema. Jos kuitenkin asianosainen peruuttaa tunnustuksensa vasta pääkäsitellyssä, joudutaan ongelmiin, koska asia jouduttaisiin yleensä joko lykkäämään tai palauttamaan valmisteluun uusien todisteiden hankkimiseksi nyt ajankohtaiseksi tulleesta uudesta todistusteemasta. Tämän vuoksi onkin syytä asettaa kysymys, onko tällöin kyseessä OK 6:9:n tarkoittama uusi seikka, joka olisi prekludoitunut (ks. jäljempänä jaksossa 7.3.2).

5.2.2.3 Notorisuudesta ja todistusteemakielloista

a. Toinen poikkeus siitä pääsäännöstä, että kaikki seikat on näytettävä toteen, on seikan *notorisuus*. OK 17:3.1:n mukaan seikkaa, joka on yleisesti tunnettu tai jonka oikeus viran puolesta tietää, ei tarvitse näyttää toteen; edellisten osalta puhutaan notorisuudesta varsinaisessa mielessä, jälkimmäisten osalta tuomioistuinnotorisuudesta.⁶⁵ Notorinen oikeustositseikka – siinä määrin kuin sellaisia ylipäättään voi esiintyä – voidaan ilman oikeudenkäynnissä esitettyä näyttöä asettaa tuomion perustaksi. Vastaavasti notorinen todistus- tai aputositseikka voidaan ilman näyttöä asettaa näytön arvioinnin perustaksi. Notorisuus merkitsee samalla poikkeusta siitä säännöstä, että tuomioistuin

⁶³ Samoin jo Halila 1950 s. 173 ja Virolainen 1988 s. 223. Ks. myös Brolin ym. s. 56 ja Gomard s. 409 s.

⁶⁴ Asianosaisen vaikenemisellä voi kuitenkin olla tiettyä näyttöarvoa (OK 17:5). Ks. myös Halila 1950 s. 171 s.

⁶⁵ Notorisuudesta yleensä ks. Tirkkonen Sp II s. 89–92 ja erit. tuomioistuinnotorisuuden osalta kriittisesti Ekelöf – Boman IV s. 39–42. – Rinnakkaisilmiö notorisuudelle ovat ilmeisesti mahdottomat faktat, joiden rajanvedosta Tirkkonen kirjoittaa (mts. 90): »mahdottomana on pidettävä seikkaa, joka kokemuseräisesti arvostellen ei missään tapauksessa saata olla tosi, kun taas seikka, joka notorisesti ei ole tosi, kyllä saattaisi sitä olla, ellei olisi yleisesti tunnettua, että seikka ei ole tosi». Ilmeisesti mahdottomia seikkoja ei voida asettaa tuomion perustaksi eivätkä ne siis voi olla todistusteemoina.

ei saa perustaa ratkaisuaan yksityisiin, oikeudenkäynnin ulkopuolisiin tietoihinsa faktoista.⁶⁶

Voidaan kysyä, täytyykö notoriseen oikeustositseikkaan, esimerkiksi sotatilaan suoritusesteenä,⁶⁷ kuitenkin vedota, jotta tuomioistuिन voisi panna sen tuomion perustaksi. Kysymykseen lienee vastattava myöntävästi, jotta vastapuolen puolustautumismahdollisuudet tulisivat turvatuiksi.⁶⁸ Notorisuus vaikuttaa siten todistelun, muttei oikeudenkäynnin kohteen rajaamisen tasolla. Kantaa ei kuitenkaan voida viedä äärimmäisyyksiin. Asianosaisen ei tarvinne nimenomaisesti vedota aivan ilmiselviin seikkoihin – joskin tämäntyyppiset notoriset seikat voinevat vain erittäin harvoin olla jutussa oikeustositseikan asemassa.

Sen sijaan olisi ongelmallista katsoa, että notorisia todistositseikkoja (tai aputositseikkoja) ei prosessiekonomisten syiden vuoksi lainkaan tarvitsisi mainita pääkäsittelyssä.⁶⁹ Notorisuus poistaa näytön tarpeen tuosta seikasta, mutta todistositseikan asemassa olevan notorisen seikan esittäminen pääkäsittelyssä saattaa olla tarpeellista esimerkiksi kokonaisnäytön kommentoinnin ja arvioinnin kannalta. Myös notoriset todistositseikat tulee siten sisällyttää pääkäsittelyn oikeudenkäyntiaineistoon – siinä määrin kuin se on käytännössä mahdollista.

Koska selvästi notorinen seikka ei kaipa näyttöä, se (tai sen negaatio) ei voi olla todistusteemana ja sitä koskeva todistelu on tarpeettomana evättävä (17:3.1 ja 7 §).⁷⁰ Seikan notorisuus ei välttämättä kuitenkaan aina ole selvää. Rajatapauksessa tuomioistuin ratkaisee, onko tietty seikka notorinen vai ei, annettuaan sitä ennen asianosaisille tilaisuuden lausua kysymyksestä. Keskustelu on käytävä valmistelussa, mikäli kysymys on noussut jo siellä esille. Epäselvässä tapauksessa asianosainen voi esittää pääkäsittelyssä näyttöä seikan notorisuutta vastaan eli itse asiassa näyttöä seikan negaatiosta.⁷¹ Tällöin vastapuolelle on puolestaan annettava mahdollisuus esittää vastanäyttöä seikasta.

⁶⁶ Notorisuus on käytännöllinen välttämättömyys: olisi järjetöntä, jos asianosaisten täytyisi näyttää toteen esim., että Hämeenlinna sijaitsee Helsingin pohjoispuolella.

⁶⁷ Luonnollisesti tuomioistuin arvioi jura novit curia -säännön mukaisesti, merkitseekö notorinen sotatila lain tarkoittamaa suoritusestettä.

⁶⁸ Ks. myös Möller JFT 1984 s. 344, Virolainen LM 1985 s. 988, Ovaskainen s. 87, Boman 1964 s. 67, Ekelöf – Boman IV s. 40 av 5 ja Fitger RB s. 35:53; toisin Rosenberg ym. s. 654.

⁶⁹ Näin Ekelöf – Boman IV s. 39 s.

⁷⁰ Tuomioistuin ei voi sallia todistelua esim. siitä, että Hämeenlinna sijaitsee Helsingin pohjoispuolella, eikä sen vastakohdasta.

⁷¹ Ks. Tirkkonen Sp II s. 91.

b. Poikkeuksellisesti jotkin seikat voivat olla sellaisia, että niistä todistelu on – jostakin ulkoprosessuaalisesta syystä – kiellettyä; puhutaan *todistusteemakielloista*.⁷² Siviiliprosessissa teemakiellot aktualisoituvat harvoin. Esimerkkinä voidaan mainita valtiosalaisuudet (OK 17:23.1:n 2 kohta). Todistelu ei voi kohdistua myöskään esimerkiksi seikkoihin, jotka aiemman ratkaisun oikeusvoima kattaa, koska seikat on ilman muuta pantava tuomion perustaksi (oikeusvoiman ns. positiivinen vaikutus).⁷³ Yleisin riita-asioissa esiintyvä teemakiello on liike- ja ammattisalaisuuksien suoja: todistaja saa kieltäytyä antamasta lausumaa, jolla liike- tai ammattisalaisuus tulisi ilmaistuksi, jolleivät erittäin tärkeät syyt toisin vaadi (OK 17:24.1).

Jos tuomioistuimien havaitsee jo riita-asian valmistelussa, että asianosaisen ilmoittama todistusteema on poikkeuksellisesti todistuskiellon piirissä, todisteen esittäminen siitä pääkäsittelyssä on periaatteessa evättävä. Esimerkiksi todistajaa ei voida kuulla pääkäsittelyssä selvästä valtiosalaisuudesta. Riita-asioissa kysymys todistusteemakiellosta selviää kuitenkin yleensä vasta pääkäsittelyssä todistajan kuulustelun yhteydessä (17:28 ja 31), joten vielä valmisteluvaiheessa tällainen todistusteema on mahdollinen. Jos esimerkiksi asianosainen nimeää valmistelussa todistajan kuultavaksi seikoista, jotka kuuluvat liike- tai ammattisalaisuuden suojan piiriin, teema on hyväksyttävä, koska vasta pääkäsittelyssä selviää, suostuuko todistaja antamaan niistä lausuman vaiko ei (ks. jäljempänä jaksoja 5.4.2.b ja 6.5.2.b).

5.3 Todistusteemojen ilmoittaminen valmistelussa

5.3.1 Yleistä

Edellisessä jaksossa 5.2 on tarkasteltu sääntöjä, jotka rajaavat mahdollisia todistusteemoja jutussa eli sitä, mitkä seikat ovat jutussa relevantteja ja mitkä niistä kaipaavat näyttöä. Relevantteja todistusteemoja rajaa lähinnä oikeus-tosiseikkoja koskeva väittämistaakka, joka ulottaa vaikutuksensa koko oikeus-tosiseikkaan johtavaan faktaketjuun. Näytön tarpeen puolestaan poistaa lähinnä seikan tunnustaminen. Kun näin karsitaan irrelevantit ja näyttöä kai-

⁷² Ks. todistusteemakielloista yleensä, kylläkin rikosprosessin kannalta Hormia 1979 s. 1–47. – Todistusteemakielloista on erotettava ns. legaaliset presumtiot. Presumtioita vastaan voidaan yleensä esittää näyttöä, jolloin niiden tarkoittamat seikat ovat mahdollisia todistusteemoja.

⁷³ Tällöin voitaneen kuitenkin yhtä hyvin puhua todistelun tarpeettomuudesta kuin teemakiellosta.

paamattomat seikat, jäljelle jäävät mahdolliset (potentiaaliset) todistus-teemat.⁷⁴

Toiseksi riita-asian valmistelussa on kysyttävä, mitkä näistä mahdollisista todistusteemoista todella pyritään näyttämään toteen eli mitkä teemat rajataan todistelun kohteiksi; voidaan puhua *todistusteemojen ilmoittamisesta*. Todisteiden hankkiminen ja esittäminen on ensisijaisesti asianosaisten vastuulla ja tuomioistuimen toiminta on ainoastaan tätä täydentävää (OK 17:8). Vastaavasti ensisijaisesti asianosaisten vastuulla on harkita, mitä he todisteillaan aikovat näyttää toteen. Jatkossa tässä tutkimuksessa todistusteeman ilmoittamisella tarkoitetaan lähtökohtaisesti asianosaisten ilmoitusta siitä, mitä hän aikoo todisteella (normaalisti pääkäsittelyssä) näyttää toteen.

Tuomioistuimen ex officio hankkiman todisteen kohdalla kyseessä on tuomioistuimen oma ilmoitus siitä, mitä kyseisellä todisteella aiotaan näyttää toteen. Todistusteeman ilmoittamisella ei tässä kuitenkaan ole samaa merkitystä kuin asianosaisten hankkimien todisteiden kohdalla, koska tuomioistuimen on luonnollisesti ollut jo etukäteen harkittava todisteen merkitys asiassa. Tuomioistuimen ilmoituksella on kuitenkin merkitystä informaationa asianosaisille, jolloin nämä voivat esimerkiksi hankkia ja esittää vastatodistelua.⁷⁵

Todistelun valmistelu pääkäsittelyä varten edellyttää todistusteemojen ilmoittamista. Laissa onkin säädetty asianosaisille nimenomainen velvollisuus todistusteemojen ilmoittamiseen valmistelussa. OK 5:2.1:n 3 kohdan ja 5:10.1:n 3 kohdan mukaan kantajan on jo haastehakemuksessaan, vastaajan vastaavasti vastauksessaan ilmoitettava, mitä hän kullakin ilmoittamallaan todisteella aikoo näyttää toteen. OK 5:21.1:n mukaan asianosaisilla on vastaava velvollisuus myös jatkovalmistelussa. Vastaavasti OK 5:19:n 3 kohdan mukaan valmistelussa on selvitettävä, mitä kullakin todisteella aiotaan näyttää toteen. Viimeksi mainittu säännös koskee myös tuomioistuimen viran puolesta hankkimia todisteita.

Todisteen todistusteeman ilmoittaminen merkitsee sen näytön kohteen rajaamista. Todistuskeinolla aiotaan pääkäsittelyssä tuoda esille sellaisia todistusosiseikkoja (mahdollisesti myös aputosiseikkoja), joilla oletetaan ole-

⁷⁴ Tämä »karsiminen» ei välttämättä tarkoita nimenomaista selvittämistä tuomioistuimessa, vaan voi toteutua jo pelkkänä asiamiesten ajatusprosessina: kantaja esim. toteaa jonkin seikan riidattomaksi eikä niin ollen esitä siitä näyttöä.

⁷⁵ Ks. myös Ekelöf V s. 35: »domaren (bör) i sådana fall tala om för parterna vad han tänker göra, så att dessa blir i tillfälle att med annan bevisning komplettera den som kommer att föreläggas ex officio».

van näyttöarvoa todistusteemaksi ilmoitetulle seikalle.⁷⁶ Valmistelussa kysymys ei ole todisteen sisällön eli kyseisten todistusosiseikkojen ilmoittamisesta, vaan pelkästään sen ilmoittamisesta, mille seikalle todisteen esille tuomilla todistusosiseikoilla oletetaan olevan näyttöarvoa. Asianosaisen ei siis valmistelussa tule ilmoittaa esimerkiksi, *mitä* todistaja pääkäsittelyssä todennäköisesti tulee kertomaan, vaan pelkästään, *mistä* hän tulee kertomaan.⁷⁷

Todistusteemojen ilmoittaminen valmistelussa palvelee ennen muuta pääkäsittelyn keskitystä:⁷⁸ kun asianosainen ilmoittaa, mitä hän tietyllä todisteella pääkäsittelyssä aikoo näyttää toteen, sekä tuomioistuimien todistuksen vastapuoli saavat informaatioita tulevan todistelun kohteista.⁷⁹ Tuomioistuimien pystyy tällöin käyttämään todistelun sisältöön kohdistuvaa materiaalista prosessinjohtoaan. Ensinnäkin tuomioistuin voi todeta, että todistusteemaksi ilmoitettu seikka on jutussa irrelevantti tai näyttöä kaipaamaton, jolloin tätä koskeva todiste on evättävä (materiaalisen prosessinjohtoon rajoitettava funktio). Toiseksi tuomioistuin voi todeta, että jonkin relevantin ja näyttöä kaipaavan seikan osalta ei ole ilmoitettu näyttöä tai sitä on ilmoitettu hyvin vähän, jolloin tuomioistuin voi aloiteoikeutensa rajoissa kiinnittää asianosaisen huomiota tähän (rikastava funktio).

Todistusteemojen ilmoittaminen palvelee kuitenkin ennen muuta asianosaisen vastapuolen puolustautumismahdollisuuksia. Kun asianosainen ilmoittaa, mitä hän kullakin todisteella aikoo näyttää toteen, vastapuoli pystyy varautumaan todisteluun pääkäsittelyssä.⁸⁰ Vastapuoli voi pyrkiä hankkimaan

⁷⁶ Esim. katselmuksella itsellään ei luonnollisesti ole näyttöarvoa asunnon rakennusvirheille, mutta katselmuksessa tehdyillä havainnoilla voi olla. Jatkossa käytetään tässä mielessä epätarkkaa ilmaisua todisteen (=todistuskeinon) todistusteema eli todistelun kohde, koska sekaannuksen varaa ei liene; täsmällisesti ottaen tällöin tarkoitetaan todisteella esitettävien todistusosiseikkojen näyttöarvon kohdetta (mitä »näytetään toteen«).

⁷⁷ Samoin HE 1990:15 s. 66: »Tällöin ei tarvitse – – selostaa sitä, mitä todistajien oletetaan kertovan, vaan ainoastaan lyhyesti, mikä seikka todistajien kuulemisella aiotaan näyttää toteen.« Ks. myös esim. SOU 1938:44 s. 432, Hassler s. 241, Unmack Larsen s. 74 ja Weth s. 166 s.

⁷⁸ Samalla todistusteemojen ilmoittaminen palvelee sovinnon aikaansaamista valmistelussa: kun asianosaiset tietävät, mistä seikoista vastapuoli aikoo esittää näyttöä, he kykenevät samalla paremmin arvioimaan menestymismahdollisuutensa jutussa ja sen perusteella punnitsemaan sovintointressinsä.

⁷⁹ Ks. myös HE 1990:15 s. 66: »Tuomioistuimen mahdollisuus saada tietoonsa asiassa esitettävän selvityksen laajuus auttaa arvioimaan sitä, kuinka kauan asian käsitteleminen pääkäsittelyssä kestää. Asianosaisen ilmoitus siitä, mistä seikoista todistajaa kuullaan, helpottaa myös vastapuolta arvioimaan, minkälaista todistelua hänen tulee esittää.«

⁸⁰ Ekelöf huomauttaa vielä siitä, että todistusteeman yksilöinnillä on merkitystä myös asianosaiselle itselleen oikeudenkäynnin kohteen rajaamisen kannalta (V s. 33 s): »Det

omaa vastanäyttöönsä, jolla hän ensinnäkin saattaa pyrkiä suoraan osoittamaan teeman negaation olemassaolon tähän suuntaan puhuvilla todistustosiseikoilla. Toiseksi vastapuoli saattaa pyrkiä esittämään aputosiseikkoja ja kokemuksääntöjä, jotka heikentäisivät asianosaisen todistelun näyttöarvoa teemalle. Paitsi vastanäytön hankkimista todistusteemojen ilmoittaminen palvelee myös sitä, että vastapuoli pystyy omalta osaltaan varautumaan päänäytön esittämiseen pääkäsittelyssä. Vastapuoli pystyy kuulustelemaan todistajia ja asian-tuntijoita sekä arvioimaan heidän kertomuksiaan pääkäsittelyn päättävässä loppukeskustelussa.⁸¹

Jos todistusteemoja ei ole riittävän täsmällisesti ilmoitettu, pääkäsittelyn keskitys saattaa vaarantua. Ensinnäkin pääkäsittelyssä saatetaan esittää tarpeetonta todistelua, koska sitä ei ole osattu evätä valmistelussa. Olennaisempaa on kuitenkin, että pääkäsittelyyn saattaa jäädä todisteluun sisältyviä yllätyksiä, joiden vuoksi pääkäsittely saatetaan joutua keskeyttämään pidemmäksi aikaa, lykkäämään tai jopa palauttamaan juttu uudelleen valmisteluun. Todistelussa saattaa tulla esiin yllättäviä uusia todistusteemoja, joiden vuoksi vastapuoli katsoo tilanteen vaativan uuden vastatodistelun esittämistä tai ainakin tilaisuuden varaamista näytön arviointia varten.

5.3.2 Todistusteemojen yksilöinti ja täsmentäminen

Todistusteemat täytyy ensinnäkin ilmoittaa *yksilöidysti* eli kunkin todisteen kohdalla erikseen. Tämä ilmenee jo suoraan lakitekstistä, jonka mukaan asianosaisen on ilmoitettava, mitä hän »kullakin todisteella» aikoo näyttää toteen (OK 5:2.1:n 3 kohta, 10.1:n 3 kohta, 19 §:n 3 kohta ja 21.1 §). Todisteella tarkoitetaan tässä todistuskeinoa, ei esimerkiksi yksittäistä todistustosiseikkaa. Asianosaisen on ilmoitettava vaikkapa jokaisen nimeämänsä todistajan kohdalla, mistä tapahtumista tai muista seikoista tämä tulee kertomaan. Ei siis ole riittävää, että asianosainen esimerkiksi ilmoittaa, mitä hän »todistelulla» yleensä tulee näyttämään tai mistä kaikki »todistajat» tulevat

händer att part inser vad han bör åberopa som rättsfaktum först då han tänkt igenom vad han kan bevisa i målet. Att parterna tvingas att precisera sina bevismetoder kan därför medföra att de modifierar grunder och motfakta, något som annars måhända kommit att ske först efter det att bevisen upptagits under huvudförhandlingen.» Ks. myös Virolainen 1988 s. 301.

⁸¹ Ks. esim. Lappalainen s. 91: »asianmukainen valmistautuminen toimittamaan vastapuolen todistajien vastakuulustelua edellyttää tietoa siitä, mistä seikoista todistajan nimenmyyt asianosainen haluaa todistajaa kuultavan».

kertomaan; todistusteeman tulee aina liittyä tiettyyn, yksilöityyn todistukseen.

Toiseksi todistusteemat täytyy ilmoittaa *täsmennetysti*. Todistusteeman täsmentämisellä (konkretisoinnilla) tarkoitetaan tässä todisteen todistelun kohteen rajaamista täsmällisemmäksi eli laajuudeltaan pienemmäksi tosiseikkakäsitteeksi. Hallituksen esityksen perusteluissa kirjoitetaan tältä osin: »Tällöin ei riitä yleinen maininta siitä, että »todistelulla aiotaan näyttää kanne toteen». Sen sijaan on ilmoitettava se konkreettinen ja asian ratkaisemisen kannalta merkityksellinen seikka, joka todisteella aiotaan näyttää toteen, esimerkiksi »sopimuksen syntymisajankohta» tai »suullisen sopimuksen sisältö».»⁸² Kirjallisuudessa *Ekelöf* näyttää edellyttäneen vieläkin täsmällisempää teemaa: »Bevistemat måste vara preciserat; det räcker inte med att ange att vittnet skall uttala sig om »hur det gick till vid skadegörelsen» eller om »vad som förekommit under avtalsförhandlingarna».»⁸³ Seuraavaksi onkin asetettava kysymys, *kuinka* täsmällisesti todistusteemat on ilmoitettava.

Yleisellä tasolla voidaan lähinnä hahmotella täsmentämisen suuntaviivoja; lopullisesti kysymys voidaan ratkaista vasta kussakin konkreettisessa jutussa kunkin todisteen ja teeman kohdalla erikseen niiden laadun mukaan. Todistusteeman täsmentäminen on vietävä niin pitkälle, että teemojen täsmentämisen funktio eli pääkäsittelyn keskitys turvataan. Asianosaisen vastapuolen on pystyttävä ilmoituksen perusteella arvioimaan vastatodistelun tarpeensa ja varautumaan päätodistelun vastaanottoon. Tuomioistuimen puolestaan on pystyttävä arvioimaan ilmoitetun todistelun tarpeellisuus jutussa ja tarvittaessa käyttämään materiaalista prosessinjohtoaan joko rajoittavasti tai rikastavasti. Yleensä voidaan sanoa, että mitä täsmällisemmin todistusteemat on ilmoitettu, sitä paremmin todistelun valmistelu täyttää pääkäsittelyn keskitystehtävänsä. Todistusteemat on siis täsmennettävä mahdollisimman tarkasti.

Toisaalta teemoista ei kuitenkaan saa tulla liian yksityiskohtiin meneviä, koska myös tämä saattaisi vaarantaa pääkäsittelyn keskitystä. Todisteen esiin tuomat todistustositteet eivät pääkäsittelyssä kuitenkaan pysyisi ilmoitetun teeman rajoissa, vaan »rönsyilisivät» sen yli aiheuttaen siten yllätyksiä vasta pääkäsittelyssä.⁸⁴ On ennen muuta vaikea varmasti ennakoida, mitä kaikkea

⁸² HE 1990:15 s. 50. Ks. myös uuden rikosprosessin osalta vastaavasti HE 1995:82 s. 64 ja Jokela 1997 s. 189. Vastaavasti Prop 1986/87:89 s. 190: »uppgifterna skall konkretiseras till att avse viss faktisk omständighet som ingår som ett relevant moment i käromålet».

⁸³ Ekelöf V s. 33. Ks. myös Virolainen DL 1995 s. 337 s.

⁸⁴ Kysymystä todistusteemojen sitovuudesta käsitellään jäljempänä jaksossa 7.3.5.

todistajan kuulustelussa tulee esille.⁸⁵ Todistajan todistusteemaa ei pidä keinoitekoisesti supistaa pienemmäksi kuin mikä se luontevasti on. Todistajien todistusteemojen täsmentämiselle asetetut tarpeettoman ankarat vaatimukset lisäisivät myös tarvetta siihen, että todistajan kertomuksen tarkka sisältö jouduttaisiin selvittämään jo asiamiehen toimittamassa etukäteishaastattelussa oikeudenkäynnin ulkopuolella.

Toiseen suuntaan painavat myös valmistelun joutuisuus ja osittain sen asianmukaisuus. Ensinnäkään valmistelua ei pidä viivyttää pelkästään sen vuoksi, että asianosainen saisi todistusteemansa täsmennettyä mahdollisimman pitkälle. Esimerkiksi valmistelun siirtäminen jatkettuun istuntoon pelkästään sen vuoksi, että asianosainen saisi todistajaansa haastattelemalla selvälle, mitä tämä vielä täsmällisemmin ottaen tietää, tuskin tulee kyseeseen. Tällöin on tyydyttävä epätasällisempään teemaan, jos se kuitenkin täyttää minimivaatimukset. Toiseksi on muistettava, että asianosaisella on oikeus esittää näyttöä kaikista relevanteista, näyttöä kaipaavista seikoista. Jos todisteen todistusteema on aidosti laaja, ei sitä pidä keinoitekoisesti rajata.⁸⁶

On selvää, että viittaaminen koko kanteeseen tai vastaukseen ei ole riittävää todistusteeman täsmentämistä. Ei siten riitä, että kantaja ilmoittaa näyttävänsä esimerkiksi todistajan kuulustelulla »kanteen toteen» tai vastaaja »vastauksen toteen». Selvää on edelleen, että kaikkien kantajan tai vastaajan vaatimusten perusteiden ilmoittaminen todistusteemaksi ei myöskään ole riittävän täsmällistä: kantaja ei voi ilmoittaa teemaksi vaikkapa »kanteen perusteita» tai vastaaja »vastauksen perusteita». Jotta todistusteema olisi riittävän täsmällinen, teemaksi on täsmennettävä *yksi tai useampi yksittäinen, konkreettinen seikka*.⁸⁷ Tämä on tärkeää jo siksi, että tuomioistuimien voi todeta, onko todistelu kyseisestä seikasta tarpeen.⁸⁸ Jos todistusteemana olevia seikkoja on useita, ne on kaikki lueteltava.

On tärkeätä huomata, että asianosainen on velvollinen valmistelussa ilmoittamaan *oman todistusteemansa* todisteelle silloin, kun se *poikkeaa* vas-

⁸⁵ Kirjallisen todisteen todistusteema voidaan täsmentää hyvin tarkasti, koska myös asiakirjan sisältö on tiedossa jo valmistelussa. Myös katselmuksessa tehtävien havaintojen tarkoituksen pitäisi olla tarkoin tiedossa. Henkilötodisteiden osalta asianosainen pystyy ilmoittamaan tarkasti, mistä hän itse asiassa tietää. Myös asiantuntijan teema voidaan täsmentää tarkemmin kuin todistajan.

⁸⁶ Toinen asia on, että tuomioistuimen on tällöin kyselyoikeuttaan käyttämällä selvitettävä, tietääkö todistaja todella kaikesta tästä vai ilmoittaako asianosainen laajan teeman vain varmuuden vuoksi, jolloin tuomioistuimen on kehotettava asianosaista täsmentämään teema.

⁸⁷ Samoin HE 1990:15 s. 50.

⁸⁸ Ks. myös Ekelöf V s. 34 ja Fitger RB s. 42:9 s.

tapuolen (tai myötäpuolen) jo ilmoittamasta todistusteemasta, koska ennen pääkäsittelyä todisteen kaikkien todistusteemojen on oltava selvillä. Tällöin asianosaisen on samalla ilmoitettava kyseinen todiste myös omasta puolestaan. Jos siis esimerkiksi vastapuoli A on nimennyt todistajan B kuultavaksi seikasta Z, asianosainen C:n on nimettävä B myös omasta puolestaan kuultavaksi haluamastaan toisesta seikasta X.⁸⁹ Tällöin C:lle tulee myös vastuu todistajan palkkiosta (17:40.2).

Kysymys todistusteeman ilmoittamisvelvollisuudesta on riippumaton väittämisen- ja todistustaakan jaosta. Ensinnäkin asianosainen voi luonnollisesti ilmoittaa todistusteemaksi jonkin oikeustoiseikan tai sen negaation riippumatta siitä, kummalla asianosaisella on seikasta väittämistaakkaa.⁹⁰ Toisaalta seikan ilmoittaminen todistusteemaksi ei täytä asianosaisen subjektiivista väittämistaakkaa, vaan seikkaan on joka tapauksessa asianmukaisesti vedottava, jotta tuomioistuimien voisi tutkia seikan olemassaolon. Toiseksi asianosainen voi ilmoittaa todistusteemaksi jonkin oikeustoiseikan tai sen negaation riippumatta siitä, kummalla asianosaisella on seikasta todistustaakkaa: asianosaisella voi luonnollisesti olla tarve esittää omaa vastanäyttöään seikasta, josta vastaapuolella on todistustaakkaa.

Missä valmistelun *vaiheessa* teemat on yksilöitävä ja täsmennettävä? Takarajan muodostaa luonnollisesti suullisen valmistelun päättäminen ja asian siirtäminen pääkäsittelyyn, mihin mennessä teemojen täytyy viimeistään olla yksilöidysti ja riittävän täsmennetysti ilmoitettuina. Valmistelun aikana teemojen ilmoittamisen on seurattava todisteiden ilmoittamista: yksilöity ja ainakin alustavasti täsmennetty todistusteema on ilmoitettava aina samassa vaiheessa ja yhteydessä kuin kyseinen todistekin, siis esimerkiksi jo haastehakemuksessa (OK 5:2.1:n 3 kohta) tai kirjallisessa vastauksessa (5:10.1:n 3 kohta).⁹¹ Tällöin sekä vastapuoli että tuomioistuin pystyvät välittömästi ar-

⁸⁹ Toinen kysymys on, miten preklusiosääntelyä (6:9) sovelletaan pääkäsittelyssä, jos C ei ole ilmoittanut teemaa X valmistelussa velvollisuutensa mukaisesti, ks. siitä jäljempänä jaksoja 7.3.5 ja 7.3.7.

⁹⁰ Vrt. Olsson s. 157 s.

⁹¹ Kun siis OK 5:2.1:n 3 kohdan mukaan kantajan on ilmoitettava jo haastehakemuksessa ja OK 5:10.1:n 3 kohdan mukaan vastaajan jo vastauksessaan »mahdollisuuksien mukaan ne todisteet, jotka kantaja aikoo esittää, sekä mitä hän kullakin todisteella aikoo näyttää toteen», ilmaisu »mahdollisuuksien mukaan» säännöksessä liittyy nähdäkseni vain todisteisiin eikä todistusteemoihin. Jos asianosainen jo haastehakemuksessa tai vastauksessa ilmoittaa todisteita, hänen on samalla aina ilmoitettava myös niiden todistusteemat ilman »mahdollisuuksien mukaan» -rajoitusta. Kyseinen rajoitus lisättiin lakitekstiin vasta lakivaliokunnassa, jonka mietinnössä myös puhutaan pelkästään todisteista eli todistuskeinoista, ks. LaVM 1990:16 s. 4 s.

vioimaan ilmoitetun todisteen merkityksen jutussa ja ryhtymään omalta kohdaltaan tarvittaviin toimenpiteisiin jo valmistelun tuossa vaiheessa.

Sen sijaan estettä ei liene sille, että valmistelun alkuvaiheessa (esimerkiksi haastehakemuksessa tai kirjallisessa vastauksessa) teema ilmoitetaan jossakin määrin epätasällisemmin ja täsmennetään lopullisesti vasta myöhemmin suullisen jatkovalmistelun aikana. Tämä saattaa olla esimerkiksi todistajien kohdalla välttämätöntä, jos asianosaiselle vasta valmistelun kuluessa selviää tarkemmin, mitä todistaja asiasta tietää. Tämä saattaa olla myös prosessieconomisista syistä perusteltua, koska usein vasta valmistelun myöhemässä vaiheessa on selvillä vastapuolen lopullinen suhtautuminen kyseisiin seikkoihin. Esimerkiksi kantaja voi siten ilmoittaa haastehakemuksessa, että tiettyä todistajaa kuullaan »sopimusneuvottelujen kulusta»; vasta kun vastaajan kannanotot sopimusneuvotteluihin liittyvistä yksittäisistä seikoista ovat selvillä, kantajan on täsmennettävä, mistä yksittäisistä seikoista sopimusneuvotteluissa todistajaa kuullaan.

5.3.3 Eräät todistusteematyytit

Todistusteemojen ilmoittamisen osalta on vielä syytä tarkastella eräitä todistusteematyyppjeä. Ensinnäkin voidaan kysyä, onko ilmoitettavan todistusteeman aina oltava konkreettinen tosiseikka vai riittääkö, että asianosainen ilmoittaa todistusteemaksi materiaalsen oikeusnormin *rekvisiitan* täsmentämättä tarkemmin sen hänen käsityksensä mukaan juridisesti täyttäviä konkreettisia tosiseikkoja. Koska empiiris-loogisen todistusharkinnan kohteina voivat olla vain konkreettiset, 'puhtaat' tosiseikat, myös todistelun kohteina voivat varsinaisesti olla vain konkreettiset faktat. Vastaavasti asianosaisen on ilmoitettava todistusteemaksi se *konkreettinen tosiseikka*, jonka tueksi näyttöä tullaan esittämään. Pelkän materiaalsen oikeusnormin rekvisiitan ilmoittaminen ei ole todistusteeman riittävää täsmentämistä: todistusteemana ei esimerkiksi voi olla oikeustoimen »sopimattomuus» (TakSL 5 §), vaan ne konkreettiset faktat, jotka asianosaisen käsityksen mukaan merkitsevät juridisesti oikeustoimen sopimattomuutta. Asianosaisten on muutoinkin pyrittävä välttämään normatiivisesti värityneiden ilmausten käyttämistä todistusteemoissa.⁹²

⁹² Myös hallituksen esityksen mukaan »on ilmoitettava se konkreettinen – – seikka, joka todisteella aiotaan näyttää toteen», HE 1990:15 s. 50. Esityksessä mainitut esimerkit eivät kuitenkaan ole empiirisesti verifioituvia, konkreettisia tosiseikkoja: »sopimuksen syntymisajankohta» ja »suullisen sopimuksen sisältö» (ibid.).

Tätä puoltaa myös se, että todistajien ja muiden henkilöiden valmistelussa ilmoitettu todistusteema on samalla *kuulusteluteema*, kun henkilöä kuullaan pääkäsittelyssä. Todistajalta ei saa kysyä hänen omia juridis-normatiivisia arvostelmiaan, vaan empiirisiä havaintojaan. Esim. takaisinsaantijutussa todistajalta ei saa kysyä, oliko velallisyhtiö »maksukyvytön» tai oikeustoimi »sopimaton» (TakSL 5 §), vaan esim., millainen yhtiön taloudellinen tilanne oli ja miten se vaikutti tehtyyn toimeen. Normatiivisesti väritynyt todistusteema saattaisi johtaa normatiivisesti värittyneisiin kysymyksiin todistajalle pääkäsittelyssä.

Asianosainen ei kuitenkaan käytännössä aina voi välttää normatiivisesti värittyneiden ilmausten käyttämistä, kuten edellä jaksossa 4.1.2 on osoitettu. Ratkaisevinta merkitystä ei viime kädessä voidakaan antaa oikeus- ja toiseikkakysymysten väliselle rajanvedolle, vaan niille funktioille, joita todistusteemojen ilmoittamisvelvollisuus valmistelussa palvelee (ns. funktionaalinen malli). Jos normatiivisesti väritynyt todistusteema pääsäännöstä poiketen riittää pääkäsittelyä varten eikä teeman enempi konkretisointi ole kohetuudella mahdollista, tuon teeman ilmoittaminen riittää.⁹³ Joissakin tapauksissa saattaa siis olla riittävää, että asianosainen ilmoittaa esimerkiksi todistajan kuulustelulla näytettävän toteen, että vastaajan menetteli tietyssä tilanteessa »huolimattomasti».

Toiseksi voidaan kysyä, onko riittävää, että asianosainen ilmoittaa todistusteemaksi *institutionaalisen (kompleksisen) oikeustosisaikan*, kuten »omistusoikeuden», vai onko asianosaisen täsmennettävä teemaksi jokin tai jotkin sen 'täyttävistä' konkreettisista seikoista, 'momenteista'. Yleensä ensi vaiheessa väittämistaakan täyttämiseksi riittää, että asianosainen vetoaa kompleksiin, ja jos vastapuoli tunnustaa kompleksin, tämä pääsääntöisesti sitoo tuomioistuinta, kuten edellä jaksossa 5.2.2.2 on esitetty. Jos sen sijaan kompleksin riitautetaan, asianosaisen on vedottava sen 'takana' oleviin seikkoihin. Vastaavasti myös todistusteemaksi täytyy tällöin ilmoittaa jokin tai jotkin kompleksin konkreettisista momenteista, koska pelkän kompleksin ilmoittaminen ei riitä täsmentämään todistusteemaa riittävästi.

Jos siis esim. vaaditaan vahingonkorvausta kiinteistölle aiheutuneesta vahingosta ja jos vastaaja riitauttaa kantajan omistusoikeuden kyseiseen kiinteistöön, kysymys »omistusoikeuden» perustavista seikoista (laillinen saanto ym.) nousee esiin, jolloin todistusteemaksi on ilmoitettava jokin näistä (ei-tunnustetuista) konkreettisista momenteista eikä pelkkää kantajan »omistusoikeutta» sinänsä. – Jos taas esim. kantajakonkurssipesä vaatii esineen palauttamista pesään sillä perusteella, että omistuksenpidätysehto ei ole ollut tehokas velallisen konkurssivelko-

⁹³ Ks. myös Fitger RB s. 35:9 s.

jia kohtaan, kantajan on vedottava esim. siihen, että velallisella oli ns. edelleenmyyntioikeus,⁹⁴ jolloin relevantti todistusteema on tuo edelleenmyyntioikeus, ei kantajan »parempi oikeus» sinänsä.

Edellä on todettu, että todistusteemana voi olla mikä tahansa relevantti tosiseikka, paitsi oikeus- myös *todistus-* tai *aputosiseikka*. Jos kyseessä olevan todisteen välittömänä todistusteemana näyttääkin olevan todistus- tai aputosiseikka eli jos todisteella on vain välillistä merkitystä oikeustositseikalle, voidaan kysyä, riittääkö, että asianosainen ilmoittaa teemaksi kyseisen oikeustositseikan vai onko hänen täsmennettävä teemaksi kyseinen todistus- tai aputosiseikka, jolle todisteella oletetaan olevan välitöntä todistusarvoa. Todistustositseikkojen osalta *Ekelöf* on katsonut, että yleensä teemaksi on ilmoitettava kyseinen todistustositseikka: on »i allmänhet nödvändigt att ange indiciet som bevisetema och det räcker sålunda icke med att framhålla vad som skall bevisas därmed».⁹⁵ Ekelöfin mukaan vasta tämän tiedon perusteella vastapuoli voi arvioida vastatodistelun tarpeen.

Tässäkin kysymyksessä ratkaisevaa on nähdäkseni viime kädessä todistusteeman ilmoittamisen funktion täyttyminen yksittäistapauksessa. Ratkaiseva merkitys on vastapuolen puolustautumismahdollisuudella: vastapuolen on voitava ilmoitetun teeman perusteella arvioida vastatodistelun tarpeensa ja varautua todistelun vastaanottoon ilman pääkäsittelyyn jääviä yllätyksiä. Vahvana pääsääntönä voidaan siten pitää, että asianosaisen on ilmoitettava tietämänsä, välittömänä teemana oleva todistustositseikka eikä pelkän oikeustositseikan ilmoittaminen ole riittävää. Tällöin vastapuoli pystyy esittämään vastatodistelua kyseisestä todistustositseikasta eikä pelkästään lopullisesta oikeustositseikasta. Aina tämä ei kuitenkaan ole mahdollista: jos välittömänä teemana oleva todistustositseikka ei ole aivan yksiselitteinen, todistelu saattaa pääkäsittelyssä ulottua teeman ulkopuolelle, jolloin saattaa olla jopa informatiivisempaa ilmoittaa valmistelussa teemaksi (myös) lopullinen oikeustositseikka.

Aputositseikkojen kohdalla tilanne on selvempi. Koska aputosiseikalla ei ole mitään itsenäistä näyttöarvoa lopullisena teemana olevalle oikeustositseikalle, vaan se vaikuttaa vain todistustositseikan näyttöarvoon, vastapuo-

⁹⁴ Ks. esim. KKO 1994:130.

⁹⁵ Ekelöf V s. 34. Ekelöf mainitsee esimerkkinä (s. 31 s) jutun, jossa henkivakuutusyhtiö on vastustanut maksuvaatimusta sillä perusteella, että vainaja oli tehnyt itsemurhan, jolloin oikeustositseikkana jutussa on itsemurha. Jos yhtiö ilmoittaa todistajaksi henkilön, joka on kuullut vainajan puhuneen huonosta taloudellisesta tilanteestaan, todistusteemaksi on ilmoitettava tämä vainajan lausuma eikä itsemurha. Ks. myös Fitger RB s. 42:29 ja Virolainen 1988 s. 301.

len on pelkän oikeustositseikan ilmoittamisen perusteella yleensä mahdotonta varautua vastatodisteluun. Jos siis välittömänä teemana on apotosiseikka, tämä on ilmoitettava todistusteemaksi, eikä pelkän oikeustositseikan (tai edes kyseisen todistusositseikan) ilmoittaminen teemaksi ole riittävän täsmennettyä.⁹⁶ Tällöin vastapuoli pystyy esittämään vastatodistelua kyseisestä apotosiseikasta eikä pelkästään suoraan oikeustositseikasta tai todistusositseikasta. Todistusteema on siis täsmennettävä niin välittömäksi kuin se on yksittäistapauksessa mahdollista.⁹⁷

5.4 Tuomioistuimen tehtävistä todistusteemojen selvittämisessä

Edellisissä jaksoissa 5.2 ja 5.3 on tarkasteltu, millaisten sääntöjen mukaan mahdolliset todistusteemat jutussa määräytyvät ja miten asianosaisten on ilmoitettava todistusteemansa valmistelussa. Tässä jaksossa 5.4 tarkastellaan tuomioistuimen eli valmistelua johtavan tuomarin tehtäviä näiden kysymysten selvittämisessä; kysymys on tuomioistuimen materiaalisesta prosessinjohtosta todistusteemojen suhteen. Aluksi tarkastellaan lyhyesti tuomioistuimen materiaalista prosessinjohtoa yleensä valmistelun kannalta ja sen jälkeen tuomioistuimen tehtäviä erityisesti todistusteemojen selvittämisessä. – Sen sijaan tarkoituksena ei ole mennä tuomioistuimen ja asianosaisten välisen roolijaon tai tuomioistuimen materiaallisen prosessinjohtoon yleisiin kysymyksiin, joista on kirjoitettu viime vuosina runsaasti suomalaisessa prosessioikeustieteessä.⁹⁸ Tässä tutkimuksessa tuomioistuimen materiaalista prosessinjohtoa tarkastellaan yksinomaan riita-asian valmistelun ja siinäkin pelkästään todistusaineiston kannalta.

5.4.1 Yleistä materiaalisesta prosessinjohtosta valmistelussa

Tuomioistuimen prosessinjohtotoiminta on tapana jakaa muodolliseen ja materiaalliseen prosessinjohtoon; edellinen koskee oikeudenkäynnin, kuten

⁹⁶ Em. henkivakuutus esimerkissä yhtiö voi esim. nimetä todistajan, joka kertoisi edellisen todistajan suhteesta vainajaan; tällöin teemaksi ei riitä itsemurha, eikä edes vainajan ko. lausuma, vaan teemaksi on ilmoitettava todistajan suhde vainajaan.

⁹⁷ Ks. myös Brolin ym. s. 67 s: »ett bevisetma bör preciseras och läggas så långt »bak» i beviskedjan som möjligt».

⁹⁸ Vrt. myös Havansi LM 1986 s. 1127.

riita-asian valmistelun, ulkoista kulkua, jälkimmäinen oikeudenkäyntiaineisto.⁹⁹ Tuomioistuin päättää ex officio valmistelun ulkoiseen kulkuun liittyvistä kysymyksistä, mutta sen on tarvittaessa varattava asianosaisille tilaisuus lausua käsityksensä siitä, miten asian valmistelu tulisi järjestää (OK 5:18.2); tällainen kuuleminen on normaalisti tarpeellista.¹⁰⁰ Tuomioistuimen on luonnollisesti myös otettava asianosaisten näkökannat päätöksenteossa huomioon, mutta lopullisen ratkaisun tekee kuitenkin tuomioistuin.¹⁰¹ Voidaan sanoa, että valmistelun muodollisen kulun järjestämisessä painottuu valmistelun joutuisuus: suullinen (ja kirjallinen) valmistelu on pyrittävä saattamaan loppuun viivytyksettä ja mikäli mahdollista, yhdessä istunnossa (OK 5:18.1).¹⁰²

Myös muodolliseen prosessinjohtoon luettavilla toimenpiteillä tuomioistuin pystyy vaikuttamaan oikeudenkäyntiaineiston laajuuteen yhdessä oikeudenkäynnissä. Tarkoitin tällä oikeudenkäynnin ulkoiseen rajaamiseen liittyviä päätöksiä, kuten päätöstä juttujen kumulaatiosta (OK 18:1–5, 6.1 ja 7.1 §) ja erottamisesta (18:6.2 ja 7.2 §) tai väliintulon (18:8–10) sallimisesta. Samaan ryhmään tässä mielessä voidaan lukea myös päätökset käsittelyn rajaamisesta jutun tiettyyn osaan, jolloin voi olla kysymys osavalmistelusta (5:23), osapääkäsittelystä (5:30) tai osan valmistelusta uudelleen (6:13); tarkoituksena voi tällöin olla asian ratkaiseminen väli- tai osatuomiolla (24:5 ja 6).¹⁰³ Tällaiset päätökset su-

⁹⁹ Ks. esim. Granfelt 1911 s. 46, Sjöström 1948 s. 49 s, Tirkkonen Sp I s. 496 ja II s. 30 s, Virolainen 1988 s. 41 s ja Lappalainen Sp I s. 52 s.

¹⁰⁰ Ks. HE 1990:15 s. 63: »asianosainen voisi tiedusteltaessa ilmoittaa käsityksensä valmistelun aikataulusta ja suullisen valmistelun istuntojen ajankohdista, asian valmistelemisesta suullisesti tai kirjallisesti taikka jonkin erillisen kysymyksen ottamisesta erikseen valmisteltavaksi.» – Yleensä tuomioistuin ei tee muodolliseen prosessinjohtoon kuuluvasta toimenpiteestään nimenomaista päätöstä, vaan esim. yksinkertaisesti kutsuu asianosaiset valmisteluistuntoon; jos nimenomainen päätös tehdään, siihen ei pääsääntöisesti saa hakea erikseen muutosta (OK 25:1.3).

¹⁰¹ Tuomioistuin ei ole sidottu asianosaisten käsityksiin, vaan päinvastoin valmistelun tehokas eteenpäin vieminen edellyttää tuomarilta määrätietoista otetta valmistelun kulkuun.

¹⁰² Ks. myös Ekelöf V s. 39 ja HE 1990:15 s. 63, jonka mukaan myös OK 5:18.2:n »tarkoitus on nopeuttaa valmistelua siten, että tuomioistuimen tietoon tulee mahdollisimman aikaisessa vaiheessa sellaiset seikat, joilla on merkitystä valmistelun järjestämisen kannalta».

¹⁰³ Päätökset koskevat siis vain oikeudenkäynnin ulkoista rajaamista, joka ei luonnollisestikaan vaikuta siihen, mistä jutuissa on sisällöllisesti kysymys: esim. kahden jutun kumuloiminen samaan oikeudenkäyntiin ei vaikuta juttujen identiteettiin tai sisäiseen laajuuteen sinänsä eikä esim. jutun osan valmistelu erikseen koko jutun sisältöön.

pistavat tai laajentavat tuossa oikeudenkäynnissä tai sen tietyssä vaiheessa relevanttia oikeudenkäyntiaineistoa.¹⁰⁴

Materiaalisella prosessinjohdolla sen sijaan tuomioistuin voi vaikuttaa oikeudenkäyntiaineiston sisältöön; kysymys on tuomioistuimen toiminnasta jutun materiaalisien kysymysten, 'pääasian' selvittämiseksi.¹⁰⁵ Jo yleisellä tasolla voidaan sanoa, että tuomioistuimen materiaalisien prosessinjohton *painopiste* on selvästi siviiliprosessin *valmisteluvaiheessa*.¹⁰⁶ Tämä perustuu yksinkertaisesti siihen, että kun valmistelu päätetään ja asia siirretään pääkäsittelyyn, pääkäsittelyssä esitettävän oikeudenkäyntiaineiston täytyy jo olla kokonaisuudessaan selvitetty (OK 5:19 ja 28.1 §), jotta pääkäsittelyyn ei jäisi yllätyksiä, vaan se voitaisiin toimittaa yhtäjaksoisesti (5:17). Siten myös tuomioistuimen täytyy osallistua oikeudenkäyntiaineiston muodostamiseen ensisijaisesti jo valmistelussa.¹⁰⁷

Tuomioistuimen materiaalisien prosessinjohton *tavoitteet* valmistelussa seuraavat valmistelun itsensä tavoitteita alioikeusmenettelyssä. Keskeisin tavoite on pääkäsittelyn keskitys; tuomioistuimen on harjoitettava materiaalista prosessinjohtoa valmistelussa ensisijaisesti siten, että asia voidaan käsitellä pääkäsittelyssä yhtäjaksoisesti (5:17). Toiseksi materiaallinen prosessinjohto palvelee samalla valmistelussa sovinnon aikaansaamista (5:26): mitä selvempi ja täydellisempi jutun oikeudenkäyntiaineisto on, sitä paremmin asianosaiset pystyvät arvioimaan sovintointressinsä jutussa. Sen sijaan aktiivinen materiaallinen prosessinjohto saattaa toimia jopa valmistelun joutuisuustavoitetta vastaan, koska asian perusteellinen selvittäminen valmistelussa vaatii aikaa ja resursseja.¹⁰⁸ Kuten *Lappalainen* on osuvasti ilmaissut, tuomioistuimen on johdettava valmistelua niin, että menettelyssä toteutuvat sekä

¹⁰⁴ Esim. jos välituomio aiotaan antaa vahingonkorvausvastuun perusteesta ja järjestetään tätä koskeva osapääkäsittely, vahingon määrään liittyvät seikat ovat tuossa vaiheessa irrelevantteja todistusteemoja; jos vahingonkorvausvastuun peruste tulee (lainvoimaisesti) hylätyksi, näytön esittäminen vahingon määrästä jää lopullisesti tarpeettomaksi.

¹⁰⁵ Ks. esim. Virolainen 1988 s. 60: »Materiaalisen prosessinjohton tavoitteena on – asian selvittäminen ja se tapahtuu oikeudenkäyntiaineiston avulla.»

¹⁰⁶ Ks. myös Ekelöf FS 1988 s. 124 s, Virolainen 1988 s. 124–127 ja 422–424 sekä Smith s. 102 ja 153.

¹⁰⁷ Ks. myös KM 1994:15 s. 1 ja 52 s, jonka mukaan siviiliprosessi uudistus on korostanut tuomarin roolia, mikä osaltaan on aiheuttanut tarvetta kehittää tuomarin uraa.

¹⁰⁸ Toisaalta liian passiivinen materiaallinen prosessinjohto merkitsisi usein valmistelun mutkistumista ja pitkittymistä jutun epäselvän tilan vuoksi. Edelleen valmisteluun käytetty aika voitetaan usein ainakin osittain pääkäsittelyn nopeutumisena takaisin.

valmistelun sisäiset tavoitteet että ulkoinen joutuisuus.¹⁰⁹ Samalla valmistelua johtavan tuomarin on pidettävä huolta valmistelun asianmukaisuudesta.

Materiaalisen prosessinjohtoon merkitys juuri valmisteluvaiheessa tulee erityisesti esille, kun materiaalista prosessinjohtoa tarkastellaan hieman analyttisemmin sen eri tyyppisten tehtävien kannalta. *Virolainen* on eritellyt viisi materiaalisen prosessinjohtoon funktiota: selventävä, muuntava eli korjaava, rikastava eli täydentävä, rajoittava ja informoiva funktio.¹¹⁰ Materiaalisen prosessinjohtoon eri funktiot painottuvat jossakin määrin eri tavoin toisaalta valmistelussa ja toisaalta pääkäsittelyssä. Seuraavassa tarkastellaan lyhyesti materiaalisen prosessinjohtoon selventävää, rajoittavaa, rikastavaa ja informoivaa funktiota riita-asian valmistelun kannalta; on kuitenkin huomattava, että funktioiden rajat ovat liukuvat ja että kyseessä on vain systematisoiva jaottelu, josta ei voida tehdä normatiivisia johtopäätöksiä.¹¹¹

Materiaalisen prosessinjohtoon *selventävä* funktio tarkoittaa asianosaisten esityksissä olevien epäselvyyksien ja epätäydellisyyksien poistamista.¹¹² Tuomioistuimella on tähän yleinen velvollisuus, vaikka nimenomainen säännös koskeekin nykyään vain pääkäsittelyä (OK 6:2a.2 L 595/93): tuomioistuimen tulee valvoa, että asia tulee perusteellisesti käsitellyksi eikä asiaan sekoiteta mitään siihen kuulumatonta. Jos asianosaisten esitys havaitaan epäselväksi tai epätäydelliseksi, tuomioistuimen on tehtävä hänelle riitakysymysten selvittämistä varten tarpeelliset kysymykset. Luonnollisesti asianosaisten esitysten selventäminen jo valmisteluvaiheessa on sen tehtävän toteuttamisen kannalta tärkeää: asianosaisten esityksissä ei saa olla epäselvyyksiä tai epätäydellisyyksiä ainakaan enää silloin, kun valmistelu päätetään ja asia

¹⁰⁹ Lappalainen s. 117.

¹¹⁰ Ks. Virolainen 1988 s. 60–81. Lisäksi Virolainen tarkastelee samassa yhteydessä sovinnon aikaansaamista ja tuomioistuimen palvelutoimintaa, joita hän ei kuitenkaan lue materiaaliseen prosessinjohtoon (s. 81–88). Tämä on perusteltua: edellisessä on kysymys materiaalisen prosessinjohtoon (toisesta) tavoitteesta valmistelussa, jota em. funktiot palvelevat, ja jälkimmäinen taas ei kuulu varsinaiseen oikeudenkäyntiin.

¹¹¹ Tässä ei siis tarkastella Virolaisen erittelemää muuntavaa eli korjaavaa funktiota, koska sen itsenäinen merkitys on nähdäkseni epäselvä. Virolaisen esittämät esimerkit ovat luettavissa joko selventävään tai täydentävään materiaaliseen prosessinjohtoon, ks. Virolainen 1988 s. 65–68. Joka tapauksessa tällä kategorisoinnilla ei ole normatiivista merkitystä.

¹¹² Ks. Virolainen 1988 s. 61–64. Asianosaiset käyttävät lausumissaan kieltä, johon sisältyy ainakin yleis- ja juridisen kielen ilmauksia, joskus myös esim. teknisiä ilmauksia. Asianosaisten esityksiä rasittavat samat epäselvyydet kuin kieltä yleensäkin; ks. niistä esim. Aarnio 1989 s. 167–169. Asianosaisten esitykset voivat olla epätäsmällisiä (epäselviä, avoimia, heikkoja), moniselitteisiä tai (sisäisesti) ristiriitaisia.

siirretään pääkäsitteeseen. Selventävällä funktiolla on kuitenkin sijansa myös pääkäsitteessä. Koska koko oikeudenkäyntiaineisto on esitettävä pääkäsitteessä, myös siellä saatetaan joutua selventämään asianosaisten lausumia, mikä ei vielä sinänsä välttämättä merkitse pääkäsitteilyn keskityksen vaarantumista.

Vielä laissa 1052/91 OK 6:2a.2:n nykyisin sisältämä säännös oli sekä valmistelua että pääkäsitteilyä koskevassa OK 14:1.1:ssä.¹¹³ Lailla 595/93 säännös siirrettiin pääkäsitteilyä koskevaan OK 6 lukuun, sen 2a.2 §:iin. Säännöksestä ei kuitenkaan voida tehdä *e contrario* -päätelmää, jonka mukaan tuomioistuimella ei olisi vastaavaa selvittämismvelvollisuutta myös valmistelussa. Esitöissä lausutaan nimenomaisesti: »Riita-asian valmistelua varten ei vastaavaa erillistä säännöstä tarvita, koska valmistelun toimittamista koskevat 5 luvun säännökset sisältävät myös tarpeelliset oikeudenkäynnin johtamista ja tuomioistuimen kyselyoikeuden ja vastaavan -velvollisuuden käyttämisestä koskevat säännökset».¹¹⁴ Perustelujen vakuuttavuutta voidaan pitää kyseenalaisena: eikö myös valmistelua koskeva yleinen säännös olisi esimerkiksi materiaalisien prosessinjohton selventävän tehtävän vuoksi ollut tarpeen? Valmistelussa materiaalisella prosessinjohtolla on selvästi suurempi merkitys kuin pääkäsitteilyssä. Erityisesti todisteiden osalta OK 5 luvussa ei ole sen 21.3 §:a vastaavaa säännöstä. Joka tapauksessa on selvää, että OK 6:2a.2:n ilmaisemaa oikeusohjetta on sovellettava myös valmistelussa.¹¹⁵

Tuomioistuimen kyselyoikeuden selventävä käyttö on asetettava asianosaisten prosessitoimen *tulkinnan* edelle. Yleensä on katsottu, että asianosaisten prosessitoimia on tulkittava niiden sanamuodon mukaisesti, koska vastapuolen on voitava luottaa siihen, mitä oikeudenkäynnin aikana ilmaistaan; tulkinnan on siis oltava objektiivista.¹¹⁶ Tähän voidaan hyvällä syyllä yhtyä, mutta tuomioistuimen tulkinta-asenteen ei pidä olla liian kirjaimellinen.¹¹⁷ Westberg on pyrkinyt tuomaan (vaatimusten) tulkintaan myös subjektiivista ainesta mukaan: tulkinnassa olisi johtotähtenä pidettävä sitä, mitä asianosaisten

¹¹³ Ks. HE 1959:33 s. 3 ja HE 1990:15 s. 67 ja 102.

¹¹⁴ Ks. HE 1993:79 s. 20. Vrt. Ruotsin osalta RB 42:8.2 ja 43:4, jotka koskevat erikseen valmistelua ja pääkäsitteilyä.

¹¹⁵ Ks. myös Jokela LM 1994 s. 140 s, joka katsoo, että OK 6:2a.2 on analogisesti sovellettavissa valmistelussa.

¹¹⁶ Ks. esim. Tirkkonen Sp I s. 493 (ns. ilmaisuteoria) ja prosessitoimien tulkintateorioista yleisemmin Halila 1950 s. 44 ss. – Sopimusoikeudellista analogiaa käyttäen voidaan sanoa, että prosessitoimioppi rakentuu enemmän luottamus- kuin tahtomallille.

¹¹⁷ Näin Halila 1950 s. 46 ja Virolainen 1988 s. 64.

voidaan objektiivisten seikkojen perusteella olettaa tarkoittaneen.¹¹⁸ Kantaan on syytä suhtautua varauksellisesti. Jos asianosaisen asiaa ajaa lainoppinut avustaja tai asiamies, tämän lausumiin on valittua terminologiaa myöten syytä luottaa. Jos taas asianosainen on lausunut itse tai jos hänen asiamiehensä tarkoituksesta herää epäilyjä, asia on selvitettävä ensisijaisesti tuomarin kyselyoikeutta käyttämällä eikä lausuman tulkinnalla: puheenjohtajan on yksinkertaisesti kysyttävä, mitä asianosainen lausumallaan tarkoittaa.¹¹⁹ Erityisesti valmisteluvaiheessa on parempi selvittää kysymällä asianosaisen lausuma kuin joutua vasta pääkäsittelyssä tulkitsemaan sitä esimerkiksi preklusion kannalta; viimeksi mainitussa tilanteessa voidaan sanoa, että tuomioistuimen selvittävä materiaallinen prosessinjohto valmistelussa on epäonnistunut.

Materiaalisen prosessinjohtoon *rajoittava* funktio tarkoittaa asianosaisten esittämän aineiston supistamista. Sekä valmistelussa että pääkäsittelyssä tuomioistuimen on huolehdittava siitä, ettei asiaan sekoiteta mitään sellaista, joka siihen ei kuulu (OK 6:2a.2).¹²⁰ Jotta pääkäsittely ei kuormittuisi, rajoittavan materiaallisen prosessinjohtoon harjoittaminen jo valmistelussa on tärkeää. Usein valmistelussa ei kuitenkaan vielä varmasti pystytä sanomaan, mikä materiaali lopulta on evättävä, jolloin lopullinen ratkaisu voidaan tehdä vielä pääkäsittelyssä; aineistoa rajoittava ratkaisu ei normaalisti aiheuta uhkaa pääkäsittelyn keskitykselle.

Materiaalisen prosessinjohtoon *rikastava* funktio puolestaan tarkoittaa asianosaisten esittämän aineiston täydentämistä; kysymys on siis uuden oikeudenkäyntiaineiston esittämisestä, ei jo esitetyn selvittämisestä tai supistamisesta. Vuoden 1993 siviiliprosessiuudistuksessa mentiin selvästi myös lain tasolla kohti entistä aktiivisempaa täydentävää prosessinjohtoa (OK 5:21.3 ja 17:8). Nimenomaan täydentävän prosessinjohtoon on välttämättä tapahduttava jo riita-asian valmisteluvaiheessa: valmistelun päättyessä ja asian siirtyessä pääkäsittelyyn oikeudenkäyntiaineiston on oltava kokonaisuudessaan selvillä. Täydentävä prosessinjohto vasta pääkäsittelyssä merkitsisi pääkäsittelyn keskityksen vaarantumista.¹²¹

¹¹⁸ Ks. Westberg s. 100 ss, erit. s. 113 ss.

¹¹⁹ Ks. myös Westberg s. 297 s. Varovaisuuteen on tässä suhteessa syytä silloin, kun asianosaisen uusi selitys voisi merkitä esimerkiksi kanteenmuutoskiellon tai preklusiosääntöjen kiertämistä siten, että asianosainen pyrkii jälkikäteisellä selityksellään tosiasiallisesti muuttamaan aiemmin lausumaansa.

¹²⁰ Ks. Tirkkonen Sp I s. 504, joka lukee säännöksen muodolliseen prosessinjohtoon, ja Virolainen 1988 s. 79–81.

¹²¹ Vrt. Saksan osalta Jauernig s. 81 ja Zöller ym. s. 539, joissa selvää eroa valmistelun ja pääkäsittelyn välillä ei tehdä.

Materiaalisen prosessinjohton selventävä, rajoittava ja rikastava funktio kohdistuu oikeudenkäyntiaineistoon, jonka esittämisessä asianosaisilla on päävastuu: vaatimuksiin, perusteisiin ja todistusaineistoon. Materiaalisen prosessinjohton *informoiva* funktio sen sijaan tarkoittaa, että tuomioistuimien ilmoittaa asianosaisille alustavan käsityksensä jutun oikeuskysymyksestä, kuten mahdollisesti soveltuvista oikeusnormeista ja niiden edellyttämistä oikeustositseikoista.¹²² Informatiivinen materiaallinen prosessinjohto voi nähdäkseni kohdistua myös näyttökysymykseen, kuten kysymyksiin todistustaakan jaosta, näyttövaatimuksesta ja todistusharkinnasta.

Oikeus- ja näyttökysymykseen kohdistuva prosessinjohto voi olla luonteeltaan ainoastaan asianosaisia informoivaa, koska viime kädessä tuomioistuimien kuitenkin aina ratkaisee kysymykset viran puolesta olematta sidottu asianosaisten esityksiin ja käsityksiin (*jura novit curia*). Nimenomaista säännöstä informoivasta materiaalisesta prosessinjohtosta ei ole, joten sen täytyy tapahtua yleisten sääntöjen (kuten OK 6:2a.2:n ilmaiseman oikeusohjeen) varassa. Myös mahdollisen informoivan prosessinjohton täytyy tapahtua jo valmisteluvaiheessa, jotta asianosaiset pystyvät esittämään relevantin, heidän vastuullaan olevan oikeudenkäyntiaineiston jo valmistelussa. Asianosaisten informoiminen esimerkiksi tapaukseen soveltuvasta säännöksestä vasta pääkäsittelyssä tapahtuisi yleensä liian myöhään ja merkitsisi pääkäsittelyn keskeytymisen vaarantumista.¹²³

5.4.2 Erityisesti todistusteemojen selvittämisestä

Tuomioistuimen eli valmistelua johtavan tuomarin on valmistelussa selvitettävä, mitä kullakin todisteella aiotaan pääkäsittelyssä näyttää toteen (OK 5:19:n 3 kohta).¹²⁴ Vaikka siis todisteiden hankkiminen ja esittäminen on ensisijaisesti asianosaisten vastuulla ja vastaavasti valmistelussa sen kartoittaminen ja ilmoittaminen, mitä he todisteilla aikovat pääkäsittelyssä näyttää

¹²² Ks. Virolainen 1988 s. 76 s.

¹²³ Jos asianosainen vasta pääkäsittelyssä saisi esim. kuulla, mikä oikeustositseikka olisi jutussa ollut relevantti, tämä johtaisi uuteen perusteeseen vetoamiseen ja sen tueksi esitettävään todisteluun vasta pääkäsittelyssä.

¹²⁴ Esitöiden mukaan »Pykälä sisältää sekä tuomioistuinta että asianosaisia velvoittavia säännöksiä», HE 1990:15 s. 63. Säännöksen kärki kohdistuu kuitenkin nimenomaan tuomioistuimeen, koska asianosaisiin kohdistuva nimenomainen ja asiallisesti samansisältöinen säännös on OK 5:21.1:ssä ja koska OK 5:28.1:n mukaan tuomioistuin voi todeta valmistelun päättyneeksi ja siirtää asian pääkäsittelyyn pääsääntöisesti vasta, kun valmistelussa on selvitetty 5:19:ssä tarkoitetut seikat. Lisäksi sana »selvittää» viittaa semanttisesti tuomioistuimen toimintaan ja sana »ilmoittaa» asianosaisiin.

toteen, tuomioistuimen on valmistelussa *osallistuttava aktiivisesti todistusteemojen selvittämiseen*.¹²⁵ Tuomioistuimen on selvitettävä, mitkä seikat ovat relevantteja ja kaipaavat näyttöä sekä mitkä näistä seikoista pyritään milläkin todisteella näyttämään toteen pääkäsittelyssä.

On kuitenkin muistettava, että tuomioistuimen toiminta on ainoastaan asianosaisten toimintaa *täydentävää*. Lähtökohtana ovat asianosaisten jo tekemät ilmoitukset todistusteemoistaan ja tuomioistuin toimii näiden ilmoitusten pohjalta. Siten ensisijainen on materiaallisen prosessin johdon selvittävä funktio. Tuomioistuimen on selvitettävä asianosaisten todistusteemoja koskevissa ilmoituksissa olevat epäselvyydet ja epätäydellisyydet. Tuomioistuimen rooli todistusteemojen selvittämisessä ei kuitenkaan kokonaan tyhjenny tähän: tuomioistuimen on tietystä laajuudessa myös rajoitettava ja toisaalta rikastettava asianosaisten ilmoittamia todistusteemoja. Lisäksi on kyseistä, onko tuomioistuimen harjoitettava informatiivista prosessin johtoa todistusteemoihin nähden.

Todistusteemoja selvittäessään tuomarin on pidettävä mielessään selvittämisen tavoitteena oleva keskitetty pääkäsittely. Todistusteemojen selvittäminen palvelee myös pääkäsittelyssä tapahtuvan todistelun tarkemman kulun suunnittelua. Laajassa asiassa todistelu kannattaa usein ottaa vastaan pääkäsittelyssä *todistusteemoittain*, esimerkiksi siten, että kunakin päivänä otetaan vastaan kaikki tiettyjä teemoja koskevat todisteet. Todistusteemat on tällöin selvitettävä valmistelussa niin tarkoin, että todistelu todistusteemoittain pystytään järjestämään. Esimerkiksi samaa todistajaa saatetaan kuulla eri päivinä eri teemoista.

a. Jos kantaja on ilmoittanut todisteita jo haastehakemuksessa mutta ei ole ilmoittanut niiden yksilöityjä ja ainakin alustavasti täsmennettyjä todistusteemoja, tuomioistuimen on kehotettava kantajaa korjaamaan haastehakemuksensa tältä osin (OK 5:5). Todistusteemojen yksilöity ja ainakin alustavasti täsmennetty ilmoittaminen on nimittäin yleensä valmistelun jatkamiseksi tarpeen, jotta vastaaja voisi arvioida kantajan ilmoittaman näytön merkityksen ja sen perusteella vastata kanteeseen. Jos taas vastaaja on ilmoittanut todisteita kirjallisessa vastauksessaan, mutta ei ole ilmoittanut niiden yksilöityjä ja ainakin alustavasti täsmennettyjä todistusteemoja, tuomioistuimen on tarvittaessa kehotettava vastaajaa toimittamaan tästä kirjallinen lausuma

¹²⁵ Tuomioistuimen ex officio hankkiman todisteen kohdalla tuomioistuimen on luonnollisesti ollut jo harkittava etukäteen todisteen todistusteeman relevanssi ja näytön tarve ennen todisteen hankkimista; todisteen todistusteeman ilmoittaminen on tällöin informaatiota asianosaisille.

(OK 5:15.2). Jos taas lausumapyynnössä (OK 5:15.2) asianosaista kehoitetaan ilmoittamaan todisteita, häntä on samalla kehotettava ilmoittamaan asianmukaisesti niiden todistusteemat. Sen sijaan kirjallisen lausuman pyytäminen jatkovalmistelussa pelkästään todistusteemoista tulee harvoin kyseeseen; normaalisti teemat ovat tällöin yksilöitävissä ja täsmennettävissä suullisessa valmisteluistunnossa.

Suullisessa valmisteluistunnossa tuomioistuimen on suullisesti huomautettava asianosaiselle, jos tämä ei ole ilmoittanut jonkin todisteen todistusteemaa tai jos todistusteema on yksilöimätön tai riittämättömästi täsmennetty. Jos asianosainen ei ole lainkaan ilmoittanut jonkin ilmoittamansa todisteen todistusteemaa, tuomioistuimen on kysyttävä puuttuvaa teemaa. Samoin tuomioistuimen on käytettävä kyselyoikeuttaan, jos on epäselvää, onko asianosainen tarkoittanut ilmoittaa tietyn seikan todistusteemaksi vai tuonut sen muussa tarkoituksessa esille. Edelleen tuomioistuin on velvollinen huolehtimaan siitä, että teemat selvitetään valmistelussa yksilöidysti ja riittävän täsmennetysti (OK 5:19:n 3 kohta);¹²⁶ valmistelu voidaan päättää ja asia siirtää pääkäsittelyyn vasta, kun todistusteemat on asianmukaisesti selvitetty (5:28.1).

Jos asianosaisen ilmoituksesta ei ilmene, mitä todistetta teema koskee, tuomioistuimen on huomautettava tästä asianosaiselle ja kehotettava tätä yksilöimään teemansa. Toiseksi jos todistusteemaksi ei ole riittävän täsmällisesti ilmoitettu yhtä tai useampaa seikkaa, tuomioistuimen on huomautettava tästä ja kehotettava asianosaista täsmentämään, mikä yksittäinen seikka tai mitkä seikat todisteella aiotaan näyttää toteen. Viimeistään valmistelun loppua kohti todistusteemat on lopullisesti täsmennettävä. Mikäli esimerkiksi lopullisena todistusteemana olevan oikeustositseikan ilmoittaminen teemaksi ei ole riittävää, asianosaista on kehotettava ilmoittamaan se välitön todistus- tai aputositseikka, joka todisteella aiotaan näyttää toteen.

b. Mahdollisten todistusteemojen selvittäminen on välttämätöntä tuomioistuimen todistusaineistoon kohdistuvan sekä rajoittavan että rikastavan materiaallisen prosessin johdon kannalta.¹²⁷ Ensinnäkin tuomioistuimen on selvitettävä, mitkä todistusteemoiksi ilmoitetut seikat ovat irrelevantteja tai eivät kaipa näyttöä, jotta se pystyisi epäämään tarpeettoman todistelun (OK

¹²⁶ Ks. myös Virolainen 1988 s. 301 s: »Vaikkei asianosainen vaadikaan vastapuolensa ilmoittaman epäselvän tai liian yleisesti ilmaiseman todistusteeman tarkentamista, on tuomioistuimen puuttuttava asiaan viran puolesta. – – Asianosaiselle tulee huomauttaa todistusteeman epämääräisyydestä sekä kehottaa häntä korjaamaan puute.» Ks. myös SOU 1982:26 s. 126, Prop 1986/87:89 s. 107 ja Fitger RB s. 42:31.

¹²⁷ Ks. myös Olsson s. 159 ja Virolainen 1988 s. 291 s.

17:7);¹²⁸ jos tuomioistuim ei ole tätä selvittänyt, kaikki todisteet otetaan varmuuden vuoksi vastaan pääkäsittelyssä, joka kuormittuu tarpeettomasti. Toiseksi tuomioistuimen on selvitettävä, mitkä kaikki relevantit seikat kaipaavat näyttöä, jotta se pystyisi harkitsemaan, olisiko syytä kehottaa asianosaista esittämään näyttöä seikasta, jota ei ole ilmoitettu todistusteemaksi, tai olisiko syytä hankkia näyttöä seikasta viran puolesta (OK 17:8); jos kaikkia näyttöä kaipaavia seikkoja ei ole valmistelussa selvitetty, todisteluun voi jäädä aukkoja, jotka huomataan vasta pääkäsittelyssä.

Kun asianosaiset ovat valmistelussa ilmoittaneet todistusteemoiksi tietyt seikat, tuomioistuimen tehtävänä on selvittää, ovatko seikat relevantteja ja kaipaavatko ne näyttöä. Jos asianosainen on ilmoittanut todisteen todistusteemaksi ainoastaan seikan, joka on irrelevantti tai joka ei kaipaava näyttöä, kyseisen todisteen esittäminen pääkäsittelyssä on *tarpeettomana evättävä* (OK 17:7). Tuomioistuimen on kuitenkin ensin ilmoitettava tästä asianosaiselle, jolloin tällä on tilaisuus muuttaa todistusteemaa vielä valmistelussa. Jos muutos ei kuitenkaan ole asiallisesti perusteltu, vaan sen tarkoituksena on ilmeisesti vain kiertää tarpeettoman todistelun kieltoa, todiste on edelleen evättävä. Jos taas asianosainen on ilmoittanut todisteen todistusteemaksi myös muita, relevantteja ja näyttöä kaipaavia seikkoja, tuomioistuimen on huomautettava asianosaiselle, että todistelu ei pääkäsittelyssä voi kohdistua kyseiseen tarpeettomaan todistusteemaan. Asianosaisella on tällöin mahdollisuus perustella, miksi todistelu myös sen osalta on hänen käsityksensä mukaan tarpeen.

Ensimmäinen tuomioistuimen valmistelussa selvitettävä kysymys tässä suhteessa on kysymys todistusteeman relevanssista jutussa: jos todiste, jonka asianosainen tahtoo esittää, koskee seikkaa, joka on »asiaan vaikuttamaton», älköön oikeus salliko todisteen esittämistä (OK 17:7). Kun asianosainen on ilmoittanut tietyn seikan todistusteemaksi, tuomioistuimen täytyy kontrolloida, onko tuo seikka relevantti jutussa. Ensinnäkin seikka voi olla jutussa oikeustositseikan asemassa eli sillä voi materiaallisen oikeusnormin mukaan olla oikeudellista merkitystä jutussa vaaditulle konkreettiselle oikeusseuraamukselle. Oikeustositseikka voi olla relevantti todistusteema normaalisti vain, jos asianosainen on siihen asianmukaisesti vedonnut (OK 24:3.2). Jos asianosainen on ilmoittanut oikeustositseikan todistusteemaksi, mutta ei ole siihen asianmukaisesti vedonnut, tuomioistuimen on huomautettava tästä asianosaiselle (OK 5:21.3); jos asianosainen ei tästä huolimatta seikkaan vetoaisi, se olisi irrelevantti todistusteemana.

¹²⁸ Ks. jo Granfelt 1911 s. 96 s ja Sjöström 1948 s. 189.

Väittämistaakan lisäksi kyse on luonnollisesti jutun oikeuskysymyksestä eli konkreettisten oikeustositseikkojen subsumptiosta materiaalsen oikeusnormin rekvisiittaan. Jos tuomioistuin katsoo, että vedotulla ja todistusteemaksi ilmoitetulla oikeustositseikalla *ei voi olla* oikeudellista merkitystä jutussa, seikkaa koskeva todistelu olisi periaatteessa tarpeettomana evättävä.¹²⁹ Tässä suhteessa tuomioistuimen on kuitenkin oltava *erittäin varovainen*, koska valmisteluvaiheessa ei yleensä voida vielä varmasti tietää, onko seikalla lopulta jutussa juridista relevanssia vaiko ei. Tällaisessa tilanteessa oikeuskysymyksen on yleensä riittävä ja epäselvä: seikkaan vedonnut asianosainen katsoo, että seikalla on relevanssia, jolloin tuomioistuin voi päättää kysymyksen vasta päätösharkinnassaan pääkäsittelyn jälkeen. Tuomioistuin ei voi vielä valmistelussa 'hylätä' jotakin seikkaa.¹³⁰ Tällä perusteella todistelu voidaankin evätä tarpeettomana lähinnä vain varsin ilmeisissä, selvää perusteettomuutta lähestyvissä tilanteissa; muutoin todistelu on sallittava.¹³¹ Lisäksi kysymys on saatettava valmistelussa keskustelun kohteeksi: todistusteeman ilmoittaneen asianosaisen on jo valmistelussa voitava argumentoida, miksi hänen mielestään seikalla on oikeudellista merkitystä jutussa ja miksi se näin ollen on relevantti todistusteema.

Tarpeettoman todistelun epääminen olisi usein erityisen hyödyllistä silloin, kun jutussa on vedottu kokonaisuun vaihtoehtoihin kanneperusteisiin, koska ainoastaan jompikumpi niistä voi tulla hyväksytyksi ja toisaalta molemmat saattavat edellyttää laajaa todistelua. Näytön vastaanottaminen pääkäsittelyssä toissijaisesta kanneperusteesta, kuten vahingonkorvausjutussa vahingonaiheuttajan tuottamuksesta, on ollut turhaa, jos kanne hyväksytään ensisijaisen perusteen nojalla, kuten jos toiminnan katsotaan yleisvaarallisena aiheuttavan ankaran vastuun. Valmistelussa toista perustetta ei kuitenkaan vielä voida hyväksyä ja toista hylätä.

Tarpeettoman todistelun epäämisen sijaan ratkaisun saattaa tarjota jutun jakaminen kahteen pääkäsittelyyn. Sellaisen kysymyksen käsittelyä varten, joka saadaan ratkaista erikseen välituomiolla, voidaan määrätä pääkäsittely, vaikka asian valmistelu ei ole muilta osin vielä päättynyt (5:30 ja 24:6). Tuomioistuin voi siis – jos välituomion edel-

¹²⁹ Olettaen luonnollisesti, että tosiseikalla ei ole merkitystä myöskään todistus- tai aputositseikkana jutussa.

¹³⁰ Jos vasta pääkäsittelyssä ilmenisi, että seikka olisikin relevantti, juttu olisi yleensä palautettava valmisteluun, jotta seikkaa koskeva todistelu voitaisiin ottaa uudessa pääkäsittelyssä vastaan. – Luonnollisesti vielä pääkäsittelyn jälkeenkin riskiksi jää, että mahdollisen muutoksenhaun johdosta muutoksenhakutuomioistuin päättyy toiseen ratkaisuun, jolloin juttu saatetaan palauttaa alioikeuteen näytön vastaanottamista varten.

¹³¹ Ks. myös Tirkkonen 1949 s. 47.

lytykset täyttyvät – toimittaa ensisijaisen perusteen osalta erillisen pääkäsittelyn, jossa sitä koskeva todistelu otetaan vastaan. Jos kanne hyväksytään ensisijaisen perusteen nojalla, todistelu toissijaisesta perusteesta ei ole lainkaan tarpeen. Jos taas ensisijainen peruste hylätään, juttu palautetaan valmisteluun ja sen jälkeen toimitettavaan toiseen pääkäsittelyyn, jossa toissijaista perustetta koskeva todistelu otetaan vastaan.

Mallin ongelmana on, että jos muutoksenhakutuomioistuin käräjäoikeuden kannasta poiketen päätyy hylkäämään ensisijaisen perusteen, juttu on palautettava käräjäoikeuteen, jotta myös toissijaista perustetta koskeva näyttö otettaisiin vastaan. Toisaalta juttu olisi yleensä palautettava myös silloin, kun molempia perusteita koskeva näyttö on otettu vastaan käräjäoikeuden pääkäsittelyssä, jos käräjäoikeus ei tällöin ole lausunut toissijaisesta perusteesta. Esimerkiksi tapauksessa *KKO 1997:132* konkurssipesä oli vaatinut oikeustoimen peräyttämistä ensiksi TakSL 10 §:n ja toiseksi lisäksi 5 §:n nojalla.¹³² KO hyväksyi kanteen 5 §:n nojalla ja ilmoitti lausunnon antamisen raukeavan siltä osalta kuin takaisinsaantia vaaditiin 10 §:n nojalla. Konkurssipesän vastapuoli valitti HO:een, jossa konkurssipesä vastauksessaan vetosi myös 10 §:ään. HO tutki kanteen vain 5 §:n nojalla ajettuna ja hylkäsi sen. KKO palautti asian TakSL 10 §:n osalta KO:een.

Toiseksi todistusteemaksi ilmoitettu seikka voi olla jutussa todistus- tai aputositseikan asemassa eli sillä voi olla näyttöarvoa lopullisena teemana olevalle oikeustositseikalle tai merkitystä tämän näyttöarvon kannalta. Tällaisen seikkojen osalta tarpeettomalta näyttävän todistelun epäminen valmistelussa on vieläkin riskialttiimpaa kuin oikeustositseikkojen osalta: vielä valmisteluvaiheessa on erittäin vaikeata sanoa, onko tällaisella seikalla lopulta näyttöarvoa jollekin oikeustositseikalle, koska yhteys voi olla välillinen ja näyttöarvo matala, mutta silti olemassa. Tämä voidaan arvioida lopullisesti vasta, kun todistelu on otettu pääkäsittelyssä vastaan.¹³³ Joka tapauksessa tuomioistuimen on otettava kysymys valmistelussa esille, jolloin asianosaisella on mahdollisuus perustella, mille oikeustositseikalle ja miksi todistusteemalla on näyttöarvoa.

Toinen tuomioistuimen selvitettävä kysymys on se, kaipaako relevantiksi tai mahdollisesti relevantiksi todettu seikka kuitenkaan näyttöä. Tässä suhteessa tuomioistuimen tärkein tehtävä on sen selvittäminen, onko todistusteemaksi ilmoitettu seikka *riidaton*, koska tunnustettu seikka ei kaippaa näyttöä

¹³² Tarkemmin sanottuna konkurssipesä oli vaatinut peräyttämistä TakSL 10 ja 5 §:n aktualisoimien seikkojen nojalla; lakia tuomioistuin soveltaa jura novit curia -säännön mukaisesti viran puolesta ilman asianosaisen vetoamista.

¹³³ Ks. myös Gomard s. 411 s.

(17:4). Tuomioistuimen on valmistelussa selvitettävä, mistä asianosaiset ovat erimielisiä (5:19:n 2 kohta); olennainen osa tätä on tosiseikkoja koskevan erimielisyyden kartoittaminen.¹³⁴ Tämä edellyttää, että tuomioistuin käy asianosaisten vaatimusten perusteet seikka seikalta läpi suullisessa valmistelutunnossa ja tarvittaessa kunkin seikan kohdalla kysyy siltä asianosaiselta, jolle seikka on epäedullinen, kiistääkö vai tunnustaako hän tämän seikan.¹³⁵ Vastaavasti on meneteltävä niiden tärkeimpien todistustuseikkojen kohdalla, jotka ovat jo valmistelussa tulleet esille. Asianosaisten omat kirjalliset ja suulliset lausumat saattavat olla sikäli ylimalkaisia, että niistä ei selvästi ilmene asianosaisen kanta kaikkiin vastapuolen vetoamiin seikkoihin. Valmistelun päättyessä on kaikkien (oikeustosi)seikkojen osalta tiedettävä, onko ne tunnustettu vaiko ei (OK 5:28.1 vrt. 19 §:n 2 kohta).¹³⁶

Seikan *notorisuus* on usein niin itsestään selvää, että tarvetta nostaa sitä edes valmistelussa käytävässä keskustelussa esille ei ole. Jos sen sijaan tuomioistuin katsoo valmistelussa jonkin seikan notorisuuden olevan epävarmaa, sen on varattava asianosaisille tilaisuus lausua kysymyksestä valmistelussa. In dubio myös todistelu notoriselta vaikuttavan seikan negaatiosta on sallittava, jolloin vastapuolelle on puolestaan annettava mahdollisuus esittää vastanäyttöä seikasta.

Myös poikkeuksellinen *todistusteemakielto* tulee ottaa valmistelussa esille. Jos tuomioistuin epäilee, että kyseessä saattaa olla kiellon, esimerkiksi valtiosalaisuuden, piiriin kuuluva seikka, sen on kyselyoikeutetaan käyttämällä selvitettävä kysymys jo valmisteluvaiheessa, jolloin se voi tarvittaessa evätä todistelun tuosta teemasta pääkäsittelyssä. Ongelmana kuitenkin on, että kysymystä todistusteemakiellosta ei yleensä voida lopullisesti selvittää vielä valmisteluvaiheessa. Esimerkiksi riita-asioissa käytännössä tärkein todistusteemakielto, liike- ja ammattisalaisuuksien suoja, merkitsee vain todistajan oikeutta kieltäytyä lausumasta (OK 17:24.1), mikä selviää lopullisesti vasta pääkäsittelyssä todista-

¹³⁴ Ks. myös Taksøe-Jensen s. 563 ja 597 s.

¹³⁵ Käytännössä tätä helpottaa huomattavasti, jos ennen suullisen valmistelun istuntoa puheenjohtaja laatii jutusta ns. muistion, jossa asia on jaoteltu yksittäisiin kysymyksiin ja kummankin asianosaisen kannanottoihin niistä haastehakemuksen, vastauksen ja mahdollisten kirjallisten lausumien pohjalta. Jos muistio vielä toimitetaan etukäteen asianosaisille, se on hyvä pohja asian käsittelylle valmistelutunnossa.

¹³⁶ Ks. myös HE 1990:15 s. 65. Ks. edelleen oikeudenkäyntikuluvaatimuksen osalta KKO 1997:26, jonka perusteluissa KKO lausuu mm.: »Pelkkää vaikenemista oikeudenkäyntikulujen määrästä ei voida pitää niiden myöntämisenä. Tuomioistuimen on asiaa istunnossa käsiteltäessä huolehdittava myös oikeudenkäyntikuluja koskevien vaatimusten osalta siitä, että asianosaiset esittävät vaatimustensa perusteet ja lausuvat siitä, mitä vastapuoli on esittänyt. Tuomioistuimen tulee tarvittaessa selvittää vaatimuksia ja vastauksia kysymyksin.»

jankuulustelun yhteydessä (17:28 ja 31; ks. jäljempänä jaksoa 6.5.2.b). Mahdolliset todistusteemakiellot on kuitenkin otettava huomioon ja ratkaisut tehtävä jo valmistelussa siltä osin kuin se on mahdollista.

Yksi tärkeä, mutta samalla ongelmallinen kysymys on vielä tässä yhteydessä asetettava: voiko tuomioistuimien jo valmistelussa katsoa jonkin oikeustieteellisen näytetyksi toteen ja evätä sitä koskevan lisätodistelun tällä perusteella? Tähän suuntaan näyttäisi viittaavan OK 17:7: jos todiste koskee seikkaa, joka on »selvitetty», älköön oikeus salliko todisteen esittämistä. Tarkoittaako »selvitetty» vain edellä mainittuja tilanteita, joissa näyttö on kokonaan tarpeetonta, vaiko myös sitä, että seikka on jo näytetty toteen? Jälkimmäisellä tavalla ymmärrettynä säännös olisi ongelmallinen: vaikka tiettyä seikkaa koskeva asianosaisen näyttö olisi kuinka vahvaa, vastapuoli voi pystyä horjuttamaan sitä vastaanäytöllä niin paljon, että näyttövaatimus ei täytykään; asianosaisen täytyy tällöin voida esittää mahdollista lisänäyttöä.

Uuden siviiliprosessin rakenne tekee kysymyksen erityisen hankalaksi. Valmistelussa todistelua ei normaalisti oteta vastaan, vaan vasta pääkäsittelyssä. Ja vaikka näyttöä poikkeuksellisesti otettaisiin vastaan, valmisteluvaiheessa ei vielä tiedetä, kuinka vahvaksi mahdollinen vastaanäyttö pääkäsittelyssä muodostuu, jolloin ei myöskään tiedetä, onko lisänäyttö seikan tueksi kuitenkin tarpeen.¹³⁷ Seikkaa ei siis normaalisti voida vielä valmistelussa katsoa »selvitetyksi». Jos kuitenkin valmistelussa poikkeuksellisesti nähdään esimerkiksi kirjallisen todisteen perusteella, että seikka tulee jo sillä näytetyksi toteen, ja jos vastapuoli ei ilmoita seikan negatiivista yhdenkään todisteen todistusteemaksi, lisänäyttö seikasta ei todennäköisesti enää ole pääkäsittelyssä tarpeen ja sitä koskevat lisätodisteet voitaneen evätä.¹³⁸ Tätä on kuitenkin sovellettava erittäin varovaisesti, koska jos pääkäsittelyssä kuitenkin ilmenee, että lisänäyttö olisi ollut tarpeen, asianosaiselle on varattava tilaisuus sen esittämiseen.¹³⁹

¹³⁷ Esim. velkomusjutussa kuitti on yleensä riittävä näyttö velan maksusta; jos velallisvastaaja valmistelussa esittää tuomioistuimelle kuitenkin maksusta, lisänäyttö siitä ei ole tarpeen. Kantajavelkoja saattaa kuitenkin valmistelussa kiistää maksun ja pääkäsittelyssä kuulla todistajia, joiden mukaan hän ei saanutkaan maksua kuitista huolimatta. Vastajalla täytyy tällöin olla mahdollisuus ilmoittaa lisänäyttöä maksusta. – Ks. myös Jauernig s. 193 ja Zeiss s. 166, joiden mukaan »vorweggenommene Beweiswürdigung» on kielletty.

¹³⁸ Ks. myös aiemman prosessin osalta Virolainen 1988 s. 292, varovaisesti Smith s. 113 s.

¹³⁹ Ks. myös Rosenberg ym. s. 681, jonka mukaan vastatodistelua ei ole tarpeen ottaa vastaan, jos se asianosainen, jolla on todistustaakka, ei kysyttäessäkään ilmoita todisteita teemasta. Tähänkään ei kuitenkaan täysin voitane luottaa, koska pääkäsittelyssä seikka saattaa tulla näytetyksi toteen muiden todisteiden perusteella.

c. Tuomioistuimen materiaalisesta prosessinjohdosta käytiin ennen vuoden 1993 siviiliprosessiuudistusta vilkasta keskustelua, joka on jossakin määrin jatkunut myös uudistuksen jälkeen. Keskustelu tavallaan kulminoitui kysymykseen siitä, voiko tuomioistuin kiinnittää asianosaisen huomiota relevanttiin oikeustositseikkaan, johon tämä ei ole vedonnut, ja siten provosoida asianosainen täyttämään väittämistaakkansa. OK 5:21.3:n nimenomainen säännös poisti keskustelulta sen terävimmän kärjen: säännöksen mukaan tuomioistuimen on valmistelussa huolehdittava siitä, että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota.¹⁴⁰ Ennen kuin tuomioistuin voi kiinnittää asianosaisen huomiota seikkaan vetoamiseen, seikan on täytynyt tulla esille asianosaisten valmistelussa muutoin esittämästä oikeudenkäyntiaineistosta, esimerkiksi asianosaisen ilmoittamasta todistusteemasta.¹⁴¹ Perusteisiin kohdistuva rikastava materiaallinen prosessinjohto kasvattaa luonnollisesti samalla mahdollisten todistusteemojen piiriä, koska vedotusta seikasta ja siihen johtavasta faktaketjusta tulee relevantti todistusteema.

Uusimmasta, tuomioistuimen aktiivista materiaalista prosessinjohtoa korostavasta oikeuskäytännöstä mainittakoon esimerkkinä palauttamisratkaisu *KKO 1997:122*, jonka perusteluissa lausutaan mm.: »Kanteessa esitetty huomioon ottaen asian valmistelussa olisi pitänyt selvittää, onko A Oy kantajana tarkoittanut päätöksen pätemättömyydellä myös yhtiökokouksen tekemän panttauspäätöksen mitättömyyttä. KO:n suullisen valmistelun pöytäkirjasta ei ilmene näin tapahtuneen. Kanne on lisäksi perustunut siihen väitteeseen, että laillista panttausta ei ollut syntynyt vastaajan vilpittömän mielen puuttumisen vuoksi. KO ei ole ottanut tämän väitteen osalta tai muutoinkaan vastaan asianosaisten tarjoamaa näyttöä eikä myöskään lausunut kaikista kantajan perusteista ja vastaajan väitteistä pääasiaa ratkaistessaan.»

Perusteisiin kohdistuvan rikastavan materiaallisen prosessinjohdon laajoihin ja ongelmallisiin kysymyksiin ei ole tässä syytä mennä. Sen sijaan on syytä kysyä, voiko tuomioistuin valmistelussa kiinnittää asianosaisten huomiota relevanttiin ja näyttöä kaipaavaan seikkaan, jota ei ole ilmoitettu todistusteemaksi, ja siten saada asianosaiset harkitsemaan näytön esittämistä

¹⁴⁰ Perusteluina säännökselle esitöissä lausutaan (HE 1990:15 s. 67): »Momentissa ehdotettuun säännökseen ei liity samanlaisia haittoja ja epäilyjä, joita voidaan esittää silloin, kun tuomioistuin viran puolesta perustaa ratkaisunsa seikkaan, johon ei ole vedottu» ja edelleen: »— seikkaa ei vastoin asianosaisen tahtoa panna tuomion perusteeksi ja — seikka tulee oikeudenkäynnissä asianosaisten välisen keskustelun kohteeksi». Nämä näkökohdat ovat nähdäkseni kuitenkin perusteluita väittämistaakkalle, eivät tuomioistuimen materiaaliselle prosessinjohdolle, joka pehmentää väittämistaakkaa.

¹⁴¹ Ks. HE 1990:15 s. 67.

tuosta teemasta. Tällaiseen *todistusteemoja rikastavaan* materiaaliseen prosessinjohtoon ei liene estettä, koska tuomioistuimen on toisaalta kiinnitettävä asianosaisen huomiota myös seikkaan vetoamiseen (5:21.3) ja toisaalta tuomioistuin voi hankkia näyttöä myös viran puolesta tietyin, pelkästään eräitä todistuskeinoja koskevin rajoituksin (17:8). Tuomioistuimen yleisen velvollisuuden huolehtia asian perusteellisesta selvittämisestä (arg. 6:2a.2) voitaneen katsoa ulottuvan myös tähän tilanteeseen, koska muutoin kysymys seikan olemassaolosta jouduttaisiin ratkaisemaan muodollisen todistustaakkasäännön perusteella näytön puuttuessa. Joka tapauksessa seikkaan on tällöin jo asianmukaisesti vedottu.

Painavin argumentti, joka kantaa vastaan voidaan esittää, on tuomioistuimen puolueettomuuden vaarantuminen: tuomioistuimen voidaan väittää suosivan sitä asianosaista, jolla on seikasta todistustaakka. Edellä on omaksuttu melko matalia näyttövaatimuksia puoltava kanta, joka osaltaan vähentää tämän väitteen merkitystä, koska todistustaakan jakautumisella ei välttämättä ole kovin keskeistä merkitystä faktakysymyksen ratkaisussa. Edelleen oikeudenkäynnin asianmukaisuuden kannalta olennaista on, että kummallekin asianosaiselle varataan tosiasiallinen ja yhdenvertainen tilaisuus näytön esittämiseen. Voitaisiin päinvastoin katsoa, että tuomioistuin suosisi vastapuolta totuuden kustannuksella, jos se havaitsisi, että todistustaakan kantava asianosainen on ilmeisesti erehdyksessä jättänyt seikan huomiotta todistelussaan.

Todistusteemojen rikastamisen rajat ja tapa ovat jo ongelmallisempia kysymyksiä, eikä niihin voida mennä tässä yhteydessä muutoin kuin lyhyesti. Mahdollisesta todistusteemasta on aina huomautettava jo valmistelussa, jotta asianosaisilla on tilaisuus vielä harkita lisätodistelun tarpeellisuutta; sopivin ajankohta lienee suullisen valmistelun loppupuoli. Tuomioistuimen toiminta voi olla ainoastaan asianosaisten toimintaa täydentävää. Jos puutteet ovat laajempia, tuomioistuimen on yleisellä tasolla huomautettava todistusteemojen puutteellisuudesta, jolloin asianosaiset voivat itse korjata asiaa. Yksittäisestä teemasta huomauttaminen tullee kysymykseen lähinnä silloin, kun seikka on ilmeisesti erehdyksestä jäänyt asianosaisilta huomiotta. Jos asianosaiset eivät huomautuksesta huolimatta ilmoita seikkaa todistusteemaksi, tuomioistuimen on tyydyttävä tähän ja tarvittaessa harkittava näytön hankkimista teemasta viran puolesta (17:8). Selvää on, että tuomioistuimen on meneteltävä puolueettomasti. Tuomioistuimen on huomautettava seikasta molemmille asianosaisille, jolloin asianosaisilla on tilaisuus esittää sekä pääettää vastatodistelua seikasta.

Todistusteemojen rikastaminen voi selvästi koskea ns. *indispositiivisia seikkoja*, jotka tuomioistuimen on otettava viran puolesta huomioon.

Jos jutussa on aktualisoitunut näyttöä edellyttävä indispositiivinen kysymys esim. erityisen vanhentumisajan kulumisesta, tuomioistuimen tulee huomauttaa tästä mahdollisesta todistusteemasta asianosaisille. Tuomioistuin voi myös viran puolesta laajentaa jonkin todisteen todistusteemaksi tällaisen seikan.

Todistusteemojen rikastaminen voi koskea myös *kokemussääntöjä* todistusteemoina. Tuomioistuin voi soveltaa tunteamiaan, riittävän varmoja kokemussääntöjä viran puolesta, mutta jos kokemussääntö on epätavallinen tai epävarma, se on saatettava (myös rajatapauksissa) asianosaisten keskustelun ja mahdollisen todistelun kohteeksi. Tämä edellyttää, että tuomioistuin ottaa kysymyksen tällaisesta, esim. lääketieteellisestä kokemussäännöstä esille jo valmistelussa, mikäli kokemussäännön soveltamisen tarpeellisuus on tullut jo valmisteluvaiheessa ilmi. Tällöin asianosaisilla on mahdollisuus käydä keskustelua kokemussäännöstä sekä hankkia ja ilmoittaa kokemussäännön todentamiseksi mahdollisesti tarvittavaa asiantuntijatodistelua ennen pääkäsittelyä. Asianosaisilla ei ole kokemussäännöistä niiden selvittämistä rajoittavaa määräysvaltaa.

On myös syytä kysyä, voiko tuomioistuin huomauttaa asianosaiselle, että jonkin todisteen todistusteema vaikuttaa liian suppealta, ja kehottaa asianosaista laajentamaan sitä tarvittaessa. Tuomioistuimella lieene tähän jopa velvollisuus, jos todistusteema on todennäköisesti ilmoitettu liian suppeasti, koska tällöin pääkäsittelyssä todistelu todennäköisesti ulottuisi ilmoitetun teeman ulkopuolelle, mikä jälleen merkitsisi pääkäsittelyn keskityksen vaarantumista.¹⁴² Erityisesti laajentamiseen on kiinnitettävä huomiota, jos tuomioistuin arvelee, että asianosainen yrittää tällä yllättää vastapuolen pääkäsittelyssä.

d. Keskustelua on käyty myös siitä, onko tuomioistuimella oikeus tai velvollisuus – nimenomaisen säännöksen puuttumisesta huolimatta – ottaa jo valmistelussa esille jutun oikeuskysymykset. Kannanotot ovat olleet myönteisiä.¹⁴³ Tässä yhteydessä on syytä ottaa esille ainoastaan kaksi tähän problematiikkaan liittyvää erityiskysymystä: onko ja missä määrin jo valmistelussa syytä keskustella todistustaakan jaosta ja näyttövaatimuksesta kunkin seikan kohdalla?

¹⁴² Ks. myös SOU 1982:26 s. 126 ja Virolainen 1988 s. 302: »Asianosaiselle voidaan esim. huomauttaa siitä, että hänen nimeämäänsä todistajaa on mahdollisuus kuullustella muistakin kuin asianosaisen itse mainitsemista seikoista.»

¹⁴³ Ks. HE 1990:15 s. 64: »Silloin kun asianosaiset ovat erimielisiä oikeuskysymyksestä, tulisi siitä luonnollisesti keskustella valmistelussa». Ks. myös esim. Virolainen 1988 s. 305 ss, Lappalainen 1986 s. 423 ss ja JFT 1993 s. 38 ss, Olsson s. 44 s ja 146 ss, Ekelöf V s. 46 sekä Fitger RB s. 42:21. Ks. myös nimenomaisesti Rpl § 339.2 ja ZPO § 278.3, josta Jauernig s. 82, Baumbach ym. s. 844 ss ja Zöller ym. s. 751 s.

Todistustaakkakysymysten osalta tilanne on yleensä varsin selvä: kumpikin asianosainen ymmärtää, kummalla kustakin oikeustositseikasta on todistustaakka. Tuomioistuimen täytynee ottaa kysymys esille valmisteluistunnossa lähinnä silloin, kun jommalla kummalla asianosaisella tai molemmilla on todistustaakan jakautumisesta ilmeisesti väärä käsitys. Muutoin todistustaakan kantaja ei ymmärtäisi esittää seikasta ainakaan riittävää näyttöä luottaessaan siihen, että vastapuolikaan ei ole ilmoittanut seikasta näyttöä. Myös tällaisen informatorisen prosessin johdon harjoittamisessa on kuitenkin muistettava varovaisuus ja puolueettomuus. Jos kysymys todistustaakan jaosta itsestään on epäselvä, tuomioistuin ei voi vielä valmistelussa ottaa kysymykseen lopullista kantaa; sen on kuitenkin annettava asianosaisille tilaisuus esittää omaa kantaansa tukevat argumentit jo valmistelussa.¹⁴⁴

Vastaavat näkökohdat koskevat vielä selvemmin kysymystä *näyttövaatimuksesta*. Jos asianosaisilla tai jommalla kummalla asianosaisella on näyttövaatimuksesta ilmeisesti väärä käsitys, tuomioistuimen on selvissä tapuksissa valmistelussa kiinnitettävä asianosaisten huomiota tähän. Jos asianosaiset esimerkiksi luulevat, että tietyn seikan tekeminen »todennäköiseksi» on riittävää, niin tuomioistuimen on kiinnitettävä asiaan huomiota, jos seikka edellyttää ns. normaalia näyttöä. Tuomioistuin ei kuitenkaan voi ottaa lopullista kantaa konkreettisen näyttövaatimuksen korkeuteen vielä riita-asian valmisteluvaiheessa. On riittävää, että asianosaisille varataan tilaisuus lausua kysymyksestä jo valmistelussa.

¹⁴⁴ Ks. myös Virolainen 1988 s. 304 ja HE 1990:15 s. 64 OK 5:19:n 3 kohdan osalta: »Asian käsittelyä edistää se, että todistustaakkakysymyksistä keskustellaan jo valmistelussa. Valmistelussa ei kuitenkaan aina voida selvittää, kenellä asianosaisista on todistustaakka kunkin erityiskysymyksen osalta. Todistustaakkakysymys voi myös itse olla riidan kohteena.» Ks. edelleen Liljenfeldt – Liljenfeldt s. 300 s, Fitger RB s. 35:8, 42:20 ja 31 sekä varovaisemmin SOU 1982:26 s. 127 ja Prop 1986/87:89 s. 107 ja 192.

6 luku TODISTEIDEN SELVITTÄMISESTÄ VALMISTELUSSA

Edellisessä luvussa 5 on tarkasteltu todistusteemojen selvittämistä dispositiivisen riita-asian valmistelussa de lege lata. Todistusteemojen osalta kysymys on sen selvittämisestä, mitkä seikat ovat jutussa relevantteja ja kaipaavat näyttöä sekä mitkä näistä seikoista aiotaan pääkäsitellyssä näyttää toteen kullakin todistuskeinolla. Käsillä olevassa luvussa tarkastellaan todisteiden eli todistuskeinojen selvittämistä dispositiivisen riita-asian valmistelussa de lege lata. Myös todistuskeinojen selvittäminen edellyttää periaatteessa kahden kysymyksen asettamista: ensinnäkin, mitä todisteita jutussa olisi esitettävissä (mahdolliset, potentiaaliset todisteet), ja tämän perusteella toiseksi, mitä todisteita pääkäsitellyssä lopulta tullaan esittämään (lopulliset, aktuaaliset todisteet).

6.1 Yleistä

Dispositiivisessa riita-asiassa todisteiden eli todistuskeinojen hankkiminen on ensisijaisesti asianosaisten vastuulla, heidän taakkansa: asianosaisten on hankittava asiassa tarpeelliset todisteet. Tietyin rajoituksin tuomioistuin saa myös, milloin tarpeelliseksi harkitaan, omasta aloitteestaan päättää hankittavaksi todisteita (OK 17:8); tuomioistuimen toiminta tässä suhteessa on kuitenkin ainoastaan asianosaisten omaa toimintaa täydentävää. Jatkossa todisteen ilmoittamisella tarkoitetaan lähtökohtaisesti asianosaisen ilmoitusta siitä, minkä todisteen hän aikoo esittää pääkäsitellyssä. Koska tuomioistuin kuitenkin viime kädessä päättää, salliiko se todisteen esittämisen, kyseessä on tarkemmin sanottuna asianosaisen tuomioistuimelle esittämä pyyntö kyseisen todisteen vastaanottamisesta pääkäsitellyssä (tai poikkeustapauksissa sen ulkopuolella).¹

¹ Ks. myös Ekelöf V s. 32 ja Olsson s. 160: »Parts åberopande av bevisning innebär en begäran om att bevisningen skall föredras vid huvudförhandlingen.»

Lausuttu koskee myös tilannetta, jossa asianosainen hankkii todisteen tosiasiallisesti tuomioistuimen aloitteesta, esimerkiksi sen jälkeen, kun tuomioistuin on huomauttanut asianosaisille relevantin todisteen olemassaolosta. Jos sen sijaan tuomioistuin on poikkeuksellisesti hankkinut todisteen, kuten asiantuntijalausannon, viran puolesta, todisteen ilmoittaminen tarkoittaa tuomioistuimen omaa ilmoitusta siitä, että tällainen todiste tullaan esittämään pääkäsittelyssä. Tuomioistuimen on tällöin ollut harkittava edellytykset todisteen esittämiselle jo ennen sen hankkimista. Ilmoituksella on kuitenkin tärkeä merkitys informaationa asianosaisille, jotta nämä pystyvät arvioimaan todisteen esittämisen merkityksen ja ryhtymään tarvittaviin toimenpiteisiin, esimerkiksi vastatodistelun hankkimiseen, jo ennen pääkäsittelyä. Tämän vuoksi myös tuomioistuimella on velvollisuus ilmoittaa valmistelussa mahdolliset viran puolesta hankkimansa todisteet.²

Todisteita ei oteta vastaan vielä valmistelussa, mistä on ainoastaan harvoja poikkeuksia (OK 17:8a.1).³ Sen sijaan valmistelussa valmistellaan pääkäsittelyssä tapahtuva todistelu eli selvitetään, mitä todisteita pääkäsittelyssä esitetään ja miten. Todistelun valmistelun tärkein tehtävä on sen turvaaminen, että todistelu voidaan toimittaa pääkäsittelyssä yhtäjaksoisesti (todistelun valmistelun ns. keskitysfunktio). Tämä taas edellyttää kaikkien pääkäsittelyssä vastaanotettavien – tai poikkeustapauksissa muutoin esitettävien – todisteiden ilmoittamista jo valmisteluvaiheessa.⁴ Pääkäsittelyssä asianosainen ei saa esittää todistetta, jota hän ei ole ilmoittanut valmistelussa, ellei asianosainen saata todennäköiseksi, että hänen menettelynsä johtuu pätevästä syystä (6:9, ns. preklusio).

Todisteiden ilmoittaminen valmistelussa palvelee pääkäsittelyn keskitystavoitetta sekä tuomioistuimen että asianosaisen vastapuolen kannalta.⁵ Tuo-

² Ks. myös Prop 1986/87:89 s. 192 s.

³ Jatkossa silmällä pidetään lähtökohtaisesti normaalitilannetta, jossa todiste otetaan vastaan vasta pääkäsittelyssä; poikkeuksista ks. jäljempänä jaksoa 6.4.

⁴ Todisteiden ilmoittaminen palvelee samalla valmistelun sovintotavoitetta: kumpikin asianosainen näkee, mitä todisteita puolin ja toisin on esitettävissä, jolloin asianosaiset pystyvät arvioimaan menestymismahdollisuutensa ja sitä kautta sovintointressinsä jutussa. Nimenomaan todisteiden selvittämisellä on usein ratkaiseva merkitys siinä suhteessa, päästäänkö jutussa sovintoon vai ei: vaatimukset ja niiden perusteet sekä juridiset argumentit ovat usein puolin ja toisin selvillä jo ennen oikeudenkäyntiä, mutta vasta oikeudenkäynnin valmisteluvaiheessa kummankin osapuolen todistelun laatu ja laajuus selviää.

⁵ Todisteiden ilmoittamisvelvollisuus valmistelussa saattaa auttaa myös asianosaisen itsensä prosessaamista. Todistelun valmistelussa asianosainen joutuu kysymään, »vilken bevisning han i verkligheten har tillgång till, samt – – huruvida denna bevisning är tillräcklig», Olsson s. 158. Tällöin asianosainen saattaa esimerkiksi huomata, että hänen on hankittava jutussa lisää näyttöä tai että hänen on jopa parempi sopia koko juttu.

mioistuvin pystyy asianosaisen ilmoituksen perusteella käyttämään sekä muodollista että materiaalista prosessinjohtoaan jo valmisteluvaiheessa. Tuomioistuvin pystyy ensinnäkin huolehtimaan siitä, että ilmoitetut todisteet ovat tosiasiallisesti esitettävissä yhtäjaksoisessa pääkäsittelyssä: todistajat saadaan kutsuttua, asiantuntijoiden lausunnot hankittua, katselmus järjestettyä. Tuomioistuvin pystyy suunnittelemaan todistelun muodollisen kulun niin, että todisteiden vastaanotto voidaan toimittaa yhtäjaksoisesti.⁶ Toiseksi asianosaisten ilmoittamien todisteiden perusteella tuomioistuvin pystyy harjoittamaan todistelun sisältöön kohdistuvaa sekä rajoittavaa että rikastavaa materiaalista prosessinjohtoaan jo valmistelussa. Tuomioistuvin pystyy harkitsemaan yhtäältä, ovatko kaikki ilmoitetut todisteet tarpeen, ja toisaalta, olisiko syytä hankkia joitakin muita kuin ilmoitettuja todisteita.

Todisteiden ilmoittaminen valmistelussa palvelee samalla ja ennen muuta asianosaisen vastapuolen mahdollisuuksia puolustautumiseen.⁷ Kun asianosainen ilmoittaa, mitä todisteita hän aikoo pääkäsittelyssä esittää, vastapuoli pystyy varautumaan tähän todisteluun. Vastapuoli voi pyrkiä hankkimaan omaa vastanäyttöään, jolla hän ensinnäkin saattaa pyrkiä osoittamaan päätodistelun todistusteeman negaation olemassaolon tähän suuntaan puhuvilla todisteilla. Toiseksi vastapuoli saattaa pyrkiä vastatodistelulla esittämään aputositseikkoja ja kokemussääntöjä, jotka heikentäisivät asianosaisen todistelun näyttöarvoa teemalle. Vastapuoli pystyy myös varautumaan päätodisteiden vastaanottamiseen ja arviointiin: vastapuoli pystyy kuulustelemaan todistajia ja asiantuntijoita pääkäsittelyssä sekä arvioimaan heidän kertomuksiaan pääkäsittelyn päättävässä loppukeskustelussa. Uusi, valmistelussa ilmoittamaton todiste vasta pääkäsittelyssä merkitsisi yllätystä, jonka vuoksi vastapuolelle olisi varattava tilaisuus vastatodistelun esittämiseen tai ainakin näytön arvioimiseen.⁸

⁶ Toisaalta myös asianosaiset voivat todisteiden ilmoittamisen perusteella arvioida pääkäsittelyyn tarvittavat aika- ja muut resurssit. Kun esimerkiksi tiedetään, kuinka monta todistajaa tullaan kuulemaan, osataan arvioida, kuinka kauan pääkäsittely kestää.

⁷ Ks. HE 1990:15 s. 50 ja Ekelöf V s. 32: »Att parterna uppger sina bevis redan under förberedelsen har inte bara den fördelen att rätten kan i god tid före huvudförhandlingen utfärda vittneskallelser o.dyl. utan även att vardera parten får lättare att förbereda sin motbevisning.»

⁸ Ks. myös Lappalainen s. 91 vanhan siviiliprosessin osalta: »tarve hankkia vastatodisteita saattoi tulla asianosaisen mieleen vasta sen jälkeen, kun vastapuoli oli esittänyt näyttönsä»; ja edelleen: näyttöä oli »vaikea kommentoida »kylmiltään», vaan juttua jouduttiin usein lykkäämään todistelun vastaanottamisen jälkeenkin yksistään todistusaineistoon perehtymiseksi».

OK 5:2.1:n 3 kohdan (vrt. OK 5:3) mukaan kantajan on jo haastehakemuksessaan ja OK 5:10.1:n 3 kohdan mukaan vastaajan samaan tapaan jo vastauksessaan ilmoitettava mahdollisuuksien mukaan ne todisteet, jotka hän aikoo esittää. Edelleen OK 5:21.1:n mukaan asianosaisen on valmistelussa ilmoitettava kaikki todisteet, jotka hän haluaa esittää. Vastaavasti OK 5:19:n 3 kohdan mukaan valmistelussa on selvitettävä, mitä todisteita tullaan esittämään. Näissä lainkohdissa »todiste» tarkoittaa nimenomaan todistuskeinoa, ei esimerkiksi todistustositteita, jonka todisteen vastaanoton arvellaan tuovan esiin todistustueksi.⁹ Kuten edellä luvussa 5 on todettu, todistustuekset voidaan ilmoittaa enemmän tai vähemmän täsmennetysti valmistelussa. Todistuskeino sen sijaan voidaan ainoastaan joko ilmoittaa valmistelussa tai jättää ilmoittamatta, mitään enemmän tai vähemmän -välimuotoa tässä mielessä ei ole.

6.2 Todisteiden etsiminen valmistelussa?

6.2.1 Problematiikka

Ennen todisteiden ilmoittamisen lähempää tarkastelua on syytä käsitellä yhtä esikysymystä eli todisteiden »etsimistä» valmistelussa. Jotta asianosainen pystyisi esittämään tietyn todisteen pääkäsittelyssä, sen luonnollisesti täytyy olla hänen tiedossaan ja pääkäsittelyssä fyysisesti esitettävissä. Todisteiden selvittäminen valmistelussa edellyttääkin periaatteessa kahden kysymyksen asettamista riitajutussa: ensinnäkin, mitä todisteita jutussa olisi esitettävissä (mahdolliset, potentiaaliset todisteet), ja toiseksi, mitä todisteita pääkäsittelyssä lopulta tullaan esittämään (lopulliset, aktuaaliset todisteet). Koska todisteiden hankkiminen on ensisijaisesti asianosaisten vastuulla, myös nämä kysymykset kohtaavat ensin asianosaisia. Asianosaisten täytyy selvittää ensin itselleen, mitä todisteita he pystyisivät esittämään ja mitä todisteita he lopulta aikovat esittää pääkäsittelyssä. Todistelumahdollisuuksien kartoittaminen edeltää lopullisten todisteiden ilmoittamista.¹⁰

⁹ Ks. HE 1990:15 s. 50: »Todisteella tarkoitetaan tässä kohdassa suullisen ja kirjallisen todisteen lisäksi todisteena käytettävää esinettä»; s. 56: »esimerkiksi jokin asiakirja tai todistaja»; sekä s. 66: »Todisteella tarkoitetaan kirjallisia todisteita, todistajia sekä esineitä.» Ks. myös Ekelöf V s. 32: »»Uppgivandet» av ett vittnesbevis sker sålunda inte genom uppgift om vad vittnet har att berätta utan om dennes namn och bostadsadress.»

¹⁰ Asianosaisen kannattaa aina arvioida omat näyttömahdollisuutensa jo ennen prosessiin lähtemistä ja taktiikan valintaa siinä, mikä edellyttää ainakin kolmen kysymyksen asettamista: a) mistä seikoista asianosaisella on todistustaakkaa, b) millaista näyttöä

Todisteiden »etsiminen» tässä mielessä voidaan jäsentää kahteen osaan: todisteen olemassaolon selvittämiseen ja alustavaan selonottoon sen sisällöstä. Ensimmäiseksi asianosaisen on luonnollisesti selvitettävä, mitä mahdollisesti relevantteja todisteita on ylipäättään olemassa. Tämä problematiikka koskee riita-asioissa lähinnä asiakirjoja, joskus myös esineitä, koska niiden olemassaolo saattaa olla epäselvää: onko esimerkiksi tietyistä neuvotteluista laadittu muistiot? Toiseksi asianosaisen on yleensä syytä ottaa alustavasti selvää todisteen sisällöstä, jotta sen mahdollinen merkitys jutussa saadaan selville; samalla saattaa tulla esille muita mahdollisesti relevantteja todisteita. Tämä problematiikka taas koskee lähinnä henkilötodisteita, koska asiakirjat ja esineet asianosainen voi käydä itse alustavasti läpi, jos ne ovat hänen hallussaan. Tässä todisteiden »etsimisellä» tarkoitetaan sekä mahdollisten todisteiden *olemassaolon kartoittamista* että niiden *sisällön alustavaa selvittämistä* ennen varsinaista todistelua pääkäsittelyssä.

Siviiliprosessissa lähtökohta on selvä: asianosaisten on etsittävä ja alustavasti tutkittava esitettävissä olevat todisteet oikeudenkäynnin ulkopuolella omin toimin. Voidaan puhua asianosaisten *yksityisistä tutkimuksista*.¹¹ Jos asianosaisella on lainopillinen avustaja tai asiamies, yksi tämän keskeisimmistä tehtävistä onkin sen selvittäminen, mitä näyttöä hänen päämiehensä eduksi on jutussa esitettävissä.¹² Ensisijainen tietolähde on päämies itse tai oikeushenkilön edustaja, jolla on parhaat tiedot asiasta, mutta tietoja mahdollisista todisteista voidaan saada muiltakin henkilöiltä.¹³ Toiseksi asiamiehen tulee ottaa alustavasti selkoa esille tulleen näytön pääpiirteistä sisällöstä. Asiamiehen tulee käydä läpi asiakirjat ja esineet sekä tiedustella alustavasti mahdollisilta todistajilta, mitä he asiasta tietävät. Mahdollisen näytön läpikäyminen on välttämätöntä, jotta asiamies pystyisi arvioimaan, ovatko todisteet merkityksellisiä jutussa ja onko päämiehen edun mukaista esittää todisteet pääkäsittelyssä.¹⁴

se edellyttäisi ja c) mitä kustannuksia siitä aiheutuisi, ks. Andersen – Werlauff s. 113 ja 201 s. Ks. myös Ekelöf – Boman IV s. 19 s, Unmack Larsen s. 71 s, Tjur s. 19–22 ja 26–32 sekä Michelsen s. 23–28, joka käyttää termiä »forberedende forberedelse».

¹¹ Tällainen oikeudenkäynnin ulkopuolinen, asianosaisten yksityinen toiminta jää prosessilain sääntelyn ulkopuolelle. Sen sijaan toimintaa saattaa säännellä esim. asianajaja-oikeus.

¹² Ks. esim. Ylänkö s. 46, jonka mukaan asianajajan toimimisvelvollisuuteen kuuluu mm. asiaan perehtyminen, joka tarkoittaa mm. asiaan vaikuttavien tosiseikkojen selvittämistä.

¹³ Ks. esim. Ylänkö s. 46–48. Esim. kokemussäännön ollessa todistusteemana saat-
taa olla syytä turvautua kyseisen teknisen- tms. alan asiantuntijoihin.

¹⁴ Asiamies on velvollinen ajamaan päämiehensä etua lakia ja hyvää asianajajatapaa

Esimerkiksi *mahdollisten todistajien alustava haastattelemine*n etukäteen oikeudenkäynnin ulkopuolella asiamiehen toimesta on sekä sallittua että yleensä päämiehen edun mukaista.¹⁵ Tämä koskee myös ns. vastapuolen todistajaksi nimeämältä henkilöltä, mitä tämä tietää asiasta, mutta asianajaja ei saa pyrkiä sopimattomasti vaikuttamaan todistajaan (HAO 43 § ja arg. OK 17:33; »there is no property in a witness«).¹⁶ Vältettäviä lienevät myös johdattelevat kysymykset, koska kysymys ei ole kontradiktorisesta todistajan vastakuulustelusta tuomioistuimessa (arg. e contrario OK 17:33.5).¹⁷ Informaation on siis välityttävä pelkästään todistajalta asiamiehelle eikä päinvastoin.

Tällainen todistajien alustava haastattelemine oikeudenkäynnin ulkopuolella ei kuitenkaan ole ongelmaton. Ensinnäkin haastattelusta puuttuu kokonaan kontradiktorisuus, mikä saattaa herättää vastapuolella ja tuomioistuimessa epäilyjä sopimattomasta vaikuttamisesta todistajaan. Puute voitaisiin korjata sillä, että myös vastapuolen asiamies kutsuttaisiin paikalle tärkeimpiä todistajia alustavasti haastateltaessa.¹⁸ Toiseksi haastattelu saattaa tosiasiallisesti vaikuttaa todistajan kertomukseen, koska todistajan voi olla oikeudenkäynnissä vaikea poiketa asiamiehelle kertomastaan, vaikka tähän olisi syytä. Todistajan ensimmäinen kertomus on yleensä paras kertomus. Tällaisessa etukäteishaastattelussa onkin noudatettava erityistä varovaisuutta. Varsinaiseen todistajan kuulusteluun ei tule pyrkiä, vaan ainoastaan alustavasti tiedustella, mitä todistaja pääpiirteissään tietää asiasta.

noudattaen. Asiamies on (ilman päämiehen lupaa) vaitiolovelvollinen siitä, mitä päämies on hänelle asian ajamista varten uskonut (OK 17:23.1:n 4 kohta). Asianajajan totuusvelvollisuudesta ks. HAO 42 § ja Peltonen 1985 erit. s. 52–64, joiden mukaan asianajaja ei pääsääntöisesti ole velvollinen ilmoittamaan päämiehelleen epäedullisia todisteita. Ks. myös Ekelöf – Boman IV s. 201. Ääritilanteessa vastapuolen 'auttaminen' saattaisi merkitä päämieheen nähden luottamusaseman väärinkäyttämistä (RL 36:5), ks. HE 1988:66 s. 137 ja Pekka Viljanen DL 1997 s. 549.

¹⁵ Ks. Peltonen 1985 s. 54 ja Wiklund s. 547 s vrt. Ylänkö s. 46–48. Ks. myös Ekelöf V s. 17 ja 34 s sekä Jokela LM 1994 s. 152 s ja Liljenfeldt DL 1994 s. 167 s.

¹⁶ Ks. Ylöstalo s. 153 av 48. Vrt. Suojanen s. 425, jonka mukaan määräys tulee uudessa siviiliprosessissa jäämään merkityksettömäksi. Ks. myös Ruotsin osalta Wiklund s. 547–557, Wenne s. 72 s ja Heuman 1990 s. 140 s sekä Norjan osalta Tjur s. 29 ja Michelsen s. 26 s. Englannissa solicitor selvittää faktat ja esittää ne barristerille; solicitor voi haastatella myös »vihamielisiä» todistajia, ks. Zander s. 43–45 ja Kiralfy s. 214 sekä myös Yhdysvaltojen osalta Kaplan – Clermont s. 6 s.

¹⁷ Ks. säännöksestä HE 1995:82 s. 147 s. Oikeudenkäynnissä juuri vastakuulustelu on merkittävä keino selvittää, missä määrin todistajan pääkuulustelussa kertoma vastaa totuutta.

¹⁸ Ks. myös Wiklund s. 554.

Tässä yhteydessä asetettava keskeinen kysymys on, edesauttaako riita-asian valmistelu tuomioistuimessa jollakin tavalla tätä viime kädessä asianosaisten vastuulla olevaa todisteiden etsimistä ja niiden sisällön alustavaa selvittämistä. Jo periaatteellisella tasolla vastaus on Suomessa *kielteinen*: dispositiivisen riita-asian valmistelu tuomioistuimessa ei ole riita-asian 'esitutkintaa'.¹⁹ Tuomioistuin ei suorita riita-asiassa omia tutkimuksiaan eikä se voi juurikaan auttaa asianosaisen yksityisiä tutkimuksia esimerkiksi käyttämällä prosessuaalisia pakkokeinoja.²⁰ Voidaan siten hiukan poleemisesti sanoa, että dispositiivisessa riita-asiassa asianosainen on (mahdollisine lainopillisine avustajineen tai asiamiehineen) varsin yksin näyttöongelmiensa kanssa. Ongelma tulee kärjistetympänä esille juuri riita-asian valmisteluvaiheessa, koska valmistelun päättämisen jälkeen asianosainen ei lähtökohtaisesti enää saa vedota uuteen todisteeseen (OK 6:9).

6.2.2 Asiakirjan ja esineen ilmoittamis- ja esittämisvelvollisuudesta

a. Erityisen ongelmallinen asianosaisen asema on silloin, kun asianosaiselle edullinen todiste, lähinnä asiakirja, on *vastapuolen* hallussa tai ainakin hänen tiedossaan, mutta asianosainen itse ei todisteesta tiedä eikä vastapuoli ilmoita itselleen epäedullista todistetta.²¹ Oikeudenkäymiskaari sisältää kyllä säännöstöjä, joiden nojalla todiste saadaan viime kädessä pakkoa käyttämällä esitetyksi tuomioistuimelle. Esimerkiksi kirjallinen todiste voidaan määrätä esitettäväksi tarvittaessa sakon tai täytäntöönpanon uhalla (OK 17:15). Nämä säännöt toimivat kuitenkin vain silloin, kun asianosainen jo tietää todisteen olemassaolosta ja osaa sen näin ollen ilmoittaa valmistelussa sekä tehdä tuomioistuimelle editiovaatimuksen. Jos sen sijaan asian-

¹⁹ Myöskään indispositiivisten riita-asioiden valmistelu ei ole riita-asian tutkintaa, mutta tuomioistuimella on suurempi vastuu asian selvittämisestä kuin dispositiivisissa riita-asioissa.

²⁰ Asianosaisen tueksi ei ole osoitettu riita-asiassa mitään muutakaan yleistä viranomaistahoa, joka avustaisi asian selvittämisessä ennen oikeudenkäyntiä tai sen aikana. Materiaalisella lainsäädännöllä on kuitenkin eri aloille perustettu viranomaisia, jotka voivat auttaa yksittäistä asianosaista asian selvittämisessä. Tyypiesimerkkinä mainittakoon kuluttaja-asiat, joissa kuluttaja voi saada apua kuluttajaviranomaisilta.

²¹ Vrt. rikosprosessiin, jossa virallisen syyttäjän on objektiivisuusperiaatteen mukaisesti ilmoitettava myös vastaajalle edulliset todisteet, ks. HE 1995:82 s. 64 ja Jokela 1997 s. 189.

osainen ei todisteesta tiedä, se jää todennäköisesti lopullisesti oikeudenkäynnissä esittämättä.

OK 5 lukuun sisältyy nykyisin yksi tässä suhteessa mielenkiintoinen säännös kirjallisen todisteen ja esineen *ilmoitusvelvollisuudesta*: luvun 21.2 §:n mukaan asianosaisen on vastapuolen pyynnöstä – ei siis automaattisesti – ilmoitettava, onko hänen hallussaan sellainen vastapuolen mainitsema kirjallinen todiste tai esine, jolla voi olla merkitystä asiassa. Hallituksen esityksen mukaan säännöksen tarkoitus on oikeudenkäynnin nopeuttaminen.²² On kuitenkin vaikeata nähdä, miten kyseinen säännös ainakaan merkittävästi voisi nopeuttaa oikeudenkäyntiä. Sen sijaan sen merkitys asian selvittämiseksi on ilmeinen. Asianosainen voi säännökseen vedoten saada tiedon vastapuolen hallussa olevasta kirjallisesta todisteesta tai esineestä, jolloin hän voi myös tarvittaessa pyytää tuomioistuimelta todistetta koskevaa editiomääräystä.²³ Ilmoitusvelvollisuuden kohteena olevalla todisteella on oltava mahdollista näytöllistä relevanssia jutussa eli todisteella on voitava olla »merkitystä asiassa». Kynnys on matala; riittävää on, että todisteella saattaa olla näyttöarvoa jollekin relevantille ja näyttöä kaipaavalle seikalle jutussa.²⁴

Käytännössä OK 5:21.2:n merkitys ei kuitenkaan liene kovin suuri. Ensinnäkin se koskee eri todistuskeinoista ainoastaan kirjallisia todisteita ja katselmusesineitä. Vastapuolen ei tarvitse säännöksen perusteella ilmoittaa, ketkä henkilöt esimerkiksi suuressa yrityksessä saattaisivat tietää jotakin asiaan vaikuttavaa.²⁵ Toiseksi säännöksen laiminlyöntiin ei liity mitään erityistä sanktiota. Tuomioistuimen antamaa, OK 5:21.2:n mukaista ilmoittamismääräystä ei de lege lata voitane tehostaa esimerkiksi asettamalla uhkasakko eikä sitä voida panna ulosottomiehen toimesta täytäntöön (vrt. 17:15.3). Tuomioistuimen antaman ilmoittamismääräyksen laiminlyönnillä ilman pätevää syytä saattaa kuitenkin olla ja sille tulee antaa merkitystä todisteena laiminlyöjää

²² Ks. HE 1990:15 s. 67: »Säännöksellä pyritään nopeuttamaan valmistelua siten, että sen avulla asianosainen pystyy arvioimaan asiaan liittyvän käytettävissä olevan todistusaineiston.»

²³ Ks. myös HE 1990:15 s. 67: »Tällä tavoin asianosainen saisi tiedon vastapuolen hallussa olevasta asiaan vaikuttavasta aineistosta, johon vastapuoli ei ole vedonnut.»

²⁴ Ilmoitusvelvollisuus ei voine koskea todistetta, joka on jonkin (ehdottoman) todistamiskiellon alainen, koska tällöin ko. todisteella ei voisi olla merkitystä asiassa, koska sitä ei voitaisi esittää.

²⁵ Nähtävästi kysymyksessä on lainsäätäjän tietoinen valinta, koska muissa OK 5 luvun säännöksissä puhutaan johdonmukaisesti »todisteista» yleensä. Säännöksen analoginen soveltaminen todistajiin ei liene mahdollista.

vastaan (17:5).²⁶ Myös OK 21:5:n mukainen kuluvastuu saattaa aktualisoitua.²⁷

Kolmantena rajoituksena on edelleen, että ilmoitusvelvollisuus on ainoastaan asianosaisella ja että se koskee ainoastaan hänen hallussaan olevaa todistetta; ilmoitusvelvollisuutta ei ole asianosaispiirin ulkopuolisella kolmannella taholla eikä se koske kolmannen hallussa olevaa todistetta. Näiden edellytysten laaja tulkinta on kuitenkin perusteltua. Asianosaiseen rinnastunee myös epäitsenäinen väliintulija sen jälkeen, kun väliintulo on tapahtunut (18:10). Hallinta taas käsittäänee myös tilanteet, joissa todiste on asianosaisen määräysvallassa olematta fyysisesti hänen hallussaan.

Neljäntenä ja olennaisimpana rajoituksena on kuitenkin, että pyynnön esittäjän täytyy *yksilöidä* se todiste, jonka osalta hän ilmoitusta pyytää. Yksilöintivaatimus ilmenee suoraan lakitekstistä: vastapuolen »mainitsema» kirjallinen todiste.²⁸ Asianosaisen on siis itse asiassa jo etukäteen tiedettävä todisteesta, jolloin hän voi säännöksen mukaisen pyynnön esittämällä selvittää todisteen hallinnan; ilmoitusvelvollisuus kohdistuu tällöin todisteen hallinnan eikä sen olemassaolon selvittämiseen. Vaatimus todisteen yksilöinnistä merkitsee, että asianosainen ei voine menestyksellisesti pyytää vastapuolelta ilmoitusta hyvin väljästi määritellyistä, esimerkiksi ylipäänsä juttuun tai tiettyyn todistusteemaan liittyvistä taikka tietyntyypisistä kirjallisista todisteista, joita vastapuolella mahdollisesti on hallinnassaan, vaan asiakirjat on yksilöitävä pyynnössä riittävästi.

Mikä sitten on riittävää yksilöintiä? Problematiikka edellyttää asiakirjan esittämisen eli editiovelvollisuuden analysointia.²⁹ OK 5:21.2:lla ei ole muutettu asiakirjan editiovelvollisuuden sisältöä ja toteuttamista, joita koskevat säännökset (OK 17:12–17) ovat edelleen pääosin vuoden 1948 asussa. Sen paremmin lakitekstistä kuin esitöistäkään ei ilmene, että OK 5:21.2:lla olisi tarkoitettu perustaa esittamisvelvollisuutta väljempi ilmoittamisvelvollisuus.

²⁶ Ks. OK 17:5:stä Aalto LM 1967 erit. s. 740 s. OK 5:21.2:n mukaisen pyynnön voidaan tällöin sanoa olevan prosessuaalinen provokaatio, jonka seurauksena vastapuolelle aiheutuu haittaa, jos hän laiminlyö määräyksen noudattamisen. Ks. myös Heuman 1990 s. 142, Brolin ym. s. 95, Gomard s. 423–425, Andersen – Werlauff s. 187–189 ja Hov s. 99.

²⁷ Ks. HE 1990:15 s. 67: »Jos ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönnistä on aiheutunut oikeudenkäynnin pitkittäminen, se on otettava huomioon oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta päätettäessä.»

²⁸ Ks. myös HE 1990:15 s. 67: »vastapuolen yksilöimä piirustus».

²⁹ Tässä lausuttu koskee mutatis mutandis myös esineitä (OK 17:57). Ks. esim. *NJA* 1992 s. 307, jossa Ruotsin televisioyhtiö veloitettiin esittämään leikkaamaton alkupe-räiskappale televisiossa osittain esitetystä nauhoituksesta.

Säännöstoilla onkin funktionaalinen yhteys: OK 5:21.2:n avulla pystytään selvittämään, onko vastapuolen hallussa sellainen asiakirja, jonka osalta voitaisiin esittää editiovaatimus. OK 5:21.2 asettanee siten ilmoittamispyynnölle editiovaatimusta vastaavan asiakirjan yksilöintivaatimuksen.³⁰

On syytä huomata, että editiovelvollisuus voi olla paitsi tässä lähemmin tarkastellulla yleisellä prosessuaalisella (17:12), myös materiaalisella perusteella (17:13).³¹ Tietyllä asianosaisella saattaa materiaallisen erityislainsäädännön perusteella olla yleinen tietojensaantioikeus vastapuolelta oikeudenkäynnin ulkopuolella, jolloin asianosainen voi vedota vastapuolen velvollisuuteen myös oikeudenkäynnissä. Vastapuolella saattaa siis olla prosessuaalista laajempi ilmoittamis- ja/tai esittämisvelvollisuus oikeudenkäynnissä materiaalisella perusteella (arg. OK 5:21.2 ja 17:13: »sallimaan toisen saada siitä tiedon»). Näihin mahdollisiin erityissääntelyihin ei tässä yhteydessä voida mennä.

b. On siis syytä kysyä, mikä on editiosäännösten yksilöintiedellytys eli *kuinka yksilöity* editiovaatimuksen tulee olla, jotta sen perusteella voitaisiin antaa editiomääräys?³² Kielellisesti editiosäännösten ilmaukset viittavat tiettyyn, yksilöityyn asiakirjaan: OK 17:12.1:n mukaan, jolla on »asiakirja» hallussaan, olkoon velvollinen, kun voidaan olettaa »asiakirjalla» olevan merkitystä todisteena, tuomaan »sen» oikeuteen. Lainvalmistelutöissä ja oikeuskirjallisuudessa on puhuttu asiakirjasta kysymystä nähtävästi enemmän problematisoimatta.³³ Samoin ainakin julkaistuissa ratkaisuissa (ks. esim. KKO 1977 II 15, 1966 II 14 ja 1950 II 354) on ollut kyse yksilöidyistä asiakirjoista, joskaan yksilöintikysymykseen ei ole otettu nimenomaisesti kantaa.

Edelleen voidaan viitata varumaan, jonka Suomi on tehnyt Haagin vuoden 1970 yleissopimukseen todisteiden vastaanottamisesta ulkomailla siviili- tai kauppa-oikeudellisissa asioissa. Yleissopimuksen 23 artiklan mukaan

³⁰ Painava argumentti tätä kantaa vastaan ei ole se, että säännökset on säädetty eri aikaan. OK 5:21.2:n ilmeinen esikuva on nimittäin RB 42:8.1:n säännös, joka on sisällöltään edelleen samanlainen kuin vuoden 1948 laissa vähäistä kielellistä modernisointia lukuunottamatta, ks. SOU 1938:44 s. 432, Gärde ym. s. 589 ja Prop 1986/87:89 s. 195 s. Ruotsin oikeuskirjallisuudessa tätä säännöstä ei juuri ole tulkittu mutta sen yhteyteen editiosäännösten kanssa on viitattu, ks. Ekelöf V s. 33 ja Fitger s. 42:29. Ks. myös Lindblom SvJT 1996 s. 820 s, jonka mukaan säännös on »osanktionerad, oanvänd och okommenterad».

³¹ Oikeuskäytännöstä (melko iäkkäästä) viimeksi mainitun osalta ks. esim. KKO 1930 II 257, 1945 II 207, 1962 II 48 ja 94 sekä 1966 II 14.

³² Editiosta yleisesti ks. Tirkkonen 1949 s. 73–93 ja Sp II s. 158–166 sekä Ekelöf – Roman IV s. 216–221.

³³ Ks. HE 1945:137 s. 1, Tirkkonen 1949 s. 73 ss ja Sp II s. 158 ss.

sopimusvaltio voi selittää, että se ei tule suostumaan oikeusapupyyntöihin, joiden tarkoituksena on toteuttaa Common Law -maissa tunnettu »pre-trial discovery of documents».³⁴ Suomen tekemän varauman mukaan Suomi ei suostu yleissopimuksen 23 artiklassa tarkoitettuun oikeusapupyyntöön, jonka tarkoituksena on toteuttaa Common Law -maissa sovellettu »pre-trial discovery of documents» -menettely, siltä osin kuin pyydetään jonkun velvoittamista: 1) ilmoittamaan hallussaan olevat tai olleet asiakirjat, joilla on merkitystä siinä asiassa, jota oikeusapupyyntö koskee; tai 2) esittämään muita kuin oikeusapupyynnössä erikseen mainittuja asiakirjoja, joiden voidaan olettaa todennäköisesti olevan hänen hallinnassaan (A 210/82 yleissopimuksen (SopS 37/76) soveltamisesta 5 §).

Suomi ei siis anna yleissopimuksen nojalla oikeusapua, jos editiovaatimus on yksilöimätön; tällainen oikeusapupyyntö pysähtyisi 5 artiklan mukaisesti ilmeisesti jo oikeusministeriöön.³⁵ Varauma on argumentti myös kotimaisen editiosäännösten tulkinnassa: jos yksilöimätön editiovaatimus ei voi menestyä oikeusaputeitse, on vaikea nähdä, miten se voisi menestyä myöskään täysin kotimaisessa prosessissa, jossa ei edes tunneta common law -maissa sovellettua discovery of documents -menettelyä.³⁶

Suomen OK:n editiosäännösten varsin samansisältöisinä esikuvina olivat Ruotsin RB:n vastaavat säännökset. Myös RB:n säännöksillä näyttää tarkoitetun tiettyä yksilöityä asiakirjaa tai asiakirjoja ja näin sääntely on ymmärretty vakiintuneesti myös Ruotsin oikeuskirjallisuudessa.³⁷ Viime vuosina yksilöintivaatimusta on kuitenkin Ruotsissa esitetty lievennettäväksi. Yksilöintivaatimuksesta tinkimistä on esittänyt ennen muuta *Heuman*, jonka

³⁴ Artiklan taustasta ks. Ristau s. 229, joka kirjoittaa mannermaisten valtioiden delegaattien suhtautumisesta Yhdysvaltojen discovery-järjestelmään: »Almost all civil law delegates were conversant with the English expression »fishing expedition». It therefore followed that their States had to decline lending judicial aid to such searches for potential evidence by prospective plaintiffs.»

³⁵ Alun perin Suomen varauma oli ehdoton (A 574/76): »Suomi ei tule suostumaan 23 artiklassa tarkoitettuihin oikeusapupyyntöihin, joiden tarkoituksena on toteuttaa Common Law -maissa tunnettu »pre-trial discovery of documents».» Hallituksen esityksessä varaumasta ei kuitenkaan mainittu mitään, ks. HE 1975:78 erit. s. 4. Varaumaa rajoitettiin Yhdysvaltojen edustajien kanssa käytyjen keskustelujen jälkeen em. lisäehdoilla vuonna 1980 (A 791/80); saman rajoituksen tekivät Ruotsi ja Tanska. Lähes kaikki sopimusvaltiot ovat tehneet 23 artiklan tarkoittaman varauman ja suurimmalla osalla varauma on ehdoton, ks. Ristau s. 228–233 ja Born s. 898 s. – Menettelystä Suomen tuomioistuimessa oikeusapuasiassa ks. UlkApuL I luku ja Möller 1980 s. 81–87 sekä Ruotsin osalta Bogdan s. 293 s.

³⁶ Ks. siitä tarkemmin jäljempänä jaksossa 8.2.

³⁷ Ks. SOU 1938:44 s. 412 s, Gärde ym. s. 529 s ja Ekelöf IV s. 179.

mukaan oikeuskäytännössä on hyväksytty myös editiovaatimus koskien yksilöityä todistusteemaa tai yksilöityä asiakirjatyyppejä. Heumanin viittaama oikeuskäytäntö on kuitenkin vähälukuista ja varsin iäkästä.³⁸ Heumanin kanta ei näytä ainakaan sellaisenaan tulleen Ruotsin oikeuskirjallisuudessa hyväksytyksi. *Boman* suhtautuu kysymykseen ilmeisesti epäilevämmän ja katsoo, että asiakirja täytyy ilmoittaa joka tapauksessa niin selvästi, että editiomääräyksen täytäntöönpano on mahdollinen.³⁹ Myös *Fitger* vaikuttaa edelleen olevan melko traditionaalisella kannalla, joskin hän viittaa Heumanin esitykseen.⁴⁰

Norjassa on katsottu vakiintuneesti, että editiovaatimus täytyy yksilöidä koskemaan tiettyä asiakirjaa tai asiakirjoja (»bestemt angitte dokumenter«).⁴¹ Yksilöintiedellytyksestä on *Norjassa* syntynyt runsas oikeuskäytäntö, jossa sitä on sovellettu yleensä melko ankarasti. Ratkaisuissa *Rt. 1953 s. 1084* ja *1959 s. 379* hylättiin yksilöimättömänä vaatimus kahden tahon välisen, tiettyä asiaa koskevan koko kirjeenvaihdon esittämisestä. Ratkaisussa *Rt. 1962 s. 367* hylättiin yksilöimättömänä editiovaatimus, joka koski kaikkea tietyn henkilön hallussa olutta, tiettyyn asiaan liittyvää asiakirjamateriaalia.⁴² Yksilöimättömäksi on katsottu myös vaatimus, että asianajaja määrättäisiin esittämään kaikki tiettyyn asiakkaaseensa liittyvät asiakirjat tämän kuolinpesälle (*Rt. 1983 s. 430*, erit. s. 439 s); tällöin salassapitokysymys ei vielä aktualisoitunut. Uudemmassa oikeuskäytännössä yksilöimättöminä on pidetty vaatimuksia siitä, että asian selvittämiseksi esitettäisiin kirjanpito vastapuolena olleen yhtiön koko toiminnasta vuosilta 1986–87 (*Rt. 1990 s. 1034*), yhtiön koko arkistoitu kirjeenvaihto erään toisen yhtiön kanssa (*Rt. 1993 s. 1105*) tai yhtiön kaikki arkistot vuosilta 1980–1985 (*Rt. 1994 s. 932*).⁴³

Uudemmassa oikeuskäytännössä on kuitenkin myös toiseen suuntaan osoittavia ratkaisuja. Tapauksessa *Rt. 1991 s. 183* vastapuoli vel-

³⁸ Ks. Heuman 1989/90 s. 13 ss sekä ratkaisut *NJA 1953 s. 19*, jossa vastaajayhtiö velvoitettiin esittämään tiettyjen laitteiden valmistus- ja myyntimäärät tietyltä ajalta sisältävä ote kirjanpidostaan, ja *NJA 1959 s. 230*, jossa HD hylkäsi editiovaatimuksen, koska hakija »har ej närmare angivit vare sig de omständigheter hon vill styrka eller de handligar hon anser därvid vara av betydelse».

³⁹ Ks. Ekelöf – *Boman* IV s. 220 s.

⁴⁰ Ks. *Fitger* RB s. 38:6 s.

⁴¹ Ks. oikeuskäytännöstä *Rt. 1936 s. 977* ja *Rt. 1987 s. 1415* sekä kirjallisuudesta Eckhoff s. 139 ja Hov s. 405 s.

⁴² *Norjan* korkein oikeus lausui perusteluissaan mm.: »Dette er en kollektivbetegnelse som innebærer, at de dokumenter som faller innenfor dennes ramme skal fremlegges uten hensyn til om det enkelte dokument har noen bevisverdi eller etter sitt innhold ikke kan kreves fremlagt.»

⁴³ Ks. myös *Rt. 1987 s. 899* ja *1993 s. 1088*.

voitettiin esittämään kaikki kuljetustoimeksiantoasiakirjat vuodesta 1986 vuoteen 1989; perusteluissa todettiin mm., ettei ratkaisevaa merkitystä voitu antaa sille, että kysymys oli suuresta määrästä asiakirjoja tai että asiakirjojen esittäminen saattoi aiheuttaa suuria kustannuksia. Tapauksessa *Rt. 1992 s. 962* vastapuoli velvoitettiin esittämään erään yhtiön kirjanpito sen perustamisesta vuodesta 1986 lähtien vuoteen 1989; perusteluissa todettiin mm., että harkittaessa yksilöintiedellytyksen täyttymistä huomiota oli kiinnitettävä myös siihen, oliko tarkempi yksilöinti mahdollinen. Yksittäistapauksen erityisolosuhteiden perusteella yksilöintiedellytyksestä voidaan siis Norjassa nähtävästi tinkiä huomattavastikin.

Myös *Tanskassa* editiovaatimukselta on edellytetty tiettyä täsmällisyyttä.⁴⁴ Niukasta oikeuskäytännöstä voidaan mainita tapaus *UfR 1968.608 H*, jossa hylättiin vaatimus vastapuolen pitkäaikaissopimusten ja kirjanpitomateriaalin esittämisestä tutkimusluonteista läpikäymistä varten. Toisaalta tapauksessa *UfR 1981 s. 39 H* hammaslääkäri velvoitettiin esittämään tilintarkastajan laatima selvitys liikevaihdoistaan ja potilasmääristään hieman yli vuoden ajalta. Edelleen tapauksessa *UfR 1993 s. 189* vuokranantaja velvoitettiin esittämään kaikki kyseisen kauppaeskuksen muut vastaavat vuokrasopimukset siltä osin kuin ne eivät olleet salassapitovelvollisuuden alaisia. Yksilöintiedellytystä vaikuttaa sovelletun *Tanskassa* jonkin verran väljemmin kuin Norjassa.

Suomen oikeuden osalta vallitsevan kannan voitaneen kokoavasti todeta olevan sen sisältöinen, että editiomääräys voi koskea vain yksilöityä asiakirjaa tai asiakirjoja.⁴⁵ Kysymys yksilöintiedellytyksestä ei kuitenkaan ole joko/tai -tyyppinen, vaan esitettäviksi vaadittavat asiakirjat on yksilöitävä *riittävästi*. Yksilöintiedellytyksen tähtyminen rajatapauksessa on ratkaistava viime kädessä kussakin yksittäistapauksessa punnitsemalla yhtäältä asianosaisen intressiä saada kyseiset todisteet esitettyä sekä toisaalta vastapuolen oikeusturvaa. Vastapuolen on tiedettävä riittävän tarkasti, mihin hän on velvollinen: editiomääräyksen on oltava niin yksilöity, että se voidaan tarvittaessa sanktioida uhkasakolla. Ääriajan muodostaa joka tapauksessa vaatimus editiomääräyksen täytäntöönpantavuudesta (OK 17:15.3).

Edelleen editiovaatimuksen on oltava niin yksilöity, että tuomioistuin pystyy sen perusteella arvioimaan, voidaanko yksittäisellä asiakirjalla olettaa olevan merkitystä todisteena asiassa (17:7 ja 12.1). Lisäksi mahdollisten todistuskieltojen, kuten liike- tai ammattisalaisuuden suojan (17:24.1) soveltaminen yksittäisiin asiakirjoihin edellyttää, että asiakirjat on yksilöity riittävästi. Toisaalta yksilöintiedellytystä ei voida asettaa niin korkealle, että sitä

⁴⁴ Ks. esim. Smith s. 149 (»vis bestemthed«).

⁴⁵ Ks. myös Andström s. 248 s.

ei käytännössä voitaisi saavuttaa, jolloin säännöstö menettäisi käytännön merkityksensä. Editiota pyytävän ei tarvitse tietää asiakirjojen yksityiskoh-
tia.⁴⁶ Vaatimus asiakirjojen riittävästä yksilöinnistä merkitsee, että pelkän asiakirjojen lajin tai niiden todistusteeman ilmoittaminen ei ainakaan normaalisti riitä yksilöintiedellytyksen täyttymiseksi de lege lata. Sen sijaan esimerkiksi asiakirjojen lajin ja todistusteeman ilmoittaminen täydennettynä joillakin lisäкитеereillä, kuten suppeahkolla aikavälillä, saattaa yksittäistapauksessa olla riittävää.⁴⁷

Esimerkiksi päätöksessä *Helsingin KO (5. os.) 10.1.1997 (94/22584)*⁴⁸ kantajayhtiö oli esittänyt editiovaatimuksen kaikista vastaajapankkien piirissä syntyneistä ja niiden hankkimista selvityksistä kantajayhtiön ja sen tytäryhtiöiden liiketoiminnasta ja taloudellisesta tilasta vuosilta 1990–1993. Todistusteemanä oli TakSL 5 §:n tarkoittama vastaajapankkien tietoisuus yhtiön taloudellisesta asemasta 30.9.1992 ja menettelyn sopimattomuudesta. Kantajayhtiön yrityssaneerausmenettely oli alkanut 22.10.1993. KO hylkäsi editiovaatimuksen yksilöimättömänä lausuen perusteluissaan muun muassa, että OK 17:12.1:n tarkoituksena ei ole antaa asianosaiselle mahdollisuutta selvittää, mitä tietyn seikan toteennäyttämiseksi merkityksellisiä asiakirjoja jollakin on hallussaan. KO katsoi, että OK 17:12:n editiovaatimus edellyttää, että vaatimus yksilöidään koskemaan tiettyä asiakirjaa eikä riittävänä ole pidettävä sitä, että vaatimus koskee tietentyyppejä asiakirjoja tai tietystä seikasta todisteena olevia asiakirjoja. Asiakirjan yksilöinnissä voidaan sinänsä käyttää hyväksi sen sisällön tai todistusteeman yksilöintiä. Tällä tavoin yksilöity vaatimus ei kuitenkaan voi kohdistua määrittelemättömään asiakirjajoukkoon tai kaikkiin vastapuolen hallussa oleviin asiakirjoihin.

Samassa asiassa (94/22584) Helsingin KO velvoitti myöhemmin 21.5.1997 antamassaan päätöksessä vastaajapankit esittämään kantajayhtiön tarkemmin yksilöimät asiakirjat. Vastaajapankit velvoitettiin tuomaan oikeuteen kantajayhtiöstä pankkitarkastusvirastolle (nykyiselle rahoitustarkastukselle) seuraavina ajankohtina tekemät, viraston määräyksen mukaiset ns. »suuret vastuut» -ilmoitukset (eräin liikesalaisuuksia koskevin rajoituksin): A Oy 26.3.1991, 30.9.1991, 29.2.1992, 31.8.1992 ja vuonna 1993, kuitenkin ennen 22.10.1993; B Oy kaikki vuonna 1991, 29.2.1992, muut vuonna 1992 ja vuonna 1993, kuitenkin ennen 22.10.1993; C Oy 28.2.1991, 31.8.1991, 29.2.1992, 31.8.1992

⁴⁶ Ks. myös Heuman JT 1995–96 s. 449: »Editionssökanden befinner sig i ett moment 22: För att få tillgång till den hemliga skriftliga informationen måste han känna till den hemliga informationens innehåll.»

⁴⁷ Esim. vaatimus pankissa tiettyinä kuukausina laadittujen, tiettyä asiakasta koskevien luottoasiakirjojen esittämisestä saattaa olla riittävästi yksilöity. – Kysymystä yksilöintivaatimuksen lieventämisestä de lege ferenda tarkastellaan jäljempänä jaksossa 8.3.3.

⁴⁸ Pääasia on tätä kirjoitettaessa edelleen vireillä KO:ssa.

ja vuonna 1993, kuitenkin ennen 22.10.1993; D Oy kaikki vuonna 1991, 28.–29.2.1992, 31.8.1992 ja vuonna 1993, kuitenkin ennen 22.10.1993; E Pankki 28.2.1991, 31.8.1991, 28.2.1992, 31.8.1992 ja vuonna 1993, kuitenkin ennen 22.10.1993.

Vastapuolen editiovelvollisuus voidaan turvata ennalta OK 7:3:n mukaisella yleisellä turvaamistoimella.⁴⁹ Yleisen turvaamistoimen määrääminen edellyttää kuitenkin vastaavasti, että asiakirja yksilöidään editiosäännösten tarkoittamin tavoin.⁵⁰ Ratkaisussa *Helsingin HO 6.2.1997 nro 333* (KKO: ei vl) esillä olleessa turvaamistomiasiasa A Oy oli kertonut, että sillä oli välimiesmenettelyssä, jossa B Oy oli vaatinut A Oy:ltä suoritusta 14.1.1991 allekirjoitetun lainasopimuksen perusteella, OK 17:12 ja 13 §:n nojalla oikeus saada A Oy, C Oy ja D Oy:n konkurssipesä velvoitetuksi esittämään niiden hallussa olevat lainaa ja sen vakuuksia selvittävät asiakirjat. Turvatakseen tarkoittamansa oikeuden A Oy vaati, että B Oy, C Oy ja D Oy:n konkurssipesä sakon uhalla velvoitetaan OK 7:3:ssä tarkoitettuna turvaamistoimena esittämään sen nimeämän KHT-tilintarkastajan tarkastettavaksi kirjanpito- ja luotto- ja vakuusasiakirjat, vakuusrekisterit, kirjeenvaihdon ja hallituksen pöytäkirjat ajalta 1.1.1991 – 31.5.1996, jotta tilintarkastaja voisi selvittää, mitä lainaa ja siitä annettuja vakuuksia koskevia asiakirjoja vastaajilla on ja mitä nämä asiakirjat sisältävät tarkastuksen kohteena olevista kysymyksistä. KO hyväksyi vaatimuksen ja antoi tämän sisältöisen määräyksen.

HO totesi päätöksessään, että A Oy:n vaatimus tarkoitti, että vastaajat turvaamistoimena velvoitettaisiin alistumaan menettelyyn, jossa A Oy:n nimeämä tilintarkastaja etsisi A Oy:n lukuun vastaajien hallusta niiden ja A Oy:n välisiä oikeustoimia koskevia yksilöimättömiä asiakirjoja mahdollisiksi todisteiksi B Oy:n ja A Oy:n väliseen oikeudenkäyntiin. HO katsoi, että kysymyksessä olisi sellainen kotirauhan ja liikesalaisuuden suojaa loukkaava kotietsintään rinnastuva menettely, johon ketään ei voida HM 8.3 §:stä ilmenevän periaatteen mukaisesti velvoittaa vastoin tahtoaan muutoin kuin lain nimenomaisella säännöksellä (HE 309/1993 vp. s. 54–55). Kun sellaisesta etsinnästä ei ole nimenomaisesti säädetty OK 7 luvussa eikä muussakaan laissa, HO katsoi, ettei A Oy:n vaatimaa määräystä saanut Suomen oikeusjärjestyksen mukaan antaa ja että KO määräyksen antaessaan oli ylittänyt toimivaltansa.

Esittämisvelvollisuutta koskevan kysymyksen selvittämiseksi asiakirjan haltijaa voidaan nimenomaisen säännöksen mukaan kuulustella tuomioistuimessa (OK 17:14; ns. *editiokuulustelu*).⁵¹ Kuulemisen tarkoitus on selvit-

⁴⁹ Ks. Havansi 1994 s. 67 s.

⁵⁰ Ks. myös Andström s. 251.

⁵¹ Kysymyksestä, voidaanko kuulustelu toimittaa jo valmistelussa, ks. jäljempänä jaksossa 6.4.1.

tää mahdollisesti valan nojalla, onko henkilöllä tiettyä asiakirjaa hallussaan ja onko hän sen velvollinen esittämään. Editiovaatimus voitaneen yksilöidä lopullisesti vasta tällaisen kuulustelun jälkeenkin. Kuulustelu voi nimittäin kirjallisuudessa esitetyn kannan mukaan koskea paitsi nimettyä asiakirjaa myös sitä, »onko hänellä yleensä sellaisia asiakirjoja, joita voitaisiin käyttää todisteina jutussa».⁵²

Jo ennen tällaista kuulustelua asiakirjat, joita kuulustelu koskee, on kuitenkin jossakin määrin yksilöitävä: kuulustelulla ei voitane pyrkiä selvittämään, mitä asiakirjoja asianosaisella tai kolmannella ylipäänsä on hallussaan. Riittävän yksilöinnin kynnyks on kuitenkin jonkin verran matalampi kuin lopullisen editiovaatimuksen ja -määräyksen kohdalla. Pelkästään prosessiekonomisista syistä (arg. OK 17:7) on vähintäänkin edellytettävä, että ennen kuulustelua selvitettävien asiakirjojen todistusteema ja laji on selvillä.

Edellä mainitussa asiassa *Helsingin KO 5. os. (94/22584)* kantaja vaati myös OK 17:14:n nojalla, että KO:ssa järjestetään todistajien kuulustelu, jossa tullaan kuulemaan todistajia siitä, mitä selvityksiä kantajayhtiön ja sen tytäryhtiöiden liiketoiminnasta ja taloudellisesta asemasta vastaajapankkien tai kuultavien tai todistajien hallussa on tai on ollut. Kantaja ilmoitti esittävänsä kuulustelun jälkeen vaaditulla tavalla yksilöidyn editiovaatimuksen. KO katsoi päätöksessään 5.3.1997 mm., että OK 17:14:n säännöstä ei voida sen sanamuodon mukaan tulkita siten, että siinä mainittua selvitystä voitaisiin esittää sen selvittämiseksi, mitä asiakirjoja asianosaisella tai kolmannella henkilöllä on ylipäänsä hallussaan. Asianosainen tai kolmas henkilö ei ole edes velvollinen ilmoittamaan hallussaan olevia asiakirjoja, joilla voi olla merkitystä todisteena. Esitutinnan kaltainen menettely, jonka avulla asianosaisella olisi valmistelussa prosessuaaliset keinot selvittää, mitä todisteena merkityksellisiä asiakirjoja asianosaisella tai kolmannella on hallussaan, ei ole Suomen oikeusjärjestyksen mukainen. KO katsoi, että OK 17:14:ssä tarkoitettua selvitystä voidaan esittää vain siinä tapauksessa, että asianosainen on tehnyt asiakirjan esittämistä koskevan yksilöidyn vaatimuksen. KO hylkäsi kantajan pyynnön.

Voidaan siten todeta kokoavasti, että Suomen voimassa oleva prosessi-oikeus ei juurikaan anna asianosaiselle prosessuaalisia pakkokeinoja, joilla tämä voisi riita-asian valmistelussa saada selville itselleen ennalta tuntemattomien kirjallisten todisteiden tai esineiden olemassaolon – muista todistuskkeinoista puhumattakaan. Asianosainen on lähinnä omien yksityisten tutki-

⁵² Tirkkonen Sp II s. 162 ja 1949 s. 83. Ruotsin osalta samoin SOU 1938:44 s. 415 (vrt. SOU 1926:33 s. 160 s), Ekelöf – Boman IV s. 221, Fitger s. 38:12 s sekä sallivimmin Heuman JT 1989/90 s. 16 ss ja JT 1995/96 s. 449.

mustensa varassa. Tämä saattaa aiheuttaa ongelmia paitsi myöhemmän tuomion materiaaliselle oikeellisuudelle myös valmistelun tehtävien toteutumiselle.⁵³ – Mahdollisuuksia ottaa selvää todisteiden sisällöstä eli ottaa lähinnä suullista todistelua vastaan jo valmisteluvaiheessa tarkastellaan erikseen jäljempänä jaksossa 6.4.

6.3 Todisteiden ilmoittaminen valmistelussa

6.3.1 Ilmoittaminen valmistelun eri vaiheissa

Riita-asian valmistelu on monivaiheinen, aikaa vievä ja dynaaminen prosessi. Valmistelu alkaa, kun haastehakemus saapuu käräjäoikeuden kansliaan, jolloin asia tulee vireille tuomioistuimessa (OK 5:1.2).⁵⁴ Asianosaisten näkökulmasta asian valmistelu on kuitenkin tosiasiallisesti alkanut jo tätä aikaisemmin: kantaja on valmistellut asiaa viimeistään laatiessaan haastehakemusta ja jo tätä ennen asianosaisten välillä on normaalisti käyty neuvotteluja.⁵⁵ Pääkäsittelyyn saakka etenevissä asioissa valmistelu tuomioistuimessa päättyy, kun tuomioistuin toteaa valmistelun päättyneeksi ja siirtää asian pääkäsittelyyn. Tällöin mm. sen, mitä todisteita tullaan esittämään ja mitä kullakin todisteella aiotaan näyttää toteen, on oltava selvitettyä (5:28.1 ja 19 §:n 3 kohta). Tämä muodostaa todisteiden ilmoittamisen viimeisen takarajan. Valmistelun dynaaminen elementti on kuitenkin otettava tässä tarkasteluun mukaan kysymällä, missä valmistelun tätä edeltävässä vaiheessa todisteet tulee ilmoittaa. Samalla on syytä pitää mielessä, että edellä jaksossa 5.3.2 katsottiin todistusteemojen ilmoittamisen seuraavan todisteiden ilmoittamista: yksilöity ja ainakin alustavasti täsmennetty teema on ilmoitettava samassa vaiheessa ja yhteydessä kuin kyseinen todistekin.

⁵³ Näiden näkökohtien oikeuspoliittisesta arvioinnista de lege ferenda ks. jäljempänä jaksossa 8.3.

⁵⁴ Valmistelun alkamista koskeva kohta lisättiin KKO:n ehdotuksesta, ks. KKO 1990 s. 387. Ks. asian vireille tulon merkityksestä kannemääräaikojen kannalta Lappalainen DL 1993 passim.

⁵⁵ Vaikka sovintoa ei saataisikaan aikaan, neuvotteluissa esitetyt kannanotot auttavat asianosaisia puolin ja toisin vaatimusten, perusteiden ja todisteiden esittämisessä, mikä helpottaa valmistelua tuomioistuimessa, koska jutussa ei tarvitse lähteä täysin 'tyhjältä pöydältä' liikkeelle. Esim. kantaja tietää jo haastehakemusta laatiessaan pääpiirteissään, mitä vastaväitteitä vastaaja tulee esittämään. Ekelöf onkin korostanut asianosaisten, lähinnä heidän asiamiestensä ennen oikeudenkäyntiä käymien neuvottelujen merkitystä valmistelun kannalta, ks. Ekelöf V s. 16–18.

Haastehakemuksen sisältö paitsi yksilöi jutun, myös muodostaa tärkeän perustan sen valmistelulle.⁵⁶ OK 5:2:n 3 kohdan mukaan kantajan on jo *haastehakemuksessaan* ilmoitettava mahdollisuuksien mukaan ne todisteet, jotka kantaja aikoo esittää.⁵⁷ Hallituksen esityksessä sanoja »mahdollisuuksien mukaan» ei vielä ollut, mutta sen perusteluista ilmenee, ettei ilmoittamisvelvollisuutta ollut alun perinkään tarkoitettu ehdottomaksi.⁵⁸ Eduskunnan lakivaliokunta lisäsi ilmauksen lakitekstiin seuraavin perusteluin: »Perustelujen mukaan todisteiden ilmoittamisvelvollisuus haastehakemuksissa ei ole ehdoton, jos esimerkiksi kantaja ei vielä tiedä, mihin todisteluun hän tulee nojautumaan, tai kun jutun luonne muuttuu. Säännöstekstistä ei kuitenkaan näy, että siinä tarkoitetaan ainoastaan asianosaisen sen hetkistä ennakkokäsitystä siitä todisteesta, jota hän aikoo käyttää pääkäsitellyssä.»⁵⁹

Voidaan siis kysyä, milloin kantajan on ilmoitettava todisteensa jo haastehakemuksessa. Lakitekstin ja esitöiden perusteella ilmoittamisvelvollisuus ei ole ehdoton, vaan aiotut todisteet on ilmoitettava mahdollisuuksien mukaan.⁶⁰ Toisaalta säännös ei anna kantajalle vapaata harkintaa, vaan jos edellytykset täyttyvät, todisteet on ilmoitettava. Ensinnäkin todisteet on ilmoitettava »mahdollisuuksien mukaan». Todistetta ei ole mahdollista ilmoittaa, jos kantaja ei vielä lainkaan tiedä todisteesta tai sen merkityksestä jutussa.

⁵⁶ Ks. Lappalainen s. 57 s. Ks. myös ns. individualisoimis- ja substantioimisteorioista Tirkkonen Sp I s. 449 s ja Sp II s. 6 s; kumpikaan ei edellyttänyt todisteiden ja todistusteemojen ilmoittamista.

⁵⁷ Jos sen sijaan kysymyksessä on 5:3:n mukainen ns. summaarinen asia, todisteita ei tarvitse ilmoittaa; haastehakemuksessa on kuitenkin täsmällisesti yksilöitävä se sopimus, sitoumus tai muu kirjallinen todiste, johon kantaja vetoaa (5:3). – Ruotsissa vaadittiin alun perin vain kirjallisten todisteiden ilmoittamista haastehakemuksessa ja vastauksessa, ks. SOU 1938:44 s. 429 ja 432; muutos toteutettiin vasta vuonna 1987, ks. Prop 1986/87:89 s. 190.

⁵⁸ HE 1990:15 s. 50: »Usein riitakysymys ja sen selvittämiseksi tarvittava todistelu on kantajan tiedossa jo haastehakemusta laadittaessa. Silloin kun vastaajan suhtautuminen on epäselvä tai kun kantaja ei muusta syystä vielä tiedä, mihin todisteluun hän tulee nojautumaan, todistetta ei ehdotuksen mukaan haastehakemuksessa tarvitse mainita.»

⁵⁹ LaVM 1990:16 s. 4 s. Vrt. kriittisesti Virolainen DL 1995 s. 337. Vrt. rikosprosessin osalta ehdoton ROL 5:3.1:n 7 kohta, josta HE 1995:82 s. 64: »Syytteen toteen näyttämiseksi tarvittava todistelu on virallisen syyttäjän tiedossa esitutkinnan perusteella jo haastehakemusta laadittaessa» (vrt. ROL 7:2.1:n 7 kohta).

⁶⁰ Yksi praktinen välttämättömyys on kuitenkin mainittava: jos kantaja velkomusasiassa haluaa itselleen sen edun, että yksipuolinen tuomio voidaan antaa 5:14:n perusteella, hänen on perustettava vaatimuksensa ko. juoksevaan velkakirjaan, vekseliin tai shekkiin; juokseva sitoumus on tällöin myös liitettävä alkuperäisenä haastehakemukseen (5:14.3).

Sama koskenee myös tilanteita, joissa todisteen ilmoittaminen jo haastehakemuksessa aiheuttaisi hyötyyn nähden kohtuuttomia kustannuksia tai haittaa.⁶¹ Eri todistuskeinot ovat tässä suhteessa jossakin määrin eri asemassa: esimerkiksi kirjalliset todisteet on yleensä helpompi ilmoittaa jo haastehakemuksessa kuin todistajat.⁶²

Toiseksi kantajan on ilmoitettava ainoastaan ne todisteet, jotka hän oikeudenkäynnin tuossa varhaisessa vaiheessa »aikoo» esittää. Jos kantajalla ei vielä haastehakemusta laatiessaan ole perusteltua syytä aikoa esittää tiettyä todistetta pääkäsittelyssä, hänen ei sitä myöskään tarvitse ilmoittaa haastehakemuksessaan. Tarve todisteiden ilmoittamiseen saattaa perustellusti muuttua valmistelun kuluessa.⁶³ Pääkäsittelyn keskitystavoite ei vielä haastehakemusvaiheessa paina kovin voimakkaasti, koska todisteet ehditään ilmoittaa myöhemminkin valmistelun aikana. Sen sijaan ilmoittamisen puolesta puhuu ennen muuta valmistelun joutuisuus: mitä aikaisemmassa vaiheessa todisteet ilmoitetaan, sitä nopeammin valmistelu todennäköisesti saadaan vietyä läpi.⁶⁴ Toisaalta toiseen suuntaan painaa prosessitaloudellisuus laajemmassa mielessä, koska on tarpeetonta selvittää ja ilmoittaa todisteita haastehakemuksessa, jos niitä ei myöhemmin tarvitakaan. Samoin liiallinen todisteiden määrä haastehakemuksessa kuormittaa tarpeettomasti valmistelun alkuvaihetta. Näkökohtia on punnittava viime kädessä kussakin yksittäistapauksessa jutun laadun ja laajuuden mukaan.

Seuraavat pääsäännöt voitaneen esittää. Mitä ensinnäkin tulee niihin kanneperusteisiin, joihin nähden kantajalla on todistustaakka, kantajan tulee

⁶¹ Kantaja joutuisi esim. ryhtymään laajaan selvittelytyöhön voidakseen ilmoittaa todisteen tai jokin kanteen vireillepanon määräämää uhkaksi kulua umpeen, jos haastehakemuksen laatimista tämän vuoksi viivytettäisiin.

⁶² Ks. myös Andersen – Werlauff s. 170 ja 179, joiden mukaan todisteiden ilmoittaminen haastehakemuksessa on vaikeaa muiden kuin kirjallisten todisteiden ja asiantuntijoiden osalta.

⁶³ Ks. myös Olsson s. 161: »Undan för undan, s.a.s genom ett växelspel mellan de i processen medverkande, förändras kändens bild av vad som utgör tillräcklig bevisning. Part bör därför ej utan vidare förutsättas kunna avge slutlig bevisuppgift i blott en omgång.» Ks. myös Gomard s. 170, Smith s. 153, Unmack Larsen s. 73 ja Baumbach ym. s. 861. Vrt. »Grundsatz der Beweisverbindung», jonka mukaan todistuskeino ja -teema on ilmoitettava aina jo tosiasiaväitteen yhteydessä, ks. siitä Holzhammer s. 135, 178 ja 252 sekä Rosenberg ym. s. 644. Vrt. myös Michelsen s. 35 s, Thomas – Putzo s. 617 s, Fuhrmann s. 37 ja Weth s. 166.

⁶⁴ Ks. myös HE 1990:15 s. 50: »Todisteiden ilmoittaminen haastehakemuksessa on omiaan sekä tuomioistuimen että asianosaisten kannalta helpottamaan ja nopeuttamaan asian käsittelyä.» Todisteiden ilmoittaminen haastehakemuksessa saattaa edistää myös sovinnon aikaansaamista.

ilmoittaa niitä koskevat todisteet siltä osin kuin hänellä on syytä olettaa vastaajan kiistävän seikat.⁶⁵ Jos taas vastaajan suhtautumista ei voida ennakoita, kantajan tulee joka tapauksessa ilmoittaa vastaajan vastauksen laatimisen ja asian jatkovalmistelun kannalta keskeisimmät todisteet eli todisteet, jotka haastehakemusta laadittaessa muodostavat todennäköisesti kantajan keskeisimmän näytön keskeisille oikeustosisekoille. Tällaisten keskeisten todisteiden ilmoittaminen jo haastehakemuksessa on tärkeää, jotta vastaaja pystyy arvioimaan menestymisen mahdollisuutensa jutussa ja laatimaan asianmukaisen vastauksen, jonka pohjalta jatkovalmistelu voi edetä tehokkaasti.⁶⁶

Siltä osin kuin todistustaakka kanneperusteen jostakin osatekijästä on – pääsäännöstä poiketen – vastaajalla, kantajan ei normaalisti tarvitse ilmoittaa vastatodisteitaan vielä haastehakemuksessa, koska hän ei tiedä, millaista päätodistelua vastaaja aikoo esittää.⁶⁷ Kantajan ei haastehakemusta laatiessaan myöskään tarvitse arvailla, mihin vastatosiseikkoihin vastaaja mahdollisesti vetoaa, eikä siten ilmoittaa niitä koskevia vasta- tai päätodisteitaan vielä haastehakemuksessa. Todisteiden ilmoittaminen saattaisi myös provosoida vastaajan vetoamaan vastatosiseikkaan, johon hän ei muuten olisi vedonnut. Kantajan ei siis vielä haastehakemuksessa tarvitse ilmoittaa näyttöä esimerkiksi siitä, ettei saatava ole vanhentunut yleisen vanhentumisajan mukaan.⁶⁸

⁶⁵ Ks. myös Grathe s. 243. – Ilmaisua »niitä koskevat todisteet» käytetään tässä väjemmin kuin edellä käytettyä, tälle käänteistä todistusteeman käsitettä. Oikeustosisekkaan vetoaminen aktualisoi tuon seikan, mutta samalla myös koko siihen johtavan faktaketjun todistusteemoina: oikeustosisekkaa »koskevan» todisteiden täsmällisenä todistusteemana voi lopulta siis olla paitsi ko. oikeustosisekkaa, myös mikä tahansa siihen johtavassa faktaketjussa oleva todistus- tai aputosisekkaa. Jos taas on vedottu institutionaaliin oikeustosisekkaan tai jopa normatiiviseen rekvisiittaan, niitä »koskevan» todisteiden todistusteemana on lopulta jokin niiden konkreettinen momentti.

⁶⁶ Esim. vahingonkorvausjutussa on syytä jo haastehakemuksessa nimetä mahdollinen todistaja, joka on nähnyt vahinkoon johtaneen tapahtuman, vaikka todistajan todistusteema jääkin vielä epätäsmälliseksi. Takaisinsaantia konkurssipesään koskevassa jutussa taas on yleensä syytä nimetä todistajaksi tilintarkastaja, joka on suorittanut pesässä erityistilintarkastuksen. Ks. myös Prop 1986/87:89 s. 191.

⁶⁷ Jos esim. kantaja takaisinsaantijutussa vetoaa seikkoihin, joiden mukaan velallinen on maksanut velan epätavallisin maksuvälinein ja epätavanomaisesti läheiselleen myöhemmin kuin kaksi vuotta, mutta aikaisemmin kuin kolme kuukautta ennen määräpäivää ja velallinen on ollut tällöin maksukyvytön tai maksun vuoksi tullut maksukyvyttömäksi (TakSL 10 §), kantajan ei yleensä ole syytä ilmoittaa velallisen maksukyvyttömyyttä koskevia todisteitaan vielä haastehakemuksessa, koska todistustaakka velallisen maksukykyisyydestä on vastaajalla.

⁶⁸ Ks. myös Gärde ym. s. 576 s. Vrt. Prop 1986/87:89 s. 190 tilanteesta, jossa kanta-

Vastaavat näkökohdat koskevat myös vastaajan *vastausta*. OK 5:10.1:n 3 kohdan mukaan vastaajan on (normaalisti kirjallisessa) vastauksessaan ilmoitettava mahdollisuuksien mukaan ne todisteet, jotka hän aikoo esittää.⁶⁹ Siten vastaajan ei tarvitse vielä vastauksessaan ilmoittaa ensinnäkään todisteita, joiden ilmoittaminen olisi käytännössä mahdotonta eli joista tai joiden merkityksestä vastaaja ei vielä lainkaan tiedä tai joista ilmoittaminen aiheuttaisi hyötyyn nähden kohtuuttomia kustannuksia tai haittaa. Toiseksi vastaajan tulee ilmoittaa vastauksessaan ainoastaan ne todisteet, jotka ovat jo valmistelun tuossa vaiheessa relevantteja: jos vastaajalla ei vielä vastausta laatiessaan ole perusteltua syytä aikoa esittää tiettyä todistetta pääkäsittelyssä, hänen ei sitä myöskään tarvitse vielä vastauksessa ilmoittaa.⁷⁰

Seuraavat pääsäännöt voitaneen esittää. Jos vastaaja kiistää kanneperusteita, hänen tulee samalla ilmoittaa niitä koskevat vasta- tai päätodisteensa.⁷¹ Jos taas vastaaja vetoaa (ensimmäisen asteen) vastatosiseikkoihin, joihin nähden hänellä on todistustaakka, vastaajan tulee ilmoittaa niitä tukevat todisteet siltä osin kuin hänellä on syytä olettaa kantajan kiistävän seikat. Usein jo haastehakemuksesta voidaan tällöin päätellä, että kantaja tulee kiistämään seikat. Jos kantajan suhtautumista ei voida olettaa, vastaajan tulee ilmoittaa asian jatkovalmistelun kannalta keskeisimmät todisteet, koska kantajan tulee voida ilmoituksen perusteella arvioida ja ilmoittaa oma vastatodistelunsa. Jos taas todistustaakka vastatosiseikasta on poikkeuksellisesti kantajalla, vastaajan ei normaalisti tarvitse ilmoittaa vastatodisteitaan vielä tässä vaiheessa, koska hän ei tiedä kantajan päätodistelun sisältöä. Vastaajan ei myöskään tarvitse tässä vaiheessa arvailla, mihin (toisen asteen) vastatosiseikkoihin kantaja mahdollisesti vetoaa, eikä ilmoittaa niitä koskevia vasta- tai pääto-

ja tietää tai voi olettaa, että vastaaja vetoaa vastatosiseikkaan; vrt. myös Fitger s. 243 ja RB s. 42:9.

⁶⁹ Säännöksen lainsäädäntöhistoria on sama kuin 5:2.1:n 3 kohdan: ilmaisu »mahdollisuuksien mukaan» lisättiin lakiin vasta lakivaliokunnassa, ks. LaVM 1990:16 s. 5 vrt. HE 1990:15 s. 56. Ks. myös rikosprosessin osalta ROL 5:9.1:n 3 kohta (ja 7:7.1:n 3 kohta). Ks. myös Prop 1986/87:89 s. 195 ja Fitger RB s. 42:26. – Jos vastaaja haluaa välttää yksipuolisen tuomion 5:14:n mukaisessa, juoksevaa sitoumusta koskevassa asiassa, hänen on esitettävä kirjallisin todistein todennäköisiä syitä kiistämisen tueksi (5:14.2:n 2 kohta ja 17:11.3) taikka lainvoimainen tuomio, juokseva velkakirja, vekseli tai shekki, jota voidaan käyttää kuittaukseen (5:14.2:n 3 kohta).

⁷⁰ Ks. myös Gärde ym. s. 588 ja Olsson s. 162.

⁷¹ Ks. myös HE 1990:15 s. 56: »Jos vastaaja on todennut kantajan haastehakemuksessa todistelusta tekemän ilmoituksen jälkeen, että hänellä on asiassa kantajan haastehakemuksessaan ilmoittamiin todisteisiin vastatodisteita, – hänen tulisi ehdotuksen mukaan ilmoittaa se vastauksessa.»

disteitaan. Vastaajan on siis vastauksessaan ilmoitettava todisteensa jonkin verran laajemmin kuin kantajan haastehakemuksessaan, koska kantajan suhtautuminen on jo alustavasti selvillä vastausta laadittaessa.⁷²

Jatkovalmistelussa asianosaisten todisteita koskevien ilmoitusten tulee ensinnäkin seurata vastaavalla tavalla oikeustosisekoista käytävää keskustelua. Jos kantajalta pyydetään kirjallista lausumaa vastaajan vastauksen johdosta, kantajan tulee ilmoittaa vastaajan vetoamia vastatosiseikkoja koskevat vasta- tai päätodisteensa, jos hän kiistää seikat. Jos taas kantaja vetoaa (toisen asteen) vastatosiseikkoihin, hänen tulee ilmoittaa niitä koskevat todisteensa oletettavan vastaajan suhtautumisen ja todisteiden merkityksen mukaisesti. Tässäkin suhteessa tulee esille suullisen valmisteluistunnon etu verrattuna kirjallisiin lausumiin: jos asianosainen vetoaa uuteen oikeustosisekkaan, vastapuolen suhtautuminen siihen saadaan suullisessa istunnossa heti selville. Jos vastapuoli kiistää seikan, sen asianosaisen, jolla on seikasta todistustaakka, tulee viipymättä ilmoittaa sitä koskevat päätodisteensa, minkä jälkeen vastapuolen tulee viipymättä ilmoittaa mahdolliset vastatodisteensa.

Toiseksi jatkovalmistelussa on niin pian kuin on käytännössä mahdollista ja välittömästi kun siihen on aihetta, ilmoitettava jo aiemmin vedottuihin seikkoihin liittyvät uudet todisteet, joita ei vielä ole ilmoitettu: asianosaisen on valmistelussa viipymättä ilmoitettava kaikki todisteet, jotka hän haluaa esittää (5:21.1).⁷³ Kantajan on siis ilmoitettava loputkin kanneperusteita koskevat pää- ja vastatodisteensa, kun vastaajan suhtautuminen ja mahdolliset päätodisteet ovat selvillä.⁷⁴ Vastaajan taas on ilmoitettava loputkin ensimmäisen asteen vastatosiseikkoja koskevat pää- ja vastatodisteensa, kun kantajan suhtautuminen ja mahdolliset päätodisteet ovat selvillä. Jos jompi-

⁷² Ks. myös HE 1990:15 s. 56 s: »Joskus saattaa olla kysymys sellaisesta asiasta, jossa kantaja ei jonkin kysymyksen osalta voi esittää selvitystä. Näin on esimerkiksi silloin, kun ainoastaan vastaaja voi esittää selvitystä siitä, ettei hän enää ole maksuvelvolinen. Tällöin vastaajan tulisi ilmoittaa todisteet, vaikka haastehakemukseen ei sisällykään tietoja kantajan todisteista.»

⁷³ Lainkohdan sanamuodon mukaan »viipymättä» -vaatimus ei näyttäisi koskevan todisteiden ilmoittamista; vaatimus voidaan kuitenkin johtaa jo 5:18.1:n yleissäännöksestä. Ks. myös HE 1990:15 s. 66: »Momentin mukaan asianosaisten on mahdollisimman pian valmistelussa lisäksi ilmoitettava ne todisteet, jotka tullaan esittämään».

⁷⁴ Ks. myös HE 1990:15 s. 66 OK 5:3:n mukaisten ns. summaaristen asioiden osalta: »Jos kantajan oletus (asian riidattomuudesta, TL) on ollut väärä, hänen tulisi käsiteltävänä olevan momentin nojalla ilmoittaa todisteet valmistelussa. Vastaaja voi yleensä ilmoittaa omat todisteensa vasta sitten, kun hänellä on tiedossa kantajan asiassa tarjoama selvitys.» Ks. myös HE 1993:79 s. 19.

kumpi asianosainen on ilmoittanut uusia todisteita jatkovalmistelussa, vastapuolen on ilmoitettava niiden johdosta mahdolliset vastatodisteensa.⁷⁵ Asianosaiselle on luonnollisesti aina varattava tilaisuus ilmoittaa uusia todisteita valmistelussa, kun vastapuoli on ilmoittanut uusia todisteita tai uusia teemoja jo aiemmin ilmoitetuille todisteille; valmistelua ei voida päättää tätä ennen.⁷⁶ Todisteiden ilmoittamisen merkitys kasvaa valmistelun edetessä. Toisaalta todistelun tarve osataan arvioida sitä paremmin mitä pidemmällä asian valmistelu on, jolloin tarpeettoman todistelun vaara pienenee.

Lopuksi on tärkeätä huomata, että asianosaisilla on mahdollisuus ja velvollisuus ilmoittaa mahdollisista uusista todisteista myös *valmistelun päättämisen jälkeen*. Jos asianosainen tahtoo pääkäsitelyssä esittää todisteen, jota hän ei ole valmistelussa ilmoittanut, hänen on viipymättä saatettava se tuomioistuimen tietoon ja samalla ilmoitettava, mitä hän aikoo todisteella näyttää toteen ja syy, minkä vuoksi hän ei ole ilmoittanut sitä valmistelussa (OK 5:29).⁷⁷ Säännöstä voitaneen soveltaa analogisesti myös jo ilmoitetun todisteen uuteen todistusteemaan:⁷⁸ jos asianosainen tahtoo pääkäsitelyssä laajentaa tai muuttaa todisteen todistusteemaa valmistelussa ilmoitettuun verrattuna, hänen on viipymättä saatettava uusi teema tuomioistuimen tietoon ja samalla ilmoitettava syy muutokselle. Myös tuomioistuimella on velvollisuus ilmoittaa asianosaisille, jos se poikkeuksellisesti hankkii vasta valmistelun päättämisen jälkeen viran puolesta uuden todisteen.

6.3.2 Eri todistuskeinoista valmistelun kannalta

Vapaan todistelun periaatteen mukaisesti riita-asian oikeudenkäynnissä voidaan käyttää periaatteessa mitä tahansa todistuskeinoja; sallittujen todistuskeinojen piiriä ei ole rajattu tyyppipakkosäännöillä.⁷⁹ Tässä jaksossa tarkastellaan OK 17 luvussa nimenomaisesti säänneltyjen todistuskeinojen erityis-

⁷⁵ Tarve uusien todisteiden esittämiseen saattaa tulla asianosaiselle myös tuomioistuimen toimenpiteiden vuoksi: jos tuomioistuin on päättänyt ex officio hankkia jonkin todisteen, asianosaisella saattaa olla syytä esittää tälle vastanäyttöä.

⁷⁶ Ks. myös Olsson s. 163.

⁷⁷ Ks. HE 1990:15 s. 72 s. Ilmoituksen merkityksestä preklusiosääntelyn kannalta ks. jäljempänä jaksoa 7.3.6.1.

⁷⁸ Ks. myös Fitger RB s. 42:65.

⁷⁹ Jos asianosainen haluaa esittää jonkin muun tyyppisen kuin OK 17 luvussa nimenomaisesti säännellyn todisteen pääkäsitelyssä, hänen on ilmoitettava siitä valmistelussa tarkasteltujen sääntöjen mukaisesti.

piirteitä riita-asian valmistelun kannalta. Tässä ei siis mennä enemmälti kyseisten todistuskeinojen yleisiin kysymyksiin.

6.3.2.1 Kirjalliset todisteet ja katselmus

a. Reaalitodisteisiin luetaan kirjalliset todisteet ja katselmus. Kirjalliset todisteet eli asiakirjat ovat todisteita, joiden kirjoitetulla, ajatuksellisella sisällöllä voi olla todistusarvoa jutussa.⁸⁰ Jos sen sijaan asiakirjalla on todistusarvoa fyysisenä esineenä, esimerkiksi siinä olevan sormenjäljen vuoksi, kysymys on katselmuksesta.⁸¹ Todistelutarkoituksessa kuultavan henkilön kirjallinen lausuma, kuten asiantuntijan lausunto (tai poikkeustapauksissa todistajan kertomus) ei myöskään ole kirjallinen todiste; henkilön lausuma vain annetaan kirjallisessa muodossa.⁸² On myös huomattava, että materiaallisen siviilioikeuden mukaan asiakirja ja sen hallinta saattaa itsessään olla oikeustositiseikka, johon kytkeytyvät tietyt oikeusvaikutukset, eikä pelkkä todiste jostakin seikasta: esimerkiksi juoksevan velkakirjan hallinta on oikeustositiseikka, johon kytkeytyvät eräät oikeusseuraamukset (VKL 13 §), eikä pelkkä todiste velaksiannosta.

Riita-asioissa kirjallisilla todisteilla on yleensä keskeinen, usein jopa ratkaiseva merkitys. Asianosaiset yleensä ymmärtävät jo ennen riitaisuuksien syntyä, esimerkiksi tiettyssä liikesuhteessa, varautua myöhemmin mahdollisesti tarvittavaan todisteluun laatimalla kirjallisesti sopimukset, neuvottelumuistiot, kuitit ja muut dokumentit. Kirjallisella todisteella saattaa yksittäistapauksessa olla korkea todistusarvo todisteen pysyvyyden ja luotettavuuden vuoksi verrattuna esimerkiksi todistajan epämääräisempiin muistikuviiin.⁸³

⁸⁰ Lakitektissä käsitteitä »asiakirja» ja »kirjallinen todiste» käytetään synonyymeinä: esim. OK 17 luvun otsikossa puhutaan kirjallisesta todisteesta, mutta säännöksissä (11b – 17 §) asiakirjasta. OK 5 luvussa puhutaan sekä kirjallisesta todisteesta että asiakirjasta, jopa samassa säännöksessä (5:3, 4, 10.1 5 kohta, 12, 21.1 ja 2 sekä 25.1 §) – käytetystä termistä ei siis voida tehdä oikeudellisia päätelmiä. Synonyyminä termejä käyttää myös Tirkkonen Sp II s. 154.

⁸¹ Ks. kirjallisen todisteen käsitteestä ja luokitteluista esim. Tirkkonen Sp II s. 153–155, Ekelöf – Boman IV s. 209 s ja Rosenberg ym. s. 697.

⁸² Ks. myös EIF (Lappalainen) s. 159 ja tarkemmin Edelman s. 211–220.

⁸³ Kirjallisten todisteiden todistusarvoon vaikuttavista tekijöistä yleensä ks. Ekelöf IV s. 170–175. Ensimmäinen kysymys on luonnollisesti aina se, onko asiakirja ylipäänsä aito ja väärentämätön, mikä voi myös olla todistusteemana; todistustaakan tässä suhteessa on katsottu olevan asiakirjaan vetoavalla paitsi alkuperäisten, viranomaisten antamien asiakirjojen kohdalla, ks. esim. Halila 1955 s. 129 ss ja Tirkkonen Sp II s. 156. Esitetystä uudesta todistusaineiston vääristeleminen -nimisestä rikoksesta ks. HE 1997:6 s. 36 s ja 208.

Toisaalta on pidettävä mielessä parhaan todistusaineiston periaate: jos esimerkiksi tietty henkilö on laatinut tietystä neuvottelusta muistion, on syytä kuulla tuota henkilöä todistajana eikä tyytyä (pelkkään) muistioon; tätä edellyttää myös oikeudenkäynnin asianmukaisuus, koska todistajalle voidaan esittää kysymyksiä.

Usein kysymys on myös kirjallisen todisteen oikeudellisesta tulkinnasta eikä pelkästä empiiris-loogisesta todistusharkinnasta, tai ainakin nämä kaksi elementtiä ovat vuorovaikutuksessa keskenään. Esimerkiksi sopimuksen tulkinnassa on kyse paitsi sen vahvistamisesta, mitä on faktisesti ilmaistu ja mentaalisesti tarkoitettu, myös ja ennen muuta siitä, mitä sopimusoikeudellisten tulkintaoppien mukaan voidaan »katsoa tarkoitettun», mikä on normatiivinen kysymys.⁸⁴

Kirjalliset todisteet ovat riita-asian valmistelussa erityisasemassa verrattuna muihin todistuskeinoihin: niiden pelkkä ilmoittaminen ei riitä, vaan ne on myös *esitettävä* tuomioistuimelle jo valmistelussa (mikäli ne ovat asianosaisen hallussa). OK 5:4:n mukaan 5:2:n tarkoittamaan ns. laajaan haastehakemukseen on liitettävä se sopimus, sitoumus tai muu kirjallinen todiste, johon kantaja vetoaa.⁸⁵ Kantajan on siis haastehakemuksessa ilmoitettava mahdollisuuksien mukaan ne kirjalliset todisteet, jotka hän aikoo esittää (5:2.1:n 3 kohta), ja jos kantaja ilmoittaa kirjallisia todisteita, ne on myös liitettävä haastehakemukseen (5:4). Samanlainen vaatimus koskee vastaajan vastausta (5:10.1:n 3 kohta ja 5 kohta).⁸⁶ Vastaavasti jatkovalmistelussa, joko kirjallisessa lausumassa tai valmisteluistunnossa, asianosaisen on esitettävä kaikki kirjalliset todisteet, joihin hän vetoaa (5:21.1).⁸⁷

⁸⁴ Ks. myös Ekelöf IV s. 171 s: »Tolkning är ett speciellt slags bevisvärdering», mutta jos voidaan todistaa vain, että partit ovat ymmärtäneet sopimusklausuulin eri merkityksissä, »Man har därmed nått gränsen för vad som kan åstadkommas genom en tolking, som har karaktären av bevisvärdering.»

⁸⁵ OK 5:4:ä muutettiin (L 595/93) jo ennen lain voimaantuloa niin, että ainoastaan 5:2:n mukaiseen laajaan haastehakemukseen on liitettävä kirjallinen todiste sen laadusta riippumatta. Toisaalta 5:3:n mukaan summaarisessa haastehakemuksessa on täsmällisesti yksilöitävä se sopimus, sitoumus tai muu kirjallinen todiste, johon kantaja vetoaa, ks. HE 1993:79 s. 19. Sen sijaan juokseva velkakirja, vekseli tai shekki, johon vaatimus perustuu, on aina liitettävä kummankin tyypin haastehakemukseen ja myös vastaukseen alkuperäisenä (5:14.2). Erityisesti saamistodisteiden osalta ks. Melander DL 1993 passim.

⁸⁶ Säännökseen on jäänyt nähdäkseni tarpeeton erottelu asiakirjoihin, joihin kanteen kiistäminen perustuu, ja muihin kirjallisiin todisteisiin; erottelu vastaa alkuperäisen 5:4.1:n (L 1052/91) erottelua, ks. HE 1990:15 s. 57.

⁸⁷ Ks. myös HE 1990:15 s. 66: »viimeistään valmistelua varten toimitettavassa is-

Toisaalta kirjallisen todisteen esittäminen tuomioistuimelle valmistelussa ei poista asianosaisen velvollisuutta ko. todisteen ja ennen muuta sen todistusteeman ilmoittamiseen. Esimerkiksi kantajan on haastehakemuksessaan, tarkemmin sanottuna sen varsinaisessa tekstiosassa ilmoitettava ko. todiste ja sen todistusteema (5:2.1:n 3 kohta) ja sen lisäksi liitettävä todiste haastehakemukseen (5:4); vastaava koskee vastaajan vastausta (5:10.1:n 3 kohta ja 5 kohta). Ei siten riitä, että kantaja tai vastaaja vain liittää haastehakemukseen, vastaukseen tai kirjalliseen lausumaan epämääräisen nipun kopioita erilaisista asiakirjoista, vaan ne on todistusteemoineen yksilöitävä tekstiosassa. Tämä on tärkeää paitsi siksi, että vastapuoli ja tuomioistuin pystyisivät harkitsemaan todisteiden merkityksen, myös siksi, että asianosainen pystyy itse harkitsemaan, onko kaikkea kirjallista materiaalia syytä jättää. Vastavasti suullisessa valmisteluistunnossa on myös ilmoitettava, mikä asiakirja on kyseessä ja mikä sen todistusteema on, kun se jätetään tuomioistuimelle.

Muut asiakirjat paitsi juokseva velkakirja, vekseli tai shekki, johon kantajan tai vastaajan vaatimus perustuu, voidaan esittää joko alkuperäisenä tai jäljennöksenä (5:14.3); jos tuomioistuin ei kuitenkaan pidä jäljennöstä riittävänä, asiakirja on esitettävä alkuperäisenä (17:11b.1).⁸⁸ OK 17:11b.1:n sanamuodon mukaan asiakirja olisi ensisijaisesti esitettävä alkuperäisenä, jollei tuomioistuin pidä jäljennöstä riittävänä. Yleensä voitaneen kuitenkin lähteä siitä, että jäljennös on ainakin riita-asian valmisteluvaiheessa riittävä. Ennen muuta valmistelun kirjallisessa vaiheessa ei yleensä voida edellyttää, että asianosaiset liittäisivät alkuperäisiä asiakirjoja postitse toimitettavaan haastehakemukseen, vastaukseen tai kirjalliseen lausumaan. Alkuperäinen asiakirja voidaan pyytää esitettäväksi ja verrattavaksi jäljennökseen suullisessa valmisteluistunnossa tai viimeistään pääkäsittelyssä, mikä saattaa olla välttämätöntä asiakirjan aitouden ja väärentämättömyyden tarkistamiseksi.

Asiakirjojen esittäminen jo valmistelussa ei kuitenkaan merkitse poikkeusta siitä pääsäännöstä, että todisteet *otetaan vastaan* vasta pääkäsittelyssä. Myös kirjallinen todiste on tässä mielessä otettava vastaan vasta pääkäsittelyssä (17:8a.1, 8e.3 ja 15.1 § e contrario) ja ainoastaan tällöin kirjallinen todiste voidaan ottaa tuomiossa huomioon (24:2.1), vaikka se esitetäänkin tuomioistuimelle jo valmistelussa. Kirjallisten todisteiden esittäminen

tunnossa taikka sen kirjallisen lausuman yhteydessä, jonka tuomioistuin on kehottanut asianosaista toimittamaan, on esitettävä kaikki ne kirjalliset todisteet, joihin on vedottu.»

⁸⁸ Ks. säännöksistä HE 1990:15 s. 61 ja 113 sekä LaVM 1990:16 s. 8. – Jos asiakirja sisältää sellaisen tiedon, jota asianosainen 17:12:n perusteella ei ole velvollinen esittämään tai hän ei saa esittää, taikka joka muutoin sisältää tiedon, jota ei saa paljastaa, annetaan asiakirjasta sellainen ote, johon sanottua tietoa ei sisälly (17:11b.2), ks. HE 1990:15 ibid.

valmistelussa on siis ainoastaan valmistautumista pääkäsitteilyyn eikä vielä selon ottamista niistä päätöksentekoa varten.⁸⁹ Muunlainen menettely merkitsisi pääkäsitteilyn välittömyyden ei-hyväksyttävää loukkaamista. Sama koskee nähdäkseni pientä pääkäsitteilyä: myös viimeisessä suullisen valmistelun istunnossa esitetyt kirjalliset todisteet on otettava vastaan vasta pääkäsitteilyvaiheessa.⁹⁰

Toinen asia on, että tietyin edellytyksin kirjallinen todiste voidaan ottaa pääkäsitteilyssä vastaan sitä ääneen lukematta (17:8e.3).⁹¹ Tässä voidaan siis erottaa pääkäsitteilyn välittömyys ja suullisuus: kirjallinen todiste voidaan tietyin edellytyksin ottaa päätösharkinnan perustaksi pääkäsitteilyssä välittömästi vastaan myös siten, että asianosainen 'esittelee' asiakirjan vastapuolelle ja tuomioistuimelle, jonka jäsenet perehtyvät asiakirjaan lukemalla sen itsekseen. Välittömyyden kannalta sen sijaan olisi kyseenalaista, jos esimerkiksi puheenjohtaja luottaisi valmistelussa saamiinsa muistikuvii kirjallisista todisteista lukematta niitä pääkäsitteilyn yhteydessä uudelleen.⁹²

b. Katselmuksessa tuomari tekee välittömiä havaintoja jostakin fyysisestä esineestä (ns. katselmuksobjektista). Ratkaisevaa on, että tuomioistuimen havaintojen kohteena on tietyn esineen fyysinen olemus välittömästi eikä sen kielellinen sisältö (kirjallinen todiste) tai todistelutarkoituksessa kuultavan henkilön lausuma (asianosainen, todistaja, asiantuntija). Havaintoja voidaan tehdä paitsi katsomalla myös muilla aisteilla.⁹³ Teknisen kehityksen mukanaan tuomat uudet tallennustavat, kuten ääni- ja kuvanauhat sekä tietokoneohjelmat, on yleensä luokiteltu katselmusesineiksi, vaikka niiden rajanveto kirjallisiin todisteisiin saattaa olla ongelmallinen.⁹⁴

⁸⁹ Ks. myös Lappalainen s. 61: »Tässä vaiheessa on varsinaisesti kyse vasta todisteiden ilmoittamisesta eikä varsinaisesta todistelusta. – – asiakirjatodistelussa kyseinen raja on hämärämpi, vaikkakin relevantti asiakirjanäyttö on sekin käytävä läpi pääkäsitteilyssä.»

⁹⁰ Vrt. HE 1990:15 s. 108: »Jos asia ratkaistaan valmistelun yhteydessä pidettävässä välittömässä pääkäsitteilyssä, sitä oikeudenkäyntiaineistoa, siis myöskään kirjallista todistelua, joka on esitetty viimeisessä suullisen valmistelun istunnossa, ei – – 6:17:n nojalla tarvitse ottaa vastaan uudelleen sanotussa pääkäsitteilyssä.»

⁹¹ Ks. HE 1990:15 s. 110 s. Ks. myös norjalaisesta keskustelusta Schei I s. 229 ja 232; vrt. Hov s. 67 s, joka suhtautuu kriittisesti äänen lukemisen tarpeellisuuteen.

⁹² Ks. myös Ekelöf JFT 1984 s. 429 s.

⁹³ Ks. katselmuksen käsitteestä esim. Tirkkonen Sp II s. 145–147 ja Ekelöf – Roman IV s. 222. Kaiken kaikkiaan katselmus voi olla hyvin erityyppistä, ks. Ekelöfin esimerkkejä ibid. Ks. myös Rosenberg ym. s. 693.

⁹⁴ Ks. myös esim. Rosenberg ym. s. 641 ja 697. Asiakirjoja koskevaa sääntelyä, erityisesti todistuskieltoja, saatetaan kuitenkin joiltakin osin joutua soveltamaan niihin analogisesti.

Jos tallennettuna on todistelutarkoituksessa kuultavan henkilön lausuma, kyseessä on ko. henkilötodiste eikä katselmus. *Hormian* mukaan ääninauha ei ollut kirjallinen todiste, mutta OK 17:11.1:n kirjallisten lausumien kieltoa oli sovellettava siihen analogisesti.⁹⁵ Tämä olikin perusteltua, koska muutoin säännöksen kiertäminen olisi ollut helppoa nauhoittamalla todistajankertomus. Nykyisestä OK 17:11.1:n 2 kohdasta (L 690/97) tämä ilmenee nimenomaisesti: tuomioistuimessa ei saa käyttää todisteena myöskään »muulla tavalla tallennettua» lausumaa. Lainkohdasta ei ilmene, että se koskisi vain rikosasioita. Esitöissä todetaan, että muu tallenne voi olla esimerkiksi äänite tai videotallenne.⁹⁶ Olenaista on, että myös tällöin vastapuolelta puuttuu mahdollisuus vastakuulustella todistajaa, vaikkakin todistajan ääni on kuultavissa ja mahdollisesti kasvot nähtävissä.

Riita-asioissa katselmuksella ei yleensä ole yhtä suurta merkitystä kuin esimerkiksi kirjallisilla todisteilla, mutta joissakin juttutyypeissä katselmuksen merkitys saattaa olla keskeinen.⁹⁷ Myös katselmukseen voidaan jossakin määrin varautua ennakolta, mutta yleensä esineen merkitys huomataan vasta, kun riidan aihe on jo ilmaantunut. Katselmuksella saattaa yksittäistapauksessa olla hyvinkin korkea todistusarvo, koska fyysinen esine on pysyvä ja koska tuomioistuin tekee havaintonsa itse ilman välikäsiä.⁹⁸ Luotettavuutensa vuoksi katselmusta olisi syytä suosia todistuskeinona. Toisaalta katselmukseen saattaa sisältyä myös riskitekijöitä, jos luotettavien havaintojen tekeminen edellyttäisi sellaisia teknisiä- tms. erityistietoja, että asiantuntijan kuuleminen niistä olisi tuomioistuimen omia maallikkohavaintoja luotettavampaa. Myös katselmukseen saattaa liittyä eräänlainen tulkinnallinen elementti, jos esineen arvioitava ominaisuus ei ole pelkästään aistihavainnoin empiirisesti verifioituva, vaan siihen sisältyy myös oikeudellista arvostamista.⁹⁹

Katselmuksen osalta jako valmisteluun ja pääkäsittelyyn on selvä, koska katselmus toimitetaan vasta pääkäsittelyssä sen yhtenä osana. Katselmus voidaan suorittaa joko siten, että esine, joka hankaluudetta voidaan tuoda oikeuteen, esitetään fyysisesti pääkäsittelyssä, jolloin tuomarit havainnoivat sitä

⁹⁵ Ks. *Hormia* 1979 s. 130–133. Ks. myös *Frände JFT* 1983 s. 379.

⁹⁶ Ks. HE 1995:82 s. 143. Ks. myös ETL 39.3 §, josta Helminen 1992 s. 118 s.

⁹⁷ Esimerkkinä mainittakoon urakka- tai muut sopimusriidat, joissa väitetään, että toisen osapuolen suoritus oli virheellinen; tällöin tuomioistuin saattaa suorittaa rakennuksen tai tavarankatselmuksen mahdollisten asiantuntijoiden, kuten rakennus- tai tavarantarkastajien kuulemisen lisäksi.

⁹⁸ Ks. Ekelöf IV s. 181: »man slipper att bedöma en beviskadja.»

⁹⁹ Kun katselmus pidetään esim. sen toteamiseksi, onko tavarassa virhe, on verrattava tavarankatselmuksen todettuja ominaisuuksia KL 4 luvun asettamiin oikeudellisiin vaatimuksiin.

istuntosalissa, tai muussa tapauksessa niin, että tuomioistuimisto toimittaa katselmuksen pääkäsittelyn osana »itse paikalla» (OK 17:56.1).¹⁰⁰ Jos katselmus toimitetaan paikan päällä, sitä koskevat samat kokoonpano- ja aikarajoitukset kuin muutakin pääkäsittelyä. Asianosaisen, joka haluaa katselmuksen toimitettavaksi pääkäsittelyssä, on ilmoitettava siitä välittömästi valmistelussa (5:25.3). Asianosaisen on tällöin yksilöitävä katsastettavaksi haluttu esine ja katsastuksen todistusteema; tarvittaessa asianosaisen on myös yksilöitävä, millä tarkemmalla tavalla hän haluaa katselmuksen toimitettavaksi. Asianosaisen on syytä mainita erikseen esimerkiksi siitä, haluaako hän katselmuksen toimitettavaksi paikan päällä tai havainnot tehtäviksi jollakin tavallisuudesta poikkeavalla tavalla.

Kirjallisen todisteen esittäminen valmistelussa ja esineen katselmus pääkäsittelyssä edellyttää, että asianosaisella on jo kyseinen kirjallinen todiste tai esine hallinnassaan; aina tilanne ei kuitenkaan ole näin suotuista. Jos asianosainen epäilee, että vastapuolella saattaa olla relevantti kirjallinen todiste tai esine hallussaan, hänen on tehtävä tätä koskeva kysymys (5:21.2) viimeistään suullisessa valmistelutunnissa. Jos vastauksen johdosta tai muutoin käy ilmi, että vastapuolen tai jonkun sivullisen hallussa on tietty kirjallinen todiste tai esine, ja jos asianosainen haluaa vedota tähän todisteeseen, hänen on ensinnäkin ilmoitettava se todistusteemoineen tuomioistuimelle selostetulla tavalla. Toiseksi asianosaisen on tehtävä todistetta koskeva editio-pyyntö viipymättä valmistelussa, jotta myös päätös siitä voitaisiin tehdä jo valmistelussa (5:25.1 ja 3 mom.).

6.3.2.2 *Todistajan, asianosaisen ja asiantuntijan kuuleminen*

Henkilötodisteisiin voidaan lukea kaikki todistuskeinot, joissa tuomioistuimisto kuulee jotakin henkilöä todistelutarkoituksessa. Mannermaisessa todistusoi-keudessa henkilöt on traditionaalisesti luokiteltu eri todistuskeinoiksi riip-puen heidän asemastaan prosessissa.¹⁰¹ Henkilötodisteet jaetaan kahteen ryh-mään ensinnäkin todistusteeman perusteella: jos teimana ovat menneen ajan-kohdan tosiseikat, kyseessä on joko asianosainen tai todistaja, ja jos teema-na ovat (pääasiallisesti) kokemussäännöt, kyseessä on asiantuntija. Voidaan puhua myös ns. asiantuntevasta todistajasta; häntä kuullaan todistajana tosi-

¹⁰⁰ Ks. Tirkkonen Sp II s. 150–152. Tuomioistuimisto voinee toimittaa katselmuksen myös tuomiopirinsä ulkopuolella (vrt. mts. 151), jopa (Suomen oikeuden kannalta) ulkomailla.

¹⁰¹ Common law -järjestelmässä tällaista erottelua ei tunneta, vaan kaikki kuullaan todistajina: todistuskeinot ovat todistaja, asiakirja ja esine, ks. esim. Cross – Tapper s. 45–55 ja 224 s.

seikoista, joista hän on saanut tietoa asiantuntemuksensa perusteella.¹⁰² Asianosaiset ja todistajat puolestaan erottaa kuultavan henkilön muodollis-prosesuaalinen rooli (prosessirooli): ensin mainitut ovat oikeudenkäynnissä asianosaisen asemassa, jälkimmäiset heihin nähden sivullisia.¹⁰³

Asiantuntevan todistajan ja asiantuntijan välinen rajanveto on vaikeata silloin, kun asiantunteva henkilö on aikanaan soveltanut kokemussääntöjä kyseiseen konkreettiseen tapaukseen: esimerkiksi lääkäri on tutkinut tapaturman uhrin heti tapauksen jälkeen. Ratkaisevana täytynee tällöin pitää sitä suhteellista kriteeriä, onko henkilö tehnyt havaintoja enemmän todistajan vai asiantuntijan roolissa.¹⁰⁴ Rajanvedolla ei kuitenkaan ole suurta käytännön merkitystä asianosaisen nimeämisen henkilön kohdalla, koska häneen sovelletaan joka tapauksessa pääsääntöisesti todistajaa koskevia säännöksiä (17:55). Olennainen ero on kuitenkin siinä, että kirjallisten kertomusten kielto (17:11.1) ei koske asiantuntijaa (17:50 ja 55). Rajatapauksessa henkilöä on mielestäni mieluummin kuultava suullisesti pääkäsittelyssä eikä otettava vastaan hänen lausumaansa kirjallista asiantuntijalausuntoa; tällöin häntä voidaan myös vastakuulustella (EIOS 6.1 art).¹⁰⁵

a. Todistajilla on keskeinen merkitys todistelussa, riita-asioissa ei kuitenkaan niin olennainen kuin rikosasioissa.¹⁰⁶ Asianosaiset eivät yleensä voi tai osaa ennalta varautua todistajien avulla tapahtuvaan todisteluun, vaan todistajien olemassaolo jää enemmän tai vähemmän sattumasta riippuvaksi. Todistajanpsykologiset tutkimukset ovat osoittaneet, että todistajien luotettavuus on yllättävänkin huono; tämä ei johdu niinkään todistajien epärehel-

¹⁰² Ks. Tirkkonen Sp II s. 181 sekä EIF (Lappalainen) s. 39 ja 687.

¹⁰³ Asianosaiseen rinnastetaan hänen legaalinen edustajansa (17:64). Riita-asiaa ei saa kuulustella todistajana myöskään sitä, jonka hyväksi tai jota vastaan asiassa annettava tuomio tulee voimaan, niin kuin se olisi annettu oikeudenkäynnissä, jossa hän on ollut asianosaisena (17:18.1). Todistajana ei siten voida kuulla esim. ns. itsenäistä väliintulijaa eikä kuultavaa, johon tuomion oikeusvoima ulottuu. Tällaisiin 'väliinputoaviin' henkilöihin, jotka eivät ole asianosaisia mutta jotka ovat esteellisiä todistajiksi, sovelletaan kutsun, poissaolon ja kuulustelun osalta »soveltuvien osin» asianosaisia koskevia säännöksiä, palkkion osalta kuitenkin todistajaa koskevia (17:18.3), ks. HE 1995:82 s. 144 s. Ks. Lappalainen 1988 passim ja erit. s. 28 s ns. yksiroolisuuden periaatteesta. Ks. myös Lappalainen JFT 1988 erit. s. 278 s.

¹⁰⁴ Todistajan ja asiantuntijan välisestä rajanvedosta ks. tarkemmin Edeltam s. 186–211. Ks. myös Rosenberg ym. s. 704 s ja 717 s.

¹⁰⁵ Esim. tapauksessa *KKO 1992:76* katsottiin, että kauppakamarin hyväksymän tavaran tarkastajan laatimaa katsastuspöytäkirjaa ja kunnan rakennustarkastajan laatimaa katselmuspöytäkirjaa ei saanut ottaa todisteena huomioon, vaan heitä olisi pitänyt kuulla suullisesti tuomioistuimessa.

¹⁰⁶ Todistajien lukumääristä käytännössä ks. *Ervasti 1997 s. 101 s.*

lisyydestä kuin siitä, että faktaketju todistajan havainnon ja tuomarin johtopäätöksen välillä on pitkä.¹⁰⁷

Todistajien osalta valmistelussa on kyse todistajien *nimeämisestä*.¹⁰⁸ asianosaisen on valmistelussa ilmoitettava niiden todistajien nimet, osoitteet ja puhelinnumerot (5:2.2 ja 10.1:n 3 kohta), jotka hän haluaa pääkäsittelyssä kuultaviksi. Todistajien yhteystietojen ilmoittaminen tuomioistuimelle on tarpeellista, koska todistajien kutsumisesta pääkäsittelyyn huolehtii pääsääntöisesti tuomioistuin (17:26.3 ja 11:2).¹⁰⁹ Lisäksi asianosaisen tulee mahdollisuuksien mukaan ilmoittaa tuomioistuimelle jo valmistelussa muut todistajankuulustelun toimittamiseksi tarpeelliset seikat, kuten tiedot todistajan selaisesta asemasta, jossa todistuskiellot saattavat tulla sovellettaviksi. Sen sijaan todistajat kuulustellaan vasta pääkäsittelyssä.

b. Asianosaiset itse ovat merkittävä tietolähde, koska yleensä juuri he tuntevat asiaansa liittyvät tosiseikat parhaiten; tyypillinen esimerkki on suullisen sopimuksen sisältö, josta ei useinkaan ole tietoa muilla kuin sopijapuollilla itsellään. Toisaalta asianosaisen käyttämisessä todisteena on ilmeiset puutteensa, koska asianosaisen kertomuksen todistusarvo saattaa yksittäistapauksessa olla pieni. Riita-asioissa asianosaisten henkilökohtainen kuuleminen todistelutarkoituksessa ei ollut saavuttanut käytännössä merkittävää asemaa, minkä vuoksi siviiliprosessiuudistuksen yhteydessä asianosaisten kuulemista todisteena pyrittiin lisäämään.¹¹⁰ Säännöstasolla tämä näkyi kah-

¹⁰⁷ Ks. esim. Ekelöf IV s. 18–21 ja 33 sekä Klami DL 1991 s. 361 ss.

¹⁰⁸ On syytä muistaa, että todistajan nimeäminen tuo asianosaiselle samalla myös vastuun todistajanpalkkiosta (17:40.2); jos molemmat asianosaiset nimeävät todistajan, he vastaavat palkkiosta yhteisvastuullisesti.

¹⁰⁹ Lakitekstin mukaan näyttäisi siltä, että jatkovalmistelussa yhteystietoja ei lainkaan tarvitsisi ilmoittaa ja että haastehakemuksessa tarvitsisi ilmoittaa ainoastaan todistajan puhelinnumero, muttei osoitetta (ks. 5:2.2 vrt. 10.1:n 3 kohta vrt. 21.1 §). Sääntelyn eroavuuteen valmistelun vaiheen mukaan ei kuitenkaan liene syytä. Vrt. myös HE 1990:15 s. 57 ja 66, jonka mukaan »Todistajista tulisi ilmoittaa heidän nimensä, ammatinsa, asuinpaikkansa ja osoitteensa.»; vaatimus ammatin ja asuinpaikan ilmoittamisesta ei kuitenkaan ilmene lakitekstistä. – Toisaalta laissa ei ole vastaavaa säännöstä kuin vastaajan osoitteen kohdalla: jos kantaja ei tiedä vastaajan osoitetta, hänen on ilmoitettava, mitä hän on tehnyt osoitteen selvittämiseksi (5:2.2). Tästä huolimatta lienee selvää, että asianosainen voi jättää todistajan yhteystiedot ilmoittamatta, jos hän ei niitä tiedä eikä kohtuudella saa niitä selville, jolloin hänen tulee samalla ilmoittaa syy tähän; tuomioistuimella on käytössään väestö- ja osoiterekisterit, joita yksityisellä asianosaisella ei ole. – Rikosprosessissa vaatimusta todistajien yhteystietojen ilmoittamisesta on lievennetty todistajien suojelemiseksi, ks. ROL 5:3.2 ja 9.3 (sekä 7:2.2 ja 7.3), joista LaVM 1997:9 s. 18.

¹¹⁰ Ks. esim. Aalto LM 1962 s. 575 s, HE 1990:15 s. 106 ja 118 sekä Roos s. 97 s.

nessa suhteessa. Ensinnäkin lakiin otettiin nimenomainen säännös asianosaisen kuulustelemisesta todistelutarkoituksessa ilman totuusvakuutusta (17:61.1), josta ei aiemmin ollut säännöstä lainkaan.¹¹¹

Toiseksi asianosaisten henkilökohtaista läsnäoloa oikeudenkäynnissä haluttiin korostaa. Myös dispositiivisessa riita-asiassa asianosainen tai hänen legaalinen edustajansa on voitu määrätä saapumaan tuomioistuimeen henkilökohtaisesti sakon uhalla, jos se on katsottu asian selvittämisen kannalta tarpeelliseksi (12:7.1 L:ssa 746/95).¹¹² Rikosprosessiuudistuksen yhteydessä sääntelyä on edelleen tehostettu: asianosainen määrätään saapumaan myös dispositiivisen riita-asian pääkäsittelyyn henkilökohtaisesti sakon uhalla, jollei katsota, että hänen henkilökohtainen läsnäolonsa asian selvittämiseksi ei ole tarpeen. Suullisen valmistelun istuntoon asianosainen määrätään saapumaan henkilökohtaisesti sakon uhalla, jos hänen henkilökohtaisen läsnäolonsa katsotaan edistävän asian valmistelua (OK 12:6:n 1 ja 2 mom L 690/97).¹¹³

Asianosaisen epäluotettavuudessa ei yleensä liene kysymys asianosaisen epärehellisuudesta, vaan siitä, että »en parts självbevarelsedrift i förening med hans rättspatos medför många gånger att han har en mycket skev uppfattning av det relevanta händelseförloppet». ¹¹⁴ Asianosaisella on sekä negatiivinen että positiivinen totuusvelvollisuus riita-asiassa (OK 14:1).¹¹⁵ Totuusvelvollisuus koskee ennen muuta asianosaisen kuulemista todistelutarkoituksessa pääkäsittelyssä, mutta myös hänen kuulemistaan oikeudenkäynnin kohteen määrittämiseksi valmistelussa. Kuitenkin vasta totuusvakuutuksen antaminen tekee totuuden vastai-

Ks. myös jo SOU 1938:44 s. 23 s ja Prop 1986/87:89 s. 131 s. Esim. Saksassa asianosaisen kuulustelu on vain toissijainen todistuskeino, ks. Rosenberg ym. s. 728 s.

¹¹¹ Ks. HE 1990:15 s. 118. Toisaalta asianosaista voidaan kuulustella totuusvakuutuksen nojalla ainoastaan sellaisista seikoista, joilla on erityistä merkitystä ratkaistaessa asiaa (17:61.2), ks. HE 1990:15 s. 119.

¹¹² Ks. HE 1990:15 s. 119: »lähes poikkeukseton pääsääntö tulisi olemaan, että asianosainen velvoitetaan saapumaan henkilökohtaisesti riita-asian pääkäsittelyyn.» Ks. myös aiempi OK 16:5 L:ssa 21/72. – Sakon uhka on asetettava muiden mahdollisten uhkien lisäksi: jos asianosainen ei dispositiivisessa riita-asiassa saavu istuntoon, häntä vastaan voidaan antaa yksipuolinen tuomio, vaikka hänet olisi velvoitettu saapumaan tuomioistuimeen henkilökohtaisesti sakon uhalla, HE 1990:15 s. 91.

¹¹³ Ks. HE 1995:82 s. 139, jonka mukaan asianosaista ei tarvitsisi määrätä saapumaan henkilökohtaisesti pääkäsittelyyn esimerkiksi silloin, kun riitainen kysymys oikeudenkäynnissä koskee ainoastaan oikeuskysymystä tai pelkästään sellaista seikkaa, josta asianosainen ei voi tietää mitään.

¹¹⁴ Ekelöf IV s. 157.

¹¹⁵ Ks. esim. Wrede 1953 s. 334, HE 1959:33 s. 3, Aalto LM 1962 s. 579 s, Tirkkonen Sp I s. 458 s, Virolainen 1988 s. 107, HE 1993:79 s. 21 ja Lappalainen Sp I s. 312.

sesta lausumasta välittömästi rikosoikeudellisesti sanktoidun (RL 17:3a L 549/61).¹¹⁶ Yleensä lieenee kuitenkin asianosaisen kuulemisen tavoitteen eli totuuden selvittämisen kannalta lähes samanarvoista, kuullaanko asianosaista vapaasti vai totuusvakuutuksen nojalla: asianosaisen kertomus ei muuttune pelkästään vakuutuksen antamisen vuoksi.

Pekka Viljanen on kuitenkin kannattanut myös riita-asian asianosaisen vapaassa kuulustelussa antaman perättömän lausuman kriminalisointia.¹¹⁷ Kanta ei mielestäni ole perusteltu. Ensinnäkin voidaan viitata siihen, mitä edellä on lausuttu dispositiivisesta riita-asiasta totuustavoitteen kannalta yleensä ja toisaalta siihen problematiikkaan, edesauttaisiko kriminalisointi ylipäänsä totuuden selville saamista. Kriminalisoinnin vaikutus saattaisi jopa olla totuustavoitetta heikentävä, koska asianosaisten kertomuksille saatettaisiin antaa suurempi näyttöarvo kuin niille yksittäistapauksessa kuuluu.¹¹⁸ Kun tähän vielä lisätään kriminalisoinnin aiheuttamat rajanveto- ja muut käytännön ongelmat, ei siihen ole syytä mennä. Sääntelyä ei tältä osin esitetä muutettavaksi rikoslain kokonaisuudistuksen kolmannessa vaiheessa: esitetyn uuden RL 15:1:n 2 kohdan mukaan perättömään lausumaan voisi syyllistyä asianosainen tuomioistuimessa totuusvakuutuksen nojalla kuulusteltaessa.¹¹⁹

Asianosaisen henkilökohtainen kuuleminen todistelutarkoituksessa on erotettava hänen kuulemisestaan 'oikeudenkäynnin kohteen' määräämiseksi. Ensin mainitun tarkoitus on saada esille todistus- ja aputositseikkoja, joilla voi olla merkitystä näyttökysymyksen ratkaisulle, jälkimmäisessä taas asianosainen määrää vaatimuksillaan ja vetoamisillaan siitä, mistä jutussa on kysymys; edellisessä on kyse asianosaisen lausuman näyttöarvosta, jälkimmäisessä asianosaisen tarkoituksesta.¹²⁰ Asianosaisen yhdellä lausumalla voi kuitenkin olla merkitystä molemmissa suhteissa: esimerkiksi vastaajan maksuväite on paitsi vetoamista vastatositseikkaan, myös todistustositseikka mak-
susta, vaikkakin sen näyttöarvo saattaa olla alhainen. Joka tapauksessa tuomioistuin ottaa vapaassa todistusharkinnassaan huomioon kaikki asianosai-

¹¹⁶ Välillisesti kysymyksessä saattaa olla (prosessi)petos (RL 36:1), ks. HE 1988:66 s. 132.

¹¹⁷ Ks. Pekka Viljanen LM 1993 s. 1010: »ellei asianomaiselle ole laissa säädetty rangaistukseen tehostettua totuudessapysymisvelvollisuutta, hän helposti käsittää tilanteen annetuksi oikeudeksi salata ja valehdella»; ja kriminalisoinnista mas. 1014: »Tositseikkojen – – painottaminen ja omaksi eduksi tulkitseminen ei enää olisikaan hyväksyttävää vaan rangaistavaa.»

¹¹⁸ Ks. myös yleisemmin Ekelöf IV s. 161–164.

¹¹⁹ Perusteluista ks. HE 1997:6 s. 23 s.

¹²⁰ Ks. esim. Ekelöf IV s. 155 s. Vastaavasti asianosaisen juridinen argumentointi ja (muun) näytön arviointi loppukeskustelussa on pyrittävä pitämään erillään asianosaisen kuulemisesta todistelutarkoituksessa.

sen (pääkäsittelyssä) lausumat (17:2.1) riippumatta siitä, missä tarkoituksessa ne on esitetty.

Siviiliprosessin jako valmisteluun ja pääkäsittelyyn on entisestään korostanut tarvetta pitää selkeänä asianosaisen henkilökohtaisen kuulemisen tarkoitus. Riita-asian valmistelussa asianosaista voidaan kuulla pääsääntöisesti ainoastaan *oikeudenkäynnin kohteen määramiseksi*, jolloin asianosaisen henkilökohtainen kuuleminen palvelee valmistelun tehtäviä, pääkäsittelyn keskitystä ja sovintoon pyrkimistä. Ennen muuta riitaisten ja riidattomien kysymysten erottamiseksi asianosaisen henkilökohtaisella läsnäololla valmistelutunnossa saattaa olla suuri merkitys.¹²¹ Asianosaisen pelkästään valmistelussa lausumaa ei voida ottaa näyttönä huomioon tuomiossa, koska tällöin rikottaisiin pääkäsittelyn välittömyyttä vastaan (24:2.1).

Pääkäsittelyn välittömyys tekee jossakin määrin ongelmalliseksi myös eräiden OK 17 luvun yleissäännösten soveltamisen. Jos asianosainen valmistelussa ensin tunnustaa jonkin seikan ja sitten peruuttaa tunnustuksensa jo valmistelussa (17:4.1) tai jos asianosainen valmistelussa ilman pätevää syytä vaikkapa jättää vastaamatta vastapuolen 5:21.2:n mukaiseen kysymykseen (17:5), miten tuomioistuimien voi antaa näille, pelkästään valmistelussa tapahtuneille seikoille tuomiossa merkitystä? Vastaus lienee, että tuomioistuimen on otettava tapahtumat *pääkäsittelyssä esille*, jolloin ne voidaan ottaa tuomiossa huomioon (24:2.1). Toinen, kontradiktorisuuden kannalta ongelmallisempi vaihtoehto olisi katsoa, ettei seikkoja tarvitse toistaa pääkäsittelyssä sen vuoksi, että seikat voidaan lukea tuomioistuinnotorisuuden (17:3.1) piiriin.

Todistelutarkoituksessa asianosaista kuullaan vasta *pääkäsittelyssä*.¹²² Asianosaisten kuulustelu todistelutarkoituksessa on pääkäsittelyssä, ellei erityistä vastasyytä ole, toimitettava ennen kuin muuta suullista todistelua otetaan vastaan siitä kysymyksestä, jota kuulustelu koskee (6:2.2 ja 3 mom).¹²³ Jos asianosaisella on avustaja, tämän tulee huolehtia alku- ja loppukeskustelusta pääkäsittelyssä ja asianosaista itseään tulee kuulla vain todistelutarkoituksessa. Jos asianosainen (eli käytännössä tämän avustaja tai asiamies)

¹²¹ Asianosaisen henkilökohtainen läsnäolo saattaa olla ratkaisevaa myös sovintoon pääsemiselle, kun asianosainen havaitsee itse, mitä argumentteja ja todisteita vastapuolella on.

¹²² Asianosaisen valmistelussa antamaa lausumaa ei saa lukea (6:4.1).

¹²³ Kun asianosaisella on oikeus olla saapuvilla koko käsittelyn ajan, hänen kertomukseensa saattaisivat vaikuttaa todistajien ja asiantuntijoiden kertomukset, HE 1990:15 s. 75 s. – Olennaisin ero todistajan kuulustelun ja asianosaisen (totuusvakuutuksen nojalla) kuulustelun välillä on, että asianosainen voi kieltäytyä kuulustelusta tai vastaamasta kysymykseen. Kieltäytymiselle voidaan tällöin antaa merkitystä todisteena (17:5), ks. Tirkkonen Sp II s. 175 ja 178 sekä Ekelöf – Boman IV s. 197.

haluaa, että asianosaista tai hänen vastapuoltaan taikka molempia kuullaan pääkäsittelyssä henkilökohtaisesti todistelutarkoituksessa, hänen on ilmoitettava tästä ja kuulustelun toimittamiseksi tarpeellisista seikoista jo valmistelussa normaalien sääntöjen mukaan.¹²⁴

c. Asiantuntijatodistelun merkitys on teknistyvässä ja erikoistuvassa yhteiskunnassamme jatkuvasti kasvanut. Ennen muuta riita-asioissa tulee esille tosiseikkakysymyksiä, joihin liittyvien kokemussääntöjen tuntemus edellyttää sellaisia erityisalojen teknisiä tms. tietoja, joita lakimiehen yleiskoulutuksen saaneilla tuomareilla ei voida edellyttää olevan.¹²⁵ Asiantuntijatodistelun näyttöarvo voi yksittäistapauksessa olla varsin korkea, mutta se saattaa olla myös ongelmallinen: vaikka tuomioistuimien ei olekaan sidottu asiantuntijan käsityksiin kokemussäännöistä, niistä poikkeaminen voi olla käytännössä vaikeaa, koska tuomioistuimella ei ole sen edellyttämää asiantuntemusta. Jos taas molemmat asianosaiset ovat kuulleet 'omia' asiantuntijoitaan, näiden näkemykset menevät yleensä eri suuntiin.

Varsinaisia asiantuntijoita OK:n tarkoittamassa mielessä ovat ainoastaan tuomioistuimen määräämät asiantuntijat (17:44.1). Asianosaisten nimeämiä asiantuntijoita ei OK:ssa käsitellä asiantuntijoina, vaan heihin sovelletaan, mitä todistajista on säädetty (17:55).¹²⁶ Käytännössä asianosaiset hankkivat

¹²⁴ Tätä edellyttää pääkäsittelyn keskitys samaan tapaan kuin muidenkin todistuskeinojen osalta. Samoin Lindell 1993 s. 258 ja Ekelöf – Boman IV s. 199. Vrt. Ekelöf IV s. 159 s, jonka mukaan asianosaisten vapaata kuulustelua ei tarvinnut pyytää valmistelussa. Ruotsissa ko. todistuskeinoa ei vielä tuolloin säännelty nimenomaisesti laissa. Kanta saattaisi johtaa esim. siihen, että tuomioistuimien ei lainkaan kutsu vastapuolta henkilökohtaisesti pääkäsittelyyn, vaikka hänen kuulemisensa olisi asianosaisten käsityksen mukaan asian selvittämiseksi tarpeen.

¹²⁵ Laissa käytetään ilmaisua »erityiset ammattitiedot» (17:44.1). Tirkkonen (Sp II s. 223) puolestaan katsoo, että »ellei sovellettava kokemusohje kuulu tavallisen yleisivistyksen tai elämäkokemuksen piiriin», on yleensä syytä turvautua asiantuntijatodisteluun. – Oikeudenkäynnin asianmukaisuuden eli kontradiktorisuuden ja yhdenvertaisuuden näkökulmasta asiantuntijatodistelu on suositeltavampaa kuin asiantuntijoiden ottaminen tuomioistuimen jäseniksi: molemmilla osapuolilla on tällöin yhtäläinen mahdollisuus esittää asiantuntijatodistelua ja asiantuntijoiden näkemykset tulevat asianosaisten keskustelun ja arvioinnin piiriin. Asiantuntijajäsenen omaksumiselle onkin yleensä ollut muut syyt. Ks. keskustelusta esim. Edelstam s. 144 ss ja 538 ss.

¹²⁶ Ks. Tirkkonen Sp II s. 223 s. Tämä perustuu siihen, että asiantuntijatodistelu on nähty tuomioistuimen oman toiminnan täydentämisenä: jos asiantuntijatodistelua ei käytetä, tuomioistuimen täytyy selvittää ja soveltaa kokemussääntöjä viran puolesta. Asiantuntijoita onkin joskus sanottu tuomioistuimen avustajiksi, ks. esim. Wrede 1910 s. 263 s. Ks. myös Edelstam s. 22 s käsitelystä domstols-/partssakkunnig ja offentlig/privat sakkunnig.

asiantuntijat. Tuomioistuimen määräämän asiantuntijan on annettava lausuntonsa ensisijaisesti kirjallisesti. Asiantuntijaa on lisäksi kuultava täydentävästi suullisesti, jos asianosainen sitä vaatii eikä hänen kuulemisensa ole ilmeisesti merkityksetöntä taikka jos tuomioistuin pitää asiantuntijan kuulemista tarpeellisenä (17:50). Samoja sääntöjä voidaan soveltaa asianosaisen nimeämään asiantuntijaan (17:55). Jos asianosainen haluaa nimetä asiantuntijan kuultavaksi, hänen on ilmoitettava siitä ja kuulemisen toimittamiseksi tarpeellisista seikoista viipymättä valmistelussa (5:25.3).

Pääkäsittelyn keskityksen vuoksi asiantuntijan *kirjallinen lausunto* tulee hankkia jo riita-asian *valmisteluvaiheessa*.¹²⁷ Tämä on tärkeää paitsi sen vuoksi, että lausuntoa ei yleensä ehdittäisi pääkäsittelyn aikana hankkia, myös siksi, että lausunnon sisältö saattaa vaikuttaa asianosaisten vaatimuksiin, perusteisiin tai todisteisiin. Paras ajankohta lausunnon hankkimiselle on yleensä suullisen valmistelun loppupuoli, jolloin asianosaisten vaatimukset ja niiden perusteet ovat riittävästi täsmentyneet sekä kirjalliset todisteet on annettu. Usein lienee hyödyllistä, että tuomioistuin tekee OK 5:24:n tarkoittaman, mutta alustavan kirjallisen yhteenvedon jutusta asiantuntijaa varten. Juttu on samalla normaalisti siirrettävä riittävän pitkälle uuteen valmisteluistuntoon, jotta asianosaisilla ja tuomioistuimella on vielä mahdollisuus ryhtyä lausunnon vuoksi tarvittaviin toimenpiteisiin.¹²⁸

Myös asiantuntijatodistelu otetaan - eräin harvoin poikkeuksin - vastaan vasta pääkäsittelyssä (17:8a.1 ja 24:2.1); asiantuntijan kirjallinen lausunto on yleensä luettava pääkäsittelyssä (17:51.2). Valmistelussa hankitun kirjallisen asiantuntijalausunnon sisältöä rajoittaa kuitenkin se, että suullista todistelua tai katselmusta ei normaalisti ole vielä valmistelussa toimitettu,¹²⁹ joten asiantuntija on voinut perustaa lausuntonsa vain asianosaisten omiin esityksiin ja kirjallisiin todisteisiin. Usein ei kuitenkaan riitä, että asiantuntija pelkästään kertoo kokemussäännöistä in abstracto, vaan hänen on myös sovellettava niitä käsillä olevaan konkreettiseen tapaukseen eli esille tuleviin todistusosiseikkoihin.¹³⁰ Näissä tilanteissa on usein syytä kuulla asian-

¹²⁷ Ks. myös Edelstam s. 251 ja 253.

¹²⁸ Mikäli asiantuntijana kuullaan muuta henkilöä kuin julkisen viran tai toimen nojalla sen haltijaa, tuomioistuimen on määrättävä aika, jonka kuluessa kirjallinen lausunto on annettava (17:50.1). Ks. myös HE 1990:15 s. 117: »määräaika olisi asetettava siten, että lausunto olisi saatavissa hyvissä ajoin ennen pääkäsittelyä. Tämä on tärkeätä sen vuoksi, että asianosaiset voivat saatuaan tiedon lausunnosta ryhtyä asian käsittelyn kannalta tarpeellisiin toimenpiteisiin hyvissä ajoin ennen pääkäsittelyä.»; myös julkisen viran haltijalle »voidaan tietenkin ilmoittaa, milloin lausunto viimeistään tarvitaan» (ibid).

¹²⁹ Ks. kuitenkin erit. OK 17:48a ja siitä jäljempänä jaksossa 6.4.2 lausuttua.

¹³⁰ Ks. Ekelöf IV s. 184 s.

tuntijaa täydentävästi *suullisesti pääkäsittelyssä*. Tällöin asiantuntijalta voidaan kysyä välittömästi esimerkiksi, miten suullisessa todistelussa ilmitul-
lut uusi todistus- tai aputositseikka vaikuttaa hänen lausuntoonsa.¹³¹ Asian-
tuntija on siis nimettävä ja hänen mahdollinen kirjallinen lausuntonsa on han-
kittava jo valmistelussa, mutta häntä on tarvittaessa kuultava lisäksi suulli-
sesti pääkäsittelyssä.

Ns. *oikeustieteellinen asiantuntija* ei ole sen paremmin todistaja kuin asiantuntija OK:n tarkoittamassa mielessä, koska hän ei kerro tapauksen fak-
toista eikä kokemussäännöistä, vaan rinnastuu sisällöllisesti lähinnä asian-
osaisten lainopilliseen avustajaan, joka argumentoi juridisesti.¹³² Oikeustie-
teellinen asiantuntijalausunto voitaneen antaa tuomioistuimelle kirjallisena
OK 5:20:n ja 6:3:n estämättä.¹³³ Kirjalliset, oikeudelliset asiantuntijalausun-
not tulee hankkia jo jutun valmisteluvaiheessa mm. siksi, että lausuntojen
vuoksi asianosaisten saattaa olla syytä muuttaa vaatimuksiaan, perusteitaan
tai todisteluaan.¹³⁴ Oikeudellista asiantuntijaa ei sen sijaan ole syytä kuulla
suullisesti pääkäsittelyssä, koska hänen tehtävänään ei voi olla jutussa vas-
taanotetun näytön arviointi. Lisäksi oikeustieteellinen asiantuntija voi kir-
joittaa lausuntonsa olettamiensa oikeustositseikkojen perusteella.¹³⁵

Ongelmallisia valmistelu/pääkäsittely -jaon kannalta saattavat olla kä-
rjääoikeuden erityissääntelyn nojalla eri *viranomaisilta* pyytämät kir-
jalliset lausunnot, joissa arvioidaan asiaa lähinnä oikeudellisesti jutun
oikeustositseikaston perusteella.¹³⁶ Esimerkkinä voidaan mainita patent-

¹³¹ Ks. myös HE 1990:15 s. 117: »olisi tärkeää, että asiantuntija kutsuttaisiin pääkä-
sittelyyn myös suullisesti kuultavaksi. Tämä on tarpeen siitä syystä, että hän voi tarkas-
taa antamansa asiantuntijalausunnon perustuvan siihen oikeudenkäyntiaineistoon, joka
pannaan tuomion perusteeksi. Jos tällöin esimerkiksi todistaja muuttaisi kertomustaan,
asiantuntija voi ottaa kantaa siihen, kuinka tämä vaikuttaa hänen lausuntoonsa.»

¹³² Ks. jo Granfelt 1944 s. 72, Halila LM 1954 s. 217 ja viimeksi Pekka Viljanen
DL 1997 s. 548.

¹³³ Ks. Pekka Viljanen DL 1997 s. 550 s ja Ekelöf – Boman IV s. 241 s. 'Lausunto'
voitaneen kuitenkin torjua, jos sen muodolla pyritään ilmeisesti kiertämään kirjelmäkiel-
toa.

¹³⁴ Ks. myös HE 1990:15 s. 64 ja Halila LM 1954 s. 218 s.

¹³⁵ Muodoltaan tällainen kuuleminen ilmeisesti rinnastuisi asianosaisten avustajan ple-
deeraukseen; kysymys ei olisi todistajan eikä asiantuntijan kuulemisesta.

¹³⁶ Kysymys ei voine olla näytön arvioimisesta; jos esim. patenttivilanomaisen ar-
vioisi kirjallisessa lausunnossaan jutussa esitettyä näyttöä kirjallisen oikeudenkäyntiai-
neiston perusteella, menettely rikkoisi todistelun suullisuutta ja välittömyyttä vastaan sekä
siirtäisi tuomioistuimelle kuuluvan näytön arvioinnin osittain hallinnolliselle viranomai-
selle. Jos taas kysymys on kokemussääntöjen selostamisesta ja niiden soveltamisesta ko.

tiprosessit: patentin mitättömäksi julistamista koskeissa asioissa kärjäoikeuden on hankittava patenttiviranomaisen lausunto ja muissa patenttiasioissa lausunto voidaan hankkia, mikäli siihen on aihetta (PatL 69 §; ks. myös TyöKeksL 11a.1 §). Hieman toisen tyyppisenä esimerkkinä voidaan mainita Rooman sopimuksen 177 artiklan mukainen ns. ennakkoratkaisumenettely: jos jutussa aktualisoituu EY-oikeuden tulkintakysymys, jo kärjäoikeus voi pyytää siitä yhteisön tuomioistuinta ennakkoratkaisua.¹³⁷

Voidaan kysyä, missä kärjäoikeusmenettelyn vaiheessa tämän tyyppisiä lausuntoja tms. tulisi pyytää. Nähdäkseni lausuntopyyntö tulee tehdä jo valmisteluvaiheessa (arg. 5:17 ja 25.1 §). Lausunnon saaminen saattaa kestää hyvinkin kauan, joten sen pyytäminen vasta pääkäsittelyvaiheessa merkitsisi yleensä, että asiassa olisi toimitettava epäekonomisesti uusi pääkäsittely (6:11).¹³⁸ Toisaalta ongelmana on, että suullista todistelua ja katselmusta ei vielä valmistelussa ole normaalisti toimitettu, joten lausunto joudutaan perustamaan pelkästään kirjalliseen oikeudenkäyntiaineistoon. Koska todistelun lopputulos ei vielä ole tiedossa, relevantit tosiseikat saattavat vielä muuttua, jolloin lausunto menettää merkitystään ko. jutussa.¹³⁹

Lausuntopyynnön järkevä ajoittaminen riippuu siitä, minkä tyyppisestä lausunnosta on kysymys. Jos lausuntoa pyydetään oikeuskysymyksestä in abstracto, sitä voidaan pyytää hyvinkin varhaisessa valmistelun vaiheessa. Jos taas lausunnossa on tarkoitus arvioida oikeudellisesti jutun oikeustositseikastoa in concreto, paras ajankohta lienee suullisen valmistelun loppupuoli, jolloin asianosaisten vaatimusten perusteet ovat riittävästi täsmentyneet.¹⁴⁰ Tällöin asianosaisten vetoamien seikkojen täsmällisyyteen ja kirjallisten todisteiden täydellisyys-

jutun todistusositseikkoihin, viranomaiseen ja sen edustajaan lienee sovellettava asian tuntijaa koskevia säännöksiä.

¹³⁷ Ruotsissa samankaltainen problematiikka aktualisoituu RB 56:13:n mukaisessa, erittäin harvoin käytetyssä 'prejudikaattikysymysten siirtämismenettelyssä' (>hänskjutande av prejudikatfrågor>): jos dispositiivisen riita-asian asianosaiset ovat sopineet, että he eivät hae kärjäoikeuden tuomioon muutosta, kärjäoikeus saa asianosaisten suostumuksella siirtää tietyn kysymyksen jutussa HD:n ratkaistavaksi, mikä edellyttää HD:n myöntämää valituslupaa (RB 56:14).

¹³⁸ Pääkäsittelyn täydentämissäännöstö (OK 6:14) ei soveltune tilanteeseen, ks. HE 1990:15 s. 86. – Vrt. syytetyn mielentilan tutkimisen osalta nimenomaisesti ROL 6:11.3: jos pääkäsittely on ollut lykättynä vastaajan mielentilan tutkimista varten, uutta pääkäsittelyä ei tarvitse toimittaa, vaikka käsittely on ollut lykättynä säädettyä pidemmän ajan.

¹³⁹ Ks. myös Koulu DL 1994 s. 759–764.

¹⁴⁰ EY-ennakkoratkaisukyselyn osalta ks. myös Koulu DL 1994 s. 764–768. Tosi-seikkojen epäselvyys saattaa johtaa siihen, että kärjäoikeus ei lainkaan tee kyselyä. – RB 56:13:n prejudikaattikyselyn osalta ks. myös Ekelöf – Boman s. 110 s ja Welamson VI s. 181.

teen on kiinnitettävä erityistä huomiota. OK 5:24:n tarkoittaman, alustavan yhteenvedon tekeminen lausunnon antajaa varten olisi usein hyödyllistä.

Se, missä määrin muun todistelun ottaminen vastaan on tarpeellista lausuntoa varten, riippuu pyydettyä lausunnon sisällöstä ja tarkoituksesta sekä konkreettisesta yksittäistapauksesta. Jos esimerkiksi lausunnon relevantit seikat ovat riidattomia, näytön vastaanottaminen ei ole lainkaan tarpeen. Muutoin on punnittava keskenään yhtäältä kaksinkertaisesta todistelusta aiheutuvaa prosessiekonomista haittaa ja toisaalta sitä haittaa, mikä aiheutuisi relevantin oikeustositseikaston muuttumisesta. Mikäli keskeisimmän suullisen todistelun tai katselmuksen toimittaminen on välttämätöntä, ne voitaneen poikkeuksellisesti toimittaa jo valmistelussa (arg. OK 17:48a ex analog).¹⁴¹ Tarvittaessa lausunnon antaneen (kotimaisen) viranomaisen edustajaa voitaneen ainakin joissakin tapauksissa kuulla täydentävästi suullisesti pääkäsittelyssä, jolloin hän voi ottaa kantaa siihen, miten tosiseikaston muuttuminen vaikuttaa lausuntoon.

6.4 Todisteiden vastaanottamisesta poikkeuksellisesti valmistelussa

Edellä on todettu, että todisteet otetaan vastaan vasta pääkäsittelyssä ja että valmistelussa ainoastaan valmistellaan todisteiden vastaanotto selvittämällä todisteet ja niiden todistusteemat etukäteen. Tästä vahvasta pääsäännöstä voidaan kuitenkin de lege lata tietyissä erityistilanteissa poiketa, jolloin siis todiste otetaan vastaan ennen pääkäsittelyä jo valmisteluvaiheessa. Nämä tilanteet voidaan jäsentää kahteen ryhmään: ensinnäkin tilanteisiin, joissa todistelua edellyttävä kysymys myös ratkaistaan jo valmistelussa (jakso 6.4.1), ja toiseksi tilanteisiin, joissa todiste otetaan poikkeuksellisesti vastaan pääkäsittelyn ulkopuolella pääkäsittelyssä tapahtuvaa näytön arviointia ja päätöksentekoa varten (jakso 6.4.2). Ero on siis siinä, että ensin mainituissa tilanteissa myös varsinainen ratkaisu näytön arviointineen tehdään jo valmistelussa, kun taas jälkimmäisissä valmisteluvaiheessa tapahtuvasta näytön vastaanottamisesta huolimatta näyttö arvioidaan ja ratkaisu tehdään vasta pääkäsittelyssä.

¹⁴¹ Ks. myös Koulu DL 1994 s. 765. Ks. säännöksestä tarkemmin jäljempänä jaksossa 6.4.2 lausuttua.

6.4.1 Valmistelussa tehtävää ratkaisua varten

a. Kuten edellä jaksossa 3.2.3 on esitetty, tietyissä tilanteissa asia voidaan de lege lata ratkaista joko kokonaan tai osittain jo valmistelussa (OK 5:6, 13, 14 ja 27 §). Yleensä kysymys on ratkaisuiista, jotka tehdään puhtaasti muodollisella perusteella (kanteesta luopuminen tai sen myöntäminen, asianosaisten tai molempien asianosaisten poissaolo tai siihen rinnastettava laiminlyönti, asianosaisten tekemä sovinto), jolloin siis todistelu ei tule lainkaan ajankohtaiseksi. Eräissä, kohta mainittavissa tapauksissa ratkaisu kuitenkin voidaan tehdä myös materiaalisella perusteella. Tällöin herää kysymys, voidaananko ratkaisun mahdollisesti edellyttämä todistelu ottaa vastaan jo valmistelussa vai onko se tällöinkin otettava vastaan – mahdollisesti 5:30:n mukaisesti erillisessä – pääkäsittelyssä.

Ensinnäkin on todettava, että kysymyksessä ei voi olla materiaallinen pääasiaratkaisu, jossa kanne hylätään tai hyväksytään tuomiolla kokonaan tai osittain, koska asia voidaan ratkaista valmistelussa materiaalisesti ainoastaan muodollisella perusteella. Ainoa poikkeus ovat tilanteet, joissa »selvästi perusteeton» kanne voidaan hylätä (5:6.2, 13.2, 14.2 § ja 12:13) ja »selvästi perusteltu» kanne hyväksyä tuomiolla (12:12). Selvällä perusteettomuudella tarkoitetaan ennen muuta selvää oikeudellista perusteettomuutta, mutta myös notorisesti väärää tai mahdotonta perustetta; kysymys ei siten voi olla sellainen, jonka ratkaiseminen edellyttäisi todistelun vastaanottoa.¹⁴²

Eräänlaista poikkeusta kirjallisessa valmistelussa merkitsee myös se, että jos kantajan vaatimus perustuu juoksevaan sitoumukseen, vastaajan on jo vastauksessaan esitettävä »todennäköisiä syitä» kiistämisensä tueksi välttyäkseen yksipuoliselta tuomiolta (5:14.2:n 2 kohta); tämän ratkaisemiseksi tuomioistuimen on otettava vastaajan esittämät todisteet alustavasti vastaan. Tässä vaiheessa vastaaja voi esittää kirjallisia todisteita (ilmeisesti myös katsastettavia esineitä), muttei suullista todistelua; vastaaja voi kuitenkin liittää vastaukseensa asiantuntijan tai jopa todistajan kirjallisen lausunnon (17:11.3). Tässä vaiheessa todisteiden vastaanottaminen on kuitenkin vasta alustavaa, koska sen perusteella voidaan ratkaista vain, välttyykö vastaaja yksipuoliselta tuomiolta vai ei. Jos tämä yksipuolisen tuomion välttämisen »kynns» ylittyy ja asian valmistelu siten jatkuu, tilanne palautuu normaaliksi: alustavasti vastaanotetut todisteet on otettava tarvittaes-

¹⁴² Vastaavat näkökohdat koskevat jo sinänsä ongelmallista kanteen selvää perusteltuisuutta. – Notorisesti väärin tosiseikkojen vuoksi kannetta voidaan pitää selvästi perusteettomana ainoastaan, kun notorisuus on selvää – muussa tapauksessa valmistelua on jatkettava ja kantajalle on varattava tilaisuus näytön esittämiseen.

sa uudelleen vastaan pääkäsittelyssä, jotta tuomio voitaisiin niihin perustaa.¹⁴³

Myös *prosessinedellytyskysymyksen* eli kanteen tutkimatta jättämisen ratkaiseminen päätöksellä on valmistelussa mahdollista (5:6.1 ja 27.1:n 3 kohta). Se on myös prosessiekonomisesti järkevää, jotta jutun materiaalista puolta ei tarpeettomasti käsiteltäisi, jos kanne jätetään kuitenkin tutkimatta. Joissakin tapauksissa prosessinedellytyskysymyksen ratkaiseminen saattaa edellyttää todistelua: jos kysymys on esimerkiksi kirjallisen välityssopimuksen alan tulkinnasta, saattaa olla tarpeen kuulla sopimusneuvotteluihin osallistuneita henkilöitä todistajina. Jos siis vastaajan prosessiväitteen johdosta (5:10.1:n 6 kohta ja 16:1.1) tai ehdottomien prosessinedellytysten osalta viran puolesta (16:1.2) nousee esille kysymys prosessinedellytyksen olemassaolosta, voidaanko kysymyksen mahdollisesti edellyttämä todistelu pääsäännöstä poiketen ottaa vastaan jo valmistelussa vai onko kysymyksen ratkaisemista varten järjestettävä (erillinen) pääkäsittely?

Lakitekstistä kysymykseen ei löydy nimenomaista vastausta, mutta sen lähtökohta on yksiselitteisesti, että todisteet otetaan vastaan vasta pääkäsittelyssä (17:8a.1). Hallituksen esityksessä kirjoitetaan kuitenkin seuraavasti: »Ainoastaan silloin, kun on kysymys yksittäisen valmistelussa ratkaistavan seikan selvittämisestä, todistajaa voitaisiin poikkeuksellisesti kuulla jo valmistelussa. Jos kysymys on esimerkiksi asian jättämisestä tutkimatta – – voitaisiin todistajaa tällaisen kysymyksen selvittämiseksi kuulla jo valmistelussa.»¹⁴⁴ Lausuma ei ole jättänyt jälkeä lakitekstiin. Samoin *Lappalainen* kirjoittaa: »Henkilötodistelun ottaminen vastaan valmistelussa on poikkeuksellisesti luvallista, jos ongelma siitä, voidaanko juttu ottaa tutkittavaksi, joka kuuluu valmistelussa ratkaistaviin kysymyksiin (OK 5:27), vaatii suullista näyttöä.»¹⁴⁵

Kanta on mielestäni perusteltu. Kun päätös tutkimatta jättämisestä voidaan tehdä jo valmistelussa, on luontevaa, että myös sen edellyttämä todistelu voidaan ottaa vastaan jo valmistelussa; muutoin päätöksen mahdollisuus valmistelussa jäisi näytöllisesti epäselvissä tapauksissa illusoriseksi, koska pääkäsittely olisi joka tapauksessa toimitettava näytön vastaanottami-

¹⁴³ Samoin HE 1990:15 s. 112: »Todistajankertomuksella voisi olla ainoastaan se vaikutus, että tuomioistuimien katsoisi vastaajan esittäneen sellaisia todennäköisiä syitä kiistämisen tueksi, että valmistelua olisi jatkettava. Jos samaan todisteeseen halutaan vedota pääkäsittelyssä, kirjallisen todistajankertomuksen antanut henkilö on kuultava silloin henkilökohtaisesti.»

¹⁴⁴ HE 1990:15 s. 66.

¹⁴⁵ Lappalainen s. 61 av 17 ja s. 154.

seksi.¹⁴⁶ Näytön vastaanottamisen mahdollisuutta puoltaa valmistelun ratkaisufunktio, jonka justifikaationa on prosessieconomia. Toisaalta todistelun välittömyys, jota pääkäsittelysäännöt palvelevat, ei paina voimakkaasti toiseen suuntaan, koska todisteet myös arvioidaan ja kyseinen ratkaisu tehdään välittömästi jo valmistelussa. Eri todistuskeinojen kohtelemiseen tässä suhteessa eri tavoin ei myöskään liene syytä: jotta prosessinedellytyskysymys ylipäänsä voitaisiin ratkaista jo valmistelussa, se edellyttää yleensä vähintään kirjallisen todistelun vastaanottamista. Ei liene esitettävissä riittäviä perusteita, miksei myös todistajia tai muita henkilöitä voitaisi kuulla jo valmistelussa prosessinedellytyskysymyksen selvittämiseksi.

b. Riita-asian valmistelussa saatetaan joutua tekemään monenlaisia oikeudenkäyntimenettelyyn liittyviä päätöksiä, jotka saattavat joissakin tapauksissa edellyttää todistelua. Voidaankin kysyä, onko prosessinedellytyskysymys ainoa, jonka ratkaisemiseksi todistelua voidaan ottaa jo valmistelussa vastaan. Lakitekstissä tällaisista kysymyksistä käytetään yhteisnimitystä *»oikeudenkäyntiä koskeva kysymys»* (5:23 ja 30, 12:9.2 ja 23:5a.1). Käsitettä ei ole tarkemmin laissa määritelty. Hallituksen esityksessä mainitaan esimerkiksi *»oikeudenkäynnin edellytyksiä koskevat kysymykset tai jonkin todistajan esteellisyyttä tai asiakirjan esittämiselvöllisyyttä koskeva kysymys, turvaamistoimesta päättämistä koskeva asia sekä – – päättäminen todisteen vastaanottamisesta pääkäsittelyn ulkopuolella»*.¹⁴⁷ Tällaiset kysymykset voidaan valmistella erikseen (5:23) ja kysymyksen käsittelyä varten voidaan määrätä erillinen pääkäsittely, vaikka asian valmistelu ei ole muilta osin vielä päättynyt (5:30); asianosaisen poissaolo tai siihen rinnastettava laiminlyönti ei estä kysymyksen ratkaisemista (12:9.2).¹⁴⁸

Tämän tutkimuksen kysymyksenasetteluun kiinteästi liittyvä ryhmä ovat todisteluun liittyvät kysymykset. Tämän tyyppiset todistusoikeudelliset, oikeudenkäyntiä koskevat kysymykset näyttävät olevan samalla niitä, joita koskevat OK 5:25:n tarkoittamat päätökset ns. valmistavaan toimenpiteeseen

¹⁴⁶ Yleensä tämä vielä todennäköisesti pidettäisiin valmistelun yhteydessä, jolloin viimeisen valmisteluistunnon oikeudenkäyntiaineisto otettaisiin joka tapauksessa huomioon (6:17 ja 24:2.1).

¹⁴⁷ Ks. HE 1990:15 s. 69, 73 ja 93 sekä HE 1990:154 s. 24: *»Oikeudenkäyntiä koskevalla kysymyksellä tarkoitetaan lähinnä oikeudenkäynnin edellytystä ja itse käsittelyn järjestämiseen liittyvää kysymystä.»* – OK 7:5.3:n mukaan myös turvaamistointa koskevan asian käsittelyssä (pääasian yhteydessä) noudatetaan toissijaisesti ja soveltuvin osin, mitä oikeudenkäyntiä koskevan kysymyksen käsittelystä on säädetty. Ks. HE 1990:179 s. 16 s ja Havansi 1994 s. 122 s.

¹⁴⁸ Pääasian yhteydessä tällaisesta kysymyksestä on äänestettävä erikseen (23:5a.1).

ryhtymisestä. Tällaiset päätökset on tehtävä valmistelussa, jos se on todistelun keskityksen kannalta tarpeen. Tällaistenkin kysymysten, kuten asiantuntijan esteettömyyden (17:47), ratkaiseminen saattaa joissakin tapauksissa edellyttää todistelua. Tällöin jouduttaisiin tarpeettoman raskaaseen menettelyyn, jos olisi aina järjestettävä erillinen pääkäsittely sen ratkaisemiseksi, voidaanko tietty todiste esittää varsinaisessa pääkäsittelyssä.

Myös todisteluun liittyvien tai muiden oikeudenkäyntiä koskevien kysymysten osalta todistelua voitaneen ottaa vastaan jo valmistelussa: samat näkökohdat koskevat myös näitä kuin prosessinedellytyskysymystä.¹⁴⁹ Todistelua saatetaan siten joutua ottamaan vastaan valmistelussa sen selvittämiseksi, mitä todistelua pääkäsittelyssä tullaan esittämään. Jos esimerkiksi asianosainen nimeää asiantuntijan, jonka esteettömyys (17:47) on epäselvää, saattaa olla syytä ottaa tätä kysymystä koskeva todistelu jo valmistelussa vastaan, jolloin päätös henkilön kuulemisesta asiantuntijana voidaan tehdä valmistelussa (5:25.1). Asianosaisen on vastaavasti ilmoitettava päätöksen tarpeesta ja esitettäväksi haluamastaan todistelusta välittömästi valmistelussa (5:25.3). – Kanta ei luonnollisestikaan tarkoita, etteikö erillistä pääkäsittelyä tällaisen kysymyksen osalta saisi järjestää (5:30). Se tulisi kuitenkin järjestää lähinnä silloin, kun välittömyys kyseisen kysymyksen ratkaisussa on erityisen tärkeää ja painaa yksittäistapauksessa enemmän kuin prosessiekonominiset haitat. Tämä toteutuu lähinnä silloin, kun todistelu kysymyksestä on erityisen laajaa, käsittäen esimerkiksi useiden todistajien kuulemisen.

OK 17:14:n mukainen *editiokuulustelu* on syytä ottaa tässä yhteydessä erityisesti esille: voidaanko asiakirjan haltijaa kuulustella jo valmistelussa esittämisvelvollisuutta koskevan kysymyksen selvittämiseksi? Säännöksessä viitataan todistajan ja asianosaisen kuulustelua koskeviin säännöksiin, mikä saattaisi merkitä, että myös editiokuulustelu valmistelussa rajoittuisi niissä säännelyihin tilanteisiin (ks. seuraavaa jaksoa 6.4.2). Toisaalta kuitenkin esittämisvelvollisuutta koskeva kysymys tulee ratkaista jo valmistelussa, mikä puoltaa myös mahdollisen editiokuulustelun järjestämistä jo valmistelussa. Todistelun välittömyys ei tässä paina voimakkaasti toiseen suuntaan. OK 17:14:n mukainen editiokuulustelu voitaneen siten toimittaa jo valmistelussa esittämisvelvollisuutta koskevan kysymyksen selvittämiseksi. Erillinen pääkäsittely (5:30) tulisi järjestää vain, jos todistelu kysymyksestä on erityisen laajaa.¹⁵⁰

¹⁴⁹ Ks. myös SOU 1938:44 s. 25, 431 ja 435, Gärde ym. s. 583, Hassler s. 349 s ja Fitger RB s. 35:67. Turvaamistoimien osalta ks. Havansi 1994 s. 126.

¹⁵⁰ Ks. myös Andström s. 249, SOU 1938:44 s. 415 ja 439 (»mera omfattande be-

Yksi tärkeä näkökohta on vielä huomattava: tuomioistuimen on joka tapauksessa huolehdittava todistelun välittömyyden toteutumisesta myös silloin, kun todistelua otetaan vastaan jo valmistelussa siellä ratkaistavan prosessinedellytys- tai muun oikeudenkäyntikysymyksen selvittämiseksi. Tämä merkitsee ensinnäkin, että myös valmistelussa todistelun vastaanottamisen täytyisi tapahtua mahdollisimman välittömässä menettelyssä.¹⁵¹ Suotuisinta olisi, jos kysymystä koskeva todistelu voitaisiin ottaa vastaan yhdessä suullisen valmistelun istunnossa ja päätös tehdä sen päätteeksi. Todistelun välittömyyden kannalta olisi ongelmallista esimerkiksi jatkaa editiokuulustelua useammassa valmisteluistunnossa. Toiseksi todistelun välittömyydestä on jatkokäsittelyssä pidettävä kiinni normaalien sääntöjen mukaan: valmistelussa toimitetussa tällaisessa todistelussa esiintulleita seikkoja ei voida panna suoraan tuomion perustaksi, vaan todiste on tarvittaessa otettava uudelleen vastaan pääkäsittelyssä pääasiaa silmälläpitäen (17:8a.1 ja 8e.1 sekä 24:2.1).¹⁵²

6.4.2 Pääkäsittelyssä tehtävää ratkaisua varten

Edellä tarkasteltu poikkeus todisteiden vastaanottamisesta pääkäsittelyssä on luonteva: todisteet on voitava ottaa vastaan jo valmistelussa, kun myös niiden arviointi ja päätöksenteko tapahtuu valmistelussa. Tilanne on olennaisesti toinen, kun kysymyksessä on näytön arvioinnin perusteella pääkäsittelyn jälkeen tehtävä pääasiasratkaisu eli tuomio. Suullisen, välittömän ja keskitetyn pääkäsittelyn tärkein tehtävä on mahdollistaa välitön todistelu. Välittömästi vastaanotetun todistelun katsotaan antavan parhaat edellytykset oikeaan näyttökysymyksen ratkaisuun pääsemiseksi. Tämän vuoksi laissa on erittäin keskeisesti säädetty, että riita-asiassa todisteet on otettava vastaan pääkäsittelyssä (17:8a.1) ja että tuomiossa saadaan ottaa huomioon vain se oikeudenkäyntiaineisto, joka on esitetty pääkäsittelyssä (24:2.1).¹⁵³ Tuomio

visning»), Gärde ym. s. 603 s, Hassler s. 402, Fitger RB s. 42:59 sekä Heuman 1989/90 s. 16–22 ja 1990 s. 142.

¹⁵¹ »Mahdollisimman» viittaa siihen, että kysymyksessä on ainoastaan välittömyysperiaate; pääkäsittelyä koskevat tiukat, sääntötyyppiset normit eivät tätä koske. Vrt. Fitger RB s. 35:67: »på lämpligaste sätt». Vrt. myös turvaamistoimien osalta Havansi 1994 s. 126 s.

¹⁵² Samoin HE 1990:15 s. 66.

¹⁵³ Jälkimmäinen ei välttämättä edellytä edellistä: todiste voidaan saattaa OK 24:2.1:n tarkoittaman ratkaisuaaineiston piiriin myös siten, että todiste otetaan vastaan muualla ja pääkäsittelyssä ainoastaan tehdään selko kertyneestä oikeudenkäyntiaineistosta (17:8e.2). Todiste voidaan siis saattaa pääkäsittelyssä päätöksenteon perustaksi kahdella tavalla:

materiaalisella perusteella voi siis perustua normaalisti ainoastaan pääkäsittelyssä välittömästi vastaanotettuun todistusaineistoon.

Toisaalta todisteiden vastaanotto keskitetyssä pääkäsittelyssä ei aina ole käytännössä mahdollista. Se saattaa olla päinvastoin suorastaan mahdotonta: esimerkiksi esine saattaa olla laadultaan sellainen, että se todennäköisesti pilaantuisi tai muuttuisi relevantilla tavalla ennen pääkäsittelyn yhteydessä toimitettavaa katselmusta, taikka todistaja tai muu henkilö saattaa olla valmisteluvaiheessa niin sairas, että hän ei todennäköisesti voisi saapua kuultavaksi myöhempään pääkäsittelyyn. Toiseksi todisteen esittäminen pääkäsittelyssä saattaisi joka tapauksessa olla niin hankalaa ja/tai kallista, että esille nousee kysymys, onko todisteen välitön vastaanotto pääkäsittelyssä siitä aiheutuvan haitan ja kustannusten arvoista vai olisiko varmuustavoitteesta syytä tinkiä prosessiekonomisista syistä.

Oikeudenkäymiskaareen on otettu instituutio, jota voidaan kutsua yhteisnimellä *todisteiden vastaanottaminen pääkäsittelyn ulkopuolella*.¹⁵⁴ Todisteen vastaanottamisella pääkäsittelyn ulkopuolella tarkoitetaan tässä sitä, että todiste otetaan vastaan näytön arviointia varten jossakin muussa käsittelytilaisuudessa kuin siinä pääkäsittelyssä, jossa kyseinen näytön arviointi lopulta tapahtuu; todisteen vastaanotto ja sen pohjalta tapahtuva näytön arviointi tapahtuvat siis eri oikeudenkäyntitilaisuuksissa. Todisteen vastaanottaminen pääkäsittelyn ulkopuolella rikkoo aina todistelun välittömyyden:¹⁵⁵ tuomioistuimien ei voi panna tuomion perustaksi omia välittömiä havaintojaan todisteesta, vaan tuomio perustuu todisteen vastaanottamisessa kertyneeseen oikeudenkäyntiaineistoon, esimerkiksi äänitettyyn tai pöytäkirjattuun todistajankertomukseen.¹⁵⁶ Todistelun vastaanottaminen pääkäsittelyn ulkopuolella voikin tapahtua paitsi tuomioistuimessa, jossa pääasia on vireillä, myös oikeusaputeitse toisessa tuomioistuimessa, jopa toisen valtion tuomioistuimes-

1) ottamalla todiste vastaan välittömästi ko. pääkäsittelyssä (pääsääntö) tai 2) tekemällä selko todisteen muualla vastaanottamisessa kertyneestä oikeudenkäyntiaineistosta (poikkeus).

¹⁵⁴ Ks. HE 1990:15 s. 106 ja Lappalainen s. 159.

¹⁵⁵ Ekelöf mainitsee todisteiden vastaanottamisen pääkäsittelyn ulkopuolella poikkeuksena parhaan todistusaineiston periaatteesta, Ekelöf IV s. 56.

¹⁵⁶ Tässä tilanteessa siis pääkäsittelyn välittömyys menee todistelun välittömyyden edelle: jos esim. todistajaa on kuultu pääkäsittelyn ulkopuolella, tuomari ei periaatteessa saa perustaa ratkaisuaan muistikuviansa tuosta kuulustelusta, vaan ratkaisun on perustuttava siihen pöytäkirjattuun materiaaliin, josta on tehty selko pääkäsittelyssä (24:2.1). Jos tuomari havaitsee muistikuvansa perusteella materiaalissa virheen, hänen on otettava tämä pääkäsittelyssä esille.

sa (OK 17:8a.2).¹⁵⁷ Seuraavassa pidetään silmällä ainoastaan *pääasiaa käsittelevässä* käräjäoikeudessa *valmisteluvaiheessa* tapahtuvaa todisteiden vastaanottoa.

Oma kysymyksensä on, milloin todisteen vastaanotto tarkemmin ottaen tapahtuu »pääkäsittelyssä», milloin sen ulkopuolella. Tämän tutkimuksen kannalta kysymys on selvä: todisteen vastaanotto tapahtuu aina pääkäsittelyn ulkopuolella, kun todiste otetaan vastaan jo ennen kuin pääkäsittely on edes alkanut eli valmisteluvaiheessa tai valmistelun päättämisen ja pääkäsittelyn alkamisen välisenä aikana. Muutoin ratkaisevia lienevät tuomioistuimen kokoonpano ja pääkäsittelyn aikarajoitukset eikä toimenpiteiden fyysinen sijainti: jos todiste otetaan vastaan asian ratkaisevassa laillisessa kokoonpanossa siten, että vastaanottotilaisuus mahtuu pääkäsittelyn aikarajoihin, kysymys lienee aina todisteen vastaanottamisesta pääkäsittelyssä. Esimerkiksi katselmus voidaan fyysisesti pitää 'paikan päällä' ja kyse on edelleen pääkäsittelystä.¹⁵⁸

Pääkäsittelyn ulkopuolella tapahtuvasta todisteiden vastaanottamisesta on erotettava ns. *vastaisen varalta* tapahtuva, ennakkollinen todistelu, joka tulee kysymykseen, kun oikeudenkäynti ei vielä ole vireillä (OK 17:10).¹⁵⁹ Säännöstöä ei siten voitane soveltaa todisteluun riita-asian valmisteluvaiheessa. Todistelu vastaisen varalta tulee (muuten kuin rikoksen selvittämiseksi) kysymykseen, jos hakijan oikeus saat-
taa olla todisteen vastaanottamisen varassa ja vaara on tarjona, että todiste häviää tai vaikeuksia on sen myöhemmin esittämisessä.¹⁶⁰ Käsit-

¹⁵⁷ Lähtökohta on, että kun todistelua otetaan vastaan pääkäsittelyn ulkopuolella, käräjäoikeudessa on vain puheenjohtaja (2:5.1:n 2 kohta); käräjäoikeus voi kuitenkin ottaa vastaan todistelua myös täysilukuisessa kokoonpanossa (2:5.2). Kaksi erillisen pääkäsittelyn kolmesta tuomarista ei siis pääsääntöisesti ole lainkaan ollut läsnä todisteen vastaanotossa pääkäsittelyn ulkopuolella, jolloin heillä ei edes voi olla välittömiä havaintoja todisteesta. – Menettelystä toisessa suomalaisessa tuomioistuimessa ks. 17:8c ja 8d §, joista HE 1990:15 s. 109 s.

¹⁵⁸ Ks. myös Fitger RB s. 39:5 s.

¹⁵⁹ Ks. siitä Tirkkonen 1949 s. 58–63 ja Sp II s. 140–143. Ks. myös Gomard s. 292: isoleret/anticiperet bevisoptagelse. Saksassa sen sijaan tunnetaan »selbständige Beweisverfahren» -instituutio, joka tulee kysymykseen joko ennen tai yhtäaikaan pääasian kanssa ja joka vastaa todistelua pääasiassa, ks. Rosenberg ym. s. 689–692.

¹⁶⁰ Ks. myös OK 7:3:n yleisen turvaamistoimen sovellettavuudesta näissä tilanteissa Havansi 1994 s. 67 s. – Tuomioistuimessa tapahtuvasta todistelusta vastaisen varalle rikosprosessissa säädettiin aiemmin ETL 47 §:ssä (L:ssa 449/87). Säännös kumottiin rikosprosessiuudistuksen yhteydessä (L:lla 692/97); perusteluista ks. HE 1995:82 s. 162 s, jossa lausutaan mm.: »Jos todistelua ei voida ottaa vastaan pääkäsittelyssä, asian ratkaiseva tuomioistuin ei oikeudenkäynnin välittömyyden kannalta ole todistelun ennakkollisesta vastaanottamisesta huolimatta paremmassa asemassa kuin jos esimerkiksi todistajaa olisi kuultu ainoastaan esituttinnassa.» Siviiliprosessissa tällaista mahdollisuutta esituttinnassa kuulemiseen ei ole.

tely tapahtuu hakemusasioiden järjestyksessä. Jos on vastaisen varalta esimerkiksi kuultu todistajaa ja riita-asia pannaan myöhemmin vireille, tuota todistajaa on luonnollisesti kuultava henkilökohtaisesti pääkäsittelyssä (tai OK 17:41:n edellytyksin pääkäsittelyn ulkopuolella) (17:8a.1). Jos taas todistajaa ei voida enää lainkaan kuulla, todisteena on vastaisen varalle tapahtuneessa kuulemisessa kertynyt oikeudenkäyntiaineisto, josta on otettava selko pääkäsittelyssä (24:2.1).¹⁶¹

Todistelun välittömyyden puuttumisen vuoksi todisteiden vastaanottaminen pääkäsittelyn ulkopuolella on mahdollista ainoastaan *hyvin poikkeuksellisesti*. Tilanteet, joissa todisteita voidaan tässä mielessä ottaa vastaan pääkäsittelyn ulkopuolella, on lueteltu tyhjentävästi OK 17:8a.1:n viittaussäännöksessä.¹⁶² Valmistelun kannalta keskeisiä ovat siinä viitatu OK 17 luvun säännökset, jotka mahdollistavat todisteiden vastaanoton tietyissä tilanteissa pääkäsittelyn ulkopuolella jo valmisteluvaiheessa. Pääkäsittelyn ulkopuolella tapahtuvan todisteen vastaanoton materiaaliset edellytykset on säädetty kunkin todistuskeinon kohdalla erikseen OK 17 luvun 15.1 §:ssa (asiakirja), 41 §:ssä (todistaja), 51.1 §:ssa (asiantuntija), 56a §:ssä (katselmus) sekä 61.1 ja 65 §:ssä (asianosaisen vapaa ja totuusvakuutuksen nojalla kuuleminen).¹⁶³ Kaikkia todistuskeinoja koskevat menettelysäännökset on otettu 17:8a.2 – 8e §:iin.

OK 17:8a.1:ssa viitataan myös säännöksiin OK 6:8 (suullisen todistelun vastaanottaminen pääkäsittelyn peruuttamisesta huolimatta) ja 6:12 (selon ottaminen aikaisemmin vastaanotetusta todistelusta ottamatta sitä uudessa pääkäsittelyssä uudelleen vastaan).¹⁶⁴ OK 6:8 on asiallisesti varsin samansisältöinen kuin esimerkiksi 17:41 ja OK 6:12 samansisältöinen kuin 17:8e.1. Lisäksi lainkohdassa viitataan OK 6:17:ään, jonka mukaan valmistelun yhteydessä pidettävässä pääkäsittelyssä (ja

¹⁶¹ Samoin Ekelöf – Boman IV s. 250.

¹⁶² Määritelmän ulkopuolelle lankeavat esimerkiksi kirjallisten todisteiden esittämisen valmistelussa ja edellä tarkasteltu todisteiden vastaanottaminen valmistelussa siellä tapahtuvaa päätöksentekoa varten. Vrt. Lappalainen s. 159: »OK 17:8a.1:n viittausluetelo ei ole systemaattisesti täysin tyhjentävä. Sen lisäksi valmistelussa esitetty näyttö (tavallisesti asiakirjanäyttö, mutta myös henkilötodistelu) on käsitteellisesti pääkäsittelyn ulkopuolella tapahtuvaa todistelua.» Se kieltämättä on todistelua sikäli kuin kyse ei ole pelkästä kirjallisten todisteiden esittämisestä, mutta se ei ole todisteiden vastaanottoa pääkäsittelyn ulkopuolella tässä tarkoitettussa mielessä.

¹⁶³ Jos tekninen kehitys tuo käytettäväksi todistuskeinon, joka ei mahdu mihinkään nimenomaiseen kategoriaan, voidaan kysyä, voidaanko tällöin ko. todistetta lainkaan ottaa vastaan pääkäsittelyn ulkopuolella. Todisteeseen voitaneen tällöin *ex analogia* soveltaa ’lähintä’ rinnastuvaa todistuskeinoja koskevaa säännöstä.

¹⁶⁴ Ks. niistä HE 1990:15 s. 81 s ja 85.

tuomiossa; 24:2.1) otetaan oikeudenkäyntiaineistona huomioon viimeisen valmisteluistunnon oikeudenkäyntiaineisto esittämättä sitä uudelleen. Tämä viittaus ei kuitenkaan muuttane sitä, milloin todistelua voidaan ottaa valmistelussa vastaan eli joko valmistelussa tapahtuvaa ratkaisua varten tai OK 17 luvun mainitsemisissa poikkeustilanteissa. Viittausta ei voitane tulkita niin, että valmisteluistunnossa voitaisiin muutoin ottaa näyttöä vastaan, kun se on johtamassa pieneen pääkäsittelyyn. Jos todistelua on näissä poikkeustapauksissa otettu vastaan viimeisessä suullisen valmistelun istunnossa, sitä ei tarvitse enää ottaa pienessä pääkäsittelyssä uudelleen vastaan; tämä on nähdäkseni poikkeus 17:8e.1:n pääsäännöstä eikä 17:8a.1:sta.¹⁶⁵

Pääkäsittelyn ulkopuolella tapahtuvan todisteen vastaanoton materiaaliset edellytykset ovat olennaisesti saman sisältöiset eri todistuskeinojen kohdalla. Todiste voidaan ottaa vastaan pääkäsittelyn ulkopuolella kahden tyyppisissä tilanteissa: 1) todistetta ei voida ottaa vastaan pääkäsittelyssä (*‘esteperuste’*) ja 2) todisteen vastaanottaminen pääkäsittelyssä aiheuttaisi todisteen merkitykseen verrattuna kohtuuttomia kustannuksia tai kohtuutonta haittaa (*‘kohtuuttomuusperuste’*). Ensimmäisessä tilanteessa todisteen vastaanotolle pääkäsittelyssä olisi este, jolloin vertailua todisteen merkitykseen ei tarvitse tehdä.¹⁶⁶ Pääkäsittelyssä esittämisen käytännöllinen mahdottomuus, kuten esineen muuttuminen relevantilla tavalla ennen pääkäsittelyä, on riittävää. Henkilötodisteiden kohdalla kysymys on siitä, että kyseinen henkilö »ei sairauden tai muun syyn vuoksi voi saapua pääkäsittelyyn». Tämän arvostelussa johtoa voitaneen hakea myös laillisesta esteestä (12:19.1).

Pääkäsittelyyn »saapumista» ei pidä ymmärtää tässä liian kirjaimellisesti. Kuten edellä on todettu, kyse on todisteen vastaanottamisesta pääkäsittelyssä, kun todiste otetaan vastaan asian ratkaisevassa kokoonpanossa pääkäsittelyn aikarajoissa. Tuomarit ja asianosaiset voivat siis pääkäsittelyn aikana »saapua» esimerkiksi *sairaana todistajan luokse* läheiseen sairaalaan ja toimittaa todistajankuulustelu siellä. Tällöin esteperuste todistajan kuulemiseksi pääkäsittelyn ulkopuolella ei täyty. Tilanne on toinen, jos esimerkiksi vakavasti sairaan todistajan valmisteluvaiheessa vielä suhteellisen hyvä tila on heikkenemässä siten, ettei häntä enää pääkäsittelyn aikana voitaisi kuulla edes hänen luonaan.

¹⁶⁵ Ks. myös HE 1990:15 s. 108: 17:8a »pykälään sisältyvä todistelun välittömyyttä koskeva pääsääntö koskee sekä erillistä pääkäsittelyä että valmistelun yhteydessä toimitettavaa pääkäsittelyä.»

¹⁶⁶ Tilanne on siis sellainen, että pääkäsittelyn ulkopuolella tapahtuvan vastaanoton vaihtoehtona on, että todistetta ei oteta vastaan lainkaan. Tällöin varmuustavoitetta vasten ei tarvitse asettaa prosessiekonomiaa, vaan varmuus itse: varmuustavoite toteutuu paremmin, kun todiste ylipäänsä otetaan vastaan, vaikkakin välillisesti.

Todisteen esittämisen käytännön mahdottomuus pääkäsittelyssä on arvioitava *etukäteen* valmistelussa, jolloin ollaan usein tekemisissä epävarmuuden kanssa: arviointihetkellä ei vielä varmasti tiedetä, voidaanko todiste esittää myöhemmässä pääkäsittelyssä vaiko ei.¹⁶⁷ Epävarmoissa tilanteissa todiste nähdäkseen tulisi ottaa vastaan valmistelussa, koska se on joka tapauksessa otettava uudelleen vastaan pääkäsittelyssä, jos olosuhteet ovat muuttuneet siten, että estettä todisteen vastaanottamiselle ei lopulta pääkäsittelyssä olekaan (17:8e.1). Toisaalta ei ole prosessiekonomista ottaa samaa todistetta kahteen kertaan vastaan. Melko matalaa todennäköisyyšnäyttöä esteestä pääkäsittelyssä voitaneen pitää valmisteluvaiheessa riittävänä.

Toinen peruste on pohjimmiltaan prosessiekonominen: todisteen pääkäsittelyssä tapahtuvasta vastaanottamisesta saatava hyöty olisi pienempi kuin siitä aiheutuvat kustannukset laajassa mielessä. Toisessa vaakakupissa on lakitekstin mukaan »todisteen» merkitys, mutta viime kädessä kysymyksessä lienee nimenomaan todisteen välittömyyden merkitys; on kysyttävä yksittäistapauksessa, mikä painoarvo on sillä, että kyseinen todiste otetaan vastaan välittömästi pääkäsittelyssä. Esitöissä kirjoitetaan vastaavasti, että »kustannusten kohtuuttomuutta tulee arvostella siihen nähden, mikä merkitys todisteella on asiassa ja myös siihen nähden, mikä merkitys todistelun välittömyydellä ja siten saavutettavalla luotettavammalla todisteiden harkinnalla on siinä kysymyksessä».¹⁶⁸ Mitä tärkeämpi kyseinen todiste jutussa yksittäistapauksessa on ja mitä tärkeämpää sen välitön vastaanotto pääkäsittelyssä on, sitä suurempi painoarvo näillä yhdessä on.

Todisteen merkitys jutussa riippuu yksittäistapauksesta. Todiste on sitä merkittävämpi, mitä ratkaisevammin sen voidaan olettaa vaikuttavan jutun tosiseikkakysymyksen ratkaisuun ja mitä keskeisempi tämä kysymys on jutun kokonaisuudessa; on siis arvioitava todisteen suhdetta sen todistusteemaan ja todistusteeman suhdetta koko juttuun.¹⁶⁹ Toiseksi myös todisteen välittömyyden merkitys riippuu yksittäistapauksesta. Yleensä välittömyydellä

¹⁶⁷ Tätä kautta säännöksiä voidaan nähdäkseen soveltaa myös sellaisissa vaaratilanteissa, joissa ennen asian vireilletuloa sovellettaisiin todistelua vastaisen varalta koskevaa säännöstä (OK 17:10). Ks. myös Ekelöf – Boman IV s. 248 s ja Heuman 1990 s. 148–152.

¹⁶⁸ HE 1990:15 s. 114.

¹⁶⁹ Sen sijaan ongelmallisempaa mielestäni olisi, että arvioinnissa otettaisiin huomioon jutun intressi. Vrt. Fitger RB s. 36:46, jonka mukaan huomioon on otettava jutun merkitys, todisteen merkitys jutussa ja pääkäsittelyssä vastaanottamisen merkitys näytön arvioinnille, esim. sille, että kaikki todistajat kuullaan samassa oikeudenkäyntitilaisuudessa.

on merkitystä lähinnä suullisen todistelun ja katselmuksen kohdalla.¹⁷⁰ Edelleen, mitä keskeisempää jutussa on verrata kahta ristiriitaista todistetta, esimerkiksi kahden todistajan kertomusta toisiinsa, sitä tärkeämpää on, että todisteet otetaan samassa keskitetyssä ja välittömässä pääkäsittelyssä vastaan.¹⁷¹ Jos kaksi henkilöä kertoo samasta seikasta eri tavoin, toista ei normaalisti saa kuulla yksin pääkäsittelyn ulkopuolella.

Punninnassa toiselle puolelle on asetettava pääkäsittelyssä tapahtuvasta todisteen vastaanotosta aiheutuva kustannus tai haitta laajassa mielessä. Kysymys ei voi olla todistelukustannuksista sinänsä, koska myös pääkäsittelyn ulkopuolella tapahtuvasta todistelusta aiheutuu kustannuksia. Kysymyksen täytyy olla niistä ylimääräisistä kustannuksista, joita pääkäsittelyssä tapahtuva vastaanottaminen aiheuttaa verrattuna sen ulkopuolella tapahtuvaan vastaanottamiseen; tällöin vertailtaviksi tulevat pääkäsittelyssä tapahtuvan todistelun edut ja haitat sen ulkopuolella tapahtuvaan todisteluun verrattuina. Tällaiset lisäkustannukset asianosaiselle tai muulle henkilölle voivat aiheutua esimerkiksi todistajan erityisen kalliista matkasta tuomioistuimeen, jossa pääkäsittely toimitetaan.¹⁷² Haitta taas voi olla aiheutuva muu taloudellinen tai nähtävästi muunkinlainen menetys, esimerkiksi se, että todistajalla on pääkäsittelyn aikaan jokin toinen, poikkeuksellisen tärkeä tehtävä, josta hänen täytyisi kuulemisen vuoksi luopua.

Asiakirjan osalta esitöissä mainitaan seuraava, käytännössä harvinainen esimerkki: »Jos asiakirja esimerkiksi sisältyy johonkin laajempaan asiakirjakokoelmaan ja se on vaikeasti irrotettavissa sanotusta kokonaisuudesta tai jos se sisältyy ulkomailla pidettävään arkistoon, asia-

¹⁷⁰ Katselmuksen osalta ks. HE 1990:15 s. 118: »Jos asiassa on kysymys esimerkiksi melu- ja hajuhaittojen arvioinnista, luotettavin peruste päätöksenteolle saadaan, jos kalla tuomioistuimen jäsenillä on mahdollisuus muodostaa katselmuksessa omakohtaisia havaintoja.»

¹⁷¹ HE 1990:15 s. 114 s mainitsee esimerkkinä tilanteen, jossa »todistaja ja asianosainen oletettavasti kertovat samasta seikasta eri tavalla ja asian selvittämiseksi olisi tärkeää kuulla heitä samanaikaisesti».

¹⁷² Nykyaikana voidaan kyllä hyvällä syyllä kysyä, voiko tavallinen matkustaminen Suomen sisällä koskaan olla niin kallista/hankalaa, että se yksinään olisi riittävä peruste välittömästä todistajankuulustelusta luopumiseen. Tilanne saattaa olla toinen, jos esim. vammautuneen todistajan matkustaminen vaatisi kalliita erityisjärjestelyjä tai jos todistaja on kaukana ulkomailla. – Sitä henkilöpiiriä, jolle kustannusten täytyy aiheutua, ei ole laissa rajattu: yleensä kyseessä lienee asianosainen itse ja/tai henkilö, jota tullaan kuulemaan tai jolla on asiakirja tai esine hallussaan. Relevantit kustannukset voinevat kuitenkin aiheutua muullekin taholle, katselmuksen kohdalla ensi kädessä tuomioistuinlaitokselle.

kirja voidaan määrätä esitettäväksi pääkäsitteilyn ulkopuolella. Toisena esimerkkinä voidaan mainita poikkeuksellisen arvokas jossakin arkistossa säilytettävä asiakirja». Todistajan kohdalla haittana mainitaan »esimerkiksi erittäin tärkeän työtehtävän tekemättä jääminen todistajan kuulustelun vuoksi». Katselmuksen osalta lausutaan: »Kohtuuttomia kustannuksia katselmuksen toimittamisesta pääkäsitteilyssä – – voi aiheutua esimerkiksi silloin, kun katselmuksen kohde on huomattavan kaukana. Kohtuuton haitta taas on kysymyksessä esimerkiksi silloin, kun katselmuksen kohde on sellaisessa paikassa, jossa pääkäsitteilyä ei voida vaikeuksista pitää.»¹⁷³

Harkittaessa yksittäistapauksessa, voidaanko tietty todiste ottaa vastaan pääkäsitteilyn ulkopuolella, on siis punnittava vastakkain todistelun välittömyyttä ja prosessiekonomiaa; tässä punninnassa edellä tarkastellut seikat muodostavat punnintaperusteet. Punninnassa todistelun välittömyydellä on painava etusija. Vahvana pääsääntönä on, että todisteet otetaan vastaan välittömästi pääkäsitteilyssä, ja todisteiden vastaanotto pääkäsitteilyn ulkopuolella on aina *hyvin poikkeuksellista*. Lakitekstissä tämä ilmaistaan siten, että kustannusten tai haitan on oltava »kohtuuttomia» etuihin verrattuna, mikä viittaa poikkeukselliseen suuruuteen. Käytännössä tällaiset tilanteet lienevät varsin harvinaisia nykyaikaisessa yhteiskunnassa.

OK 17:8e.1:n mukaan pääkäsitteilyn ulkopuolella vastaanotettu, edelleen merkityksellinen todiste on otettava vastaan uudelleen pääkäsitteilyssä, jollei sen vastaanottamiselle ole »estettä». Esitöissä puolestaan kirjoitetaan: »Todistetta ei – – tule ottaa vastaan pääkäsitteilyn ulkopuolella, jos tiedetään, että todiste joudutaan ottamaan vastaan pääkäsitteilyssä ja ettei estettä sen vastaanottamiselle pääkäsitteilyssä todennäköisesti tule olemaan.»¹⁷⁴ Säännöksellä on siis eräänlainen heijastusvaikutus harkintaan ennen pääkäsitteilyä. Tulkintaongelma on siinä, viitataanko 17:8e.1:ssä »esteellä» ainoastaan tilanteisiin, joissa todistetta ei voida ottaa vastaan pääkäsitteilyssä, vai myös tilanteisiin, joissa se on prosessiekonomisesti kohtuutonta.

Jälkimmäinen tulkinta lienee ainoa mahdollinen, koska muutoin mahdollisuus todisteiden vastaanottoon pääkäsitteilyn ulkopuolella prosessiekonomisesti kohtuuttomissa tilanteissa jäisi illusoriseksi: todiste olisi joka tapauksessa otettava uudelleen vastaan pääkäsitteilyssä. Lainkohdassa »este» siis tarkoittanee samaa mahdottomuutta tai prosessiekonomista kohtuuttomuutta kuin pääkäsitteilyn ulkopuolella tapahtuvan vastaanottamisen edellytyksenä. Ero on vain siinä, että valmistelussa kysymys on vielä epävarma, pääkäsitteilyssä varma: jos este tai kohtuuttomuus on väliaikana poistunut, todiste on otettava vastaan uu-

¹⁷³ HE 1990:15 s. 113, 114 s ja 118.

¹⁷⁴ HE 1990:15 s. 106.

delleen pääkäsittelyssä.¹⁷⁵ Sen sijaan tuomioistuimen ei tule ottaa todistetta uudelleen vastaan pääkäsittelyssä muuttumattomien olosuhteiden pelkän uudelleen arvioinnin perusteella.

Laissa on vielä yksi erityissäännös, joka myös mahdollistaa todistelun vastaanottamisen valmistelussa: OK 17:48a:n mukaan ennen pääkäsittelyä voidaan asianosaista tai muuta henkilöä kuulla tai muuta selvitystä ottaa vastaan, jos se on tarpeen sellaisen seikan selvittämiseksi, josta *asiantuntijaa* kuullaan. Kuten edellä jaksossa 6.3.2.2.c on todettu, asiantuntijan kirjallinen lausunto tulee hankkia jo valmisteluvaiheessa. Lausunnon laatiminen taas saattaa edellyttää alustavia tietoja todistajien kertomuksista tai muusta suullisesta näytöstä taikka katselmuksesta, joiden vastaanottamisen valmistelussa säännös mahdollistaa. Säännöksen käytännön merkitystä vähentää kuitenkin olennaisesti se, että 17:55:n mukaan säännös ei sovellu asianosaisen hankkimaan, vaan ainoastaan tuomioistuimen määräämään, käytännössä harvinaiseen asiantuntijaan.¹⁷⁶

Säännöksen soveltaminen ei siis edellytä hankaluutta näytön vastaanottamisessa pääkäsittelyssä; olennaista on vain, että näyttöä tarvitaan sellaisen seikan selvittämiseksi, josta asiantuntija laatii lausuntonsa ennen pääkäsittelyä. Näyttöä ei luonnollisesti tarvita silloin, kun asiantuntijan lausunto tulee sisältämään ainoastaan kokemussääntöjen selostusta in abstracto. Jos sen sijaan tarkoitus on lausunnossa soveltaa niitä johonkin seikkaan in concreto, näytön vastaanottaminen tuosta seikasta saattaa olla tarpeen jo ennen pääkäsittelyä.¹⁷⁷ Toiseen suuntaan harkinnassa painavat prosessiekonomiset näkökohdat, koska näyttö joudutaan tältä osin ottamaan vastaan kahteen kertaan, sekä asiantuntijaa varten valmistelussa että päätösharkintaa varten pää-

¹⁷⁵ Ks. myös HE 1990:15 s. 110: »Esimerkiksi siinä tapauksessa, että tuomioistuin on kuullut todistajaa pääkäsittelyn ulkopuolella sen vuoksi, että todistaja sairauden vuoksi ilmeisesti olisi estynyt saapumaan myöhemmin pidettävään pääkäsittelyyn, todistajaa on kuultava uudelleen, jos sairaus ei muodostakaan ajateltua estettä. Samoin tulisi menetellä esimerkiksi silloin, kun todisteen vastaanottamisesta ei aiheudukaan kohtuuttomia kustannuksia todistajan asuinpaikan muuttumisen johdosta.»

¹⁷⁶ Asiaperusteita tälle erottelulle ei ole esitettävissä. OK 17:55:n viittaussäännös ei kuitenkaan mahdollistane toisenlaista tulkintaa de lege lata: asianosaisen asiantuntijaan sovelletaan (17:50:ää ja 51.2:a koskevin poikkeuksin), mitä todistajasta on säädetty (tässä erit. 17:41). De lege ferenda -näkökohdista ks. jäljempänä jaksoa 8.3.3.

¹⁷⁷ Luotettavampaa olisi, jos asiantuntija olisi valmistelussa tapahtuvassa todistajan tai muun henkilön kuulustelussa tai katselmuksessa läsnä ja laatisi lausuntonsa omien välittömien havaintojensa perusteella. Yleensä tämä ei liene mahdollista, joten lausunto täytyy laatia todistajan tms. kirjalliseen muotoon 'puretun' kertomuksen (22:6 ja 9) tai katselmuspöytäkirjan (22:7) perusteella.

käsittelyssä (17:8e.1). Jos kysymys ei ole lausunnon kannalta aivan keskeisestä seikasta ja sitä koskevasta keskeisimmästä näytöstä, onkin yleensä perustellumpaa hankkia asiantuntijan kirjallinen, alustava lausunto valmistelussa vain kirjallisen aineiston perusteella ja kuulla asiantuntijaa sittemmin täydentäen suullisesti pääkäsittelyssä muun näytön vastaanottamisen jälkeen.¹⁷⁸

Päätös todisteen vastaanottamisesta pääkäsittelyn ulkopuolella on tehtävä valmistelussa (5:25.2).¹⁷⁹ Asianosaisen, joka haluaa todisteen vastaanotettavaksi pääkäsittelyn ulkopuolella, on ilmoitettava siitä välittömästi valmistelussa (5:25.3). Todisteen vastaanottaminen pääkäsittelyn ulkopuolella ei siis poista asianosaisen ilmoitusvelvollisuutta valmistelussa: asianosaisen on ilmoitettava todiste ja sen todistusteema sekä seikat, joiden vuoksi todiste olisi otettava vastaan pääkäsittelyn ulkopuolella. Asianosaisen on kerrottava esimerkiksi, kuinka sairas nimetty todistaja on ja missä häntä olisi mahdollista kuulla sekä mitä mahdollisia erityisjärjestelyjä kuuleminen edellyttäisi.

Jos esimerkiksi todistajaa päätetään kuulla pääkäsittelyn ulkopuolella, todistajan kuulustelu voidaan toimittaa tuomioistuimessa, esimerkiksi pääasiaa käsittelevässä käräjäoikeudessa valmisteluistunnon yhteydessä, tai sairaan todistajan luona. Jos asian selvittämiseksi on erityisen tärkeää, asiaa saadaan tällöin käsitellä myös muilta osin (17:41). Todistajan kuulustelu on äänitettävä tai toissijaisesti merkittävä pöytäkirjaan (22:6).¹⁸⁰ OK 22:6 ei nähdäkseni myöskään estä todistajan kuulustelun videoimista kuvanauhalle, koska tämä sisältää samalla kuulustelun äänittämisen.¹⁸¹ Päinvastoin tässäkin olisi pyrittävä parhaan todistusaineiston käyttämiseen: jos todistajaa ei voida kuulla enää henkilökohtaisesti pääkäsittelyssä, kuvanauha muodostaa luotettavamman perustan hänen kertomuksensa arvioinnille kuin pelkkä ääninauha.

Pääkäsittelyssä todiste on otettava *vastaan uudelleen*, jollei sen vastaanottamiselle – olosuhteiden muuttumisen vuoksi – olekaan estettä ja jollei

¹⁷⁸ Ks. esim. HE 1990:15 s. 116: »Esimerkiksi testamentin moitetta koskevassa asiassa asiantuntija ei voi lausua käsitystään testamentin tekijän oikeustoimikelpoisuudesta ennen kuin on otettu vastaan todistelua siitä, minkälaisessa kunnossa testamentin tekijä oli testamenttia tehdessään.» Nähdäkseni tällaisessa tilanteessa olisi perustellumpaa kuulla asiantuntijaa suullisesti pääkäsittelyssä näytön vastaanottamisen jälkeen. Ks. myös RB 40:5.1:n osalta Edelstam s. 299–306 ja Rpl § 340.1:n osalta Gomard ym s. 410.

¹⁷⁹ Ks. myös HE 1990:15 s. 70, 106 ja 108: »Ainoastaan erittäin poikkeuksellisesti tulisi esiintyä tilanteita, että todisteen vastaanottamisesta pääkäsittelyn ulkopuolella päättäisiin vasta pääkäsittelyssä.»

¹⁸⁰ Ks. HE 1990:154 s. 19 s.

¹⁸¹ Vrt. Virolainen 1995 s. 240.

17:7:stä muuta johdu (17:8e.1).¹⁸² Jos todistetta ei oteta uudelleen vastaan, tuomioistuimen on otettava siitä selko todisteen vastaanottamisessa kertyneestä oikeudenkäyntiaineistosta, jolloin se tulee ratkaisuaaineiston piiriin (24:2.1). Selonotto tapahtuu perehtymällä pöytäkirjaan tai kuuntelemalla esimerkiksi todistajan kuulustelusta tehty äänite tai katsomalla videonauha.¹⁸³

6.5 Tuomioistuimen tehtävistä todisteiden selvittämisessä

6.5.1 Valmistavasta toimenpiteestä päättäminen

Dispositiivisessa riita-asiassa todisteiden hankkiminen on ensisijaisesti asianosaisten vastuulla (17:8) ja valmistelussa heidän velvollisuutensa on ilmoittaa asianmukaisesti ne todisteet, jotka he aikovat pääkäsittelyssä esittää (5:21.1). Tuomioistuimen toiminta todisteiden selvittämisessä voi olla ainoastaan asianosaisten omaa toimintaa *täydentävää*; tuomioistuimen toiminnan lähtökohtana ovat asianosaisten ilmoitukset todisteistaan.¹⁸⁴

Tuomioistuin eli valmistelua johtava tuomari ei kuitenkaan voi jättäytyä passiiviseksi, koska viime kädessä hänen vastuullaan on toimittaa todistelun valmistelu siten, että todistelu voidaan vastaanottaa pääkäsittelyssä keskitetysti pääkäsittelylle asetettujen aikarajoitusten sisällä (5:17). Tämä edellyttää tuomioistuimelta kahden tyyppistä toimintaa valmistelussa. Ensinnäkin tuomioistuimen on valmistelussa selvitettävä aktiivisesti todistelun sisältö eli se, mitä todisteita pääkäsittelyssä tullaan esittämään (5:19:n 3 kohta);¹⁸⁵ vasta kun muun muassa tämä on selvitetty, valmistelu voidaan päättää ja asia siirtää pääkäsittelyyn (5:28.1). Kyse on siis tuomioistuimen todistuskeinoi-

¹⁸² Todisteen vastaanottaminen uudelleen pääkäsittelyssä edellyttää siis, että relevantit olosuhteet ovat muuttuneet sen jälkeen, kun todiste on otettu vastaan valmistelussa: esim. todistaja on tervehtynyt tai muuttanut. Tuomioistuimen on harkittava pääkäsittelyn ulkopuolella vastaanottamisen edellytysten täyttyminen jo valmistelussa eikä se voi epäekonomisesti pelkästään muuttaa arviotaan pääkäsittelyssä.

¹⁸³ Ks. HE 1990:15 s. 110. Jos asiaa on todisteen vastaanottamisen yhteydessä käsitelty myös muilta osin, tämä on luonnollisesti toistettava pääkäsittelyssä, jotta tuomio voitaisiin siihen perustaa (24:2.1).

¹⁸⁴ Ks. myös Olsson s. 163: »rätten (kan) tydiligen erhålla full överblick i princip först sedan parterna lämnat slutliga bevisuppgifter: det är först då rätten definitivt får klarlagt dels vilken bevisning utöver parternas den ex officio skall tillse blir förebringad vid huvudförhandlingen, dels ock vilken bevisning som måste avvisas».

¹⁸⁵ Ks. esim. Gärde ym s. 585 ja aiemman lain kannalta Virolainen 1988 s. 290 s.

hin suuntautuvasta materiaalisesta prosessinjohdosta, joka voi selventää, rajoittaa tai rikastaa asianosaisten itsensä ilmoittamia todisteita.

Toiseksi tuomioistuimen täytyy valmistelussa huolehtia siitä, että pääkäsittelyssä vastaanotettavat todisteet ovat fyysisesti esitettävissä keskitetyssä pääkäsittelyssä sille määrättävänä ajankohtana.¹⁸⁶ Kysymys on tuomioistuimen muodollisesta prosessinjohdosta.¹⁸⁷ Kirjallisten todisteiden osalta tuomioistuimen täytyy varmistua siitä, että kaikki ilmoitetut asiakirjat on esitetty sille jo valmistelussa (5:21.1), jolloin ne ovat käsillä myös pääkäsittelyssä. Esineiden osalta tuomioistuimen on huolehdittava siitä, että asianosainen tai kolmas tuo esineen pääkäsittelyyn tai että katselmus paikan päällä voidaan toimittaa. Henkilötodisteiden osalta tuomioistuimen täytyy huolehtia siitä, että todistajat ja henkilökohtaisesti kuultavat asianosaiset tulevat asianmukaisesti kutsutuiksi pääkäsittelyyn (17:26.3, 65 ja 12:7). Asiantuntijan kirjallinen lausunto on hankittava jo valmisteluvaiheessa ja hänet on tarvittaessa kutsuttava pääkäsittelyyn.

OK 5:25.1:ssa on yleissäännös ns. *valmistavasta toimenpiteestä*: päätös asiantuntijan lausunnon hankkimisesta, kirjallisen todisteen esittämisestä, katselmuksen toimittamisesta ja muuhun valmistavaan toimenpiteeseen ryhtymisestä tehdään valmistelussa, jos sellainen toimenpide on tarpeen sen turvaamiseksi, että todisteet ovat yhdellä kertaa saatavilla pääkäsittelyssä.¹⁸⁸ Säännöksen tarkoittamien päätösten sisällöstä säädetään muualla laissa, lähinnä OK 17 luvussa. Säännöksen mukaan tällaiset todisteluun liittyvät päätökset on tehtävä jo valmisteluvaiheessa, mikäli todistelun keskitys pääkäsittelyyn sitä edellyttää.¹⁸⁹ Yleensä kaikki todisteluun liittyvät, ainakin todistusaineistoa rikastavat tai todisteen fyysistä esittämistä koskevat päätökset tulisi tehdä jo valmistelussa; tällaisten päätösten tekeminen vasta pääkäsittelyssä saattaisi merkitä sen keskityksen vaarantumista.

Kuten 5:25.1:sta ilmenee, myös päätös kirjallisen todisteen esittämisestä eli editiomääräys on annettava jo valmistelussa, jos ja kun pääkäsittelyn

¹⁸⁶ Valmistelussa tuomioistuin voi kylläkin lähinnä ainoastaan pyrkiä huolehtimaan siitä, että todisteet olisivat esitettävissä pääkäsittelyssä; ehdotonta varmuutta tästä ei valmistelussa tehtävillä päätöksillä voida yleensä saavuttaa, vaan esim. todistaja voi kutsusta huolimatta jäädä saapumatta pääkäsittelyyn. Pääkäsittelyn aloittamiselle on tällöin este ja pääkäsittely on pääsääntöisesti peruutettava (6:6 ja 7), ks. HE 1990:15 s. 79–81.

¹⁸⁷ Ks. HE 1990:15 s. 70. Ks. myös Olsson s. 168. Vrt. Smith s. 98, joka kutsuu muodollista prosessinjohtoa passiiviseksi prosessinjohdoksi.

¹⁸⁸ Ks. myös RB 42:13:n osalta esim. SOU 1938:44 s. 439 s, Hassler s. 241 s ja Edelstam s. 251 ja 314. Ks. edelleen Tml § 320.1:sta Schei II s. 215 s.

¹⁸⁹ Säännöksen mukaan päätös voidaan tehdä vain keskityksen turvaamiseksi, ei esim. sovinnon edistämiseksi, ks. Heuman 1990 s. 145 s.

keskitys sitä edellyttää. On kuitenkin syytä kysyä, voidaanko ja tuleeeko asiakirjan haltija määrätä *esittämään* asiakirja jo valmistelussa vaiko vasta pääkäsittelyssä, jossa asiakirja otetaan vastaan. Asianosaisen on esitettävä valmistelussa kirjallinen todiste, johon hän vetoaa (5:21.1). Vastaavasti voitaneen katsoa analogisesti, että asianosaisen on esitettävä valmistelussa myös asiakirja, johon hänen vastapuolensa vetoaa; asianosaisen on siis täytettävä (editiopyyntö ja) editiomääräys jo valmisteluvaiheessa. Myös muu kuin asianosainen voitaneen määrätä esittämään asiakirja jo valmisteluvaiheessa; yleensä tämä on pääkäsittelyn keskittämiseksi tarpeen.¹⁹⁰

Jos jonkin todisteen pääkäsittelyssä vastaanottamiselle on jaksossa 6.4.2 tarkasteltu este, tuomioistuimen on huolehdittava siitä, että todiste otetaan vastaan pääkäsittelyn ulkopuolella. Päätös todisteen vastaanottamisesta pääkäsittelyn ulkopuolella on tehtävä valmistelussa (5:25.2).¹⁹¹ Jos asianosainen haluaa tehtäväksi valmistavan toimenpiteen tai päätöksen todisteen vastaanottamisesta pääkäsittelyn ulkopuolella, asianosaisen on ilmoitettava siitä välittömästi valmistelussa (5:25.3). Tällaisen kysymyksen käsittelyssä noudatetaan, mitä oikeudenkäyntiä koskevan kysymyksen käsittelystä on säädetty (ks. esim. 5:23 ja 30 §).¹⁹² Kuten edellä jaksossa 6.4.1 on katsottu, tällaisen kysymyksen ratkaisemiseksi voidaan ottaa vastaan todistelua jo valmistelussa.

6.5.2 Materiaalisesta prosessinjohtosta todisteiden selvittämisessä

a. Yleensä todisteen ilmoittaminen valmistelussa ei prosessitoimena aiheutane käytännössä epäselvyyksiä: asianosaisen kirjallisesta tai suullisesta ilmoituksesta selviää, että hän tuo tietyn todisteen esiin esittääkseen sen todisteena pääkäsittelyssä (tai poikkeustapauksissa sen ulkopuolella) ja todiste yksilöity edellä tarkastellulla tavalla.¹⁹³ Jos asianosaisen ilmoitus kuitenkin

¹⁹⁰ Ks. myös SOU 1926:33 s. 55, SOU 1938:44 s. 415, Gärde ym. s. 603, Heuman 1990 s. 146 av 25 ja Fitger RB s. 38:13 s. – Oikeudenkäyntiin tuotavan katselmuseseen kohdalla kysymys on ongelmallisempi, koska edes asianosaisen ei tarvitse vielä valmistelussa esittää esinettä, johon hän vetoaa todisteena. Siten myöskään esinettä koskevaa editiomääräystä ei tarvinne täyttää vielä valmisteluvaiheessa (luonnollisesti lukuunottamatta tilanteita, joissa katselmus toimitetaan poikkeuksellisesti pääkäsittelyn ulkopuolella, 17:56a).

¹⁹¹ Ks. myös HE 1990:15 s. 70, 106 ja 108.

¹⁹² Ks. HE 1990:15 s. 70.

¹⁹³ Todisteeseen »vetoaminen» ei edellytä sellaista kvalifioitua prosessitoimintaa kuten oikeustositseikkaan vetoaminen; asianosaisen tarkoituksen todisteen esittämisestä pääkäsittelyssä on kuitenkin tultava ilmi. – Mitä seuraavassa lausutaan pääkäsittelyssä vastaan-

jää jossakin suhteessa epäselväksi, tuomioistuimen on kyselyoikeuttaan käyttämällä selvitettävä valmistelussa, lähinnä suullisessa valmisteluistunnossa, tuoko asianosainen todisteen esille nimenomaan esittääkseen sen todisteena pääkäsittelyssä, ja myönteisessä tapauksessa, mikä todiste tarkemmin yksilöitynä on kyseessä. Tässäkin kyselyoikeuden käyttäminen on asetettava asianosaisen prosessitoimen tulkinnan edelle.

Vastaava velvollisuus kyselyoikeuden käyttöön koskee epätäydellisyyksiä (puutteellisuuksia) asianosaisten todisteita koskevissa ilmoituksissa. Vielä haastehakemusvaiheessa tuomioistuimen on kuitenkin ongelmallista puuttua epätäydellisyyksiin, koska kantajalla on usein perusteltu syy jättää suurikin osa mahdollisista todisteista vielä haastehakemuksessa ilmoittamatta, kuten edellä jaksossa 6.3.1 on esitetty. Mahdollisuutta haastehakemuksen täydennyskehotuksen antamiseen (5:5) ei kuitenkaan voida sulkea pois, koska keskeisimpien todisteiden ilmoittaminen saattaa olla valmistelun jatkamiseksi tarpeen. Tuomioistuimen tulisi kehottaa kantajaa täydentämään haastehakemustaan todisteiden osalta lähinnä silloin, kun haastehakemuksesta puuttuvat vastaajan vastauksen laatimisen ja asian jatkovalmistelun kannalta keskeisimmät todisteet. Se, mitkä nämä ovat, riippuu yksittäistapauksesta. Ratkaisevaa on se, onko todisteiden ilmoittaminen valmistelun jatkamiseksi, ennen muuta vastaajan puolustautumismahdollisuuksien turvaamiseksi tarpeen. Toiselle puolelle taas on asetettava täydennyttämisestä aiheutuva ajanhukka ja kustannukset. Jos todisteita ei ole ilmoitettu lainkaan, täydennyttäminen lienee yleensä tarpeen.¹⁹⁴

Jatkovalmistelussa tuomioistuimen on pyrittävä aktiivisesti selvittämään asianosaisten todisteita koskevia ilmoituksia rasittavat epätäydellisyydet. Kirjallinen lausumapyyntö (5:15.2) pelkästään todisteiden ilmoittamiseksi tulee harvoin kyseeseen,¹⁹⁵ koska todisteet ehditään ilmoittaa vielä suulli-

otettavasta todisteesta, koskee soveltuvin osin myös pääkäsittelyn ulkopuolella poikkeus-tapauksessa vastaanotettavaa todistetta.

¹⁹⁴ Ks. myös HE 1990:15 s. 53: »Jos haastehakemuksesta puuttuu tieto todisteista, jotka tullaan esittämään, asian laadusta riippuu, onko kantajaa kehotettava täydentämään haastehakemusta vai voidaanko asian käsittely aloittaa täydentämiskehotusta antamatta.» Lappalaisen mukaan täydennyskehotus on »yleensä syytä antaa», koska lain tarkoitus on todisteiden selvittäminen mahdollisimman varhaisessa vaiheessa, ks. Lappalainen s. 66. Ks. myös Jokela LM 1994 s. 146 ja Brolin ym. s. 19. Vrt. KKO 1990 s. 389 s, jonka mukaan kehotus tulisi rajoittaa muodollisiin puutteellisuuksiin.

¹⁹⁵ Oma kysymyksensä on, missä määrin kirjallisia lausumia ylipäättään tulisi pyytää asianosaisilta. Käytännössä tuomioistuimet yleensä pyytävät ainakin kantajalta lausuman (repliikin) vastaajan vastauksen johdosta. Vaikka tämä ei säännönmukaisena lienekään ollut lainsäätäjän tarkoitus, menettelyyn ei mielestäni voida suhtautua kovin kielteisesti:

sessä valmisteluistunnossa.¹⁹⁶ Valmisteluistunnossa tuomioistuimen on suullisesti huomautettava asianosaisille, jos näiden todisteita koskevat ilmoitukset ovat puutteellisia. Mitä pidemmällä jatkovalmistelussa ollaan, sitä tärkeämpää tämä on, koska pääkäsittelyssä esitettävien todisteiden on oltava lopullisesti selvillä, kun suullinen valmistelu päätetään (5:28.1). Tuomioistuimen on kehotettava asianosaista esimerkiksi täydentämään todistajan puutteelliset yhteystiedot.

Asianosainen saattaa esimerkiksi suullisessa valmisteluistunnossa lausua, että »myös NN tietää tästä neuvottelusta, koska hän oli tilaisuudessa todistajana läsnä». Tuomioistuimen tulee tällöin tiedustella, aikooko asianosainen kuulla NN:ää todistajana jostakin teemasta pääkäsittelyssä ja jos aikoo, mitkä NN:n tarkemmat henkilö- ja yhteystiedot ovat. Jos taas asianosainen lausuu valmisteluistunnossa epämääräisesti, että »tästä sopimuksesta löytyy mustaa valkoisella», on selvitettävä, aikooko asianosainen esittää kyseisen asiakirjan todisteena. Tuomioistuimen materiaalista prosessinjohtoa valmistelussa voidaan pitää epäonnistuneena, jos vasta pääkäsittelyssä joudutaan 6:9:ää silmälläpitäen tulkitsemaan, vetosiko asianosainen valmistelussa kyseiseen todisteeseen vai ei.¹⁹⁷

b. Tuomioistuimella on yleinen velvollisuus huolehtia, ettei oikeudenkäyntiin sekoiteta mitään sellaista, joka ei siihen kuulu (arg. 6:2a.2). Tämä merkitsee mm., että tuomioistuimen täytyy evätä asianosaisten ilmoittamien, mutta lain kieltämien tai tarpeettomien todisteiden esittäminen pääkäsittelyssä. Prosessiekonomisinta olisi, jos todistelun epämisestä voitaisiin aina päättää ennakolta jo valmistelussa, jolloin siitä aiheutuisi mahdollisimman pienet kustannukset ja ajanhukka.

Ensimmäinen edellytys todisteen esittämisen sallittavuudelle pääkäsittelyssä on, että todisteella täytyy voida olla *näyttöarvoa* jutussa.¹⁹⁸ Tarkem-

kantajan on vaikea vielä haastehakemuksessa varautua vastaajan kannanottoihin, joten hänelle on usein syytä varata tilaisuus vastata niihin kerran kirjallisesti ennen valmisteluistuntoa. Sen sijaan lausuman (dupliikin) pyytäminen vastaajalta on normaalisti liikaa ja merkitsee tarpeetonta toistoa. Vrt. Jokelan sallivampaan suhtautumiseen LM 1994 s. 148. Vrt. myös Gomard s. 182 ja Anderssen – Werlauff s. 179, joiden mukaan Tanskassa pyydetään pääsääntöisesti sekä repliikki että dupliikki.

¹⁹⁶ Jos kuitenkin vastaaja on kirjallisessa vastauksessaan kiistänyt kanneperusteita, mutta jättänyt kiistämistä tukevat todisteensa kokonaan ilmoittamatta tai jättänyt muuten jatkovalmistelun kannalta keskeisimmät todisteet ilmoittamatta, lausumapyyntö vastauksen täydentämiseksi saattaa olla tarpeen. Ks. myös Brolin ym. s. 36.

¹⁹⁷ Ks. myös Olsson s. 166 s.

¹⁹⁸ Ks. myös Ekelöf IV s. 51: »I princip kan allt som har bevisvärde i målet förebringas under huvudförhandlingen.»

min sanottuna, otettaessa todistetta vastaan pääkäsittelyssä sen täytyy voida tuoda esille sellaisia todistustositseikkoja, joilla voi olla näyttöarvoa todisteen ilmoitulle todistusteemalle. Todistustositseikan näyttöarvo teemalle voi olla positiivinen tai negatiivinen. Näyttöarvo voi myös olla välillinen eli todistustositseikka saattaa olla faktaketjussa kaukana lopullisena teemana olevasta oikeustositseikasta. Jos sen sijaan todisteella eli sen esille tuomilla todistustositseikoilla *ei ilmeisesti voi olla* näyttöarvoa ilmoitetulle todistusteemalle, todisteen esittäminen pääkäsittelyssä on tarpeettomana evättävä.¹⁹⁹ Todisteen ilmoittaneen asianosaisen on tarvittaessa pystyttävä perustelemaan näyttöarvo: esimerkiksi todistajaa ei voida kuulla tapahtumista, joita hän ei ole nähnyt ja joista hänellä ei muutoin esitetä olevan tietoa.

Kuten edellä jaksossa 5.4.2.b on todettu, tuomioistuimen on evättävä todisteen esittäminen tarpeettomana, jos todisteella pyritään näyttämään toteen ainoastaan asianosaisen tunnustama seikka eli jos todisteen todistusteema on riidaton. Sen sijaan *todisteen sisällön* eli sen esille tuomien todistustositseikkojen riidattomuus ei vielä tee todistetta tarpeettomaksi, koska tuomioistuimen on joka tapauksessa arvioitava tämän sisällön näyttöarvo teemalle pääkäsittelyssä. Jos siis asianosaiset ovat yksimielisiä esimerkiksi heidän välisensä »sopimuksen» sisällöstä, sopimusasiakirjan esittäminen näyttönä siitä ei ole tarpeen. Sen sijaan yksimielisyys sopimusasiakirjan sisällöstä (ja aitoudesta) ei vielä tee asiakirjan esittämistä tarpeettomaksi,²⁰⁰ koska tuomioistuimen on arvioitava asiakirjan sisällön ja jutussa esitetyn muun näytön valossa, mitä asianosaisten on »katsottava sopineen».

Toiseksi laki säättää, että »jos näyttö on huomattavasti vähemmällä vaivalla tai kustannuksella saatavissa toisella tavoin, alkoon oikeus salliko todisteen esittämistä» (17:7 in fine). Jos siis asianosaisen ilmoittamalle todistuskeinolle on vastaava eli (vähintään) yhtä luotettava, mutta huomattavasti vaivattomampi tai edullisempi vaihtoehto, sitä on käytettävä viran puolesta asianosaisen ilmoittaman sijaan.²⁰¹ Esimerkkinä voidaan mainita tilanne, jossa

¹⁹⁹ Ks. jo Wrede 1910 s. 15 ja 1953 s. 84 sekä Tirkkonen 1949 s. 47 ja Sp II s. 99: »Laki ei nimenomaan määrää, että jos tarjottu todiste on ilmeisesti kelvoton todentamaan jonkin tosiseikan, ei todistetta saa esittää. Sellaisen säännön olemassaolo on kuitenkin selviö.»

²⁰⁰ Jos asiakirja on käsillä, asianosaisten on itse asiassa aina pakko olla yksimielisiä sen sisällöstä, ellei jompikumpi tee väärennysväitettä.

²⁰¹ Ks. myös Tirkkonen 1949 s. 48 ja Sp II s. 99: tuomioistuimen »on oltava vakuutunut siitä, että huomattavasti vähemmällä vaivalla tai kustannuksella saatavissa oleva näyttö on yhtä todistusvoimaista kuin asianosaisen tarjoama näyttö olisi ollut». Ks. edelleen Ekelöf IV s. 51: »Kan lika säker bevisning föras på annat sätt, skall man välja detta, om kostnaderna därigenom blir avsevärt lägre.» Ks. myös Virolainen 1988 s. 292.

tuomioistuimen edullisesti suorittama katselmus paikan päällä on vaihtoehto asianosaisten hankkimalle, huomattavan kalliille asiantuntijatodistelulle; jos katselmusta voidaan pitää yhtä luotettavana todistuskeinona kuin asiantuntijatodistelua, viimeksi mainittu on periaatteessa evättävä ja suoritettava asiassa katselmus pääkäsittelyssä.²⁰²

Sen sijaan säännöstä ei voida tulkita siten, että jos *asianosaisen* ilmoittamalla kahdella todisteella on yhtä suuri näyttöarvo, tuomioistuimen täytyisi evätä sen todisteen esittäminen, josta aiheutuu huomattavasti enemmän vaivaa tai kustannuksia, ja ottaa vastaan ainoastaan toinen todiste. Jos nimittäin kahdella, toisistaan riippumattomalla todisteella on saman suuntaista näyttöarvoa samalle teemalle, niiden yhteinen näyttöarvo on aina suurempi kuin kummankaan näyttöarvo erikseen, joten kumpaakaan todistetta ei tällä perusteella voida torjua.²⁰³

Kolmanneksi on huomattava *parhaan todistusaineiston* periaate. Jos yhtä ja samaa tietolähdettä voidaan käyttää useammalla tavalla, on käytettävä sitä todistuskeinoa, joka on todisteena varmin; teemaan johtava faktaketju on tehtävä mahdollisimman lyhyeksi.²⁰⁴ On esimerkiksi kuultava todistajaa, joka on nähnyt tietyn tapahtuman, eikä todistajaa, joka on kuullut hänen kertovan siitä; vastaavasti on kuultava tilintarkastajaa, joka on suorittanut yhtiössä erikoistilintarkastuksen, eikä ainoastaan luettava hänen laatimaansa tarkastuskertomusta. Tämä edistää samalla todistelun asianmukaisuutta, koska vastapuoli voi vastakuulustella kyseistä henkilöä. Parhaan todistusaineiston periaatetta on kuitenkin yksittäistapauksessa punnittava muita periaatteita, lähinnä prosessiekonomiaa vasten.²⁰⁵

Näiden sääntöjen soveltaminen jo riita-asian valmistelussa on sen hyödyllisyydestä huolimatta ongelmallista, koska valmisteluvaiheessa kysymyk-

²⁰² Toinen asia on, että joissakin tapauksissa totuustavoite saattaa edellyttää, että tuomioistuin toimittaa katselmuksen asiantuntijatodistelun *lisäksi*.

²⁰³ Ks. Ekelöf IV s. 33–36 (»samverkansfallet»). Jos esim. kahden toisistaan riippumattoman todistajan kertomusten näyttöarvo teemalle on molemmilla 3/4, heidän kertomustensa yhteenlaskettu näyttöarvo teemalle on 15/16; näyttöarvo ei siis ole yhtä kuin vahvimman todisteen näyttöarvo. Ekelöf ibid: »Sammanvägningen av två vittnesmål, som var och en för sig har bevisvärdet »sannolikt», bör medföra att bevisen blir »styrkt».» Tuomioistuin ei siten voi evätä toisen todistajan kuulemista esim. sillä perusteella, että tämä asuu huomattavasti kauempana kuin toinen.

²⁰⁴ Ks. Ekelöf IV s. 54.

²⁰⁵ Ks. myös Virolainen 1988 s. 292 s. Esim. kiinteistön katselmus olisi yleensä parempi todistuskeino kuin todistajan kuuleminen kiinteistön kunnosta; kustannussyistä katselmus kuitenkin saatetaan jättää tekemättä.

set ovat usein vielä *epävarmoja*.²⁰⁶ Erityisen vaikeaa saattaa olla arvioida vielä valmisteluvaiheessa, voiko todisteella lopulta olla välillistäkään näyttöarvoa teemalle; lopullisesti tämä voidaan ratkaista vasta, kun todiste on pääkäsittelyssä otettu vastaan, minkä jälkeen saatetaan joutua toteamaan, että todiste oli täysin tarpeeton.²⁰⁷ Sama koskee jossakin määrin myös prosessiekonomisen kiellon ja parhaan todistusaineiston periaatteen soveltamista jo valmistelussa. In dubio todisteen esittäminen on vielä valmisteluvaiheessa sallittava, koska sääntöjä voidaan soveltaa tarvittaessa vielä pääkäsittelyssäkin sen keskityksen vaarantumatta. Todistelun asianmukaisuuden vuoksi on aina parempi sallia tarpeeton todistelu kuin evätä tarpeellinen todistelu.²⁰⁸

Neljänneksi on vielä huomattava mahdolliset *todistuskeinokiellot*: lain-säädannössä on saatettu nimenomaisesti kieltää tiettyjen todistuskeinojen käyttö ainakin tietyllä tavalla tai tietyistä teemoista.²⁰⁹ Todistuskeinokiellot on otettava huomioon ja niistä on tehtävä tarvittavat päätökset jo valmistelussa (arg. 5:25.1), mikäli mahdollista.²¹⁰ Myös kysymys todistajan esteellisyydestä tulee ratkaista ennen henkilön kutsumista todistajana kuultavaksi pääkäsittelyyn.²¹¹ Henkilöä on kuultava henkilökohtaisesti suullisesti eikä hänen oikeudenkäynnin varalta laatimaansa yksityisluonteista kertomusta saa ilman erityistä syytä ottaa vastaan (17:11.1:n 1 kohta).²¹²

²⁰⁶ Ks. myös Olsson s. 165 s ja Fitger RB s. 35:66.

²⁰⁷ Käytännössä ilmeisesti juuri tämä koetaan ongelmaksi: todisteita joudutaan ottamaan pääkäsittelyssä varmuuden vuoksi vastaan, minkä jälkeen joudutaan toteamaan, että todiste oli tarpeeton, joko niin, että sillä ei ollut näyttöarvoa, tai niin, että se tuki seikkaa, joka jo oli muilla todisteilla tullut näytetyksi. Ongelma on kuitenkin viime kädessä ratkaisematon, koska ennen todisteen vastaanottoa ei varmasti tiedetä, onko sen vastaanottaminen tarpeen vai ei.

²⁰⁸ Ks. myös Tirkkonen 1949 s. 49: »Kun oikeus joutuu käytännössä punnitsemaan, onko sen 7 §:n nojalla evättävä tarjotun todisteen esittäminen, tulee oikeuden menetellä varovasti. On näet muistettava, että kysymyksessä olevien säännösten vähemmän harkittu soveltaminen synnyttää asianosaisessa helposti sen käsityksen, ettei hän ole saanut esittää tarpeellista näyttöä.» Tarpeellisen näytön epääminen saattaa johtaa siihen, että muutoksenhakutuomioistuimien palauttaa jutun näytön vastaanottamista varten alioikeuteen.

²⁰⁹ Ks. käsitteestä Hormia 1979 s. 49.

²¹⁰ Todistajaksi pääkäsittelyyn ei esimerkiksi voida kutsua tasavallan presidenttiä (17:22) tai diplomaattista immuniteettia nauttivaa henkilöä, ks. Hormia 1979 s. 124.

²¹¹ Todistajaksi esteellistä henkilöä voidaan ja tulee kuulla vapaasti, ks. Lappalainen 1988 s. 35–47. – Hormia erottaa todistajaksi kelpaamattomuuden todistamiskielloista, Hormia 1978 s. 52 ss; kysymys on kuitenkin pelkästään systemaattinen, ks. Lappalainen 1988 s. 34 s.

²¹² Ks. esim. Tirkkonen 1949 s. 64–69 ja Sp II s. 96 s sekä Hormia 1979 s. 125–137.

Riita-asioissa tavallisimmin esiintyvät todistuskeinokiellot ovat kuitenkin sellaisia, ettei niitä yleensä voida ratkaista vielä valmistelussa. Sen paremmin todistajan kieltäytymis- tai vaitiolo-oikeutta (17:20 ja 24) kuin vaitiolovelvollisuuttakaan (17:23) ei yleensä voida selvittää vielä valmistelussa, vaan vasta todistajan kuulustelun yhteydessä pääkäsittelyssä (17:28 ja 31), koska todistaja ratkaisee nämä kysymykset ensisijaisesti itse.²¹³ Jos kuuleminen on asianosaisen suostumuksen varassa (17:23.1:n 3 ja 4 kohtien tarkoittamissa tilanteissa), asianosaisen on ilmoitettava mahdollisesta suostumuksestaan jo valmistelussa.

Tuomioistuimen tulee kuitenkin valmistelussa pyrkiä selvittämään näitäkin kysymyksiä mahdollisuuksien mukaan. Ensisijaisesti asianosaiselle itselleen on annettava mahdollisuus harkita asiaa omalta kohdaltaan. Jos asianosainen nimeää todistajaksi esimerkiksi vastapuolen puolison tai lääkärin potilassalaisuudesta, tuomioistuimen tulee tarvittaessa huomauttaa valmistelussa asianosaiselle puolison kieltäytymisoikeudesta (17:20:n 1 kohta), vastaavasti lääkärin vaitiolovelvollisuudesta (17:23.1:n 3 kohta). Tällöin asianosainen voi vielä harkita, onko kyseistä henkilöä lopulta syytä nimetä todistajaksi.²¹⁴ Jos asianosainen pysyy kannassaan, henkilö on kutsuttava todistajaksi pääkäsittelyyn, vaikka se sittemmin osoittautuisi turhaksi.

Tuomioistuimen mahdollisuudet selvittää etukäteen valmisteluvaiheessa kyseisen henkilön suhtautumista kuulemiseen ovat varsin rajalliset, koska mitään virallista, henkilöä pääkäsittelyssä sitovaa menettelyä ei ole. Vaikka esim. asianosaisen puoliso ilmoittaisi valmisteluvaiheessa epävirallisen yhteydenoton johdosta, että hän tulee kieltäytymään todistamasta, hänet lienee kutsuttava pääkäsittelyyn, jos vastapuoli sitä edelleen vaatii. Toisaalta, vaikka puoliso ilmoittaisi epävirallisesti suostuvansa todistamaan, hänellä lienee silti oikeus kieltäytyä todistajan kuulustelun yhteydessä pääkäsittelyssä. Vastaavat näkökohdat koskevat myös tilanteita, joissa vaitiolovelvollisuus on kolmannen henkilön suostumuksen varassa (17:23.1:n 3 ja 4 kohdat), koska valmisteluvaiheessa annettu epävirallinen suostumus tai sen epääminen ei sitone koltmatta enää pääkäsittelyssä.

c. Seuraavaksi asetettava kysymys on, missä määrin tuomioistuimella on oikeus ja mahdollisesti jopa velvollisuus valmistelussa hankkia tai hankitut-

²¹³ Ks. myös aiemman prosessin kannalta Lappalainen 1988 s. 42 av 47, joka erotti tässä suhteessa toisistaan todistajan esteellisyyden (17:18) ja todistajanaolovelvollisuuden rajoitukset (17:20, 23 ja 24); edellinen oli ratkaistava ennen todistajan kutsumista, jälkimmäiset vasta todistajan kuulustelun yhteydessä. Ks. edelleen Hormia 1979 s. 59 ja 97 s.

²¹⁴ Asianosainen voi tällöin esim. ottaa yhteyttä kyseiseen henkilöön ja tiedustella hänen suhtautumistaan kuulemiseen.

taa lisää todisteita verrattuna siihen, mitä asianosaiset ilmoitustensa mukaan haluavat pääkäsittelyssä esittää. Tässä yhteydessä ei ole mahdollisuutta mennä *todisteiden rikastamisen* yleisiin kysymyksiin, jotka ovat sekä laajoja että ongelmallisia, vaan tarkastella sitä ainoastaan riita-asian valmistelun kannalta. Todisteiden rikastaminen voi tapahtua kahdella tavalla: tuomioistuim voi joko päättää viran puolesta tietyn todisteen hankkimisesta tai kiinnittää asianosaisten huomiota tiettyyn todisteeseen, jolloin lopullinen päätösvalta sen hankkimisesta jää asianosaisille.²¹⁵

Ensin mainitusta toiminnasta säädetään OK 17:8:ssä, jonka mukaan tuomioistuim saa myös, milloin tarpeelliseksi harkitaan, omasta aloitteestaan päättää hankittavaksi todisteita. Dispositiivisessa riita-asiassa tuomioistuim ei kuitenkaan saa vastoin asianosaisten yhteistä tahtoa omasta aloitteestaan määrätä uutta todistajaa kuulusteltavaksi tai asiakirjaa esitettäväksi. Tuomioistuimella on siis yleensä oikeus hankkia todisteita *ex officio*.²¹⁶ Todisteiden hankkimisoikeuden rajoitukset koskevat eri todistuskeinoista ainoastaan todistajia ja asiakirjoja, jotka kylläkin ovat riita-asioissa yleensä keskeisimmät todistuskeinot. Katselmuksen, asiantuntijan ja asianosaisten todistelutaroituksessa kuulemisen osalta tuomioistuimen aloiteoikeutta ei ole rajoitettu eikä rajoitus koske mitakaan mahdollisia todistuskeinoja.

Myös OK 17:8:n osalta voidaan asettaa kysymys siitä, ratkaiseeko koko »asian» dispositiivisuus rajoituksen soveltumisen asian kaikkiin kysymyksiin vai voiko tuomioistuim määrätä viran puolesta rajoituksetta uuden todistajan kuulusteltavaksi tai asiakirjan esitettäväksi silloin, kun kyseisen todisteen todistusteemana olisi ns. *indispositiivinen seikka*, esimerkiksi erityisen vanhentumisajan kulumisen.²¹⁷ Tässäkään kysymyksessä ratkaisevaa merkitystä ei voitane antaa lakitekstin epäanalyytti-

²¹⁵ Hankittaessa todiste viran puolesta tuomioistuimella on käytettävissään kaksi menettelyvaihtoehtoa: se voi joko velvoittaa asianosaisten hankkimaan ko. todisteen, esim. asiakirjan, tai ryhtyä itse toimenpiteisiin sen hankkimiseksi, ks. Tirkkonen Sp II s. 137. Kuultavat henkilöt tuomioistuim kutsuu nykyisin pääsääntöisesti itse.

²¹⁶ Tuomioistuimen aloiteoikeus todisteiden suhteen vaihtelee yllättävänkin paljon maittain, ks. esim. Cappelletti – Garth s. 28 s. Ruotsin sääntely on samankaltainen kuin Suomessa ennen OK 17:8:n uudistusta, Norjan samankaltainen kuin se on nykyisin, ks. RB 35:6, josta esim. Ekelöf – Boman IV s. 34–38, sekä Tml § 86 ja 190, joista Hov s. 64 s, 324 s ja 389. Tanskassa sen sijaan tuomioistuim ei normaalisti saa hankkia todisteita viran puolesta, mutta se voi kehottaa asianosaisia hankkimaan niitä, ks. Rpl § 339.3, josta Bet. 1973:698 s ja Gomard s. 377 s ja 382. Saksassa tuomioistuim ei saa viran puolesta hankkia todistajia (ZPO § 142–144 ja 448), ks. Rosenberg ym. 432 ja Jauernig s. 77.

²¹⁷ Vrt. indispositiivisten asioiden osalta esim. IsyysL 30 §, jonka mukaan tuomioistuimen on omasta aloitteestaan määrättävä hankittavaksi kaikki se selvitys, minkä se katsoo asian ratkaisemisen kannalta tarpeelliseksi (ks. myös esim. KKO 1991:53).

selle ilmaukselle. Jos jokin intressi on katsottu niin painavaksi, että seikan olemassaolo otetaan viran puolesta huomioon, myöskään tuomioistuimen aloiteoikeutta hankkia todisteita kyseisestä seikasta ei liene perusteltua rajoittaa.²¹⁸

Todistajien osalta rajoitus koskee vain uutta todistajaa; tuomioistuin saa rajoituksetta kuulla uudelleen todistajaa, jota on jo kerran kuultu pääkäsittelyssä asianosaisen nimeämänä. Tätä saattaa edellyttää esimerkiksi todistajan kertomuksen uudelleen arviointi pääkäsittelyssä esitetyn muun näytön valossa. Vastaavasti tuomioistuin saa rajoituksetta määrätä asianosaisen pääkäsittelyssä esittämän asiakirjan esitettäväksi uudelleen.

Voidaan kysyä, onko kyseessä OK 17:8:n tarkoittamassa mielessä »uusi» asiakirja tai todistaja, jos asianosainen on esittänyt asiakirjan tai asianosaisen nimeämää todistajaa on poikkeuksellisesti kuultu jo valmistelussa, mutta asianosainen on luopunut esittämästä asiakirjaa tai kuulemasta todistajaa enää pääkäsittelyssä. Kysymyksessä lienee tällöin tässä mielessä uusi todistaja tai asiakirja, koska asianosainen on käyttänyt määräysvaltaansa luopumalla todisteen esittämisestä pääkäsittelyssä. Kyseistä todistetta ei vielä ole ehditty ottaa vastaan näytön arviointia ja tuomion tekemistä varten pääkäsittelyssä, joten tuomioistuimelle kuuluva todistusharkinta ei edellytä rajoittamatonta oikeutta todistajan uudelleen kuulemiseen, vastaavasti asiakirjan lukemiseen.

Ilmaus »vastoin asianosaisten yhteistä tahtoa» lisättiin säännökseen siviiliprosessiuudistuksen yhteydessä, jolloin siis tuomioistuimen oikeutta todisteiden hankkimiseen viran puolesta laajennettiin. Tuomioistuin ei voi hankkia uutta todistajaa tai asiakirjaa viran puolesta asianosaisten yhteisen tahdon, mutta kylläkin ainoastaan toisen asianosaisen tahdon vastaisesti.²¹⁹ Tuomioistuinten halukkuus ja mahdollisuudet hankkia todistajia tai asiakirjoja viran puolesta dispositiivisessa riita-asiassa vastoin toisen asianosaisen tahtoa ei kuitenkaan muutoksen jälkeenkään liene suuri.²²⁰ Asianosaisten suhtautuminen tulee aina selvittää jo valmistelussa (arg. 5:25.1): jos tuomiois-

²¹⁸ Ks. myös Tirkkonen 1949 s. 53, Lappalainen 1986 s. 428 av 108 ja Ekelöf – Boman IV s. 35.

²¹⁹ Aikaisemmin siis ainoastaan jompi kumpi asianosainen saattoi nimetä uuden todistajan tai esittää asiakirjan. Nykyinen sääntely saattaa johtaa siihen, että asianosainen ei vastusta esim. todistajan kuulemistä viran puolesta, mutta ei myöskään itse nimeä todistajaa, jolloin asianosaiset ovat yhteisvastuussa todistajan palkkiosta.

²²⁰ Ks. muutoksen perusteluista HE 1990:15 s. 107, jossa asianosaisten määräysvaltaa ja kuluvasuutta dispositiivisessa asiassa punnitaan sitä vasten, että »tuomioistuimella tulisi olla mahdollisuus selvittää asiaa käytettävissä olevan parhaan mahdollisen todistusaineiston perusteella».

tuin aikoo viran puolesta hankkia todistajan tai asiakirjan, sen on tiedusteltava asianosaisilta lähinnä valmisteluistunnossa, vastustavatko nämä todisteen hankkimista viran puolesta. Tällöin jompi kumpi asianosaisista saattaa luonnollisesti myös itse ilmoittaa todisteen.

Tuomioistuimella on mainituin rajoituksin oikeus päättää omasta aloitteestaan hankittavaksi todisteita, mutta voidaan kysyä, milloin tämä on 17:8:n tarkoittamassa mielessä »tarpeellista». Onko tuomioistuimella joissakin tilanteissa jopa velvollisuus todisteiden hankkimiseen viran puolesta? Käytännössä tuomioistuin hankkii todisteita viran puolesta dispositiivisessa riita-asiassa *hyvin harvoin*. Ensinnäkin on selvää, että tuomioistuimen ei pidä ryhtyä mihinkään tutkimuksiin asiassa, vaan sen on rajoitettava siihen, mitä asianosaisten tuomioistuimelle jo muutoin esittämästä oikeudenkäyntiaineistosta käy ilmi. Tuomioistuimen toiminta on ainoastaan asianosaisten toimintaa täydentävää.²²¹ Jotta pääkäsittelyn keskitys tulisi turvattua, mahdollinen päätös todisteen hankkimisesta viran puolesta on tehtävä jo valmistelussa (arg. 5:25.1). Tuomioistuimen omasta aloitteesta hankittavan todisteen on siis oltava sellainen, että sen olemassaolo ja merkitys jutussa ilmenee valmistelussa esitetystä oikeudenkäyntiaineistosta, mutta kumpikaan asianosainen ei ole ilmoittanut todistetta pääkäsittelyssä esitettäväksi.²²²

Myös tuomioistuimen viran puolesta hankkimaa todistetta koskevat ne todisteen esittämisen edellytykset, joita edellä on tarkasteltu asianosaisten ilmoittamien todisteiden osalta. Tuomioistuimen on todettava edellytysten olemassaolo jo ennen kuin se päättää todisteen hankkimisesta. Tuomioistuimen on voitava valmistelussa esitetyn oikeudenkäyntiaineiston perusteella todeta, että todisteella todennäköisesti olisi negatiivista tai positiivista näyttöarvoa jutussa relevantille ja näyttöä kaipaavalle seikalle ja että todisteen esittämiselle ei ole edellä tarkasteltua estettä. Paras tietolähde tässä suhteessa ovat asianosaiset: tuomioistuimen on informoitava asianosaisia aikeestaan ja annettava näille mahdollisuus lausua käsityksensä todisteesta, sen merki-

²²¹ Ks. myös HE 1990:15 s. 107 s: »Ehdotus ei tarkoita sitä, että tuomioistuimen tulisi ryhtyä selvittämään, mitä todistelua asiassa vielä olisi saatavissa. Sellainen lisäisi huomattavasti tuomioistuimen työtä ja aiheuttaisi turhia kustannuksia.» Ks. myös Aalto LM 1962 s. 586 s, Ekelöf – Boman IV s. 34 s, Olsson s. 164 ja Fitger RB s. 35:64 s. Perusteluna tälle on viime kädessä myös se, että »ju intensivare rätten engagerar sig i utredningen, ju svårare får den att vara strängt objektiv i sin bevisvärdering», Ekelöf – Boman ibid.

²²² Esimerkiksi tuomioistuimelle kirjallisina todisteina jätetyistä muistioista ilmenee, että sopimusneuvotteluihin on osallistunut joku muukin henkilö kuin ne, jotka on jo nimetty todistajiksi; tällöin nousee esiin kysymys ko. henkilön kuulemisesta todistajana.

tyksestä jutussa ja muista sen hankkimiseen mahdollisesti vaikuttavista seikoista.²²³

Näiden rajoitusten 'sisällä' todisteen hankkiminen viran puolesta on tuomioistuimen harkinnassa, joka ei kuitenkaan ole vapaata. Viime kädessä tuomioistuimen on punnittava keskenään siviiliprosessin varmuustavoitetta, asianmukaisuutta ja prosessiekonomiaa: tuomioistuimen on harkittava, kuinka paljon kyseisen todisteen esittäminen todennäköisesti lisäisi näytön arvioinnin varmuutta, sekä toisaalta, kuinka paljon sen hankkiminen viran puolesta loukkaisi asianosaisten lähtökohtaista määräysvaltaa todisteista ja lisäisi heidän todistelukustannuksiaan. Yleisellä tasolla joudutaan sanomaan epämääräisesti, että todisteiden hankkimisessa viran puolesta dispositiivisessa riita-asiassa on oltava hyvin pidättyväinen; viime kädessä ratkaisu on kuitenkin tehtävä kussakin yksittäistapauksessa.

Mitä puutteellisempi asianosaisten itsensä valmistelussa ilmoittama todistusaineisto on, mitä keskeisempi kyseisen todisteen todistusteema olisi jutussa ja mitä suurempi todisteen näyttöarvo teemalle todennäköisesti olisi suuntaan tai toiseen, sitä enemmän todisteen esittäminen edistäisi varmuustavoitetta. Toisaalta on syytä huomata, että myös materiaallisen totuuden tavoitteen painoarvo ja sen myötä todistusaineistolta edellytettävä *riittävä kattavuus* («selvittämisstandardi») voivat jossakin määrin vaihdella jutun intressistä ja laadusta riippuen.²²⁴ Toisaalta, mitä perustellummin asianosainen tai jopa molemmat asianosaiset vastustavat todisteen hankkimista viran puolesta sekä mitä kalliimmaksi ja aikaavievemmäksi sen esittäminen tulisi, sitä perustellumpaa on jättää todiste hankkimatta.²²⁵

Todisteen viran puolesta hankkimista lievempi toimenpide on, että tuomioistuin yksinkertaisesti *kiinnittää valmisteluistunnossa asianosaisten huomiota* tiettyyn, mahdolliseen todisteeseen, jolloin lopullinen päätösvalta sen hankkimisesta jää asianosaisille.²²⁶ Näin tuomioistuimen on ensivaiheessa

²²³ Tällöin myös jompikumpi asianosainen saattaa itse nimetä todisteen tai päinvastaisessa tapauksessa tuomioistuin saattaa todeta, että todisteen hankkimiseen ei olekaan syytä. Ks. myös Virolainen 1988 s. 298.

²²⁴ Ks. edellä jaksossa 4.2.2.2 lausuttua.

²²⁵ Esim. harkittaessa, olisiko rakennusvirhettä koskevassa jutussa toimitettava katselmus ilman asianosaisen pyyntöä, merkitystä tulee antaa mm. sille, kuinka kattavaa ja luotettavaa näyttöä asianosaiset ovat jo ilmoittaneet esittävänsä, kuinka keskeisistä seikoista katselmuksella pystyttäisiin hankkimaan selvitystä ja kuinka luotettavaa se olisi, sekä toisaalta, vastustavatko molemmat asianosaiset vaiko ainoastaan toinen katselmuksen toimittamista ja millä perusteella, sekä kuinka kalliiksi katselmus tulisi ja kuinka paljon siihen kuluisi aikaa.

²²⁶ Ks. myös Virolainen 1988 s. 294–297 sekä Olsson s. 164 s.

syytä tehdä niissä tilanteissa, joissa se harkitsee kyseisen todisteen hankkimista viran puolesta. Tuomioistuin voi myös mennä jonkin verran pidemmälle. Harkinnassa tulee punnita samoja näkökohtia, joita edellä on tarkasteltu viran puolesta hankkimisen osalta, mutta asianosaisten määräysvallalle ei voida antaa samaa painoarvoa, koska lopullinen päätösvalta todisteen hankkimisesta jää joka tapauksessa asianosaisille itselleen.

Asianosaisille tulee huomauttaa ainakin silloin, kun asianosainen on ilmeisesti erehdyksestä tai ymmärtämättömyydestä jättänyt todisteen ilmoittamatta. Ennen muuta maallikkoasianosaiselta, jolla ei ole oikeudenkäynnissä lainoppinutta avustajaa tai asiamiestä, saattaa jäädä jonkin todisteen merkityksellisyys huomaamatta.²²⁷ Toisaalta tuomioistuimen on pidettävä huolta siitä, että luottamus sen puolueettomuuteen ei vaarannu; tähän vaikuttaa ennen muuta se tapa, jolla tuomioistuin huomauttaa asianosaisille todisteesta. Todisteesta on huomautettava jo valmisteluvaiheessa, jotta asianosaiset pysyvät tarvittaessa ilmoittamaan todisteen ennen valmistelun päättämistä.

Esimerkiksi tapauksessa *KKO 1984 II 115* vastaaja B oli velkomisjutussa kiistänyt velkasuhteen olemassaolon. Kihlakunnanoikeus ja HO olivat hyväksyneet A:n kanteen, koska B ei ollut näyttänyt väitteitään toteen. KKO sen sijaan totesi B:n esittäneen kiistämisenä tueksi seikkoja, joiden johdosta asian perusteellisen käsittelyn ja selvittämisen kannalta olisi ollut tarpeellista määrätä asianosaiset saapumaan henkilökohtaisesti kihlakunnanoikeuteen. Kihlakunnanoikeuden olisi myös tullut kiinnittää huomiota eräiden jutussa mainittujen henkilöiden kuulemiseen todistajina sekä osakkeiden myyntiä koskevan kauppakirjan esittämiseen. KKO palautti jutun kihlakunnanoikeuteen.

d. Pääkäsittelyssä vastaanotettavan näytön arvioi tuomioistuin viran puolesta eivätkä asianosaiset voi määrätä tuomioistuimen todistusharkintaa. On kuitenkin syytä kysyä, tuleeko tuomioistuimen joissakin tilanteissa ottaa jo valmistelussa esille *todistusharkintakysymys* jutussa. Kysymykseen lienee vastattava varovaisen myöntävästi. Asianosaisten mahdollisen lisänäytön

²²⁷ Ks. myös HE 1990:15 s. 107: »Joskus asianosaisen käytettävissä saattaa olla useita todistajia. Tällöin asianosainen saattaa erehtyä siitä, kuka todistajista olisi merkityksellisin. Näin voi käydä etenkin silloin, kun asianosainen toimii ilman oikeudenkäyntiavustajaa.» Sääntelyllisenä puutteena voidaan pitää sitä, että OK 5:21.3 koskee pelkästään seikkoja eikä lainkaan todisteita. RB 42:8.2 on kirjoitettu tässä suhteessa väljempään muotoon. Vrt. myös ZPO § 139, jonka mukaan tuomioistuimen täytyy huolehtia mm. siitä, että asianosaiset ilmoittavat todisteensa, ks. Jauernig s. 96, Zeiss s. 70, Zöller ym. s. 539 ja Baumbach ym. s. 546: »Sie erfordert eine besonderes vorsichtige Abwägung der Fürsorgepflicht einerseits, der Unparteilichkeit andererseits.» Vrt. myös Rpl § 339.3, josta Bet. 1973:698 s. 123, Gomard s. 377 ja Smith s. 99 s.

hankkimiseen vaikuttaa luonnollisesti heidän käsityksensä siitä, miten vahvaksi tuomioistuimien arvioi jo hankitun näytön.²²⁸ Informatiivisen prosessinjohtoon käyttäminen on tällöin lievempi vaihtoehto rikastavalle prosessinjohtolle. Todistusharkintakysymyksistä keskusteleminen lisää myös oikeudenkäynnin asianmukaisuutta. Keskustelu on käytävä jo valmistelussa, jotta asianosaiset pystyisivät ottamaan sen riittävän ajoissa huomioon ja ilmoittamaan mahdolliset lisätodisteensa ennen valmistelun päättämistä.

Toisaalta tuomioistuimen on oltava tässä suhteessa erittäin varovainen. Todistusharkinnan lopputulos voidaan tietää vasta, kun kaikki todisteet on otettu pääkäsittelyssä vastaan ja arvioitu: valmisteluvaiheessa kysymys on aina enemmän tai vähemmän epämääräisestä arviosta. Tuomioistuimen tulisi ottaa todistusharkintakysymys esille valmistelustunnossa lähinnä silloin, kun jommalla kummalla tai molemmilla asianosaisilla on ilmeisesti väärä käsitys ilmoittamiensa todisteiden näyttöarvosta: asianosainen esimerkiksi luulee kirjallisen todisteen yksin muodostavan vahvan näytön jostakin seikasta ja jättää tämän vuoksi kaikki todistajat nimeämättä.²²⁹ Tuomioistuimen tulee tällöin huomauttaa, että asiakirjan näyttöarvo ei ole niin korkea, kuin asianosainen ilmeisesti ajattelee. Sen sijaan tuomioistuimen ei pidä – edes kuvitellusti – sitoa käsiään ilmoittamalla ennakolta kantaansa epäselvästä todistusharkintakysymyksestä vielä valmisteluvaiheessa.

²²⁸ Jos asianosainen esim. pitää antamaansa asiakirjaa hyvin vahvana näyttönä, hän ei kustannussyistä välttämättä lainkaan nimeä todistajaa kuultavaksi.

²²⁹ Ks. myös Virolainen 1988 s. 304 s ja Lappalainen s. 123. Ks. edelleen SOU 1982:26 s. 127, Prop 1986/87:89 s. 107, Fitger RB s. 42:31 ja Taksøe-Jensen s. 455 s. Vrt. Olsson s. 167 s ja Heuman 1990 s. 138 s.

7 luku TODISTUSAINEISTON ILMOITTAMISEN LAIMINLYÖNNIN SANKTIOISTA

7.1 Yleistä riita-asian valmistelun tehosteista

Edellisissä luvuissa 5 ja 6 on tarkasteltu todistusaineiston eli todisteiden ja niiden todistusteemojen selvittämistä dispositiivisen riita-asian valmistelussa *de lege lata*. Tätä on tarkasteltu yhtäältä asianosaisten kannalta, jolloin kysymys on ollut heidän velvollisuudestaan todistusaineiston ilmoittamiseen valmistelussa, ja toisaalta tuomioistuimen kannalta, jolloin kysymys on ollut tuomioistuimen velvollisuudesta prosessinjohtoon valmistelussa todistusaineiston selvittämiseksi. Lukujen tarkastelun taustaoletuksena on tavallaan ollut, että asianosaiset pyrkivät toimimaan oikeudenkäynnissä asianmukaisella tavalla eli että he noudattavat niitä sääntöjä, jotka asettavat heille velvollisuuksia valmistelussa todistusaineiston selvittämiseksi. Käytännössä tämä oletus kuitenkin saattaa joissakin tapauksissa jäädä toteutumattomaksi ideaaliksi.¹

Käsillä olevassa luvussa 7 näkökulma vaihdetaan tässä mielessä ’realistisemmaksi’: tarkastelun kohteina ovat riita-asian valmistelun *tehosteet*, itse asiassa vielä suppeammin rajattuina todistusaineiston ilmoittamisen laiminlyönnin *sanktiot* riita-asian valmistelussa. Riita-asian valmistelun tehosteilla tarkoitetaan tässä kaikkia niitä prosessuaalisia keinoja, joilla asianosaiset voidaan saada täyttämään velvollisuutensa valmistelussa. Esimerkiksi *Ekelöf* jakaa valmistelun tehosteet kolmeen ryhmään: haastehakemuksen tutkiminen *ex officio* ja täydennyskehoitus, prosessuaaliset sanktiot asianosaisten viivästyksen vuoksi sekä tuomioistuimen prosessinjohto valmistelussa.² Vi-

¹ Suomalaisessa prosessioikeustieteessä melko pessimististä näkemystä asianosaisten toiminnan suhteen ovat edustaneet mm. *Virolainen* ja *Laukkanen*; voitaisiin ehkä jopa puhua Lapin yliopiston ’koulukunnasta’. Tästä näkökulmasta keskeinen kysymys on mm., mitä keinoja tuomioistuimella on käytettävissään ’niskottelevia’ asianosaisia vastaan.

² Ks. Ekelöf V s. 36.

rolainen puolestaan mainitsee valmistelun tehostamiskeinoina asianosaisia velvoittavat säännökset, tuomioistuimen muodollisen ja materiaalsen prosessinjohton sekä prosessisanktiot.³

Riita-asian valmistelun tehosteet voitaneen jakaa kahteen ryhmään: tuomioistuimen *prosessinjohtoon* ja varsinaisiin prosessuaalisiin *sanktioihin*. Haastehakemuksen tutkiminen ja mahdollinen täydennyskehoitus ovat osa tuomioistuimen prosessinjohtoa valmistelussa. Täydennyskehoitukseen puolestaan liittyy prosessuaalisena sanktiona mahdollinen kanteen jättäminen tutkimatta. Asianosaisia velvoittavat säännökset taas juuri määrittävät ne velvollisuudet, joiden noudattamiseen tehosteilla pyritään. Keskeisimpänä valmistelun tehostamiskeinona voidaan perustellusti pitää tuomioistuimen prosessinjohtoa, ennen muuta materiaalista prosessinjohtoa, jota on tarkasteltu edellisissä luvuissa. Prosessuaaliset sanktiot lähinnä *täydentävät* tuomioistuimen prosessinjohtoa.⁴ Prosessuaalisella sanktiolla tarkoitetaan tässä haitallista seuraamusta, joka kohtaa asianosaista oikeudenkäynnissä, jos hän ei noudata prosessuaalista toimimisvelvollisuuttaan.⁵ Tässä tutkimuksessa kysymys on nimenomaan niistä sanktioista, jotka tehostavat todistusaineiston ilmoittamista dispositiivisen riita-asian valmistelussa.⁶

Jo aluksi on syytä korostaa, että asianosaiseen kohdistuvalla prosessuaalisella sanktiolla on kaksi puolta, preventiivinen ja repressiivinen. Proses-

³ Ks. Virolainen s. 165–173.

⁴ Ks. myös SOU 1982:26 s. 90 s, Prop 1986/87:89 s. 85 s ja Bet 1973:698 s. 25 s, jonka mukaan pelkkä kirjelmien vaihtoon kytkeytyvä preklusiosääntely ei riitä, vaan tarvitaan suullinen valmisteluistunto ja aktiivinen materiaalsen prosessinjohto. Ks. edelleen Jauernig s. 96 ja Fasching s. 341, jonka mukaan tärkein prosessin keskittämiskeino on tuomarin materiaalsen prosessinjohto suullisessa käsittelyssä. Myös Euroopan neuvosto on korostanut sekä prosessuaalisten sanktioiden että tuomioistuimen materiaalsen prosessinjohton merkitystä, ks. Council of Europe s. 7 ja 13–15.

⁵ Esim. saatavan materiaalsen vanhentumisen tai jonkin kannemääräajan laiminlyömisien seuraamukset eivät ole prosessuaalisia sanktioita tässä mielessä. Tällaisen kokoaavan yläkäsitteen määrittely ei ole erityisen relevantti kysymys eikä määritelmästä saa tehdä oikeudellisia päätelmiä. Kirjallisuudessa prosessuaaliset sanktiot on yleensä vain luetteluttu pyrkimättä kattaviin määritelmiin, ks. esim. Lindell 1993 s. 22 s: »De sanktioner som normalt används är vite, kostnadssanktion, straff eller avvisning.»

⁶ Todettakoon nimenomaisesti, että tässä ei tarkastella niitä seuraamuksia, jotka mahdollisesti kohtaavat tuomioistuinta eli sen puheenjohtajaa, jos hän laiminlyö materiaalsen tai muodollisen prosessinjohton valmistelussa. Viime kädessä kyseessä voi olla virkavirhe. Käytännössä laiminlyödyn materiaalsen prosessinjohton haitallinen, praktinen 'sanktio' on se, että muutoksenhakutuomioistuin palauttaa jutun käräjäoikeuteen asianmukaista valmistelua varten. Materiaalsen prosessinjohton ilmeinen laiminlyöminen saat-
taa myös muodostaa kanteluperusteen (OK 31:1:n 4 kohta).

suaalisen sanktion *preventiivinen* funktio merkitsee, että sanktioushan olemassaolon oletetaan estävän jo ennalta prosessuaalisen velvollisuuden rikkomista. Sanktioushan vuoksi asianosainen esimerkiksi ilmoittaa viipymättä valmistelussa todisteensa teemoineen. Prosessuaalisen sanktion *repressiivinen* funktio puolestaan merkitsee, että kun velvollisuuden rikkominen on jo tapahtunut ja se on asianmukaisesti todettu, sanktioseuraamus pannaan toimeen; asianosainen esimerkiksi tuomitaan asetettuun uhkasakkoon. Kolmanneksi prosessuaalisella sanktiolla voi joissakin tapauksissa olla myös *reparatiivinen* eli korjaava funktio. Asianosainen esimerkiksi velvoitetaan korvaamaan vastapuolelle ne oikeudenkäyntikulut, jotka ovat tälle aiheutuneet asianosaisen prosessuaalisen laiminlyönnin vuoksi.

Voimassa oleva oikeudenkäymiskaari sisältää useita eri säännöstöjä, jotka määrittävät seuraamuksia siitä, että asianosainen laiminlyö velvollisuutensa riita-asian valmistelussa. *Lappalainen* on jakanut valmistelun sanktiot systemaattisesti kolmeen ryhmään: uhkasakko, asian ratkaiseminen passiivisen asianosaisen vahingoksi ja preklusio.⁷ Tätä luetteloa täydentäen päästään seuraavaan jaotteluun:

- 1) uhkasakko ja nouto (12:6 ja 19);
- 2) asian ratkaiseminen passiivisen asianosaisen vahingoksi: kanteen jättäminen tutkimatta (5:6.1) ja yksipuolinen tuomio (5:13, 14 ja 15; 12:10);
- 3) uuden oikeudenkäyntiaineiston jättäminen tutkimatta: kanteenmuutoskielto (14:2) ja preklusio (5:22 ja 6:9); sekä
- 4) vastapuolen oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuus (21:5).

Kolmea viimeksi mainittua ryhmää tarkastellaan seuraavissa jaksoissa, mutta ainoastaan todistusaineiston ilmoittamista silmälläpitäen.

Uhkasakon ja *noudon* osalta todettakoon ainoastaan lyhyesti seuraavaa. Sakon uhalla tehostetaan dispositiivisessa riita-asiassa asianosaisen henkilökohtaista saapumista tuomioistuimeen.⁸ Jos asianosainen tai asianosaisen laillinen edustaja määrätään saapumaan käräjäoikeuden pääkäsittelyyn tai

⁷ Ks. Lappalainen s. 110. Virolainen mainitsee valmistelun prosessitehosteina yksipuolisen tuomion, saapumismääräyksen antamisen, noudon ja uutta aineistoa koskevan preklusiomääräyksen antamisen, Virolainen s. 169. Ekelöf puolestaan lukee valmistelun prosessuaalisiin sanktioihin preklusion, kriminalisoinnin ja oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuuden, Ekelöf V s. 38 s. Esim. Gomard ym. s. 453 erottaa poissaolo- ja preklusiosäännökset. Ks. myös esim. Rosenberg ym. s. 376, jossa asianosaisen viivästymisen seuraamukset jaetaan yleisiin (preklusio ja kuluvastuu) ja erityisiin (ratkaisu ym.).

⁸ Ks. Lappalainen s. 110.

valmisteluistuntoon henkilökohtaisesti dispositiivisessa riita-asiassa, hänelle on asetettava sakon uhka (OK 12:6:n 1 ja 2 mom ja 7 § sekä RL 2:4b.2). Jos asianosainen ei noudata saapumismääräystä, tuomioistuimen on, jos se pitää asianosaisen läsnäoloa edelleen välttämättömänä, asetettava korkeampi uhkasakko tai määrättävä hänet tuotavaksi samaan tai myöhempään istuntoon (12:19.1); nouto liittyy siis ainoastaan jo todettuun poisjääntiin istunnosta. Asetettu uhkasakko tuomitaan asianosaisen poissaolon vuoksi hänen maksettavakseen OK 12:31:ssä säädetyn poikkeuksin.⁹ Voidaan siten todeta, että uhkasakko ja nouto eivät ole todistusaineiston ilmoittamisen laiminlyönnin sanktioita.¹⁰

7.2 Asian ratkaiseminen laiminlyöjän vahingoksi?

Dispositiivisissa riita-asioissa prosessuaalinen sanktiojärjestelmä lähtee pitkälti siitä, että asianosaisen tulee huolehtia prosessuaalisista velvollisuuksistaan uhalla, että asianosainen häviää jutun. Koska kysymyksessä ovat asiat, joissa sovinto on sallittu, järjestelmä hyväksyy mahdollisuuden, että asian saama ratkaisu on (ainakin prosessin tuossa vaiheessa) materiaalisesti virheellinen, jos se kuitenkin perustuu asianosaisen omaan prosessuaaliseen laiminlyöntiin. Toisaalta jutun häviämisen uhka on samalla tehokas sanktio: jos asianosainen haluaa varjella omia etujaan, hän myös pitää huolta siitä, että hän noudattaa prosessuaalisia velvollisuuksiaan.

Traditionaalinen prosessuaalinen sanktio dispositiivisessa riita-asiassa on ollut asian ratkaiseminen istunnosta poisjääneen asianosaisen tappioksi *yksipuolisella tuomiolla*; nykyisin sanktio koskee sekä valmisteluistuntoa että pääkäsittelyä (12:10.1:n 1 kohta).¹¹ Siviiliprosessiuudistuksessa yksipuolinen tuomio kytkettiin myös asianosaisen muuhun, poissaoloon rinnastettavaan laiminlyöntiin. Jos vastaaja jättää antamatta asianmukaisen kirjallisen vastauksen tai jos asianosainen ei anna häneltä pyydettyä, asianmukaista kirjal-

⁹ Ks. Lappalainen s. 179 s.

¹⁰ Toinen asia on, että asianosaisen henkilökohtainen läsnäolo valmisteluistunnossa saattaa olla todistusaineiston selvittämiseksi tarpeen. Sakon uhka tehostaa kuitenkin tällöin asianosaisen henkilökohtaista saapumista istuntoon eikä todistusaineiston ilmoittamista siellä.

¹¹ Yksipuolinen tuomio annetaan tällöin vain vastapuolen vaatimuksesta (12:10.2 ja 11 §). Ks. poissaolosanktioista nykyisessä siviiliprosessissa yleensä Lappalainen s. 174–198. Aiemmin poissaoloseuraukset olivat erilaiset jutun ensi- ja jatkokäsittelyissä, ks. Halila LM 1972 s. 478 ss ja Tirkkonen Sp II s. 46 ss. Takaisinsaannista yksipuoliseen tuomioon ks. OK 12:15–17.

lista lausumaa, asia ratkaistaan hänen tappiokseen yksipuolisella tuomiolla (5:13 ja 14 sekä 12:10.1:n 2 kohta). Siviiliprosessiuudistuksen myötä tullut uusi sanktio on myös *kanteen jättäminen tutkimatta* kantajan laiminlyönnin vuoksi. Jos kantaja ei noudata hänelle annettua haastehakemuksen täydennyskehotusta ja jos haastehakemus on niin puutteellinen, ettei se kelpaa oikeudenkäynnin perustaksi, kanne on jätettävä tutkimatta haastetta antamatta (5:6.1). Tässä jaksossa asetettava kysymys on, tulevatko nämä sanktiot joissakin tilanteissa sovellettaviksi, jos asianosainen jättää todistusaineistonsa ilmoittamatta riita-asian valmistelussa.

7.2.1 Kanteen jättäminen tutkimatta

Kantajan on ilmoitettava OK 5:2:n mukaisessa ns. laajassa haastehakemuksessa mahdollisuuksien mukaan ne todisteet, jotka hän aikoo esittää, sekä niiden todistusteemat (OK 5:2.1:n 3 kohta).¹² Jos haastehakemus kuitenkin on todisteiden tai todistusteemojen osalta puutteellinen, kantajaa on kehoitettava määrääjassa korjaamaan puute, jos korjaaminen on valmistelun jatkamiseksi tarpeellinen (5:5.1).¹³ Seuraava kysymys on: jos kantaja hänelle annetusta täydennyskehotuksesta huolimatta jättää todisteet ja/tai niiden todistusteemat ilmoittamatta, voidaanko kanne jättää OK 5:6.1:n nojalla tutkimatta?¹⁴ Ovatko siis OK 5 luvun 5.1:n ja 6.1:n soveltamisalat tältä osin yhtenevät vai onko haastehakemuksen täydennyttämisen ala laajempi kuin kanteen tutkimatta jättämisen?

Säännösten sanamuodot antavat ymmärtää, että 5:6.1:n soveltamisala on suppeampi: sen mukaan kanne on jätettävä tutkimatta vain, jos haastehakemus ei »kelpaa oikeudenkäynnin perustaksi». Sen sijaan täydennyskehotus on annettava, jos korjaaminen on »valmistelun jatkamiseksi tarpeellinen». Oikeudenkäynnin perusta viittaa lähinnä kanteen sisältöön eli vaatimuksiin ja perusteisiin, jotka ratkaisevat mm. jutun identiteetin, ei sen sijaan todistusaineistoon. Samoin ankarampaan edellytykseen viittaa se, että 5:6.1:ssä asetetaan tutkimatta jättämisen edellytykseksi sekä 5 §:n mukaisen kehotuksen noudattamatta jättäminen että haastehakemuksen kvalifioitu puutteellisuus.

¹² Ks. edellä jaksossa 6.3.1.

¹³ Ks. edellä jaksoissa 5.4.2.a ja 6.5.2.a.

¹⁴ Kantajalle on ilmoitettava, millä tavalla haastehakemus on puutteellinen (5:5.1); tutkimattajättäminen ei siten voi tulla kyseeseen sellaisen puutteellisuuden vuoksi, josta kantajalle ei ole täydennyskehotuksessa huomautettu. Ks. myös KKO 1993:89. Ks. myös haastehakemuksen palauttamisen ja täydennyttämisen välisestä suhteesta EAOA:n päätös 27.2.1995 dnro 171/4/95.

Hallituksen esityksessä kirjoitetaan kysymyksestä nimenomaisesti: »Jos kantajaa kehoitetaan täydentämään haastehakemustaan todisteiden ilmoittamisen osalta, ei kehotuksen noudattamatta jättämisestä seuraisi asian tutkimatta jättäminen. Tutkimatta jättäminen ei tule kysymykseen sen vuoksi, että asia voidaan näytön puutteellisuudesta huolimatta tutkia. Näytön puutteellisuudella voi olla merkitystä ainoastaan ratkaisun sisältöön.»¹⁵ Oikeuskirjallisuudessa esimerkiksi *Lappalainen* kirjoittaa: »Laiminlyönti noudattaa kehotusta ei – aina johda tutkimatta jättämiseen, vaan tämä seuraus langetetaan vain, jos oikeudenkäyntiä ei puutteellisuuden vuoksi voida järkevällä tavalla jatkaa.»¹⁶ Myöskään muissa tutkimuksen kohteena olevissa maissa todistusaineiston jättäminen ilmoittamatta haastehakemuksessa ei voi johtaa kanteen jättämiseen tutkimatta.¹⁷

Kanta on perusteltu.¹⁸ Asian identiteetti määräytyy kantajan esittämien vaatimusten ja niiden perusteiden nojalla. Todistusaineistolla ei ole tällaista merkitystä, vaan todisteita ja niiden todistusteemoja koskevien tietojen puutteellisuudesta huolimatta haastehakemus kelpaa oikeudenkäynnin perustaksi. Todistusaineiston puutteellisuudella on kuitenkin merkitystä sekä vastaajan vastaamismahdollisuuksien että valmistelun etenemisen kannalta. Tämän vuoksi, jos haastehakemuksesta ovat puuttuneet asianmukaiset tiedot todisteista ja/tai niiden teemoista, vastaajan vastaukselle ei voida asettaa yhtä korkeita vaatimuksia kuin normaalisti; vastauksen puutteellisuus todistusaineiston osalta voidaan tällöin vastaavasti hyväksyä. Toiseksi kantajaa vastaan tulee käyttää muita sanktioita kuin tutkimatta jättämistä. Kantaja on vel-

¹⁵ HE 1990:15 s. 54.

¹⁶ *Lappalainen* s. 67 s. Ks. myös *Virolainen* s. 176 ja 183 sekä *Jokela LM* 1994 s. 146.

¹⁷ Ruotsin osalta ks. *SOU* 1938:44 s. 430, *Prop* 1983/84 s. 75 ja *Fitger RB* s. 42:15; Norjan osalta (*Tml* § 300) ks. *Hov* s. 96, *Schei II* s. 193 ja *Michelsen* s. 32 ja 35. Myöskään Tanskassa haastehakemuksen puutteellisuus todisteiden ilmoittamisen osalta ei voi johtaa tutkimatta jättämiseen, mutta kirjallisten todisteiden antamatta jättäminen kyllä (*Rpl* § 349; »dokumentdeblivelse»)), ks. *Bet* 1973:698 s. 132, *Gomard* s. 169 s ja 206, *Gomard ym.* s. 442 ja 444, *Zahle* 1983 s. 12 s ja 84 s sekä *Smith* s. 58 ja 62. Saksassa ja Itävallassa asia ilmaistaan niin, että todisteita koskevat tiedot tulee (*Soll*), muttei ole välttämätöntä (*Muss*) ilmoittaa haastehakemuksessa: tietojen poisjättämisestä ei aiheudu haitallisia seuraamuksia, ks. *Saksan osalta ZPO* § 253.4 ja 130, joista *Jauernig* s. 146 s, 149 ja 191 s, *Zöller ym.* s. 697 ja *Baumbach ym.* s. 767; Itävallan osalta ks. *Holzhammer* s. 176 ja 178 sekä *Fasching* s. 496 s ja 546 s.

¹⁸ Jos kantaja laiminlyö täydennyskehotuksesta huolimatta toimittaa tuomioistuimelle juoksevan sitoumuksen, johon hän perustaa vaatimuksensa (5:14.3), kannetta ei nähdäkseeni tällöinkään voida jättää tutkimatta. Sen sijaan kantaja menettää mahdollisuuden saada yksipuolinen tuomio 5:14:n perusteella.

voitettava korvaamaan laiminlyönnistä mahdollisesti aiheutuvat vastapuolen oikeudenkäyntikulut, mikäli kuluvastuun edellytykset täyttyvät (21:5).¹⁹

7.2.2 Yksipuolinen tuomio

Yksipuolinen tuomio on paitsi asianosaisen poissaolon, nykyisin myös vastauksen ja kirjallisen lausuman antamisen laiminlyönnin sanktio. Vastaajan on (normaalisti kirjallisessa) vastauksessaan ilmoitettava mahdollisuuksien mukaan ne todisteet, jotka hän aikoo esittää, sekä niiden todistusteemat (5:19.1:n 3 kohta).²⁰ OK 5:13.1:n 2 kohdan mukaan kanne hyväksytään yksipuolisella tuomiolla, jos vastaaja ei ole esittänyt vastauksessaan perustetta kiistämislleen tai vetoaa ainoastaan sellaiseen perusteeseen, jolla selvästi ei ole vaikutusta asian ratkaisemiseen. Voidaanko siis kanne hyväksyä yksipuolisella tuomiolla, jos vastaaja ei vastauksessaan ilmoita todistusaineistoaan asianmukaisella tavalla?

Kanteen hylkäämisvaatimuksen perusteena voi olla kanneperusteiden olemassaolon kiistäminen varsinaisessa merkityksessä, vetoaminen vastatosisekkaan ja myös pelkästään juridinen oikeusväite. Kanteen merkityksellinen kiistämisperuste ei välttämättä edellytä todistusaineiston ilmoittamista. Kannetta ei siis voida hyväksyä yksipuolisella tuomiolla pelkästään sen vuoksi, että kirjallisessa vastauksessa ei ole ilmoitettu vastaajan todistusaineistoa. Vastaaja välttyy yksipuoliselta tuomiolta esimerkiksi vetoamalla velan maksuun vaikka hän ei ilmoittaisi todisteita, kuten kuittia, väitteensä tueksi. Vastaaja ehtii ilmoittaa mahdolliset todisteensa ja niiden teemat vielä jatkovalmistelussakin.²¹

Yhtä näennäistä poikkeusta on kuitenkin syytä lyhyesti tarkastella. Jos kantajan vaatimus perustuu juoksevaan velkakirjaan, vekseliin tai shekkiin ja jos vastaaja ei ole vastauksessaan esittänyt 1) todennäköisiä syitä kiistämisensä tueksi taikka 2) lainvoimaista tuomiota tai alkuperäistä juoksevaa sitoumusta, jota voidaan käyttää kuittaukseen, kanne hyväksytään yksipuolisella tuomiolla (5:14.2). Juoksevaan sitoumukseen perustuvassa velkomusasiassa vastaajan on siis kirjallisessa vastauksessaan ilmoitettava todisteensa ja niiden todistusteemat sekä liitettävä vastaukseen kirjalliset todisteensa, jotta hän välttyisi yksipuoliselta tuo-

¹⁹ Samoin HE 1990:15 s. 54. Ks. kuluvastuusta jäljempänä jaksoa 7.4.2.

²⁰ Ks. edellä jaksoissa 5.4.2.a ja 6.5.2.a.

²¹ Ks. myös HE 1990:15 s. 57 ja 59 sekä Virolainen s. 184. Sen sijaan kantajalle laiminlyönnistä mahdollisesti aiheutuneiden oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuus (21:5) saattaa tulla kyseeseen, mikäli kuluvastuun edellytykset täyttyvät.

miolta. Vastaaajan kirjallisen todistelun täytyy jo tässä vaiheessa olla niin vakuuttavaa, että todennäköisten syiden näyttökynnys ylittyy.²² Yksipuolinen tuomio ei kuitenkaan tässä varsinaisesti ole todistusaineiston ilmoittamisen laiminlyönnin sanktio; kysymys on alustavasta tosiseikkakysymyksen materiaalisesta ratkaisusta eikä muodollisesta ratkaisusta pelkästään asianosaisen laiminlyönnin perusteella.²³

Ennen suullisen valmistelun istuntoa tai poikkeuksellisesti istuntotilaisuuksien välisenä aikana tuomioistuin voi kehottaa asianosaista toimittamaan tuomioistuimeen kirjallisen lausuman, jos tuomioistuin katsoo sen aiheelliseksi. Tuomioistuimen on samalla määrättävä, mistä kysymyksestä asianosaisen on lausuttava (5:15.2). Lausumassa asianosaista voidaan poikkeuksellisesti kehottaa täydentämään myös todistuskeinoja ja/tai -teemoja koskevia ilmoituksiaan.²⁴ Jos asianosainen tosin antaa lausuman, mutta ei kehotuksesta huolimatta ilmoita siinä todisteitaan ja/tai niiden teemoja, onko asia ratkaistavissa hänen tappiokseen yksipuolisella tuomiolla, jos vastapuoli niin vaatii?

OK 12:10.1:n 2 kohdan mukaan yksipuolinen tuomio on annettava, jos asianosainen ei ole antanut häneltä pyydettyä kirjallista lausumaa, »josta ilmenee hänen kantansa pyynnössä esitettyihin kysymyksiin». Jo säännöksen sanamuoto tekee ongelmalliseksi yksipuolisen tuomion perustamisen pelkästään siihen, että todisteet ja/tai teemat on jätetty ilmoittamatta: termit »lausuma» ja »kanta» eivät viittaa kovin luontevasti todistusaineistoon. Olisikin epäjohdonmukaista, jos yksipuolinen tuomio voitaisiin antaa tässä tilanteessa, mutta ei edellä tarkastellussa tilanteessa vastauksen puutteellisuuden vuoksi.²⁵ Myös reaaliset argumentit johtavat samaan lopputulokseen: yksipuolisen tuomion uhka olisi tarpeettoman ankara sanktio siihen nähden, että todistusaineisto voidaan hyvin ilmoittaa vielä suullisessa valmisteluistunnossa.²⁶ – Voidaan siten todeta, että myöskään kanteen jättäminen tutkimatta tai yksipuolinen tuomio eivät ole todistusaineiston ilmoittamisen laiminlyönnin sanktioita.

²² Ks. HE 1990:15 s. 60.

²³ Selvimmin tämä tulee esiin tilanteessa, jossa velallinen vetoaa seikkaan, esimerkiksi väärennykseen, josta todistustaakka on velkojalla: vaikka velallinen ei tällöin ilmoittaisi yhtäkään todistetta, kannetta ei voida hyväksyä yksipuolisella tuomiolla.

²⁴ Ks. edellä jaksoissa 5.4.2.a ja 6.5.2.a.

²⁵ Ks. myös HE 1990:15 s. 93: »Säännöstä tulisi soveltaa lähinnä vain sellaisissa tapauksissa, joissa on selvää, että puutteellisen lausuman antamisella on pyritty oikeudenkäynnin pitkittämiseen tai muuhun väärinkäyttämiseen.» Ks. myös Lappalainen s. 183 s.

²⁶ Sen sijaan kuluvastuu (21:5) saattaa tulla kyseeseen, mikäli sen edellytykset täyttyvät. Myös preklusiouhan (5:22) asettamista voidaan harkita.

7.3 Todisteiden preklusiosta käräjäoikeusmenettelyssä

7.3.1 Vertailua oikeudenkäyntiaineiston muuhun prekludoitumiseen

Tähän mennessä tarkastelluista riita-asian valmistelun sanktioista yksikään ei ole kohdistunut todistusaineiston ilmoittamisen laiminlyöntiin. Seuraavaksi on tarkasteltava ns. *preklusiota*, jolla tarkoitetaan lyhyesti sanottuna, että ilman hyväksyttävää syytä liian myöhäisessä oikeudenkäynnin vaiheessa esitetty oikeudenkäyntiaineisto jätetään huomiotta.²⁷ Todistusaineiston asianmukaisen ilmoittamisen laiminlyönnin sanktiona on siis tällöin, että aineiston esittäminen myöhemmin oikeudenkäynnissä yksinkertaisesti kokonaan evätään tai aineisto joka tapauksessa jätetään ottamatta huomioon päätöksen teossa.

Myös erät muut säännöt kuin tässä tarkoitettu varsinainen preklusio merkitsevät oikeudenkäyntiaineiston *prosessuaalista prekludoitumista*. Tarkaan ottaen kyseinen aineisto ei itsessään prekludoitu, vaan asianosaisen prosessitoimi aineiston suhteen: asianosainen menettää mahdollisuutensa vedota kyseiseen aineistoon myöhemmin samassa tai uudessa oikeudenkäynnissä.²⁸ Voidaan puhua prosessuaalisesta prekludoitumisesta erotuksena materiaalisesta prekludoitumiseen, joka tarkoittaa tietyn oikeuden lakkaamista (ainakin tietyissä suhteissa) eikä pelkästään sen prosessuaalista toteutettavuutta; realistisesta näkökulmasta ero ei kuitenkaan ole suuri.²⁹

Seuraavassa esitetään vertailumielessä joitakin huomioita prosessuaalisista prekludoitumista merkitsevistä säännöistä, joissa ei kuitenkaan ole ky-

²⁷ Ks. esim. Ekelöf V s. 38: »Sådana regler innebär – att försenade yrkanden och åberopanden skall avvisas av rätten.» Samansuuntaisesti Lappalainen s. 111 ja Virolainen s. 108. Esim. Hormia käyttää käsitettä laajemmassa merkityksessä, ks. Hormia 1988 s. 149. Kuten Hov s. 341 toteaa, preklusio rajoittaa asianosaisen oikeutta oikeudenkäyntiaineiston esittämiseen, joka hänellä muutoin olisi. Ks. myös Blomeyer s. 128: »Ausschluss mit Prozesshandlungen».

²⁸ Saksankielisessä terminologiassa »preklusio» käsittää yleensä kaikki prosessuaalisen prekludoitumisen tilanteet: »Präklusion bedeutet danach, dass einer Partei von einem Zeitpunkt an mit einer Prozesshandlung ausgeschlossen ist.», Otto s. 17; preklusiosta tässä tarkoitettussa suppeassa mielessä käytetään yleensä termiä »Zurückweisung». Ks. myös Oton systemaattista esitystä erilaisesta prosessia edeltävästä, sen sisäisestä ja ulkoisesta prekludoitumisesta, Otto s. 23 ss.

²⁹ Esimerkkinä materiaalisesta prekludoitumisesta mainittakoon tuntemattoman saatavan prekludoituminen julkisen haasteen myötä (VanhA 11 §). Prosessuaalisella tasolla ero näkyy ennen muuta siinä, että prosessuaalisesti (esim. oikeusvoiman vuoksi) prekludoitunutta oikeutta koskeva kanne on jätettävä tutkimatta, materiaalisesti prekludoitunutta oikeutta koskeva kanne taas hylättävä. Ks. näiden suhteista myös Lindell 1993 s. 81–92.

symys varsinaisesta preklusiosta tässä tarkoitettussa mielessä.³⁰ Jo aluksi voidaan todeta, että kaikkien oikeudenkäyntiaineiston prekludoitumista merkitsevien säännösten taustalla on – joko primaaristi tai ainakin sekundaarisesti – pyrkimys oikeudenkäynnin tai oikeudenkäyntien keskittämiseen laajassa mielessä: asianosainen pyritään saamaan esittämään kaiken aineiston yhdessä oikeudenkäynnissä ja sen mahdollisimman aikaisessa vaiheessa. Esimerkiksi oikeusvoiman prekludoivan vaikutuksen rationa on myös, että kaikki tiettyyn asiaan liittyvä aineisto, esimerkiksi vaihtoehtoiset kiistämisperusteet, esitetään yhdessä oikeudenkäynnissä.³¹

Preklusiosääntely – ja muu prosessuaalinen prekludoituminen – voidaan nähdä modernina vastineena vanhalle ns. *eventualiperiaatteelle* (Eventualmaxime).³² Eventualiperiaate merkitsi, että oikeudenkäynti oli jaettu kiinteisiin vaiheisiin, joissa asianosaisten piti esittää kaikki tietynlainen aineistonsa ja joiden päättymisen jälkeen kyseistä aineistoa ei enää saanut esittää. Ankarimmillaan asianosaisten oli esitettävä kaikki oikeudenkäyntiaineistonsa, kun hän käytti asiassa ensimmäisen kerran puhevaltaa. Järjestelmän tarkoitus oli keskittää ja nopeuttaa oikeudenkäyntejä – ratkaisujen materiaalisien oikeellisuuden kustannuksella – mutta vaikutus oli päinvastainen: asianosaisten kannatti joka vaiheessa esittää varmuuden vuoksi kaikki mahdollinen aineistonsa vastaisen varalle (»in eventum«), mikä kuormitti oikeudenkäyntejä. Nykyisin lähtökohtana on esittämismvapaus oikeudenkäynnissä ja oikeudenkäynnin vaiheistukseen pyritään eventualiperiaatetta huomattavasti lievemmillä preklusiosääntelyllä.³³

Dispositiivisiin prosessinedellytyksiin liittyy yksi oikeudenkäynnin sisäinen prekludoitumisnormi. Väite prosessinedellytyksen puuttumisesta on tehtävä silloin, kun vastaaja ensimmäisen kerran käyttää asiassa puhevaltaa eli

³⁰ Kuten Lappalainen toteaa (s. 111) »Ns. »luonnollisia« preklusioita liittyy prosessuaalisiin määräaikoihin». Ks. preklusion ja prosessuaalisten määräaikojen välisestä suhteesta myös Hov s. 341.

³¹ Modernina esimerkkinä mainittakoon ryhmäkanne, jonka ryhmän jäseniin ulottuvan oikeusvoiman tarkoituksena on keskittää useat yksittäiset riidat yhteen oikeudenkäyntiin, ks. OJL 1995:1 s. 17. Ks. myös Otto s. 18: »die Präklusion, bedient, um Rechtsstreitigkeiten zu beschränken, zu kanalisieren und einem Ende zuzuführen.«; ja edelleen mts. 149 ss, jossa Otto erottaa prekludoitumisen nopeuttamis-, keventämis-, suojaamis-, jäsentämis-, prejudisiaali- ja oikeusrauhafunktiot.

³² Ks. eventualiperiaatteesta esim. Munch-Petersen II s. 261 s, Skeie I s. 443 s, Kallweit s. 104 s, Jauernig s. 97 ja Fasching s. 337 s.

³³ Eventualiperiaatteen suhteesta preklusiosääntelyyn ks. esim. Baur s. 17 s ja Weth s. 132–137. Ks. myös SOU 1926:33 s. 7 ja 9 s.

normaalisti kirjallisessa vastauksessa (16:1.1).³⁴ Myöhemmin dispositiivista prosessinedellytystä koskeva väite on ehdottomasti prekludoitunut (16:1.2); laki ei tunne hyväksyttävää syytä, jonka perusteella väite voitaisiin esittää myöhemmin. – Joissakin tilanteissa myös prosessinedellytyskysymyksen ratkaiseminen saattaa edellyttää todistelua. Jos kyseessä on dispositiivinen prosessinedellytys, tätä koskeviin todisteisiin voitaneen soveltaa analogisesti samoja preklusionormeja (5:22 ja 6:9) kuin pääasiaakin koskevaan todisteluun.³⁵ Jos sen sijaan kyseessä on absoluuttinen prosessinedellytys, säännöt eivät sovellu, koska tuomioistuimen on selvitettävä edellytyksen olemassaolo viran puolesta ja hankittava siitä näyttöä (17:8:n, 5:22:n tai 6:9:n estämättä).³⁶

Oikeudenkäynnin sisäistä, pääasiaa koskevaa prekludoitumista merkitsee ns. *kanteenmuutoskielto*. Kanteen muuttamisella tarkoitetaan, että kantaja esittää uusia vaatimuksia tai perusteita oikeudenkäynnin aikana. Kanteen muuttaminen on riita-asiassa jo vanhastaan ollut lähtökohtaisesti kiellettyä, asian yksilöinnin ja vastaajan puolustautumismahdollisuuksien turvaamisen vuoksi: kanne on jätettävä tutkimatta siltä osin kuin sitä on luvottomasti muutettu (14:2.1).³⁷ Poikkeukset kanteenmuutoskieltoon luetellaan nimenomaisesti laissa (14:2.1:n 1–3 kohdat).³⁸ Kanteenmuutoskiellon suhteesta preklusiosääntelyyn voidaan todeta lyhyesti seuraavaa. Kanteenmuutoskielto on periaatteessa ennakkoluonteinen preklusioon nähden, koska kanteenmuutos-

³⁴ Väitettä ei sen sijaan enää tarvitse välttämättä tehdä »ennen pääasiaan vastaamista», vaan samassa vastineessa vastaaja voi myös tehdä asiaväitteitä.

³⁵ Jos dispositiivista prosessinedellytyskysymystä koskevien todisteiden ilmoittaminen uhkaa viivästyä, tuomioistuimella tulee olla käytettävissään 5:22:n mukainen uhka. Jos kysymyksen ratkaisemiseksi järjestetään poikkeuksellisesti (erillinen) pääkäsittely, tulee myös 6:9:ää voida soveltaa analogisesti. Muutoin vastaaja voisi merkittävästikin viivyttää prosessinedellytyskysymyksen ratkaisua. Vrt. Lindell 1993 s. 25.

³⁶ Toinen asia on, että tuomioistuimen ei pidä viran puolesta tutkia, onko jokainen mahdollinen ehdoton prosessinedellytys olemassa, vaan sen tulee tutkia kysymys vain, jos ilmenee syytä epäillä edellytyksen puuttumista, ks. Reinikainen 1958 s. 28 ja Tirkkonen Sp I s. 473.

³⁷ Ks. esim. HE 1959:33 s. 5 ja Tirkkonen Sp I s. 531–541.

³⁸ Kohtien 1 ja 3 poikkeukset ovat entisenlaisia (ns. välisattuma ja liitännäisvaatimus). Sen sijaan 2 kohta on uutuus: kantaja voi vaatia vahvistettavaksi ns. ennakkollisen oikeussuhteen, jonka selvittämistä asian muun osan ratkaiseminen edellyttää. Sääntelyn ratio on se, että kantaja saa tällöin oikeusvoimaisen ratkaisun kysymyksestä (esim. 24:6.1:n mukaisella välituomiolla) eikä pelkkää ennakkoluonteista kannanottoa (esim. 24:6.2:n mukaisella välituomiolla). Ks. tästä HE 1990:15 s. 102 s ja Lappalainen s. 211, 224 ja 227.

kielto määrittää asian identiteetin rajoja ja preklusio vaikuttaa näiden rajojen sisällä.³⁹

Kanteen muuttaminen tarkoittaa ennen muuta uusien vaatimuksien esittämistä. Kiellettyä kanteen muuttamista on kuitenkin myös uusiin perustesiin eli oikeustositseikkoihin vetoaminen aikaisempien vaatimusten tueksi, jos »asia sen johdosta muuttuu toiseksi» (14:2.3).⁴⁰ Keskeistä tässä yhteydessä on havaita, että pelkästään uuden todistusaineiston eli uusien todisteiden tai todistusteemojen esittäminen ei voi merkitä kanteen muuttamista. Kanteenmuutoskielto ei siis aseta estettä uusien todisteiden tai todistusteemojen ilmoittamiselle missä oikeudenkäynnin vaiheessa tahansa.⁴¹ Preklusio puolestaan koskee juuri muun muassa uusia todisteita. Edelleen voidaan todeta, että kanteenmuutoskielto koskee pelkästään kantajaa, preklusio myös vastaajaa. Kanteenmuutoskielto tulee voimaan heti asian tullessa vireille, preklusio vasta myöhemmin oikeudenkäynnin aikana. Preklusio ei koske tilanteita, joissa asianosaisella on ollut hyväksyttävä syy menettelyynsä, kanteenmuutoskielto taas on tässä mielessä ehdoton.

Oikeudenkäyntiaineiston prekludoitumisesta voidaan puhua paitsi saman oikeudenkäynnin sisällä, myös sen ulkopuolella, uudessa oikeudenkäynnissä. Lainvoimaisen tuomion (tai tuomioistuimen muun ratkaisun) *oikeusvoiman* prekludoivalla vaikutuksella tarkoitetaan, että asianosainen ei saa uudessa oikeudenkäynnissä vedota uuteen oikeudenkäyntiaineistoon, jos hän olisi voinut vedota siihen jo ensiprosessissa: tällainen kanne on jätettävä tut-

³⁹ Seuraamuksen kannalta on sinänsä samantekevää, onko uuteen seikkaan vetoaminen kiellettyä kanteen muuttamista vaiko 'vain' prekludoitunut: seurauksena on joka tapauksessa seikan tutkimatta jättäminen ko. oikeudenkäynnissä. Sen sijaan uudessa oikeudenkäynnissä seikkaan voidaan oikeusvoiman estämättä vedota edellisessä, muttei jälkimmäisessä tilanteessa. – On myös muistettava, että preklusio alioikeudessa koskee pelkästään dispositiivisia riita-asioita, kanteenmuutoskielto myös indispositiivisia.

⁴⁰ Kirjallisuudessa on keskusteltu siitä, onko 14:2.3:n säännöksellä enää merkitystä preklusiosääntelyn vuoksi, ks. Virolainen DL 1995 s. 344 av 20 ja Lindell 1993 s. 93. Sääntelyiden periaatteellinen ero on mielestäni merkittävä: kantaja ei voi mennä asian identiteetin ulkopuolelle edes pätevistä syistä. Ks. myös Olivecrona JFT 1954 s. 317 s. Sen sijaan 14:2.3:n tosiasiallinen merkitys pienenee sen vuoksi, että suuntaus on – osin juuri riita-asian valmistelun ja preklusiosääntelyn vuoksi – kohti laajempaa oikeusvoimaa ja vastaavasti suppempaa kanteenmuutoskieltoa.

⁴¹ Ks. myös Lappalainen Sp I s. 396 ja 410: »Jutun identiteetti pysyy muuttumattomana, toipa kantaja esiin kuinka paljon ja millaista uutta näyttöä hyvänsä.» – Eri asia on, että jos asianosainen ilmoittaa uuden todistusteeman, johon ei ole aiemmin vedottu, ilmoittaminen saattaa merkitä tuohon tosiseikkaan vetoamista oikeustositseikkana, jolloin kanteenmuutoskielto saattaa 14:2.3:n nojalla aktualisoitua.

kimatta (*res judicata*).⁴² Se, onko aineisto prekludoitunut vai ei, riippuu siitä, katsotaanko »asian» muuttuvan toiseksi tuon aineiston eli uusien vaatimusten tai perusteiden esittämisen vuoksi. Tässä yhteydessä on keskeistä havaita, että pelkästään uusi todistusaineisto ei voi merkitä asian muuttumista toiseksi oikeusvoiman kannalta; samaa kannetta ei saada tutkituksi uudelleen alioikeudessa pelkästään uusien todisteiden tai todistusteemojen vuoksi. Tässä mielessä voidaan kääntäen sanoa, että tuomion oikeusvoima prekludoi kaiken uuden todistusaineiston (ellei aineisto liity uuteen, asian identiteettiin muuttavaan seikkaan).

Sen sijaan uusi todistusaineisto saattaa johtaa siihen, että *ylimääräinen muutoksenhaku* menestyy, jolloin tuomion oikeusvoima 'murretaan'. Lainvoiman saanut tuomio riita-asiassa voidaan purkaa mm., jos vedotaan todisteeseen, jota ei aikaisemmin ole esitetty, ja sen esittäminen todennäköisesti olisi johtanut toiseen lopputulokseen (OK 31:7.1:n 3 kohta).⁴³ Asianosaisen on kuitenkin saatettava todennäköiseksi, ettei hän ole voinut vedota todisteeseen alioikeudessa tai varsinaisessa muutoksenhaussa tai että hän muutoin on pätevistä syistä ollut siihen vetoamatta (31:7.2); voidaan puhua preklusiosta ylimääräisessä muutoksenhaussa tai tarkemmin 'purkupreklusiosta'.⁴⁴ Tätä tulee soveltaa vähintään yhtä ankarasti kuin oikeudenkäynnin sisäistä preklusiota: jos todiste on prekludoitunut (eli se on prekludoitu tai se olisi prekludoitu, jos se olisi pyritty esittämään) oikeudenkäynnin sisällä, se on prekludoitunut myös ylimääräisessä muutoksenhaussa. Muu kanta johtaisi siihen, että asianosainen ei preklusion vuoksi voisi vedota uuteen todisteeseen varsinaisessa oikeudenkäynnissä, mutta voisi saada saman todisteen perusteella lainvoimaisen tuomion purettua.⁴⁵

Oikeusvoiman prekludoiva vaikutus ilmenee paitsi uudessa oikeudenkäynnissä, vastaavasti myös *täytäntöönpanossa*. Ulosottomenettelyssä velallinen ei voi menestyksellisesti torjua ulosottoa esim. maksuväitettä tukevalla uudella näytöllä, kuten kuitilla, joka kohdistuu lainvoimaisen tuomion antamista edeltävään aikaan; tällainen väite on jätettävä tutkimatta (UL 3:32a.1). Vastaavasti ulosottomies voi antaa osoituksen täytäntöönpanoriitakanteen nostamiseen vain, jos täytäntöönpa-

⁴² Välimaa on käyttänyt termejä »oikeusvoimapreklusio» ja »laiminlyöntipreklusio», Välimaa s. 10. Termit ovat mielestäni havainnollisia, mutta koska tässä tutkimuksessa tarkastelun kohteena on pelkästään ns. laiminlyöntipreklusio, siitä käytetään yksinkertaisesti nimitystä preklusio.

⁴³ Uusi todiste ei sen sijaan ole kanteluperuste, ks. Halila LM 1964 s. 18 s.

⁴⁴ Ks. siitä Lager 1972 s. 160–164. Carsin s. 173 mukaan sääntelyn taustalla on yhtäältä »sanningsprincipen», toisaalta »orubblighetsprincipen».

⁴⁵ Ks. myös Leppänen – Välimaa s. 116 s, Cars s. 175 ja Lindell 1993 s. 64 ss.

noa vastaan esitetään »lainvoimaisen tuomion antamisen jälkeen syntyneitä perusteita, joita ei ole tuomiolla ratkaistu» (UL 9:6.1:n 1 kohta).⁴⁶ Velallisen oikeussuojakeinona on tällöin ylimääräinen muutoksenhaku, lähinnä OK 31:7:n 3 kohta.

Kiistanalaisempaa ulosotto-oikeudessa on ollut, missä määrin velallinen voi torjua ulosoton väitteellä, joka kohdistuu lainvoimaa vaila olevan tuomion (UL 3:3 ja 7.1 §) antamista edeltävään aikaan: velallinen esim. esittää ulosottomenettelyssä uutta näyttöä (kuitin) siitä, että hän maksoi velan jo ennen muutoksenhaun alaisen käräjäoikeuden tuomion antamista.⁴⁷ Joka tapauksessa tällöin on mielestäni otettava huomioon preklusiosääntely varsinaisessa muutoksenhaussa: olisi epärationaalia, jos velallinen pystyisi torjumaan ulosoton, muttei vetoamaan uuteen todisteeseen hovioikeudessa (OK 25:17.1). Preklusioon hovioikeudessa täytyy olla varsin todennäköistä, ennen kuin väite voidaan pelkästään tällä perusteella hylätä ulosotossa.⁴⁸

7.3.2 Preklusiosäännöksistä yleensä

Säännökset oikeudenkäyntiaineiston preklusiosta otettiin oikeudenkäymiskaareen pääosin vasta siviiliprosessiuudistuksen yhteydessä ja ne liittyvätkin elimellisesti uuteen menettelyyn.⁴⁹ Säännökset, jotka merkitsevät oikeudenkäyntiaineiston preklusiota samassa oikeudenkäynnissä, voidaan systematisoida seuraavasti:

I preklusio alioikeusmenettelyssä (käräjäoikeusmenettelyssä):

- 1) valmistelussa (5:22);
- 2) pääkäsittelyssä (6:9 ja 14:2.2);

II preklusio (varsinaisessa) muutoksenhakumenettelyssä:

- 3) hovioikeudessa (25:17 ja 26:4.2 L:ssa 165/98);

⁴⁶ Ks. HE 1995:106 s. 48 s ja 68 s sekä Välimaa s. 9 vrt. Koulun 1997 s. 47–50. Vas-
taava koskee insolvenssimenettelyitä, ks. esim. konkurssin osalta KS 35a.2:n 2 kohta.

⁴⁷ Ks. Koulun 1997 s. 50–53 vrt. Välimaa s. 10–16.

⁴⁸ Ks. myös Koulun 1997 s. 53 ja Välimaa s. 15.

⁴⁹ Poikkeus on KKO:ta toisena muutoksenhakuasteena koskeva 30:7.1 (ja 12.1), joka otettiin lakiin samassa yhteydessä kun valituslupajärjestelmään siirryttiin, ks. HE 1978:106 s. 17 s ja Lager 1979 s. 18. Muutoin mihin tahansa uuteen oikeudenkäyntiaineistoon on riita-asiassa voitu vedota missä tahansa oikeudenkäynnin vaiheessa (muutoksenhakumääräaikojen rajoissa) ilman erityistä syytä viivästykselle (lukuunottamatta kanteenmuutoksiellon asettamia rajoituksia, jotka eivät siis koske todistusaineistoa): esim. uusia todistajia on voitu periaatteessa vapaasti nimetä vielä muutoksenhakuajana HO:ssa. – Preklusiosääntelyn käyttöönottoa on suositellut myös Euroopan neuvosto, ks. Council of Europe s. 8 ja 16 s.

- 4) korkeimmassa oikeudessa (30:7.1 ja 12.1); sekä
- 5) takaisinsaannissa yksipuoliseen tuomioon (12:17.1).

Kysymyksenasettelun mukaisesti tässä tutkimuksessa tarkastellaan lähemmin ainoastaan preklusiota alioikeusmenettelyssä (käräjäoikeusmenettelyssä) ja sitäkin vain todistusaineiston kannalta; preklusiosta muutoin esitetään seuraavassa ainoastaan eräitä vertailevia näkökohtia.

Uudessa hovioikeusprosessissa on voimassa paitsi uusien seikkojen ja todisteiden muutoksenhakupreklusio suhteessa käräjäoikeudessa esitettyyn (25:17 ja 26:4.2), myös hovioikeusprosessin *sisäinen* preklusio, koska hovioikeusprosessi jakautuu valmisteluun ja mahdolliseen suulliseen pääkäsittelyyn. Hovioikeusprosessin valmisteluvaiheessa voitaneen tarvittaessa antaa 5:22:n tarkoittama preklusiouhkainen kehoitus (26:7) ja hovioikeuden suullisessa pääkäsittelyssä on voimassa uusien seikkojen ja todisteiden lähtökohtainen preklusio suhteessa hovioikeuden valmistelussa ilmoitettuun (6:9 ja 26:25). Uusi todiste saattaa siis olla prekludoitunut hovioikeuden pääkäsittelyssä joko siksi, että se olisi pitänyt esittää jo käräjäoikeudessa, tai siksi, että siitä olisi joka tapauksessa pitänyt ilmoittaa hovioikeuden valmistelussa.⁵⁰

Kaikkien preklusiosäännösten sisältönä on, että asianosainen ei saa enää kyseisessä oikeudenkäynnin vaiheessa vedota uuteen oikeudenkäyntiaineistoon, ellei hänellä ole ollut pätevää syytä olla tekemättä sitä jo aikaisemmin. Asianosaista sanktoidaan siis siitä, että hän on laiminlyönyt esittää aineiston riittävän varhaisessa oikeudenkäynnin vaiheessa. Preklusiosääntelyn preventiivinen funktio on siten oikeudenkäynnin *keskittäminen* laajassa mielessä etupainoiseksi: preklusiouhalla pyritään saamaan asianosaiset esittämään kaiken oikeudenkäyntiaineistonsa jo alioikeudessa ja alioikeusmenettelyn sisällä jo sen valmisteluvaiheessa, jotta keskitetty pääkäsittely pystytään toimittamaan.⁵¹ Preklusio ei ole itsetarkoitus, vaan oikeudenkäynnin (pääkäsittelyn) keskittämisen väline.⁵² Lisäksi preklusion voidaan olettaa olevan varsin tehokas sanktio. Jos asianosainen laiminlyö velvollisuutensa, hän saattaa ottaa viime kädessä jutun häviämisen riskin.

⁵⁰ Jäljempänä preklusiolla HO:ssa tarkoitetaan muutoksenhakupreklusiota (25:17 ja 26:4.2) verrattuna KO:ssa esitettyyn; hovioikeusprosessin sisäinen preklusio jää tarkastelun ulkopuolelle (joskin sen osalta voidaan hakea johtoa alioikeuspreklusion osalta lausutusta).

⁵¹ Muutoksenhakupreklusiolla on merkitystä myös instanssijärjestyksen kannalta: muutoksenhaku on alioikeuden ratkaisun oikeellisuuden kontrollointia saman eikä uuden oikeudenkäyntiaineiston valossa.

⁵² »Die Zurückweisung ist nur notwendiges Übel für »kranke« Fälle.», Fuhrmann s. 8 s.

Toisaalta toteutettu, repressiivinen preklusio merkitsee, että jutun ratkaisusta saattaa tulla materiaalisesti virheellinen. Tuomio ei perustu kattavimpaan mahdolliseen oikeudenkäyntiaineistoon, vaan aineistoa on 'leikattu' oikeudenkäynnin keskityksen vuoksi. Tämä on preklusiosääntelyn keskeisin sisäinen jännite: yhtäältä preklusion todellinen uhka on tarpeen oikeudenkäynnin keskityksen ylläpitämiseksi ja toisaalta preklusion toteuttaminen yksittäistapauksessa merkitsee virheellisen tuomion riskin kasvamista. Uhan ylläpitämiseksi ei riitä pelkkien säännösten olemassaolo, vaan niillä on myös sovellettava yksittäistapauksissa.⁵³ Kun tähän vielä lisätään, että yleensä ei ole käytettävissä oikeudenkäyntien ulkopuolisia kriteereitä näyttöratkaisujen oikeellisuuden arviointiin, preklusion toteuttaminen yksittäistapauksissa pienentää myös ratkaisujen justifikaatiota. Preklusiosääntely on vaikeaa tasapainoilua näiden eri suuntaisten näkökohtien välillä.

Lainsäätäjä on pyrkinyt ratkaisemaan kysymyksen lähinnä kahdella tavalla.⁵⁴ Ensinnäkin alioikeuspreklusio koskee (OK 14:2.2:a lukuunottamatta) pelkästään dispositiivisia riita-asioita, koska niissä intressi ratkaisujen materiaalisesta oikeellisuudesta on pienin.⁵⁵ Toisaalta mentäessä ylöspäin instanssijärjestyksessä tarve uuden aineiston torjumiseen kasvaa. Hovioikeuspreklusio (25:17 ja 26:4.2) koskee periaatteessa kaikkia riita-asioita ja preklusio korkeimmassa oikeudessa (30:7.1 ja 12.1) myös rikosasioita.⁵⁶ Toiseksi preklusiosäännökset eivät missään vaiheessa ole absoluuttisia, vaan niissä on säännöksiin sisäänrakennettu poikkeus: uusi aineisto voidaan esittää, jos asianosaisella on ollut menettelyynsä *pätevä syy*.⁵⁷ Tasapainopisteen etsiminen on siis tämän edellytyksen myötä siirretty osittain lainkäyttäjälle, jonka

⁵³ Ks. myös Jauernig s. 98 ja Lindell 1993 s. 28: »Ju bättre den avskräckande sidan verkar desto mer sällan behöver den operativa sidan träda i funktion.»

⁵⁴ Ks. HE 1990:15 s. 27.

⁵⁵ Ruotsissa sen sijaan preklusio pääkäsitellyssä koskee periaatteessa sekä dispositiivisia että indispositiivisia asioita (RB 42:15); indispositiivisissa asioissa preklusion merkitys on kuitenkin vähäinen, koska tuomioistuimella on velvollisuus selvittää asiaa viran puolesta, ks. esim. Fitger RB s. 43:24.

⁵⁶ Hovioikeuspreklusion osalta ks. LaVM 1997:19 s. 12, vrt. HE 1997:33 s. 87 s, jossa esitetyn säännöksen mukaan hovioikeuspreklusio olisi koskenut ainoastaan dispositiivisia riita-asioita; perusteluissa puhuttiin kuitenkin vain »vähäisistä kielellisistä korjauksista». Sen sijaan hovioikeusprosessin sisäinen preklusio (5:22 ja 26:7 sekä 6:9 ja 26:25) koskee alioikeuspreklusion tavoin vain dispositiivisia riita-asioita. – Toinen asia on, että preklusiosääntelyn merkitys indispositiivisissa asioissa on joka tapauksessa pienempi, koska tuomioistuimen on huolehdittava viran puolesta esim. lapsen edusta. Ks. myös rikosprosessin osalta Jokela 1997 s. 188 ja 201 s.

⁵⁷ Jauernig s. 86 käyttää tästä termiä »gelockerte Eventualmaxime».

täytyy viime kädessä yksittäistapauksessa etsiä preklusion rajat. Lainkäyttäjälle asetettua tehtävää voidaan pitää varsin vaativana.

Tässäkin yhteydessä on syytä kiinnittää huomiota dispositiivisissa asioissa esiintyviin ns. *indispositiivisiin seikkoihin*, joiden olemassaolon tuomioistuimien ottaa viran puolesta huomioon: on syytä kysyä, koskeeko alioikeuspreklusio myös niitä. Voiko esimerkiksi vastaaja vedota vapaasti vasta pääkäsittelyssä siihen, että jokin erityinen vanhentumisaika on kulunut, tai esittää vapaasti uusia todisteita valmistelussa tekemänsä vanhentumisväitteen tueksi? Jos seikan ottaminen huomioon ei lainkaan edellytä asianosaisen vetoamista, myöskään preklusiosääntely ei voine koskea seikkaan vetoamista, koska tuomioistuimen on joka tapauksessa otettava seikka viran puolesta huomioon.⁵⁸ Jos edelleen jokin intressi on katsottu tällaisen seikan kohdalla niin painavaksi, että seikan olemassaolo otetaan viran puolesta huomioon, niin myöskin uusien todisteiden esittäminen seikan tueksi vielä pääkäsittelyssä lieene preklusiosääntelyn estämättä mahdollista. Tuomioistuimien voisi hankkia todisteita seikasta myös viran puolesta. Joka tapauksessa myös tällaisia seikkoja koskevat todisteet on pyrittävä ilmoittamaan jo valmistelussa.

Ruotsalaisessa HD:n tapauksessa *NJA 1995 s. 41* preklusiosääntelyä sovellettiin hovioikeudessa asianomistajan rikosjutussa esittämään vahingonkorvausvaatimukseen, kun muutosta oli haettu ainoastaan vahingonkorvauksen osalta. Jos muutosta olisi haettu myös rangaistusvastuun osalta, preklusiosääntelyn soveltaminen pelkästään vahingonkorvaukseen ei ilmeisesti olisi ollut käytännössä mahdollista.⁵⁹ HD toteaa mm., että rikosjutun yhteydessä ajatun vahingonkorvauksen osalta pätevää syytä täytyy arvioida toisenlaista taustaa vasten kuin dispositiivisissa riita-asioissa. Toisin kuin HovR, HD sallii uusien todisteiden esittämisen mm. sillä perusteella, että ilman avustajaa toimineen A:n oli ollut vaikea ymmärtää todistelun kannalta eroa virallisen syyttäjän syytteen ja oman vahingonkorvausvaatimuksensa välillä.

Kysymys preklusiosääntelyn soveltamisesta »soveltuvin osin» hakemusasioissa (HakKäsL 20.1 §) on aiheuttanut epäselvyyttä. *Koulun*

⁵⁸ Luonnollisesti tuomioistuimen on pyrittävä pitämään huolta siitä, että myös tällainen seikka otetaan esille jo valmisteluvaiheessa. Ks. myös Lappalainen s. 113 av 130 ja Virolainen s. 238 sekä Ekelöf V s. 39 av. 96.

⁵⁹ *Lappalaisen* (1986 s. 429) mukaan yleinen todistusoikeudellinen sääntö adheesio-prosessissa on, että siltä osin kuin todistusteemalla ei ole relevanssia jutun rikosoikeudellisen puolen selvittelyssä, noudatetaan siviiliprosessuaalisia todistelunormeja. Vrt. *NJA 1990 s. 231*, jossa preklusiosääntelyn ei katsottu soveltuvan, kun vahingonkorvauskannetta ajettiin rikoksen perusteella ja uusilla kirjallisilla todisteilla esitettiin selvitystä pelkästään tuosta rikoksesta. Ratkaisu on mielestäni kestävä, koska kysymys oli rikoksesta pelkästään dispositiivisen vahingonkorvausvelvollisuuden perusteena. Ks. myös Lindell 1993 s. 129.

mukaan sääntelyä, ennen muuta 5:22:ää voidaan soveltaa asiasta riippuen.⁶⁰ Ratkaisussa *KKO 1997:23* katsottiin, ettei valittajalla ollut yksityishenkilön velkajärjestelyä koskevassa hakemusasiasa oikeutta vedota HO:ssa muihin seikkoihin ja todisteisiin kuin niihin, jotka oli esitetty alioikeudessa. Oikeusohje soveltunee laajemminkin hakemusasioihin, koska KKO:n perustelujen mukaan OK 25:14.2:n (L:ssa 1052/91, nykyisin 25:17.1:n L:ssa 165/98) »kieltoa on sovellettava myös haettaessa valittamalla muutosta hakemusasiasa tehtyyn ratkaisuun.» Samoin ratkaisussa *KKO 1997:109* säännöstä sovellettiin yksityishenkilön velkajärjestelyasiassa.

Ennen alioikeuspreklusioon menemistä on syytä todeta preklusiosta (varsinaisessa) *muutoksenhaussa* ainoastaan se olennainen seikka, että preklusioon täytyy olla muutoksenhaussa vähintään yhtä laajaa kuin alioikeusvaiheessa.⁶¹ Muutoin asianosainen pystyisi välttämään preklusioon esittämällä alioikeudessa jo prekludoituneen aineiston muutoksenhakuasteessa, mikä olisi preklusiosääntelyn ration eli oikeudenkäynnin etupainoisen keskittämisen vastaista.⁶² Tätä kautta preklusiosääntely myös tehostaa instanssijärjestyksen periaatetta.

Alioikeusmenettelyssä OK 5:22:n tai 6:9:n nojalla prekludoituneeseen aineistoon ei siten voida vedota enää myöskään muutoksenhakuasteessa. Ensinnäkin, jos käräjäoikeus on päättänyt jättää uuden aineiston prekludoituneena tutkimatta, aineistoa ei voida tutkia myöskään muutoksenhakuasteessa, ellei muutoksenhakutuomioistuimien muutoksenhaun johdosta pidä alioikeuden päätöstä tältä osin virheellisenä. Toiseksi, jos aineisto pyritään esittämään vasta muutoksenhakuasteessa, asianosaisella ei yleensä voi olla pätevää syytä esittää aineistoa vasta tuolloin, jos aineisto olisi ollut prekludoitunut jo käräjäoikeudessa.⁶³ Mitä myöhemmin instanssijärjestyksessä uutta

⁶⁰ Ks. Koulu JFT 1995 s. 71 s.

⁶¹ Samoin HE 1990:15 s. 69, Lappalainen s. 115, SOU 1938:44 s 449, Prop 1983/84:78 s. 36 ja Gärde ym. s. 623. Vrt. Asianajajaliitto DL 1992 s. 991 s, jonka mukaan uuden näytön esittämisen tulisi varauksettomasti olla mahdollista hovioikeudessa.

⁶² Kansainvälisesti tällainen järjestelmä ei kuitenkaan olisi aivan poikkeuksellinen: Tanskassa asianosaiset voivat vapaasti esittää uusia todisteita muutoksenhaussa, ks. Bet 1973:698 s. 30, Gomard s. 541 ja Smith s. 193. Norjassa preklusio on instanssikohtainen, ks. Hov s. 349. Saksassa taas asianosainen ei saa muutoksenhaussa esittää aineistoa, jonka alioikeus on päättänyt jättää tutkimatta; sääntelyn rationaalisuus on kyseenalaistettu sen vuoksi, ettei se koske aineistoa, jota asianosainen ei ole edes yrittänyt esittää alioikeudessa, ks. Fuhrmann s. 130 s ja 146 s.

⁶³ Vasta muutoksenhakuvaiheessa asianosaisella on tiedossaan käräjäoikeuden tuomio näytön arviointeinen; kysymyksestä, missä määrin tämä voi oikeuttaa uuden näy-

aineistoa pyritään esittämään, sitä epätodennäköisemmin asianosainen yleensä pystyy esittämään pätevän syyn sille, että hän ei ole vedonnut aineistoon jo aiemmin.⁶⁴

Preklusiosäännökset koskevat paitsi uusia todisteita, myös uusia seikkoja. Lisäksi OK 5:22 koskee sanamuotonsa mukaan uusia »vaatimuksia», miltä osin sääntelyä voidaan pitää ongelmallisena. Ensinnäkin preklusiouhkaisten kehotuksen antaminen valmistelussa vaatimusten ilmoittamiseksi voisi olla vain harvoin tarpeen: jotta juttu ylipäätään voi edetä jatkovalmisteluun saakka, kantajan täytyy esittää jo haastehakemuksessa (5:2.1:n 1 kohta vrt. 6.1 §) ja vastaajan vastauksessa (5:10.1:n 1 kohta vrt. 13.1 §) yksilöidyt vaatimuksensa. Toisaalta uusien vaatimusten prekludoiminen jo valmistelussa olisi varsin ankara sanktio, joka kasvattaisi olennaisesti väärän päätöksen riskiä. OK 5:22:ssä ei ole vastaavia poikkeuksia kuin 14:2:ssä, joten uusi vaatimus saattaisi olla 5:22:n mukaan prekludoitunut valmistelussa, vaikka se voitaisiinkin kanteenmuutoskiellon estämättä esittää.⁶⁵

Hallituksen esityksen perusteluissa lausutaankin, että »pykälän mukainen uhka ei koske vaatimuksen esittämistä», ja viitataan sen sijaan kanteenmuutoskieltoon; vaatimus mainitaan kuitenkin nimenomaisesti esityksen lakitekstissä.⁶⁶ Lappalainen ohittaa tällä perusteella lain sanamuodon: »Oletettavaa on, että lainsäätäjän »oikea» tahto ilmenee perusteluista ja että lakitekstiin on pujahtanut harmillinen virhe.»⁶⁷ Möller sen sijaan on päinvastaisella kannalla.⁶⁸ Virolainen puolestaan katsoo, että OK 5:22:n mukainen kehoitus voi koskea myös vaatimusten ilmoittamista, mutta kysymystä uuden

tön esittämiseen vasta hovioikeudessa ks. HE 1990:15 s. 126 ja Heuman SvJT 1993 erit. s. 262 ss.

⁶⁴ Ks. myös Liljenfeldt DL 1995 s. 256, Prop. 1988/89:95 s. 45 ja Lindell 1993 s. 28. Esim. Ruotsissa HD:n julkaistut ratkaisut koskevat preklusiota muutoksenhaussa. Tästä voitaneen päätellä, että alioikeusvaiheessa preklusioon suhtaudutaan lievemmin. – Takaisinsaannissa yksipuoliseen tuomioon asian käsittely jatkuu siitä, mihin se aiemmin jäi: tämän vuoksi asiassa ei voida ottaa huomioon sellaista, mitä 5:22:n ja 6:9:n nojalla ei olisi voitu ottaa huomioon siinä käsittelytilaisuudessa, missä yksipuolinen tuomio annettiin (12:17.1), ks. HE 1990:15 s. 97; jos siis esim. yksipuolinen tuomio annettiin vasta pääkäsittelyssä, uuteen todisteeseen ei ilman pätevää syytä voida vedota myöskään takaisinsaantiprosessissa. Ks. myös NJA 1992 s. 139 ja Lindell 1993 s. 393–396.

⁶⁵ Asianosaisella saattaisi kuitenkin tällöin olla 5:22:n tarkoittama pätevä syy.

⁶⁶ Ks. HE 1990:15 s. 68 vrt. s. 137 (5:23). Ks. myös Prop 1983/84:78 s. 36 ja 77 sekä Hellners s. 850.

⁶⁷ Lappalainen s. 115 av 136. Ks. myös Jokela LM 1994 s. 158.

⁶⁸ Ks. Möller LM 1994 s. 983: »ns. lainsäätäjän »oikea» tahto kyllä ilmenee lakitekstistä. Sitä vastoin on perusteluihin »pujahtanut harmillinen virhe.»

vaatimuksen prekludoitumisesta on arvioitava OK 14:2:n nojalla.⁶⁹ Kanta vaatimusten jäämisestä OK 5:22:n mukaisen preklusion ulkopuolelle on mielestäni asiallisesti perusteltu, mutta on ongelmallista, voidaanko uuden lain sanamuoto ohittaa tällä perusteella. Preklusiouuhkaa ei tulisi lainkaan käyttää vaatimuksiin nähden.⁷⁰

Joka tapauksessa kantajan vaatimuksia koskee OK 14:2.2:n preklusiosäännös: jos säännöksen 1 momentin 2 tai 3 kohdassa tarkoitettu, kanteenmuutoskiellon estämättä sallittu uusi vaatimus tehdään vasta pääkäsittelyssä, vaatimus on jätettävä tutkimatta, »jos sen tutkiminen viivyttää asian käsittelyä». Säännös soveltunee analogisesti kanteesta (osittain) luopumisen peruuttamiseen vasta pääkäsittelyssä.⁷¹ Sen sijaan OK 14:2.1:n 1 kohdan tarkoittama, jälkisattumukseen perustuva uusi vaatimus voidaan esittää säännöksen estämättä myös vasta pääkäsittelyssä.⁷² On syytä huomata, että 14:2.2:n preklusiosäännös ei salli uuden vaatimuksen esittämistä pääkäsittelyssä yksin sen perusteella, että kantajalla on ollut pätevä syy olla esittämättä vaatimusta vielä valmistelussa; olennaista on vain, että vaatimuksen tutkiminen viivyttäisi asian käsittelyä.

’*Seikkojen*’ preklusio on laajatahoinen kysymys, jolla on heijastusvaihtokuituksia muun muassa oikeusvoimaoppiin.⁷³ Tässä yhteydessä todettakoon ainoastaan, että preklusio koskee vaatimusten uusia perusteita eli vaatimusten tueksi vedottuja oikeustositseikkoja, ei sen sijaan niiden uutta juridista kvalifiointia.⁷⁴ On kuitenkin syytä muistaa tosiseikkojen ja niiden oikeudel-

⁶⁹ Ks. Virolainen DL 1995 s. 344 av 19.

⁷⁰ Ratkaisussa *Kouvola HO 27.9.1995 nro 1977* (lainv.) puhutaan A:n vasta valituksessa tekemän sovitteluvaatimuksen tutkimattajättämisestä OK 25:14.2:n nojalla. Tarkkaan ottaen kysymys lienee kuitenkin ollut siitä, että A vaati kannetta (osittain) hylättäväksi HO:ssa myös sovitteluperusteilla, jolloin siis vaatimukset olivat pysyneet samoina, mutta hylkäämisvaatimuksen perusteita oli laajennettu.

⁷¹ Ongelmallisempi kysymys on, onko säännöksen ilmaisema oikeusohje sovellettavissa analogisesti vastaajaan, jos tämä peruuttaa kanteen (osittaisen) myöntämisen vasta pääkäsittelyssä. Ks. arg. KKO 1993:57, vrt. Virolainen LM 1993 s. 1065 s.

⁷² Jälkisattumus on kuitenkin tällöin uusi oikeustositseikka, joka on 6:9:n preklusiosääntelyn alainen.

⁷³ Ajateltakoon esim. vaihtoehtoista kanneperustetta, johon kantaja ei enää pääkäsittelyssä saa vedota ilman pätevää syytä (6:9): vanhan kannan mukaan kantaja voisi kuitenkin oikeusvoiman estämättä nostaa sen perusteella uuden kanteen, ks. Tirkkonen Sp II s. 290 s vrt. nykyisin Ekelöf – Boman II s. 137, Ekelöf ym. III s. 118 ss, Möller JFT 1995 erit. s. 140 ss, Virolainen DL 1990 s. 576 s ja Lappalainen Sp I s. 382 s.

⁷⁴ Ks. myös Koulou JFT 1995 s. 72 ja Hellners s. 858, vrt. Lindell 1993 s. 292 ss. Tapauksessa *KKO 1996:148* takaisinsaantikanne oli ratkaistu TakSL:n mukaan. KKO katsoi käsittelyratkaisussaan, että valittaja ei ollut vedonnut OK 30:7.1:ssä tarkoitettuun

lisen arvostelun erottelun vaikeus, minkä vuoksi edellä jaksossa 4.1.2 on suositeltu ns. funktionaalista mallia. Tähän sovellettuna kysymys siitä, onko kyseessä uuteen 'seikkaan' vetoaminen vai pelkkä uusi juridinen luonnehdinta, tulee ratkaista rajanvetotilanteessa viime kädessä preklusiosääntelyn funktion perusteella eikä pyrkimällä tosiseikkojen ja niiden juridisen kvalifioinnin jäännösksettömyyden käsitteelliseen erotteluun.⁷⁵ Toisaalta joissakin tilanteissa kysymys saattaa olla niin vähäisistä tosiseikkojen tarkennuksista, ettei asianosaisen voida katsoa vedonneen kokonaan uuteen seikkaan.⁷⁶

Suhteessa väittämistaakkaan oikeustositseikan preklusio on toissijainen ja suhteessa todistustaakkaan ensisijainen kysymys. Ensinnäkin kysymys siitä, onko tietty oikeustositseikka prekludoitunut, kun siihen ei ole vedottu riittävän ajoissa, aktualisoituu luonnollisesti vasta, kun oikea asianosainen on seikkaan asianmukaisesti – joskin liian myöhään – vedonnut: esimerkiksi kysymys seikan prekludoitumisesta pääkäsittelyssä 6:9:n mukaan ei ole relevantti ennen kuin asianosainen on seikkaan pääkäsittelyssä vedonnut. Jos taas seikan tällöin katsotaan prekludoituneen, se koituu vastaavasti sen asianosaisen vahingoksi, jolla on seikasta väittämistaakkaa.⁷⁷ Vastaavasti kysymys siitä, onko seikka näy-

uuteen seikkaan, kun hän oli vaatinut, että asiassa oli mainitun lain sijasta sovellettava sitä ennen voimassa olleita KS:n määräyksiä, koska tuomioistuimien oli viran puolesta velvollinen soveltamaan asiassa oikeaa lakia ja valittajalla oli oikeus esittää käsityksensä sovellettavasta laista. – Preklusio koskee myöskin kuittausta asiaväitteestä, ks. Lappalainen s. 222 av 57. Vrt. aiemman lain kannalta Halila 1961 s. 172 ja 207 ss.

⁷⁵ Mainittakoon esimerkkinä vahingonkorvauskanne, jossa kantaja on valmistelussa vedonnut tiettyyn konkreettiseen tapahtumien kulkuun, esimerkiksi siihen, että hänelle on aiheutunut vahinkoa vastaajan räjäytystöistä, ja katsonut vastaajan olevan vastuussa vahingosta ns. ankan vastuun perusteella. Jos kantaja pääkäsittelyssä katsoo samojen tapahtumien osoittavan myös, että vastaaja menetteli tuottamuksellisesti, vetoaako hän uuteen seikkaan preklusiosäännösten tarkoittamassa mielessä? »Tuottamus» ei tällöin ole konkreettinen tosiseikka, vaan jo valmistelussa vedottujen tosiseikkojen uusi oikeudellinen arvostelma. Preklusiosääntelyn ratio eli pääkäsittelyn keskitys saattaa kuitenkin edellyttää, että tuottamus katsotaan uudeksi seikaksi, joka on lähtökohtaisesti prekludoitunut.

⁷⁶ Ruotsissa preklusiosääntelyn tarkoittamien seikkojen rajanvedosta yhtäältä niiden juridiseen kvalifikaatioon ja toisaalta niiden »momenteihin» on syntynyt runsas oikeuskäytäntö, ks. uusimmista ratkaisuksista esim. NJA 1996 s. 52, 1988 s. 161, 1987 s. 243 ja 766 sekä 1984 s. 420. Käytäntöä on tarkastellut kriittisesti Lindell 1993 s. 232–240 ja 270–301, joka katsoo, että myös uuden juridisen kvalifioinnin, ei sen sijaan juridisen argumentoinnin pitäisi voida prekludoitua.

⁷⁷ Lindell sen sijaan nähdäkseni astuu jossakin määrin harhaan asettaessaan kysymyksen muodossa, seuraako preklusio väittämisen- vai todistustaakan jakoa, ja päätyessään siihen, että se seuraa väittämistaakkaa, Lindell 1993 s. 194–196. Kysymys on näh-

tetty riittävästi toteen, aktualisoituu vasta, kun seikkaan on asianmukaisesti vedottu ja on todettu, että seikka ei ole prekludoitunut.

Yksi tärkeä kysymys on vielä syytä asettaa: voidaanko »seikkoja» koskevia preklusiosäännöksiä soveltaa (oikeustosi)seikan *tunnustamisen peruuttamiseen* eli seikan liian myöhään tapahtuvaan kiistämiseen? Seikan olemassaolon kiistämistä ei voitane käsitteellisesti pitää seikan negaatioon vetoamisena, etenkin kun Suomessa ei tunneta kiistämistaakkaa. Tällainen käsitteellinen argumentaatio ei kuitenkaan voine olla ratkaisevaa. Preklusiosääntelyn ratio edellyttäisi analogista soveltamista, koska nimenomainen tunnustaminen tekee todistelun tarpeettomaksi dispositiivisessa riita-asiaassa (17:4.1). Jos asianosainen kiistää vasta pääkäsittelyssä seikan, jonka hän on tunnustanut valmistelussa, todistelu seikasta tulee tarpeelliseksi vasta pääkäsittelyssä, mikä vaarantaa sen keskityksen: vastapuolelle on tällöin varattava mahdollisuus näytön ja asianosaiselle vastanäytön esittämiseen.

Katsoisin siten analogisen soveltamisen olevan mahdollista.⁷⁸ Pätevän syyn kynnys tulee kuitenkin asettaa tällaisessa tilanteessa tavanomaista matalammalle: asianosainen on saattanut valmistelussa perustellusti pitää totena jotakin seikkaa, joka kuitenkin osoittautuu pääkäsittelyssä esitetyn näytön valossa vääräksi. Tunnustamisen peruuttamisen preklusio merkitsee, että tunnustaminen säilyttää sitovan vaikutuksensa dispositiivisessa riita-asiaassa (17:4.1). Jos taas asianosaisella on pätevä syy peruuttaa tunnustamisensa, tunnustamisella on edelleen merkitystä näyttönä (ibid).

Kysymys on ollut esillä Ruotsin oikeuskäytännössä tapauksessa *NJA 1975 s. 603*. Toimeksiantoon perustuvaa vahingonkorvausta koskeneessa jutussa oli TR:n tuomion mukaan ollut asianosaisten kesken riidatonta, että toimeksiantaja oli tiettyinä päivinä vastaanottanut lopullisen tilityksen toimeksiannosta. Toimeksiantaja väitti kuitenkin vasta hovioikeudessa, että vastaanotettua tiliä ei voitu pitää lain tarkoittamana lopputilinä. HD katsoi, että toimeksiantaja oli tällöin vedonnut uuteen seikkaan, mitä ei sallittu. Tanskalaisessa tapauksessa *UfR 1991.153 H* preklusiosäännöksiä sovellettiin, kun vastaaja oli pääkäsittelyssä kiistänyt vahingonkorvauksen määrän, jonka hän oli valmistelussa tunnustanut.

däkseni kuitenkin yksinkertaisesti siitä, että preklusio koituu sen asianosaisen tappioksi, joka seikkaan yrittää turhaan vedota eli jolla on siitä väittämistaakka. Jos seikkaan vetoaa pelkästään vastapuoli, kysymys preklusiosta ei aktualisoidu.

⁷⁸ Samoin Ekelöf IV s. 73 av 44, Ekelöf – Boman IV s. 52 av 44 ja Rättsmedlen s. 49, Fitger RB s. 35:57, Lindell 1993 s. 366 ja Heuman JT 1993–94 s. 613; Saksassa Rosenberg ym. s. 384 ja Weth s. 70.

7.3.3 Periaatteellisia näkökohtia uusien todisteiden preklusiosta käräjäoikeusmenettelyssä

Suomen nykyisessä siviiliprosessissa käräjäoikeudessa preklusiosääntely kytkeytyy suoraan oikeudenkäynnin kahtiajakoon valmisteluun ja pääkäsittelyyn. Kuten edellä luvuissa 5 ja 6 on esitetty, asianosaisen on valmistelussa ilmoitettava kaikki todisteet, jotka hän haluaa pääkäsittelyssä esittää, ja mitä hän aikoo niillä näyttää toteen (5:21.1); vastaavasti tuomioistuimen on huolehdittava siitä, että todisteet ja niiden todistusteemat tulevat valmistelussa selvitettyiksi (5:19:n 3 kohta). Tämän todistelun valmistelun pääfunktiona on, että todisteet voidaan ottaa pääkäsittelyssä vastaan keskitetysti ja välittömästi, minkä on katsottu antavan parhaat edellytykset todistusharkinnalle. Uusien todisteiden esittäminen vasta pääkäsittelyssä merkitsisi sen keskityksen olennaista vaarantumista. Vastapuolelle olisi yleensä varattava tilaisuus vastanäytön esittämiseen, mikä normaalisti edellyttäisi pääkäsittelyn lykkäämistä (6:10.1:n 2 kohta).

Tämän mukaisesti todistusaineiston alioikeuspreklusiota koskevassa perussäännöksessä, OK 6:9:ssä säädetään mm., että asianosainen ei saa dispositiivisessa riita-asiassa pääkäsittelyssä vedota sellaiseen todisteeseen, johon hän ei ole vedonnut valmistelussa, ellei asianosainen saata todennäköiseksi, että hänen menettelynsä johtuu pätevästä syystä ('todistusaineiston preklusio pääkäsittelyssä'). Suomen alioikeusmenettelyn keskeisin vedenjakaja on siten *valmistelun ja pääkäsittelyn välinen raja*. Säännöksen mukaan pääkäsittelyssä asianosainen ei pääsääntöisesti enää saa vedota uuteen todisteeseen. Todisteen esittäminen voidaan kuitenkin pääsäännöstä poiketen sallia, jos asianosainen pystyy saattamaan todennäköiseksi pätevän syyn menettelylleen. Sen sijaan valmistelun loppuun saakka asianosainen voi normaalisti vapaasti ilmoittaa uusia todisteita.

Yksi olennainen rakenteellinen ero pohjoismaisen ja keski-eurooppalaisen siviiliprosessin välillä on juuri siinä, että Pohjoismaissa preklusio *kytkeytyy suoraan* valmistelun ja pääkäsittelyn väliseen rajaan, Saksassa ja Itävallassa sen sijaan ei.⁷⁹ Vastaavasti Saksassa ja Itävallassa menettely ei yhtä selvästi jäsennny valmisteluun ja pääkäsittelyyn kuin Pohjoismaissa. Saksassa ja Itävallassa alioikeusmenettelyä jännevoitetaan yhtäältä tuomioistuimen asianosaisille asettamilla määräajoilla⁸⁰ ja toisaalta asianosaisille asetetulla yleisellä velvollisuudella asian-

⁷⁹ Ks. myös Roth s. 288 s. Preklusio kytkeytyy suoraan valmistelun ja pääkäsittelyn väliseen rajaan myös Englannissa ja Yhdysvalloissa, ks. Andrews s. 110 s sekä James – Hazard s. 269 s, Sinclair s. 431 ja Kane s. 154 s.

⁸⁰ Ks. myös Bruns s. 226 s.

mukaiseen prosessaamiseen. Itävallassa muuhun kuin tuomioistuimen asettamaan määräaikaan kytkeytyvä preklusio on mahdollinen vain, jos uusi aineisto on esitetty ilmeisesti viivytystarkoituksessa vasta tuoloin ja aineiston vastaanottaminen merkitsisi huomattavaa viivytystä (ÖZPO § 179). Tämä edellytys ei täyty helposti yksittäistapauksessa.⁸¹

Saksassa preklusiosääntelyä tehostettiin vuoden 1976 menettelyuudistuksessa.⁸² Myös Saksassa sääntely jakautuu toisaalta tuomioistuimen asettamaan määräaikaan, toisaalta yleiseen huolellisen prosessaamisen velvollisuuteen (»allgemeine Prozessförderungspflicht«, ZPO § 282.1) kytkeytyvään preklusioon.⁸³ Alioikeuspreklusio edellyttää, 1) että asian ratkaisu muutoin viivästyisi ja 2) a), jos asianosainen viivästyy tuomioistuimen asettamasta määräajasta, että asianosainen ei saata todennäköiseksi hyväksyttävää syytä tälle (ZPO § 296.1 ja 3), tai b), jos kysymys on muusta, yleisen huolellisuusvelvollisuuden vastaisesta menettelystä, viivytys perustuu asianosaisen törkeään laiminlyöntiin (ZPO § 296.2). Edellisessä tilanteessa todistustaakka on siis asianosaisella, joskin näyttövaatimusta on alennettu, ja lieväkin tuottamus riittää, kun taas jälkimmäisessä edellytetään asianosaisen törkeän tuottamuksen näyttämistä. Edellinen säännös on obligatorinen, jälkimmäinen fakultatiivinen.⁸⁴

Pohjoismaissa preklusio kytkeytyy normaalisti suoraan valmistelun päättämiseen. Keskeisiä eroja on kuitenkin ennen muuta sen suhteen, mitä preklusio tai siltä välttyminen edellyttää: yleisesti voidaan sanoa, että kehitys on kulkenut subjektiivisesta *dolus determinatus*-tyyppisestä rekvisiitasta kohti melko objektiivisia 'oikeuttamisperusteita'. Vanhinta 'kerrostumaa' edustaa *Norja*, jossa preklusiosäännöksiä ei muista pohjoismaista poiketen ole uudistettu vuoden 1915 Tml:n säätämisen jälkeen. Preklusio pääkäsitellyssä edellyttää, 1) että aineistoa ei ole esitetty heti, kun siihen on ollut aihetta, ja 2) että tämä on tapahtunut viivytys- tai yllätystarkoituksessa tai että vastapuoli vaatii preklusiota ja asia viivästyisi muutoin huomattavasti (Tml § 189 (uudet todisteet) ja § 335 (uudet seikat)). Säännöksiä voidaan soveltaa pääkäsitellyssä myös, jos aineisto esitettiin liian myöhään valmistelussa.⁸⁵

⁸¹ Ks. Holzhammer s. 135 ja 252–254 sekä Fasching s. 339 s ja 433 s.

⁸² Aiemmin ongelmaksi nähtiin Saksassa mm. juuri preklusiosääntelyn tehottomuus, ks. Baur s. 10–13. Baur ehdotti valmistelun päättymiseen kytkeytyvää lähtökohtaista preklusiota, ks. Baur s. 17, mikä ei kuitenkaan toteutunut. Aikaisemmasta Saksan preklusiosääntelyn tehostamishistoriasta ks. Otto s. 37 ss, erit. s. 43 s ja Kallweit s. 13 ss.

⁸³ Asianosaisten huolellisuusvelvollisuuden ja preklusion välisestä suhteesta ks. erit. Kallweit s. 24 ss.

⁸⁴ Ks. yleisesti esim. Bender ym. s. 43–52, Rosenberg ym. s. 380–385 ja Jauernig s. 97–101.

⁸⁵ Ks. Skeie I s. 455, Eckhoff s. 104 s, Schei II s. 234 ja Hov s. 345 s. Ks. myös Schei II s. 22 s säännösten soveltamisesta valmistelussa, mikä edellyttää pääsääntöisesti asianosaisen tahallisuutta tai törkeää tuottamusta.

Norjassa preklusiota on käytetty ja suositeltu käytettävän varovasti.⁸⁶

Tanskan preklusiosäännökset uudistettiin vuoden 1979 menettelyuudistuksessa.⁸⁷ Preklusio kytkeytyy nykyisin ex lege valmistelun ja pääkäsittelyn väliseen rajaan. Lähtökohtaisesta preklusiosta on melko objektiivisesti arvioitavia poikkeuksia: 1) sitä, ettei aineistoa ole esitetty ennen pääkäsittelyä, voidaan pitää anteeksiannettavana; 2) vastapuolella on riittävät mahdollisuudet valvoa etujaan ilman pääkäsittelyn lykkäämistä tai 3) preklusio saattaisi merkitä suhteetonta menetystä asianosaiselle (Rpl § 357 ja 363).⁸⁸

Ruotsin nykyiset preklusiosäännökset (RB 43:10 ja 42:15) ovat olleet esikuvina suomalaisille säännöksille. Preklusioon edellytyksissä on kuitenkin olennainen ero: preklusio käräjäoikeuden pääkäsittelyssä edellyttää Ruotsissa vielä vuoden 1987 tehostamisen jälkeenkin, että asianosaisen voidaan olettaa yrittävän viivyttää oikeudenkäyntiä tai yllättää vastapuolen taikka että asianosainen muutoin toimii sopimattomassa tarkoituksessa tai törkeästi huolimattomuudesta.⁸⁹ Todistustaakkaa ei siis ole säilytetty asianosaiselle, joka pyrkii esittämään uuden todisteen. Pääkäsittelypreklusioon kynnys on siis asetettu lais-
sa selvästi *korkeammalle* kuin Suomessa.⁹⁰

Preklusiosääntelyä ehdotettiin alioikeuteen Suomessa ilmeisesti ensimmäistä kertaa lainvalmistelukunnan vuoden 1929 ehdotuksessa. Ehdotuksen mukaan riita-asian pääkäsittelyssä oikeus olisi saanut evätä uuden todisteen esittämisen silloin, »kun voidaan olettaa asianosaisen tahtovan viivyttää oikeudenkäyntiä tai yllättää vastapuolensa».⁹¹ Preklusioon edellytyksenä olisi siis ollut – ilmeisesti ulkomaisten esikuvien mukaisesti – asianosaisen viivytys- tai yllätystarkoitus. Tätä aikaisemmissa ehdotuksissa alioikeuspreklusiosta ei vielä ollut säännöstä; pääkäsittelyn lykkäyspyyntö uuden todisteen esittämiseksi olisi kuitenkin voitu evätä.⁹² Uudistustyön käynnistyessä

⁸⁶ Ks. Skeie I s. 458 (»stor varsomhet»), Augdahl s. 124, Eckhoff s. 105, Schei II s. 234 ja Hov s. 351.

⁸⁷ Taksø-Jensenin (s. 391) mukaan vanhoja säännöksiä sovellettiin »i det store og hele temmelig mildt».

⁸⁸ Ks. esim. Bet 1973:698 s. 30, Gomard s. 193–196 ja Smith s. 155–161.

⁸⁹ Aiemmin RB 43:10 edellytti oletusta sopimattomasta tarkoituksesta eli asianosaisen tahallisuudesta; törkeä huolimattomuus lisättiin vuoden 1987 uudistuksessa, koska säännöksen soveltaminen oli osoittautunut hankalaksi, ks. Prop 1986/87:89 s. 221 s.

⁹⁰ Ks. perusteluista Prop 1986/87:89 s. 221 s, vrt. HE 1990:15 s. 82 s, jossa viitataan näyttöongelmiin ruotsalaisessa mallissa: »Käytännössä saattaa – olla vaikea osoittaa asianosaisen laiminlyöneen seikan taikka todisteen esiintuomisen tahallisesti taikka törkeästi huolimattomuudesta.»

⁹¹ LVK 1929:2 s. 79; samoin LVK 1937:16 s. 81 (199 §).

⁹² Ks. KM 1901:2 s. 55 s, LVK 1909:2 s. 57 s, Granfelt 1925 s. 99 ja LVK 1927:6 s. 75.

uudelleen 1970-luvulla myös ajatus preklusiosääntelyn tarpeellisuudesta virisi jälleen. Ns. Isku-ryhmän raportissa ehdotettiin rajoitettavaksi asianosaisen oikeutta esittää riita-asiassa näyttöä, joka valmistelussa on jätetty ilmoittamatta.⁹³ Vuonna 1980 ehdotettiin, että oikeus saa jättää uuden todisteen pääkäsittelyssä huomiotta dispositiivisessa riita-asiassa; anteeksiantoperustetta ei sen sijaan ehdotettu otettavaksi lakiin.⁹⁴

OK 6:9:n preventiivinen funktio on selvästi *todistelun keskittäminen* yhtäjaksoiseen pääkäsittelyyn. Uhkan siitä, että uuden todisteen esittäminen vasta pääkäsittelyssä evätään kokonaan, voidaan olettaa varsin tehokkaasti painostavan asianosaiset ilmoittamaan todistusaineistonsa kokonaisuudessaan jo valmistelussa, jolloin todisteet voidaan ottaa vastaan keskitetysti pääkäsittelyssä. Toisaalta pääkäsittelyssä *toteutettu* todistusaineiston (repressiivinen) preklusio merkitsee, että näyttökysymyksen ratkaisusta saattaa tulla materiaalisesti virheellinen; se ei perustu kattavimpaan mahdolliseen todistusaineistoon, koska joidenkin todisteiden esittäminen on evätty. Todistusaineiston pääkäsittelyssä tapahtuvaa prekludoitumista rasittaa siten sama preventiivisen ja repressiivisen funktion perusjännite kuin preklusiosääntelyä yleensäkin.

Nimenomaan todistusaineiston alioikeuspreklusion kohdalla perusjännite korostuu. Yhtäältä sääntelyn preventiivisenä funktiona on sen toteuttaminen, että todistelu voidaan ottaa vastaan pääkäsittelyssä keskitetysti. Todistelun keskityksen tarkoitus puolestaan on mahdollisimman hyvien edellytysten luominen todistusharkinnalle.⁹⁵ Toisaalta sääntelyn toteuttaminen yksittäistapauksessa merkitsee virheellisen lopputuloksen riskin kasvamista todistusharkinnassa. Kun käytettävissä ei vielä yleensä ole oikeudenkäynnin ulkopuolisia kriteereitä todistusharkinnan oikeellisuuden arviointiin, preklusion toteuttaminen yksittäistapauksissa pienentää samalla ratkaisujen yleistä justifikaatiota. Paradoksi on perustavanlaatuinen ja näyttää ratkaisemattomalta: asianmukainen todistusharkinta edellyttää preklusiosääntelyn olemassaoloa ja soveltamista yleensä, mutta preklusion toteuttaminen yksittäistapauksessa saattaa merkitä totuustavoitteen vaarantumista.⁹⁶

Suomalaisista lainvalmistelutöistä ilmenevä funktioajattelu (preklusiouh-

⁹³ Ks. OLJ 1976:2 s. 28 ja 45 s.

⁹⁴ Ks. OLJ 1980:7 s. 7, 26 ja 81.

⁹⁵ Ks. HE 1990:15 s. 5 s ja 26 s.

⁹⁶ Ks. myös Lager 1994 s. 133, Koulu JFT 1995 s. 68 ja Hirvonen DL 1995 s. 431: »Preklusiosäännöstellä pyritään luomaan mahdollisimman hyvät edellytykset jutun oikein ratkaisemiselle siten, että voidaan jättää huomioon ottamatta oikean ratkaisun edellyttämää oikeudenkäyntiaineistoa.»

ka → keskitys → varmuus) poikkeaa vallitsevasta käsityksestä muissa maissa. Esimerkiksi *Lindellin* mukaan alioikeuspreklusio on olennaisin tavoite on mahdollistaa keskitetty pääkäsittely. Hän pitää kuitenkin pääkäsittelyn keskityksen ensisijaisena tavoitteena oikeudenkäynnin nopeutta (»koncentration i betydelse av snabb rättegång») ja vasta toissijaisena sen varmuutta (»koncentration i betydelse av säkerhet»).⁹⁷ Tällöin yksittäistapauksessa toteutettu todistusaineiston preklusio ei ole sääntelyn funktioiden (preklusio → keskitys → nopeus) kannalta ongelmallinen, koska myös toteutettu preklusio nopeuttaa oikeudenkäyntiä todisteiden jäädessä esittämättä. Jos tällainen näkemys hyväksytään, joudutaan kuitenkin käänteiseen ongelmaan: preklusiosääntelyn preventiivinen vaikutus voi saada asianosaiset esittämään oikeudenkäyntiaineiston tarpeettomankin perusteellisesti valmistelussa, mikä päinvastoin saattaa hidastaa oikeudenkäyntiä kokonaisuutena.⁹⁸ Toteutettu preklusio taas nopeuttaa oikeudenkäyntiä, koska potentiaalista aineistoa leikataan käsittelyä viivyttämistä.

Miten yhtäältä preklusiosäännöksen (6:9:n) yleisen soveltamisen preventiovaikutus ja toisaalta yksittäistapauksen materiaallisen totuuden tavoite voidaan sovittaa yhteen? Ensinnäkin lainkäyttötasolla voidaan lähteä siitä, että lainsäätäjä on jo alustavasti punninnut näkökohdat säännöksen asettaessaan.⁹⁹ Säännöksen lähtökohtana on, että uusiin todisteisiin ei enää pääkäsittelyssä voida vedota. Preklusiosääntelyn painopiste on *preventiossa*. Voidaan sanoa, että preklusiosääntelyn olemassaolon justifikaationa ovat yleiset hyötynäkökohdat: uuden siviiliprosessin yleinen toimivuus edellyttää uusien todisteiden prekludoitumista pääkäsittelyssä. Mikäli halutaan keskitetty pääkäsittely, on myös oltava preklusiosääntely pääkäsittelyssä, jolloin asianosaiset saadaan ilmoittamaan kaikki todisteensa jo valmistelussa. Preklusiosääntely on hinta, joka keskitetystä pääkäsittelystä joudutaan maksamaan. Jos preklusiota joudutaan soveltamaan yksittäistapauksessa, sääntelyn preventiivinen teho ei ole toiminut. Toteutettava preklusio palvelee yksittäistapauksessa lähinnä prosessiekonomisia tavoitteita.

⁹⁷ Ks. *Lindell* 1993 s. 16 ja 28–37. Ks. myös *Heuman SvJT* 1993 s. 248 s, *Hov* s. 341, *Gomard* s. 9, 191 s ja 197 sekä *Smith* s. 24 ja 160. – Saksassa ja Itävallassa preklusio on sääntelyn rakenteen mukaisesti ennen muuta *valmistelun* nopeuttamiskeino, ks. *Baur* s. 3, *Otto* s. 150 (»Beschleunigungsfunktion»), *Kallweit* s. 103, *Fuhrmann* s. 8 s, *Weth* s. 1 ss, *Jauernig* s. 93 s ja *Baumbach* ym. s. 752 s sekä *Holzhammer* s. 136 ja *Fasching* s. 334 ss.

⁹⁸ Ks. myös *HE* 1990:15 s. 82: »Ehdoton kielto saattaisi johtaa siihen, että asianosaiset esittäisivät kaiken ajateltavissa olevan oikeudenkäyntiaineiston vain säilyttääkseen oikeutensa vedota siihen mahdollisesti myöhemmin pääkäsittelyssä.»

⁹⁹ Ks. myös *SOU* 1926:33 s. 14 ja *Prop* 1983/84:78 s. 34 s.

Toisaalta materiaalsen totuuden tavoite ja oikeudenkäynnin asianmukaisuus edellyttävät, että yksittäistapauksissa lähtökohtaisesta prekludoitumisesta voidaan poiketa. OK 6:9:ssä onkin poikkeus, jonka mukaan »pätevästä syyttä» uusi todiste voidaan esittää vasta pääkäsittelyssä. Olennaista on huomata, että preklusion 'kynnys' on käytännössä yhtä kuin *pätevän syyn kynnys*. Pätevän syyn kynnys on asetettava totuustavoitteen ja oikeudenkäynnin asianmukaisuuden vuoksi *riittävän matalalle*. Kynnystä ei kuitenkaan pidä asettaa *liian matalalle*, jotta sääntely ei menetä yleistä preventiivistä tehoa. Yksi jäljempänä asetettava kysymys on myös, voidaanko materiaalsen totuuden tavoite yksittäistapauksessa 'lukea sisään' pätevään syyhyn eli voiko nähtävissä oleva vaara materiaalisesti väärästä päätöksestä merkitä säännöksen tarkoittamaa pätevää syytä.

Saksassa preklusiosääntelyä on tarkasteltu laajasti valtiosäännön näkökulmasta kysymällä erityisesti, onko sääntely sopusoinnussa sen kanssa, että jokaiselle on taattu *perusoikeus tulla kuulluksi*. Kysymykseen on vastattu myöntävästi sekä Saksan valtiosääntötuomioistuimen oikeuskäytännössä että oikeuskirjallisuudessa, mutta toisaalta on katsottu, että perusoikeus tulla kuulluksi on otettava säännösten tulkinnassa ja soveltamisessa, esimerkiksi tuotamusarvioinnissa, huomioon.¹⁰⁰ Tähän voidaan perustellusti yhtyä myös Suomen oikeuden osalta: preklusiosääntely (OK 5:22, 6:9 ym.) täyttää sinänsä HM 16 §:n vaatimukset, mutta ennen muuta perusoikeus tulla kuulluksi on otettava preklusiosäännösten tulkinnassa ja soveltamisessa huomioon. Lähtökohtaisesti tulisi valita tulkinta, joka merkitsee vähäisintä puuttumista perusoikeuteen tulla kuulluksi, jolloin voidaan puhua perusoikeusmyönteisestä preklusiosäännösten tulkinnasta. Tulkintaohje on kuitenkin melko heikko, koska usein voidaan esittää painaviakin vasta-argumentteja: vastapuolella on mm. oikeus käsittelyyn ilman aiheetonta viivytystä.

Tässä suhteessa mielenkiintoinen on myös EIT:n *Van de Hurk* (v. Alan-komaat) -tapaus (19.4.1994 A 288), jossa oli kysymys hallintoviranomaisen päätöksestä tuomioistuimelle tehdystä valituksesta koskien maitokiintiöiden vahvistamista. Vastaaja M:n oli sallittu kirjelmien

¹⁰⁰ Ks. erit. Fuhrmann s. 12–16 ja 176–182: »Wenngleich die Präklusionsbestimmungen verfassungsrechtlich unbedenklich sind, schränken sie doch das rechtliche Gehör ein. Daher muss sich ihre Anwendung im konkreten Fall stets am Grundgesetz orientieren.» Ks. myös Weth s. 16–31, jonka mukaan sääntely on sopusoinnussa, koska asianosaisella on ollut mahdollisuus tulla kuulluksi ja myöhästymisen on täytynyt johtua hänestä; yksittäistapauksessa on kuitenkin huolehdittava siitä, että näin todella on. Ks. edelleen Kallweit s. 110, Leipold ZZP 1980 s. 243–245, Rosenberg ym. s. 457, Jauernig s. 99 s, Zöller ym. s. 792 s ja Thomas – Putzo s. 656.

vaihdon aikana vedota vaihtoehtoiseen kiistämisperusteeseen. Valittaja H puolestaan oli vedonnut suullisessa käsittelyssä uuteen seikkaan. Tuomioistuimien oli jättänyt ottamatta huomioon H:n vetoaman seikan ja hylännyt valituksen vaihtoehtoisen kiistämisperusteen nojalla.

H katsoi, että asiassa oli rikottu EIOS 6.1 artiklaa mm. sillä perusteella, että M oli saanut vielä tuomioistuimessa tapahtuneen käsittelyn yhteydessä muuttaa esittämiään perusteita. EIT totesi kuitenkin, että H:n oli sallittu esittää vastaperusteita ja lisäselvitystä. Siten hänellä oli ollut todellinen mahdollisuus antaa vastaus eikä osapuolten tasa-arvoa ollut rikottu.

H huomautti myös, ettei tuomioistuimien ollut ottanut huomioon hänen ilmoittamaansa uutta lukua neliökustannuksista. EIT totesi, että tuomioistuimien oli perustanut päätöksensä tältä osin lukuun, jonka H oli itse ilmoittanut kirjelmien vaihdon aikana. Väite uudesta luvusta oli tehty vasta viimeisessä mahdollisessa vaiheessa eli suullisessa käsittelyssä sen jälkeen, kun M oli kirjallisesti vastannut H:n kirjelmiin. EIT katsoi yksimielisesti, ettei EIS 6.1 artiklaa ollut rikottu tältä osin.

Todistusaineiston preklusio alioikeusmenettelyssä ei tyhjenny OK 6:9:n perussäännökseen, vaan sitä täydentää OK 5:22. Sen mukaan dispositiivisessa riita-asiassa tuomioistuimien voi tarvittaessa kehottaa asianosaista täyttämään määräajassa OK 5:21.1:ssä tarkoitetut velvollisuutensa (kuten todisteiden ja todistusteemojen ilmoittamisen) uhalla, ettei hän määräajan jälkeen saa ilmoittaa mm. uutta todistetta, ellei asianosainen saata todennäköiseksi, että hänen menettelynsä johtuu pätevistä syistä ('todistusaineiston preklusio valmistelussa').¹⁰¹ OK 5:22:n mukainen preklusio ei siis tule voimaan suoraan lain nojalla, vaan liittyy ainoastaan tuomioistuimien kyseisen säännöksen nojalla asianosaiselle antamaan erityiseen kehotukseen. Toiseksi 5:22:n mukainen preklusio ei kytkeydy valmistelun ja pääkäsittelyn väliin rajan, vaan tuomioistuimien asettamaan määräaikaan valmistelun sisällä.¹⁰² Muutoin preklusion edellytykset näyttäisivät lähtökohtaisesti samoilta 6:9:ssä ja 5:22:ssä.

OK 5:22 tehostaa merkittävästi tuomioistuimien materiaalista prosessinjohtoa valmistelussa. Säännöksen funktiona lieenee *valmistelun jouduttaminen* eikä pääkäsittelyn keskittäminen.¹⁰³ Valmistelua ei voida päättää ennen kuin mm. asianosaisten todisteet ja todistusteemat on selvitetty (5:28.1). Jos asianosainen laiminlyö todisteiden ja/tai todistusteemojen ilmoittamisen valmistelussa, valmistelua ei voida päättää, vaan se viivästyy, eikä 6:9 tule edes

¹⁰¹ Ruotsiin vastaava säännös RB 42:15 säädettiin vasta vuonna 1984, ks. Prop 1983/84:78 s. 33 s.

¹⁰² Ks. myös Lappalainen s. 112.

¹⁰³ Ks. HE 1990:15 s. 68. Ks. myös Prop 1983/84:78 s. 34.

sovellettavaksi. Tuomioistuin voi tällöin asettaa valmistelun sisällä 5:22:n mukaisen määräajan, johon mennessä ilmoitusvelvollisuus on preklusion uhalla täytettävä.

Mahdollinen 5:22:n mukainen preklusio tulee siis voimaan jo valmisteluvaiheessa ja on voimassa myös käsittelyn myöhemmissä vaiheissa.¹⁰⁴ Kuitenkin huolimatta siitä, että 5:22:n mukainen kehotus on annettu, 6:9 säilyttää relevanssinsa: esimerkiksi todiste, josta asianosainen on saanut tiedon vasta määräajan jälkeen, mutta ennen pääkäsittelyä, saattaa olla 6:9:n nojalla, muttei 5:22:n nojalla prekludoitunut.¹⁰⁵ – Seuraavissa jaksoissa tarkastellaan lähemmin todistusaineiston alioikeuspreklusion edellytyksiä ja sisältöä 6:9:n ja 5:22:n mukaan. Lähtökohtana on tällöin 6:9, koska se on perussäännös, johon 5:22:ää voidaan verrata.

7.3.4 Preklusion subjekti: asianosainen

Ensimmäinen preklusion sisältöä koskeva kysymys on, keitä preklusio voi koskea; voidaan puhua preklusion 'subjektista'. OK 6:9:n mukaan preklusion sisältönä on, että »*asianosainen*» ei saa pääkäsittelyssä vedota uuteen todisteeseen. Samoin 5:22:n mukaisena uhkana on, ettei »hän» eli asianosainen saa määräajan jälkeen ilmoittaa uutta todistetta.¹⁰⁶ On siten selvää, että preklusio koskee asianosaisia eli niitä, joiden nimissä oikeutta käydään.¹⁰⁷ Pääkäsittelyssä preklusio (6:9) merkitsee, että asianosainen ei saa esittää todistetta, »vedota» siihen. Valmistelussa preklusio (5:22) merkitsee, että asianosainen ei saa ilmoittaa todistetta esitettäväksi pääkäsittelyssä.¹⁰⁸

¹⁰⁴ Samoin Prop 1983/84:78 s. 78, Prop 1986/87:89 s. 222, Ekelöf V s. 38 s ja Fitger RB s. 42:46 ja 43:23.

¹⁰⁵ Samoin HE 1990:15 s. 68 ja 83. Vrt. Koulu JFT 1995 s. 69.

¹⁰⁶ OK 6:9:ssä puhutaan todisteeseen vetoamisesta ja 5:22:ssä todisteen ilmoittamisesta. Ero perustunee yksinkertaisesti siihen, että 6:9:n tarkoittamassa tilanteessa ollaan jo pääkäsittelyssä, jossa todisteet otetaan vastaan, kun taas 5:22:n tarkoittamassa tilanteessa ollaan vielä valmistelussa, jossa todisteet pelkästään ilmoitetaan. Todisteeseen vetoamisesta puhuminen 6:9:ssä on jossakin määrin epäjohdonmukaista: ensinnäkin vetoamis-termiä käytetään yleensä ainoastaan seikkojen kohdalla ja toiseksi pääkäsittelyssä kysymys on todisteen esittämisestä eikä pelkästään siihen vetoamisesta.

¹⁰⁷ Ks. tästä ns. muodollisesta asianosaiskäsitteestä esim. Tirkkonen Sp I s. 303 s ja Lappalainen Sp I s. 51. Asianosaiseen rinnastetaan hänen lakimääräinen edustajansa (arg. 17:64).

¹⁰⁸ Se, että todiste ei ole prekludoitunut, ei luonnollisesti merkitse, että asianosaisella olisi ehdoton oikeus todisteen esittämiseen: todiste saatetaan esim. evätä tarpeettomana (17:7). Todisteen prekludoituminen merkitsee, että asianosainen ei saa esittää muuten esitettävissä olevaa todistetta.

Riita-asian oikeudenkäyntiin saattaa osallistua muitakin tahoja kuin varsinaiset asianosaiset: tällaisia ovat (sivu)väliintulijat ja kuultavat. Sekä väliintulijalla (OK 18:10) että normaalisti myös kuultavalla on oikeus esittää todistelua asiassa. Voidaankin kysyä, koskeeko todistusaineiston preklusio myös heitä vai voiko esimerkiksi epäitsenäinen väliintulija (OK 18:10.1) esittää pääkäsittelyssä vapaasti, preklusiosääntelyn estämättä uuden todisteen, jota ei ole ilmoitettu valmistelussa?¹⁰⁹ Todistusaineiston preklusiofunktion kannalta lienee lähes samantekevää, pyrkiikö uuden todisteen esittämään muodollisessa asianosaisasemassa oleva vai joku muu, tässä suhteessa asianosaiseen rinnastuva taho. Erottelua preklusioin soveltamisessa ei siten tässä suhteessa voitane tehdä, vaan preklusiosääntelyn tulee koskea yhtä lailla väliintulijaa ja kuultavaa kuin asianosaistakin. »Asianosaisen» käsitettä 6:9:ssä ja 5:22:ssä tulee siis tulkita tässä mielessä laajasti.¹¹⁰

Entä sitten *tuomioistuimien*: voiko tuomioistuimien oman aloiteoikeutensa rajoissa (17:8) hankkia uusia todisteita periaatteessa vielä pääkäsittelyssäkin OK 6:9:n sääntelyn estämättä?¹¹¹ OK 6:9:n sanamuoto antaa ymmärtää, että preklusio koskee ainoastaan asianosaisten eikä tuomioistuimien oikeutta uusien todisteiden esittämiseen. Samoin lainvalmistelutöissä puhutaan ainoastaan asianosaisten oikeudesta vedota uuteen selvitykseen.¹¹² Myös oikeuskirjallisuudessa on puhuttu ainoastaan asianosaisista.¹¹³ Oikeuslähteistä ei siten saa tukea tulkinntalle, jonka mukaan preklusiosäännös rajoittaisi myös tuomioistuimien aloiteoikeutta todisteiden hankkimisessa pääkäsittelyssä.

Myös funktioargumentit johtavat samaan lopputulokseen. On kylläkin selvää, että uusien todisteiden esittäminen vasta pääkäsittelyssä vaarantaa sen keskityksen riippumatta siitä, onko todisteen hankkinut asianosainen vai ko

¹⁰⁹ Itsenäisen väliintulijan osalta kielteinen vastaus lienee varsin selvä, koska hänellä on asianosaisen asema oikeudenkäynnissä (OK 18:10.2).

¹¹⁰ TTL 31 §:ssä (L 951/93) kuultava on mainittu nimenomaisesti. Tästä ei kuitenkaan voitane tehdä e contrario -päätelmää, että yleisessä siviiliprosessissa preklusio (5:22 ja 6:9) ei koskisi kuultavia. – Toinen kysymys on, miten väliintulijan tai kuultavan pätevää syytä on arvioitava (ks. jäljempänä jaksossa 7.3.8.1.a). – Todistajan osalta ks. jäljempänä jaksossa 7.3.5 lausuttua.

¹¹¹ Tuomioistuimien ei luonnollisesti voi asettaa 5:22:n mukaista preklusiouhkaa itselleen.

¹¹² Ks. HE 1990:15 s. 26 s, 68 s ja 82 s.

¹¹³ Ks. Lappalainen s. 111 ss ja nimenomaisesti Asianajajaliitto s. 214 av 41 sekä Virolainen s. 108 s, 170 s ja 238 s. – Sama käsitys näyttää vallitsevan myös ulkomaisessa oikeustieteessä. Ks. esim. Ekelöf V s. 39 av 96, Ekelöf – Boman s. 63, Fitger s. 257 ja RB s. 43:24. Saksassa preklusioin katsotaan seuraavan käsittelymenetelmästä, ks. Jauernig s. 77 ja 97, Rosenberg ym. s. 384, Fuhrmann s. 37 av 64 ja Weth s. 128 s.

tuomioistuimella onkin virkavelvollisuus selvittää valmistelussa kaikki pääkäsittelyssä esitettävät todisteet ja niiden todistusteemat (5:19:n 3 kohta ja 25.1 §). Tuomioistuimeen kohdistuvalla preklusiouhalla ei kuitenkaan olisi samaa merkitystä kuin asianosaisiin kohdistuvalla, koska tuomioistuimella ei ole mitään omaa intressiä asiassa. Toisaalta niissä tilanteissa, joissa tuomioistuin poikkeuksellisesti hankkii todistusaineistoa viran puolesta, materiaallisen totuuden tavoite painaa erityisen paljon; toteutettu preklusio merkitsisi tämän tavoitteen vaarantumista. Lisäksi tällaiset tilanteet ovat käytännössä dispositiivisissa riita-asioissa harvinaisia.¹¹⁴

Velvollisuus todisteiden ja niiden todistusteemojen selvittämiseen valmistelussa koskee siis paitsi asianosaisten myös tuomioistuimen viran puolesta hankkimia todisteita. Tuomioistuin toimii tässäkin suhteessa virkavastuulla. Tuomioistuin voi kuitenkin tarvittaessa poikkeuksellisesti vielä pääkäsittelyssä hankkia viran puolesta uusia todisteita preklusiosääntelyn estämättä aloiteoikeutensa rajoissa (17:8).¹¹⁵ Tuomioistuin voi pääkäsittelyssä esimerkiksi määrätä asiantuntijan kuultavaksi huolimatta siitä, että tätä ei ollut nimetty vielä valmistelussa. Toinen asia on, että tähän voi luonnollisesti olla ainoastaan erittäin poikkeuksellisesti aihetta. On kuitenkin mahdollista, että tuomioistuin havaitsee esimerkiksi katselmuksen välttämättömyyden vasta pääkäsittelyssä.

On tärkeää huomata, että omaksuttu kanta asettaa eri todistuskeinot tässä suhteessa tosiasiallisesti eri asemaan. Koska preklusio kohdistuu pelkästään *asianosaisten* – eikä tuomioistuimen – *oikeuteen esittää* jokin todiste pääkäsittelyssä eli »vedota» siihen, preklusio ei asiallisesti lainkaan koske niitä todistuskeinoja, joiden käyttämiseen tuomioistuimella on yksinomainen päätösvalta. Todistuskeinoista katselmus ja (tuomioistuimen määräämä) asiantuntija eivät siten voi todistuskeinoina varsinaisesti prekludoitua, koska tuomioistuin päättää niiden käytöstä aina *ex officio*.¹¹⁶ Tuomioistuin voi poikkeuksellisesti toimittaa pääkäsittelyssä katselmuksen tai kuulla määräämäänsä

¹¹⁴ Ks. myös Lindell 1993 s. 248: »Officialprövningsintresset tar därmed i sådant fall helt enkelt över preklusionsreglerna, vilka utslutande vilar på dispositionsprincipen. – Att möjligheten finns även i dispositiva mål och dessutom om förutsättningarna för preklusion är för handen får anses som yttersta ventil».

¹¹⁵ Preklusiosääntely koskee kyllä tilannetta, jossa asianosainen esittää uuden todisteen vasta sen jälkeen, kun tuomioistuin on tästä hänelle huomauttanut; tuomioistuin ei kuitenkaan saa tätä tehdä, ellei asianosaisella ole pätevää syytä menettelylleen, esim. tietämättömyyttä todisteen merkityksestä. Ks. myös Virolainen s. 239.

¹¹⁶ On luonnollisesti erotettava tässä suhteessa varsinainen asiantuntija ja asianosaisten nimeämä asiantuntija OK 17 luvun tarkoittamassa mielessä: jälkimmäisiin sovelletaan todistajia koskevia sääntöjä (17:55), joten preklusio koskee niitä.

asiantuntijaa, vaikka kumpikaan asianosainen ei ole sitä pyytänyt vielä valmistelussa.¹¹⁷

Myöskään tuomioistuimen aloiteoikeutta asianosaisen kuulustelemiseen todistelutarkoituksessa – vapaasti tai totuusvakuutuksen nojalla – ei ole rajoitettu (17:8). Tuomioistuin voi siten pääkäsittelyssä kuulustella asianosaista todistelutarkoituksessa, vaikka kumpikaan asianosaisista ei olisi valmistelussa nimennyt häntä kuultavaksi. Voidaan luonnollisesti sanoa, että asianosaisen pyyntö tulla kuulluksi tai pyyntö vastapuolen kuulemisesta todistelutarkoituksessa prekludoituu; asianosainen menettää oikeutensa 'vedota' pääkäsittelyssä kuulusteluunsa, jos hän ei ole ilmoittautunut kuultavaksi jo valmistelussa. Tällaisella 'preklusiolla' ei kuitenkaan ole suurta asiallista merkitystä, koska tuomioistuin voi joka tapauksessa päättää asianosaisen kuulemisesta todistelutarkoituksessa ex officio.¹¹⁸

Sen sijaan käytännössä tärkeimpiä todistuskeinoja eli todistajia ja kirjallisia todisteita preklusio koskee täydellä painollaan: asianosainen menettää oikeutensa kuulla uutta todistajaa tai esittää uusi asiakirja vasta pääkäsittelyssä. Tuomioistuin voi ainoastaan poikkeuksellisesti päättää niiden hankkimisesta ex officio OK 17:8:n sallimissa rajoissa.¹¹⁹ Uuden todistajan tai asiakirjan hankkimiseen viran puolesta vasta pääkäsittelyssä voi olla ainoastaan erittäin poikkeuksellisesti aihetta ja se saattaa merkitä, että tuomioistuin on laiminlyönyt selvittämisvelvollisuutensa valmistelussa (OK 5:19:n 3 kohta ja 25.1 §).

Ongelmallisempi kysymys on, voiko asianosaisen myöhästynyt, kirjallista todistetta koskeva editiovaatimus prekludoitua: voiko asianosainen vasta pääkäsittelyssä vaatia vastapuolta määrättäväksi esittämään uuden kirjallisen todisteen? Editiopyynnössä asianosainen toisaalta ve-

¹¹⁷ Luonnollisesti aloite tällaisenkin todistuskeinon käyttöön voi pääkäsittelyssä tulla asianosaiselta. Tällöin kyse on yksinkertaisesti siitä, että tuomioistuin voi päättää olla käyttämättä ko. todistuskeinoa sen omien edellytysten mukaan, eikä siitä, että asianosainen olisi menettänyt oikeutensa »vedota» katselmukseen tai asiantuntijaan preklusiosääntöjen nojalla, koska asianosaisella ei tällaista 'vetoamisoikeutta' ole. Samoin Lindell 1993 s. 249 s: »Anser rätten att det inte är erforderligt med syn skall partens yrkan- de avslås. Däremot finns det ingen bevisning att prekludera.» Ks. myös Edelstam s. 254 sekä katselmuksen osalta *UfR 1994.866 H* ja *1995.567 H*, joissa ei sovellettu preklusiosäännöksiä katselmukseen.

¹¹⁸ Toisaalta asianosaisella ei ole velvollisuutta alistua kuulusteluun. Ks. Ellilä LM 1948 s. 620 s ja Tirkkonen LM 1950 s. 673 s. Vrt. Lindell 1993 s. 248: »en begäran av part om förhör under sanningsförsäkran (kan) prekluderas.» Vrt. myös Hellners s. 857 s.

¹¹⁹ Jos jompikumpi asianosainen haluaa uuden todistajan kuultavaksi tai asiakirjan esitettäväksi, edes 17:8 ei muodosta viran puolesta hankkimisen estettä.

toaa uuteen kirjalliseen todisteeseen, mutta toisaalta harkinta editiomääräyksen antamisesta on aina tuomioistuimella. Perustelluinta saattaa olla katsoa *Heumanin* tavoin, että editiopyyntö ei sinänsä voi prekludoitua, mutta preklusio (ilman asianosaisen pätevää syytä) koskisi ko. kirjallisen todisteen esittämistä, jolloin editiopyyntö olisi hylättävä merkityksettömänä.¹²⁰ Esinettä koskevalla editiopyynnöllä sen sijaan saat-taisi olla merkitystä, koska esineen tuomioistuin voisi ex officio aina määrätä katsastettavaksi.

7.3.5 Preklusion objekti: todiste

Edellä on tarkoituksellisesti käytetty ilmausta todistusaineiston preklusio alioikeusmenettelyssä, koska yleiskäsitteen »todistusaineisto» alle mahtuvat sekä todistuskeinot että niiden todistusteemat. Tässä jaksossa tarkoitus on tarkastella lähemmin preklusion kohdetta, objektia. Sekä OK 6:9:ssä että 5:22:ssä puhutaan todisteesta: asianosainen ei saa pääkäsittelyssä vedota uuteen »todisteeseen»; vastaavasti hän ei saa määräajan jälkeen ilmoittaa uut-ta »todistetta». On syytä analysoida, mitä tämä todiste tarkoittaa: koskeeko todistusaineiston preklusio uusia todistuskeinoja, todistustosiseikkoja ja/vai todistusteemoja? Lain esitöissä käsitettä »todiste» ei täsmennetä lakitekstiin verrattuna.¹²¹

Ensinnäkin on selvää, että preklusio koskee uusia *todistuskeinoja* – riip-pumatta siitä, mitä todistustosiseikkoja niistä ilmenee tai mikä on niiden to-distusteema.¹²² Tämä ilmenee varsin yksiselitteisesti jo laista, kun preklusio-säännöksiä verrataan valmistelun sisältöä koskeviin säännöksiin, joiden nou-dattamista preklusiosäännökset tehostavat (6:9 ja 5:22 vrt. 5:19:n 3 kohta ja 21.1): molemmissa puhutaan johdonmukaisesti todisteista ja edelliset vel-voittavat asianosaiset ilmoittamaan nimenomaan todistuskeinonsa valmiste-lussa. Tämä ilmenee välillisesti myös lainvalmistelutöistä.¹²³ Samoin oikeus-

¹²⁰ Ks. *Heuman JT* 1993–94 s. 615. Vrt. *Lindell* 1993 s. 249 s.

¹²¹ Synonyyminä uudelle todisteelle käytetään ainoastaan ilmausta uusi »selvitys», ks. *HE* 1990:15 s. 68 ja 126; tästä tuskin voidaan tehdä minkäänlaisia päätelmiä. Ruot-sin esitöiden osalta ks. *SOU* 1926:33 s. 13 s (»bevismedel») ja *SOU* 1938:44 s. 449 (»be-vis»).

¹²² Todistuskeinon käsitteestä ks. edellä jaksoissa 4.3.1 ja 6.3.2 lausuttua. Todistus-keinoja eivät ole esim. oikeudellinen lähdemateriaali, kuten kopiot oikeustapauksista tai -kirjallisuudesta eikä myöskään esim. ns. oikeustieteellinen asiantuntijalausunto, joka rin-nastuu lähinnä asianosaisen lainopillisen avustajan kirjoitukseen.

¹²³ Ks. esim. *HE* 1990:15 s. 68 OK 5:22:sta: »Pykälässä tarkoitettu velvoite voidaan myös rajata koskemaan esimerkiksi kirjallisen todisteen antamista.»

kirjallisuuden kanta on tässä suhteessa ollut yksimielinen.¹²⁴ Preklusion funktiona ajatellen juuri kokonaan uusien todistuskeinojen esittäminen pääkäsittelyssä olisikin sen keskityksen kannalta kohtalokkainta: esimerkiksi sellaisen todistajan kuuleminen pääkäsittelyssä, jota ei ole valmistelussa lainkaan nimetty, vaatisi yleensä pääkäsittelyn lykkäämistä (6:10.1:n 3 kohta) tai sen peruuttamista kokonaan (6:6.2) vastapuolen puolustautumismahdollisuuksien vuoksi.

Toisaalta on myös melko selvää, että preklusio ei voi koskea pelkkiä *todistus-* tai *aputosiseikkoja* eli niitä seikkoja, joita todisteen vastaanottamisessa pääkäsittelyssä tulee ilmi ja joilla on todistusarvoa jollekin toiselle (oikeus-, todistus- tai apu-) toiseikalle. Tämä perustuu yksinkertaisesti siihen, että asianosaisten ei normaalisti tarvitse lainkaan ilmoittaa valmistelussa tällaisia todistus- tai aputosiseikkoja, jolloin preklusio ei myöskään voi niitä koskea. Asianosaisten ei tarvitse valmistelussa esimerkiksi ilmoittaa, mitä todistaja tulee kertomaan ja miten, joten todistajan lausuman sisältö tai sen näyttöarvoon vaikuttavat aputosiseikat, kuten todistajan käyttäytyminen, eivät sinällään voi prekludoitua. Ei edes voida puhua tässä mielessä 'uusista' todistus- tai aputosiseikoista. Asianosaisilla ei ylipäänsä ole väittämistaakkaa todistus- eikä aputosiseikoista.

Kysymyksenalaiseksi voidaan asettaa lähinnä se, ulottuuko »seikkojen» tai »todisteiden» alioikeuspreklusio myös sellaisiin tärkeimpiin, asianosaisen tiedossa oleviin todistustositseikkoihin, jotka asianosaisen tulisi poikkeuksellisesti ilmoittaa jo valmistelussa. Myös tähän mahdollisuuteen on syytä suhtautua kielteisesti. Preklusiouhka varmaankin saisi asianosaiset ilmoittamaan tietämänsä todistustositseikat valmistelussa, mutta toisaalta se saattaisi paisuttaa valmistelun oikeudenkäyntiaineistoa liikaakin; valmistelun tehtävä ei ole todistelun vastaanotto. Pääkäsittelyssä uusi todistustositseikka ei merkitse yhtä olennaista yllätystä kuin uusi oikeustositseikka. Preklusion toteuttaminen yksittäistapauksessa taas olisi ongelmallista tuomioistuimen vapaan todistusharkinnan kannalta, koska tuomioistuin ei voisi perustaa sitä kaikkiin relevantteihin todistustositseikkoihin. Preklusiosäännösten ilmaukset »seikka» ja »todiste» eivät siis voine koskea todistus- tai aputosiseikkoja sinällään.¹²⁵

¹²⁴ Ks. Lappalainen s. 112 ja Virolainen s. 170 ja 238 sekä 1995 s. 36. Ks. myös Ekelöf – Boman s. 63, Welamson VI s. 100 ja Lindell 1993 s. 240.

¹²⁵ Ks. myös Lappalainen s. 112 av 130 ja Sp I s. 77, Hirvonen DL 1995 s. 439, Jokela DL 1995 s. 768 s ja 1996 s. 119 s (vrt. sama LM 1994 s. 149) ja Gärde ym. s. 622. Aputosiseikkojen osalta samoin Lindell 1993 s. 253–256. – Vrt. purun osalta Cars s. 171 s, Lager 1972 s. 159 ja Leppänen – Välimaa s. 112, jossa vanhan todistajan uusi, poikkeava kertomus merkitsee aina uutta todistetta.

Vrt. hovioikeuspreklusion osalta *Itä-Suomen HO 4.10.1994 nro 1880* (lainv.): A oli lakiosan täydennystä koskevassa jutussa lausunut, että hänen ja B:n isä oli myynyt omistamansa kiinteistön B:lle 80.000 markan kauppahinnasta ja että B, jolla verotustodistusten mukaan ei ollut ollut kauppahinnan maksuun tarvittavia tuloja, oli tosiasiasa suorittanut kauppahinnan isältään lahjaksi saamallaan varoilla. B oli kiistänyt väitteen ja ilmoittanut maksaneensa kauppahinnan verovapailla varoilla esittämättä varoista tarkempaa selvitystä. B oli vasta HO:ssa vedonnut todisteena siihen, että hän oli maksanut kyseessä olevan kauppahinnan rahapelissä saamallaan voittovaroilla.

Riidanalaisena oikeustositseikkana jutussa oli siis kysymys siitä, oliko B maksanut kiinteistön kauppahinnan isälleen omilla varoillaan vaiko isältään lahjaksi saamallaan varoilla. Käräjäoikeudessa A oli esittänyt lahjaväitteensä tueksi todisteina B:n verotustodistukset. B puolestaan oli tyytynyt ilmoittamaan maksaneensa kauppahinnan verovapailla varoilla eli hän oli itse asiassa kiistänyt A:n esittämän näytön näyttöarvon. Hävittyään jutun käräjäoikeudessa B oli väittänyt vasta HO:ssa, että hän oli maksanut kauppahinnan rahapelissä saamallaan varoilla. Kyseessä nähtävästi oli todistustositseikka siitä, että hänellä oli ollut verovapaita varoja, mikä puolestaan oli todistustositseikka siitä, että hän oli maksanut kauppahinnan omilla varoillaan. Tapausselostuksesta ei ilmene, oliko B vedonnut HO:ssa esimerkiksi kirjalliseen todisteeseen, jonka prekludoitumisesta olisi voinut olla kysymys.

Kysymyksenasettelu on ytimessään vasta *todistusteemojen* kohdalla:¹²⁶ voidaan kysyä, koskeeko preklusio myös uusia todistusteemoja, eli kuten problematiikka on hieman toisin ilmaistu, sitovatko valmistelussa todisteille ilmoitetut todistusteemat vai voidaanko 'vanhaa' todistetta hyödyntää 'uuden' teeman näyttämisesä (ns. teemapreklusio)?¹²⁷ Kysymys koskee lähinnä todistajien kuulemista, mistä voidaan esittää seuraava problematiikkaa selvittävä esimerkki:¹²⁸ Oletetaan, että asianosainen A on nimennyt suullises-

¹²⁶ Tässä tarkoitetaan tosiseikkoja todistusteemoina. Todistelu voi kohdistua paitsi tosiseikkoihin, myös kokemussääntöihin. Selvää on, että kokemussäännöt eivät voi prekludoitua, koska tuomioistuimien ottaa ne viran puolesta huomioon, samoin Lindell 1993 s. 247 s. Sen sijaan myös kokemussääntöjä koskevat todistuskeinot voisivat prekludoitua, ks. myös Lindell 1993 s. 248 ja 265.

¹²⁷ Teemapreklusiosta käytyä keskustelua on nähdäkseni hankaloittanut sen tietty epäanalyttisyys. Jotkut ovat tätä kysymyksenasettelua tarkoittaen puhuneet siitä, voisivatko todistustositseikat prekludoitua, ks. esim. Heuman SvJT 1993 s. 252 s. Tämä on nähdäkseni kuitenkin sikäli harhaanjohtavaa, että kysymys ei tällöin ole pelkkien todistustositseikkojen prekludoitumisesta, vaan niiden suhteesta tiettyyn todistusteemaan: on erotettava vanhaa ja uutta teemaa koskevien todistustositseikkojen prekludoituminen. Jälkimmäisen problematiikan kohdalla on mielestäni havainnollisinta puhua teemapreklusiosta.

¹²⁸ Voidaan kyllä ajatella, että myös kirjallisen todisteen havaitaan vasta pääkäsitte-

sa valmistelussa todistajan B kuultavaksi pääkäsittelyssä todistusteemasta Z. Voidaanko todistuskeinoa B eli tarkemmin sanottuna hänen kertomuksestaan ilmeneviä todistustositseikkoja hyödyntää teeman X näyttämiseksi ja arvioimisessa, kun B:tä ei ole valmistelussa nimetty kuultavaksi tuosta teemasta? Voiko A, hänen vastapuolensa C tai tuomari pääkäsittelyssä kysyä B:ltä jotakin teemasta X tai voidaanko B:n oma-aloitteisesti X:stä kertomaa hyödyntää sen arvioinnissa?

Tässä yhteydessä on huomautettava, että jos todistusteema on jutussa oikeustositseikan asemassa, sitä koskee luonnollisesti seikkojen preklusio 6:9:n tai 5:22:n mukaan. Kuten *Welamson* kirjoittaa osuvasti: »om ett nytt rättsfaktum får åberopas, man också måste medge bevisning rörande detta rättsfaktum, medan det å andra sidan inte kan komma i fråga att medge bevisning för ett nytt rättsfaktum som inte får åberopas».¹²⁹ Tällöin ei kuitenkaan ole kyse tosiseikan preklusiosta todistusteemana, vaan oikeustositseikkana eli vaatimuksen perusteena: edellisessä tilanteessa asianosaisella on pätevä syy näytön ilmoittamiseen vasta pääkäsittelyssä ja jälkimmäisessä tilanteessa todistelu on evättävä tarpeettomana (17:7), ei preklusion vuoksi.

OK 5:21.1:n mukaan asianosaisen on valmistelussa ilmoitettava todistus-teemansa eli mitä hän kullakin ilmoittamallaan todisteella (eli todistuskeinolla) aikoo näyttää toteen. Toisaalta 6:9:n ja 5:22:n sanamuotojen mukaan preklusio koskee ainoastaan »todisteita», ei sen sijaan sitä, »mitä kullakin todisteella aiotaan näyttää toteen». Voidaanko tästä sanamuodosta päätellä *e contrario*, että todistusteemat eivät voi prekludoitua? On ilmeistä, että lakitekstin sanamuoto viittaa tähän suuntaan. Säännösten soveltaminen todistusteemoihin voisi kuitenkin olla mahdollista kahden vaihtoehtoisen, laajentavan tulkinnan kautta. Ensinnäkin voitaisiin katsoa, että termi »todiste» pitää sisällään myös todistusteemat. Toiseksi voitaisiin katsoa, että koska tietty todistuskeino liittyy aina tiettyyn todistusteemaan, uusi teema samalle todistuskeinolle merkitsee uutta todistuskeinoa tuolle teemalle lain tarkoittamassa mielessä. Koska kysymys on säännöksistä, jotka rajoittavat asianosaisen lähtökohtaisesti vapaata todistelua, kumpikin laajentava tulkinta vaatisi nähdäkseni varsin vahvoja argumentteja tuekseen.

lyssä todistavan myös muusta kuin valmistelussa ilmoitetusta teemasta; tämä on kuitenkin huomattavasti harvinaisempaa kuin todistajan suullisen kertomuksen kohdalla, varsinkin kun kirjalliset todisteet esitetään jo valmistelussa. Seuraavassa lausuttu soveltuu kuitenkin mutatis mutandis myös asiakirjatodisteisiin.

¹²⁹ *Welamson* VI s. 99.

Kysymys olisi laajentavasta tulkinnasta eikä analogiasta, koska myös todistusteemat mahtuvat »todiste»-käsitteen kielellisen merkityksen alueelle, joskaan eivät sen ydinalueelle.¹³⁰ Saksassa on keskusteltu runsaasti perusoikeuksiin nojautuvasta preklusiosäännösten mahdollisesta analogiakiellosta; useimpien kirjoittajien mukaan tällainen preklusiosäännösten analogiakielto vallitsee.¹³¹ Kategorista preklusiosäännösten analogiakieltoa olisi jo tulkinnan ja analogian rajanvedon vaikeuden vuoksi ongelmallista asettaa Suomen oikeuden osalta. Analogiaa lähestyvä preklusiosäännösten soveltaminen edellyttäisi kuitenkin erityisen painavia perusteita.¹³²

Kysymyksenasettelun purkaminen on luontevinta aloittaa tilanteista, joita teemapreklusio ei voi koskea. Koska preklusio ei ensinnäkään rajoita *tuomioistuimen* mahdollisuutta uusien todistuskeinojen hankkimiseen viran puolesta (OK 17:8), ei voine olla syytä myöskään siihen, että preklusio rajoitaisi tuomioistuimen mahdollisuutta hyödyntää vanhoja todistuskeinoja uusien teemojen selvittämiseen. Erityisesti on syytä huomata, että tuomioistuimen aloiteoikeutta uusien todistusteemojen suhteen ei ole 17:8:ssä lainkaan rajoitettu, vaan rajoitukset koskevat ainoastaan säännöksessä mainittuja todistuskeinoja: tuomioistuin voi kysyä viran puolesta asianosaisen nimeämältä todistajalta muustakin, kuin mistä hänet on nimetty kuultavaksi. Tuomioistuin voinee siten preklusion estämättä kuulla pääkäsittelyssä asianosaisen A valmistelussa nimeämää todistajaa B toisesta seikasta X kuin siitä, mistä asianosainen on hänet nimennyt kuultavaksi.¹³³

Toiseksi olisi vapaan todistusharkinnan kannalta erittäin ongelmallista ulottaa preklusiota tilanteisiin, joissa *todistaja* puhuu jonkin toisen seikan puolesta *oma-aloitteisesti*, ilman asianosaisten myötävaikutusta. Esimerkiksi todistaja B kertoessaan vapaasti tapahtumien kulusta tuleekin maininneeksi

¹³⁰ Ks. käsitteistä Peczenik 1995 s. 338 s.

¹³¹ Ks. Kallweit s. 113–117, Weth s. 38 ja Thomas – Putzo s. 656 vrt. Fuhrmann s. 15 ja 142–156.

¹³² Ks. myös Lindell 1993 s. 243 s: »En analog användning av preklusionsreglerna är fullt möjlig. Såsom betungande regler bör de dock inte användas analogt om det inte finns starka skäl härför.»

¹³³ Samoin Ekelöf V s. 33 av 68, Ekelöf – Boman IV s. 35 ja Lindell 1993 s. 245. Ks. myös Holzhammer s. 253. Toisin hovioikeuden osalta Welamson VI s. 100, joka rinnastaa alioikeudessa kuullun todistajan kuulemisen ex officio uudesta teemasta uuden todistajan kuulemiseen. – Eri asia on luonnollisesti se, että tällöin tuomioistuin ei välttämättä ole selvittänyt valmistelussa todistajien todistusteemoja riittävästi. Tuomioistuimelle saattaa kuitenkin tulla yllätyksenä, että todistaja tietää muustakin kuin siitä, mistä hänet on nimetty, varsinkin jos asianosainen on tarkoituksellisesti pyrkinyt pitämään todistajankuulustelun teeman itselleen edullisena.

jotakin, joka ei kuulu ilmoitettuun todistusteemaan Z, vaan jolla on näyttöarvoa teemalle X. Tuomioistuin arvioi todisteet vapaasti ottaen huomioon kaiken asiassa esille tulleen (17:2.1).¹³⁴ Todistajan vapaa kertomus on jakamaton. Pääkäsittelyn keskitystavoite ei voine oikeuttaa sitä, että osa tällaisesta todistusharkinnassa relevantista materiaalista jätettäisiin pääkäsittelyssä huomiotta.¹³⁵ Myöskään asianosaisiin kohdistuva preklusiouhka valmistelussa ei näissä tilanteissa toimisi, koska todistusteema ei laajene tai muutu asianosaisen, vaan todistajan aloitteesta (ellei kysymys ole tarkoituksellisesta mahdollisuuden väärinkäytöstä). Olisi myös tulkinnallisesti pitkälle vietyä katsoa, että kysymys on tällöin »asianosaisen» vetoamisesta uuteen todisteeseen.¹³⁶

Kolmanneksi vastaavat näkökohdat koskevat mielestäni myös todistajan nimenneen asianosaisen *vastapuolen* suorittamaa todistajan *vastakuulustelua*.¹³⁷ Jo oikeudenkäynnin asianmukaisuus edellyttää, että asianosaisella on mahdollisuus vapaasti vastakuulustella häntä vastaan nimettyjä todistajia preklusiosääntelyn sitä estämättä.¹³⁸ Todistajan nimenneen asianosaisen ilmoittama todistusteema on kyllä samalla todistajan *kuulusteluteema*, joka ohjaa myös todistajan vastakuulustelua; vastakuulustelun tulee pysyä pääkuulusteluteeman rajoissa. Tarvittaessa puheenjohtajan tulee prosessinjohtollisesti ohjata vastakuulustelua pysymään asiassa. Muitakaan teemoja koskevien kysymysten ei kuitenkaan voida katsoa suoranaisesti prekludoituneen pääkäsittelyssä. Jos siis A pääkäsittelyssä pääkuulustelee nimeämäänsä todistajaa B:tä teemasta Z, vastapuoli C voi preklusiosääntelyn estämättä kysyä B:ltä vastakuulustelussa jotakin myös teemasta X. Myös todistajankuulustelu on nähdäkseni tässä mielessä Suomessa jakamaton.¹³⁹

¹³⁴ Ks. myös Fitger RB s. 35:3: »Även om en part presenterat ett bevis i syfte att styrka ett visst påstående kan rätten alltså lägga beviset till grund för ett avgörande rörande ett annat påstående och detta oavsett om det är till partens fördel eller nackdel.»

¹³⁵ Kuten Baur huomauttaa, todistajalla voi olla kerrottavanaan »kolmas totuus», joka menee sekä kantajan että vastaajan versioiden ja siten myös todistusteemojen ulkopuolelle, ks. Baur s. 265.

¹³⁶ Samoin Lindell 1993 s. 245 s ja Grathe s. 248. – Toinen asia on, että puheenjohtajan tulee pyrkiä pitämään prosessinjohtollisesti, mutta hienotunteisesti huolta siitä, ettei todistaja tarpeettomasti eksy kertomuksessaan »sivuraiteille», vaan pysyy pääpiirteissään asiassa.

¹³⁷ Ks. myös Ekelöf V s. 80 ja Hirvonen DL 1995 s. 445 s.

¹³⁸ Arg. myös KKO 1985 II 93, jonka mukaan riitajutussa todistajaksi nimetty asianosaisen lähiomainen, joka ei ollut halunnut käyttää OK 17:20:n mukaista kieltäytymisoikeuttaan, vaan oli valan nojalla todistanut jutussa, ei ollut saman jutun toisessa käsittelyssä vastapuolen todistajaksi nimeämänä enää oikeutettu kieltäytymään todistamasta.

¹³⁹ Toinen asia on, kuten edellä jaksossa 5.3.2 on todettu, että asianosainen on kyllä

Kysymyksenalaiseksi jää siten neljänneksi lähinnä se, voiko todisteen ja todistusteeman ilmoittanut *asianosainen* itse omasta aloitteestaan hyödyntää vanhaa todistuskeinoa pääkäsittelyssä jonkin uuden teeman näyttämiseksi toteen: voiko asianosainen A kysyä todistajalta B teemasta X, vaikka hän on itse valmistelussa ilmoittanut B:n kuultavaksi ainoastaan teemasta Z? Suomen oikeuskirjallisuudessa asiasta on esitetty erisuuntaisia mielipiteitä: esimerkiksi *Hirvonen* on ollut todistusteemojen lähtökohtaisen sitovuuden kannalla,¹⁴⁰ mutta *Jokela* ja *Virolainen* taas ovat olleet sitä mieltä, että todistusteemat eivät sido.¹⁴¹

Ruotsin oikeuskirjallisuudessa on kysytty, voidaanko todistajaa kuulla hovioikeudessa kokonaan toisesta teemasta kuin alioikeudessa. *Ekelöf* kysyy, onko myös tällöin kyse preklusiosäännöksen tarkoittamasta uudesta todisteesta: »frågan ej kan bedömas bara genom subsumtion under lagens ordalydelse. Fäster man avseende vid stadgandets ändamål synes mig frågan emellertid böra besvaras med ja.»¹⁴² *Boman* kuitenkin huomauttaa, että hovioikeus voi merkittävässä laajuudessa hankkia todisteita ex officio.¹⁴³ *Welamson* yhtyy *Ekelöfin* kantaan, mutta katsoo kuitenkin, että merkittäviäkin täydennyksiä ja tarkistuksia samaa teemaa koskien voidaan hyväksyä ilman preklusiota.¹⁴⁴

Lindellin kanta puolestaan merkitsee varsin rajoitettua mahdollisuutta preklusion soveltamiseen todistusteemoihin: »endast om uppgifterna ifråga beskriver ett fristående händelseförlopp bör det anses vara frågan om ett nytt bevis i preklusionsreglernas mening. – – även betydande kompletteringar och justeringar rörande samma utsagotema bör accepteras».¹⁴⁵ Mutta tämäkin kannanotto koskee vain muutoksenhakua; alioikeudessa teemapreklusio ei *Lindellin* mukaan juurikaan voi tulla kyseeseen: »Där finns inget facit eftersom det är första gången vittnet hörs; vad vittnet kommer att berätta vet således inte domstolen – och ibland inte heller parten – förrän det hörts. Har

valmistelussa velvollinen (nimeämään todistajan ja) ilmoittamaan oman todistusteeman, jos se poikkeaa vastapuolen teemasta. Sanktiona tämän laiminlyönnistä asianosaiselle saattaa tulla 21:5:n mukainen kuluvastuu (esim. todistajan palkkiota koskevin osin), mikäli sen edellytykset täyttyvät. Vrt. myös jäljempänä jaksossa 7.3.7 todistajan *pääkuulustelun* osalta lausuttuun.

¹⁴⁰ Ks. *Hirvonen* DL 1995 s. 445–447. Ks. myös *Kuusimäki* DL 1994 s. 438.

¹⁴¹ Ks. *Jokela* LM 1994 s. 152 ja DL 1995 s. 769 sekä *Virolainen* DL 1995 s. 338. Ks. myös *Ala-Uotila* s. 494 s.

¹⁴² *Ekelöf* – *Boman* s. 64.

¹⁴³ *Ekelöf* – *Boman* s. 63.

¹⁴⁴ *Welamson* VI s. 100.

¹⁴⁵ *Lindell* 1993 s. 247.

således en part uppgett att vittnet X skall höras om bevisen Y kan X berätta åtskilligt mera, – – utan att preklusion kan ske.»¹⁴⁶ Myös *Heuman* on katsonut, että alioikeus- ja hovioikeuspreklusiot poikkeavat tässä suhteessa toisistaan: hovioikeudessa preklusio käsittää myös uudet todistusteemat, mutta alioikeudessa ei.¹⁴⁷

Muissa tarkastelluissa maissa todistusteemojen sitovuudesta ei nähtävästi ole keskusteltu.¹⁴⁸ Norjan laissa käytetään ilmausta »bevis» (Tml § 189) ja Tanskan laissa ilmausta »beviser» (Rpl § 357 ja 363), joiden on tulkittu tarkoittavan nimenomaan todistuskeinoja.¹⁴⁹ Saksan ja Itävallan preklusiosäännöksissä jo lakitekstissä käytetään ilmausta »Beweismittel» eli todistuskeino (ZPO § 296 vrt. 282; ÖZPO § 179).¹⁵⁰ Ennen todisteiden vastaanottamista Saksassa ja Itävallassa tehdään lisäksi yleensä vapaamuotoinen, joissakin tapauksissa muodollinen päätös (»Beweisbeschluss»), jossa täsmennetään myös todisteen todistusteema (ZPO § 358–360 ja ÖZPO § 277). Päätös on prosessinjohtollinen ja tuomioistuimien voi muuttaa sitä, jos esimerkiksi asianosainen voi esittää uuden todisteen preklusiosäännösten estämättä. Todistusteema ohjaa todistajankuulustelua, mutta ei ole ainakaan tuomioistuinta sitova.¹⁵¹

Kysymyksen ratkaisua on etsittävä viime kädessä preklusion tehtävästä käsin. Teemapreklusion (6:9) preventiivisenä funktiona olisi ilmeisesti, että asianosaiset saataisiin ilmoittamaan todistajiensa todistusteemat asianmukaisesti jo valmistelussa, jolloin pääkäsittelyyn ei jäisi todistusteemoihin liittyviä yllätyksiä. Voidaan kuitenkin kysyä, eikö preklusiouhan vaikutus valmistelussa olisi päinvastainen: rationaalisesti toimivat asianosaiset pyrkisivät luonnollisesti ilmoittamaan mahdollisimman laajat ja samalla epätasälliset todistusteemat valmistelussa, jotta kaikki todistajankuulustelussa mahdollisesti esiintuleva mahtuisi näihin teemoihin.¹⁵² Valmisteluvaiheessa

¹⁴⁶ *ibid.* Ks. myös Fitger s. 243: »Med »bevis» menas i första hand bevismedel.»

¹⁴⁷ Ks. *Heuman SvJT* 1993 s. 253–255.

¹⁴⁸ Vertailu common law -maihin olisi tässä ongelmallista, koska todistajankuulustelu poikkeaa olennaisesti mannermaisesta, ks. esim. Cappelletti – Garth 1987 s. 27 s ja 42.

¹⁴⁹ Ks. Hov s. 346, Gomard s. 155 ja 195 s sekä Smith s. 25 ja 158 s.

¹⁵⁰ Ks. Saksan osalta Otto s. 127 s, Kallweit s. 25, Fuhrmann s. 67, Weth s. 67–70, Rosenberg ym. s. 384, Baumbach ym. s. 860 ja 935 sekä Zöller ym. s. 760 ja 793; sekä Itävallan osalta Holzhammer s. 322 ja Fasching s. 800–802.

¹⁵¹ Ks. Saksan osalta Rosenberg ym. s. 685 s ja 713 s, Jauernig s. 192 ja 199 s, Bloemeyer s. 400 s ja 418 s sekä Bruns s. 265 s: »der Beweisbeschluss – – lediglich ein elastisches Beweisprogramm zu entwerfen hat»; Itävallan osalta Holzhammer s. 253 s ja 265 s sekä Fasching s. 432 s ja 468 s: »Der Beweisbeschluss bildet für Gericht und Parteien einen »Fahrplan» für den Prozess.» Vrt. Hirvonen DL 1995 s. 436 s av 18.

¹⁵² Ks. myös Nousiainen DL 1995 s. 405 s.

ei vielä lopullisesti voida tietää, mitä todistaja tulee pääkäsitelyssä kertomaan, joten todistajan nimeävän asianosaisen kannattaisi ilmoittaa teemaksi 'vastaisen varalle' kaikki ajateltavissa olevat seikat.

Se, että preklusio ei koskisi todistusteemoja, antaisi asianosaiselle päinvastoin realistisen mahdollisuuden mahdollisimman täsmällisten teemojen ilmoittamiseen valmistelussa: teemojen täsmentämisellä olisi merkitystä asian valmistelun kannalta, mutta asianosainen ei samalla saattaisi omaa todisteluaan alttiiksi preklusioriskille. Sanktiona olisi joka tapauksessa mahdollinen oikeudenkäyntikuluvastuu (OK 21:5). Vastaavat näkökohdat koskevat myös OK 5:22:n mukaista preklusiouhkaa: uhka uusien teemojen prekludoitumisesta valmistelussa ei luultavasti parantaisi asianosaisen prosessaimista, koska asianosaisen kannattaisi ilmoittaa mahdollisimman laajat teemat.¹⁵³ Voidaan siten todeta, että teemapreklusion preventiivinen merkitys valmisteluvaiheessa olisi kyseenalainen.

Ilmoitetun todistusteeman ulkopuolelle meneminen todistajankuulustelussa ei ole pääkäsitelyn keskityksen kannalta yhtä kohtalokasta kuin kokonaan uuden todistuskeinon esittäminen. Todistusteemat ovat viime kädessä jo vedottuja oikeustositseikkoja, jotka ovat siten aina myös vastapuolen tiedossa. Asianosaisella on yleensä perusteltu aihe varautua relevanttia oikeustositseikkaa koskevaan todisteluun, vaikka vastapuoli ei olisikaan ilmoittanut sitä jonkin todisteen teemaksi. Uusi, yllättävä todistusteema saattaisi kylläkin merkitä, että vastapuolella olisi vastaavasti pätevä syy esittää omaa vastatodisteluaan teemasta, mikä turvaisi vastapuolen puolustautumismahdollisuudet, mutta vaarantaisi samalla pääkäsitelyn keskityksen.

Todistusteemojen preklusion repressiivinen toteuttaminen yksittäistapauksessa merkitsisi kuitenkin, että välittömässä pääkäsitelyssä esitettyä relevanttia todistusaineistoa ei voitaisi kokonaisuudessaan hyödyntää todistusharkinnassa. Tämä olisi vapaan todisteiden harkinnan kannalta ongelmallista ja merkitsisi väärän päätöksen riskin kasvamista – riippumatta siitä, olisiko uusi todistusteema jutussa oikeus- vai todistustositseikan asemassa. Lisäksi voidaan viitata niihin käytännön ongelmiin, joihin teemapreklusio johtaisi:¹⁵⁴ todistajankuulustelua johtavan tuomarin täytyisi kontrolloida koko ajan, ettei kuulustelu etene ilmoitetun teeman ulkopuolelle. Tämän seuraa-

¹⁵³ Sen sijaan säännöstä voitaneen tulkita siten, että jos asianosaista on säännöksen nojalla kehoitettu ilmoittamaan jonkin todisteen todistusteema eikä hän sitä lainkaan ilmoita, hän ei saa vedota myöhemmin ko. todistuskeinoon ilman pätevää syytä, koska hän ei ole ilmoittanut sitä todistusteemoineen määräjassa.

¹⁵⁴ Ks. myös Peltonen DL 1995 s. 389

minen saattaisi tapahtua tuomarin tärkeimmän tehtävän eli todistajankertomuksen arvioinnin kustannuksella.

Pääkäsittelyn keskitystavoite systeemitasolla ei siten mielestäni paina riittävästi yksittäistapauksen materiaalisen oikeellisuuden tavoitetta vastaan, jotta preklusiosäännökset voitaisiin tulkinnallisesti ulottaa koskemaan myös uusia todistusteemoja: *todistusteemat eivät voi prekludoitua* ainakaan alioikeusmenettelyssä. Tämän kannan mukaan preklusio ei siis ole todistusteemojen, vaan ainoastaan todistuskeinojen ilmoittamisen laiminlyönnin sanktio; voitaisiin puhua todistuskeinopreklusiosta. Todistusteemojen selvittämisellä on tästä huolimatta keskeinen merkitys todistelun valmistelun kannalta, kuten edellä luvussa 5 on esitetty. Myös pääkäsittelyssä todistusteemoilla on olennainen merkitys: todistusteema ohjaa todistajankuulustelua ja puheenjohtajan tulee prosessinjohdollisin toimin huolehtia siitä, että kuulustelussa pysytään pääpiirteissään asiassa. Sen sijaan pikkutarkkaan teemapreklusioon kontrolloimiseen ei tarvitse ryhtyä.

Ainakin yksi poikkeus tästä kuitenkin täytynee tehdä: jos todistajankuulustelun uudella temalla pyritään *ilmeisesti kiertämään todistuskeinopreklusiota*, kuuleminen uudesta temasta voitaneen evätä preklusiosääntöjen nojalla. Jos esimerkiksi jokin kirjallinen todiste on jäänyt valmistelussa ilmoittamatta ja se on siten pääkäsittelyssä prekludoitunut, asianosainen ei myöskään voine ilman pätevää syytä kuulustella todistajaa kyseisen asiakirjan sisällöstä, josta tämä on ottanut selvää *valmistelun jälkeen*, jos asiakirjan sisältöä ei ole ilmoitettu todistajan temaksi jo valmistelussa. Muutoin todistuskeinopreklusioon kiertäminen olisi helppoa luetuttamalla asiakirja jo nimetyllä todistajalla.¹⁵⁵ Vastaavasti todistaja A:lta ei voitane ilman pätevää syytä kysyä, mitä B on hänelle valmistelun jälkeen kertonut, jos B:tä ei ole nimetty valmistelussa kuultavaksi eikä B:n kertomusta ole ilmoitettu valmistelussa A:n todistusteemaksi.¹⁵⁶ Jos siis vanhan todistajan uutena todistus-teemana on jo prekludoituneen todistuskeinon sisältö, josta todistaja on ottanut selvää vasta valmistelun jälkeen, preklusiosääntöjä mielestäni voidaan

¹⁵⁵ Tilanne on toinen, jos todistaja kertoo asiakirjoista, jotka hänellä on ehkä jopa mukanaan, oma-aloitteisesti: preklusio ei rajoita todistajan oikeutta kertomuksen esittämiseen ja jopa sitä tukevan kirjallisen aineiston antamiseen oikeudelle. Tuomioistuimen on kuitenkin kontrolloitava, ettei kyseessä tosiasiallisesti ole asianosaisen ilmeinen pyrkimys preklusioon kiertämiseen.

¹⁵⁶ On luonnollisesti muistettava, että Suomen oikeus ei tunne hearsay-sääntöä: todistajaa voidaan yleensä kuulla siitä, mitä toinen henkilö on hänelle kertonut. Tuomioistuimen on kuitenkin voitava kontrolloida, ettei kuulemisella ilmeisesti kierretä preklusiosääntelyä.

soveltaa riippumatta siitä, onko kyseisen todistuskeinon preklusiosta tehty nimenomaista päätöstä vaiko ei.¹⁵⁷

Periaate, jonka mukaan *todistuskieltoa* ei voida kiertää käyttämällä toista todistuskeinoa, ilmenee mm. ratkaisusta *KKO 1995:66* (Vahv. jaosto, ään. 7–4).¹⁵⁸ Tapauksessa A oli syytteessä törkeästä rattijuopumuksesta ja liikenteen vaarantamisesta sillä perusteella, että hän oli autossa kuljettajan vieressä istuessaan tarttunut ajoneuvon ohjauspyörään ja vääntänyt ratista siten, että kuljettaja oli menettänyt ajoneuvon hallinnan, jolloin ajoneuvo oli jarrutuksen jälkeen päätyntä tien oheen. A oli kiistänyt missään vaiheessa tarttuneensa auton hallintalaitteisiin ja kuljettaneensa autoa. Esitutkinnassa antamassaan kertomuksessa A:n poika B oli kertonut, että A oli tarttunut ohjauspyörään. B:n kieltäytyttyä kihlakunnanoikeuden istunnossa todistamasta lähisukulaisuutensa takia kihlakunnanoikeus oli kuullut todistajana B:tä esitutkinnassa alustavasti puhutellutta konstaapeli C:tä, jonka todistajankertomuksen perusteella kihlakunnanoikeus oli katsonut A:n syyllistyneen hänen syykseen luettuihin rikoksiin. HO ei muuttanut kihlakunnanoikeuden päätöstä ja lausui lisäperusteluna katsovansa kihlakunnanoikeuden tavoin todistaja C:n kertomuksella teon selviteteksi.

KKO:n perustelujen mukaan B oli oikeudenkäynnissä kieltäytynyt todistamasta, mihin hänellä oli ollut oikeus OK 17:20:n nojalla. Vanhempi konstaapeli C:n kuuleminen siitä, mitä B oli kertonut alustavassa puhuttelussa, oli merkinnyt tosiasiallisesti em. lainkohdassa säädetyn lähisukulaisuuden suojan murtamista. KPSop 14.3 art. e kohdan ja EIOS 6.3 art. d kohdan mukaan syytetyllä on oikeus kuulustella tai kuulustuttaa todistajia, jotka kutsutaan todistamaan häntä vastaan. B:n kieltäytyttyä todistamasta asiassa A:lla ei ollut ollut mahdollisuutta esittää kysymyksiä suoraan B:lle. Langettavan tuomion perustaminen C:n kertomukseen olisi johtanut niin ollen ristiriitaan myös em. syytetyn vähimmäisoikeuksia koskevien sopimusmääräysten kanssa. Näillä perusteilla KKO katsoi, että kihlakunnanoikeuden ei olisi pitänyt sallia C:n kuulemista todistajana em. seikoista eikä kihlakunnanoikeus olisi saanut nojautua C:n kertomukseen näyttönä A:n syyllisyydestä. Syytteen tueksi ei ollut esitetty muuta näyttöä. KKO kumosi HO:n ja kihlakunnanoikeuden päätökset sekä hylkäsi syytteet.¹⁵⁹

Toisen poikkeuksen tekemistä voitaisiin harkita *ilmeisissä shikaanitilanteissa*: jos todistajankuulustelun uudella teemalla pyritään ilmeisesti yllättämään vastapuoli, preklusiosäännökset saattaisivat olla sovellettavissa uuteen

¹⁵⁷ Ks. myös Lindell 1993 s. 240–243.

¹⁵⁸ Ks. myös KKO 1993:101 ja 1987:62, jossa oli kysymys todistajan esteellisyys-sääntelyn (17:18.1) kiertämisyrityksestä.

¹⁵⁹ Vähemmistöön jääneet jäsenet päätyivät samaan lopputulokseen hieman laajemmin perusteluin.

teemaan. Teemapreklusio olisi kuitenkin rajoitettava tarkoituksellisen sopimattomiin menettelyihin, koska vastapuolen täytyy varautua normaaleihin yllätyksiin todistajankuulustelussa. Toinen mahdollisuus teemapreklusion sijasta on, että vastapuolella katsotaan tällöin olevan pätevä syy vastatodistelun esittämiseen ja asianosainen velvoitetaan korvaamaan tästä vastapuolelle aiheutuvat lisäkustannukset (21:5). Jälkimmäinen tulkinta olisi totuustavoitteen kannalta perustellumpi vaihtoehto.

7.3.6 Ajallinen edellytys: myöhästyminen

Todistusaineiston alioikeuspreklusio – kuten muukin preklusio Suomessa – kytkeytyy aina tiettyyn oikeudenkäynnin vaiheeseen tai määräaikaan: tähän vaiheeseen tai määräaikaan nähden liian myöhään ilmoitetut todisteet jätetään tutkimatta. Tätä preklusion edellytystä kutsutaan tässä ajalliseksi edellytykseksi laajasti ymmärrettynä. Kysymys on yksinkertaisesti siitä, milloin asianosainen on myöhästynyt todisteen ilmoittamisessa.¹⁶⁰ Seuraavissa alajaksoissa tarkastellaan todisteiden alioikeuspreklusion ajallista edellytystä tarkemmin ensin 6:9:n (jakso 7.3.6.1) ja sitten 5:22:n mukaan (jakso 7.3.6.2); edellinen kytkeytyy ex lege oikeudenkäynnin tiettyyn ajalliseen vaiheeseen, jälkimmäinen puolestaan tuomioistuimen asettamaan määräaikaan.

7.3.6.1 Valmistelun päättäminen

a. OK 5:28.1:n mukaan, kun valmistelussa on selvitetty 5:19:ssä tarkoitetut seikat eli mm., mitä todisteita tullaan esittämään ja mitä kullakin todisteella aiotaan näyttää toteen, tuomioistuimen on todettava valmistelu päättyneeksi

¹⁶⁰ Saksassa (ja Itävallassa) kysymys on monimutkaisempi, koska preklusio kytkeytyy paitsi (tuomioistuimen asettamaan) määräaikaan (ZPO § 296.1), myös asianosaisten yleisen huolellisuusvelvollisuuden (§ 282.1) laiminlyöntiin (§ 296.2). Suomessa ei ole jälkimmäiseen sääntelyyn liittyvää problematiikkaa: ei tarvitse erikseen kysyä, *milloin* asianosaisten pitäisi yleensä tietty aineisto ilmoittaa, koska preklusion kannalta kaikki aineisto on ilmoitettava valmistelun päättämiseen mennessä (tai 5:22:n tarkoittaman määräajan päättämiseen mennessä). Kysymys asianosaisten myöhästymisestä ei siis Suomessa edellytä sisällöllisten vaatimusten analysointia, vaan ne otetaan pelkästään pätevän synn arvioinnissa huomioon. Saksassa sen sijaan kysymys edellyttää sekä ajallisen että sisällöllisen komponentin erittelyä, ks. esim. Kallweit s. 35, Fuhrmann s. 21 ja Weth s. 127. – On myös pidettävä mielessä ero asianosaisten 'totaalimyöhästymiseen' eli poissaoloon tai siihen rinnastettavaan laiminlyöntiin, joka dispositiivisessa riita-asiassa johtaa yleensä yksipuoliseen tuomioon laiminlyöjää vastaan, ks. edellä jakso 7.2.2 ja Otto s. 15 s.

ja siirrettävä asia pääkäsittelyyn.¹⁶¹ Valmistelun päättäminen on sen keskeisen merkityksen vuoksi todettava nimenomaisesti ja merkittävä valmistelustunnon pöytäkirjaan. Tuomioistuimen on määrättävä pääkäsittelyn ajankohta ja kutsuttava asianosaiset pääkäsittelyyn siten kuin OK 11 luvussa säädetään.¹⁶² OK 6:9:n mukaan asianosainen ei enää pääkäsittelyssä saa vedota sellaiseen todisteeseen, johon hän ei ole vedonnut jo valmistelussa.¹⁶³ Tämä preklusio pääkäsittelyssä tulee siis voimaan suoraan lain nojalla; se ei edellytä tuomioistuimen asettamaa määräaikaa, vaan pelkästään sitä, että oikeudenkäynnissä ollaan siirrytty pääkäsittelyvaiheeseen.

Mitä ajankohtaa tämä »pääkäsittelyssä» sitten tarkemmin ottaen tarkoittaa? Selvää on, että asianosainen ei saa ilmoittaa uutta todistetta enää sen jälkeen, kun pääkäsittely on aikanaan aloitettu. Kysymyksenalainen sen sijaan on valmistelun ja pääkäsittelyn *välinen* aika: suullisen valmistelun päättämisen ja (varsinaisen erillisen) pääkäsittelyn alkamisen välillä saattaa kulua jopa kuukausia. Tällä välillä ei järjestetä varsinaista oikeudenkäyntitilaisuuksia, mutta kirjallinen käsittely on mahdollista. OK 5:29:ssä vielä nimenomaisesti säädetään, että jos asianosainen tahtoo pääkäsittelyssä esittää todisteen, jota hän ei ole valmistelussa ilmoittanut, hänen on viipymättä saatettava se tuomioistuimen tietoon – eli ilmoitettava siitä tuomioistuimelle ja vastapuolelle – ja samalla ilmoitettava, mitä hän aikoo todisteella näyttää toteen.¹⁶⁴ Onkin perusteltua kysyä, onko tällainen valmistelun päättämisen jäl-

¹⁶¹ Toisaalta on syytä korostaa sitä sinänsä itsestään selvää asiaa, että valmistelua ei saa päättää *ennen* kuin OK 5:19:ssä tarkoitetut seikat on selvitetty: asianosaisille on annettava aito mahdollisuus ilmoittaa mm. todisteensa ja niiden todistusteemat. Valmistelun päättämiseen ei saa hakea erikseen muutosta (25:1.3), mutta asianosainen voi pääasiasta valittaessaan vedota siihen, että valmistelu päätettiin liian aikaisin, mikä voi myös olla kanteluperuste (31:1:n 4 kohta). Jos taas asianosainen yrittää viivyttää valmistelun päättämistä, tuomioistuimen käytettävissä on 5:22:n mukainen preklusiouhka ja 21:5:n mukainen kuluvastuu. Ks. myös Gomard ym. s. 464 ja Bet 1973:698 s. 151, jonka mukaan valmistelu tulee päättää, kun se on saavuttanut tavoitteensa eli kun asian riitakysymykset on kartoitettu ja todistelun laajuus selvitetty.

¹⁶² Vaikka erillisen pääkäsittelyn aloittamiselle ei ole säädetty mitään määräaikaa, valmistelun yleinen joutuisuus edellyttää, että pääkäsittely pidetään viipymättä (arg. 5:18.1). Vrt. rikosprosessin osalta nimenomaisesti ROL 5:12.1.

¹⁶³ Merkitystä ei ole sillä, pidetäänkö pääkäsittely erillisenä vaiko 6:15:n mukaisesti valmistelun yhteydessä.

¹⁶⁴ Vaikka OK 5:29:ssä ei mainita ilmoittamista tuomioistuimen lisäksi vastapuolelle, on selvää, että tämä kuuluu hyvään asian ajamiseen ja edistää säännöksen tavoitteen toteutumista. On sinänsä merkittävää, että nimenomaista mainintaa tästä ei ole otettu säännökseen (vrt. Ruotsin RB 42:22 ja Suomen TTL 31 § (L 951/93)). – Vastaavasti tulee

keen, mutta ennen pääkäsittelyn alkamista ilmoitettu todiste lähtökohtaisesti OK 6:9:n mukaan prekludoitunut eli tuleeko preklusio voimaan jo sillä hetkellä, kun valmistelu julistetaan päättyneeksi.

Ruotsin vastaavan säännöksen sanamuoto poikkeaa tässä suhteessa OK 6:9:stä.¹⁶⁵ RB 43:10:n mukaan preklusio koskee todisteita, joita asianosainen ei ole ilmoittanut »före förhandlingens början». Ruotsin esitöissä onkin nimenomaisesti lausuttu, että preklusiosäännöstä voidaan soveltaa, jos asianosainen laiminlyö menetellä (OK 5:29:ää vastaavassa) RB 42:22:ssä säädettyllä tavalla.¹⁶⁶ Tästä voitaisiin päätellä, että jos asianosainen ilmoittaa todisteesta ja sen temasta välittömästi valmistelun ja pääkäsittelyn välisenä aikana, preklusiosäännöstä ei voitaisi pääkäsittelyssä soveltaa. *Lindell* sen sijaan on tullut siihen tulokseen, että jos asianosainen vetoaa uuteen todisteeseen niin myöhään, että määrättyä pääkäsittelyä ei vaikeuksitta voida peruuttaa, niin tuomioistuimen täytyy voida soveltaa preklusiosäännöstä pääkäsittelyssä.¹⁶⁷

Suomessa preklusion soveltumisen suuntaan viittaa jo lakitekstissä se, että 5:29:n mukaan asianosaisen on ilmoittaessaan uuden todisteen valmistelun ja pääkäsittelyn välisenä aikana ilmoitettava myös syy, minkä vuoksi hän ei ole ilmoittanut sitä valmistelussa.¹⁶⁸ RB 42:22:n mukaan tällaista velvollisuutta ei ole. Sääntelyllä ei liene juuri muuta ratiota kuin se, että ilmoituksen perusteella tuomioistuin pystyy harkitsemaan, onko asianosaisella 6:9:n tarkoittama pätevä syy.¹⁶⁹ Hallituksen esityksen perusteluista ilmenee nähdäkseni sama kanta: »Jotta – – voitaisiin välttää pääkäsittelyn lykkääminen

menetellä, jos vanhalle todisteelle ilmenee uusi todistusteema valmistelun päättämisen ja pääkäsittelyn välisenä aikana, ks. Brolin ym. s. 59.

¹⁶⁵ Norjassa pääkäsittelypreklusio koskee myös valmistelun ja pääkäsittelyn välistä aikaa, ks. Hov s. 345 s ja Schei II s. 234. Tanskassa taas on kokonaan eri preklusiosäännökset koskien valmistelun ja pääkäsittelyn välistä aikaa (Rpl § 357) ja pääkäsittelyä (§ 363). Edellisessä viitataan materiaalistien edellytysten osalta jälkimmäiseen, mutta kirjallisuudessa on katsottu, että edellistä tulee soveltaa lievemmin, kun uusi aineisto ilmoitetaan hyvissä ajoin ennen pääkäsittelyä, ks. Gomard ym. s. 465–467 ja 475–477, Gomard s. 193 ja Smith s. 156.

¹⁶⁶ SOU 1938:44 s. 441, 432 ja 449. Ks. myös Gärde ym. s. 608 ja 622 sekä Fitger RB s. 42:65 ja 43:23. Brolin ym. s. 60 katsovat, että valmistelu jatkuu, kunnes pääkäsittely alkaa.

¹⁶⁷ Lindell 1993 s. 190 ja 219. Ks. myös Hellners s. 852.

¹⁶⁸ Säännös lisättiin KKO:n aloitteesta, ks. KKO 1990 s. 396.

¹⁶⁹ Toinen merkitys voisi kylläkin olla siinä, että tuomioistuin pystyisi sen perusteella harkitsemaan kulusanktion soveltamista; näin ilmeisesti rikosasioiden osalta ROL 7:20, josta HE 1995:82 s. 107, vrt. ROL 5:16, josta HE 1995:82 s. 75 ja Jokela 1997 s. 213 ja 271 s.

silloin, kun uuden todisteen esittäminen sallitaan, on tärkeitä, että asianosainen niin pian kuin hän tietää, että hän tulee esittämään uuden todisteen, ilmoittaa – – siitä tuomioistuimelle. – – ilmoituksen perusteella tuomioistuin voi jo etukäteen harkita, johtuuko asianosaisen menettely – – pätevistä syistä.»¹⁷⁰

Myös preklusiosääntelyn funktiota koskevat argumentit johtavat samaan lopputulokseen. Todistelun lopullisen valmistelun tulee tapahtua suullisessa valmistelutunnossa ja sen tavoitteena on keskittää todistelu yhtäjaksoiseen pääkäsittelyyn. Se, että uusia todisteita voitaisiin vapaasti ilmoittaa vielä valmistelun ja pääkäsittelyn välisenä aikana, vähentäisi preklusiosääntelyn preventiivistä tehoa valmistelussa. Toisaalta pääkäsittelyn onnistumisen kannalta olisi lähes yhtä haitallista, että asianosainen voisi ilmoittaa uudesta todisteesta vapaasti vielä valmistelun jälkeen ennen pääkäsittelyä kuin vasta pääkäsittelyssä.

Pääkäsittelypreklusio (6:9) koskee siten myös niitä uusia todisteita, jotka asianosainen ilmoittaa (5:29) valmistelun päättämisen jälkeen, mutta ennen pääkäsittelyn alkamista.¹⁷¹ Toisaalta 5:29:n tarkoittama asianmukainen ilmoitus tulee ottaa 6:9:n soveltamisessa huomioon, koska mitä aikaisemmin uudesta todisteesta ilmoitetaan tuomioistuimelle ja vastapuolelle, sitä paremmat mahdollisuudet on ottaa se jo määrättyssä pääkäsittelyssä vastaan. OK 5:29:n mukainen ilmoitus ja sen ajankohta tuleekin ottaa 6:9:n tarkoittaman pätevän syyn arvioinnissa huomioon: mitä aikaisemmin asianosainen ilmoittaa uudesta todisteesta, sitä helpommin voidaan katsoa hänellä olleen pätevän syyn sen ilmoittamatta jättämiseen valmistelussa.

b. Edellä on tarkasteltu normaalitilannetta, jossa yhtä valmistelua seuraa yksi pääkäsittely; seuraavassa on syytä tarkastella lyhyesti eräitä tästä poikkeavia erityistilanteita. Ensinnäkin sellaisen kysymyksen käsittelyä varten, joka saadaan ratkaista erikseen osa- tai välituomiolla (24:5 ja 6), voidaan määrätä pääkäsittely, vaikka asian valmistelu ei ole muilta osin vielä päät-

¹⁷⁰ HE 1990:55 s. 72 s. – Työtuomioistuinprosessissa tilanne näyttää olevan toinen: OK 5:29:ää vastaava säännös on TTL 31 §:n (L 951/93) 1 momentissa. Säännöksen 2 momentin mukaan pääkäsittelyssä asianosainen ei saa vedota sellaiseen todisteeseen, johon ei ole vedottu valmistelussa *tai* jota ei ole 1 momentissa mainituin tavoin ilmoitettu pääkäsittelyssä esitettäväksi, ellei asianosainen saata pätevää syytä todennäköiseksi; todisteen ilmoittaminen asianmukaisesti valmistelun ja pääkäsittelyn välisenä aikana siis estänee preklusion. Lainvalmistelutöistä ei ilmene syytä sääntelyn eroon yleiseen siviiliproessiin verrattuna, ks. HE 1993:190 s. 8.

¹⁷¹ Ks. myös Jokela LM 1994 s. 154 ja Virolainen DL 1995 s. 345 av 2 sekä jäljempänä jaksossa 7.3.7 selostettava ratkaisu Turun HO 3.9.1996 nro 2754.

tyntyt (5:30; ns. *osapääkäsittely*). Tällöin osapääkäsittelyä on normaalisti edeltänyt 'osavalmistelu' tuota kysymystä koskien; tuomioistuin voi erikseen valmistella asian erillisen osan (5:23; ns. *osavalmistelu*).¹⁷² Tällaisessa tilanteessa valmistelun jatkuessa osapääkäsittelyn jälkeen uusia todisteita voidaan ilmoittaa preklusiosääntelyn estämättä uutta pääkäsittelyä silmälläpitäen, koska asian valmistelua ei ole muilta osin edes vielä päätetty. OK 6:9:n mukainen preklusio tulee siis voimaan kummankin pääkäsittelyn osalta erikseen.¹⁷³

Kysymyksenalaista on lähinnä, täytyykö asianosaisen ilmoittaa osavalmistelussa jo ilmoitetut todisteet uudelleen jatkovalmistelussa toista pääkäsittelyä silmälläpitäen. Jos osavalmistelussa on valmisteltu ainoastaan osapääkäsittelyssä erikseen ratkaistavaa kysymystä, myös asianosaisten todisteita koskevat ilmoitukset ovat voineet koskea ainoastaan tuota kysymystä. Jos siis asianosainen haluaa vedota samaan todisteseen jutun muuta osaa koskevassa myöhemmässä pääkäsittelyssä, hänen tulee ilmoittaa se uudelleen vastaanotettavaksi tuossa pääkäsittelyssä. Tätä edellyttää jo se, että samojenkin todisteiden todistusteemat poikkeavat tällöin eri pääkäsittelyissä toisistaan. Jos siis esim. pelkästään vahingonkorvauksen perusteesta on toimitettu osavalmistelu ja osapääkäsittely, asianosainen voi ilmoittaa vapaasti uusia todisteita 6:9:n estämättä vahingonkorvauksen määrän osalta, mutta toisaalta hänen on ilmoitettava uudelleen teemoineen ne todisteet, jotka hän haluaa esittää myös vahingonkorvauksen määrää koskevassa pääkäsittelyssä.

Käräjäoikeus voi myös määrätä, että asiaa tai sen osaa on *uudelleen valmisteltava* pääkäsittelyä varten, sekä antaa tarkempia määräyksiä valmistelusta (6:13; ns. *uudelleenvalmistelu*); asia siis tavallaan 'palautetaan' käräjäoikeuden pääkäsittelystä takaisin valmisteluun. Miten OK 6:9:ää on tällaisessa tilanteessa sovellettava: voiko asianosainen uudessa valmistelussa ilmoittaa vapaasti uusia todisteita jo aiemmin voimaan astuneesta preklusiosta huolimatta? Tilanne eroaa osapääkäsittelystä siinä, että valmistelu on tällöin jo kerran koko jutun osalta päätetty. Onkin vaikea nähdä, miksi asian uudelleen valmistelu sinänsä antaisi asianosaiselle jälleen vapaan oikeuden uusien todisteiden ilmoittamiseen. Uudella valmistelulla ei voitane kiertää preklusiosääntelyä.¹⁷⁴ Toisaalta 6:9:n ulottaminen tulkinnallisesti koskemaan täl-

¹⁷² Ks. HE 1990:15 s. 69 ja 73.

¹⁷³ Ks. myös Gomard ym. s. 466: »Har forberedelsen – – været opdelt i flere afsnit, indtræder præklusionen for hvert afsnit for sig.» – OK 5:22:n mukainen preklusio sen sijaan pysyy valmistelun sisällä edelleen voimassa.

¹⁷⁴ Yksi tähän kytkeytyvä kysymys on, milloin asia ylipäätään voidaan palauttaa uudelleen valmisteluun. Laki ei anna tässä suhteessa kriteereitä. Esitöissä mainitaan seu-

laista tilannetta on jossakin määrin ongelmallista, koska säännös ei rajoita asianosaisen oikeutta esittää uusia todisteita vielä valmistelussa. OK 6:9:n mukainen preklusio pysynee kuitenkin normaalisti voimassa, vaikka asia palautettaisiin 6:13:n nojalla uudelleen valmisteluun.¹⁷⁵ Toinen asia luonnollisesti on, että uudelleen valmistelun vuoksi tai muusta syystä asianosaisella saattaa tällöin olla pätevä syy ilmoittaa uusia todisteita.

Vastaava problematiikka tulee esille, jos muutoksenhakutuomioistuimien *palauttaa* asian kärjäoikeuteen: voidaan kysyä, voiko asianosainen tällöin esittää kärjäoikeudessa vapaasti uusia todisteita jo kerran voimaan tulleen preklusion (6:9:n) estämättä.¹⁷⁶ Huomiota on ensinnäkin kiinnitettävä siihen, mihin kärjäoikeusprosessin vaiheeseen juttu on palautettu: jos juttu on palautettu kärjäoikeuden pääkäsittelyyn siellä tapahtuneen menettelyvirheen vuoksi, esimerkiksi tuomion perustelujen täydentämistä varten, lienee selvää, etteivät asianosaiset voi esittää todisteita kärjäoikeuden uudessa pääkäsittelyssä laajemmalti kuin he olisivat voineet niitä esittää kärjäoikeuden alkuperäisessä pääkäsittelyssä.¹⁷⁷ Kysymyksenasettelu sen sijaan kärjistyy, jos asia palautetaan kärjäoikeuden valmisteluun tai kärjäoikeuteen menettelyvaihetta tarkemmin yksilöimättä ja asian uudelleen valmistelu kärjäoi-

raavat esimerkit (HE 1990:15 s. 85): »Pääkäsittelyssä on saatettu esittää uusia vaatimuksia tai jo esitettyjä vaatimuksia on saatettu muuttaa taikka asia tai sen osa on saattanut osoittautua esimerkiksi todistelun jälkeen niin sekavaksi, että asian valmistelua on jatkettava.» Asiaa ei kuitenkaan voitane palauttaa valmisteluun pelkästään sen vuoksi, että asianosainen voisi siellä ilmoittaa muuten prekludoituneen aineiston. Kysymys voikin olla lähinnä siitä tilanteesta, että asiaa on valmisteltava edelleen juuri sen vuoksi, että asianosainen on esittänyt esim. uuden todisteen, joka ei ole prekludoitunut asianosaisella olleen pätevän syyn vuoksi. Esitöiden jälkimmäinen esimerkki on vaikeasti avautuva: jos asia osoittautuu todistelun jälkeen sekavaksi, joko valmistelu on jo alunperin epäonnistunut tai kysymys on yksinkertaisesti vaikeasta näytön arvioinnista, jonka vuoksi asiaa ei ole syytä palauttaa uudelleen valmisteluun.

¹⁷⁵ Ks. myös Lindell 1993 s. 391, vrt. Koulu DL 1995 s. 4 s. Jos kuitenkin juttu palautetaan kärjäoikeuden pääkäsittelystä uudelleen valmisteltavaksi valmistelussa tapahtuneen oikeudenkäyntivirheen vuoksi, tilanne nähdäkseni rinnastuu seuraavissa kappaleissa käsiteltävään palauttamiseen muutoksenhaun johdosta. Selvää on, että OK 5:22:n mukainen, tuomioistuimen valmistelun sisällä asettamaan määräaikaan kytkeytyvä preklusio pysyy voimassa uudelleen valmistelusta huolimatta. – Tanskassa preklusio koskee nimenomaisesti (Rpl § 358) myös uutta valmistelua, ks. Bet 1973:698 s. 154 ja Gormard ym. s. 467.

¹⁷⁶ Jos sen sijaan preklusio ei vielä ollut astunut voimaan, esim. juttu oli ratkaistu jo valmistelussa ja se palautetaan valmisteluun, ei se voi palauttamisen jälkeenkään olla voimassa.

¹⁷⁷ Samoin Melander DL 1997 s. 68 s.

keudessa osoittautuu tarpeelliseksi: voiko asianosainen palauttamisen jälkeisessä uudessa valmistelussa vedota preklusion estämättä uusiin todisteisiin?¹⁷⁸

On vaikea nähdä, miksi palauttaminen johtaisi siihen, että jo kerran päätetystä kärjäoikeuden valmistelusta huolimatta asianosaiset saisivat jälleen vapaasti ilmoittaa uutta näyttöä (arg. myös 12:17.1). Vanhastaan on katsottu, että palauttamisen jälkeinen menettely on aikaisemman menettelyn jatkoa ja että aikaisempi menettely pysyy voimassa.¹⁷⁹ Erityisesti on huomattava, että asianosaisella on ollut jo sekä kärjäoikeudessa että vielä hovioikeudessakin mahdollisuus ilmoittaa uudesta todisteesta.¹⁸⁰ *Palautusperusteeseen* on kuitenkin kiinnitettävä huomiota: jos juttu on palautettu oikeudenkäyntivirheen perusteella uudelleen valmisteltavaksi esimerkiksi siksi, että valmistelu oli puutteellinen eikä sitä niin ollen lainkaan olisi saanut päättää, koska esimerkiksi todistusaineiston selvittäminen oli kesken, asianosaiset voivat luonnollisesti ilmoittaa uudessa valmistelussa uusia todisteita preklusion estämättä.¹⁸¹ Muutoinkin palauttamisen vuoksi tai muusta syystä asianosaisella saattaa olla pätevä syy ilmoittaa uutta todistelua, esimerkiksi kun asianosaisen vastapuoli on hovioikeudessa voinut ilmoittaa uuden todisteen ja juttu on palautettu todistajan kuulemiseksi kärjäoikeuteen.¹⁸²

¹⁷⁸ Hovioikeus voinee määrätä sen menettelyvaiheen, valmistelun tai pääkäsittelyn, johon juttu palautetaan. Se, tuleeko näin tehdä, riippuu jutun palautusperusteesta ja tilanteesta yksittäistapauksessa: yleensä kärjäoikeudelle tulee jättää tässä suhteessa harkinnanvaraa. Esim. perusteluja varten palauttamisessa käytäntö on ollut hyvin vaihtelevaa, ks. Helsingin HO 6.8.1996 nro 3987, Itä-Suomen HO 12.10.1995 nro 1337, Kouvolan HO 9.11.1994 nro 1995 ja 31.5.1994 nro 888, Rovaniemen HO 7.10.1994 nro 1199, 7.2.1995 nro 145 ja 22.3.1995 nro 419 sekä Turun HO 16.1.1996 nro 154 (kaikki lainv.). Pelkästään perustelujen kirjoittamista varten juttua ei tarvitse palauttaa valmisteluun. Pääkäsittelyn uudelleen toimittaminenkin lienee tarpeellista ainoastaan, jos tuomion perustelujen laatiminen ei muutoin ole mahdollista; tämä taas lienee syytä jättää viime kädessä kärjäoikeuden harkintaan. Hovioikeuden antamat määräykset nähdäkseni kuitenkin sitovat kärjäoikeutta, ks. Reinikainen 1956 s. 376 vrt. Melander DL 1997 s. 71 s.

¹⁷⁹ Ks. Reinikainen 1956 s. 359, 366 ja 398 sekä KKO 1986 II 93. Uusi siviiliprosessi on kuitenkin vaikuttanut tähän lähtökohtaan: esim. pääkäsittelyn välittömyyden ja keskeytyksen vuoksi se ei enää voi jatkua samalla tavalla kuin käsittely suullis-pöytäkirjallisissa lykkäämisjärjestelmissä.

¹⁸⁰ Ks. myös Lindell 1993 s. 398, joka suosittaa preklusion ankaraa soveltamista palautustilanteessa. HO:n osalta ks. Welamson VI s. 132.

¹⁸¹ Vastaavasti esim. tuomarin jääviys johtaa koko menettelyn uusimiseen. Palauttamisperusteista ks. Reinikainen 1956 s. 58 ss, jossa ei kuitenkaan vielä mainita tuomion perustelujen puutteellisuutta palautusperusteena.

¹⁸² Vrt. Melander DL 1997 s. 74, jonka mukaan preklusio tällöin aukeaisi.

7.3.6.2 Preklusiouhan asettaminen ja määräajan kuluminen

Toisin kuin preklusio pääkäsittelyssä, preklusio valmistelussa edellyttää *tuomioistuimen asettamaa* preklusiouhkaa. OK 5:22:n mukaan tuomioistuin voi tarvittaessa kehottaa asianosaista täyttämään määräajassa 5:21.1:ssä tarkoitetut velvollisuutensa, mm. ilmoittamaan kaikki todisteet, jotka hän haluaa esittää, ja mitä hän aikoo kullakin todisteella näyttää toteen, uhalla, ettei hän määräajan jälkeen saa ilmoittaa mm. uutta todistetta. Säännös, jota voidaan soveltaa jatkovalmistelussa, kytkee preklusion kahteen edellytykseen:¹⁸³ 1) tuomioistuin on antanut asianosaiselle säännöksen tarkoittaman kehotuksen ja 2) kehotuksessa asetettu määräaika on kulunut. Seuraavassa näitä edellytyksiä analysoidaan hieman tarkemmin.

Ensimmäinen kysymys on, milloin tällainen kehoitus tulee antaa erityisesti todistusaineiston selvittämiseksi. Laki antaa hyvin niukkaa informaatiota tässä suhteessa: sen mukaan tuomioistuin »voi tarvittaessa» kehottaa asianosaista. Vaikuttaa siis siltä, että tuomioistuimella ei ole velvollisuutta kehotuksen esittämiseen vaan että kehotuksen antaminen on jätetty tuomioistuimen 'harkintaan'. Säännöstä on kuitenkin sovellettava sen tavoitteita silmällä pitäen. Näistä rekvisiitta »tarvittaessa» saa materiaallisen sisältönsä ja, kun se täyttyy, tuomioistuimen tulee kehoitus antaa.¹⁸⁴

On heti todettava, että kehotuksen välitön tarkoitus ei voi olla pääkäsittelyn keskittäminen, koska preklusio toteutuisi joka tapauksessa 6:9:n nojalla silloin, kun valmistelu päätetään. Valmistelun päättäminen edellyttää kuitenkin, että valmistelussa on selvitetty 5:19:ssä tarkoitetut seikat, kuten asianosaisten todisteet, joiden ilmoittamiseen 5:21.1 asianosaisia velvoittaa (5:28.1). Säännöksen tavoitteena lieneekin valmistelun jouduttaminen: antamalla preklusiouhkaisen kehotuksen tuomioistuin pakottaa asianosaisen lopullisesti ilmoittamaan todisteensa asetetussa määräajassa. Määräajan jälkeen asianosaisen oikeus ilmoittaa uusia todisteita on lähtökohtaisesti prekludoitunut, jolloin valmistelu voidaan yleensä päättää ja asia siirtää pääkäsittelyyn. Kehotuksen antamisen puolesta puhuu siten valmistelun joutuisuus (5:18.1).

Toisaalta on pidettävä huolta oikeudenkäynnin varmuustavoitteesta ja asianmukaisuudesta: asianosaisille on annettava aito mahdollisuus kaiken todistusaineistonsa esittämiseen. Yksittäistapauksessa toisaalta joutuisuutta

¹⁸³ Kehotus voidaan antaa suullisen valmistelun istunnossa tai siinä yhteydessä, kun tuomioistuin kehottaa asianosaista antamaan kirjallisen lausuman, HE 1990:15 s. 68.

¹⁸⁴ Vrt. Lindell 1993 s. 102 s.

sekä toisaalta varmuutta ja asianmukaisuutta on punnittava keskenään. Lähtökohtainen etusija on tällöin jälkimmäisillä. Esitöissä kirjoitetaan vastavasti: »kehotusta tulee käyttää ainoastaan silloin, kun se on välttämätöntä. Näin on esimerkiksi silloin, kun asianosainen ilman hyväksyttävää syytä yrittää viivyttää oikeudenkäyntiä tai muusta syystä, esimerkiksi huolimattomuudesta, ei noudata – oikeudenkäyntijärjestystä. Jos voidaan olettaa, että asianosaiset yrittävät toimia niin, että valmistelu olisi mahdollista saattaa loppuun ilman tarpeetonta viivytystä, sanottua kehotusta ei tulisi antaa.»¹⁸⁵ Jos siis asianosaisten todisteiden selvittäminen on aidosti kesken, tuomioistuin ei saa päättää valmistelua keinotekoisesti antamalla 5:22:n mukaisen kehotuksen. Kehotus tulee antaa lähinnä vain, jos tuomioistuin voi perustellusti olettaa asianosaisten viivyttävän oikeudenkäyntiä joko tarkoituksellisesti tai törkeähköä huolimattomuuttaan. Tämän arvioimisessa keskeinen lähtökohta on asianosaisten aikaisempi prosessaaminen.¹⁸⁶

Kehotus tulee rajata koskemaan ainoastaan sitä oikeudenkäyntiaineistoa, jonka ilmoittamisen asianosainen on laiminlyönyt. Laajuus riippuu yksittäistapauksesta ja siinä on pyrittävä suppeaan määrittelyyn. Yleensä ei ole riittävää, että tuomioistuin vain yleisesti kehottaa asianosaista täyttämään OK 5:21.1:n mukaiset velvollisuutensa, vaan kehotuksessa on yksilöitävä tarkoitettu aineisto. Jos esimerkiksi asianosainen on ilmoittanut vaatimukset ja niiden perusteet asianmukaisesti, mutta viivyttää todisteiden ilmoittamisessa, häntä on kehotettava ilmoittamaan todisteensa teemoineen. Jos taas viivyttely koskee pelkästään jotakin teemaa, häntä on kehotettava ilmoittamaan tuota teemaa koskevat todisteensa.¹⁸⁷

Jos säännöksen mukainen kehotus on annettu ja siinä asetettu määräaika

¹⁸⁵ HE 1990:15 s. 68. Samassa kohdassa todetaan myös, että »jo säännöksen olemassaololla sinänsä on oikeudenkäynnin johtamista tehostava vaikutus.» Ks. myös Lappalainen s. 115 ja Koulu JFT 1995 s. 69 sekä Ruotsin osalta samansuuntaisesti Prop 1983/84:78 s. 77, Ekelöf V s. 38 s, Fitger RB 42:45 ja Lindell 1993 s. 100–103 ja 218. Vrt. Virolainen s. 171: »Mielestäni lakiesityksen perusteluissa on suhtauduttu hieman liian varovaisesti kehotuksen antamisen edellytyksiin». Vrt. myös Liljenfeldt DL 1994 s. 165 s.

¹⁸⁶ Ruotsin vastaava säännös RB 42:15, joka astui voimaan 1.1.1984, on mielestäni onnistuneempi kuin meillä, koska siinä täsmennetään rekvisiittaa: »om det är påkallat med hänsyn till hur parten utfört sin talan tidigare under målets handläggning», ks. Prop 1983/84:78 s. 34 ja 77. Ks. myös Brolin ym. s. 95, joiden mukaan kehotusta (»stupsstocks förelägganden») ei tule rajata vain ääritilanteisiin; riittävää on viivytyksyritys tai sopimaton, illojaali prosessaaminen.

¹⁸⁷ Ks. myös Prop 1983/84:78 s. 77, Fitger RB s. 42:45 ja HE 1990:15 s. 68: »Pykälässä tarkoitettu velvoite voidaan myös rajata koskemaan esimerkiksi kirjallisen todisteen antamista.»

on kulunut, preklusio tulee voimaan.¹⁸⁸ OK 6:9:stä poiketen 5:22:n mukainen preklusio koskee luonnollisesti ainoastaan sitä asianosaista, jolle kehoitus on annettu. Toiseksi on olennaista huomata, että preklusion voimaantulo määräajan jälkeen ei säännöksen mukaan edellytä kehotuksen laiminlyöntiä: vaikka asianosainen olisi ilmoittanut pyydettyjä todisteita, uudet todisteet ovat määräajan jälkeen lähtökohtaisesti prekludoituneet.¹⁸⁹ Toinen asia on, että kehotuksen noudattaminen tai sen laiminlyönti yleensä ja syy tähän vaikuttavat siihen, voidaanko asianosaisella katsoa olleen pätevä syy tietyn todisteen jättämiseen ilmoittamatta määräajassa.

7.3.7 Uutuusedellytys: uusi todiste

Preklusio koskee luonnollisesti ainoastaan *uutta* oikeudenkäyntiaineistoa eli aineistoa, jota ei ole ennen tiettyä oikeudenkäynnin vaihetta tai määräaikaa ilmoitettu. OK 6:9:n mukaan asianosainen ei saa pääkäsittelyssä vedota sellaiseen todisteeseen, johon hän ei ole vedonnut valmistelussa. Vastaavasti 5:22:n mukaan asianosainen ei määräajan jälkeen saa ilmoittaa uutta todistetta. Seuraavassa tätä preklusion edellytystä kutsutaan uutuusedellytykseksi, joka siis merkitsee, että todisteiden preklusio voi koskea ainoastaan uusia todisteita.

OK 6:9:ää sovellettaessa on kysyttävä, onko todiste, jonka asianosainen nyt pääkäsittelyssä pyrkii esittämään, ilmoitettu jo valmistelussa vaiko ei. Tällöin ei ole kysymys pelkästään kyseisten todisteiden vertailusta, vaan todisteita koskevien asianosaisten ilmoitusten eli prosessitoimien vertailusta. Todiste saatetaan valmistelussa vastapuolen ja tuomioistuimen tietoon ilmoittamalla se joko kirjallisessa tai suullisessa valmistelussa.¹⁹⁰ Erityistä vetoamista tai muuta kvalifioitua prosessitointia ei kuitenkaan edellytetä, kuten edellä luvussa 6 on esitetty.¹⁹¹

¹⁸⁸ Määräaika on asetettava niin pitkäksi, että asianosainen pystyy kohtuudella sitä noudattamaan; tuomioistuin voinee myös asianosaisen määräajassa tekemästä pyynnöstä pidentää määräaikaa.

¹⁸⁹ Ks. Ruotsin osalta Prop 1983/84:78 s. 77, Lindell 1993 s. 104 s ja Fitger RB s. 42:45. Toisin Saksassa, ks. Zöller ym. s. 794.

¹⁹⁰ Vrt. Koulun JFT 1995 s. 69, jonka mukaan jo hyvin yleinen viittaus todisteeseen riittää.

¹⁹¹ Näin lienee, vaikka OK 6:9:n sanamuoto puhuu todisteeseen »vetoamisesta» (vrt. 5:22: »ilmoittaa» uutta todistetta). Jos sen sijaan ilmoitus on ollut niin epämääräinen, ettei todiste ole siitä ilmennyt, kyseessä on uusi todiste: esim. tapauksessa *UfR 1993.502* preklusiosäännöksiä sovellettiin, kun asianosainen oli vain ilmoittanut esittävänsä selvitystä tietystä seikasta.

Kun asianosainen pääkäsittelyssä esimerkiksi nimeää todistajan kuultavaksi, tuomioistuimen on tarkistettava, onko kyseinen henkilö nimetty kuultavaksi jo valmistelussa. Tuomioistuimen on tarvittaessa asiakirjoista selostettava, mitä asianosainen on valmistelussa lausunut.¹⁹² Kirjallisten todisteiden osalta riittää sen toteaminen, että asiakirja on valmistelussa annettu tuomioistuimelle. Jos asiakirja on ollut asianosaisen hallussa, mutta hän on ainoastaan ilmoittanut siitä valmistelussa ja jättää sen vasta pääkäsittelyssä, kyseessä lienee preklusiosääntelyn kannalta uusi todiste.¹⁹³ Vanhana lienee pidettävä todistetta, jonka asianosainen on kyllä ilmoittanut valmistelussa mutta jonka esittämisen tuomioistuin itse on (esimerkiksi 17:7:n nojalla) valmistelussa evännyt. Asianosainen ei saa kärsiä oikeudenmenetystä sen vuoksi, että tuomioistuin tulee vasta pääkäsittelyssä, muuttuneiden olosuhteiden vuoksi toiseen tulokseen.¹⁹⁴

Ratkaiseva on todisteiden identtisyys todistuskeinojen tasolla: sama todistaja on sama henkilö, sama kirjallinen todiste on sama asiakirja. Merkitystä ei voitane antaa sille, missä muodossa samaa todistuskeinoa käytetään tietolähteenä: esimerkiksi jo valmistelussa kuultavaksi nimetty asianosainen lienee vanha todiste riippumatta siitä, kuullaanko häntä vapaasti vai totuusvakuutuksen nojalla pääkäsittelyssä.¹⁹⁵ Samoin jo valmistelussa nimetty todistaja lienee vanha todiste, vaikka hänen kertomuksensa otettaisiin pääkäsittelyssä poikkeuksellisesti (ks. OK 17:11.1) vastaan kirjallisena.

Uutuusvertailu tehdään käytännössä valmistelussa kertyneestä asiakirjamateriaalista eli asianosaisten laatimista haastehakemuksesta, vastauksesta ja mahdollisista kirjallisista lausumista sekä suullisen valmistelun osalta valmistelun pöytäkirjasta ja mahdollisesta 5:24:n tarkoittamasta (kirjallisesta) yhteenvedosta.¹⁹⁶ Viimeksi mainittujen sisällön

¹⁹² Arg. OK 6:4.1, joka sanamuotonsa mukaan koskee ainoastaan vaatimuksia ja perusteita.

¹⁹³ Ks. myös Lindell 1993 s. 260. Jos sen sijaan asiakirja ei ole ollut asianosaisen hallussa, on sen ilmoittaminen valmistelussa (ja mahdollisen editiovaatimuksen esittäminen) ollut riittävää preklusioin torjumiseksi. Valmistelun päättämiseen mennessä asiakirja on siis viimeistään ollut tarkoin yksilöitävä.

¹⁹⁴ Poikkeuksellisesti valmistelussa pääkäsittelyssä tehtävää ratkaisua varten vastaanotettu todiste lienee ilman muuta vanha todiste ja tuomioistuimen on ex officio harkittava, onko todiste otettava uudelleen vastaan pääkäsittelyssä (17:8e.1). Asianosaisen ei siis tarvinne valmistelussa enää uudelleen ilmoittaa ko. aineistoa esitettäväksi tai todistetta vastaanotettavaksi pääkäsittelyssä, mutta hän voi luopua kokonaan kyseisen todisteen esittämisestä.

¹⁹⁵ Vrt. Hellners s. 857 s, joka katsoo, että jos asianosaista on kuultu AO:ssa vapaasti ja hän pyytää HO:ssa tulla kuulluksi totuusvakuutuksen nojalla, kysymyksessä on kaksi eri todistuskeinoa, joten preklusio tulee kyseeseen.

oikeellisuuden, ennen muuta täydellisuuden merkitystä ei siten voi liiaksi korostaa: ne osoittavat esimerkiksi, mitä todisteita asianosaiset ovat suullisessa valmisteluistunnossa ilmoittaneet.¹⁹⁷ Asianosaisille on varattava tilaisuus lausua tuomioistuimen yhteenvedosta ennen pääkäsittelyä (5:24); yksinkertaisimmin tämä tapahtuu siten, että valmisteluistunnon päätteeksi puheenjohtaja käy suullisesti läpi pääkäsittelyssä vastaanotettavat todisteet teemoineen ja kysyy, onko niiden osalta huomautettavaa. Tällä tavoin voidaan varmistaa, että kaikki asianosaisten ilmoittamat todisteet on merkitty muistiin.

Olenainen kysymys uutuusproblematiikassa on se, onko todisteiden preklusio *objektiivista vai subjektiivista*. Edellinen merkitsisi, että asianosainen voisi pääkäsittelyssä esittää todisteen riippumatta siitä, kuka sen on valmistelussa ilmoittanut; kysymys ei siis olisi uudesta todisteesta, vaikka esimerkiksi todistajan olisi valmistelussa nimennyt pelkästään vastapuoli. Jälkimmäinen vaihtoehto sen sijaan merkitsisi, että asianosainen voisi pääkäsittelyssä esittää 'vanhoina' ainoastaan ne todisteet, jotka hän itse on valmistelussa ilmoittanut; kysymys olisi uudesta todisteesta, jos esimerkiksi todistajan olisi valmistelussa nimennyt joku muu kuin asianosainen itse. Voiko siis asianosainen esittää pääkäsittelyssä pelkästään vastapuolen tai muiden oikeudenkäyntiin osallistuneiden valmistelussa ilmoittamia todisteita? Lakitekstin sanamuoto viittaa subjektiiviseen suuntaan: 6:9:n mukaan asianosainen ei pääkäsittelyssä saa vedota todisteeseen, johon »hän» ei ole vedonnut valmistelussa. Lakiteksti ei kuitenkaan ole niin selkeä, etteikö toiseenkin tulkintaan voitaisi päätyä. Sen sijaan 5:22:stä ei voida tehdä päätelmiä tässä suhteessa. Esitöissä kysymystä ei ole käsitelty.

Tässäkin kysymyksessä vastausta on viime kädessä etsittävä preklusion funktiosta käsin. Ensin on kuitenkin hieman eriteltävä, millaisista tilanteista

¹⁹⁶ Riita-asian suullisen valmistelun pöytäkirjaan on merkittävä mm. ilmoitetut todisteet ja mitä kullakin todisteella halutaan näyttää toteen (22:4.1:n 3 kohta). Jos todisteet ja niiden teemat kuitenkin käyvät ilmi haastehakemuksesta, vastauksesta, muusta tuomioistuimelle toimitetusta asiakirjasta tai aikaisemmin laaditusta pöytäkirjasta, riittää, kun pöytäkirjassa siltä osin viitataan sanottuun asiakirjaan tai pöytäkirjaan (22:4.2). – Vaikka tuomioistuimen yhteenvedo lain sanamuodon mukaan näyttäisi voivan koskea ainoastaan vaatimuksia ja niiden perusteita (5:24), en näe estettä sille, että tuomioistuin ottaisi yhteenvedoon mukaan myös ilmoitetun todistusaineiston. Päinvastoin tämä saattaisi olla todistelun läpiviemisen kannalta suotuisaa: todisteet voitaisiin esimerkiksi ryhmitellä kutakin teemaa koskeviin ryhmiin ja ottaa ne pääkäsittelyssä vastaan tässä järjestyksessä. Ks. valmistelun pöytäkirjan ja yhteenvedon merkityksestä myös Liljenfeldt DL 1994 s. 170 s ja DL 1995 s. 475 s.

¹⁹⁷ Vedottujen seikkojen suhteen epätasällisen pöytäkirjan aiheuttamista ongelmista ks. esim. KKO 1997:90.

voi olla kyse. Asetettu kysymys on yhteydessä kysymykseen todistusteemojen sitovuudesta. Edellä on jo tultu siihen tulokseen, että ilmoitetut todistusteemat eivät sido todisteen ilmoittaneen asianosaisen vastapuolta. Jos pelkästään toinen asianosainen on nimennyt tietyn todistajan valmistelussa tietystä teemasta, vastapuoli voi esittää todistajalle kysymyksiä *vastakuulustelussa* myös asianosaiselle epäedullisista teemoista preklusiosääntelyn sitä estämättä. Asetettu kysymys onkin relevantti lähinnä siinä sinänsä harvinaisessa tilanteessa, että todisteen alunperin ilmoittanut asianosainen vasta valmistelun päättämisen jälkeen *luopuu* kyseisen todisteen esittämisestä; voiko asianosaisen vasta- tai myötäpuoli tällöin saada todisteen esitettyä preklusio estämättä?¹⁹⁸

Todisteiden preklusioin preventiivisen funktion kannalta saattaisi olla hyödyllistä, että preklusio olisi subjektiivinen, koska asianosainen saataisiin ilmoittamaan kaikki todisteensa valmistelussa ilman, että hän voisi luottaa vastapuolen ilmoituksiin. Toisaalta valmistelu voisi kuormittaa tarpeettomasti, koska asianosaiset joutuisivat varmuuden vuoksi ilmoittamaan myös omasta puolestaan kaikki vastapuolen ilmoittamat todisteet. Pääkäsittelyssä preklusioin repressiivisen funktion kannalta preklusioin subjektiivisuudella ei olisi olennaista merkitystä, koska todiste olisi jo joka tapauksessa tuomioistuimen ja osapuolten tiedossa vastapuolen ilmoittamana. Kyseisen todisteen esittäminen ei siten juuri vaarantaisi pääkäsittelyn keskittystä. Lisäksi voidaan viitata siihen mahdollisuuteen, että asianosainen tarkoituksellisen vilpillisesti ilmoittaisi todisteen valmistelussa vain luopuakseen siitä pääkäsittelyssä vastapuolen vahingoksi, jolloin tämä ei enää voisi todisteeseen vedota.

Todisteiden preklusioin tulisi siten mielestäni olla *objektiivista*: preklusiosäännösten kannalta kysymys on vanhasta todisteesta riippumatta siitä, kuka todisteen on valmistelussa ilmoittanut, asianosainen itse taikka vasta- tai myötäpuoli. Asianosaisen ei siten tarvitse ilmoittaa samaa todistetta (samasta todistusteemasta) varmuuden vuoksi myös omasta puolestaan siltä varalta, että todisteen ilmoittanut asianosainen luopuisi sen esittämisestä valmistelun päättämisen jälkeen. – Toinen mahdollisuus olisi katsoa, että preklusio on subjektiivinen, mutta että luopumistilanteessa vastapuolella on pätevä syy ilmoittaa todiste omasta puolestaan. Asiallisesti kannat johtavat yleensä samaan lopputulokseen: jos asianosainen valmistelun päättämisen jälkeen yllättävästi luopuu esimerkiksi kuulemasta jotakin valmistelussa ni-

¹⁹⁸ Jos asianosainen luopuu todisteen esittämisestä jo ennen valmistelun päättämistä, vastapuolen on luonnollisesti ilmoitettava todiste omasta puolestaan.

meämäänsä todistajaa, vastapuoli voi puolestaan nimetä hänet kuultavaksi samasta temasta.¹⁹⁹

Julkaisemattomassa ratkaisussa *Turun HO 3.9.1996 nro 2754* (KKO: ei vl) on omaksuttu jälkimmäinen kanta. Tapauksessa KO:n valmistelussa A myötäpuolinen ja B 'vetosivat' varatuomari C:hen todistajana. Vastapuolena ollut Osuuspankki X ei sen sijaan valmistelussa vedonnut C:hen. Valmistelun päättämisen jälkeen pankki X ilmoitti 20.1.1995 KO:lle, että oli ilmennyt olevan epäselvää, aikoiko vastapuoli kuulla C:tä todistajana, ja että pankki X halusi nyt vedota häneen todistajana. Pankin mukaan sen tarkoitus oli ollut vedota todistajaan jo valmistelussa, muttei ollut tehnyt sitä, koska vastapuoli oli häneen jo vedonnut. A myötäpuolinen ja B ilmoittivat KO:lle 23.1.1995, että he luopuvat kuulemasta C:tä todistajana.

KO salli todistaja C:n kuulemisen pääkäsittelyssä pankki X:n nimemänä. HO hylkäsi A:n ja myötäpuoliansa sekä B:n vaatimuksen C:n kertomuksen jättämisestä huomiotta seuraavin perusteluin: »Andelsbanken X har vid huvudförhandlingen åberopat ett vittne som den inte åberopat vid förberedelsen men som åberopats av motparten. Bevisen har varit detsamma. Banken har utgått från att motparten åberopar vittnet vid huvudförhandlingen. Tolkningen av det ifrågavarande stadgandet som trätt i kraft 1.12.1993 hade ännu inte vid tiden för förberedelsen i ärendet stabiliserats i rättspraxis varför baken inte kunnat anta att vittnet som åberopats av motparten vid förberedelsen inte skulle kunna höras vid huvudförhandlingen om motparten efter förberedelsen skulle avstå från att höra vittnet. Banken har således haft en giltig orsak för sitt förfarande.» Voidaan kuitenkin perustellusti kysyä, mitä hyödyllistä funktiota palvelisi esim. todistajien ilmoittaminen kuultaviksi samasta temasta kahteen kertaan, molempien asianosaisten toimesta valmistelussa.²⁰⁰

Todisteen *todistusteeman muuttamiseen* täytyy nähdäkseni kuitenkin tällöin suhtautua pidättyvämmiin kuin yleensä. Asianosainen voinee hyödyntää todistetta 'vanhana' ainoastaan samasta temasta, josta vastapuoli on todisteen alunperin ilmoittanut. Ainoastaan tältä osin asianosaisten luottamusta on syytä suojata, koska kuten edellä jaksossa 5.3.2 on todettu, asianosainen on valmistelussa velvollinen ilmoittamaan saman todisteen myös omasta puolestaan, jos hän haluaa poiketa vastapuolen ilmoittamasta temasta.

¹⁹⁹ Luopumisesta tulee ilmoittaa viipymättä tuomioistuimelle (arg 5:29), jonka on kysyttävä vastapuolen suhtautumista asiaan; tällöin todistaja pystytään tarvittaessa kutsumaan pääkäsittelyyn.

²⁰⁰ Molemmille tuleva vastuu todistajan palkkiosta (17:40.2) ei mielestäni ole riittävän painava argumentti.

Jos siis esimerkiksi vastapuoli A on valmistelussa nimennyt todistajan B kuultavaksi teemasta Z, mutta pääkäsittelyssä luopuu B:n kuulemisesta, asianosainen C voi omasta puolestaan nimetä B:n kuultavaksi samasta teemasta Z, muttei ilman pätevää syytä uudesta teemasta X. Sama koskenee tilannetta, jossa B:n kuulustelu pääkäsittelyssä teemasta Z on jo päättynyt ja C haluaisi omasta puolestaan nimetä hänet kuultavaksi teemasta X. Preklusiosääntely koskee siten 'vanhan' todistajan *nimeämistä* ja *pääkuulustelua* uudesta teemasta, muttei kysymyksiä *vastakuulustelussa* toisesta teemasta.

Uutuusproblematiikkaan liittyvät vielä eräät prosessuaaliset erityistilanteet. Niiden osalta lähtökohtana tulisi pitää sitä, että todisteiden preklusioita sovelletaan *yhtenäisesti* koko oikeudenkäynnissä. Esimerkiksi muu kuin alkuperäinen *kumulaatio* (18:3–6) on mahdollinen vielä pääkäsittelyssäkin (18:7.2).²⁰¹ Tällöin voidaan kysyä, onko kaikkien kanteiden osalta kyseessä vanha todiste, jos todisteeseen on vedottu jonkin jutun valmistelussa, vai voidaanko kunkin kanteen osalta esittää pääkäsittelyssä preklusiosääntelyn estämättä ainoastaan tuon kanteen valmistelussa ilmoitetut todisteet.

Sekä kumulaation tarkoitus että käytännön hankaluudet puhuvat sitä vastaan, että preklusio olisi jokaisen kanteen osalta erilainen; toisaalta pääkäsittelyn keskitys ei paina voimakkaasti toiseen suuntaan.²⁰² Sekä objektiivisen että subjektiivisen kumulaation tilanteissa preklusiosäännöksiä olisikin sovellettava yhtenäisesti kaikissa kumuloiduissa kanteissa: jonkin jutun valmistelussa ilmoitettu todiste on vanha myös toisen kanteen osal-

²⁰¹ Harkinnanvaraisen kumulaation edellytys myös pääkäsittelyssä on, että kumulaatio »edistää asioiden selvittämistä»; esitöiden mukaan näin voi olla esimerkiksi silloin, kun asioissa esitettävä todistelu on yhteistä, HE 1990:15 s. 123. Myös muuten pakollinen kumulaatio muuttuu pääkäsittelyvaiheessa harkinnanvaraiseksi: tuomioistuimien voi käsitellä kanteet erikseen, jos niiden samassa pääkäsittelyssä käsitteleminen ei käy haitatta päin-sä. Sama koskee myös tilannetta, jossa asianosainen nostaa vasta- tai regressikanteen sen jälkeen, kun 5:22:n mukainen määräaika on kulunut. Esitöiden mukaan säännöksillä on pyritty turvaamaan pääkäsittelyn keskittäminen ja estämään oikeudenkäynnin pitkittäminen, ks. HE 1990:15 s. 125.

²⁰² Kumulaatiolle on esitetty yleensä kaksi perustelua (ks. esim. HE 1990:15 s. 120, Tirkkonen Sp I s. 405, Lappalainen Sp I s. 419 ja 433 sekä Ekelöf II s. 144 s): ensinnäkin on prosessiekonomista käsitellä yhdessä asiat, joiden oikeudenkäyntiaineisto, ennen muuta todistusaineisto on yhteinen; toiseksi kumuloinnilla voidaan välttää vaaraa, että toisiinsa liittyvissä asioissa annettaisiin ristiriitaisia tuomioita. Nähdäkseni olisi molempien perusajatuksien kanssa ristiriidassa, jos preklusiosäännöksiä sovellettaisiin eriyte-tysti eri kanteissa kumulaatiotilanteessa: todistusaineisto ei olisikaan yhteinen, jolloin myös tuomiot voisivat olla erilaiset. Toiselta puolen jossakin jutussa ilmoitettu aineisto on täl-löin joka tapauksessa osapuolten tiedossa ennen pääkäsittelyä, joten pääkäsittelyn keski-tystavoite ei paina voimakkaasti toiseen suuntaan.

ta.²⁰³ Toiseksi myös pätevä syy tulee vastaavasti arvostelluksi kaikkien kan- teiden osalta yhtenäisesti kumulaatiotilanteessa: asianosainen voinee esittää uuden todisteen pääkäsittelyssä, jos hänellä on ollut yhdessä jutussa pätevä syy olla ilmoittamatta todistetta tuon jutun valmistelussa, vaikka pätevää syytä ei muiden juttujen/asianosainten osalta olisi.

Edellä tässä jaksossa lausuttu soveltuu mutatis mutandis myös 5:22:n mukaiseen preklusioon. Sen osalta on kuitenkin asetettava yksi tärkeä ky- symys: koskeeko 5:22:n mukainen preklusio ainoastaan sitä oikeudenkäyn- tiaineistoa, joka asianosainen on nimenomaisesti kehotettu määrääjassa il- moittamaan, vaiko kaikkea muutakin säännöksessä mainittua aineistoa? Sään- nöksen ration mukainen kanta lienee, että preklusio koskee ainoastaan sa- maa aineistoa kuin itse kehotuskin; preklusio on sanktio, joka tehostaa tätä erityistä kehotusta. Muuta aineistoa koskien preklusio tulee voimaan suo- raan lain nojalla vasta, kun valmistelu päätetään. Olisi asianosaisen oikeus- turvan kannalta ongelmallista ulottaa preklusio pidemmälle kuin siihen ai- neistoon, joka kehotuksessa on nimenomaisesti mainittu.²⁰⁴ On siten tärkeää muotoilla täsmällisesti se, mitä 5:22:n mukainen kehotus koskee.

7.3.8 Poikkeukset: pätevä syy

Todisteiden preklusio käräjäoikeusmenettelyssä ei ole poikkeukseton, vaikka em. edellytykset täyttyvät.²⁰⁵ OK 6:9:n mukaan asianosainen saa pääkäsitte- lyssä vedota uuteen todisteeseen, jos hän saattaa »todennäköiseksi, että hä- nen menettelynsä johtuu pätevistä syistä». Vastaavasti asianosainen saa 5:22:n tarkoittaman määrääjän jälkeen valmistelussa ilmoittaa uuden todis- teen, jos hän saattaa todennäköiseksi, että hänen menettelynsä johtuu päte- västä syistä. Edellytyksenä siis on, että asianosaisen menettely johtuu päte-

²⁰³ Myös Lindell pitää »selektiivistä preklusiota» vain teoreettisena mahdollisuute- na, Lindell 1993 s. 343 s.

²⁰⁴ Ks. myös Lindell 1993 s. 105 ja Fuhrmann s. 21. Jos siis asianosaista on esimer- kiksi kehotettu ilmoittamaan tiettyä teemaa koskevat todisteensa, hän voi ilmoittaa mää- rääjän jälkeen ilman pätevää syytä todisteita, jotka koskevat muita teemoja.

²⁰⁵ Perusteluista ks. HE 1990:15 s. 82: »mahdollisuutta vedota uuteen – – todistee- seen pääkäsittelyssä (ei) voida kokonaan kieltää. Ehdoton kielto saattaisi johtaa siihen, että asianosaiset esittäisivät valmistelussa kaiken ajateltavissa olevan oikeudenkäyntiai- neiston vain säilyttääkseen oikeutensa vedota siihen mahdollisesti myöhemmin pääkä- sittelyssä.» Vielä olennaisempaa nähdäkseni on, että ehdoton kielto olisi ristiriidassa sekä siviiliprosessin varmuustavoitteen että sen asianmukaisuuden kanssa. Otto s. 135 s pu- huu tätä tarkoittaen (hieman harhaanjohtavasti) objektiivisista ja subjektiivisista prekluu- sionormeista.

västä syystä, ja näytön suhteen vaaditaan, että asianosainen pystyy saattamaan pätevän syyn todennäköiseksi. Seuraavassa edellytystä tarkastellaan ainoastaan todisteita silmälläpitäen ja ensisijaisesti 6:9:n kannalta, johon 5:22:ää verrataan.

OK 5:22:ää vastaava Ruotsin RB 42:15 sisältää samanlaisen poikkeuksen: »om han inte gör sannolikt att han har haft giltig ursäkt för sin underlåtenhet».²⁰⁶ Sen sijaan OK 6:9:ää vastaavan RB 43:10:n mukaan uusi todiste voidaan jättää huomiotta vain, »om det kan antas att parten genom detta förfarande försöker förhålla rättegången eller överrumpla motparten eller att parten annars handlar i otillbörligt syfte eller av grov vårdslöshet». Hallituksen esityksessä on lausuttu Suomessa omaksutun sääntelyn perusteluina, että »käytännössä saattaa – olla vaikea osoittaa asianosaisen laiminlyöneen – todisteen esiintuomisen tahallisesti taikka törkeästi huolimattomuudesta».²⁰⁷ Voidaan kuitenkin kysyä, onko 6:9 tältä osin jossakin määrin liian ankara, koska se – toisin kuin 5:22 – koskee jokaista asianosaista ilman edeltäneitä laiminlyöntejä. Toisaalta Ruotsin mallin mukainen edellytys vaikuttaa varsin vaikeasti täyttyvältä.²⁰⁸

7.3.8.1 Yleistä pätevästä syystä

a. Ajankohta ja subjekti. Mitä laissa tarkoitetaan »pätevällä syyllä» tai tarkemmin sanottuna sillä, että asianosaisen menettely johtuu pätevästä syystä? Ensinnäkin on selvää, että asianosaisen menettelyllä viitataan asianosaisen laiminlyöntiin ilmoittaa todiste valmistelussa; asianosaisella täytyy olla pätevä syy sille, että hän ei ole ilmoittanut todistetta jo valmistelussa, vastaavasti 5:22:n tarkoittamana määräaikana valmistelussa, vaan vasta pääkäsittelyssä, vastaavasti valmistelussa määräajan jälkeen.²⁰⁹ Pätevää syytä on

²⁰⁶ Myös Tanskan Rpl:n mukaan uusi aineisto voidaan sallia mm. kun voidaan katsoa olevan »undskyldeligt», että aineistoa ei ole esitetty ennen pääkäsittelyä (Rpl § 363.1:n 1 kohta).

²⁰⁷ HE 1990:15 s. 82, samoin s. 68.

²⁰⁸ Vrt. Hirvonen DL 1995 s. 435 s, jonka mukaan pääkäsittelyn preklusiosäännöistä ei kuitenkaan tulisi tulkita ankarammaksi kuin Ruotsin vastaavaa säännöstä. Tosiasiaksi kuitenkin jää, että Suomessa 1) todistustaakka pätevästä syystä on säilytetty uuteen aineistoon vetovalle ja 2) tämän tahallisuutta tai törkeää tuottamusta ei edellytetä, vaan lievempikin huolimattomuus riittää aineiston prekludoitumiseksi. Ks. keskustelusta myös Koulu JFT 1995 s. 67 vrt. Virolainen DL 1995 s. 343. Jokela (1996 s. 120) on ehdottanut harkittavaksi säännöksen muuttamista Ruotsin kaltaiseksi. De lege ferenda ks. jäljempänä jaksoa 8.1.

²⁰⁹ RB 42:15:n sanamuoto on tässä suhteessa havainnollisempi: »han har haft giltig ursäkt för sin underlåtenhet».

siten etsittävä lähtien asianosaisen velvollisuudesta todisteiden ilmoittamiseen valmistelussa: on kysyttävä, onko asianosaisella ollut hyväksyttävä syy tämän ilmoitusvelvollisuutensa täyttämättä jättämiseen.

Silmällä pidettävä ajankohta on vastaavasti se, jolloin asianosaisen olisi tullut todiste ilmoittaa. Pätevän syyn lieenee siten täytynyt olla olemassa aina valmistelun päättämiseen, vastaavasti määräajan päättymiseen saakka. Preklusion torjumiseksi ei siis riitä, että pätevä syy on ollut valmistelun alussa, jos sitä ei enää ole ollut valmistelun lopussa. Jos esimerkiksi vastapuoli on kiistänyt vasta suullisen valmistelun loppupuolella asianosaisen vetoaman seikan, pätevän syyn arvioinnin on kohdistuttava kiistämisen jälkeiseen aikaan: onko asianosaisella ollut vielä kiistämisen jälkeenkin hyväksyttävä syy jättää seikkaa koskeva todisteensa ilmoittamatta?

Pätevä syy on siinä mielessä asianosaiskohtainen, että sen on täytynyt olla nimenomaan sillä asianosaisella, joka haluaa vedota uuteen todisteseen. Asianosaista ei pelasta preklusiolta se, että jollakin toisella asianosaisella olisi ollut pätevä syy.²¹⁰ Jos asianosaisella itsellään ei ole ollut pätevää syytä jättää todistetta ilmoittamatta, myöskään hänen asiamiehensä asianmukainen toiminta ei oikeuta todisteen esittämiseen. Jos asianosainen on esimerkiksi ilman pätevää syytä jättänyt kertomatta todisteesta valmisteluvaiheessa omalle asiamiehelleen, niin vaikka tämä on selvittänyt asiaa häneltä edellytetyllä huolellisuudella, asianosainen ei voi pääkäsittelyssä vedota menestyksellisesti asiamiehensä huolellisuuteen omana pätevänä syynään.

Toisaalta asianosainen joutuu vastaamaan paitsi omastaan, myös puhevaltaansa käyttäneen *asiamiehen tai avustajan laiminlyönnistä*: asiamiehen tuottamus katsotaan asianosaisen tuottamukseksi preklusiosäännöksiä sovellettaessa.²¹¹ Jos siis asiamies on ilman pätevää syytä jättänyt todisteen ilmoittamatta valmistelussa, asianosainen ei voi ilmoittaa todistetta pääkäsittelyssä, vaikka hän ei henkilökohtaisesti olisi syyllistynyt laiminlyöntiin. Jos asianosaista on valmistelussa edustanut asiamies, tämän toiminnan arviointi onkin yleensä ratkaiseva asianosaisen pätevän syyn olemassaolon kannalta.

²¹⁰ Kuten edellä on katsottu, kumulaatiotilanteessa preklusiota tulee kuitenkin soveltaa yhtenäisesti koko jutussa, jolloin myötäpuolen esittämä uusi todiste koituu myös asianosaisen eduksi: asianosainen itse ei kuitenkaan voi uutta todistetta esittää myötäpuolella olleen pätevän syyn vuoksi.

²¹¹ Ks. myös Gomard ym. s. 477, Kallweit s. 67, Fuhrmann s. 124, Weth s. 269, Rosenberg ym. s. 378 s ja Baumbach ym. s. 933 ja 938. Ks. myös purkupreklusion (OK 31:7.2) osalta Cars s. 181 ja Lager 1972 s. 163 s.

Poikkeuksettomasti sovellettuna sääntö saattaisi kuitenkin johtaa yksittäisen asianosaisen kannalta kohtuuttomaan lopputulokseen.²¹² Ajateltakoon tilannetta, jossa maallikkoasianosainen on uskonut asiansa lainoppineen asiamiehen hoidettavaksi ja tämä laiminlyö törkeän huolimattomasti, hyvää asianajajatapaa rikkoen asianosaisen puolesta puhuvien todisteiden selvittämisen ja ilmoittamisen valmistelussa; asetetun säännön mukaan asianosaista ei tällöin pelastaisi se, että hän on itse toiminut täysin bona fide suhteessa asiamieheensä. Säännöstä tulisi mielestäni voida poiketa tilanteissa, joissa asiamies on toiminut törkeän huolimattomasti ja asianosainen puolestaan huolellisesti ja vilpittömässä mielessä. Pääsääntö asiamiehen tuottamuksen lukemisesta asianosaisen tuottamukseksi on kuitenkin vahva, eikä siitä voitane poiketa muutoin kuin selvissä tilanteissa.²¹³

Väliintulijan osalta voidaan kysyä, arvioidaanko pätevää syytä asianosaisella vaiko hänellä itsellään olleen syyn perusteella. Väliintulija pyrkii todistellullaan tukemaan jomman kumman asianosaisen vaatimuksia. Ns. epäitsenäisellä väliintulijalla on oikeus toimia oikeudenkäynnissä asianosaisen tavoin, muttei kuitenkaan ristiriidassa tämän suorittaman toimen kanssa (18:10.1). Jos väliintulija osallistuu oikeudenkäyntiin poikkeuksellisesti ensi kertaa vasta pääkäsittelyssä, hänellä itsellään ei ole ollut mahdollisuutta ilmoittaa todistetta vielä valmistelussa.²¹⁴ Väliintulijalle ei kuitenkaan voitane antaa asianosaista laajempaa mahdollisuutta uusien todisteiden esittämiseen, koska muu kanta mahdollistaisi preklusiosääntelyn kiertämisen väliintulijan avulla. Väliintulijalla voitaneen katsoa olevan pätevä syy lähinnä ainoastaan silloin, kun asianosaisella itselläänkin on ollut pätevä syy jättää ko. todiste ilmoittamatta.²¹⁵ Sen sijaan ns. itsenäisellä väliintulijalla on asian-

²¹² Asiamiehen mahdollinen korvausvastuu ei merkittävästi lievennä kohtuuttomuutta. Ks. myös Leipold ZZP 1980 s. 255 s.

²¹³ Analogiana voidaan viitata OK 31:17:n mukaiseen menetetyt määräajan palauttamiseen: oikeuskäytännössä on katsottu, että asiamiehen laiminlyönti ei sinänsä ole palautusperuste (ks. KKO 1979 I 2–4, Lager DL 1980 s. 238 ss ja Leppänen – Välimaa s. 138). OK 6:9:n ja 5:22:n tarkoittamien pätevän syyn arvosteluun tulee kuitenkin suhtautua selvästi lievemmin kuin OK 31:17:n tarkoittaman erittäin painavan syyn arvosteluun. – Kysymys 6:9:n tai 5:22:n tarkoittamien määräaikaisten palauttamisesta uuden todisteen esittämiseksi ei sinänsä käytännössä aktualisoitune: jos oikeudenkäynti on vielä vireillä, kysymys on preklusiosäännösten tarkoittaman pätevän syyn arvostelusta, ja jos asia on jo ratkaistu, tuomionpurkusäännöksen tarkoittaman pätevän syyn arvostelusta (31:7.2).

²¹⁴ Väliintulo tulisi toteuttaa jo valmisteluvaiheessa; ks. HE 1990:15 s. 125: »Käytännössä väliintuloa koskeva hakemus ilmeisesti useimmiten kuitenkin tulitaisiin esittämään valmistelun aikana.»

²¹⁵ Näin ratkaisussa *NJA 1994 s. 287*: »Övervägande skäl får – – anses tala för den

osaisen asema oikeudenkäynnissä (18:10.2), joten myös pätevä syy lieenee arvosteltava itsenäisesti hänen osaltaan.

Kysymyksenalainen on myös tilanne, jossa asiamies tai asianosainen on *vaihtunut* valmistelun ja pääkäsittelyn, vastaavasti 5:22:n tarkoittaman määrääjän ja myöhemmän valmistelun välisenä aikana: asiamies on vaihtunut tai on tapahtunut asianosaisseuraanto (12:5a). Tällöinkin ratkaisevana tulisi ainakin vahvan pääsäännön mukaan pitää sen henkilön mahdollista pätevää syytä, jonka aikana olisi todisteet pitänyt ilmoittaa. Toimimisvelvollisuus on nimittäin kohdistunut häneen eikä myöhemmin hänen sijaansa tulleeseen henkilöön. Lisäksi preklusiosäännösten kiertäminen olisi muutoin helppoa asiamiestä vaihtamalla tai luovuttamalla riidan kohde. Asianosainen ei siten päässe preklusiosääntelyn kannalta parempaan asemaan pelkästään asiamiestä vaihtamalla tai luovuttamalla riidan kohde.²¹⁶ Jos kuitenkin asiamiehen vaihdon syynä ovat juuri olleet tämän törkeät laiminlyönnit valmistelussa, asianosaisella itsellään saattaa olla pätevä syy edellä puolustetun kannan mukaisesti.²¹⁷

b. Objektiivinen vai subjektiivinen mittapuu? Seuraavaksi on syytä kysyä, onko pätevä syy arvosteltava 'objektiivisesti' jonkin yleisen mittapuun perusteella vaiko 'subjektiivisesti' kyseisen henkilön tietojen ja taitojen perusteella. Objektiivinen mittapuu on epäilemättä oikea lähtökohta. Kysymys on asianosaisen tietynasteisesta huolellisuusvelvollisuudesta riita-asian valmistelussa: asianosaisen täytyy toimia valmistelussa huolellisen, asianmukaisesti prosessaavan asianosaisen tavoin.²¹⁸ Voitaneen puhua prosessuaalises-

mera strikta tillämpningen att tillåta intervenienten att förebringa ny bevisning endast om parten kan göra det.» Ks. myös Heuman JT 1991–92 erit. s. 707 s ja Lindell 1993 s. 384–387.

²¹⁶ Samoin asiamiehen vaihdoksen osalta Lindell 1993 s. 368 s, toisin asianosaisseuraannon osalta s. 374 ss. Kanta tekisi kuitenkin säännösten kiertämisen helpoksi: kantaja voisi valmistelun jälkeen esimerkiksi luovuttaa saatavansa perimistoimistolle, joka voisi vedota uusiin todisteisiin. Tukea kannalle saadaan nähdäkseni myös laista: 12:5a.1:n mukaan luovutuksensaaja voi haastetta ottamatta jatkaa kanteen ajamista »siinä muodossa kuin se oli luovutushetkellä». Esitöissä puolestaan kirjoitetaan (HE 1993:191 s. 10): »Vastaajan asema oikeudenkäynnissä kantajan vaihdoksen jälkeen ei saa huonontua. – Alkuperäisen kantajan oikeudenkäynnissä tekemät toimenpiteet sitovat siis uutta kantajaa samalla tavalla kuin ne olisivat sitoneet alkuperäistä kantajaa.» Ks. Lappalainen Sp I s. 282 ja 290 sekä aiemman lain kannalta Tarjanne s. 227 s. Vastaajan vaihdoksen osalta seuraanto edellyttää kantajan suostumusta (12:5a.2). Ks. myös Fuhrmann s. 128 s sekä purkupreklusioon osalta Cars s. 181 ja Lager 1972 s. 164.

²¹⁷ Ks. myös Smith s. 156, jonka mukaan preklusiosäännöksiä tulee soveltaa joustavasti, jos on vaihdettu velvollisuutensa laiminlyönyt asiamies.

²¹⁸ Ks. myös Liljenfeldt DL 1995 s. 476 s ja Lindell 1993 s. 302: »en part som pro-

ta huolellisuudesta, vastaavasti prosessuaalisesta huolimattomuudesta. Yhtäältä edellytetyn huolellisesti valmistelussa toimiva asianosainen ei menetä mahdollisuuttaan vedota uuteen todisteeseen pääkäsitelyssä ja toisaalta huolimaton asianosainen menettää mahdollisuutensa, vaikka hänellä olisikin laiminlyöntiin omat subjektiiviset, objektiivisesti ei-hyväksyttävät syynsä. Laista ei voitane päätellä, että pätevän syyn puuttuminen edellyttäisi asianosaisen tahallisuutta tai törkeää huolimattomuutta, vaan törkeää lievempikin huolimattomuus riittää.²¹⁹

Toisaalta myöskään henkilökohtaisia tekijöitä ei voitane kokonaan sulkea pätevän syyn arvostelukriteerien ulkopuolelle, koska asianosaisten tiedolliset ja taidolliset edellytykset saattavat poiketa huomattavastikin toisistaan.²²⁰ Keskeinen merkitys on sillä, onko asianosaisella valmistelussa lainoppinut asiamies tai avustaja vai ajaako hän juttuaan itse: lainoppineelta asiamieheltä tai avustajalta voidaan edellyttää asiantuntevampaa toimintaa oikeudenkäynnissä kuin maallikkoasianosaiselta. Eräänlaisena preklusiosääntelyn tarkoittaman 'normaalihuolellisuuden' standardina voitaneen pitää keskimääräisillä tiedoilla ja kyvyillä varustetulta lainoppineelta asiamieheltä edellytettävää huolellisuutta. Preklusiosääntely ei kuitenkaan saa merkitä tosiasiallista asiamies- tai avustajapakkoa, vaan myös maallikkoasianosaisen on pystyttävä selviämään riita-asian valmistelusta preklusiosääntelyn sitä estämättä.

Pätevän syyn arvosteluun kuuluu siten *sekä objektiivisia että subjektiivisia* elementtejä; voidaan puhua kaksivaiheisesta mallista. Lähtökohtana on ensinnäkin pidettävä asianosaisten yleistä, objektiivista huolellisuusvelvollisuutta riita-asian valmistelussa: on kysyttävä, olisiko normaalikyvyillä ja -tiedoilla varustetun lainoppineen asiamiehen pitänyt ilmoittaa kyseinen todiste jo valmistelussa. Toiseksi huomioon tulee ottaa myös kyseisen asianosaisen tiedolliset ja taidolliset kyvyt eli objektiivista kriteeriä on täyden-

cessar vid domstol måste iakta en viss aktsamhet för att inte råka ut för någon sanktion för försumlig processföring».

²¹⁹ Tilanne on siis toinen kuin Ruotsissa, jossa pääkäsitelypreklusio edellyttää asianosaisen törkeää huolimattomuutta (RB 43:10). Vrt. Hirvonen DL 1995 s. 447 s, jonka mukaan todistusteemasta poikkeamisen osalta moitittavaa voi olla tahallisuus tai törkeään huolimattomuuteen rinnastettava välinpitämättömyys. Saksassa yleiseen huolellisuusvelvollisuuteen kytkeytyvä preklusio edellyttää törkeää huolimattomuutta (ZPO § 296.2), tuomioistuimen asettamaan määräaikaan kytkeytyvään preklusioon riittää sitä lievempikin huolimattomuus (ZPO § 296.1), ks. Kallweit s. 66, Fuhrmann s. 111, Weth s. 270 sekä Rosenberg ym. s. 378 ja 382 s.

²²⁰ Ruotsin esitöiden mukaan ratkaisevaa on »partens egna förutsättningar att föra processen», Prop 1983/84:78 s. 77 ja Prop 1986/87:89 s. 222.

nettävä subjektiivisella: on kysyttävä, voitiinko kyseisen asianosaisen koh-
tuudella edellyttää ilmoittavan kyseinen todiste jo valmistelussa. Subjektiiv-
isten näkökohtien ottaminen huomioon tulee kysymykseen lähinnä silloin,
kun maallikkoasianosainen ajaa asiaansa itse. Kysymys ei kuitenkaan ole
kategorinen joko/tai, vaan näkökohta on yksi punnintatekijä muiden joukossa:
lainoppineen asiamiehen toiminnalle voidaan lähtökohtaisesti asettaa suurem-
pia vaatimuksia kuin maallikkoasianosaiselle.²²¹ Pätevän syyn arvostelun tulee
olla objektiivista, mutta inhimillistä.

Normaalihuolellisuuden vaatimuksesta voidaan siis tinkiä jonkin verran
alaspäin silloin, kun maallikkoasianosainen ajaa asiaansa itse. Sen sijaan ei
liene syytä merkittävästi alentaa vaatimusta silloin, kun asiamies, esimerkiksi
maallikkoasioitsija, on normaalia kyvyttömämpi. Preklusiosääntelyn tavoit-
teena on asianmukainen valmistelu ja asiamieheksi ryhtyvän on varmistau-
duttava olevansa tehtävään riittävän kyvykäs. Toisaalta ei liene perusteita
korottaa preklusiosääntelyn tarkoittamaa huolellisuusvelvollisuutta normaalia
kyvykkäämpien asiamiesten kohdalla, koska preklusiosääntelyn rationa ei
ole erityisen taitavaan, vaan normaalihuolelliseen prosessaamiseen ohjaa-
minen.

Tapauksessa *Vaasan HO 5.4.1995 nro 527* (lainv.) pankki vaati A:n
antaman omavelkaisen takauksen perusteella, että A:n kuolinpesä vel-
voitetaan maksamaan B:n velka. Kuolinpesä vaati kanteen hylkäämis-
tä ja väitti, että A oli ollut takauksen antaessaan oikeustoimikelvoton
ja että pankin oli kunnianvastaista ja arvotonta vedota sitoumukseen.
Kuolinpesä esitti näyttonä A:ta koskevan lääkärintodistuksen. Käräjä-
oikeus hylkäsi väitteet ja hyväksyi kanteen. Kuolinpesä valitti ja vaati
muun muassa, että HO:ssa toimitetaan suullinen käsittely ja kuullaan
todistajina A:ta hoitaneita lääkäreitä ja vanhainkodin henkilökuntaa.
Pankki vastusti todistajien kuulemistä.

HO salli lisänäytön esittämisen silloisen OK 25:14.2:n nojalla lau-
suen perusteluina seuraavaa: A:n kuolinpesän maallikkoedustaja oli
ollut käräjäoikeudessa yksin ilman lainoppinutta avustajaa. Hän oli luot-
tanut siihen, että lääkärintodistus riittää näytöksi A:n oikeustoimikel-
vottomuudesta ja pankin menettelystä. Häneltä ei ole voitu kohtuudel-
la vaatia perusteellisempaa todisteiden kartoittamista ja lisätodisteiden
esittämistä samasta todistusteemasta. Hän oli tässä asiassa suorittanut

²²¹ Vrt. Lindell 1993 s. 305, joka katsoo, että asianosaisen edustaessa itseään arvos-
telu on subjektiivista, mutta lainopillisen asiamiehen edustaessa asianosaista objektiivis-
ta. Kanta on nähtävästi omaksuttu Saksasta, jossa tilanne on kuitenkin asianajajakakon
vuoksi erilainen kuin Ruotsissa ja Suomessa, ks. Otto s. 140 s, Leipold ZZP 1980 s. 254
s, Bender ym. s. 47, Fuhrmann s. 35 ja 115 s, Weth s. 270 s, Rosenberg ym. s. 378 ja
Baumbach ym. s. 938. Ks. myös Fitger s. 249.

todisteiden kartoituksen KO:ssa kohtuullisella tavalla. Jutussa oli painavia perusteita sallia A:n oikeustoimikelpoisuutta ja pankin menettelyä koskevan lisänäytön esittäminen HO:ssa. – Perusteluissa on siis erityisesti painotettu sitä, että asianosaista edusti maallikko. Lääkärintodistuksen sisällöstä riippuen samaan lopputulokseen olisi ehkä voitu päätyä, vaikka kuolinpesällä olisi ollut lainoppinut asiamies.

Milloin asianosaiselta (tai häntä edustavalta asiamieheltä) voidaan edellyttää, että hän ilmoittaa todisteen jo valmistelussa? Rationaalinen asianosainen ilmoittaa todisteen, kun seuraavat ehdot täyttyvät: 1) asianosainen tietää todisteen olemassaolosta ja sen merkityksestä jutussa sekä 2) todisteen ilmoittaminen on sekä mahdollista että asianosaisen käsityksen mukaan tarpeellista valmisteluvaiheessa. Tämä ei kuitenkaan ole riittävää, koska pätevän syyn mittapuu on lähtökohtaisesti objektiivinen. Pätevän syyn kriteerit voitaneen yleisellä tasolla muotoilla alustavasti seuraavasti: asianosaisella on ollut pätevä syy jättää todiste ilmoittamatta valmistelussa, 1) kun hän ei vielä valmistelussa ole tiennyt eikä hänen olisi pitänytkaan tietää todisteen olemassaolosta tai sen merkityksestä jutussa taikka 2) kun todisteen ilmoittaminen ei vielä ole ollut mahdollista tai sen ilmoittamiseen ei perustellusti ole vielä valmisteluvaiheessa ollut syytä. Tämä muotoilu täsmentää pätevää syytä jonkin verran, mutta jättää edelleen varsin avoimia edellytyksiä: milloin esimerkiksi asianosaisen ei »olisi pitänytkaan tietää» todisteesta tai milloin todisteen ilmoittamiseen »ei perustellusti ole vielä ollut syytä»?

Yleisellä tasolla voidaan lähinnä hahmottaa pätevän syyn arvioinnin suuntaviivoja ja kriteereitä sekä tarkastella joitakin tyyppitilanteita.²²² Viime kädessä kysymys pätevän syyn kynnyksen ylittymisestä rajatapauksessa on ratkaistava punnitsemalla kussakin yksittäistapauksessa eri suuntiin vaikuttavia näkökohtia. Todisteen prekludoimisen suuntaan painaa 6:9:n osalta pääkäsittelyn keskitystavoite, jota todisteiden ilmoitusvelvollisuus valmistelussa palvelee: mitä enemmän kyseisen todisteen ilmoittaminen vasta pääkäsittelyssä vaarantaa pääkäsittelyn keskitystä tuossa yksittäistapauksessa ja vähentää preklusiouhan preventiivistä tehokkuutta yleensä, sitä enemmän vaaditaan, jotta syytä voitaisiin pitää pätevänä. Asianosaisille yksittäistapauksissa asettavat vaatimukset vaikuttavat myös yleisellä tasolla asianosaisten toimintaa ohjaavasti muissa oikeudenkäynneissä.

On syytä huomata, että preklusio Suomessa ei (OK 14:2.2:a lukuunottamatta) edellytä oikeudenkäynnin viivästymistä, jos uusi aineisto

²²² Vrt. Lindell 1993 s. 304, jonka mukaan preklusioarvostelua ei voida objektivoida pitkälle, vaan se on sidottu yksittäistapauksen olosuhteisiin.

otettaisiin vastaan.²²³ Omaksuttua sääntelyratkaisua voidaan pitää onnistuneena jo sen vuoksi, että nimenomaisen viivästysedellyksen soveltamisongelmat ja sen mahdollisesti avaamat kiertomahdollisuudet on näin vältetty. Saksassa juuri viivästysedellytys on aiheuttanut eniten ongelmia preklusiosääntelyssä.²²⁴ Se, missä määrin uuden todisteen esittäminen aiheuttaisi oikeudenkäynnin pitkittymisen ja siten vaarantaisi pääkäsittelyn keskityksen kyseisessä yksittäistapauksessa, tulee kuitenkin ottaa yhtenä punnintatekijänä huomioon, kun harkitaan mahdollisen pätevän syyn olemassaoloa. Viivytyks ei siis ole preklusioon välttämätön edellytys Suomessa, mutta sille tulee antaa pätevän syyn arvioinnissa merkitystä.²²⁵

Toisaalta kysymys on siitä, kuinka perinpohjaiseksi riita-asian valmistelu halutaan tehdä, koska pätevän syyn kynnys heijastuu asianosaisten toimintaan valmistelussa. Mitä ankarampia vaatimuksia pätevälle syyille asetetaan, sitä perusteellisemmin asianosaiset toimivat valmistelussa. Äärimmäisen ankarat vaatimukset johtaisivat lähelle eventuaaliperiaatetta: asianosaiset joutuisivat etsimään ja ilmoittamaan varmuuden vuoksi kaikki mahdolliset todisteensa valmistelussa, mikä merkitsisi hyvin epäekonomista prosessia.²²⁶ Asianosaisen on voitava luottaa siihen, että hän voi pidettyä tarpeettoman pitkälle menevistä tutkimuksista ja tarpeettoman aineiston ilmoittamisesta varmuuden vuoksi riita-asian valmistelussa. Liian korkea pätevän syyn kynnys kuormittaisi tarpeettomasti valmistelua ja kasvattaisi siten oikeudenkäynnin

²²³ Ruotsin osalta ks. Lindell 1993 s. 304.

²²⁴ Ks. Fuhrmann s. 75: »Die Verzögerungsproblematik bildet den Schwerpunkt von Rechtsprechung und Literatur zum Zurückweisungsrecht.« Keskustelua on käyty ns. absoluuttisen (reaalisen) ja relatiivisen (hypoteettisen, kausaalisen) viivytyksikäsitteen välillä: edellisen mukaan riittää viivytyks verrattuna aineiston esittämättä jättämiseen, jälkimmäisen mukaan edellytetään viivytystä verrattuna siihen, mikä tilanne olisi ollut, jos aineisto olisi ilmoitettu ajoissa. Vallitseva näyttää olevan kanta, jonka mukaan lähtökohdana on absoluuttinen teoria, josta tehdään kuitenkin eräitä poikkeuksia, ks. keskustelusta esim. Kallweit s. 43 ss, Fuhrmann s. 75 ss, Weth s. 207 ss, Jauernig s. 98 s, Rosenberg ym. s. 381 s, Baumbach ym. 936 s, Zöller ym. s. 795–799 ja Thomas – Putzo s. 656 ss. Sääntelyn aiheuttamista kiertomahdollisuuksista ks. Kallweit s. 176 ss, Fuhrmann s. 100 ss ja 171 ss ja Weth s. 256 ss. – Myös Norjassa preklusio edellyttää, että aineiston esittäminen viivästyttäisi asiaa, ks. Skeie I s. 455, Augdahl s. 124, Eckhoff s. 105 ja Hov s. 346.

²²⁵ Tanskan Rpl:n mukaan uuden aineiston esittäminen voidaan sallia mm., jos »modparten har tilstrækkelig mulighed for at varetage sine interesser uden udsættelse af domsforhandlingen» (Rpl § 363.1:n 2 kohta), ks. UfR 1981.561, Gomard ym. s. 477 ja 480 s sekä Smith s. 157–159.

²²⁶ Ks. myös Heuman SvJT 1993 s. 249. Voidaan puhua oikeudenkäynnin »rationa-liteettinäkökohdasta», ks. siitä Zitting 1956 s. 81.

kustannuksia. Toisaalta liian matala pätevän syyn kynnys kasvattaisi vaaraa pääkäsitteilyiden epäonnistumisista, koska asianosaisten ei tarvitsisi toimia riittävän huolellisesti valmistelussa.²²⁷

Pääkäsitteilyn keskitystavoitetta vasten on valmistelun prosessiekonomian lisäksi asetettava oikeudenkäynnin asianmukaisuus yksittäistapauksessa. Preklusiosääntelyn soveltaminen ei saa loukata asianosaisten tosiasiallista oikeutta tulla kuulluksi, vaan hänellä on täytynyt olla aito mahdollisuus ilmoittaa haluamiaan todisteita valmistelussa.²²⁸ Asianosaisten laiminlyönti täytyy olla luettavissa hänen syykseen. Mitä ankarampia vaatimuksia asianosaisten toiminnalle valmistelussa jouduttaisiin asettamaan, sitä perustellummin syytä voidaan pitää pätevänä.

Tässä hahmoteltua siviiliprosessioikeudellista (prosessuaalista) huolellisuusvelvollisuutta voidaan peilata myös *siviilioikeudelliseen* (materiaaliseen) huolellisuusvelvollisuuteen. Edellinen asettaa vaatimuksia henkilön toiminnalle oikeudenkäynnissä, jälkimmäinen toiminnalle ennen mahdollisen riidan syntymistä. Sääntelykohteen erilaisuuden vuoksi mitään suoria päätelmiä huolellisuusvelvollisuuksien välillä ei liene suuntaan eikä toiseen tehtävissä. Yleisellä tasolla voidaan sanoa, että henkilön huolellisuusvelvollisuuden tulee olla korkeampi oikeudenkäynnissä kuin sen ulkopuolella: esimerkiksi parempaa oikeutta autoon koskevan jutun asianosaisella on laajempi relevantin aineiston selvittämismuuttamattomuus riita-asian valmistelussa kuin auton ostajalla on kauppaa tehtäessä.²²⁹

Siviilioikeuden ja siviiliprosessioikeuden keskinäisen yhteyden vuoksi huolellisuusvelvollisuuksien perustavat kehityslinjat kulkenevat kuitenkin samaan suuntaan. Edellä siviiliprosessuaalisen huolellisuusvelvollisuuden osalta lausuttu lienee sopusoinnussa siviilioikeudellisen huolellisuusvelvollisuuden kehityksen kanssa. Esimerkiksi esineoikeudessa on nyttemmin katsottu, että vilpittömän mielen arvostelun objektiivisia kriteereitä (bonus pater familias) on jossakin määrin täydennettävä myös subjektiivisilla kriteereillä.²³⁰ Siviilioikeudellisen huo-

²²⁷ Rikosoikeudesta lainatuin termein voidaan puhua asianosaisille »sallitusta riskistä» jättää todisteet valmistelussa ilmoittamatta; sallitun ja kielletyn riskinoton raja on viime kädessä arvioitava toiminnan hyötyjä ja haittoja keskenään punnitsemalla, ks. esim. Nuutila s. 324 ss. Ks. myös varallisuus oikeuden kannalta Pöyhönen LM 1997 s. 553 ss, jossa hän korostaa »riskipositio» -ajattelun ex ante -näkökulmaa.

²²⁸ Ks. myös Fuhrmann s. 15 s.

²²⁹ Pöyhösen termein voitaisiin sanoa, että oikeudenkäynti on erilainen »toimintaympäristö», jolloin myös henkilön »riskipositio» on erilainen, ks. Pöyhönen LM 1997 s. 542 ss ja 553 ss.

²³⁰ Ks. esim. Zitting 1956 s. 84 ja 1989 s. 66 sekä Havansi 1992 Esinevakuus oikeudet s. 119 ja kokoavasti Kaisto s. 282 ss, joka puhuu Havansin tavoin objektiivisen mitapuun subjektiivisesta täsmennyksestä.

lellisuusvelvollisuuden kehitys on siis kulkenut jonkin verran objektiivisesta subjektiiviseen suuntaan.²³¹

c. Todisteen merkityksen merkitys ym. Lainkäytössä voidaan pitkälti lähteä siitä, että lainsäätäjät on jo preklusiosäännöksiä asettaessaan harkinnut preklusiosääntelyn suhteen oikeudenkäynnin totuustavoitteeseen. Keskeinen, mutta samalla ongelmallinen kysymys onkin se, missä määrin myös lainkäyttäjät voi ottaa huomioon *väärän päätöksen riskin* preklusiosäännöksiä soveltaessaan eli lähinnä pätevää syytä harkitessaan. Jos asianosainen haluaa pääkäsittelyssä esimerkiksi esittää uuden asiakirjan, jonka tuomioistuimien tietää olevan jutussa merkittävä todiste tai ehkä jopa melkoisella varmuudella ratkaisevan jutun, voiko tuomioistuin pelkästään tällä perusteella sallia todisteen esittämisen?

Lakitekstin valossa todisteen merkityksen huomioon ottaminen pätevänä syynä on ongelmallista: todisteen merkitys jutussa ei liity asianosaisen menettelyn hyväksyttävyyteen valmistelussa. Päinvastoin voidaan sanoa, että on erityisen huolimatonta jättää erityisen merkityksellinen todiste valmistelussa ilmoittamatta. Hallituksen esityksessä lausutaan kuitenkin nimenomaisesti, että »erityisesti silloin, kun seikka tai todiste on asian ratkaisemisen kannalta merkittävä, aineelliseen totuuteen pyrkiminen edellyttää, että seikka tai todistelu vain painavin perustein jätetään ottamatta huomioon.»²³² Vaikuttaa siltä, että lainsäätäjät on tässä tietoisesti halunnut poiketa Ruotsista, jossa vuoden 1987 uudistuksen perusteluissa on päinvastainen, nimenomainen lausuma.²³³ Suomen esitöiden lausuma ei kuitenkaan ole jättänyt jälkeä itse lakitekstiin.

Mielestäni todisteen merkitys jutussa tulee ottaa huomioon pätevän syyn arvostelussa, koska Suomessa todistelun keskityksen ja siten myös preklusiosääntelyn viimekätisenä funktiona on pidetty oikeudenkäyntien varmuutta. Tähän nähden olisi paradoksaalista, jos todisteen merkitystä jutussa eli kääntäen väärän päätöksen riskiä ei voitaisi ottaa huomioon.²³⁴ Toisaalta to-

²³¹ Rikosoikeudellisessa tuottamusopissa taas on päinvastoin kiinnitetty viime aikoina korostettua huomiota tuottamuksen objektiiviseen puoleen (ns. teon huolimattomuuden) subjektiivisen tekijän huolimattomuuden rinnalla, ks. kehityksestä esim. Nuutila s. 177 ss ja 272 ss.

²³² HE 1990:15 s. 83. Ks. myös SOU 1938:44 s. 449.

²³³ Ks. Prop 1986/87:89 s. 222: »I dispositiva frågor bör preklusionsregeln i princip kunna tillämpas oavsett om det nya materialet är av avgörande betydelse för utgången eller ej.» Ks. myös Lindell 1993 s. 116 ja Heuman JT 1993–94 s. 612.

²³⁴ Vrt. Virolainen DL 1995 s. 349. – Myös Saksassa kysymys on kiistanalainen, ks. Otto s. 160–163 ja Kallweit s. 90 ja 112 s, vrt. Baumbach ym. s. 932 s ja Weth s. 49 ss,

disteen merkitys tulisi huomioida ainoastaan yhtenä punnintatekijänä muiden joukossa: mitä merkittävämpi todiste on kyseessä, sitä enemmän vaaka painuu pätevän syyn puolelle, ja päinvastoin.²³⁵ Toisaalta todisteen merkittävyys saattaa heijastua asianosaiselle valmistelussa asetettavaan huolellisuusvelvollisuuteen todisteen suhteen.

Erityisen varovainen on oltava siksi, että todisteen merkitys tiedetään varmasti vasta, kun todiste ja itse asiassa koko todistusaineisto on otettu pääkäsittelyssä välittömästi vastaan. Preklusiosta päätettäessä ollaan yleensä enemmän tai vähemmän epävarmojen oletusten varassa tässä suhteessa. Joka tapauksessa niin suurta painoarvoa todisteen oletetulle merkitykselle ei yksinään tule antaa, että preklusio menettäisi käytännössä merkityksensä keskeisimpien todisteiden kohdalla: jos asianosaisella ei ole ollut mitään hyväksyttävää syytä laiminlyönnilleen valmistelussa, pelkästään todisteen merkittävyys jutussa ei voi merkitä pätevää syytä.

Tuomioistuimen on sovellettava preklusiosäännöksiä viran puolesta eikä todisteen prekludoituminen siis edellytä vastapuolen siitä tekemää väitettä.²³⁶ Asianosaiset eivät myöskään voine tuomioistuinta sitovasti disponoida preklusiosäännösten soveltamisesta, vaan tuomioistuimen on mahdollisesta vastapuolen *suostumuksesta* huolimatta jura novit curia -periaatteen mukaisesti harkittava esimerkiksi, onko asianosaisella pätevä syy uuden todisteen esittämiseen.²³⁷ Sen sijaan vastapuolen suostumus uuden todisteen esittämiseen voidaan ja tulisi ottaa pätevän syyn arvioinnissa huomioon ja antaa sille yksittäistapauksessa varsin painavakin merkitys.²³⁸

Poikkeako 5:22:n tarkoittama pätevä syy sitten jossakin suhteessa 6:9:n tarkoittamasta? Ensinnäkin on huomattava, että 5:22:n primaari tavoite ei ole pääkäsittelyn keskitys, vaan valmistelun joutuisuus: prekludoitumisen suuntaan vaikuttavana näkökohtana on ensisijaisesti pidettävä silmällä valmiste-

jonka mukaan lainkäyttäjä ei saa ottaa väärän päätöksen riskiä epävarmassa tilanteessa huomioon; lainkäyttäjän ei kuitenkaan tule »sehenden Auges Unrecht zu sprechen».

²³⁵ Ks. myös Eckhoff s. 105 ja Hov s. 351: »Rettens avgjørelse – – må i prinsippet bero på en avveijning av på den ene side de skadelige virkninger det vil ha for saken at det tas hensyn til det som bringes inn for sent og på den annen side sannsynligheten for at dommen blir uriktig dersom preklusion finner sted.» – Tanskan Rpl:ssä on nimenomainen säännös, jonka mukaan uuden aineiston esittäminen voidaan sallia mm., jos »nægtelse af tilladelse vil kunne medføre et uforholdsmæssig tab for parten» (Rpl § 363.1:n 3 kohta), ks. Gomard s. 198 ja Andersen – Werlauff s. 181.

²³⁶ Tanskassa sen sijaan preklusio pääsääntöisesti edellyttää vastapuolen väitettä (Rpl § 357 ja 363), ks. Gomard ym. s. 466 ja 480 s sekä Smith s. 103 s ja 155 ss.

²³⁷ Vrt. Saksan osalta Thomas – Putzo s. 655.

²³⁸ Ks. myös Hirvonen DL 1995 s. 450.

lun joutuisuutta eli kysyttävä, missä määrin todisteen ilmoittaminen vasta määräajan jälkeen valmistelussa vaarantaisi tätä. Toiseksi pätevän syyn kynnys on nähdäkseni *korkeampi* 5:22:ssä kuin 6:9:ssä. Asianosaisen huolellisuudelle voidaan asettaa edellisessä tilanteessa suurempia vaatimuksia kuin jälkimmäisessä, koska asianosainen on – syyllistyttyään jo laiminlyönteihin prosessissa – saanut nimenomaisen kehotuksen velvollisuuksiensa täyttämiseen. Jos hän edelleen, kehotuksesta huolimatta syyllistyy laiminlyönteihin, syyltä vaadittaneen korostettua pätevyyttä 6:9:n mukaiseen normaalitilanteeseen verrattuna.

Kokoavasti voidaan todeta, että edellä puolustetun kannan mukaan pätevä syy on varsin avoin preklusiosta poikkeamisen edellytys, joka antaa muussa kuin selvässä tilanteessa tuomioistuimelle melko paljon harkintavaltaa. Pätevän syyn arvioinnissa voidaan ja tulee ottaa huomioon monenlaisia ja -suuntaisia näkökohtia rajoittumatta pelkästään asianosaisen toiminnan huolellisuuden arviointiin riita-asian valmisteluvaiheessa.²³⁹ Kanta merkitsee asiallisesti lain laajentavaa tulkintaa, koska lakitekstissä (6:9 ja 5:22) puhutaan pelkästään asianosaisen menettelystä. Kanta on kuitenkin perusteltu preklusion funktion nähden, kuten edellä on pyritty osoittamaan.

On tärkeätä muistaa, että preklusion 'kynnys' on käytännössä yhtä kuin pätevän syyn kynnys. Materiaalisen totuuden tavoitteen ja oikeudenkäynnin asianmukaisuuden vuoksi pätevän syyn kynnys tulee mielestäni asettaa *melko matalalle*. Kynnystä ei kuitenkaan tule asettaa liian matalalle, jotta preklusiosääntelyn yleistä preventiivistä vaikutusta ei menetetä. Jos rajatapauksessa eri suuntiin osoittavat argumentit ovat yhtä painavia, todisteen esittäminen tulee sallia, koska oikeudenkäynnin varmuus ja asianmukaisuus yksittäistapauksessa painavat sen taloudellisuutta ja yleisiä hyötynäkökohtia enemmän.²⁴⁰

7.3.8.2 Eräitä tyyppitilanteita

Vaikka pätevän syyn kynnyn ylittyminen on rajatapauksessa harkittava viime kädessä eri suuntiin painavia näkökohtia yksittäistapauksessa punnitsemalla, voidaan yleisellä tasolla esittää eräitä tyyppitapauksia, jolloin pä-

²³⁹ Ks. myös Hov s. 351 ja 411 s, UfR 1981.93 H, Gomard ym. s. 477, Smith s. 157 («samlet vurdering») ja Baumbach ym. s. 936 («weiter Ermessensspielraum»).

²⁴⁰ Ks. myös HE 1990:15 s. 83: »tuomioistuimen tulisi epätietoisissa tapauksissa päättää asianosaiselle myönteiseen ratkaisuun.» Ks. edelleen Fuhrmann s. 16 ja 113 s: »Von Verfassungs wegen wiegt die in der Sache unberechtigte Zurückweisung schwerer als die fehlerhafte Zulassung.»

tevän syyn voidaan normaalisti katsoa olevan käsillä. Hallituksen esityksessä mainitaan OK 5:22:n osalta seuraavat esimerkit:

»Pätevänä syynä voidaan pitää esimerkiksi sitä, että asianosainen on saanut tiedon uudesta – – selvityksestä vasta määräajan jälkeen. Lisäksi – – selvityksen esittäminen määräajan jälkeen on saattanut tulla tarpeelliseksi vasta vastapuolen esityksen johdosta tai siitä syystä, että asianosainen ei ole voinut määräaikaan mennessä huomata – – selvityksen merkitystä. Lisäksi asianosainen on saattanut, luullen määräaikaan mennessä esittämänsä – – selvityksen riittävän, jättää – – selvityksen esittämättä sillä perusteella, että tämä olisi aiheuttanut huomattavia kustannuksia. Jos tilanne joudutaan oikeudenkäynnin aikana jostakin syystä arvioimaan uudelleen, asianosaisella saattaa olla hyväksyttävä syy ilmoittaa lisää – – selvitystä.»²⁴¹

Pätevän syyn tyyppitilanteet voitaneen jäsentää kolmeen ryhmään:

- a) puuttuva tieto: asianosainen ei vielä valmisteluvaiheessa ole tiennyt eikä hänen olisi pitänytkaan tietää todisteen olemassaolosta tai sen merkityksestä asiassa;
- b) prosessuaalinen tilanne: prosessuaalinen tilanne on valmisteluvaiheessa ollut sellainen, että asianosaisella on ollut perusteltu syy olla ilmoittamatta todistetta; sekä
- c) este: todisteen ilmoittamiselle valmistelussa on ollut este, joka on poistunut vasta pääkäsittelyssä.²⁴²

Tyyppitilanteet soveltuvat vastaavasti 5:22:n tarkoittamaan määräaikaan valmistelussa.

a. Puuttuva tieto. Asianosainen voi ilmoittaa tietyn todisteen valmistelussa luonnollisesti ainoastaan, jos hän ylipäänsä tietää kyseisen todisteen 1) olemassaolosta ja 2) merkityksestä jutussa. Jos asianosainen esimerkiksi saa tietoonsa vasta pääkäsittelyssä vastapuolen nimeämältä todistajalta, että tietty sopimus on laadittu kirjallisesti, hän ei ole voinut ilmoittaa kyseistä sopimusasiakirjaa vielä valmistelussa. Jos edelleen asianosainen vasta valmistelun päättämisen jälkeen saa tietää esimerkiksi, että tietty henkilö on nähnyt jotakin asiaan vaikuttavaa, asianosainen ei ole voinut nimetä kyseistä henkilöä todistajaksi vielä valmistelussa.

²⁴¹ HE 1990:15 s. 68. Esimerkit on otettu lähes suoraan Ruotsin RB 42:15:n esitöistä, ks. Prop 1983/84:78 s. 77. Samankaltaista jäsennystä on noudattanut myös Lindell 1993 s. 305 s.

²⁴² Ks. myös nimenomaisesti OK 25:17.1 ja 30:7: ei ole voinut tai (muuten) on ollut pätevä aihe.

Pelkkä asianosaisen subjektiivinen tietämättömyys ei kuitenkaan riitä, koska pätevän syyn mittapuu on lähtökohtaisesti objektiivinen. Pätevän syyn olemassaolo edellyttää, että asianosaisen ei myöskään olisi pitänyt tietää kyseisestä todisteesta tai sen merkityksestä jutussa. Riita-asian asianosaisella on siis tietynasteinen *selonottovelvollisuus* oikeudenkäynnin valmisteluvaiheessa: asianosaisen on jo valmisteluvaiheessa huolellisen asianosaisen tavoin otettava selvää siitä, mitä merkityksellisiä todisteita jutussa on esitettävissä.²⁴³ Asianosaisen pelkkää subjektiivista tietämättömyyttä ei siis suojata, vaan normaaliasteista, 'perusteltua vilpittöntä mieltä'.²⁴⁴ Vastaava kan- ta ilmenee nähdäkseni myös lainvalmistelutöistä:

»Jos asianosainen esimerkiksi sen jälkeen, kun tuomioistuin on valmistelun päättyessä tehnyt – – yhteenvedon, vetoaa – – todisteeseen, joka on ollut hänen tiedossaan jo hänen lausuessaan yhteenvedosta, mutta jonka merkityksen hän on laiminlyönyt selvittää, asianosaisen menettelyn tuskin voidaan katsoa johtuneen pätevästä syystä, koska häneltä olisi kohtuudella voitu vaatia, että hän olisi kiinnittänyt huomiota tällaiseen seikkaan taikka todisteeseen viimeistään yhteenvedosta lausuessaan.»²⁴⁵

Ruotsalaisissa lainvalmistelutöissä ja kirjallisuudessa on edellytetty, että asianosainen on tehnyt valmisteluvaiheessa kohtuullisia tutkimuksia (»rimliga efterforskningar»)²⁴⁶ Kriteeri lienee hyväksyttävissä myös Suomen oikeuden osalta, joskin se on sisällöltään melko epämääräinen. Kysymys siitä, onko asianosainen täyttänyt selonottovelvollisuutensa riita-asian valmistelussa eli onko hän tehnyt 'kohtuullisia tutkimuksia', on ratkaistava viime kädessä punnitsemalla edellä tarkasteltuja yleisiä näkökohtia yksittäistapauksessa. Asianosaiselta voidaan normaalisti edellyttää esimerkiksi, että hän käy läpi kaiken hallussaan olevan, asiaan liittyvän asiakirjamateriaalin ja että hän

²⁴³ Tässä on siis omaksuttu käsitteistö, jossa asianosaisen prosessioikeudellinen huolellisuusvelvollisuus on yleistermi ja asianosaisen selonottovelvollisuus viittaa pelkästään todisteiden etsimiseen eli niiden olemassaolon ja merkityksen selvittämiseen. Lindell 1993 s. 306 käyttää viimeksimainitusta termiä selonottotaakka (»efterforskande börd»). Ks. myös Otto s. 136 (»Nachforschungslast»), Fuhrmann s. 43 s ja 117 ss sekä Thomas – Putzo s. 659 ja 661. Voitaneen kuitenkin puhua velvollisuudesta, koska se on prosessuaalisesti sanktioitu.

²⁴⁴ Ks. esim. Zitting 1956 s. 82 s: »Vilpittöntä mieltä koskevat vaatimukset nousevat asteittain siitä riippuen, miten tehokkaasti luottamusta suojataan. Luottamuksen suojan vaihtelut vaikuttavat puolestaan luovutuksensaajan selonottovelvollisuuteen.»

²⁴⁵ HE 1990:15 s. 82. Samoin Prop 1986/87:89 s. 222.

²⁴⁶ Ks. Prop 1983/84:78 s. 77 ja Lindell 1993 s. 306–308.

tiedustele alustavasti asiaan liittyviltä, ainakin omassa 'intressipiirissään' olevilta henkilöiltä, mitä nämä mahdollisesti tietävät asiasta.²⁴⁷

Täydentävinä näkökohtina voitaneen ottaa huomioon myös jutun laatu ja laajuus sekä riitaintressin suuruus: mitä laajempi, monimutkaisempi ja intressiltään suurempi juttu on kysymyksessä, sitä perinpohjaisempia selvityksiä asianosaiselta voidaan edellyttää valmisteluvaiheessa. Esimerkiksi takaisinsaantia konkurssipesään koskevassa asiassa voidaan normaalisti edellyttää, että konkurssipesässä on toimitettu erikoistilintarkastus, jossa ilmenneet todisteet ovat konkurssipesän tiedossa jo valmisteluvaiheessa. Vastaavasti suppeassa, yksinkertaisessa ja pieni-intressisessä jutussa asianosaiselta ei voida vaatia runsaasti aikaa ja rahaa vieviä selvityksiä. Toisaalta taas poikkeuksellisen laajassa ja monimutkaisessa asiassa asianosaiselta saattaa perustellustikin jäädä jokin yksityiskohta huomaamatta.²⁴⁸

Puhuminen »asianosaisen» tiedoista ja kohtuullisista tutkimuksista on selvää, kun asianosainen on luonnollinen henkilö. Tilanne on ongelmallisempi, kun asianosainen on oikeushenkilö. Ajateltakoon vaikkapa suurta liikepankkia, jolla on tuhansia työntekijöitä: voidaan kysyä, kenen tietoisuus todisteesta ja sen merkityksestä merkitsee tällöin pankin pätevän syyn puuttumista. Ensinnäkin oikeushenkilön tietoisuuden osalta voitaneen etsiä analogiaa siviilioikeudellisista säännöistä.²⁴⁹ Toiseksi prosessioikeudellinen selvottovelvollisuus tulisi kohtuullisessa laajuudessa ulottaa myös oikeushenkilön 'sisälle': esimerkissämme pankilla lienee pätevä syy ainoastaan, jos todiste ei ole tullut ilmi, vaikka pankissa on tehty edellytettävän laajuiset sisäiset selvitykset. Edellytettävien kohtuullisten sisäisten tutkimusten laajuus riippuu paitsi edellä tarkastelluista yleisistä näkökohdista, myös kyseisen oikeushenkilön laadusta.²⁵⁰

Asianosaisen ja hänen asiamiehensä (tai avustajansa) välisestä suhteesta ks. edellä jaksossa 7.3.8.1.a lausuttua. Lainoppineelta asiamieheltä voidaan edellyttää, että hän haastattelee maallikko-päämiestään normaalissa, hyvän asianajajatavan edellyttämässä laajuudessa tämän tiedossa olevien mahdollisten todisteiden selville saamiseksi. Pätevänä syyinä voitaneen kuitenkin vedota siihen, että tieto todisteesta ei ole kulkenut päämieheltä asiamiehelle, jos tätä ei voida katsoa sen paremmin

²⁴⁷ Ks. myös purkupreklusion (OK 31:7.2) osalta Cars s. 177 s ja Lager 1972 s. 163.

²⁴⁸ Ks. myös Lindell 1993 s. 307 ja Liljenfeldt DL 1994 s. 172.

²⁴⁹ Ks. esim. Kaisto s. 214 ss viittauksineen vilpittömän mielen vaatimuksen »henkilöllisestä ulottuvuudesta».

²⁵⁰ Lisäksi on muistettava, että tietyn toimialan erityislainsäädäntö saattaa suoraan velvoittaa esimerkiksi tietyn asiakirjamateriaalin arkistointiin.

päämiehen kuin asiamiehenkään huolimattomuudeksi: päämies on selvittänyt asiaa maallikolta edellytettävällä huolellisuudella ja asiamies puolestaan on haastatellut päämiestä lainoppineelta asiamieheltä edellytettävällä huolellisuudella.

Yksi kysymys on, missä määrin asianosaisella olleet *virheelliset tiedot* todisteesta tai sen merkityksestä voivat merkitä pätevää syytä. Tässäkin voidaan sanoa, että asianosaisen, vastaavasti asiamiehen täytyy kohtuullisissa rajoissa tarkistaa saamiensa tietojen todenperäisyys. Jos asianosainen on saanut kolmannen asemassa olevalta henkilöltä virheellistä informaatiota esimerkiksi tämän havainnoista, asianosaisella lienee yleensä pätevä syy nimetä hänet todistajaksi vasta pääkäsittelyssä, jos vasta tuolloin ilmenee, että henkilö tietää aiemmasta ilmoituksestaan poiketen jotakin asiaan vaikuttavaa. Jos taas asianosaisen erehdys on aiheutunut vastapuolen esittämistä, tämän totuusvelvollisuuden vastaisista tiedoista, asianosaisella lienee aina pätevä syy ilmoittaa niitä uusia todisteita, joihin totuuden paljastuminen pääkäsittelyssä antaa aiheen.²⁵¹

Tapauksessa *KKO 1997:137* takaaajan kuolinpesän konkurssipesä ajoi päävelallista vastaan takautumiskannetta. Päävelallinen vastusti kannetta sillä perusteella, että takaaaja oli suullisesti luopunut regressioikeudestaan. KO katsoi tämän selvitetyn todistaja A:n kertomuksen perusteella ja hylkäsi kanteen. HO ja KKO hylkäsivät konkurssipesän pyynnön kuulla kahta uutta todistajaa HO:ssa tai KKO:ssa, koskei ollut saatettu todennäköiseksi, etteikö heitä olisi voitu kuulla jo KO:ssa tai että muuten olisi ollut pätevä aihe olla tekemättä niin. Eri mieltä ollut jäsen (Tulokas) totesi, että kanne, joka koskee takaaajan takautumisoikeutta, perustuu kirjallisiin todisteisiin, ja lausui edelleen: »Selvästä saatavasta luopuminen ei ole yleistä sukulaistenkaan välisessä suhteessa. Tavallista ei ole myöskään se, että luopuminen perustuu vain suulliseen välipuheeseen. Luopumisväitteeseen on aihetta suhtautua kriittisesti erityisesti tilanteessa, jossa velkojataho on konkurssissa. Hakijan ilmoituksen mukaan todistaja A oli ennen KO:n istuntoa ilmoittanut, ettei hän tiennyt mitään asiaan vaikuttavaa. Näissä olosuhteissa kantajan ei ole tarvinnut KO:ssa varautua vastaanäytön esittämiseen sen epätodennäköisen vaihtoehdon varalta, että todistaja poikkeaisi aikaisemmasta lausunnostaan. HO:n ei siten olisi pitänyt torjua hakijan tarjoamaa näyttöä.» Enemmistö ei siis ilmeisesti katsonut todennäköisyyttä näyttöä pätevästä aiheesta riittäväksi.

Ratkaisussa *Helsingin HO 9.7.1996 nro 3781* (KKO: ei vl) virheellisen tiedon lähde oli vastapuoli: A oli KO:ssa ilmoittanut ansiotulonsa kahdelta vuodelta. Kun A:lla oli OK 14:1:ssä säädetty totuudessa-

²⁵¹ Ks. myös purkupreklusion (OK 31:7.2:n) osalta Cars s. 179 ja Lager 1972 s. 164.

pysymisvelvollisuus, hänen vastapuolellaan B:llä oli ollut oikeus luottaa näihin tietoihin eikä velvollisuutta kontrolloida niitä. Valituksessaan HO:lle B esitti otteet verotuksen julkisista tiedoista, joiden mukaan A:n verotettavat ansiotulot olivat olleet ilmoitettuja suuremmat. HO katsoi, että B:llä oli A:n menettelyn vuoksi ollut silloisessa OK 25:14.2:ssa säädetty pätevä aihe vedota esittämiinsä verotustietoihin vasta HO:ssa.

Asianosaisen menettelyn arvostelussa huomiota on kiinnitettävä toisaalta myös tuomioistuimen velvollisuuksiin valmistelussa. Merkitystä voi olla esimerkiksi sillä, missä määrin tuomioistuimen olisi tullut harjoittaa *materiaalista prosessinjohtoa* valmistelussa.²⁵² Jos merkityksellinen todiste tulee valmistelussa ilmi, mutta asianosainen ei ilmeisesti ymmärrä todisteen merkitystä, tuomioistuimen tulee kiinnittää asianosaisten huomiota todisteeseen, kuten edellä jaksossa 6.5.2.c on esitetty. Jos tuomioistuin on selvästi laiminlyönyt velvollisuutensa ja asianosainen osaltaan tämän vuoksi vasta pääkäsitteilyssä ymmärtää todisteen merkityksen, hänellä on yleensä pätevä syy menettelynsä.²⁵³ Muissa kuin selvissä tapauksissa materiaallisen prosessinjohtoon puutteellisuus tulee ottaa yhtenä punnintatekijänä pätevän syyn arvioinnissa huomioon.²⁵⁴ Toisaalta on syytä huomata, että tuomioistuimen materiaallinen prosessinjohto saattaa vaikuttaa myös päinvastaiseen suuntaan: jos tuomioistuin on nimenomaisesti kiinnittänyt asianosaisten huomiota tiettyyn todisteeseen, asianosaisella ei normaalisti voi olla pätevää syytä sen ilmoittamatta jättämiseen.²⁵⁵

²⁵² Jos KO on tehnyt suoranaisen oikeudenkäyntivirheen (OK 31:1:n 4 kohta), asianosaisella on pätevä syy esittää todiste, joka on jäänyt virheen vuoksi ajoissa ilmoittamatta: tuomioistuin on esim. asettanut 5:22:n tarkoittaman määräajan liian lyhyenä, antanut kehotuksen virheellisesti tiedoksi asianosaiselle tai asettanut siinä väävät uhat. Vrt. myös *KKO 1997:109*, jonka mukaan VJL 66.1 §:ssa mainitun uhan puuttumista lausumapyyntöä ei voitu tuossa tapauksessa yksistään pitää OK 25:14.2:ssa tarkoitettuna pätevänä aiheena olla aikanaan vetoamatta ko. seikkoihin. Ks. myös Fuhrmann s. 126–128 ja 157–160 sekä Weth s. 35 s ja 181–186.

²⁵³ Ks. myös Lindell 1993 s. 204 ja Virolainen DL 1995 s. 346 s. Saksassa vallitseva kanta on tässä suhteessa ehdoton, koska preklusio tällaisessa tilanteessa loukkaisi asianosaisen oikeutta tulla kuulluksi, ks. esim. Kallweit s. 76: »die Wahrung der richterlichen Pflichten als ungeschriebene Tatbestandsvoraussetzung einer jeden Präklusion verspäteten Vorbringens angesehen muss»; Fuhrmann s. 166–170, Jauernig s. 99 s, Baumbach ym. s. 934 s ja Zöller ym. s. 793; ks. myös Weth s. 31–34, 187–191 ja 262–265 sekä Rosenberg ym. s. 381 ja 383. Ks. myös purkupreklusion (OK 31:7.2) osalta Lager 1972 s. 160–162 ja Aalto LM 1962 s. 594.

²⁵⁴ Vrt. pidättyvämmän Liljenfeldt DL 1994 s. 177.

²⁵⁵ Ks. myös Bender ym. s. 47 ja Weth s. 136.

Ratkaisussa *KKO 1996:135* oikeuskäytännön linjamuutos katsottiin päteväksi aiheeksi vedota uuteen seikkaan vasta *KKO:ssa*.²⁵⁶ Kannanmuutos tapahtui 21.12.1995 annetussa prejudikaatissa *KKO 1995:215*. Muutos oli relevantti vireillä olleessa toisessa oikeudenkäynnissä, jossa HO:n ratkaisu annettiin 31.1.1996. KKO:n perusteluissa lausuttiin: »Ratkaisun *KKO 1995:215* antamista edeltäneessä oikeuskäytännössä oli vakiintuneesti katsottu, että työttömyyskassasta saatuja työttömyyspäivärahoja ei ollut vähennettävä työttömäksi joutuneelle työntekijälle TSL 51.1 §:n nojalla suoritettavasta vahingonkorvauksesta (*KKO 1974 II 63*, *KKO 1982 II 57* ja *KKO 1983 II 133*). Vain työllisyyslain nojalla valtion varoista maksetut työttömyyskorvaukset oli vähennettävä (*KKO 1978 II 45*). Yhtiöt ovat siten perustellusti voineet pidättäytyä vakiintuneen oikeuskäytännön johdosta vetoamasta siihen, että päivärahat olivat vähentäneet A:lle aiheutuneen vahingon määrää. Yhtiöillä on ollut OK 30:7.1 §:ssa edellytetty pätevä aihe olla vetoamatta alemmissa oikeuksissa päivärahojen maksamiseen.» Siten KKO tutki yhtiöiden vasta valituksissaan esittämän vaatimuksen vahingonkorvauksen alentamisesta sillä perusteella, että A oli saanut työttömyyskassasta työttömyyspäivärahaa.

Ruotsin oikeuskäytännössä on annettu painava merkitys sille, että maallikkoasianosainen on esiintynyt alioikeudessa ilman lainoppinutta avustajaa. Usein lisäperusteluna on katsottu, että tuomioistuin ei ole riittävästi huolehtinut asian selvittämisestä. Esimerkiksi tapauksessa *NJA 1995 s. 571* pankki oli ajanut velkomuskannetta yksityishenkilö A:ta vastaan tämän osakeyhtiön pankille olleista veloista antaman yleistakauksen perusteella. Käräjäoikeuden valmistelussa ja pienessä pääkäsittelyssä A oli esiintynyt yksin ilman avustajaa, mutta valitusvaiheessa A oli hankkinut itselleen asiamiehen, joka sittemmin määrittäin hänen maksuttomaksi avustajakseen. Toisin kuin HovR, HD salli A:n vedota hovioikeudessa eräisiin uusiin seikkoihin ja todisteisiin. HD katsoi, että juttu oli alemmissa asteissa käsitelty tavalla, joka oli käytännössä vienyt A:lta mahdollisuuden esittää kaikki väitteet ja todisteet: »Detta får antas ha samband med *dels* att hon själv inte förstått vilka processuella begränsningar som skulle uppkomma genom att målet avgjordes av TR:n efter huvudförhandling i förenklad form *dels* att TR:n inte utövat den processledning som varit påkallad av tvistefrågans art i förening med den omständigheten att A personligen fört sin talan.» HD:n mukaan TR:n olisi pitänyt huolehtia, että A olisi hankkinut lainoppineen avustajan.

Vanhemmassa tapauksessa *NJA 1982 s. 27* HD, toisin kuin HovR, salli A:n kuulla ns. småmål -asiassa kahta uutta todistajaa hovioikeudessa kiinnittäen huomiota siihen, että A:lla ei ollut ollut avustajaa ja että småmål -prosessin sääntely myös perustui edellytykselle, ettei

²⁵⁶ Ks. myös *KKO 15.11.1996 nro 4326* ja *KKO 1997:196*. Vastaava tilanne hyväksyttiin Tanskassa ratkaisussa UfR 1991.153 H.

asianosainen tarvitse avustajaa: »Med hänsyn till föreliggande omständigheter bör det inte rimligen läggas A till last att han synbarligen räknat att preskriptionsavbrott skulle befinnas styrkt genom hans egna och B:s uppgifter.» Tavallista riita-asiaa koskeneessa tapauksessa *NJA 1985 s. 738* alioikeudessa ilman lainoppinutta avustajaa esiintynyt vastaaja A oli valmistelussa tehnyt toissijaisen sovitteluväitteen, mutta oli jättänyt vetoamatta siihen enää pääkäsittelyssä. Toisin kuin HovR, HD salli kiistämisperusteeseen vetoamisen hovioikeudessa sillä perusteella, että A oli ollut ilman lainoppinutta avustajaa ja että TR oli laiminlyönyt materiaallisen prosessin johdon.

b. Prosessuaalinen tilanne. Toinen pätevän syyn tyyppiryhmä ovat tilanteet, joissa asianosaisella ei ole ollut syytä ilmoittaa todistetta vielä valmistelussa, vastaavasti ennen 5:22:n tarkoittaman määräajan päättymistä jutun sen hetkisen prosessuaalisen tilanteen vuoksi. Tässäkin mittapuu on lähtökohtaisesti objektiivinen. Asianosainen on perustellusti voinut jättää todisteen ilmoittamatta, esimerkiksi koska *vastapuolen prosessitoimet* eivät ole vielä valmistelussa antaneet siihen aihetta:²⁵⁷ jos vastapuoli on esimerkiksi valmistelussa tunnustanut asianosaisen vetoaman seikan, sitä koskevat todisteet eivät ole olleet tarpeen. Jos todisteet aktualisoituvat vasta pääkäsittelyssä vastapuolen muuttuneiden esitysten vuoksi, esimerkiksi vastapuolen peruuttaessa tunnustamisensa, asianosaisella on pätevä syy vedota uusiin todisteisiin. Tätä edellyttää jo asianosaisen mahdollisuus puolustautumiseen vastapuolen esityksiä vastaan. Jos vastapuolella katsotaan olevan pätevä syy vasta pääkäsittelyssä vedota uusiin seikkoihin ja/tai todisteisiin, tämä merkitsee samalla, että myös asianosaisella on vastaavasti pätevä syy omasta puolestaan esittää uusia todisteita.²⁵⁸ Edellytyksenä luonnollisesti on, että uusien todisteiden todistusteema on kyseinen uusi seikka tai niillä on sama teema kuin vastapuolen ilmoittamilla uusilla todisteilla; voitaneen puhua todistelun 'vastaavuudesta'.²⁵⁹

Selvästi ongelmallisempi kysymys on se, missä määrin todisteiden vastaanotossa itsessään esille tuleva uusi informaatio voi merkitä pätevää syytä uusien todisteiden esittämiseen vasta pääkäsittelyssä. Kysymys voi ensinnä-

²⁵⁷ Ks. myös Fuhrmann s. 31 s.

²⁵⁸ Pelkästään uudet vaatimukset samojen seikkojen perusteella tai uusi juridinen argumentointi eivät vaikuta toisen asianosaisen todistelun tarpeeseen, joten niille ei voida antaa merkitystä arvosteltaessa pätevää syytä todistelun osalta. Sen sijaan ne saattavat aktualisoida uusia vastatosisekoja, jotka taas saattavat edellyttää uutta näyttöä.

²⁵⁹ Ks. myös Liljenfeldt DL 1994 s. 172 s ja Lindell 1993 s. 308–311: »motpartens åtgärd skall vara en följd av och korrespondera med det åberopande som den andra parten har tillåtit att göra.»

kin olla jonkin todisteen *yllättävästä sisällöstä* eli yllättävistä todistustosi-seikoista. Esimerkiksi vastapuolen nimeämä todistaja tietääkin jotakin yllättävää joko ilmoitetusta tai uudesta teemasta; merkitseekö tämä pätevää syytä uuden vastatodistelun esittämiseen? Toiseksi kysymys saattaa olla todisteen *yllättävästä näyttöarvosta*. Esimerkiksi valmistelussa asianosainen on ollut varma, että hänen nimeämänsä todistajan kertomus riittää tietyn seikan näyttämiseen, mutta pääkäsittelyssä kertomuksen näyttöarvo osoittautuu riittämättömäksi; merkitseekö tämä pätevää syytä uuden lisätodistelun esittämiseen?²⁶⁰ Käänteisesti ilmaistuna kysymys on siitä, missä määrin asianosaista voidaan vaatia valmistelussa ilmoittamaan todistelua 'varmuuden vuoksi' siltä varalta, että pääkäsittelyssä todistelussa tapahtuisi jotakin yllättävää.

Todistelun sisällölle ja/tai sen näyttöarvolle *ei* yleensä voitane antaa painavaa merkitystä pätevänä syynä. Koska valmistelussa ei normaalisti selvitetä todistelun sisältöä, se jää – asiakirjoja lukuunottamatta – aina enemmän tai vähemmän epävarmaksi. Samoin näytön arvioinnin lopputulosta on mahdotonta varmasti tietää vielä valmisteluvaiheessa. Siten asianosaisille ei yleensä myöskään voi vielä valmisteluvaiheessa syntyä perusteltua odotusta siitä, mikä on todistelun lopullinen sisältö ja/tai näyttöarvo. Muu kanta merkitsisi, että asianosaisilla olisi hyvin usein pätevä syy uusien todisteiden esittämiseen, koska välittömässä todisteiden vastaanotossa saattaa aina tapahtua yllätyksiä.²⁶¹

Tästä pääsäännöstä on kuitenkin tehtävä eräitä poikkeuksia. Ensinnäkin jonkin todisteen kokonaan *uusi todistusteema* saattaa merkitä pätevää syytä uusien vastatodisteiden esittämiseen tuosta teemasta. Koska todistusteemat selvitetään valmistelussa, mutta ne eivät edellä jaksossa 7.3.5 puolustetun kannan mukaan sido pääkäsittelyssä, vastapuolen on voitava varsin pitkälti luottaa ilmoitettuun teemaan. Jos esimerkiksi todistaja B on valmistelussa nimetty kertomaan seikasta Z, mutta pääkäsittelyssä häneltä kysytäänkin seikasta X, vastapuolella saattaa yksittäistapauksesta riippuen olla pätevä syy ilmoittaa uusi todistaja D kertomaan samasta seikasta X.

Näyttöä vastaanotettaessa pääkäsittelyssä saattaa myös tulla ilmi uusi todiste, jonka merkityksestä asianosainen ei ole perustellusti vielä valmistelussa tiennyt. Tapauksessa *Turun HO 3.9.1996 nro 2754* (KKO:

²⁶⁰ Vanhassa siviiliprosessissa asianosainen saattoi pyytää lykkäystä lisänäytön esittämiseksi, jos näyttö osoittautui riittämättömäksi.

²⁶¹ Ks. myös Lindell 1993 s. 318: »En part bör i princip inte kunna hålla tillbaka viss bevisning därför att han tror att domstolen kommer att utföra bevisvärderingen på ett visst sätt. Bevisvärderingen är alltför svår att förutse.» Ks. myös Bender ym. s. 31, Fuhrmann s. 60 ja Weth s. 166 ja 170 s.

ei vl) HO salli pankki X:n vedota uuteen todistajaan D vasta HO:ssa, koska »de i tingsrätten hörda vittnena Cs och Es vittnesmål hade varit motstridiga och att E i sitt vittnesmål hade hänvisat till diskussioner med bankdirektören D varför banken i hovrätten åberopat D som vittne. Banken har sålunda anförut giltiga skäl för att inte höra D som vittne i tingsrätten.»

Ongelmallisempi poikkeus koskee *prosessieconomisesti* hyväksyttävää syytä jättää todiste ilmoittamatta valmistelussa. Joissakin tapauksissa olisi saattanut olla prosessieconomisesti irrationaalia ilmoittaa lisää todisteita valmistelussa, koska jo ilmoitetut todisteet näyttivät perustellusti riittävältä, ja kuitenkin pääkäsittelyssä huomataan, että lisätodistelua tarvitaan. Yksittäistapauksesta riippuen tällaiset prosessieconomiset syyt saattavat merkitä pätevää syytä uusien todisteiden esittämiselle.²⁶² Rajatapauksessa pääkäsittelyn keskitystavoitetta vasten on tällöin asetettava prosessieconomian tavoite, koska oikeudenkäyntejä ei pidä kuormittaa tarpeettomasti. Etusija on annettava pääkäsittelyn keskitykselle: prosessieconomian on painettava yksittäistapauksessa varsin paljon merkitäkseen pätevää syytä. Asianosainen ei siten voi valmistelussa kovinkaan pitkälti luottaa vain joihinkin todisteisiin ja jättää muut todisteet ilmoittamatta pelkästään siitä syystä, että niiden esittäminen aiheuttaisi kustannuksia tai veisi aikaa.²⁶³

Varsin samansuuntainen ajattelu ilmenee nähdäkseni hovioikeuspreklusion osalta ratkaisusta *Itä-Suomen HO 4.10.1994 nro 1880* (lainv.):²⁶⁴ »Todiste voitoista oli ollut jo AO:ssa B:n tiedossa ja helposti ilman merkittäviä kustannuksia hänen saatavillaan. B:n oli myös täytynyt, huomioon ottaen A:n jutun todistustaakan jakautumisesta esittämät oikeuskäytäntöön nojautuvat kannanotot, ymmärtää, että todisteen esittämättä jättäminen saattoi vaikuttaa jutun lopputulokseen. Hänellä ei myöskään ollut ollut perusteltua aihetta luottaa siihen, että kanne tulisi hylätyksi jo niiden todisteiden perusteella, joihin hän oli alioikeudessa vedonnut. B:n valituksessaan mainitsemää Suomen Hallitusmuodon omaisuuden suojaa ei ole pidettävä OK 25:14.2:n tarkoittamana

²⁶² Ks. myös HE 1990:15 s. 68 ja Prop 1983/84:78 s. 77. Oletetaan esimerkkinä tilanne, jossa asianosaisella on tiedossaan viisi todistajaa, jotka ovat nähneet saman tapahtuman; tällöin on yleensä perusteltua olettaa esimerkiksi kolmen kertomuksen riittävän ko. seikan näyttämiseen. Oletetaan kuitenkin, että pääkäsittelyssä tulee ilmi aputosiseikkoja, jotka horjuttavat ko. todistajien uskottavuutta niin paljon, että seikka jäisi näyttämättä. Tällöin asianosaisella saattaa olla pätevä syy muidenkin todistajien nimeämiseen vasta pääkäsittelyssä. Ks. myös Jauernig s. 100.

²⁶³ Ks. myös Liljenfeldt DL 1994 s. 173 s, vrt. Koulu JFT 1995 s. 69.

²⁶⁴ Ratkaisua on muilta osin tarkasteltu edellä jaksossa 7.3.5. Ks. myös edellä jaksossa 7.3.8.1.b selostettu ratkaisu *Vaasan HO 5.4.1995 nro 527*.

pätevänä aiheena.» Kun B oli voinut esittää todisteen jo alioikeudessa eikä hän ollut saattanut todennäköiseksi, että hänellä muuten olisi ollut pätevä aihe olla tekemättä niin, HO jätti valituksen vasta HO:ssa esitetyn todisteen osalta silloisen OK 25:14.2:n nojalla huomioon ottamatta.

Ruotsissa *Lindell* on arvioinut, kuinka suurta todennäköisyyttä jo ilmoitettujen todisteiden voittoennusteelta vaaditaan, jotta asianosainen voisi jättää lisätodisteet ilmoittamatta.²⁶⁵ *Lindell* kirjoittaa mm.: »kraven för vinstchansprognosen inte borde vara särskilt stränga vid en tillämpning av 42:15».²⁶⁶ Jonkin kategorisen todennäköisyysarvon asettaminen olisi kuitenkin ongelmallista. Joustavampaa ja kokonaisvaltaisempaa on, että prosessiekonomia otetaan yhtenä punnintatekijänä pätevän syyn arviointiin mukaan. Prosessiekonomian painoarvoon vaikuttaa tällöin luonnollisesti myös se, kuinka luotettavasti todisteiden menestyksellisyys voitiin valmistelussa arvioida eli mikä oli suotuisan todistusharkinnan lopputuloksen todennäköisyys; mitään kategorista todennäköisyyttä (kuten »ilmeinen») ei kuitenkaan voitane asettaa.

Yksi tärkeä kysymys on myös, missä määrin asianosainen voi luottaa siihen, että hänen 'oma' todistajansa pysyy hänelle valmisteluvaiheessa kertomassaan. Vaikka todistajia ei normaalisti kuulla tuomioistuimessa valmisteluvaiheessa, asianosaiset yleensä haastattelevat heitä alustavasti oikeudenkäynnin ulkopuolella.²⁶⁷ Jos todistaja kertoo pääkäsittelyssä olennaisesti toisin, asianosaiselle haitallisesti verrattuna siihen, mitä hän on kertonut yksityisesti asianosaiselle valmisteluvaiheessa (ns. takinkääntäjä -todistaja), tämä saattaa merkitä asianosaiselle pätevää syytä uusien vastatodisteiden esittämiseen.²⁶⁸

c. Este. Kolmannessa tyyppitilanteessa todisteen ilmoittamiselle on ollut valmistelussa jokin este, joka on sittemmin poistunut. Esteet voitaneen jakaa suuntaa-antavasti absoluuttisiin (ehdottomiin) ja relatiivisiin (suhteel-

²⁶⁵ Ks. *Lindell* 1993 s. 312–318. Keskustelua on käyty myös Saksassa, jossa on edellytetty hyvinkin korkeata todennäköisyyttä, ks. keskustelusta esim. *Fuhrmann* s. 35, 38–41, 52–54 ja erit. s. 60 näytön arvioinnin osalta: »Das Zurückhalten von Angriffs- oder Verteidigungsmitteln in der Erwartung einer bestimmten Beweiswürdigung ist – sehr selten zulässig.»

²⁶⁶ *Lindell* 1993 s. 316.

²⁶⁷ Jos todistaja muuttaa pääkäsittelyssä (17:8e.1) kertomustaan olennaisesti verrattuna siihen, mitä hän kertoi poikkeuksellisesti valmistelussa kuultuna (17:41), asianosaisella on yleensä pätevä syy vastatodisteiden esittämiseen.

²⁶⁸ Ks. myös *Lindell* 1993 s. 251–253, joka katsoo, että todistajan unohdus tai hermostuminen tms. ei voi merkitä pätevää syytä uuden todistajan kuulemiselle, mutta kertomuksen yllättävä muuttaminen, jota asianosainen ei ole voinut ennakoida, voi merkitä pätevää syytä.

lisiin). Edelliset estävät kokonaan todisteen esittämisen, jolloin myös pätevä syy on olemassa. Tällaisia ovat fyysiset esteet²⁶⁹ ja oikeudelliset kiellot (todistuskiellot).²⁷⁰ Lailliseen esteeseen (OK 12:28) rinnastuva este merkinnee aina pätevää syytä. Relatiivinen este taas on sellainen, joka jonkin intressin vuoksi puhuu todisteen esittämistä vastaan, muttei kokonaan estä sitä.²⁷¹ Tällöin rajatapauksessa tämä intressi on otettava pätevä syy -punninnassa yhdeksi tekijäksi mukaan: mitä tärkeämpää intressiä todisteen ilmoittamatta jättämisellä on suojattu, sitä perustellummin käsillä on ollut pätevä syy.

7.3.8.3 Todistustaakasta ja näyttövaatimuksesta

Edellä on tarkasteltu pätevän syyn oikeudellista sisältöä ja katsottu muun muassa, että kiperässä tapauksessa tulee viime kädessä päätyä asianosaiselle edulliseen tulkintaan. Todistustaakka pätevän syyn olemassaolosta – eli tarkemmin sanottuna niiden tosiseikkojen olemassaolosta, jotka merkitsisivät oikeudellisesti pätevää syytä²⁷² – on sen sijaan sillä asianosaisella, joka pyrkii esittämään uuden todisteen: sekä 6:9:n että 5:22:n mukaan aineisto prekludoituu, ellei asianosainen »saata todennäköiseksi», että hänen menettelynsä johtuu pätevästä syystä.²⁷³ Joissakin tapauksissa tämä tosiseikkaky-

²⁶⁹ Esim. todistaja on niin vakavasti sairas, ettei pysty todistamaan sen paremmin pääkäsittelyssä kuin sen ulkopuolellakaan, mutta parantuu pääkäsittelyyn mennessä; usein tällöin voidaan kuitenkin edellyttää, että asianosainen nimeää todistajan sairautta koskevin varauksin. – Jos sen sijaan on kysymys sellaisesta fyysisestä esteestä, että todisteen esittäminen olisi kallista ja/tai aikaavievää, kun esim. todistaja asuu ulkomailla, kysymys on prosessiekonomisesta esteestä, joka on aina relatiivinen.

²⁷⁰ Jos esim. potilas on kieltänyt sairaustietojensa kertomisen, mutta valmistelun jälkeen suostuukin tähän (OK 17:23.1:n 3 kohta), saattaa pätevä syy häntä hoitaneen lääkärin nimeämiseen todistajaksi vasta pääkäsittelyssä olla olemassa; yleensä voidaan kuitenkin edellyttää, että lääkäri nimetään potilaan suostumusta koskevin varauksin jo valmistelussa. Jos sen sijaan potilaana on asianosainen itse, hänen täytyynee esittää pätevä syy sille, miksi hän on antanut suostumuksensa vasta pääkäsittelyssä.

²⁷¹ Tällaisia saattavat olla mm. eettiset, vaikkapa yksityiselämän suojaamiseen tai hyvään asianajajatapaan liittyvät syyt, jotka eivät kuitenkaan muodosta muodollista todistuskieltoa. Ks. myös Lindell 1993 s. 320–329, Liljenfeldt DL 1994 s. 174 s ja Fuhrmann s. 42.

²⁷² Jos väitettyinä pätevänä syynä on esim. asianosaisen perusteltu tietämättömyys todisteesta, todistusteemana on asianosaisen tietämättömyys; jos tämä pystytään näyttämään, joudutaan seuraavaksi kysymään, eikö hänen olisi pitänytkaan tietää todisteesta. Tämä puolestaan edellyttää osin empiristä, osin normatiivista tarkastelua.

²⁷³ Vrt. Bender ym. s. 48 ja Leipold ZZP 1980 s. 245 s, joiden mukaan Saksan vastaavasta säännöksestä (ZPO § 296.1) ei voida päätellä todistustaakan jakoa.

symys on selvä, kuten silloin, kun vastapuoli vasta pääkäsittelyssä vetoaa uuteen seikkaan. Joissakin tilanteissa kysymys sen sijaan saattaa olla epäselvä, kuten kysymyksen ollessa siitä, oliko asianosainen tiennyt todisteen olemassaolosta jo valmisteluvaiheessa vaiko ei. Jos kysymyksestä ei saavuteta riittävää varmuutta, se on ratkaistava uuden todisteen esittämään pyrkivän asianosaisen tappioksi; asianosaisella ei tällöin katsota olleen pätevää syytä ja uuden todisteen esittäminen on evättävä.²⁷⁴

Kysymystä todistustaakasta edeltää kysymys siitä, onko asianosaisella väittämistaakka pätevää syytä merkitsevistä seikoista eli onko hänen nimenomaisesti vedottava kyseisiin seikkoihin, jotta tuomioistuिन voisi perustaa preklusiokysymyksen ratkaisunsa niihin, vai voiko tuomioistuिन ottaa seikat huomioon *myös* viran puolesta.²⁷⁵ Käytännössä tuomioistuimella ei yleensä ole tietoa asianosaisen laiminlyönnin syistä, joten asianosaisella voidaan sanoa olevan vähintäänkin tosiasiallinen, ns. informaatiotaakka pätevistä syistä. Tuomioistuimen on myös joka tapauksessa tiedusteltava asianosaiselta mahdollista pätevää syytä kyselyoikeuttaan käyttämällä. Kysymyksenalainen onkin lähinnä tilanne, jossa asianosainen ei tuomioistuimen tiedustelusta huolimatta, syystä tai toisesta, vetoa seikkaan pätevänä synnään: voiko tuomioistuिन tällöin ottaa seikan viran puolesta huomioon?

Kuten edellä jaksossa 7.3.8.1.c on todettu, asianosaisille ei ole yleensä annettu määräämisvaltaa preklusiosta Suomessa, joten väittämistaakan asettaminen pätevistä syyistä asianosaiselle olisi epäjohdonmukaista: preklusiiosäännösten soveltaminen ei edellytä vastapuolen väitettä eikä preklusiosta voida tuomioistuinta sitovasti sopia, mutta pätevän syyn ottaminen huomioon edellyttäisi tästä huolimatta asianosaisen nimenomaista vetoamista. Olisi johdonmukaisempaa pitää preklusiota kaikilta osiltaan indispositiivisena prosessuaalisena kysymyksenä. Vastapuolen oikeudesta tulla kuulluksi voidaan joka tapauksessa huolehtia tiedustelemalla hänen suhtautumistaan preklusioon. Myöskään prosessiekonomiset syyt eivät paina voimakkaasti toiseen suun-

²⁷⁴ Hallituksen esityksessä tämän suuntaista todistustaakan jakoa on perusteltu näyttövaikeuksilla toiseen suuntaan: »käytännössä saattaa olla vaikea osoittaa asianosaisen laiminlyöneen – – todisteen esiintuomisen tahallisesti taikka törkeästi huolimattomuudesta», HE 1990:15 s. 68 ja 82. Tällaista todistustaakan jakoa voidaan pitää perusteltuna: lähtökohta on tällöin prekludoituminen, jota vastaan on esitettävä todistelua, eikä päinvastoin. Asianosaisen taakkaa keventää joka tapauksessa normaalia matalampi näyttökynnyks »todennäköinen». Jos todistustaakka olisi käänteinen (kuten Ruotsissa), olisi ongelmallista ylipäättään puhua vastapuolen tai jopa tuomioistuimen 'todistustaakasta' esim. asianosaisen törkeän huolimattomuuden suhteen.

²⁷⁵ Esim. Saksassa vallitsevan kannan mukaan asianosaisen on vedottava pätevään syyhyin, ks. Bender ym. s. 48, Leipold ZZP 1980 s. 246, Weth s. 279 ja Baumbach ym. s. 938 vrt. Fuhrmann s. 111 s.

taan, koska väittämistaakan puuttumisesta huolimatta tuomioistuimen ei tulisi suorittaa mitään tutkimuksia asiassa, vaan rajoittua pelkästään muusta oikeudenkäyntiaineistosta ilmeneviin seikkoihin. Mahdollisuus ottaa pätevä syy huomioon myös viran puolesta edistää materiaalisesti oikean ratkaisun tavoitetta pääasiassa. Pätevää syytä koskevan väittämistaakan asettaminen asianosaiselle ei siten ole perusteltua: tuomioistuin saa ottaa pätevää syytä merkitsevät seikat myös viran puolesta huomioon.

Todistustaakan ohella säännökset ilmaisevat, kuinka vahvaa näyttöä asianosaisen täytyy esittää täyttääkseen taakkansa eli mikä on näyttövaatimus pätevää syytä merkitsevista seikoista. Säännösten mukaan riittävää on syyn saattaminen »todennäköiseksi» eli ns. täyttä näyttöä selvästi alhaisempi todennäköisyys riittää. Toisaalta näyttövaatimus on korkeampi kuin syyn saattaminen pelkästään »oletettavaksi».²⁷⁶ Rajatapauksissa konkreettinen näyttökynnys tulee asettaa lähtökohtaisesti normaaleja näyttökynnystä ohjaavia periaatteita punnitsemalla.²⁷⁷ Tässä yhteydessä keskeisinä voitaneen pitää asianosaisen näyttömahdollisuuksia pätevästä syystä ja väärän lopputuloksen riskiä pääasiassa: mitä hankalammin näytettävä pätevä syy (esimerkiksi asianosaisen tietämättömyys) on ja mitä merkityksellisempi todiste on, sitä matalammalle näyttökynnys tulisi asettaa.²⁷⁸ Toisaalta preklusiosääntelyn yleiset preventiiviset tavoitteet edellyttävät, että näyttökynnystä ei aseteta yksittäistapauksissa liian matalalle.

7.3.9 Preklusiokysymyksen käsittelystä ja seuraamuksista

Lopuksi on syytä tarkastella lyhyesti preklusioon menettelyllistä puolta eli preklusiokysymyksen käsittelyä ja ratkaisemista oikeudenkäynnissä sekä mahdollisen preklusioon seuraamuksia. Preklusiokysymys aktualisoituu yleensä vasta pääkäsittelyssä, jossa asianosainen pyrkii esittämään uuden todisteen, kuten nimeämään uuden todistajan tai antamaan uuden asiakirjan.

²⁷⁶ Vrt. ZPO § 296.4 (»glaubhaft»), josta Kallweit s. 70 s (»überwiegend»), Weth s. 282 ja Baumbach ym. s. 940.

²⁷⁷ Ks. niistä esim. Klami ym. 1987 s. 82 ss ja Jonkka 1992 s. 102 ss.

²⁷⁸ Tässä puolustetun kannan mukaan väärän lopputuloksen riski tulisi siis ottaa huomioon kahdella tasolla, sekä näyttökynnystä asetettaessa että syyn pätevyyttä harkittaessa. Kantaa voidaan pitää jossakin määrin ongelmallisena, koska varmuustavoite saa siinä huomattavan merkityksen. Kanta perustuu kuitenkin siihen, että koko preklusiosääntelyn tavoitteena Suomessa viime kädessä on oikeudenkäyntien yleinen varmuus. Lisäksi varmuustavoite on ainoastaan yksi punnintatekijä muiden joukossa eikä siis yksin määrää harkinnan lopputulosta.

Kysymys todisteen prekludoitumisesta on ratkaistava *ennen* todisteen vastaanottamista, kuten todistajan kuulemista tai asiakirjan lukemista pääkäsittelyssä.²⁷⁹ Tällöin paitsi toimitaan prosessiekonomisesti, samalla myös vältetään todisteen hyödyntämisongelmat, kun prekludoituneen todisteen esittäminen pääkäsittelyssä yksinkertaisesti evätään.²⁸⁰ Erilliseen valmisteluun tai pääkäsittelyyn (5:23 ja 30) pelkästään preklusiokysymyksen selvittämiseksi ei ole syytä, vaan kysymys tulee ratkaista pääasiaa koskevassa pääkäsittelyssä menettelyllisenä (esi)kysymyksenä.

Jos preklusiokysymys aktualisoituu jo OK 5:22:n tarkoittaman määräjän jälkeen valmistelussa, kysymys tulee myös ratkaista jo valmisteluvaiheessa, jossa voidaan myös tarvittaessa ottaa todistelua vastaan mahdollisen pätevän syyn selvittämiseksi. Jos taas preklusiokysymys aktualisoituu valmistelun ja pääkäsittelyn välisenä aikana (5:29), tuomioistuimen tulee vastaavasti pyrkiä ratkaisemaan kysymys kansliakäsittelyssä jo ennen pääkäsittelyä, mikäli mahdollista. Määrätty pääkäsittely saattaa tällöin olla toimitettavissa, vaikka todisteen esittäminen sallittaisiin ja vastapuolelle varattaisiin mahdollisuus uuteen vastatodisteluun.

Ennen preklusiokysymyksen ratkaisemista molemmille asianosaisille on varattava tilaisuus tulla *kuulluiksi* kysymyksestä: asianosaiselta on tiedusteltava mahdollista pätevää syytä ja vastapuolelta hänen suhtautumistaan todisteen esittämiseen.²⁸¹ Ongelmallisempi kysymys sen sijaan on, missä laajuudessa todistelua pätevästä syystä voidaan sallia: laaja todistelu pätevästä syystä vaarantaisi juuri sen pääkäsittelyn keskitystavoitteen, joka uusien todisteiden lähtökohtaisella prekludoitumisella on.²⁸² Ainakaan pääkäsittelyä

²⁷⁹ Ks. myös HO:n suullisen pääkäsittelyn osalta Liljenfeldt DL 1995 s. 476.

²⁸⁰ Jos uusi seikka tai todiste prekludoituu vasta HO:ssa esitettynä, ko. seikka tai todiste jätetään huomiotta, minkä vuoksi valitus saatetaan hylätä. Vrt. *KKO 1997:109*, jossa valitus jätettiin preklusiösäännöksen nojalla tutkimatta.

²⁸¹ Ks. myös Virolainen DL 1995 s. 348 s. Ainakin alioikeusmenettelyssä kuuleminen voi tapahtua vaivattomasti suullisesti (arg. myös *KKO 1997:90*). Vrt. hovioikeuspreklusion osalta *KKO 1997:109*: »Asianosaisen tulee itsensä selvittää menettelynsä johtuneen pätevästä syystä. B ei ole valituksessaan hovioikeudelle edes ilmoittanut, miksei hän aikaisemmin ole vedonnut velkajärjestelyn esteinä pitämiinsä seikkoihin. Hän ei ole vastannut A:n valitukseen korkeimmalle oikeudelle.»

²⁸² Ks. myös Kallweit s. 91 s ja Weth s. 273. Sen sijaan 'kaksinkertainen' preklusio eli pätevästä syystä todistavien uusien todisteiden preklusio ei voine tulla kysymyksen. – Tämä on myös olennainen praktinen ero verrattuna siviili- tai rikosoikeudellisen huolellisuusvelvollisuuden arviointiin, joka saattaa olla koko oikeudenkäynnin keskeisin materiaalin kysymys: prosessuaalisen huolellisuusvelvollisuuden arviointi on väistämättä selvästi summaarisempaa.

ei voitane lykätä pelkästään tämän vuoksi (arg. 6:10) ja keskeyttämiseenkin tulisi suhtautua pidättyvästi. Jopa tulkinta, jonka mukaan ainoastaan pääkäsittelyssä tuolla hetkellä käsillä olevia todisteita voitaisiin hyödyntää, saataisi olla perusteltu.²⁸³ Asianosaisen pitäisi siis aina varautua pätevää syytä koskevaan todisteluun välittömästi. Toisaalta todistelumahdollisuuksien rajoittuneisuus on tällöin otettava näytön riittävyuden arvioinnissa huomioon konkreettista näyttökynnystä laskevana tekijänä.

Tilanne on erityisen ongelmallinen, jos todisteen prekludoituminen havaitaan poikkeuksellisesti vasta sen jälkeen, kun todiste on jo ehditty ottaa vastaan pääkäsittelyssä: esimerkiksi asiakirjan sisällöstä on saatettu joutua ottamaan alustavasti selkoa ennen preluusiokysymyksen ratkaisemista.²⁸⁴ Tällaisessa tilanteessa aktualisoituu kysymys siitä, merkitseekö preluusio tässä mielessä pelkkää todisteen *esittämiskieltoa* vaiko myös *hyödyntämiskieltoa* eli voidaanko preluusiosääntelyn vastaisesti vastaan otettua todistetta kuitenkin hyödyntää näytön arvioinnissa; voiko esimerkkitalanteessa tuomioistuimien ottaa asiakirjan sisällön tuolta osin huomioon vaiko ei?²⁸⁵

Hyödyntämiskieltoa vastaan voidaan esittää painavia argumentteja. Ensinäkin todisteen jättäminen huomiotta saattaa olla ristiriidassa materiaallisen totuuden tavoitteen kanssa. Toiseksi Suomen prosessioikeudessa todistuskiekkot eivät yleensä ole merkinneet hyödyntämiskieltoja, jotka ovat poikkeus vapaasta todistusharkinnasta.²⁸⁶ Edelleen voidaan viitata niihin lähinnä psykologisiin ongelmiin, joita hyödyntämiskiekkon toteuttaminen käytännössä aiheuttaisi: voisivatko tuomarit poistaa mielestään jo vastaanottamansa todisteen?²⁸⁷

²⁸³ Näin Saksan osalta Bender ym. s. 50.

²⁸⁴ Käräjäoikeus ei voine myöhemmin pääkäsittelyn aikana muuttaa preluusiokysymyksessä tekemäänsä käsittelyratkaisua: jos on tehty päätös, jonka mukaan todiste ei ole prekludoitunut, käräjäoikeus ei enää todisteen vastaanottamisen jälkeen voi pyörittää päätöstään.

²⁸⁵ Saksassa preluusio ei ole esittämiskielto, vaan nimenomaan hyödyntämiskielto: preluusiosta ei tehdä päätöstä, vaan siitä lausutaan tuomion perusteluissa, ja prekludoitunutta aineistoa ei saa ottaa tuomiossa huomioon, ks. Bender ym. s. 52, Kallweit s. 89 ja 93 s, Weth s. 295, Rosenberg ym. s. 385 ja Thomas – Putzo s. 662.

²⁸⁶ Todistuskiekkotjen vastaisten todisteiden hyödynnettävyyssproblematiikasta yleensä ks. Hormia 1978 s. 31 ss ja 1979 s. 9 s. Esim. todistajan esteellisyys ei merkitse hänen kertomuksensa hyödyntämiskieltoa, ks. Lappalainen 1988 s. 142 s. Virolainen 1995 s. 41 näyttää olevan yleisemmän hyödyntämiskiekkon kannalla. Ks. myös KKO 1995:66 ja Frände JFT 1983 erit. s. 388 ss.

²⁸⁷ Ks. Hormia 1979 s. 164 ss, jonka mukaan (mts. 168) asia oli viime kädessä lykättävä uuteen kokoonpanoon. Nykyisessä siviiliprosessissa tämä ei ole mahdollista. Todiste olisi siis yksinkertaisesti, inhimillisten mahdollisuuksien rajoissa jätettävä huomiotta.

Toisaalta voidaan sanoa, että koko preklusiosääntely on jossakin määrin ristiriidassa totuustavoitteen kanssa. Mahdollisuus prekludoituneen todisteen ottamiseen huomioon tuomiossa vesittäisi preklusiosääntelyn yleistä preventiivistä tehoa. Asianosainen saattaisi myös pyrkiä kiertämään preklusiosääntelyä asettamalla tuomioistuimen 'tapahtuneiden tosiasioiden eteen' pääkäsitellyssä. Jos prekludoitunut todiste otettaisiin tuomiossa huomioon, pääkäsitellyn keskitys vaarantuisi yksittäistapauksessa, koska vastapuolelle olisi yleensä varattava tilaisuus vastanäytön esittämiseen; jos todistetta ei otettaisi huomioon, tätä ei olisi tarpeen tehdä. Edelleen muutoksenhaku sillä perusteella, että prekludoitunutta aineistoa on otettu virheellisesti vastaan, tulisi ongelmalliseksi, koska aineisto olisi joka tapauksessa voitu ottaa huomioon tuomiossa.²⁸⁸ Näillä perusteilla päädyn siihen tulkintasuositukseen, että todisteen prekludoituminen merkitsee paitsi todisteen esittämiskieltoa myös sen hyödyntämiskieltoa: preklusiosäännösten vastaisesti vastaanotettua todistetta ei saa hyödyntää näytön arvioinnissa.²⁸⁹

Jos todisteen esittäminen evätään, preklusiosta on tehtävä nimenomaisen päätös (24:1 ja 14 §). Jos taas todisteen esittäminen sallitaan, muodollinen päätös lieenee tarpeen vain, jos vastapuoli on tehnyt preklusiosta väitteen. Käräjäoikeuden preklusiota koskeva ratkaisu – suuntaan tai toiseen – on menettelyyn liittyvä päätös, johon ei saa hakea erikseen muutosta, vaan vasta pääasian yhteydessä (25:1.3).²⁹⁰ Jos muutoksenhakutuomioistuin katsoo, että todiste on jätetty virheellisesti ottamatta vastaan, se voi joko palauttaa asian käräjäoikeuteen tai ottaa todistelun itse välittömästi vastaan. Jos taas muutoksenhakutuomioistuin katsoo, että todiste on otettu virheellisesti vastaan, se voinee selvissä tilanteissa viivytyksen välttämiseksi yksinkertaisesti jättää kyseisen todisteen huomiotta ja muuttaa tällä perusteella käräjäoikeuden ratkaisua. Jos kuitenkin kysymys on kokonaisnäytön arvioinnista, yhtä todistetta ei voida irrottaa kokonaisuudesta, vaan muut todisteet on otettava uudelleen vastaan (OK 26:15 ja 16).

²⁸⁸ Myös edellä selostetussa ratkaisussa *Turun HO 3.9.1996 nro 2754* oli kysymys siitä, jätetäänkö todistaja C:n kertomus huomiotta HO:ssa.

²⁸⁹ Ks. myös Hirvonen DL 1995 s. 448 s.

²⁹⁰ Ks. myös Gärde ym. s. 623, Lindell 1993 s. 149–153, Fitger RB s. 42:46 ja Hov s. 348 s. – Virheellinen preklusiosäännösten soveltaminen voi muodostaa myös kante-luperusteen (31:1:n 4 kohta), jonka menestyminen kuitenkin edellyttää, että virheen voidaan otaksua olennaisesti vaikuttaneen jutun lopputulokseen, ks. Leppänen – Välimaa s. 130 s. – Saksassa sen sijaan katsotaan, että jos prekludoitunut aineisto on otettu virheellisesti huomioon, siihen ei voida hakea muutosta, ks. Rosenberg ym. s. 385.

7.4 Oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuudesta todistusaineiston ilmoittamisen laiminlyönnin sanktiona

7.4.1 Yleistä kuluvastuusta prosessuaalisena sanktiona

Moderni näkemys siviiliprosessista sanktiomekanismina on muuttanut myös käsitystä vastapuolen oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuudesta (tässä lyhyemmin »kuluvastuu»), joka on alettu nähdä entistä korostetummin asianosaisten – ja myös potentiaalisten asianosaisten – *preventiivisenä ohjailukeinona*.²⁹¹ Luonteva jatko tällaiselle ajattelutavalle on, että oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuus nähdään entistä merkittävämpänä sääntelyinstrumenttina myös oikeudenkäyntimenettelyn *sisällä*: jakamalla kuluriskiä asianosaisten kesken pyritään ohjaamaan heidän toimintaansa oikeudenkäynnin aikana. Tällaisella kulusääntelyllä on paitsi reparatiivinen, myös korostetusti preventiivinen tavoite, koska asianosaisten oletetaan toimivan rationaalisesti oikeudenkäynnissä mahdollisen kuluvastuunsa tiedostaen. Tällainen näkemys ilmenee OK 21 luvun uudistuksen hallituksen esityksestä: »täysimääräinen kulujen korvausvelvollisuus – – vaikuttaa käyttäytymiseen oikeudenkäynnissä siten, ettei oikeudenkäyntiä tarpeettomasti pitkitetä. Tämä puolestaan edistää oikeudenkäynnin suullisuuden, välittömyyden ja keskitämisen toteutumista.»²⁹²

Oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuudella on prosessuaalisena sanktiona sekä haittansa että etunsa. Preventiiviseltä kannalta voidaan perustellusti epäillä kuluvastuun todellista sanktiotehokkuutta. Ensinnäkin kuluvastuu konkretisoituu vasta tuomiossa, joten sanktiouhka ei ole oikeudenkäyn-

²⁹¹ Vanhemmassa oikeudessa vastapuolen oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuus kytkettiin asianosaisten subjektiiviseen syylisyyteen: kuluvastuu nähtiin roomalaisessa oikeudessa oikeudenkäynnin väärinkäytöstä seuraavan rangaistuksen ja 1700-luvulta alkaen vahingonkorvauksen luonteisena. 1800-luvulta alkaen vallitsevaksi alkoi muodostua näkemys, jonka mukaan oikeudenkäynnin lopputuloksen tuli objektiivisesti ratkaista kulukorvausvelvollisuus. Teorianmuodostuksen kehitys on seurannut vahingonkorvaus-oikeuden kehitystä eli ensin eroa rikosvastuuseen ja sittemmin korvausvastuun objektiivitumista. Ks. kehityksestä Jacobsson 1964 s. 24–46 ja Raija Liljenfeldt s. 34–45, joissa erotetaan rangaistus-, vahingonkorvaus-, kausaliteetti- ja oikeussuojateoriat. Jacobsson on korostanut myös huolimattomaan prosessaamiseen liittyvän kulusanktion (RB 18:6) synty- ja aatehistoriallista yhteyttä rangaistussanktioon (RB 9:3), jotka molemmat perustuvat tuottamusajatukselle, ks. Jacobsson s. 205–210.

²⁹² HE 1993:191 s. 4. Ks. myös jo SOU 1938:44 s. 235: »främja snabbhet och koncentration i förfarandet.» Ohjausnäkemysten kritiikistä ks. Ervasti 1997b s. 91 ss.

nin aikana, ennen muuta vielä valmisteluvaiheessa yhtä välitön kuin esimerkiksi preklusiossa.²⁹³ Toiseksi jos voittointressi on riittävän suuri, ankarankaan kuluvastuun uhka ei välttämättä paina asianosaisen motiiveissa riittävän voimakkaasti toiseen suuntaan. Olennainen haittapuoli on kolmanneksi myös se, että sanktio kohdistuu lopulta ainoastaan siihen asianosaiseen, joka ei jo muulla perusteella olisi velvollinen korvaamaan vastapuolen näitä oikeudenkäyntikuluja; sanktio kohdistuu siten yleensä vain siihen asianosaiseen, joka voittaa jutun. Oikeudenkäynnin aikana asianosaiset eivät toisaalta kuitenkaan vielä varmasti tiedä, kumpi jutun lopulta voittaa.²⁹⁴

Kulusanktion keskeisimpänä etuna on, että oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuuden toteuttaminen yksittäistapauksessa ei lisää pääasiassa väärän päätöksen riskiä, koska kuluvastuu ei vaikuta pääasian ratkaisuun – toisin kuin preklusio saattaa vaikuttaa.²⁹⁵ Samalla vastapuoli saa reparatiivisen korvauksen viivytyksestä aiheutuneista kuluistaan.²⁹⁶ Kulusanktion voidaan lisäksi olettaa kasvattavan oikeudenkäyntien taloudellista tehokkuutta, koska kuluriski on sälytetty sille asianosaiselle, joka toimii tehottomasti, eli tehokkaaseen toimintaan on taloudellinen kannustin.

OK 21 luvun 5 §:ään otettiin (L 1013/93) aiempaa kattavampi säännös oikeudenkäyntikulujen korvausvelvollisuudesta prosessuaalisen laiminlyönnin sanktiona. Jos asianosainen on jäämällä pois tuomioistuimesta, jättämällä noudattamatta tuomioistuimen antamia määräyksiä tai esittämällä väitteen, jonka hän on tiennyt tai hänen olisi pitänyt tietää aiheettomaksi, taikka muutoin oikeudenkäyntiä pitkittämällä velvollisuuden vastaisella menettelyllään tahallisesti tai huolimattomuudesta aiheuttanut toiselle asianosaiselle kustannuksia, hän on velvollinen korvaamaan sellaiset kustannukset riippumatta sii-

²⁹³ Tämän vuoksi tuomarın tulisi tarvittaessa huomauttaa kulusanktiosta asianosaiselle, joka on syylistymässä mahdollisen kuluvastuun aiheuttavaan laiminlyöntiin esim. valmistelussa. Muussa tapauksessa asianosainen ei ehkä tule edes mieltäneeksi uhkaavaa kulusanktiota.

²⁹⁴ Ks. myös Lindell 1993 s. 132.

²⁹⁵ Liian ankara kulusanktio saattaa tosin vaikuttaa tosiasiallisesti tähän suuntaan, jos asianosainen jättää sen pelossa relevanttia aineistoa esittämättä. Toteutettuna ankara kulusanktio saattaa myös merkitä, että oikeudenkäynti käy ainakin osittain turhaksi; kuluvastuu saattaa olla jopa voitettua intressiä suurempi.

²⁹⁶ Kulusanktio eroaa tässä suhteessa rangaistussanktiosta, jolla ei ole reparatiivista merkitystä. Suomessa huolimattomuutta prosessaamista ei ole kriminalisoitu ja myös aiheettoman oikeudenkäynnin ja aiheettoman muutoksenhaun kriminalisoinnit (OK 15:14, 28:1 ja 29 luku) lienevät kokeneet desuetudon. Mielestäni voidaan myös perustellusti epäillä, olisivatko kriminalisoinnit asianmukainen ja toimiva sanktio riita-asian oikeudenkäynnin jouduttamiseksi, vrt. Virolainen 1995 s. 322 s.

tä, kuinka oikeudenkäyntikulut muutoin on korvattava.²⁹⁷ OK 21:5 menee tässä mielessä muiden kuluvastuusäännösten edelle.²⁹⁸ Esitöiden mukaan säännös on tarkoitettu tehostamaan käsittelyn nopeutta ja keskittämistä.²⁹⁹

OK 21:5:n 'edeltäjä' oli aiempi OK 21:4.2 (L 7.9.1901), joka koski pelkästään asian ratkaisun viivyttämistä laiminlyömisellä, esim. jättämällä esiintuomatta »todistuksia», jotka asianosainen olisi voinut ja jotka hänen olisi pitänyt aikaisemmin esittää. Kuluvastuu koski myös asiamiestä.³⁰⁰ Säännöstä sovellettiin käytännössä hyvin harvoin.³⁰¹ Säännöstä on sovellettu prosessuaaliseen laiminlyöntiin kahdessa hovioikeusratkaisussa: Ratkaisussa *Vaasan HO 2.6.1992 nro 1029 A* oli vasta HO:ssa tarjonnut näyttöä, jonka hän olisi voinut esittää jo kihlakunnanoikeudessa, ja oli siten viivyttänyt asian ratkaisua. Ratkaisussa *Vaasan HO 26.5.1993 nro 1035* asian voittanut vastaaja oli työsopimuksen purkamista koskevassa riidassa vasta jutun palauttamisen jälkeen ilmoittanut työsopimuksen todellisen purkamisperusteen ja siten menettelyllään viivyttänyt jutun ratkaisemista.³⁰² Lisäksi säännöstä on sovellettu analogisesti tarpeettomiin oikeudenkäynteihin (ks. esim. KKO 1985 II 47).³⁰³

OK 21:5:n soveltamisala on yleinen; se koskee lähtökohtaisesti mitä tahansa prosessuaalista laiminlyöntiä missä oikeudenkäynnin vaiheessa tahnassa.³⁰⁴ Säännöstä voidaan siis soveltaa myös pääkäsittelyssä tai muutoksen-

²⁹⁷ Säännös koskee myös indispositiivisia riita-asioita. – Säännöksen esikuva on Ruotsin RB 18:6. Muiden maiden vastaavista säännöksistä ks. Tml § 177, josta Hov s. 640 ja Schei I s. 374 s; Rpl § 319, josta Gomard ym. s. 370 s ja Grathe s. 254; ZPO § 95, josta Baumbach s. 301 ja Zöller s. 353 sekä ÖZPO § 44, josta Holzhammer s. 113. Yleinen kuva on, että po. säännöksiä on sovellettu käytännössä harvoin.

²⁹⁸ OK 21:5:n mukainen vastuu ei ole yhteisvastuullista (21:9.2). Jos asianosainen olisi muutoin saamassa kulukorvausta vastapuolelta, kulut on tältä osin kuitattava, ks. Raija Liljenfeldt s. 81, Halila DL 1985 s. 286, SOU 1938:44 s. 236, Ekelöf ym. III s. 191 ja Gullnäs ym. s. 18:32.

²⁹⁹ Ks. HE 1993:191 s. 8.

³⁰⁰ Ks. KM 1901:1 s. 39 s, Kivimäki s. 57, 126 s ja 228, Tirkkonen Sp II s. 502, Halila DL 1985 passim ja Raija Liljenfeldt s. 80 ss.

³⁰¹ Ks. Halila DL 1985 s. 286 s.

³⁰² Nykyisessä siviiliprosessissa ko. uudet todisteet ja seikat olisivat ilmeisesti prekludoituneet.

³⁰³ Ks. myös KKO 1988:14 ja 1989:82. Myös Ruotsissa on todettu, että RB 18:6:ää käytetään hyvin harvoin, Jacobsson 1964 s. 220 s, SOU 1982:26 s. 214 ja Gullnäs ym. s. 18:33.

³⁰⁴ Ks. myös SOU 1938:44 s. 235, NJA 1968 s. 136 ja Gärde ym. s. 208 s. Jacobsson 1964 s. 206 erottaa laiminlyönnit asianosaisen materiaalisessa ja muodollisessa prosessaamisessa.

haussa tapahtuvaan laiminlyöntiin ja laiminlyönti voi koskea myös muuta oikeudenkäyntiaineistoa kuin todistusaineistoa.³⁰⁵ Seuraavassa jaksossa säännöksen soveltamista tarkastellaan ainoastaan todistusaineiston ilmoittamisen laiminlyönnin sanktiona riita-asian valmistelua silmälläpitäen ja erityisesti preklusiosääntelyyn vertaillen. Tarkastelu ei ole yhtä perusteellista kuin preklusiosäntelyyn osalta, koska suurelta osin kysymys on kuluvastuuseen yleisesti, eikä erityisesti todistelun valmistelun sanktioihin liittyvästä problematiikasta.³⁰⁶ Yleisellä tasolla todettakoon ainoastaan, että kulusanktion preventiivinen teho perustuu siihen, että säännöstä myös käytännössä sovelletaan, kun siihen on aihetta. Toisaalta soveltamiskynnys tulee pitää niin korkealla, ettei se vaaranna oikeudenkäynnin tosiasiallista asianmukaisuutta yksittäistapauksessa: kulusanktion pelko ei saa estää asianosaista ajamasta asiaansa. Käytännössä säännös tulee lopulta melko harvoin sovellettavaksi.

Se, että OK 21:5:ssä puhutaan »toisesta asianosaisesta» eikä vastapuolesta, on tarkoituksellista: asianosainen saattaa säännöksen perusteella joutua korvaamaan myös myötäpuolensa oikeudenkäyntikulut.³⁰⁷ Koska myötäpuolen kulujen korvausvelvollisuus aktualisoituneeksi käytännössä varsin harvoin, seuraavassa puhutaan yksinkertaisuuden vuoksi vain vastapuolesta. Lausuttu koskee mutatis mutandis myös myötäpuolta.

On myös syytä huomata OK 21:5:n rajanveto OK 21:4:ään, joka koskee tarpeettoman oikeudenkäynnin tuottamuksellista aiheuttamista.³⁰⁸ OK 21:4 soveltuu, kun laiminlyönti on tapahtunut ennen oikeudenkäyntiä, 21:5 puolestaan, kun laiminlyönti on tapahtunut oikeudenkäynnissä. Laiminlyöntien välillä voi kuitenkin olla lähinnä aste-ero, jolloin saatetaan joutua käymään rajanvetoa siitä, onko kyseessä ollut kokonaan tarpeeton oikeudenkäynti vaiko 'vain' laiminlyönti oikeudenkäynnissä.³⁰⁹ Jos esim. vastaaja tuottamuksellisesti esittää kuitenkin mak-
sustaan vasta pääkäsittelyssä, on ratkaistava, olisiko hänen pitänyt esittää se jo ennen oikeudenkäyntiä (21:4) vai vasta valmistelussa (21:5).³¹⁰

³⁰⁵ Säännös koskee myös yksipuolisen tuomion takaisinsaantitilannetta, jolloin alkuperäistä juttua ja takaisinsaantijuttua on käsiteltävä oikeudenkäyntikulujen suhteen yhtenä kokonaisuutena, HE 1993:191 s. 14. Takaisinsaantikanteen voittaja saattaa siis joutua korvaamaan alkuperäisestä passiivisuudesta aiheutuneet kulut.

³⁰⁶ Käytännössä on myös syytä pitää mielessä, että oikeudenkäyntikulut ovat jutussa kuitenkin sivuasiasia, jonka ratkaisemiseen ei pidä kuluttaa liikaa voimavaroja.

³⁰⁷ Ks. Jokela DL 1994 s. 153 ja 1995 s. 171 s. Vrt. RB 18:6: »motparten».

³⁰⁸ Ks. HE 1993:191 s. 4 ja 12 s.

³⁰⁹ Ks. myös Lindell 1993 s. 140.

³¹⁰ Ks. myös Gullnäs ym. s. 18:31. Ks. myös OK 21:3:n osalta KKO 1996:57.

7.4.2 Asianosaisen kuluvaluusta

a. OK 21 luvun 5 §:n rekvisiitta voitaneen jäsentää kolmeen soveltamis-edellytykseen. Ensimmäisenä kuluvaluusta edellytyksenä on, että asianosainen on *menetellyt velvollisuutensa vastaisesti* oikeudenkäynnissä (tässä »menettelyedellytys»). Säännöksessä luetellaan nimenomaisesti joitakin esimerkkejä, mutta myös »muutoin» velvollisuuden vastainen menettely riittää. Kyseessä täytyy olla prosessuaalinen velvollisuus oikeudenkäynnissä, ei (pelkästään) materiaallinen tai muu ulkoprosessuaalinen velvollisuus. Riittävää ei myöskään ole pelkkä yleinen huolimattomuus prosessissa, jollei se ole asianosaisen velvollisuuden vastaista. Todistelun valmistelun osalta säännöksen soveltaminen siis edellyttää, että asianosainen on laiminlyönyt velvollisuutensa todistusaineiston ilmoittamiseen valmistelussa. Periaatteessa min-kä tahansa edellisissä luvuissa tarkastellun todistusaineiston ilmoittamiseen velvoittavan normin rikkominen lienee tässä suhteessa riittävää.³¹¹

On syytä korostaa, että kuluvaluusta koskee todistelun valmistelua kokonaisuudessaan, siis myös niitä tilanteita, joita preklusio ei koske. Ensinnäkin kuluvaluusta koskee myös velvollisuutta todistusteemojen ilmoittamiseen: jos esimerkiksi asianosaisen suorittama todistajan kuulustelu ylittää hänen ilmoittamansa teeman rajat, asianosaiselle saattaa aiheutua tästä kuluvaluusta. Toiseksi kuluvaluusta on voimassa koko valmistelun ajan aina haastehakemuksen jättämisestä valmistelun päättämiseen saakka. Asianosainen saattaa siis joutua kuluvaluustaan sen vuoksi, että hän ei ole ilmoittanut todisteita ja niiden teemoja riittävän aikaisessa vaiheessa *valmistelussa*, esimerkiksi jo haastehakemuksessa (5:2.1:n 3 kohta) tai vastauksessa (5:10.1:n 3 kohta), vaikka preklusio ei vielä valmistelussa (5:22:n tarkoittamia tilanteita lukuunottamatta) tule kyseeseen.³¹²

Lisäksi kuluvaluusta täydentää todistelun valmistelun sanktioita niissä tilanteissa, joita myös preklusio lähtökohtaisesti koskee.³¹³ Jos asianosainen

³¹¹ Tämä on jossakin määrin ongelmallista, koska asianosaisten velvollisuuksia valmistelussa sääntelevät säännökset saattavat olla sisällöltään melko epämääräisiä. Esim. hallituksen esityksessä (ks. HE 1993:191 s. 14) esimerkkinä mainitun OK 5:18.3:n mukaan asianosaisen on perehdyttävä asiaan niin hyvin, ettei asian käsittelyä tarvitse hänen laiminlyöntinsä vuoksi lykätä. Ks. myös Prop 1986/87:89 s. 205 ja Fitger RB s. 42:44. Kuluvaluusta rajautuu kuitenkin näissä tilanteissa viime kädessä tuottamusedellytyksen kautta.

³¹² Ks. HE 1993:191 s. 13 s: »Yleisenä periaatteena on pidettävä sitä, että asianosaisen tulee koko oikeudenkäynnin ajan toimia siten, ettei hän aiheutta pitkiä oikeudenkäyntiä.» Ks. myös SOU 1938:44 s. 235, NJA 1961 s. 157 ja Jacobsson s. 216–220.

³¹³ Ks. HE 1993:191 s. 14: »asioissa, joissa sovinto on sallittu, uusilla alioikeusme-

saa pääkäsittelyssä (6:9), vastaavasti valmistelussa 5:22:n tarkoittaman määräjän jälkeen, vedota uuteen todisteseen, koska hän saattaa pätevän syyn menettelylleen todennäköiseksi, hän saattaa silti olla menettelynsä vuoksi kuluvastuussa 21:5:n nojalla.³¹⁴ Toiseksi voidaan kysyä, ovatko preklusio ja kuluvastuu toisensa poissulkevia vai voivatko ne kohdata asianosaista myös yhtäaikaan: saattaako asianosainen pääkäsittelyssä sekä menettää oikeutensa esittää uusi todiste että joutua myöhästyneestä ilmoituksestaan kuluvastuuseen? Periaatteessa preklusio- ja kulusanktioiden soveltumisalat voinevat olla päällekkäiset, koska niitä ei ole mitenkään kytketty toisiinsa, vaan kummankin edellytysten täyttyminen on arvosteltava toisistaan riippumatta.³¹⁵ Käytännössä todisteen prekludoituminen kuitenkin samalla normaalisti merkitsee, että vastapuolelle ei vastaavasti aiheudu 21:5:n mukaan korvattavia lisäkustannuksia; koska asianosainen ei saa esittää prekludoitunutta todistetta, vastapuolelle ei aiheudu ylimääräisiä kustannuksia.³¹⁶

Mm. tämän vuoksi on tärkeää, että päätös preklusiosta tehdään välittömästi, ennen kuin vastapuoli alkaa hankkia omia vastatodisteitaan. Muutoksenhakutuomioistuimessa tämä ei välttämättä ole mahdollista, jos menettely on kirjallinen: vastapuoli saattaa vastata uusiin todisteisiin ennen kuin preklusiopäätös tehdään, jolloin siis kuluvastuu saatetaan tulla kysymykseen preklusion ohella. Näin ratkaisussa *NJA 1970 s. 442*, jossa uusi todistelu HD:ssa jätettiin tutkimatta ja asianosainen velvoitettiin samalla korvaamaan vastapuolen vastauskulut tältä osin. Vähemmistö sen sijaan katsoi, ettei vastapuolella ollut ollut syytä vastaamiseen, koska pätevän syyn puuttuminen oli ollut ilmeistä. Vähemmistön kanta on sikäli kyseenalainen, että vastapuolelta ei normaalisti voitane edellyttää vähintäänkin epävarman preklusiokysymyksen arvioimista ja sen perusteella vastaamista jättämistä.³¹⁷

b. Toinen OK 21:5:n mukaisen kuluvastuun edellytys on, että asianosaisen velvollisuuden vastaisesta menettelystä on *aiheutunut toiselle asianosaiselle kustannuksia* (tässä »kuluedellytys«).³¹⁸ Asianosaisen menettelyn ja vas-

nettelyä koskevilla säännöksillä pyritään estämään perusteettomia viivytyksiä. Ehdotettu kulukorvausta koskeva säännös täydentäisi prosessitehosteena mainittuja säännöksiä tällaisissa riita-asioissa.»

³¹⁴ Säännöksessä nimenomaisesti mainittu tilanne, jossa asianosainen jättää noudattamatta tuomioistuimen antamia määräyksiä tarkoittanee muun muassa 5:22:n mukaista määräystä tai 5:15.2:n mukaista kehotusta kirjallisen lausuman antamiseen.

³¹⁵ Ks. myös Koulou JFT 1995 s. 70.

³¹⁶ Ks. myös Gullnäs ym. s. 18:32.

³¹⁷ Ks. myös Lindell 1993 s. 137 s.

³¹⁸ Ks. myös HE 1993:191 s. 14: »Jos juttu on voitu ratkaista asianosaisen poissa-

tapuolelle aiheutuneiden oikeudenkäyntikulujen välillä täytyy vallita syy-yhteys.³¹⁹ Asianosaisen velvollisuuden vastaisen menettelyn vuoksi vastapuoli on joutunut omasta puolestaan ryhtymään kustannuksia aiheuttaviin toimenpiteisiin. Jos esimerkiksi kantaja on vasta suullisen valmistelun istunnossa ilmoittanut todisteen, joka olisi pitänyt ilmoittaa jo haastehakemuksessa, ja tämän vuoksi on jouduttu järjestämään toinen valmisteluistunto, kantaja saat-
taa joutua korvaamaan tästä vastaajalle aiheutuneet kulut.

Relevantti kysymys on, tarkoitetaanko 21:5:ssä »sellaisilla» kustannuk-
silla kaikkia niitä kustannuksia, joita vastapuolelle on asianosaisen menet-
telyn seurauksena syntynyt, vaiko ainoastaan niitä ylimääräisiä lisäkustan-
nuksia, joita vastapuolelle on aiheutunut asianosaisen velvollisuuden vastai-
sesta menettelystä verrattuna hypoteettiseen asianmukaiseen menettelyyn.³²⁰
Jälkimmäinen 'differenssivaihtoehto' lienee oikea, koska ainoastaan tällai-
set kustannukset ovat syy-yhteydessä juuri asianosaisen velvollisuuden vas-
taiseen menettelyyn. On siten arvioitava, kuinka paljon vastapuolelle on ai-
heutunut lisäkustannuksia siitä, että asianosainen on ilmoittanut todisteen liian
myöhään, verrattuna siihen, että hän olisi ilmoittanut todisteen ajoissa val-
mistelussa. Asianosaisen täytyy korvata vastapuolelle täysimääräisesti tällaiset
lisäkustannukset, mikäli ne kohtuuden mukaan ovat olleet aiheellisia vasta-
puolen oikeuden valvomiseksi (21:8.1).

Entä edellyttääkö säännös aina oikeudenkäynnin pitkittymistä asian-
osaisen velvollisuuden vastaisen menettelyn vuoksi vai riittääkö, että
vastapuolelle muutoin aiheutuu kuluja? Säännöksen sanamuoto »muu-
toin oikeudenkäyntiä pitkittämällä» viittaisi siihen, että muissa kuin
nimenomaisesti luetelluissa tilanteissa edellytettäisiin aina oikeuden-
käynnin pitkittymistä. Esitöistä voitaneen kuitenkin päätellä, että sään-
nöksellä on tarkoitettu myös muuta kulujen aiheuttamista kuin oikeu-
denkäynnin pitkittämistä, joskin myös vastakkaisia lausumia on löy-
dettävissä.³²¹ Muunlainenkin lisäkulujen aiheuttaminen lienee siten pe-

olosta huolimatta taikka asianosaisen perusteettomat väitteet on heti hylätty ilman, että
siitä on aiheutunut lisäkustannuksia, ei lainkohta tule sovellettavaksi.»

³¹⁹ Ks. SOU 1938:44 s. 236, Gärde ym. s. 209, Hassler s. 196 ja vertaillen prekluu-
sioon, joka ei tätä edellytä, Lindell 1993 s. 134–137.

³²⁰ Jos esim. asianosainen saa pääkäsittelyssä preklusion estämättä kuulla uutta to-
distajaa ja pääkäsittely täytyy tämän vuoksi keskeyttää, jotta vastapuoli voisi kuulla omasta
puolestaan uutta vastatodistajaa, herää kysymys, onko asianosainen velvollinen 21:5:n
nojalla korvaamaan paitsi vastapuolelle uudesta käsittelypäivästä aiheutuvat kulut myös
ko. todistajanpalkkion. Todistajanpalkkiohan olisi tullut vastapuolen maksettavaksi, vaikka
asianosainen olisi ilmoittanut oman todistajansa jo valmistelussa.

³²¹ Ks. HE 1993:191 esim. s. 14: »Jotta – – lainkohta voisi tulla sovellettavaksi, asian-
osaisen menettelyn tai laiminlyönnin on pitänyt johtaa asian käsittelyn pitkittymiseen taik-

riaatteessa riittävää. Kuluvastuun funktion kannalta on nimittäin lähes saman tekevää, onko oikeudenkäynti pitkittynyt vaiko ei: yhtäältä pelkkä ajan kuluminen ei aiheuta oikeudenkäyntikuluja vastapuolelle – mahdollisia korkokustannuksia lukuunottamatta – ja toisaalta kuluja voi aiheutua, vaikka varsinaista viivytystä ei aiheutuisikaan. Toinen asia on, että syy-yhteysvaatimuksen vuoksi yleensä lienee kysymys juuri oikeudenkäynnin viipymisestä.

c. OK 21:5:n mukainen kuluvastuu rajautuu viime kädessä kolmannen edellytyksensä kautta: kuluvastuu edellyttää asianosaisen *tahallisuutta tai huolimattomuutta* (tässä »tuottamusedellytys«).³²² Tämän tutkimuksen aihepiirin osalta asianosaisen on täytynyt tahallisesti tai huolimattomuudesta laiminlyödä todistusaineiston asianmukainen ilmoittaminen valmistelussa. Jos esimerkiksi kantajan olisi pitänyt ilmoittaa tietyt todisteensa jo haastehakemuksessa, mutta hän on ilmoittanut ne vasta valmistelutunnossa, kantajalle ei kuitenkaan aiheudu tästä 21:5:n mukaista kuluvastuuta, jos todisteen ilmoittamatta jättämisestä haastehakemuksessa ei voida pitää tahallisuutta tai huolimattomuutena. Kysymys on siitä, voidaanko asianosaiseen kohdistaa säännöksen tarkoittama moite sen vuoksi, että hän ei ole noudattanut todistusaineiston ilmoittamiseen velvoittavia normeja riita-asian valmistelussa. Juuri tuottamusedellytys on instrumentti, jonka avulla viime kädessä lainkäyttötasolla voidaan asettaa 21:5:n soveltamiskynnys. Mielestäni kynnys tulee asettaa *melko korkealle*, koska asianosaisten täytyy voida ajaa asiaansa ilman tarpeettoman ankaran kuluvastuun pelkoa. Toisaalta kynnystä ei kuitenkaan pidä asettaa niin korkealle, että säännös menettäisi käytännössä merkityksensä.

Asianosaisen nimenomaisen prosessuaalisen velvollisuuden, esimerkiksi tuomioistuimen antaman määräyksen vastaista menettelyä voitaneen yleen-

ka muuten tuottaa toiselle asianosaiselle kustannuksia.»; vrt. mts. 13: »Pykälään ehdotetaan otettavaksi säännös asianosaisen velvollisuudesta korvata ne oikeudenkäyntikulut, jotka hän on aiheuttanut pitkittämällä oikeudenkäyntiä tahallaan tai huolimattomuudesta pykälässä tarkoitetulla tavalla.» Aiemman OK 21:4.2:n osalta on kuitenkin todettu, että se rajoittui vain viivytyksestä (eli lykkäyksestä, Raija Liljenfeldt s. 79) aiheutuviin kuluihin (HE 1993:191 s. 5), mihin nähden nähtävästi ehdotetaan muutosta (mts. 8). Samoin Jokela 1995 s. 171. Ruotsissa säännös on yksiselitteisempi (RB 18:6): »föranlett uppskov i målet eller eljest vållat kostnad för motparten».

³²² Ks. myös SOU 1938:44 s. 236. Heuman käyttää havainnollista termiä »culpös processföring», Heuman 1987 s. 52. – On syytä huomata, että samankaltaiset argumentit voivat saada relevanssia useammallakin tasolla, paitsi tuottamusarvostelussa myös jo siinä, oliko asianosaisen menettely ylipäänsä prosessuaalisen velvollisuuden vastaista, sekä toiseksi lopulta siinä, miten korvauksen määrää rajataan eli olivatko kustannukset »kohtuuden mukaan aiheellisia asianosaisen oikeuden valvomiseksi» (21:8.1).

sä pitää huolimattomana, ellei jotakin hyväksyttävää syytä asianosaisen menettelylle tule ilmi.³²³ Merkitystä voitaneen antaa soveltuvin osin samankaltaisille perusteille kuin edellä on esitetty preklusion osalta: a) Puuttuva tieto: asianosainen ei vielä ole tiennyt eikä hänen olisi pitänytkään tietää todisteen olemassaolosta tai sen merkityksestä asiassa.³²⁴ b) Prosessuaalinen tilanne: prosessuaalinen tilanne on ollut sellainen, että asianosaisella on ollut perusteltu syy olla ilmoittamatta todistetta vielä tuolloin. c) Este: todisteen ilmoittamiselle on ollut este, joka on poistunut vasta myöhemmin. Tässä yhteydessä voidaan siten lähinnä viitata edellä jaksoissa 7.3.8.1 ja 7.3.8.2 preklusion tarkoittaman pätevän syyn osalta esitettyyn.

Rajatapauksessa on viime kädessä punnittava yhtäältä kuluvastuun toteuttamisen merkitystä käsillä olevassa yksittäistapauksessa ja preventiivisen sanktiotehokkuuden kannalta yleensä sekä toisaalta sitä, millaisia vaatimuksia asianosaisen toiminnalle tällöin asetetaan. Mitä tärkeämpää kuluvastuun toteuttaminen on ja mitä lievemmistä vaatimuksista on kysymys, sitä painavampia perusteita säännöksen käyttämiselle on.³²⁵ Yksi kriteeri on myös se, mistä valmistelun vaiheesta on kysymys: mitä pidemmällä valmistelussa ollaan, sitä perusteellisempaa toimintaa asianosaisilta voidaan edellyttää.³²⁶ Toisaalta asianosaisten toiminnalle ei saa asettaa niin suuria vaatimuksia, että

³²³ Ks. myös HE 1993:191 s. 14: »Tahallisuus ja huolimattomuus puuttuu esimerkiksi silloin, kun asianosaisella on ollut pätevä syy poissaoloonsa, vaikka hänellä ei olisikaan OK 12:28:ssä tarkoitettua laillista estettä. Esteen tulee kuitenkin olla ollut perusteltu ja hyväksyttävä». Ks. myös SOU 1938:44 s. 235 ja Hassler s. 196 (»i god tro»). – Todistustaakka seikoista, jotka merkitsevät asianosaisen menettelleen tahallisesti tai huolimattomasti, lieenee kuitenkin – toisin kuin preklusiosäännöksissä – normaalien sääntöjen mukaisesti asianosaisen vastapuolella ja niistä täytynee esittää ns. normaali näyttö. Vrt. Lindell s. 1993 s. 138, joka katsoo, että todistustaakka on tuomioistuimella, mutta että oletettavaksi (antagligt) tekeminen riittää.

³²⁴ Tässä suhteessa merkitystä erityisesti maallikon osalta on sillä, olisiko tuomioistuimen pitänyt harjoittaa materiaalista prosessinjohtoaan; ks. ratkaisun NJA 1961 s. 157 osalta Jacobsson 1964 s. 219 s.

³²⁵ Ks. varsin pitkälle menevästä toimimisvaatimuksesta NJA I 1968 s. 136, jossa vastaajan asiamies oli saanut tiedon kanteesta luopumisesta kolme päivää ennen suullisen valmistelun istuntoa. HD katsoi, että vastaaja olisi voinut ilmoittaa oikeudenkäyntikuluvaatimuksensa ennen istuntoa ja vaatia tuomiota kirjallisessa valmistelussa, jolloin istuntoa ei olisi tarvinnut pitää. Vastaaja velvoitettiin korvaamaan kantajalle istunnosta aiheutuneet kulut. Jokela on korostanut tällaisessa tilanteessa aktiivista informatiivista prosessinjohtoa, Jokela 1995 s. 173 s.

³²⁶ Kuten Lindell 1993 s. 132 toteaa, »Det är – – svårt att tillämpa 18:6 på vad som inträffat under förberedelsen, eftersom det ligger i dennas natur att nya omständigheter successivt förs in i målet allt eftersom parterna ståndpunkter preciseras.»

oikeudenkäynnin tosiasiallinen asianmukaisuus yksittäistapauksessa vaarantuisi.

Jos preklusio on jo tullut voimaan eli valmistelu on päätetty tai 5:22:n mukainen määräaika on kulunut, moitittavuusarvostelun tulee mielestäni olla ankarampaa kuluvastuun kuin preklusion kohdalla eli 6:9:n ja 5:22:n tarkoittaman pätevän syyn kynnyksen tulee olla alempi kuin 21:5:n mukaisen hyväksyttävyyssynnyksen. Kanta merkitsee, että asianosaista saattaa huolimattomuutensa vuoksi kohdata kuluvastuu, vaikka hänellä olisi pätevä syy uuden todisteen esittämiseen.³²⁷ Tämä perustuu viime kädessä siihen, että todisteen prekludoiminen lisää väärän päätöksen riskiä yksittäistapauksessa, kun taas kuluvastuu merkitsee pelkkää vastapuolen lisäkustannusten kompensaatiota. Vastaavasti myöskään subjektiivisille näkökohdille ei tarvinne antaa kuluvastuussa samaa merkitystä edes maallikkoasianosaisten kohdalla kuin preklusiossa.

7.4.3 Asiamiehen kuluvastuusta, erityisesti hyvän asianajajatavan merkityksestä

a. Asianosainen vastaa OK 21:5:n nojalla myös edustajansa, asiamiehensä tai avustajansa vastapuolelle aiheuttamista kuluista: asianosaisen vastuulla on siis paitsi hänen itsensä myös hänen asiamiehensä tms. huolimattomuus prosessissa.³²⁸ Sen sijaan asiamies vastaa kuluista *henkilökohtaisesti* vastapuoleen nähden ainoastaan OK 21:6:ssä (L 1013/93) säädettyillä edellytyksillä.³²⁹ Säännöksen mukaan asianosaisen edustaja, asiamies tai avustaja, joka (4 tai) 5 §:ssä tarkoitettulla tavalla tahallisesti tai huolimattomuudesta on aiheuttanut toiselle asianosaiselle oikeudenkäyntikuluja, voidaan velvoittaa, yhteisvastuullisesti asianosaisen kanssa korvaamaan kyseiset kulut. Vastuu voi koskea ainoastaan huolimattomuudesta aiheutuneita lisäkuluja eikä muita kuluja, joista asianosainen on mahdollisesti myös vastuussa.³³⁰ Tuomioistui-

³²⁷ Vrt. Lindell 1993 s. 134 ja 145–149, joka suhtautuu tähän epäillen muutoksenhakutuomioistuinten osalta.

³²⁸ Ks. HE 1993:191 s. 14 s; ks. myös SOU 1938:44 s. 236 s, Gärde ym. s. 208, Fitger s. 109 ja Schei I s. 374 s. Jäljempänä puhutaan yksinkertaisuuden vuoksi ainoastaan asiamiehestä.

³²⁹ Säännös sääntelee siis asiamiehen vastuuta ainoastaan vastapuoleen nähden eikä päämieheensä nähden, joka määräytyy yleisten sopimus- ja vahingonkorvausoikeudellisten normien mukaan.

³³⁰ Ks. myös Ervasti DL 1996 s. 443 vrt. Jokela 1995 s. 176.

men on päämiehen tai asiamiehen sitä vaatiessa määrättävä, kuinka kulut heidän välillään on jaettava vai onko jomman kumman heistä korvattava kaikki kulut (21:11).³³¹

Hallituksen esityksen mukaan tuomioistuim voi päättää omasta aloitteestaan OK 21:6:n mukaisesta asiamiehen tms. korvausvelvollisuudesta, vaikka vaatimusta asiamiestä kohtaan ei olisi esitettykään.³³² Kanta poikkeaa aiemman OK 21:4.2:n vallinneesta tulkinnasta.³³³ Asia ei kuitenkaan ilmene lakitekstistä, koska pelkästään se, että asiamiehelle varataan tilaisuus tulla kuulluksi, ei tätä merkitse.³³⁴ Kannan sopusointu OK 24:3.1:iin kirjatun vaatimistaakkasäännön kanssa on mielestäni kyseenalainen, vaikka asianosainen onkin tällöin vaatinut korvausta kuluistaan vastapuolelta; säännös koskee myös indispositiivisia asioita. Edelleen OK 21:15:n mukaan tuomioistuimen on korvausvelvollisuutta ratkaistaessaan otettava huomioon mm. 21:6, jos oikeudenkäyntikulujen korvaamista on vaadittu ja jollei asianosaisen vaatimuksesta tai myöntämisestä muuta johdu; säännöksestä ei ilmene, ettei vaatimusta tarvitsisi erikseen kohdistaa asiamieheen.³³⁵ On siten vähintäänkin kyseenalaista, voidaanko asiamies *de lege lata* tuomita vastuuseen vastapuolen oikeudenkäyntikuluista, jos vastapuoli ei ole sitä asiamieheltä vaatinut.³³⁶

OK 21:6:ää tulee soveltaa vielä pidättyvämminkin kuin 21:5:ää: huolimattomuuden kynnys tulee asettaa *korkemmalle* asiamiehen henkilökohtaisen kuluvastuun kuin asianosaisen kuluvastuun kohdalla, vaikka mitään kvali-

³³¹ Ks. myös Heuman 1987 s. 53 s.

³³² Ks. HE 1993:191 s. 15. Jos oikeudenkäyntikulujen korvaamista on vaadittu, tuomioistuimen lienee sovellettava OK 21:5:ää viran puolesta, koska vaatimus on tällöin kohdistettu asianosaiseen (21:15); vaatimusta ei tarvinne nimenomaisesti perustaa asianosaisen laiminlyöntiin.

³³³ Ks. Raija Liljenfeldt s. 83–85 ja Halila DL 1985 s. 291 s, joka kuitenkin katsoi *de lege ferenda*, että säännöstä tulisi täydentää siten, että tuomioistuim saisi »erityisen painavista syistä» myös omasta aloitteesta velvoittaa asiamiehen suorittamaan korvausta, koska asianajajat eivät kollegiaalisista syistä ole halukkaita korvausta vaatimaan.

³³⁴ Laintarkastuskunta on huomauttanut samasta asiasta, LTK 1992:3 s. 11 s. Ruotsissa sen sijaan asiasta on säädetty nimenomaisesti lakitekstissä (RB 18:7: »även om yrkan-de därom ej framstälts»), ks. Gärde ym. s. 210 ja Ekelöf ym. III s. 196.

³³⁵ *De lege ferenda* 21:15 on ehdotettu kumottavaksi, ks. KM 1998:3 s. 43.

³³⁶ Toisin Jokela DL 1994 s. 155 ja 1995 s. 176 s sekä Ervasti DL 1996 s. 449. Vrt. myös Virolainen DL 1995 s. 360 s. Ks. myös Asianajajaliitto DL 1990 s. 538 s. – Asianosainen ei voine vaatia oman asiamiehensä velvoittamista kanssaan solidaariseen vastuuseen eikä hakea asiamiehen vastuun hylkäävään päätökseen muutosta, näin NJA 1981 s. 717 ja Fitger s. 109.

fioitua huolimattomuutta ei 21:6:ssä edellytetäkään.³³⁷ Ratkaiseva on asiamiehen *itsensä* menettely, joten pelkästään asianosaisen huolimattomuus ei aiheuta asiamiehelle kuluvastuuta.³³⁸ Kysymys on tässä siitä, millaista huolellisuutta asiamieheltä, esimerkiksi asianajajalta, voidaan edellyttää riita-asian valmistelussa todistusaineiston selvittämisen ja ilmoittamisen suhteen.³³⁹ Asiamiehen henkilökohtainen kuluvastuu voinee tulla kysymykseen ainoastaan poikkeuksellisesti *selvissä* asiamiehen velvollisuuksien laiminlyöntitilanteissa.³⁴⁰ Keskeistä on havaita, että asiamiehen tehtävänä ja velvollisuutena on ajaa päämiehensä etua – lakia ja hyvää asianajajatapaa noudattaen – eikä tarpeeton henkilökohtaisen kuluvastuun pelko saa muodostua tosiasialliseksi päämiehen oikeuksien edistämisen esteeksi.

Esimerkiksi tapauksessa *Vaasan HO 27.8.1996 nro 1206* (lainv.) A oli vaatinut käräjäoikeudessa B Oy:ltä vahingonkorvausta, mutta oli peruuttanut kanteensa toisen valmisteluistunnon jälkeen. KO totesi, että asia oli pitkittynyt, koska B Oy:n asiamies ei ollut riittävän hyvin valmistautunut suullisen valmistelun istuntoihin tuomioistuimen nimenomaisesta kehotuksesta huolimatta. Asiaa oli käsitelty kahdessa suullisen valmistelun istunnossa, eikä asiamies ollut kyennyt täsmentämään kanteen kiistämisen perusteita vielä toisessakaan valmistelun istunnossa. KO katsoi, että asiamies oli huolimattomalla menettelyllään aiheuttanut A:lle ylimääräisiä kustannuksia ja että hän oli yhteisvastuullisessa korvausvastuussa B Oy:n kanssa vastapuolelle oikeudenkäynnin pitkitymisestä johtuneista kustannuksista. HO ei muuttanut ratkaisua.

Erityisesti huomioon on otettava asiamiehen *luottamussuhde* päämieheen – nähdén. Kuten hallituksen esityksessä kirjoitetaan: »Asiamiehen ja avustajan kulukorvausvastuuta on – sovellettava tietyllä varovaisuudella, sillä pääsäännön mukaan asiamies ja avustaja on oikeutettu luottamaan päämiehensä tosiasioita ja muita oikeudenkäyntimenettelyyn vaikuttavia kysymyksiä koskeviin ilmoituksiin.»³⁴¹ Esimerkiksi tieto relevanteista todisteista on

³³⁷ On muistettava, että asiamies saattaa joka tapauksessa olla vahingonkorvausvastuussa päämieheensä nähden. Esim. Halila DL 1985 s. 292 on katsonut, ettei yhtäläisiä edellytyksiä päämiehen ja asiamiehen korvausvastuulle voida pitää perusteltuina, vaan asiamiehen vastuun tulisi edellyttää törkeähköä tuottamusta.

³³⁸ Ks. myös Gärde ym. s. 210 ja Lindell 1993 s. 139.

³³⁹ Ks. HE 1993:191 s. 15, jossa mainitaan esimerkkinä mm. se, että asiamies esittää sellaista todistelua, jolla ei voi olla merkitystä asiassa. Ks. myös Ervasti DL 1996 s. 443 s.

³⁴⁰ Ervastian selvityksen mukaan asiamiehiä tuomitaan lukumääräisesti vain hyvin harvoin kuluvastuuseen, mutta sитеeratuissa kahdessa langettavassa alioikeusratkaisussa on mielestäni omaksuttu varsin ankara linja, ks. Ervasti DL 1994 erit. s. 447 s.

³⁴¹ Ks. HE 1993:191 s. 15 ja edelleen *ibid*: »Jos korvausvelvollisuus perustuu esi-

lähtökohtaisesti asianosaisella eikä asiamiehellä. Jos huolimattomuus on siinä, että asianosainen ei ilmoita tietämistään todisteista asiamiehelleen, vaikka tämä pyrkii ottamaan niistä asianmukaisesti selkoa, henkilökohtainen kulu-vastuu ei voi kohdata asiamiestä. Jos sen sijaan huolimattomuus on siinä, että asiamies ei ota todisteista selvää tai ilmoita niitä asianmukaisesti, kulu-vastuu saattaa kohdata myös häntä henkilökohtaisesti.

Ongelmallinen kysymys on se, missä määrin OK 21:6:n tarkoittama huolellisuusvaatimus voi vaihdella kyvyiltään erilaisten asiamiesten kohdalla. Vahvana lähtökohtana voidaan nähdäkseni pitää normaali-kyvyillä varustettua lainopillista asiamiestä. Voidaan kuitenkin kysyä, olisiko huolellisuusvelvollisuutta alennettava keskimääräistä heikom-pikykyisen asiamiehen, kuten maallikkoasioitsijan kohdalla, ja toisaalta, olisiko vaatimusta korotettava keskimääräistä kyvykkäämmän asiamie-hen kohdalla. Normaalihuolellisuuden vaatimuksesta tinkiminen olisi nähdäkseni sääntelyn preventiivisen ja reparatiivisen ration vastaista: asiamiehen tehtävään ryhtyvän on varmistauduttava siitä, että hän ky-kenee suorittamaan tehtävän asianmukaisesti. Toisaalta ei liene syytä myöskään huolellisuusvelvollisuuden korottamiseen tavanomaista ky-vykkäämpien asiamiesten kohdalla, koska sääntelyn preventiivinen funktio tähtää normaalihuolelliseen, ei erityisen taitavaan prosessaa-miseen. Asianosaiselle ei myöskään voine syntyä perusteltua odotusta siitä, että vastapuolen asiamies olisi tavanomaista taitavampi ja siten hoitaisi oikeudenkäynnin erityisen huolellisesti.³⁴²

b. Niissä tavanomaisissa tilanteissa, joissa asianosaisella on oikeuden-käyntiasiamiehenään tai -avustajanaan asianajaja, herää kysymys siitä, mikä on asianajajan ammatillisten velvollisuuksien merkitys asiamiehen kuluvas-tuun edellyttämän huolimattomuuden arvostelun kannalta: voidaanko ennen muuta *hyvää asianajajatapaa* käyttää asiamiehen huolellisuusvelvollisuuden

merkiksi asiassa tehtyyn perusteettomaan väitteeseen, asianosaisen asiamiehen tai muun edustajan korvausvastuu edellyttää, että myös hän on käsittänyt tai ainakin hänen olisi pitänyt käsittää väitteen perusteettomuuden.» Vastaavasti HAO 42.1 §: »Ilman erityistä aihetta asianajaja ei ole velvollinen tarkistamaan päämiehensä hänelle antamia tietoja», ks. Kivimäki s. 152, Ylöstalo s. 152 av 47, Ylänkö s. 46 ja Wiklund s. 324 s. Ks. myös Hassler s. 196 ja Gullnäs ym. s. 18:34 s sekä Ruotsin oikeuskäytännön pidätyvästä lin-jasta NJA 1961 s. 157, josta kriittisesti Jacobsson 1964 s. 216 ss ja Lindell 1993 s. 133. Ks. myös rikosprosessin osalta HE 1995:82 s. 118 s.

³⁴² Tilanne on toinen kuin asiamiehen suhteessa hänelle toimeksiannon antaneeseen päämieheen. Ks. rikosoikeudellisen huolellisuusvelvollisuuden osalta Nuutila s. 553 s. Ks. edelleen asianajajan siviilioikeudellisesta huolellisuusvelvollisuudesta esim. Kivimäki s. 77–80 ja Ylänkö s. 67–71, joiden mukaan lähtökohta on objektiivinen, mutta huomioon tulee ottaa myös konkreettinen tilanne ja poikkeustapauksissa yksilölliset olosuhteet.

mittapuuna? Tässä siis oletetaan, että asiamies on asianajaja tai yleinen oikeusavustaja³⁴³ taikka tämän avustaja tai muu lakimies, johon asianajajan velvollisuudet ainakin välillisesti ulottuvat.³⁴⁴ Asianajajilla on erityisasema ennen muuta heihin kohdistuvan julkisen valvonnan vuoksi vaikka Suomessa ei olekaan asianajajakakkoa eikä -monopolia.³⁴⁵ Oikeudenkäyntiasiamiehinä muutkin henkilöt ovat kuitenkin samassa asemassa kuin asianajajat (OK 15 luku), joten jäljempänä huolellisuusvelvollisuuden osalta lausuttu soveltuu tältä osin lähtökohtaisesti myös heihin.³⁴⁶

Asianajajan velvollisuudet on jaettu ensinnäkin niiden addressaattien mukaan.³⁴⁷ Asianajajan tärkeimmät velvollisuudet kohdistuvat päämieheen ja niiden perusteena on ensisijaisesti heidän välisensä toimeksiantosopimus: asianajajan tärkein tehtävä myös oikeudenkäynnissä on päämiehen oikeuksista ja eduista huolehtiminen. Toiseksi asianajajalla on velvollisuuksia muun muassa tuomioistuinta ja vastapuolta kohtaan; nämä julkisoikeudellisesti sävyttyneet velvollisuudet perustuvat lakiin ja hyvään asianajajatapaan.³⁴⁸ Yleensä ainoastaan jälkimmäisillä voinee olla merkitystä OK 21:6:n tarkoitaman huolimattomuuden arvostelun kannalta, koska nimenomaan ne määrittävät asianajajan velvollisuuksia oikeudenkäynnissä suhteessa muihin osapuoliin. Asianajaja ei voine pätevästi vedota siihen, että hänen laiminlyöntinsä prosessissa on ollut toimeksiantosopimuksen tai muuten hänen päämiehensä etujen (ns. uskollisuus- ja lojaalisuusvelvollisuuden) mukainen, jos se joka tapauksessa on ollut hänen julkisoikeudellisten velvollisuuksiensa vastainen. Asianajaja ei esimerkiksi saa aiheettomasti viivyttää oikeudenkäyntiä, vaikka se olisikin päämiehen edun mukaista.³⁴⁹

³⁴³ Ks. L yleisestä oikeusaputoiminnasta 88/73, 10 §; samoin L valtion oikeusaputoimistoista 106/98, 6 §.

³⁴⁴ Ks. esim. Ylänkö s. 25–34.

³⁴⁵ Asianajajia on kuitenkin priorisoitu eri tehtävissä (esim. ROL 2:2 ja MOL 11.1 §; samoin L yleisestä oikeusavusta 104/98, 6.1 §); toisaalta heillä on muita laajempi velvollisuus ottaa tehtävä vastaan (esim. MOL 11.3 §). – Vanhemmassa kirjallisuudessa asianajajakuntaa on pidetty ns. oikeudenhoidon orgaanina, ks. Salmiala s. 39 s ja Tirkkonen Sp I s. 350 vrt. Wiklund s. 37–48 ja 502.

³⁴⁶ Ks. myös Ylänkö s. 24 s. Toisaalta seuraavassa pidetään silmällä ainoastaan asianajajan oikeudenkäyntiin liittyviä velvollisuuksia asianajajan muiden tehtävien jäädessä tarkastelun ulkopuolelle.

³⁴⁷ Ks. Ylänkö s. 1 ja sisällöllisistä jaotteluperusteista yleensä s. 39–41.

³⁴⁸ Laki ja hyvä asianajajatapa määrittävät myös velvollisuuksia suhteessa päämieheen, vaikka sopimukseen perustuvat velvollisuudet ovat tässä relaatiossa keskeisempiä.

³⁴⁹ »Asianajaja on velvollinen lakia ja hyvää asianajajatapaa noudattaen parhaan kykynsä mukaan valvomaan päämiehensä oikeutta ja etua» (HAO 1.1 §; ks. myös 15.2 §),

Eri asia on, jos asianajajalla on jokin nimenomainen, lakiin perustuva velvollisuus päämiestään kohtaan, esimerkiksi salassapitovelvollisuus; tällainen velvollisuus menee yleisen huolellisuusvelvollisuuden edelle oikeudenkäynnissä. Toiseksi, jos asianajaja on toiminut julkisoikeudellisten velvollisuuksiensa rajoilla, huolimattomuuden arvostelussa saattaa rajatapauksissa olla merkitystä sillä, onko asianajaja noudattanut samalla velvollisuuksiaan päämiestään kohtaan. Jos asianajaja on esimerkiksi säästääkseen päämiehensä kustannuksia jättänyt osan todistajista nimeämättä valmistelussa, tällä saattaa olla rajatapauksessa merkitystä.³⁵⁰

Laki ja hyvä asianajajatapa sisältävät yleisluonteisia määräyksiä asianajajan huolellisuusvelvollisuudesta oikeudenkäynnissä. Kaikkia oikeudenkäyntiasiamiehiä ja -avustajia koskevassa OK 15:10:ssä on säädetty, että »asiamies ajakoon rehellisesti ja kaikella ahkeruudella hänelle uskottua asiaa».³⁵¹ AAL 5.1 §:n yleislausekkeen mukaan »asianajajan tulee rehellisesti ja tunnollisesti täyttää hänelle uskotut tehtävät sekä kaikessa toiminnassaan noudattaa hyvää asianajajatapaa».³⁵² Kyseessä on oikeusnormi, joka viittaa oikeusjärjestyksen ulkopuoliseen, ammatilliseen standardiin eli hyvään asianajajatapaan; asianajajalla on tällöin paitsi ammattieettinen, myös oikeudellinen velvollisuus hyvän asianajajatavan noudattamiseen ja sen rikkomiseen kytkeytyvät kurinpidolliset seuraamukset. Oikeussääntö saa siis materiaalsen sisältönsä tästä ammattieettisestä tapanormistosta.³⁵³ Hyvän asianajajatavan vaatimukset menevät yleensä pidemmälle kuin lain nimenomaiset säännökset.³⁵⁴

ks. Yläkö s. 118 s ja Ylöstalo s. 141 av 23 ja s. 151 av 45. Ks. myös Wiklund s. 47: »en advokat inte kan få begagna vilka medel som helst för att främja klientens intressen. Reglerna om god advokatsed har därför, i andra hand, den viktiga uppgiften att närmare ange de begränsningar i advokatens handlingsfrihet som måste gälla med hänsyn till andra intressen än klientens.»

³⁵⁰ Ks. myös Yläkö s. 32 sekä taloudellisuusvelvollisuudesta HAO 22 § ja mts. 91–93.

³⁵¹ Oikeudenkäyntiasiamiehen velvollisuuksien äärirajan muodostaa rikosoikeudellinen vastuu tahallista väärinkäytöksistä, mahdollisina tunnusmerkistöinä vastapuolta kohtaan (prosessi)petos (RL 36:1) ja päämiestä kohtaan luottamusaseman väärinkäyttö (RL 36:5), ks. HE 1988:66 s. 132 ja 137 s sekä Lahti s. 1176–1178. Asiamiehen salassapitovelvollisuudesta ks. OK 15:17, AAL 5b § sekä RL 38:1 ja 2, joista HE 1993:94 s. 141 s.

³⁵² Ks. HE 1958:3 s. 7 ja Ylöstalo s. 49 s.

³⁵³ Toinen, joustamattomampi sääntelytapa olisi ottaa suoraan lakiin nimenomaiset säännökset asianajajan velvollisuuksista. Ks. Wiklund s. 4–7 ja tavasta oikeuslähteenä yleisemmin Peczenik 1995 s. 215 ja 231.

³⁵⁴ Ks. lain ja ammattietiikan vaatimusten suhteesta Halvorsen, erit. s. 224 s, 244–246 ja 266–268.

Hyvän asianajajatavan sisältöä määrittävät ennen muuta yhtäältä Suomen Asianajajaliiton vuonna 1972 vahvistamat ohjeet ja toisaalta niitä konkretisoivat asianajajaliiton päättävien elinten ratkaisut; kyse on siis asianajajien itsesääntelystä, mikä vastaa ammattikunnan itsenäistä ja riippumatonta roolia.³⁵⁵ Ohjeissa määrätään tarkemmin asianajajan velvollisuuksista muun muassa tuomioistuinta ja vastapuolta kohtaan. Viimeksi mainitut määräykset (HAO 33–39 §) eivät suoranaisesti liity huolelliseen prosessaamiseen. Edellisissä puolestaan määrätään muun muassa, että asianajajan on huolellisesti perehdyttävä hänelle uskottuun asiaan ja noudattaen, mitä oikeudenkäymiskaareissa ja laissa muutoin on säädetty, hoidettava asiaa tunnollisesti ja joutuisasti (HAO 41.1 §).³⁵⁶ Määräyksessä asetetaan siis asianajajalle tietynasteinen perehtymis-, huolellisuus- ja joutuisuusvelvollisuus suhteessa tuomioistuimeen.³⁵⁷

Asianajajalla on oikeudenkäynnissä totuusvelvollisuus (HAO 42 §), jota on Suomessa pidetty varsin ehdottomana.³⁵⁸ Ilman erityistä aihetta asianajaja ei kuitenkaan ole velvollinen tarkistamaan päämiehensä hänelle antamia tietoja (HAO 42.1 §). Edelleen asianajajalla on oikeus – mutta ei velvollisuutta – etukäteen tiedustella myös vastapuolen todistajaksi nimeämältä henkilöltä, mitä tämä tietää asiasta (HAO 43.2 §). Ohjeet tai niiden soveltamiskäytäntö eivät kuitenkaan määrittele tyhjentävästi hyvää asianajajatapaa, joka lisäksi voi muuttua yleisen kehityksen myötä.³⁵⁹

³⁵⁵ Ks. Ylöstalo s. 51 ja Suojanen s. 414. Vuosina 1991–1992 suoritettu tarkistustyö ei johtanut tapaohjeiden muuttamiseen, Suojanen s. 416. Ks. myös Halvorsen s. 229–232, joka korostaa yksittäistapauksellisen arvioinnin merkitystä. Kuten Heuman 1987 s. 24 toteaa, viime kädessä hyvän asianajajatavan rajoja määrittävät kuitenkin tuomioistuimet kurinpitoasioista tehtyjä valituksia ja vahingonkorvausjuttuja ratkaistessaan.

³⁵⁶ Suojasen mukaan siviiliprosessiuudistus saattaa antaa aiheen joidenkin tämän kohdan pykälän tarkistamiseen, s. 425. Ks. myös HAO 1 ja 2 §:n yleisiä määräyksiä, joiden merkitystä Suojanen korostaa, s. 418 s.

³⁵⁷ Ks. Peltonen 1985 s. 49 s ja hyvin niukasta suomalaisesta käytännöstä Ylöstalo s. 151 s av 46. Ks. myös Virolainen 1995 s. 552 ja Jokela 1996 s. 276. Wiklund puhuu velvollisuudesta myötävaikuttaa oikeudenkäyntimenettelyn nopeuteen, s. 504–507. Ruotsin kurinpitotapauksista ks. Wenne s. 68–71, joista useat ovat koskeneet laiminlyöntiä antaa tietoa todisteista.

³⁵⁸ Viime kädessä asianajaja saattaa joutua luopumaan tehtävästään, ks. esim. Salmiala s. 41 s, Ylöstalo s. 152 s av 47 ja 48, Peltonen 1985 s. 52–64 sekä Wiklund s. 519–535.

³⁵⁹ Hyvän asianajajatavan lähteistä ks. Ylöstalo s. 50–53. Hyvää asianajajatapaa koskevien ohjeiden johdannossa todetaan, että ne ovat koonnos keskeisistä vahvistamishetkellä voimassa oleviksi katsottavista tapasäännöistä ja että ne eivät tyhjentävästi sääntele alaa: »sen vuoksi ei kaikkea, mitä ohjeissa ei ole kielletty, voida pitää ilman muuta sallittuna».

Asianajajan velvollisuudet oikeudenkäynnissä ovat korostuneet uuden siviiliprosessin myötä.³⁶⁰ Tämä on heijastunut esim. Asianajajaliiton kurinpitolautakunnan ratkaisuun 18.3.1996 § 6: Tapauksessa asianajaja oli hoitanut päämiehensä puolesta riitajutun valmisteluvaiheen. Asialle sovittuna oikeudenkäyntipäivänä asianajajalla oli ollut este. Asianajaja oli hyväksynyt sen, että päämiehen kotipaikan KO:ssa pidettävässä valmisteluistunnossa ja välittömässä pääkäsittelyssä päämiestä oli avustanut päämiehen itsensä valitsema paikallinen, lainopillista koulutusta vailla oleva asioitsija. KO oli antanut asianajajan päämiehelle vastaisen tuomion, joka perustui asioitsijan ilmoitukseen kanteen myöntämisestä.

Kurinpitolautakunta katsoi toimeksiantosuhteen jatkuneen keskeytyksettä, vaikka oikeuden istunnossa päämiestä oli avustanut tämän itsensä valitsema asioitsija. Salliessaan lainopillista koulutusta vailla olevan henkilön esiintyä tuomioistuimessa päämiehensä avustajana, asianajaja oli menetellyt hyvän asianajajatavan vastaisesti. Menettelyyn ei ollut erityisiä syitä ottaen huomioon uudistetun oikeudenkäyntimenettelyn asian ajamiselle asettamat vaatimukset. Seuraamukseksi asianajajalle määrättiin huomautus. (HAO 8 §)

Mitä merkitystä hyvällä asianajajatavalla sitten voi olla OK 21:6:n tarkoittaman huolimattomuusarvostelun kannalta? On luonnollisesti myönnettävä, että hyvän asianajajatavan merkitys on ensisijaisesti muualla. Hyvä asianajajatapa määrittää asianajajien ammatillisia velvollisuuksia suhteessa eri tahoihin.³⁶¹ Po. määräysten preventiivinen funktio on kuitenkin samansuuntainen kulusääntelyn kanssa: molemmat pyrkivät edistämään asianmukaista asian ajamista.³⁶² AAL:n esitöiden mukaan vaatimus hyvän asianajajatavan noudattamisesta merkitsee »yleisen edun kannalta asetettua vaatimusta siitä, että asianajajan on mahdollisuuksiensa mukaan pyrittävä edistämään hyvää oikeudenhoitoa. Tehtäviensä tasalla oleva, vastuuntuntoinen asianajaja voikin merkittävässä määrässä helpottaa ja jouduttaa tuomioistuimen työtä.»³⁶³ Uusi siviiliprosessi asianosaisille asetettuine entistä suurempine vaatimuksineen korostaa entisestään hyvän asianajajatavan merkitystä. Sääntelyjen funktioissa ei liene niin merkittäviä periaatteellisia eroja, etteikö hyvää asianajajatapaa voitaisi periaatteessa hyödyntää 21:6:n tarkoittamassa huolellisuusarvostelussa.

Siten hyvälle asianajajatavalle voidaan ja mielestäni myös tulisi antaa

³⁶⁰ Ks. myös Lappalainen Sp I s. 325 s.

³⁶¹ Ks. myös Wiklund s. 1: »Syftet med denna reglering har genomgående varit att skydda allmänheten mot okvalificerad yrkesutövning på detta betydelsefulla område.»

³⁶² Ks. myös Wiklund s. 503.

³⁶³ HE 1958:3 s. 7. Ks. myös SOU 1926:31 s. 213 ja 224 sekä SOU 1938:44 s. 131.

merkitystä asiamiehen *huolellisuusvelvollisuuden mittapuuna* OK 21:6:ää sovellettaessa.³⁶⁴ Hyvä asianajajatapa ei sido tuomioistuimen harkintaa, mutta saattaa toimia suuntaa-antavana standardina. Huolellisuusvelvollisuuden kynnys voitaneen jopa asettaa osapuulleen samalle tasolle kuin hyvä asianajajatapa: jos asiamies on rikkonut hyvää asianajajatapaa, kuluvaluu lähtökohdaisesti aktualisoituu, mutta jos asiamies on toiminut hyvän asianajajatavan puitteissa, asiamiehen toimintaa ei yleensä voitane pitää kuluvaluu aiheuttavalla tavalla huolimattomana. Toinen kysymys sitten on, missä määrin hyvästä asianajajatavasta on käytännössä mahdollista saada sisällöllistä tukea huolellisuusarvioinnille, koska po. määräykset ovat varsin yleisellä tasolla eikä niitä juuri ole soveltamiskäytännössä täsmennetty. Hyvä asianajajatapa saattaa kuitenkin toimia ajatuksellisenä apuvälineenä, yleisenä standardina huolellisuuden kynnystä asetettaessa: voidaan kysyä, olisiko hyvä asianajajatapa edellyttänyt todisteen selvittämistä ja ilmoittamista valmistelun tietyssä vaiheessa.

³⁶⁴ Ks. myös Jokela DL 1994 s. 154 s. – Hyvän asianajajatavan merkityksestä asianajajan vahingonkorvausvaluu (tuottamusarvostelun) kannalta ks. Ylöstalo s. 423 s sekä Peltonen 1994 s. 316 ja 318 s. Heuman (1987 s. 24 s ja 37 s) sen sijaan suhtautuu varauksellisemmin: »advokatsamfundets praxis i disciplinärenden inte kan tillmätas avgörande betydelse i skadeståndsmål.» – Hyvälle asianajajatavalle on katsottu voitavan antaa merkitystä myös teon rikosoikeudellista huolimattomuutta arvioitaessa, ks. Nuutila s. 320 s.

8 luku KOHTI VALMISTELUTUTKINTAA?

Edellisissä luvuissa 5–7 on tarkasteltu yksityiskohtaisesti todistusaineiston selvittämistä ja todistusaineiston ilmoittamisen laiminlyönnin sanktioita dispositiivisen riita-asian valmistelussa käräjäoikeudessa Suomen voimassa olevan oikeuden mukaan. Käsillä olevassa viimeisessä luvussa voidaan tämän perusteella ensinnäkin arvioida Suomen nykyistä riita-asioiden valmistelujärjestelmää tutkimuksen yleisessä osassa kehiteltyjen todistelun valmistelun tehtävien ja tavoitteiden kannalta. Toiseksi voidaan pyrkiä hahmottamaan niitä kehityssuuntia, joita kohti Suomen riita-asiain valmistelujärjestelmää tulisi mahdollisesti de lege ferenda kehittää.

8.1 Suomen riita-asioiden valmistelujärjestelmän arviointia

Säännöstasolla riita-asioiden käräjäoikeusmenettelyn jako valmisteluun ja pääkäsittelyyn on Suomessa selväpiirteinen: pääkäsittely on suullinen, välitön ja keskitetty oikeudenkäynti, jota valmistelu ainoastaan palvelee pääkäsittelyyn saakka etenevissä jutuissa.¹ Todistusaineisto selvitetään lähtökohtaisesti lopullisesti valmistelussa, mutta otetaan normaalisti vastaan vasta pääkäsittelyssä. Tuomio saadaan perustaa vain pääkäsittelyssä esitettyyn aineistoon. Poikkeuksen muodostaa valmistelun yhteydessä pidettävä ns. pieni pääkäsittely, jossa saadaan ottaa huomioon myös viimeisessä valmisteluistunnossa esitetty oikeudenkäyntiaineisto.²

Käytännössä ongelmana on kuitenkin ollut, että valmistelu ja pääkäsittely eivät aina ole profiloituneet riittävästi toisistaan erillisiksi ja itsenäisik-

¹ Riita-asian valmistelun ratkaisu- ja sovintotehtävät jäävät tässä yhteydessä arvioinnin ulkopuolelle.

² Tämä ei kuitenkaan koske todistusaineistoa, koska todisteet otetaan vastaan vasta pääkäsittelyssä, mikä koskee myös pientä pääkäsittelyä.

si menettelyvaiheiksi.³ Myös pääkäsittelyyn saakka edenneissä asioissa oikeudenkäynnin painopiste on ollut käytännössä usein valmistelussa. Menettelyllisenä syynä tähän on ollut muun muassa se, että pääkäsittely on toimitettu tarpeettomankin usein valmistelun yhteydessä pienenä pääkäsittelynä.⁴ Samalla kollegiaalinen päätöksenteko alioikeudessa on muodostunut harvinaiseksi riita-asioissa. Erillisen pääkäsittelyn tosiasiallista kynnystä tulisikin esimerkiksi resurssijärjestelyin madaltaa.⁵ Lisäksi tulisi harkita de lege ferenda, olisiko OK 6:15.1:n edellytyksiä syytä tiukentaa esimerkiksi niin, että pääkäsittely voitaisiin toimittaa valmistelun yhteydessä ainoastaan, »jos asianosaiset siihen suostuvat ja jos asia on selvä».

Riita-asian valmisteluvaihe on muodostunut käytännössä osittain myös sisällöllisesti ongelmalliseksi. Usein valmistelussa ei tyydytä valmistelemaan pääkäsittelyä, vaan juttua ajetaan ja käsitellään 'pääkäsittelytyyppisesti'⁶ jo valmistelussa. Esimerkiksi juridinen argumentointi viedään usein loppuun saakka jo valmistelussa. Ongelman ratkaiseminen edellyttäisi ennen muuta asianajaja- ja tuomarikunnalta valmistelun tehtävän ja sisällön entistä parempaa sisäistämistä sekä materiaallisen prosessin johdon terävöittämistä: pääkäsittelyyn saakka etenevissä jutuissa valmistelu ainoastaan palvelee pääkäsittelyä, joka on varsinainen oikeudenkäynti. Ongelma ei kuitenkaan juuri ole koskenut todistelua, koska todisteet otetaan joka tapauksessa normaalisti vastaan, esimerkiksi todistajaa kuullaan, vasta pääkäsittelyssä.⁷ Käytännössä pääkäsittely onkin usein muodostunut pelkäksi todistelutilaisuudeksi, kun juttu on muutoin jo kokonaan käsitelty valmistelussa.

Säännösten suomalaisista riita-asian valmistelua leimaa suullisuus: kaikissa asioissa toimitetaan kirjallisen alkuvalmistelun jälkeen valmisteluistunto, jossa käsittely on suullista. Suullinen valmisteluistunto mahdollistaa aktiivisen todistusaineiston selvittämisen tuomarin johdolla. Kirjallisen alkuvalmistelun eli haastehakemuksen ja vastauksen (sekä mahdollisen kan-

³ Siltä osin kuin tässä alajaksoissa esitettävät käytännön havainnot on dokumentoitu edellä luvussa 3 esitetyillä tilastotiedoilla, tilastoihin ei enää tässä uudelleen viitata.

⁴ Valitettavan yleiseksi on muodostunut esim. tapa, että valmistelu siirretään jatkettuun valmisteluistuntoon, jonka päätteeksi toimitetaan enemmän tai vähemmän 'muodon vuoksi' pieni pääkäsittely.

⁵ Erityisesti pienissä käräjäoikeuksissa kolmen tuomarin kokoonpanoja on hankala järjestää, ks. Tuomioistuimet 2000 s. 44 ja 56 s.

⁶ Tämä osuva ilmaus on prof. Juha Lappalaisen.

⁷ Tästäkin on yksi valitettava käytännön poikkeus: asianosaista kuullaan usein henkilökohtaisesti jo valmistelussa tosiasiallisesti todistelutarkoituksessa, vaikka häntä pitäisi kuulla vain oikeudenkäynnin kohteen määrittämiseksi ja sovintoon pyrkimiseksi.

tajan kirjallisen lausuman) jälkeen juttu on yleensä siinä määrin hahmotunut, että suullinen valmisteluistunto on mielekästä pitää. Toisaalta yhden valmisteluistunnon jälkeen juttu on yleensä valmis siirrettäväksi pääkäsitelyyn. Kirjallisen alkuvalmistelun ja suullisen jatkovalmistelun yhdistelmää voidaankin pitää onnistuneena, kansainvälisessä vertailussa ehkäpä kaikkein onnistuneimpana piirteenä suomalaisessa riita-asiaiden valmistelujärjestelmässä.

Käytännössä kirjallisen ja suullisen valmistelun yhdistäminen ei kuitenkaan ole välttämättä onnistunut parhaalla mahdollisella tavalla, koska valmistelun painopistettä on siirretty kirjalliseen suuntaan: suullisen valmistelun sijaan asianosaisilta on saatettu pyytää tarpeettoman monta, laajaa kirjallista lausumaa. Tämä saattaa johtaa siihen, että asianosaiset 'puhuvat toistensa ohitse' valmistelussa ja että tuomarin on vaikea selvittää aktiivisesti asiaa, esimerkiksi rajoittaa tarjottua todistelua. Kantajan kirjallinen lausuma on usein tarpeen, vastaajan sen sijaan yleensä ei, vaan juttu tulisi viedä valmisteluistuntoon.

Edellä hahmotellut käytännön ongelmat ovat osaltaan johtaneet siihen, että riita-asioiden valmistelu ei ole kokonaan täyttänyt sen joutuisuudelle ja taloudellisuudelle asetettuja tavoitteita. Valmistelun sisällön muuttuminen käytännössä pääkäsitelytyypiksi on kuormittanut tarpeettomasti valmistelua. Myös kirjallisten lausumien runsas käyttö on osaltaan johtanut hitaaseen ja kalliiseen valmisteluun. Valmistelun nopeuttaminen edellyttäisi valmistelua johtavalta tuomarilta määrätietoista prosessinjohtoa ja tarvittaessa prosessuaalisten sanktioiden käyttämistä.⁸

Riita-asian valmistelua on kuormittanut ilmeisesti myös se, että asiamiehet ovat mieltäneet OK 6:9:n mukaisen preklusiouhan pääkäsitelyssä varsin ankaraksi ja ovat sen vuoksi pyrkineet ilmoittamaan kaiken mahdollisen aineiston varmuuden vuoksi jo valmistelussa. On kuitenkin pidettävä mielessä, että preklusion kynnyks on yhtä kuin pätevän syyn kynnys. Oikeudenkäynnin totuustavoitteen ja asianmukaisuuden vuoksi pätevän syyn kynnys on asetettava *melko matalalle*, ei kuitenkaan niin matalalle, että sääntelyn preventiivinen teho menetetään.

Jos pätevää syytä on arvioitu käytännössä liian ankarasti, tilanne korjautuisi laskemalla pätevän syyn kynnystä oikeuskäytännössä eikä säännöksen muuttamista välttämättä tarvittaisi; »pätevä syy» jättää kyllä riittävän har-

⁸ Otteen terävytyminen mahdollistaisi samalla sen, että OK 5 ja 6 lukujen joiltakin osin melko jäykkää ja monimutkaista sääntelyä voitaisiin tehdä joustavammaksi ja yksinkertaisemmaksi.

kintavaran valistuneelle lainkäyttäjälle.⁹ Toiseksi pätevää syytä koskevan todistustaakan säilyttäminen uutta aineistoa esittämään pyrkivällä asianosaisella olisi mielestäni perusteltua sääntelyn selkeyden vuoksi; lähtökohtana on tällöin uuden aineiston prekludoituminen, jota vastaan on esitettävä selvitystä, eikä päinvastoin. Jos asianosaisen näyttötaakkaa haluttaisiin edelleen keventää, saattaisi olla perustellumpaa laskea vielä asianosaisen näyttövaatimusta »oletettavaksi» kuin kääntää todistustaakka kokonaan.¹⁰

Riita-asioiden valmistelujärjestelmän asianmukaisuudessa ei yleisellä tasolla ole huomauttamista. Asianosaisten tosiasiallisesta oikeudesta tulla kuuluisiksi ja yhdenvertaisuudesta on kuitenkin huolehdittava viime kädessä kuskakin konkreettisesti yksittäistapauksessa. Tämä edellyttää valmistelua johtavalta tuomarilta herkkää tilanteen ymmärtämistä prosessinjohtossa, erityisesti sovintopyrkimyksissä. Valmistelu ei saa olla epäasianmukaista eikä se saa edes vaikuttaa siltä. Vastaavasti sovellettaessa esimerkiksi preklusiosäännöksiä pääkäsitelyssä on varmistuttava siitä, että asianosaisella on ollut aito mahdollisuus ilmoittaa haluamansa todisteet valmistelussa.

Kaikkiaan voidaan todeta, että nykyinen lainsäädäntö antaa tuomioistuimelle varsin hyvät edellytykset asianosaisten hankkiman todistusaineiston *selvittämiseen* riita-asian valmistelussa ja sen myötä todistelun keskittämiseen yhteen pääkäsitelyyn, kunhan lain suomina mahdollisuuksia käytetään hyväksi. Sen sijaan siviiliprosessiuudistuksen yhteydessä ei juurikaan parannettu asianosaisten mahdollisuuksia relevantin todistusaineiston *etsimiseen*, vaan heidän käytettävissään olevat prosessuaaliset keinot ovat edelleen varsin vähäiset. Tämä saattaa olla ongelmallista oikeudenkäynnin totuustavoitteen kannalta, koska todistusaineiston kattavuudesta ei välttämättä ole riittäviä takeita, vaikkakin sen arvioinnin luotettavuus saadaan turvattua. Suomalainen riita-asian valmistelujärjestelmä edustaa tässä suhteessa mannermaista, tarkemmin sanottuna pohjoismaista traditiota.

Tutkimuksen lopuksi onkin hyödyllistä verrata Suomen riita-asioiden valmistelujärjestelmää angloamerikkalaiseen ns. discovery-järjestelmään.¹¹ En-

⁹ Jos haluttua linjan tarkistusta ei kuitenkaan tapahtuisi, lainsäätäjän olisi annettava siihen selvä signaali muuttamalla säännöstä esim. siten, että prekludoituminen edellyttäisi asianosaisen tahallisuutta tai törkeää huolimattomuutta. Ks. myös Tuomioistuimet 2000 s. 44.

¹⁰ OK 6:9 in fine voisi tarvittaessa kuulua de lege ferenda esim.: »ellei asianosainen saata oletettavaksi, ettei hänen menettelynsä ole ollut tahallista tai törkeän huolimattontaa».

¹¹ Keskustelu temasta on ollut Pohjoismaissa vähäistä; Lindblomin aloite vuonna 1991 »att erbjuda ett första underlag för en diskussion i denna fråga» ei juuri ole kantaanut hedelmää, Lindblom 1993 s. 366.

sinnäkin tällaisella oikeusvertailulla voidaan nähdä olevan itsenäistä mielenkiintoa, koska angloamerikkalainen järjestelmä poikkeaa niin merkittävästi kotimaisesta. Toiseksi voidaan asettaa kysymys siitä, olisiko angloamerikkalaisessa discovery-järjestelmässä jotakin hyödyllistä myös Suomen siviiliprosessioikeudelle *de lege ferenda*. On syytä kysyä, mitä tavoitteita ja arvoja palvelee järjestelmä, joka on lähes täysin tuntematon mannermaisessa siviiliprosessissa¹² mutta joka toisaalta on hallitseva piirre ennen muuta Yhdysvaltojen riita-asian valmistelussa?¹³ Onko järjestelmän taustalla niin tärkeitä näkökohtia, että se olisi jossakin muodossa syytä omaksua myös Suomeen? Erityisesti on syytä muistaa, että siviiliprosessin nykyinen rakenne käräjäoikeudessa eli keskitetty pääkäsittely ja selvä valmistelu/pääkäsittely-jako muistuttaa jopa enemmän angloamerikkalaista kuin keski-eurooppalaista siviiliprosessia.

Seuraavassa tarkastellaan ensin lyhyesti lähinnä Yhdysvaltojen discovery-järjestelmän funktioita ja pääpiirteitä sekä vertailun vuoksi vielä lyhyemmin Englannin ns. disclosure-järjestelmää (8.2). Tämän jälkeen arvioidaan järjestelmää Suomen siviiliprosessioikeuden kannalta *de lege ferenda* (8.3). Lopuksi luodaan lyhyt katsaus yleiseurooppalaisiin kehitysnäkymiin näissä kysymyksissä (8.4).

8.2 Angloamerikkalaisesta discovery-järjestelmästä

8.2.1 Yhdysvallat: discovery

Yhdysvaltojen keskeisimmät discovery-säännöt ovat Federal Rules of Civil Procedure'n (FRCP) säännöt 26–37. Liittovaltion siviiliprosessisäännöt hyväksyttiin vuonna 1938, jolloin juuri discovery-järjestelmän olennainen laajentaminen oli yksi sääntöjen merkittävimmistä innovaatioista.¹⁴ Discovery-

¹² Ks. esim. Matthews – Malek s. 13 s ja Habscheid – Berti s. 48: »the investigative powers conceded to the litigants are minimal. – – a common feature is that the parties enjoy no extended inquisitorial powers as regards evidence.»

¹³ Ks. esim. Kaplan – Clermont s. 17: »The mainspring of American preparation for trial is discovery». Myös Bryant Garth on vielä vuonna 1990 todennut, että discovery on »still the most remarkable feature of American civil procedure», sitaatti Lindblomin 1993 s. 366. Discovery on siis osa riita-asian valmistelua Yhdysvalloissa, ei sen synonyymi, vrt. Fyman s. 205.

¹⁴ Ennen FRCP:a discovery oli suhteellisen harvinaista liittovaltion tuomioistuimissa, ks. Comment s. 117 ja Landers – Martin s. 560. Keinot, joita voidaan pitää discoveryn edeltäjinä, syntyivät jo Englannin equity-tuomioistuimissa, mutta tämä syntytausta tuotti

sääntöjä on uudistettu tämän jälkeen useaan eri otteeseen; viimeisin kokonaisuudistus astui voimaan vuonna 1970.¹⁵ Vaikka FRCP:n säännöt koskevat nimenomaisesti ainoastaan liittovaltion yleisiä alioikeuksia eli United States District Courts -tuomioistuimia, ne ovat vaikuttaneet esikuvana olennaisesti myös osavaltioiden tuomioistuinten discovery-sääntöihin, joskin viimeksi mainituissa on myös merkittäviä eroja.¹⁶ Seuraavassa Yhdysvaltojen discovery-järjestelmää tarkastellaan pelkästään FRCP:n sääntöjen valossa.

Discovery ajoittuu riita-asian valmisteluvaiheeseen ja sen funktio liittyy ensisijaisesti todistusaineiston selvittämiseen. Discovery-järjestelmää voidaan luonnehtia pakkokeinojen tukemaksi prosessuaalisten menettelyjen tai keinojen kokonaisuudeksi, jonka avulla asianosaiset voivat tutkia lähes minkä tahansa relevantin todisteen sisällön tai olemassaolon pääsääntöisesti riita-asian ollessa jo vireillä, mutta ennen pääkäsittelyä.¹⁷ Discovery-järjestelmä antaa siis asianosaisten käyttöön keinoja, joilla nämä voivat tutkia jutun toiseikkoja ja todisteita jo jutun valmisteluvaiheessa – epävirallisten yksityisten tutkimusten lisäksi. Tätä kautta discoveryn katsotaan edistävän myös sovintoja. Discoveryllä on myös teknisluonteisempia vaikutuksia: sen avulla voidaan mm. säilyttää todistajien kertomukset, vaikeuttaa todistusaineiston vääristämistä ja helpottaa todistelua pääkäsittelyssä.¹⁸

Discovery-järjestelmä liittyy kiinteästi yhdysvaltalaisen siviiliprosessin kategoriseen jakoon valmisteluun (pre-trial) ja yhteen pääkäsittelyyn (trial).¹⁹

samalla olennaisia rajoituksia, jotka säilyivät aina FRCP:n hyväksymiseen saakka: ne tulivat kyseeseen 1) ainoastaan asianosaiselle, ei vastapuolelle edullisten faktojen osalta; 2) vain, jos aineisto oli muutoin tavoittamattomissa; 3) ainoastaan koskien sellaista aineistoa, joka oli pääkäsittelyssä esitettävissä (admissible); ja 4) vain vastapuolta, ei kolmatta kohtaan. Ks. tästä historiallisesta kehityksestä Note s. 946–951, James – Hazard s. 223–227 ja Matthews – Malek s. 6–9 ja 11 s.

¹⁵ Ks. Advisory Committee s. 71.

¹⁶ Ks. Kaplan – Clermont s. 4 ja 17, James – Hazard s. 230 sekä Kane s. 129. Aiemmin esikuvana oli toiminut New Yorkin ensimmäinen siviiliprosessikodifikaatio vuodelta 1848, ks. Clermont s. 54 s ja 62. Tuolloin keinovalikoima sisälsi jo kysymykset vastapuolelle, asiakirjaedition ja todistajan suullisen kuulemisen ja ne koskivat kaikkia riita-asioita, ks. James – Hazard s. 226 s.

¹⁷ Discoveryn määritelmästä ks. esim. Kaplan – Clermont s. 17. Yhdysvaltalainen riita-asian valmistelu voidaan – kylläkin hieman epäadekvaatisti – jakaa kolmeen vaiheeseen: pleadings, discovery ja pretrial conference, joista ensimmäinen vastaa osapuolleen suomalaista kirjallista ja viimeinen suullista valmistelua; ylivoimaisesti keskeisin vaihe on kuitenkin discovery.

¹⁸ Ks. esim. Sinclair s. 508 s, Underwood s. 3, Kaplan – Clermont s. 9 ja 17, Kane s. 127 ja James – Hazard s. 228.

¹⁹ Ks. myös Gerber s. 749 s.

Ensinnäkin asianosainen voi saada selville itselleen edullista todistusaineistoa, jonka hän voi myöhemmin esittää pääkäsittelyssä.²⁰ Toisaalta asianosainen saa samalla selville itselleen epäedullisen todistusaineiston sisältöä, jota vastapuoli tulee todennäköisesti käyttämään häntä vastaan pääkäsittelyssä, jolloin samalla yllätysten mahdollisuus pääkäsittelyssä pienenee.²¹ Discovery-keinoihin liittyvät erilaiset, hyvinkin ankarat prosessuaaliset sanktiot, joita voidaan käyttää niskottelevaa vastapuolta tai kolmatta vastaan.²²

Discoveryn mahdolliset *kohteet* on määritelty hyvin laajasti: discovery voi koskea mitä tahansa seikkaa (matter), joka ei ole todistuskiellon alainen (privileged) ja joka on relevantti vireillä olevassa asiassa laajassa mielessä,²³ liittyipä se asianosaisen tai vastapuolen hyökkäys- tai puolustuskeinoon, mukaan lukien minkä tahansa asiakirjan tai muun esineen olemassaolo, määritelmä (description), luonne, hallinta, kunto ja sijainti sekä sellaisen henkilön identiteetti ja sijainti, jolla on tietoa tällaisesta asiasta (FRCP 26.b.1).²⁴ Discovery voi koskea myös informaatiota, jota ei lainkaan voitaisi, esimerkiksi hearsay-säännön vuoksi, esittää pääkäsittelyssä (inadmissible), jos informaation voidaan olettaa johtavan esitettävissä olevaan todisteeseen.²⁵ Mahdollisia kohteita rajoittavat siis lähinnä kaksi kriteeriä: vaatimus aineiston hyvin väljästi määritellystä relevanssista jutussa ja mahdolliset todistuskiellot (privilege), esimerkiksi asianajajan salassapitovelvollisuus.²⁶

²⁰ Ks. Landers – Martin s. 23, jonka mukaan pleading-vaiheen jälkeen »the lawsuit moves into a phase of factual development. Each party then seeks testimonial and documentary evidence which helps to establish his own case and refute that of his adversary. Each party also tries to find out what facts the other party has and what factual contentions he is going to make.»; kirjoittajat korostavat myös yksityisten tutkimusten merkitystä tässä suhteessa. Ks. myös Sinclair s. 531–533.

²¹ Ks. Kane s. 127: »With full revelation of facts between the parties, the trial becomes less of a »game of wits« and more of a probing into the actual truth of certain facts.»

²² Mahdolliset sanktiot ulottuvat ko. kysymyksen tai koko asian ratkaisemisesta asianosaisen laiminlyönnin perusteella aina kulu- ja rangaistusvastuuseen saakka (FRCP 37), ks. James – Hazard s. 261–264 ja Underwood s. 59–63.

²³ Kohta kuuluu »relevant to the subject matter involved in the pending action», ks. Underwood s. 4 s.

²⁴ Ks. James – Hazard s. 231 s ja 243 s, Sinclair s. 537 sekä Kaplan – Clermont s. 17: »The scope is so broad that some »fishing« is legitimated.» Ks. myös Kane s. 127 s: »the federal courts and most of the states have provided for very liberal discovery», mikä »illustrates the modern philosophy toward full disclosure».

²⁵ Todistuskiellot (privilege) discovery-vaiheessa ovat siis huomattavasti suppeampia kuin pääkäsittelyssä (inadmissibility).

²⁶ Ks. James – Hazard s. 246–257, Clermont s. 77 s ja Kane s. 128 s: »a party may

Erilaisia discovery-keinoja tai -menettelyitä, joilla näitä seikkoja voidaan pyrkiä selvittämään, on laskutavasta riippuen kaikkiaan viisi tai kuusi.²⁷ Voimakkain ja eniten käytetty, mutta samalla myös kallein ja aikaa vievin on todistajan (eli angloamerikkalaisessa järjestelmässä asianosaisen tai kolmannen) suullinen kuuleminen valan nojalla riita-asian valmisteluvaiheessa (ns. *deposition*, FRCP 30). Kuultavaa voidaan vaatia tuomaan mukanaan asiakirjoja tai muita esineitä. Kuuleminen tapahtuu auktorisoidun henkilön edessä yleensä asianajotoimistossa vastapuolen asiamiehen ollessa paikalla. Kertomus äänitetään ja kirjoitetaan sanatarkasti pöytäkirjaan.²⁸ Toisena, vähemmän käytettynä keinona kysymykset voidaan esittää kirjallisina etukäteen todistajalle (FRCP 31).²⁹

Kolmantena, myös paljon käytettynä keinona kyseeseen tulevat kirjalliset kysymykset vastapuolelle (ns. *interrogatories*, FRCP 33), neljäntenä erityisesti kysymykset jonkin väitteen totuudesta (ns. *admissions*, FRCP 36), joihin molempiin vastataan kirjallisesti, ensin mainittuihin valan nojalla. Viidentenä mahdollisuutena ovat asiakirjojen tai muiden esineiden editio sekä katselmus paikan päällä (FRCP 34), mikä saattaa merkitä hyvinkin laajoja tutkimuksia vastapuolen tiloissa. Editiossa asiakirjan yksilöintivaatimus on huomattavasti meikäläistä lievämpi: esimerkiksi pelkän asiakirjatyyppin ilmoittaminen täyttää vaatimukset. Riittävää on, että informaation voidaan kohtuudella olettaa johtavan relevantin informaation löytymiseen.³⁰

Tärkeätä on huomata, että kaikki mainitut menettelyt tapahtuvat *tuomioistuimen ulkopuolella* asianosaisen omasta aloitteesta, siis ilman tuomioistuimen myötävaikutusta: asianosainen esimerkiksi yksinkertaisesti lähettää

seek any information that is relevant to the subject matter of the action, as long as it is not privileged». Lisäksi tuomioistuin voi tietyssä laajuudessa joko prosessiekonomisista syistä (FRCP 26.b.2) tai kohteena olevan henkilön suojaamiseksi (»protective order», FRCP 26.c) määrätä rajoituksia. Viimeksi mainituista ks. James – Hazard s. 259–261 ja Kane s. 139–142. Näyttää siltä, että seikat eivät muuten olisi selvitettävissä, ei yleensä tarvitse esittää.

²⁷ Ks. eri keinojen käyttökelpoisuudesta asianosaisen kannalta James – Hazard s. 232–243, Kane s. 130–139 ja Clermont s. 81–83. Ks. myös mannermaisesta näkökulmasta Fyman s. 207–210 ja Paulus s. 401, joka toteaa mannermaiseen järjestelmään verrattuna, »dass die Unterschiede nicht so sehr in den zulässigen Einzelmassnahmen liegen als vielmehr in deren gesamtem Zusammenspiel, das nach europäischem Masstab ausserordentliche Zugriffsmöglichkeiten eröffnet». Ks. myös *Kiihan* käytännönläheistä kuvausta.

²⁸ Ks. James – Hazard s. 232, Kaplan – Clermont s. 18 ja Kane s. 130 s: »A deposition acts as a sort of minitrial.»

²⁹ Kaikissa esityksissä tätä ei eroteta omaksi keinokseen, ks. Sinclair s. 519.

³⁰ Ks. Gerber s. 761 s ja James – Hazard s. 238 s. Ks. myös Fyman s. 207 s.

kyselyn vastapuolelle.³¹ Discovery määrittyy siten normaalisti asianosaisten eli heidän asianajajiensa välisten neuvottelujen tuloksena. Editio kolmannelta ja kolmannen kuuleminen edellyttävät kuitenkin tuomioistuimen tai auktorisoidun henkilön määräystä. Asianosaisten on pakko kääntyä tuomioistuimen puoleen myös silloin, kun vastapuolen velvollisuuksista syntyy riitaa: pakkokeinoja voi luonnollisesti käyttää ainoastaan tuomioistuin.³² Ainoastaan kuudes discovery-keino eli asianosaisen fyysinen tai psyykkinen lääkärintarkastus (FRCP 35) edellyttää aina tuomioistuimen määräystä etukäteen.³³

Selostetut keinot edellyttävät siis asianosaisen esittämää pyyntöä vastapuolelle tai poikkeuksellisesti tuomioistuimelle (ns. discovery request). Vuonna 1993 discovery-sääntöjä uudistettiin – ilmeisesti englantilaisen esikuvan mukaan – muun muassa siten, että asianosainen on nykyisin velvollinen automaattisesti, ilman vastapuolen pyyntöä toimittamaan tälle tiettyä informaatiota ja asiakirjoja. Asianosaisten on tietyissä määräajassa luovutettava vastapuolelle tiedot muun muassa kaikista henkilöistä, joilla voi olla relevanttia tietoa asiasta, ja kaikista relevanteista asiakirjoista, jotka ovat asianosaisen hallussa (FRCP 26.a.1).³⁴ Tämän automaattisen tietojen vaihdon lisäksi asianosaisen käytettävissä ovat edellä selostetut, asianosaisen omaa aktiivisuutta edellyttävät discovery-keinot.

Selvitetty todistusaineisto tulee kaikkien asianosaisten tietoon.³⁵ Aineistoa ei ole välttämätöntä käyttää myöhemmässä pääkäsittelyssä hyödyksi. Jos niin tapahtuu, aineisto on pääsääntöisesti otettava uudelleen vastaan pääkäsittelyssä eikä selvitettyä aineistoa voida sellaisenaan panna tuomion perustaksi. Jos siis esimerkiksi todistajaa kuullaan valmistelussa, äänitettyä ja pöytäkirjattua todistajankertomusta ei normaalitilanteessa voida hyödyntää pääkäsittelyssä, vaan todistajaa kuullaan siellä uudelleen.³⁶ Alustavan kuulemisen merkitys on siinä, että molemmat asianosaiset saavat jo valmisteluvaiheessa alustavasti selville, mitä todistaja tietää, ja voivat siten esimerkiksi harkita, onko häntä syytä nimetä todistamaan pääkäsittelyssä tai mitä vastatodistelua on syytä esittää.

³¹ Yksi vuoden 1970 uudistuksen tavoitteista oli juuri »to encourage extrajudicial discovery with a minimum of court intervention», Advisory Committee s. 71.

³² Ks. Clermont s. 78–80 ja Fyman s. 210–212.

³³ Ks. James – Hazard s. 239.

³⁴ Ks. Fyman s. 206.

³⁵ Ks. Kaplan – Clermont s. 17: »the cards that are turned up are put on the table for all parties to see.»

³⁶ Säännöstä on kuitenkin poikkeuksia: kertomusta voidaan esim. käyttää vertailuaineistona pääkäsittelyssä esitetyn kertomuksen uskottavuuden horjuttamiseksi, ks. myös Fyman s. 209.

Ongelmallinen kysymys on, missä määrin suomalainen tuomioistuin voi antaa – tai pikemminkin kieltäytyä antamasta – *kansainvälistä oikeus-apua* yhdysvaltalaisen discoveryn toteuttamisessa: voidaanko esim. todistajaa kuulla täällä valan nojalla käräjäoikeudessa yhdysvaltalaisen siviiliprosessin valmisteluvaiheeseen liittyen (deposition)? Erityisesti on syytä huomata, että Haagin vuoden 1970 todisteiden vastaanottamista ulkomailla koskevaan yleissopimukseen tehty varauma (art. 23 ja asetus 5 §, jota on käsitelty edellä jaksossa 6.2.2) koskee sen sanamuodon mukaan ainoastaan asiakirjoja (»pre-trial discovery of documents») eikä siis muita todistuskeinoja, kuten todistajan kuulemista taikka katselmusta discovery-keinoina. Lienee ongelmallista tulkita tällaista poikkeusartikkelia ja -varaumaa laajentavasti siten, että varauma ulotetaisiin sen sanamuodon vastaisesti myös muihin todistuskeinoihin.³⁷

Muissa kuin varaman tarkoittamissa tilanteissa Suomen mahdollisuudet kieltäytyä pyydetystä toimenpiteestä ovat konvention mukaan hyvin rajoitetut (ks. 12 art.). Hyvin pitkälle menevien discovery-menettelyiden voitaisiin ilmeisesti kuitenkin katsoa olevan Suomen oikeusjärjestyksen perusteiden, kuten kotirauhan tai yksityisyyden suojan (HM 8 §) vastaisia (ordre public, UlkApuL 1.1 §). On kuitenkin kyseenalaista, voitaisiinko tällä perusteella kieltäytyä esim. todistajan kuulustelusta jo ennen yksilöidyn kanteen esittämistä (ns. »fishing expedition»).³⁸ Kysymys lienee ratkaistava viime kädessä kunkin pyydetyn toimenpiteen kohdalla. Menettely todistajan kuulustelussa tapahtuisi joka tapauksessa lähtökohtaisesti Suomen lakia noudattaen (9–11 art.).³⁹

Edes kansainvälisestä oikeusavusta kieltäytyminen ei välttämättä turvaisi suomalaisen asianosaisen asemaa. Yhdysvaltojen tuomioistuimet ovat soveltaneet suoraan yhdysvaltalaisia discovery-sääntöjä *lex fori* -säännön mukaisesti tietyin rajoituksin myös Yhdysvaltojen ulkopuolelle ulottuvin vaikutuksin, kuten määränneet ulkomailla sijainneita asiakirjoja esitettäväksi tai henkilöitä kuultaviksi Yhdysvalloissa (»extraterritorial discovery»).⁴⁰ Yhdysvaltojen korkein oikeus on katsonut

³⁷ Artiklan 23 tausta on tässä suhteessa epäselvä, ks. esim. Lowenfeld s. 183.

³⁸ Tämä ei vastaa suomalaista todistelua vastaisen varalle, koska kanne on jo vireillä, mutta sitä ei vielä ole yksilöity. Ks. myös L todistelusta oikeuden valvomista varten ulkomaalla 4/27, 2 §.

³⁹ Ks. myös Ruotsin osalta Fyman s. 213 sekä muiden maiden torjuvasta suhtautumisesta Paulus s. 410 s, Ristau s. 233–251, McClean s. 98 s, Born s. 899 ja Lowenfeld s. 137: »no aspect of international litigation has caused as much friction as the issue of discovery. And – – the controversy over discovery is not one pitting the common law against the civil law, but rather one pitting the United States of America against the rest of the world.»

⁴⁰ *Gerberin* (s. 769 s) mukaan Yhdysvalloissa lähdetään siitä, että Yhdysvaltojen discovery-säännöt soveltuvat myös ulkomailla sijaitseviin todisteisiin, joten kansainväliseen oikeusapuun ei juurikaan kiinnitetä huomiota. Manner-Euroopassa sen sijaan lähtökohta on päinvastainen. – Myös Englannin tuomioistuimet ovat soveltaneet tietyssä laajuudessa englantilaisia discovery-sääntöjä ulkomaille ulottuvin vaikutuksin, ks. McClean s. 59 ss.

johtavassa ratkaisussaan *Société Nationale Industrielle Aerospatiale v. United States District Court* (482 U.S. 522, 1987), ettei Haagin konventio korvaa, vaan ainoastaan täydentää Yhdysvaltojen kansallisia discovery-sääntöjä. Yhdysvaltalaisen tuomioistuimen näkökulmasta kansainvälinen oikeusapu on siis vain vaihtoehto yhdysvaltalaisen discoveryn soveltamiselle suoraan Yhdysvaltojen ulkopuolelle ulottuviin vaikutuksiin.⁴¹ Yhdysvaltalaisen prosessin suomalainen asianosainen saattaa siten joutua Yhdysvalloissa hyvinkin ankarien prosessuaalisten sanktioiden kohteeksi, jos hän ei noudata discovery-määräyksiä, vaikka discovery ei olisikaan oikeusaputeitse Suomessa mahdollinen.⁴²

8.2.2 Englanti: disclosure

Discovery-instituutiota vastaava järjestelmä tunnetaan myös Englannissa, mutta verrattuna Yhdysvaltoihin se on laajuudeltaan vaatimattomampi, joskin sen merkitys on viime vuosikymmeninä kasvanut.⁴³ Englannissa discovery-termillä on traditionaalisesti viitattu ainoastaan asiakirjojen ilmoitusvelvollisuuteen,⁴⁴ kun taas koko instituutiosta on yleensä käytetty nimitystä »disclosure», joskus kuitenkin myös samaa termiä discovery.⁴⁵ Tässä käytetään termiä disclosure erotuksena yhdysvaltalaiseen discovery-järjestelmään. Silmällä pidetään disclosure’a Englannin tärkeimmässä alioikeudessa eli High Court -nimisessä tuomioistuimessa.⁴⁶ Disclosuresen funktiot vastaavat discoveryn funktioita.⁴⁷ Mahdollisilta kohteiltaan disclosure on jossakin määrin suppeampi kuin discovery: Englannissa on muuan muassa pääsääntöisesti voimassa ns. »no fishing» -sääntö, jota ei Yhdysvalloissa noudateta.⁴⁸

⁴¹ Ks. Born s. 846 ss, erit. s. 902 ss ja Lowenfeld s. 188 ss.

⁴² Saksassa yhdysvaltalaisen discoveryn ekstraterritoriaaliset vaikutukset ovat aiheuttaneet voimakkaita konflikteja ja keskustelua, jossa on käytetty termejä »Justizkonflikt» tai jopa »Justizkrieg» Yhdysvaltojen kanssa, ks. Leipold 1989 s. 9 s ja Paulus s. 397. Ks. myös Ruotsin näkökulmasta Fyman s. 213 s.

⁴³ Ks. esim. Cross – Tapper s. 265 s.

⁴⁴ Ks. esim. Kiralfy s. 211 ja Langan – Henderson s. 170. On myös käytetty termiä »disclosure of documents», Woolf s. 124.

⁴⁵ Ks. esim. Andrews s. 283; vrt. esim. Matthews – Malek s. 3, jotka käyttävät discovery-termiä myös yleisnimityksenä.

⁴⁶ Samankaltaiset säännöt koskevat myös County Court -prosessia, ks. Andrews s. 564.

⁴⁷ Ks. esim. Andrews s. 18, joka puhuu pre-trial disclosure -periaatteesta: »Nowadays a litigant who walks into court on the first morning of a civil trial will know a good deal about the other party’s intentions, arguments and factual knowledge. – litigation is nowadays conducted with each party laying his cards face up. Forensic blind-man’s buff, to change the game, has been outlawd.»

⁴⁸ Ks. Andrews s. 303–306: »The general principle is that a party cannot invoke the

Englannissa valmistelu on kirjallinen: keskeisintä on pleadings-kirjelmien (eli haastehakemusta, vastausta ja niiden kehittelykirjelmää vastaavien kirjoitusten) vaihto.⁴⁹ Yhdysvalloissa sen sijaan pleadings-vaihe on menettänyt merkitystään ja discovery-järjestelmä on pitkälti korvanut sen; lisäksi yksi tai useammat valmisteluistunnot (pretrial conferences) ovat mahdollisia.⁵⁰

Suurimmat erot liittyvät kuitenkin keinoihin, jotka ovat Englannissa suppeammat kuin Yhdysvalloissa. Tästä on kuitenkin yksi tärkeä poikkeus: *asia-kirjojen* laaja ja automaattinen ilmoitusvelvollisuus (eli discovery suppeassa mielessä), joka on edelleen tärkein disclosure-keino Englannissa.⁵¹ Kummankin asianosaisen täytyy pleadings-vaiheen jälkeen⁵² lähettää vastapuolelleen valalla vahvistettu luettelo kaikista asiassa laajassa mielessä relevanteista, ei-privilegioiduista asiakirjoista ja muista dokumenteista, jotka ovat tai ovat olleet hänen hallinnassaan tai määräysvallassaan, sekä esittää ne, jotka ovat vielä hänen hallinnassaan (RSC Order 24). Prosessuaaliset sanktiot kohtaavat ilmoitusvelvollisuuden laiminlyövä asianosaista: muun muassa asian ratkaiseminen laiminlyöjän vahingoksi on mahdollista. Velvollisuus koskee ainoastaan asianosaisia, ei sivullisia (ns. »mere witness rule»). Tietoa ei pääsääntöisesti saa käyttää muussa kuin kyseisessä oikeudenkäynnissä (ns. »implied undertaking».⁵³

Mahdollisia ovat myös katselmus⁵⁴ ja kirjalliset kysymykset vastapuolelle (interrogatories), joihin vastapuolen on vastattava valan nojalla; nykyisin kysymykset eivät enää edellytä tuomioistuimen määräystä.⁵⁵ Olennainen ero discoveryyn verrattuna on kuitenkin se, että todistajien suullista kuulemistä (deposition) ennen pääkäsittelyä ei Englannin disclosure-järjestelmässä

machinery of discovery until he has already built up the main elements of his case. This means first that he must be able to show a good cause of action and, secondly, that he should have material to support it.»

⁴⁹ Ks. Kaplan – Clermont s. 20 s ja Kiralfy s. 199–213.

⁵⁰ Ks. Kane s. 86–88 ja 93: »This development reflects the de-emphasis on pleadings in modern legal systems.» sekä Kaplan – Clermont s. 21–23, Clermont s. 84 s, James – Hazard s. 266–269 ja Sinclair s. 406–410 ja 417 s.

⁵¹ Ks. esim. Zander s. 61 ja Matthews – Malek s. 3. Ranskalaisen (n. c. p. c. art. 11) ja italialaisen siviiliprosessin osalta ks. Kohl s. 75 s ja Schlosser JZ 1991 s. 602 s.

⁵² Toisin kuin Yhdysvalloissa, englantilaista disclosuraa ei siis voida käyttää ennen lopullisen kanteen esittämistä.

⁵³ Ks. Andrews s. 290–319.

⁵⁴ Ks. erityisesti turvaamistoimittyyppisestä, pitkälle menevästä ns. Anton Piller Order -menettelystä Andrews s. 169–174.

⁵⁵ Ks. Kiralfy s. 213, Langan – Henderson s. 178–185 ja Andrews s. 319–321 sekä Yhdysvaltoihin vertaillen Levine s. 8–11.

tunneta,⁵⁶ kun taas Yhdysvalloissa juuri tämä instituutio on keskeinen. Sen sijaan Englannissa on nykyisin käytössä järjestelmä, jossa todistajien ja asiantuntijatodistajien kertomukset annetaan kirjallisina etukäteen: asianosaisen, joka haluaa kuulla tiettyä todistajaa pääkäsittelyssä, on yleensä ennen pääkäsittelyä annettava tämän kertomus kirjallisena vastapuolelle ja tuomioistuimelle.⁵⁷ Asianosainen voi siis itse harkita, kuuleeko hän todistajaa ja antaa kertomuksen vai jättääkö hän todistajan mieluummin kuulematta. Vaihto tapahtuu yleensä samanaikaisesti, jotta kertomuksia ei voitaisi muuttaa vastapuolen kertomusten perusteella.⁵⁸

8.3 Valmistelututkinnan arviointia de lege ferenda

Seuraavaksi on syytä arvioida discovery-järjestelmiä Suomen siviiliprosessin kannalta. Discovery- ja disclosure-termien suomenkieliseksi vastineeksi ehdotetaan samalla ilmaisua »valmistelututkinta», jolloin jäljempänä termillä discovery viitataan nimenomaan Yhdysvaltojen järjestelmään, disclosure-termillä vastaavasti Englannin järjestelmään sekä termillä »valmistelututkinta» tämän tyyppiseen järjestelmään ylipäänsä.⁵⁹ Arviointi voidaan jäsentää neljään kysymykseen: a) mitkä ovat valmistelututkinnan edut ja haitat yleisellä tasolla; b) miten järjestelmä sopisi muuhun siviiliprosessuaaliseen ympäristöön Suomessa; ja c) missä määrin jo voimassa oleva suomalainen siviiliprosessioikeus sisältää valmistelututkintaan rinnastettavia keinoja. Näi-

⁵⁶ Ks. kuitenkin Cross – Tapper s. 269: »commission».

⁵⁷ The Civil Justice Review Body:n vuoden 1988 raportin mukaan Englannin siviiliprosessin ongelmia olivat viivästys, kustannukset ja monimutkaisuus; tehostamiskeinona esitettiin mm. »a more open »cards on the table» approach to pre-trial procedure», Scott s. 110. Tämä johti muutoksiin Supreme Court'in säännöissä vuosina 1988 ja 1989, joilloin omaksuttiin kirjallisten todistajankertomusten vaihtaminen – suullisen kuulemisen sijasta – ja kysymykset vastapuolelle ilman tuomioistuimen määräystä; ks. Scott, erit. s. 109 s ja 117–119 sekä laajennuksiin johtaneesta keskustelusta myös Zander s. 62–76.

⁵⁸ Ks. Andrews s. 289 ja 439–441.

⁵⁹ Termi valmistelututkinta ilmaisee yhtäältä sen, että kysymys on riita-asian valmistelussa tapahtuvasta toiminnasta, ja toisaalta sen, että kysymyksessä on jutun tosiseikkojen, ennen muuta mahdollisen todistusaineiston tutkiminen. Vrt. rikosprosessuaaliseen termiin »esitutkinta», jolla tarkoitetaan viranomaisen suorittamaa tutkimusta epäillyn rikoksen johdosta ennen syyteharkintaa. Lindblom rinnastaa discoveryn ruotsalaiseen esitutkintaan ja kirjoittaa: »Discovery medverkar till att civilprocessen kan användas som ett slags privatiserad brottmålsrättegång», Lindblom 1993 s. 375 s.

hin kysymyksiin vastaamisen jälkeen voidaan arvioida, d) olisiko riita-asian valmistelua syytä kehittää de lege ferenda valmistelututkinnan suuntaan Suomessa.⁶⁰

8.3.1 Edut ja haitat

Mitä etuja ja toisaalta haittoja valmistelututkinnalla on verrattuna mannermaiseen valmistelujärjestelmään? Selvimpänä etuna voidaan pitää sitä, että valmistelututkinnan voidaan ainakin olettaa lisäävän siviiliprosessin varmuutta.⁶¹ Valmistelututkinta saattaa johtaa kattavampaan todistusaineistoon: ilman valmistelututkintaa jotkin relevantit, ehkä jopa ratkaisevat todisteet saattavat jäädä kokonaan esittämättä pääkäsittelyssä. Asianosaisten käytössä olevat tehokkaat keinot edesauttavat tosiseikkojen selvittämistä ja todisteiden löytämistä valmistelussa, jolloin pääkäsittelyssä saavutetaan todennäköisemmin materiaalisesti oikea lopputulos. Samalla yllätysten mahdollisuus pääkäsittelyssä pienenee, kun asianosainen saa vastapuolen näytön sisältöä selville jo ennen pääkäsittelyä, mikä edesauttaa myös ratkaisujen oikeellisuutta. Tätä kautta valmistelututkinnan voidaan myös olettaa edistävän sovintoja ja parantavan niiden sisältöä, koska asianosaisilla on paremmat tiedot pääkäsittelyssä puolin ja toisin esitettävissä olevasta näytöstä.⁶²

Toisaalta on katsottu, että yllätysmahdollisuuksien väheneminen saattaa vaikuttaa myös varmuutta heikentävään suuntaan: jutut tulevat tavallaan liian valmisteltuina pääkäsittelyyn, jolloin asianosaiset ovat voineet varautua – myös epäasianmukaisella tavalla – kaikkiin vastapuolen esityksiin.⁶³ Toiseksi, jos suullista todistelua otetaan vastaan jo valmisteluvaiheessa, yleensä luotettavin ensimmäinen kuuleminen siirtyy pääkäsittelystä valmisteluun: todistaja saattaa tällöin pääkäsittelyssä muistaa sen, mitä hän on valmistelussa kertonut, eikä sitä, mitä hän on todellisuudessa havainnut.

Valmistelututkinnan selvimpänä haittana voidaan pitää sen hitautta ja kalleutta. Discovery-järjestelmää on pidetty yhtenä keskeisenä syynä yhdys-

⁶⁰ Tarkoitus ei ole esittää lakitekstiksi valmiita säännösehdotuksia tms., vaan hahmotella mahdollisten uudistustarpeiden suuntaa.

⁶¹ Ks. *Clermont s. 76 s.*: »The primary motive – is to avoid an incorrect or unfair outcome determined by the parties relative capacities for pursuing private investigation and for surviving a blind trial.» Ks. myös *James – Hazard s. 228* ja *Kane s. 127* sekä *Lindblom 1993 s. 378 s.*

⁶² Ks. esim. *Note s. 944 s.*, *Levine s. 1 s.*, *Matthews – Malek s. 3 s* ja *Posner 1992 s. 557 s.*

⁶³ Ks. *Kaplan – Clermont s. 17 s.*

valtalaisen siviiliprosessin hitauteen ja kalleuteen.⁶⁴ Keinoja käytetään jatkuvasti liikaa.⁶⁵ Järjestelmä antaa lisäksi asianosaiselle mahdollisuuden sen suoranaiseen väärinkäyttöön: juttua voidaan viivyttää tai vastapuolta painostaa sovintoon pelkästään sillä, että vastapuolta rasitetaan hyvin raskaalla valmistelututkinnalla ja siitä aiheutuvilla suurilla kuluilla.⁶⁶ Erityisen ongelmallisia tässä suhteessa ovat olleet määrältään valtava asiakirjaeditio ja vastapuolelle tehdyt lukemattomat, suurelta osin tarpeettomat kysymykset.⁶⁷ Toisaalta on katsottu, että ongelmaa voidaan pienentää tuomioistuimen tehokkaammalla kontrollilla.⁶⁸ Toisaalta myös yksityiset tutkimukset saattavat olla vähintään yhtä kalliita.⁶⁹ Edelleen valmistelututkinta saattaa vaarantaa asianosaisten yksityisyyttä tai liikesalaisuuksien suojaa.

Siviiliprosessin asianmukaisuuden kannalta valmistelututkinta ei ole yksiselitteisen myönteinen tai kielteinen instituutio.⁷⁰ Valmistelututkintaa asiallisesti hyödyntävän asianosaisten kannalta se lisää asianosaisten yhdenvertaisuutta, koska asianosaisten tosiasiallisia mahdollisuuksia todistusaineiston etsimiseen ja sen myötä esittämiseen lisätään. *Gerber* on puhunut »maximum fact access» -periaatteesta.⁷¹ Tällä on erityistä merkitystä jutuissa, joissa re-

⁶⁴ Ks. *Landers – Martin* s. 560 s ja erit. siinä siteerattua *Justice Powellin* eriävää mielipidettä.

⁶⁵ Underwoodin mielenkiintoinen väite on, että myös materiaalisen oikeuden muuttuminen on lisännyt discoveryn käyttöä, ks. *Underwood* s. 197 s. Voidaankin olettaa, että esim. ryhmäkanteet, joissa saattaa olla kysymys jonkin teollisuuden alan koko toiminnan luonteesta, edellyttävät erittäin mittavaa discoveryn käyttöä. Ks. discoverystä ryhmäkanteen yhteydessä myös *Lindblom* 1989 s. 241 ss.

⁶⁶ Ks. *Kaplan – Clermont* s. 18 ja *Kane* s. 149: »justice is subverted insofar as discovery is used not to search out the truth, but to force settlement». Vrt. *Advisory Committee* s. 72, *Sinclair* s. 512–514 ja *James – Hazard* s. 229. *Underwood* (s. 1) puhuu discovery-järjestelmän »Jekyll-and-Hyde» -luonteesta. Ks. keskustelusta myös *Levine* s. 115–120, jonka mukaan empiirisissä tutkimuksissa ei ole havaittu yleistä discoveryn väärinkäyttöä.

⁶⁷ Ks. esim. *Landers – Martin* s. 592 s ja *Born* s. 845: »Discovery in these cases can result in the production of tens of millions of documents relating to many aspects of a company's operations over a substantial period of time.» Liiallinen asiakirjaeditio on aiheuttanut samansuuntaisia ongelmia myös Englannissa, ks. *Matthews – Malek* s. v s.

⁶⁸ Ks. *Clermont* s. 81 ja *Underwood* s. 196 s. Ks. myös *Levine* s. 120 s, joka katsoo, että suurissa ja monimutkaisissa jutuissa satunnaisesti esiintyvä väärinkäyttö edellyttää tuomioistuimen kontrollointia. Samansuuntaisesti *Matthews – Malek* s. vi.

⁶⁹ Ks. *Levine* s. 2. Sovintojen edistäminen saattaa myös alentaa kustannuksia, *Levine* s. 112.

⁷⁰ Vrt. esim. *Sinclair* s. 509: »Accuracy and fairness are the keystones of modern discovery.»

⁷¹ Ks. *Gerber* s. 767 s.

levantti aineisto on lähes kokonaan tiedoiltaan ja taidoiltaan ylivoimaisen vastapuolen hallussa.⁷² Valmistelututkinta lisää myös valmistelun keskusteluvuutta, koska molemmat asianosaiset saavat kaiken aineiston jo valmisteluvaiheessa tietoonsa.⁷³

Toisaalta vastapuolen kannalta siviiliprosessin asianmukaisuus saattaa vaarantua, jos keinoja käytetään turhaan tai liikaa. Valmistelututkinta saattaa päinvastoin lisätä asianosaisten tosiasiallista epätasa-arvoa, koska sekä keinojen tehokas käyttö että niiden kohteena oleminen edellyttää huomattavia taloudellisia resursseja. Voimakkaan discoveryn kohteeksi joutunut asianosainen saattaa esimerkiksi olla pakotettu suostumaan sovintoon. Samanlainen vaikutus saattaa olla sillä, että oikeudenkäynti viivästyy. Toisaalta se, että asianosaiset joutuvat turvautumaan pelkästään epävirallisiin tutkimuksiin, saattaa olla vielä epätasa-arvoisempaa, koska vähäresurssinen asianosainen ei tällöin voi nojautua tuomioistuimen apuun.

Myös yhdysvaltalaisessa keskustelussa discovery-järjestelmän hyödyllisyys ja erityisesti sen laajuus ovat olleet erittäin kiistanalaisia.⁷⁴ Edes laajoissa empiirisissä tutkimuksissa ei ole saavutettu yksiselitteisen myönteisiä tai kielteisiä tuloksia.⁷⁵ Ongelmia on ollut erityisesti laajoissa ja monimutkaisissa asioissa, kuten kilpailuoikeudellisissa jutuissa; toisaalta kuitenkin discovery on katsottu välttämättömäksi juuri tämänyyppisissä asioissa.⁷⁶ Useimmat kirjoittajat ovat päätyneet siihen, että discovery-järjestelmä on sinänsä hyödyllinen mutta että sen laajuutta pitäisi kontrolloida aiempaa enemmän.⁷⁷ Vuoden 1993 FRCP:n osittaisuudistuksessa discoveryn laajuutta py-

⁷² Ks. Reitz s. 388 s, joka mainitsee esimerkkeinä asbestivahingonkorvausjutut. Vastaavana esimerkkinä voitaisiin ehkä mainita ns. tupakkajutut.

⁷³ Erityisesti yksityiseen todistajien kuulemiseen liittyy ongelmia kontradiktorisuuden kannalta, ks. Heuman 1990 s. 143.

⁷⁴ Ks. jo Comment erit. s. 138: »The deposition provisions of the Federal Rules have proved their worth in promoting just settlements and informed preparation for trial. This success, however, has been marred by abuses: unnecessary expense, delaying tactics, unfair advantage in taking depositions, and malicious questioning.»

⁷⁵ Vuoden 1970 uudistuksen yhteydessä tehdyn laajan empiirisen tutkimuksen mukaan »there is no empirical evidence to warrant a fundamental change in the philosophy of the discovery rules», Advisory Committee s. 72. Ks. edelleen Underwood s. 5–11 American Bar Associationin ehdotuksesta discoveryn laajuuden supistamiseksi, joka ei johtanut tulokseen. Ks. myös Levine s. 3–8.

⁷⁶ Ks. esim. Note s. 1000 s.

⁷⁷ Ks. esim. Note s. 942: »it is not discovery itself, but rather the details of its functioning, that require evaluation» sekä Landers – Martin s. 560: »Even if one accepts the basic proposition that a fair and rational result is reached if each party has access to information held by his adversary and by hostile third parties, there is a point at which the

rittiinkin hillitsemään muun muassa rajoittamalla todistajien suullisten kuulemisten (depositions) määrä kymmeneen ja vastapuolelle tehtävien kysymysten (interrogatories) 25:een kummallakin puolella, elleivät asianosaiset toisin sovi tai tuomioistuim toisin määrää.⁷⁸

Vastaavaa keskustelua on käyty myös Englannissa, jossa disclosure-järjestelmää on viime vuosina tehostettu ja ehdotettu edelleen tehostettavaksi yhdysvaltalaiseen suuntaan.⁷⁹ Järjestelmästä on nähty olevan useanlaista hyötyä: sovintojen määrän lisääntyminen, laadun paraneminen ja syntymisen nopeutuminen; pääkäsittelyjen paraneminen muun muassa siten, että pääkäsittelyt nopeutuvat, halventuvat ja jäsenyvät, että pääkäsittely 'väijytyksestä' (>trial by ambush») vältetään ja että todistajien vastakuulustelu terävöityy; materiaalin säilyttäminen; näytöllisen epätasapainon vähentäminen esimerkiksi suuryritykseen nähden sekä adversaali-järjestelmässä tuomioistuimen puuttuvan intervention korvaaminen. Vasta-argumentteina on puolestaan esitetty yksityisyyden kärsiminen, todistajien kertomusten luotettavuuden ja vastakuulustelun mahdollisuuksien heikentyminen, omien yksityisten selvitysten väheneminen sekä kustannuksien ja viivytyksen kasvun myötä sovintoon pakottaminen.⁸⁰ Erityisesti asiakirja-discoveryn on katsottu aiheuttavan suhteettomia kustannuksia,⁸¹ minkä vuoksi sitä on ehdotettu jonkin verran rajoitettavaksi ja alistettavaksi enemmän tuomioistuimen kontrolliin.⁸²

Suomen siviiliprosessioikeuden kannalta kysymys kuuluu, olisivatko valmistelututkinnan hyödyt verrattuna haittoihin niin paljon suuremmat, että se ylipäänsä kannattaisi omaksua myös Suomeen. Edellä lausutun perusteella tähän voidaan suhtautua varsin epäilevästi.⁸³ Joka tapauksessa, ottaen erityisesti huomioon kokemukset Yhdysvalloista, valmistelututkinnan laajuuteen

right to inquire can become too much of a good thing.» Ks. myös Bayles 1987 s. 54 s ja Atiyah – Summers s. 203 s. Vrt. esim. James – Hazard s. 229 s: »Whether this increase in costs is offset by reduced trial costs, and reduced social costs in more effective enforcement of just claims, is much debated but probably cannot be actually ascertained. – On the whole, the balance struck is satisfactory.»

⁷⁸ Ks. Fyman s. 208 s.

⁷⁹ Ks. esim. Levine erit. s. 112–114.

⁸⁰ Ks. Andrews s. 18 s ja 283–287: »There is a strong commitment to the policy of disclosure.»

⁸¹ Ks. Mackie s. 137: »discovery causes expence and delay out of proportion to the benefit it brings to the parties and the court».

⁸² Ks. Woolf s. 124 s ja 311.

⁸³ Vrt. Kiiha s. 120. Ks. myös Lindblom 1993 s. 379 s, jonka mukaan discovery lisäisi sekä prosessien lukumäärää että niiden laajuutta; joillakin oikeudenaloilla lukumäärän lisääntyminen olisi kuitenkin Lindblomin mukaan myönteinen asia.

olisi syytä suhtautua erittäin pidättyvästi. Viime kädessä kysymys on siitä, missä määrin materiaalisen totuuden selvittämisen tavoitetta halutaan painottaa muihin arvoihin ja tavoitteisiin nähden; vaa'assa toisella puolella ovat mm. oikeudenkäynnin kustannukset ja yksityisyyden suoja. Kysymys ei välttämättä ole joko/tai -tyyppinen, kuten seuraavista jaksoista ilmenee.

8.3.2 Valmistelututkinta ja suomalainen siviiliprosessi

a. On selvää, että yhdysvaltalainen discovery-järjestelmä ja englantilainen disclosure-järjestelmä sisältävät common law -taustaisia elementtejä, jotka eivät sovi yhteen suomalaisen siviiliprosessin traditioiden kanssa. Tärkein näistä on se piirre, että discovery tapahtuu suurimmaksi osaksi tuomioistuimen ulkopuolella ilman sen myötävaikutusta; yleensä ainoastaan riitaisuuksista ja pakkokeinoista päättää tuomioistuin. Suomessa tällainen järjestelmä ei mitä ilmeisimmin toimisi jo siitä syystä, että asianosaiset ajavat juttujaan usein itse ja muutoinkin asiamiehenä voi toimia mitenkään auktorisoimaton lakimies tai muu henkilö. Riita-asian valmistelun painopisteen siirtäminen tuomioistuimen ulkopuolelle asianosaisten asiamiesten välillä käytäväksi prosessiksi edellyttäisi nähdäkseni joko asianajajakapakkia tai muunlaista auktorisointijärjestelmän luomista, mihin ei liene näköpiirissä olevassa tulevaisuudessa aihetta. Suomalaisen valmistelututkinnan täytyisi siten tapahtua olennaisesti tuomioistuimen myötävaikutuksella, minkä voidaan olettaa vähentävän valmistelututkinnan tehokkuutta ja lisäävän sen kustannuksia.⁸⁴

Toiseksi valmistelututkinta Suomessa olisi luonnollisesti kytkettävä muuhun todistusoikeudelliseen järjestelmään, joka poikkeaa olennaisesti anglo-amerikkalaisesta. Mahdollisten kohteiden osalta kysymykseen tulisivat siten relevantit ja näyttöä kaipaavat seikat, joita eivät koske todistusteemakiellot. Todistuskeinoina taas kyseeseen voisivat tulla samat todistuskeinot kuin pääkäsittelyssä eli asianosaisen, todistajan tai asiantuntijan kuuleminen taikka asiakirjan tai esineen editio lähtökohtaisesti normaalien sääntöjen mukaan. Sama koskee sanktioita esimerkiksi niskottelevaa todistajaa kohtaan. Kysymys on siten siitä, missä määrin normaalien todistuskeinojen käyttö tavannoimaisista todistusteemoista olisi syytä sallia jo riita-asian valmisteluvaiheessa tuomioistuimessa ennen pääkäsittelyä, jossa todisteet otetaan vastaan.

⁸⁴ Ks. jo SOU 1926:33 s. 48. Kanen mukaan discovery-järjestelmän tehokkuus riippuu pitkälti juuri siitä, missä määrin se voi toimia »extrajudicially», Kane s. 127 s; ks. myös Levine s. 10.

Kolmanneksi valmistelututkinta olisi kytkettävä osaksi riita-asian valmistelun muuta rakennetta. Suomen riita-asian valmistelussa asianosaisten vaatimukset ja niiden perusteet on täsmennettävä olennaisesti varhaisemmassa vaiheessa kuin Yhdysvalloissa. Kantajan on ilmoitettava jo haastehakemuksessa yksilöity vaatimus ja yksityiskohtaisesti ne seikat, joihin vaatimus perustuu (OK 5:2); kanteen muuttaminen myöhemmin valmistelun aikana on lähtökohtaisesti kiellettyä (OK 14:2).⁸⁵ Kantaja ei siten voisi – toisin kuin Yhdysvalloissa – panna juttua hyvin epämääräisenä vireille ja täsmentää vaatimuksiaan sekä niiden perusteita vasta sen perusteella, mitä valmistelututkinnassa käy ilmi. Yhdysvalloissa kantajan ei tarvitse vielä haastehakemuksessa yksilöidä kanteen perusteita eikä ilmoittaa todisteita; riittävä on »short and plain statement of the claim» (FRCP 8.a). Yhdysvalloissa discovery edesauttaa siten myös riidan kohteen määrittämistä.⁸⁶

Samaan suuntaan vaikuttavat myös erot tuomarin roolissa riita-asian valmistelussa: Suomessa tuomarin rooli on varsin aktiivinen myös jutun toiseikkapuolen selvittämisessä toisin kuin angloamerikkalaisessa adversary-järjestelmässä.⁸⁷ Esimerkiksi *Reitz* on katsonut, että tuomarin aktiivisuuteen liittyvät mannermaisen järjestelmän edut eivät ole yhdistettävissä asianajajavetoisen discovery-järjestelmän etuihin.⁸⁸ Pohjimmiltaan tämä nähdäkseni pitää paikkansa, koska mannermaisesta valmistelututkinnasta ei voitaisi tehdä yhtä asianajajavetoista kuin Yhdysvalloissa. Jonkinasteinen lähentyminen lieenee kuitenkin mahdollista peruslähtökohtien eroista huolimatta.

b. Missä määrin Suomen voimassa oleva prosessioikeus sitten mahdollistaa – epävirallisten yksityisten tutkimusten lisäksi – todisteiden etsimisen ja niiden sisällön alustavan tutkimisen jo riita-asian valmisteluvaiheessa? Kuten edellä jaksoissa 6.2 ja 6.4 on esitetty, asianosaisten käytettävissä olevat keinot ovat varsin vähäiset tässä suhteessa. Ensinnäkin voidaan mainita

⁸⁵ Vastaavasti vastaajan on jo kirjallisessa vastauksessaan esitettävä sellaiset kiistämisensä perusteet, joilla voi olla merkitystä asian ratkaisemisen kannalta (OK 5:10), sen uhalla, että kanne hyväksytään yksipuolisella tuomiolla (OK 5:13).

⁸⁶ Ks. myös Lindblom 1993 s. 381, Paulus s. 398 s ja Rosenberg ym. s. 682 s, jossa suhtaudutaan kielteisesti ns. *Ausforschungsbeweis*'iin. Kanen mukaan juuri järjestelmät, jotka ylläpitävät jäykempää pleadings-sääntöjä, myös rajoittavat discovery-mahdollisuuksia ja tyypillisesti sallivat sen vain tuomioistuimen tiukassa valvonnassa, Kane s. 128; ks. myös Clermont s. 76.

⁸⁷ Esim. sekä Langbein (erit. s. 831 ja 845 s) että Gross (erit. s. 312 s) kytkevät discoveryn juuri adversary-järjestelmään. Ks. myös Sinclair s. 509, Matthews – Malek s. 3 ja Gerber s. 752 s. Toisin Levine s. 2, joka päinvastoin katsoo discoveryn olevan poikkeus puhtaasta adversary-järjestelmästä; samansuuntaisesti Kane s. 127 s.

⁸⁸ Ks. *Reitz* erit. s. 395 s.

OK 5:21.2, jonka mukaan asianosaisen on vastapuolen pyynnöstä ilmoitettava, onko hänen hallussaan sellainen vastapuolen mainitsema kirjallinen todiste tai esine, jolla voi olla merkitystä asiassa. Säännöksen merkitystä vähentää kuitenkin ennen muuta se, että ilmoitusvelvollisuus edellyttää todisteen riittävää yksilöintiä jo etukäteen. Toiseksi voidaan viitata asianosaisen ja kolmannen henkilön asiakirjoja ja esineitä koskevaan editiovelvollisuuteen (OK 17:12, 13 ja 57), minkä perusteella tuomioistuimien voi velvoittaa henkilön tuomaan asiakirjan tai esineen jo valmisteluvaiheessa tuomioistuimeen tarvittaessa sakon uhalla tai ulosottomiehen toimesta (OK 17:15). Myös editiovaatimus on riittävästi yksilöitävä.⁸⁹ Yksilöinti voinee kuitenkin tapahtua lopullisesti myös vasta OK 17:14:n mukaisen, jo valmisteluvaiheessa mahdollisen editiokuulustelun jälkeen.

Kuten edellä jaksossa 6.4 on esitetty, todisteiden vastaanottaminen pääasiaa silmälläpitäen tapahtuu ainoastaan poikkeustapauksissa pääkäsittelyn ulkopuolella (OK 17:8a.1). Todiste voidaan ottaa vastaan eli esimerkiksi todistajaa kuulla jo valmisteluvaiheessa, kun todistetta ei voida ottaa vastaan pääkäsittelyssä tai tämä aiheuttaisi todisteen merkitykseen verrattuna kohtuuttomia kustannuksia tai kohtuutonta haittaa; todistetta ei siten voida ottaa vastaan valmistelussa pelkästään sen alustavan tutkimisen vuoksi. Todistelua voidaan ottaa vastaan ennen pääkäsittelyä myös, jos se on tarpeen sellaisen seikan selvittämiseksi, josta asiantuntijaa kuullaan (OK 17:48a), taikka esittämisvelvollisuutta koskevan kysymyksen selvittämiseksi (OK 17:14). Sääntely ei välttämättä estä todistelun välittömyyttä, koska pääkäsittelyn ulkopuolella vastaanotettu todiste on pääsääntöisesti otettava vastaan uudelleen pääkäsittelyssä (OK 17:8e.1).

8.3.3 Ehdotuksia de lege ferenda

Edellä olevan tarkastelun jälkeen voidaan lopulta kysyä, olisiko asianosaisten mahdollisuuksia todisteiden etsimiseen ja/tai niiden sisällön alustavaan tutkimiseen jo valmisteluvaiheessa syytä lisätä. Mielestäni sääntelyn varovaiseen tehostamiseen saattaisi olla aihetta. Edellä jo lausutun lisäksi on syytä huomata, että Suomessa on omaksuttu uusien todisteiden lähtökohtainen preklusio valmistelun jälkeen (OK 6:9) ilman, että todisteiden etsimis- ja tutkimismahdollisuuksiin valmistelussa olisi juurikaan kiinnitetty huomiota. Jos oikeuskäytännössä vielä omaksutaan liian korkea pätevän syyn kynnys, ku-

⁸⁹ Vastaava yksilöintivaatimus koskee editiovelvollisuuden ennakkoturvaamista OK 7:3:n mukaisella yleisellä turvaamistoimella.

ten ainakin osittain näyttää tapahtuneen, seuraukset saattavat olla yksittäisen asianosaisen kannalta kohtalokkaita.

Kysymys on välillisesti myös asianosaisten ja tuomioistuimen välisestä tehtävien jaosta. Käsittelymenetelmälle (OK 17:8) rakentuvan siviiliprosessin on turvattava asianosaisille myös tosiasialliset mahdollisuudet todisteiden esittämiseen. Kehittyneen ja toivottavasti edelleen kehittyvän asianajolaitoksen oloissa voidaan pitää perusteltuna, että asianosaisten itsensä käyttöön annetaan riittävän voimakkaat prosessuaaliset keinot todisteiden etsimiseksi ja alustavaksi tutkimiseksi. Vastaavasti tarve tuomioistuimen todistusaineistoa rikastavaan materiaalliseen prosessinjohtoon valmistelussa saattaa pienentyä. Viime kädessä tuomioistuimen käytettävissä ovat kuitenkin pakkokeinot, joiden olemassaolo edistää myös velvollisuuksien vapaaehtoista täyttämistä.⁹⁰

Siviiliprosessioikeuden uudistusten painopistettä tulisikin mielestäni siirtää tuomarin aktiivisen roolin lisäämisestä asianosaisille itselleen annettavien riittävien keinojen lisäämiseen. Ensinnäkin asianosaisille annettavat keinot ovat todennäköisesti tuloksellisempia kuin tuomarille annettavat. Tuomarin aktiivisinkaan mahdollinen materiaallinen prosessinjohto ei voi korjata esimerkiksi sitä, että jokin relevantti asiakirja ei tule lainkaan prosessissa esille. Toiseksi asianosaisten tosiasiallisten keinojen korostaminen on mielestäni paremmin sopusoinnussa modernin, asianosaisten prosessuaalisia perusoikeuksia painottavan oikeudenkäynnin asianmukaisuus -ajattelun kanssa kuin tuomarin keinojen korostaminen.⁹¹

Toisaalta edellä todettujen syiden vuoksi varsinaiseen yhdysvaltalaisista tai edes englantilaista muistuttavaan valmistelututkintajärjestelmään *ei* mielestäni ole syytä Suomessa mennä. Yksittäisten todisteiden etsimis- ja tutkimiskeinojen varovainen tehostaminen valmisteluvaiheessa on ainakin tässä vaiheessa riittävää.⁹² Seuraavassa keskitytään kahteen käytännössä tär-

⁹⁰ Ks. myös saksalaisesta keskustelusta Stürner Z郑 1985 s. 254 s ja Schlosser JZ 1991 s. 603 s: »Aufklärungspflichten oder/und -obliegenheiten der Prozessparteien sind nicht eine Einschränkung der Verhandlungsmaxime – sondern ihr notwendiges Korrelat». Vrt. Arens Z郑 1983 s. 18–21, jonka mukaan asianosaisen yleinen selvittämisvelvollisuus johtaisi tuomarin aseman vahvistumiseen: »Die Anerkennung dieser Pflicht würde die Verstärkung der Richtermacht auch rechtlich absichern.»

⁹¹ Ks. myös Jokela 1996 s. 28: »oikeudenkäyntimenettelyä tulisi jatkossa kehittää ja uudistaa ihmisoikeuksien sekä delegointiperiaatteen ja asianosaisautonomian hengessä – Yksityisille kansalaisille tulisi luoda aikaisempaa paremmat mahdollisuudet vaikuttaa prosessissa heitä itseään koskevissa asioissa.»

⁹² Ks. myös Virolainen DL 1995 s. 334 ja Lindblom 1993 s. 378, joka kuvaa ruotsalaisen vallitsevan kannan olevan »ett fåtal rekommendationer till en försiktig europeisk

keimpään todistuskeinoon eli kirjallisiin todisteisiin ja todistajien kuulemiseen.⁹³

Ensinnäkin olisi aihetta harkita OK 5:21.2:n mukaisen todisteiden *ilmoitamisvelvollisuuden* tehostamista. Se voitaisiin laajentaa koskemaan myös muita todistuskeinoja kuin asianosaisen hallussa olevia kirjallisia todisteita ja esineitä, ennen muuta asianosaisen tiedossa olevia mahdollisia todistajia.⁹⁴ Edelleen todisteen yksilöintivaatimuksen keventämistä voitaisiin harkita. Riittävää saattaisi esimerkiksi olla, että asianosainen ilmoittaisi täsmällisesti sen relevantin ja näyttöä kaipaavan todistusteeman, jolle merkityksellisimmät todisteet vastapuolen olisi ilmoitettava, taikka vaihtoehtoisesti riittävän täsmällisellä tavalla määritellyn todistetyypin.⁹⁵ Todisteiden ilmoitusvelvollisuuden tehostaminen olisi sopusoinnussa myös sen kanssa, että asianosaisilla on vakiintuneesti katsottu olevan, ei pelkästään negatiivinen, vaan myös positiivinen totuusvelvollisuus riita-asian oikeudenkäynnissä (OK 14:1).⁹⁶

Toinen mahdollisuus olisi tehostaa suoraan editiosääntelyä lieventämällä asiakirjan (tai esineen) yksilöintiedellytystä editiossa siten, että asiakirjan todistusteeman ilmoittaminen taikka asiakirjatyyppin määrittäminen olisi riittävää. Näin epämääräisen editiomääräyksen täytäntöönpano tai sanktioiminen uhkasakolla olisi kuitenkin ongelmallista. Lähes samaan lopputulokseen päästäneen ehdotetulla lievemmillä keinolla, jonka mukaan asianosainen voisi valmistelussa kohdistaa väljemmin yksilöidyn ilmoituspyynnön OK 5:21.2:n nojalla vastapuoleen. Vastapuolen ilmoituksen jälkeen asianosainen pystyisi yleensä yksilöimään asiakirjat editiomääräyksen edellyttämällä tavalla.

Toiseksi voitaisiin harkita laajempaa mahdollisuutta *suullisen todistelun* esittämiseen jo riita-asian valmisteluvaiheessa. Norjassa todistajaa voidaan

kontinentaldrift mot det amerikanska systemet, men knappast längre än en bit ut i Nord-sjön».

⁹³ Asiantuntijoiden ja asianosaisten itsensä todistelutarkoituksessa kuulemisen osalta ongelma ei liene yhtä suuri; todistajien osalta lausuttu koskee kuitenkin soveltuvien osien myös näitä. Vastaavasti kirjallisten todisteiden osalta lausuttu koskee soveltuvien osien esineiden katselmusta.

⁹⁴ Ks. myös Ekelöf V s. 33 av 67, jossa Ekelöf kysyy selostaessaan editiomääräyksen antamista valmistelussa, eikä RB:iin pitäisi ottaa säännös »om att rätten kan föreläggas part att uppge om han känner till någon ytterligare vittnesbevisning»; ks. myös Lindblom 1993 s. 378 ja Brolin ym. s. 58.

⁹⁵ Yksilöintivaatimusta voitaneen väljentää myös vähitellen oikeuskäytännön ja -kirjallisuuden kautta ilman nimenomaista lainmuutosta.

⁹⁶ Ks. Tirkkonen Sp I s. 458 ja II s. 175, Virolainen 1988 s. 107 sekä Lappalainen Sp I s. 312. OK 14:1:n muuttaminen lailla 595/93 ei ole merkinnyt asiallista muutosta tässä suhteessa, ks. HE 1993:79 s. 21. Ks. myös SOU 1926:33 s. 17 s.

kuulla jo valmistelussa, »når retten under saerlige omstendigheter finner, at det er av betydning allerede under saksforberedelsen å få kjennskap til et vidnes forklaring» (Tml § 220 1 kohta).⁹⁷ Ruotsissa *Ekelöf* on puolestaan kysynyt, eikö de lege ferenda pitäisi sallia yhden tai kahden tärkeän todistajan kuuleminen valmistelussa, koska tämän ei hänen mukaansa voida katsoa synnyttävän tuomarille ennakkokäsitystä näytön arvioinnista ennen pääkäsittelyä.⁹⁸ Samaa on esittänyt *Heuman* lähinnä sillä perusteella, että kuuleminen edistäisi sovintoja, koska asianosaiset pystyisivät varmemmin arvioimaan näyttömahdollisuutensa.⁹⁹ Ruotsissa tehtiinkin tämän suuntainen ehdotus, joka ei kuitenkaan johtanut lainmuutokseen: kuuleminen valmistelussa olisi ollut mahdollista, jos sillä olisi ollut erityistä merkitystä asiassa.¹⁰⁰

Vasta-argumenttina voidaan esittää erityisesti, että Norjaan ja Ruotsiin verrattuna siviiliprosessin jako valmisteluun ja pääkäsittelyyn on Suomessa uutuus, joka ei edes vielä ole toteutunut käytännössä tarkoitettulla tavalla. Mahdollisuus suullisen todistelun vastaanottamiseen jo valmistelussa hämärtäisi entisestään tätä jakoa. Argumentti menettänee kuitenkin ajan myötä painoarvoaan, kun uusi siviiliprosessi sisäistetään myös käytännössä paremmin.

Kaikkien suullisten todistuskeinojen osalta lakiin voitaisiinkin myöhemmässä vaiheessa ottaa kolmas peruste edellä selostettujen lisäksi todisteen esittämiseen pääkäsittelyn ulkopuolella: todistajaa voitaisiin kuulla tai muuta suullista todistelua esittää jo ennen pääkäsittelyä, jos se olisi »erityisestä syystä» asian selvittämiseksi tarpeen – tai muun vastaavan edellytyksen nojalla.¹⁰¹ Edellytys olisi tarpeen, jotta tuomioistuin voisi sallia kuulemisen

⁹⁷ Schei suositaa kuitenkin edellytyksen ahdasta tulkintaa: kuuleminen tulee kyseen vain, jos se on välttämätöntä turvaavan valmistelun läpiviemiseksi, Schei II s. 90. Pienissä riita-asioissa käytössä olevassa yksinkertaistetussa menettelyssä todistajien kuuleminen valmisteluvaiheessa on laajasti mahdollista (Tml § 322a 5 kohta), ks. Hov s. 109 s.

⁹⁸ Ekelöf V s. 34 av 73.

⁹⁹ Heuman 1990 erit. s. 138 s, 147 s ja 152 s.

¹⁰⁰ Ks. SOU 1982:26 s. 452 ss ja Prop 1986/87:89 s. 180.

¹⁰¹ Ks. myös Asianajajaliitto DL 1989 s. 677, Jokela LM 1994 s. 152 av 36, Virolainen DL 1995 s. 352 s ja Peltonen DL 1995 s. 388; vrt. kriittisemmin Liljenfeldt DL 1994 s. 169. – Vuoden 1980 siviiliprosessiehdotuksen mukaan todistajaa olisi voitu erityisestä aiheesta kuulla jo valmistelussa, jos valmistelun järkevä jatkaminen olisi edellyttänyt jonkin yksittäisen erimielisyyttä aiheuttavan seikan selvittämistä, ks. OJL 1980:7 s. 6, 56 ja 76 (ehdotettu OK 11a:3). – Uuden rikosprosessin osalta hallituksen esityksessä lausutaan jo de lege lata (HE 1995:82 s. 101): »valmistelussa saataisi poikkeuksellisesti tulla kysymykseen muun kuin asianosaisen kuuleminen jonkin yksittäisen kysymyksen osalta, jos kysymyksen selvittäminen on tärkeitä valmistelun etenemisen kannalta»; tämä ei kuitenkaan ilmene lakitekstistä.

ainoastaan niissä varsin poikkeuksellisissa tilanteissa, joissa se olisi todella tarpeen; muutoin instituutio saattaisi laajeta tarpeettomasti.¹⁰² Edellytystä voitaisiin tämentää edelleen rekvisiitassa. – OK 17:48a olisi joka tapauksessa syytä ulottaa nimenomaisesti myös asianosaisen hankkimaan asiantuntijaan.¹⁰³

Suullisen todistelun esittäminen valmistelussa tällaisessa tilanteessa ei siis olisi varsinaista todistelun vastaanottoa pääasian ratkaisemista silmälläpitäen. Todiste olisi normaalisti otettava uudelleen vastaan pääkäsittelyssä (OK 17:8e.1), jolloin todistelun välittömyys tulisi turvatuksi. Kysymys olisi ainoastaan alustavasta todistajan tai muun henkilön kuulemisesta sen selvittämiseksi, mitä hän asiasta tietää. Toisaalta samalla olisi syytä korostaa tuomioistuimen velvollisuutta todistelun prosessiekonomiasta huolehtimiseen ja mahdollisesti terävöittää OK 17:7:n vanhahtavaa sanamuotoa tässä suhteessa. Yksi harkinnan arvoinen mahdollisuus kustannusten säästämiseksi olisi myös, että henkilöiden kuuleminen puhelimitse valmistelussa tehtäisiin rajoitetusti mahdolliseksi.¹⁰⁴

Sen sijaan englantilaiseen järjestelmään, jossa todistajien kertomukset annetaan nykyisin kirjallisina etukäteen, tulisi suhtautua hyvin varauksellisesti.¹⁰⁵ Kertomusten kirjallista muotoa voidaan pitää kertomusten luotettavuuden kannalta erittäin ongelmallisena. Ensinnäkin kirjallisen kertomuksen antaminen valmisteluvaiheessa saattaisi lukkiuttaa todistajan kertomuksen: pääkäsittelyssä todistaja kertoisi siitä, mitä hänen kertomakseen on kirjoitettu, eikä siitä, mitä hän on itse havainnut. Toiseksi kirjallinen todistajankertomus vaarantaisi pääkäsittelyn suullisuuden: jopa Englannissa kirjalliseen kertomukseen viittaaminen nykyisin yleensä korvaa todistajan pääkuulustelun, jolloin ainoastaan vastakuulustelu on suullinen.¹⁰⁶ Joka tapauksessa todistajien kuuleminen laa-

¹⁰² Ks. myös Heuman 1990 s. 139 s ja 142 s.

¹⁰³ Ks. myös Edelstam s. 310 s.

¹⁰⁴ Ks. myös Virolainen 1995 s. 239 ja Tuomioistuimet 2000 s. 63; ks. myös ETL 22.1 §. Todistajan kuuleminen puhelimitse on sikäli totuuden selville saamisen kannalta ongelmallista, että pelkästään hänen äänensä on kuultavissa; videokokous olisi tässä suhteessa jossakin määrin luotettavampi. Todistajan pelkän puhelinkuulustelun sallimiseen *pääkäsittelyssä* tulisi mielestäni tämän vuoksi suhtautua pidättyvästi etenkin, kun matkakustannukset ovat nyky-yhteiskunnassa suhteellisen pieniä.

¹⁰⁵ Jutun valmistelemisen tarvetta ei voitane pitää OK 17:11.1:n 1 kohdan (L 690/97) tarkoittamana erityisenä syynä, jonka nojalla tuomioistuin voisi de lege lata sallia todistajankertomuksen antamisen kirjallisena valmisteluvaiheessa.

¹⁰⁶ Ks. Andrews s. 440 s. Toisaalta todistajien vastakuulustelu on Englannissa huomattavasti meikäläistä kehittyneempää.

jalti kahteen kertaan, sekä kirjallisesti valmisteluvaiheessa että suullisesti pääkäsittelyssä, kuormittaisi oikeudenkäyntiä tarpeettomasti.¹⁰⁷

Edellä lausutun perusteella suomalaista riita-asian valmistelua tulisi kehittää varovasti siihen suuntaan, että asianosaiset saisivat aikaisempaa paremmat mahdollisuudet etsiä ja tutkia alustavasti asiaan liittyviä todisteita jo valmisteluvaiheessa. Keinoina kysymykseen tulisivat lähinnä asianosaisten aiempaa laajempi todisteiden ilmoittamisvelvollisuus ja myöhemmässä vaiheessa nykyisestä hieman laajennettu mahdollisuus suullisen todistelun vastaanottamiseen jo valmistelussa. Näiden tulevaisuuden suuntaviivojen toteutuminen jää kuitenkin riippumaan ennen muuta siitä, miten toimivaksi Suomen uusi siviiliprosessi ja erityisesti todistelun valmistelujärjestelmä käytännössä pidemmällä aikavälillä osoittautuu.

8.4 Quo vadis, Europa?

Melko avoimia ovat kysymykset siitä, mikä on koko Euroopan kansallisten siviiliprosessijärjestelmien kehityssuunta, ja toisaalta, missä määrin EY-oikeus mahdollisesti ulottuu tulevaisuudessa myös kansalliseen siviiliprosessiin. Kansalliset tuomioistuimet soveltavat kansallisia siviiliprosessilakeja (*lex fori*),¹⁰⁸ jotka poikkevat EU:n jäsenvaltioissa huomattavasti toisistaan.¹⁰⁹ On varsin selvää, että siviililainkäytön merkittävät eroavuudet aiheuttavat tosiasiassa eriarvoisuutta EU:n sisällä ja saattavat siten haitata yhteismarkkinoiden toimivuutta. Nykyisten perussopimusten nojalla EY:llä ei kuitenkaan ole kompetenssia säännellä kansallista prosessia, jos kyseisellä materiaalisella riita-asialla ei ole EY-oikeudellisia liityntöjä, vaan harmonisoinnissa ollaan kansainvälisten konventioiden varassa.¹¹⁰ Merkittävät erot vahvoissa

¹⁰⁷ Vrt. Stadler s. 163 s, joka esittää Saksan siviiliprosessin osalta, että todistajaa voitaisiin kuulla valmistelevasti kirjallisesti (ZPO § 377.3:n nojalla) ja varsinaisesti suullisesti.

¹⁰⁸ Ks. Tirkkonen Sp I s. 151 s ja Lappalainen Sp I s. 29 s.

¹⁰⁹ Ks. myös Prütting s. 745: »alalla vallitsee täydellinen hajanaisuus. – – Euroopassa on – – useampia siviiliprosessilakeja kuin itsenäisiä valtioita.»

¹¹⁰ On siis erotettava siviiliprosessioikeuden kansallinen, kansainvälinen (konventiot) ja ylikansallinen (EY-oikeus) harmonisointi. Hallitusten välisessä konferenssissa laaditussa ns. Amsterdamin sopimuksessa on siirretty suurin osa hallitusten välisen kolmannen pilarin asioista, mukaan lukien osa prosessioikeudesta, ylikansalliseen ensimmäiseen pilariin ja tehostettu EY:n sääntelyä myös kolmannessa pilarissa, ks. siviiliprosessioikeuden näkökulmasta kriittisesti Lindblom SvJT 1997 erit. s. 311 s ja yleisesti Kaila erit.

prosessioikeudellisissa traditioissa, kuten manner-Euroopan ja common law-maiden välillä, estänevät pitkälle menevän prosessioikeudellisen integraation toteutumisen lähitulevaisuudessa.¹¹¹

Tässä tutkimuksessa on enemmän sivuutettu ne – yleisissä tuomioistuimissa toistaiseksi harvinaiset – riita-asiat, joissa on kysymys materiaalisen EY-oikeuden toteuttamisesta yksittäistapauksessa. Tällaisten 'EY-relevanttien' asioiden prosessuaalista käsittelyä EY:llä olisi kompetenssi säännellä, mutta säädöksiä ei ainakaan toistaiseksi ole olemassa.¹¹² Siviiliprosessuaalisia (minimi)vaatimuksia on kuitenkin asetettu EY-tuomioistuimen ratkaisukäytännössä: voidaan puhua ensinnäkin tuomioistuinkontrollin mahdollisuuden, toiseksi kansallisen ja EY-oikeuden yhtäläisen kohtelun ja kolmanneksi materiaalisen EY-oikeuden suomien yksilöllisten oikeuksien toteutettavuuden vaatimuksista. Viimeksi mainittu tarkoittaa, että kansalliset prosessisäännöt eivät saa tehdä mahdolltomaksi tai kohtuuttomasti vaikeuttaa EY-oikeuteen perustuvien yksilöllisten oikeuksien toteuttamista.¹¹³ Kuten *Andersson* toteaa, vaikka lähtökohtana on tällöinkin kansallisten prosessisääntöjen soveltaminen, »nationella domstolar inte kan ta nationella sanktions- och processregler för givna då de aktualiserar i samband med EG-rättsliga anspråk.»¹¹⁴ Siten esim. kotimainen preklusiosääntely ei saa kohtuuttomasti vaikeuttaa EY-oikeuden toteuttamista yksittäistapauksessa.

s. 622 ss. 'Horisontaalisesta' kansainvälisestä yhteistyöstä prosessioikeuden alalla ollaan siis jossakin määrin siirtymässä 'vertikaaliseen' ylikansalliseen sääntelyyn, ks. *Corpus Juris* s. 7. Amsterdamin sopimus tulee voimaan aikaisintaan 1.1.1999.

¹¹¹ Siviiliprosessioikeuden harmonisoinnin tarpeellisuudesta, mahdollisuuksista ja rajoista EU:ssa ks. *Approximation* s. 37–61, jossa korostetaan erityisesti oikeuden yhtäläisen saavutettavuuden (access to justice) merkitystä eri jäsenvaltioissa. Ks. myös *Prütting* s. 747–753 ja *Kerameus* s. 409–416 sekä kriittisemmin *Roth* s. 310 s ja *Lindblom SvJT* 1996 s. 804–812. Voidaan myös yhtyä käsitykseen, jonka mukaan todellisen modernin, yleiseurooppalaisen siviiliprosessioikeuden syntyminen edellyttäisi syvällisempää oikeusvertailevaa tutkimusta, näin *Roth* s. 313.

¹¹² Ks. esim. *Maunu* s. 335 s, jonka mukaan »neuvostolla on toimivalta säännellä jäsenvaltioiden prosessioikeutta siinä määrin kuin se on tarpeen EY:n perustamissopimuksessa mainittujen lainsäädäntöavoitteiden saavuttamiseksi.» – Asiallisesti merkittävää rikosprosessuaalista sääntelyä on ehdotettu ns. *Corpus Juris* -mietinnössä. Määräykset koskisivat ainoastaan ehdotettujen, EU:n talouteen kohdistuvien rikosten käsittelyä kansallisissa tuomioistuimissa. Ks. *Corpus Juris* s. VI – XV (ehdotetut 18–35 art.).

¹¹³ Ks. tarkemmin *Andersson* erit. s. 108 ss ja Suomen näkökulmasta *Mäenpää JJ* 1995 erit. s. 132 s ja *JFT* 1996 s. 294 s. *Anderssonin* mukaan näissä jutuissa korostuvat siviiliprosessin ohjaus- ja oikeussuojafunktiot konfliktinratkaisufunktion sijaan, ks. *Andersson* s. 297 s.

¹¹⁴ *Andersson* s. 144, ks. myös mts. 325 ss.

EU:n jäsenvaltioiden siviiliprosessijärjestelmien osittaista harmonisointia hahmotteli yksityisestä aloitteesta syntynyt, mutta EU:n komissiolta vuonna 1990 toimeksiannon saanut, eri jäsenvaltioiden asiantuntijoista muodostettu työryhmä. Se ei pystynyt laatimaan ehdotusta kokonaiseksi Euroopan mallisiviiliprosessilaiksi, mutta teki loppuraportissaan vuonna 1993 yksityiskohtaisen ehdotuksen direktiivistä, joka sisältäisi määräykset eräistä siviiliprosessin osakysymyksistä.¹¹⁵ Edellä käydyn keskustelun kannalta raportin tekee erityisen kiinnostavaksi se, että siinä ehdotetaan mm. englantilaistyyppisen *asiakirja-discoveryn* käyttöönottoa kaikissa EU:n jäsenvaltioissa (ehdotettu 4 art., »discovery»). Perusteluna mainitaan tarve saada käyttöön järjestelmä, joka on kaikissa jäsenvaltioissa yhtenäinen ja joka johtaa mahdollisimman täydelliseen informaatioon relevanteista asiakirjoista.¹¹⁶

Raportissa ehdotetaan myös mm. valmistelun ja pääkäsittelyn väliseen rajaan kytkeytyvän lähtökohtaisen preklusion käyttöönottoa: »For the purpose of ensuring the fairness of any hearing and efficiency of proceedings – – Member States shall provide for a stage of the proceedings after which the pleadings may not be amended.» (art. 3.3); »– if a serious and legitimate cause is shown, the court may grant leave to a party to amend his pleadings at any stage.» (art. 3.4).¹¹⁷ Suomen nykyinen siviiliprosessi täyttäneen nämä ehdotukset. Sen sijaan esim. Saksassa ko. ehdotus on herättänyt vastustusta.¹¹⁸

Ehdotuksen mukaan jokaisen asianosaisen velvollisuus olisi toimittaa kaikille muille asianosaisille luettelo aiemmin ilmoittamattomista asiakirjoista, jotka ovat hänen hallinnassaan tai määräysvallassaan ja jotka liittyvät mihin tahansa kysymykseen asiassa (»relate to any question in issue in the action»), jos kansallisen oikeuden yleinen sääntö niin vaatii tai tuomioistuin yksittäistapauksessa niin määrää varattuaan asianosaisille tilaisuuden tulla kuulluiksi.¹¹⁹ Asianosaisen olisi edelleen annettava vastapuolen nähdä, tarkistaa ja

¹¹⁵ Tällainen osittaisharmonisointi on toisaalta ongelmallista kansallisen siviiliprosessijärjestelmän koherenssin kannalta: »partial procedural unification – – is always faced with the difficult problem of harmonizing the unified rules while leaving the rest of procedure unregulated and on a non-unified basis», Kerameus s. 408.

¹¹⁶ Ks. Approximation s. 97, 128 ja 172 s. Ehdotuksen on tältä osin laatinut britti J. A. Jolowicz (s. 63) ja sen taustalla on selvästi englantilainen järjestelmä, ks. myös Kerameus s. 414 s.

¹¹⁷ Ks. Approximation s. 194.

¹¹⁸ Ks. Roth s. 289 s.

¹¹⁹ Kyseessä ei siis olisi täydellinen harmonisointi, vaan sääntely jäisi joko kansallisen oikeuden tai tuomioistuimen yksittäistapauksellisen määräyksen varaan, Approximation s. 97.

kopioida kaikki tämän haluamat asiakirjat, joita ei ole kansallisessa oikeudessa määrätty privilegioituiksi ja joiden osalta tuomioistuin ei poikkeustapauksissa toisin määrää kohtuuttoman haitan estämiseksi. Kolmatta vastaan editiomääräyksen antaisi tuomioistuin. Asiakirjaa, jota ei olisi esitetty etukäteen kaikille asianosaisille, ei otettaisi päätöksenteossa huomioon, ellei tuomioistuin toisin määräisi.¹²⁰

Koko Approximation -ehdotuksen tulevaisuudesta ei tätä kirjoitettaessa ole mahdollista esittää kovin valistunutta arvausta.¹²¹ Toteutuessaan direktiivi merkitsisi olennaista siirtymää kohti angloamerikkalaista, tarkemmin sanottuna englantilaista discovery-järjestelmää myös mannermaisessa siviiliprosessissa; kyseessä olisi todellinen prosessioikeudellinen 'siirrännäinen'. Asianosainen olisi velvollinen ilmoittamaan ja sen myötä esittämään, ei ainoastaan vastapuolen yksilöimät, vaan kaikki hallinnassaan olevat, väljästi relevantit asiakirjat.¹²² Suomessa velvollisuudet jätettäisiin todennäköisesti tuomioistuimen yksittäistapauksellisen määräyksen varaan.

Nähtäväksi jää myös, missä määrin ehdotus heijastaa eurooppalaisen siviiliprosessioikeuden kehitystä myös kansallisella tasolla.¹²³ Esimerkiksi Saksassa editiovelvollisuus on traditionaalisesti voinut olla ainoastaan materiaalisella perusteella (ZPO § 422 ja 423), joten velvollisuus on ollut ulottuvuudeltaan varsin rajoitettu. Editiovelvollisuutta on kuitenkin laajennettu oikeuskäytännössä huomattavasti, mutta kasuistisesti.

¹²⁰ Ks. artikkelit Approximation s. 195–198 ja niiden yksityiskohtaiset perustelut mts. 128–135. Asiakirjoja koskeva preklusiosääntely jäisi jäsenvaltioiden päätettäväksi mutta se ei saisi estää discovery-sääntelyn tarkoituksen toteutumista, ks. mts. 131. Vrt. Laukanen s. 100, joka esittää virheellisesti sääntelyn koskevan seikkoja eikä asiakirjoja.

¹²¹ Ehdotus on kohdannut voimakasta kritiikkiä, ks. esim. Lindblom SvJT 1996 erit. s. 830 ss, joka kuitenkin katsoo, että eräistä ehdotuksen yksityiskohdista, kuten discoverystä, voitaisiin edelleen valmistella suosituksia. Samoin saksalaisessa keskustelussa ehdotusta on kritisoitu ankarastikin, mm. siitä, että ehdotus perustuu vahvasti romaaniselle siviiliprosessille sivuuttaen saksalaisen siviiliprosessitradition; ehdotettua discovery-sääntelyä on kuitenkin pidetty yhtenä mahdollisesti toteuttamiskelpoisena osa-alueena, ks. Roth s. 291 s ja 308 ss sekä ehdotuksesta Münsterissä 12.4.1996 järjestetyssä seminaarissa käydystä keskustelusta Lemken, erit. s. 339 s (Prütting ja Gottwald). Vrt. Laukanen s. 100, joka katsoo, että »muutokseen (on) syytä valmistautua jo nyt siinä määrin kuin se nykyisen lain puitteissa on mahdollista».

¹²² Ks. myös Lindblom SvJT 1996 s. 821 s. Toisaalta velvollisuuksien laiminlyöminen sanktiot haltijalle epäedullisten asiakirjojen osalta ovat ehdotuksessa ilmeisen puutteelliset esim. englantilaiseen järjestelmään verrattuna.

¹²³ Stürnerin (s. 248) mukaan »Der europäische und internationale Trend, wie er sich in älteren, neuen oder novellierten Kodifikationen manifestiert, geht in Richtung auf eine prozessuale Aufklärungspflicht».

Tämän perusteella teorianmuodostuksessa on käyty keskustelua siitä, olisiko todistustaakan kantavan asianosaisen vastapuolella katsottava olevan yleinen selvittämisvelvollisuus («allgemeine Aufklärungspflicht»), johon sisältyisi muun muassa yleinen, prosessuaalinen velvollisuus relevanttien asiakirjojen esittämiseen. Velvollisuuden olemassaoloa on esittänyt *Stürner*, jonka mukaan »ist jede Partei verpflichtet, bei der Aufklärung rechtserheblicher und begründeter Behauptungen der beweissbelasteten Partei mitzuwirken.» Yleisen selvittämisvelvollisuuden laiminlyönti johtaisi seikan katsomiseen näytetyksi.¹²⁴

Stürnerin kannalla on ollut muun muassa *Schlosser*,¹²⁵ mutta teoria ei ole saavuttanut yleistä hyväksyntää sen paremmin oikeuskäytännössä kuin -kirjallisuudessa. Nähtävästi edelleen vallitsevan, muun muassa *Arensin* ja *Gottwaldin* edustaman kannan mukaan todistustaakan kantavan asianosaisen vastapuolella ei ole yleistä velvollisuutta myötävaikuttaa asian selvittämiseen («nemo contra se edere tenetur»).¹²⁶ Asianosaisella ei vastaavasti myöskään ole yleistä prosessuaalista velvollisuutta esittää relevantit asiakirjat, ellei erityistä normia lähinnä materiaalisessa lainsäädännössä ole asetettu tai ellei sellaista voida soveltaa analogisesti.¹²⁷

Ainakaan edellä mainitussa ehdotuksessa ei ole havaittavissa merkkejä yhdysvaltalaisen discovery-järjestelmän omaksumisesta, vaan ehdotus perustuu klassiselle englantilaiselle asiakirja-discoverylle. Tulevaisuus näyttää yleisemmän taloudellis-sosiaalisen kehityksen myötä, amerikkalaistuuko eurooppalainen siviiliprosessi vai löytääkö Eurooppa oman suuntansa. Suomen siviiliprosessioikeus puolestaan lieenee tulevaisuudessa yhä tiiviimmässä kohdalonyhteydessä muun Euroopan kanssa.

¹²⁴ Ks. *Stürner* erit. s. 242 s: »Diese Konstruktion stellt die Aufklärungspflicht der nicht beweissbelasteten Partei gegen das Aufklärungsrisiko des Beweisführers. – – Die Annahme einer generellen Pflicht macht – – die Mitwirkung zur Regel, die sanktionlose Weigerungsmöglichkeit hingegen zur Ausnahme.»

¹²⁵ Ks. *Schlosser* JZ 1991 erit. s. 607 s. Ks. myös *Jauernig* s. 204, *Bruns* s. 311 s ja *Stadler* s. 163.

¹²⁶ Ks. *Arens* ZPP 1983 s. 4: »keine Partei sei verpflichtet, dem Prozessgegner Material zum Siege zu verschaffen, über das er nicht schon von sich aus verfüge.»

¹²⁷ Ks. esim. *Arens* ZPP 1983 erit s. 21 s, *Blomeyer* s. 370, *Gottwald* s. 69 s ja *Rosenberg* ym. s. 702 s ja 679 s: »Eine allgemeine Auskunftspflicht kennt das materielle Recht nicht; es ist daher nicht Aufgabe des Prozessrechts, sie einzuführen.» Ks. keskustelusta myös *Paulus* s. 402 ss.

SUMMARY

CIVIL PRE-TRIAL PROCEDURE CONCERNING EVIDENCE

A Study on Procedural Law

1 The 1993 reform of civil procedure in Finland

Finnish procedural law has undergone major changes in the past few years. In 1993, legislation entered into force to harmonize the system of general lower courts and to reform civil procedure. In 1997, a corresponding reform of criminal procedure was carried out, and in 1998, appellate procedure at courts of appeal was modernized in order to bring it into line with the procedural reform at lower courts.

The 1993 reform of civil procedure was of a fundamental nature: the old procedure which was based on the record was replaced by an oral, immediate and concentrated procedure. In order to achieve this, it was necessary to divide the procedure in two stages: pre-trial procedure and trial. The models for this reform were found mostly in the civil procedure in the other Nordic countries, especially Sweden. Chapter 3 of the study notes that with this reform the structure of the Finnish civil procedure departed from the civil procedure in Germany and Austria, with which it has traditionally had a close affinity. On the other hand, the Anglo-American civil procedure is offering increasingly interesting comparisons.

In the present Finnish civil procedure it is only the trial – in cases which reach this stage – that in fact is the oral, immediate and concentrated procedure. The key aspect is immediacy, which is enhanced by concentration. At the trial, parties as well as witnesses must be heard orally. The judgment may be based only on material introduced at the trial. The judges may not

be changed in the course of the trial. Also, the trial may not be adjourned without imperative reasons and, even then, adjournment is permissible only for a short period.

The civil pre-trial procedure may be divided into two phases. The first phase is in writing and consists of a summons from the plaintiff, the defendant's rejoinder and written statements, if any, from the parties. The second phase is conducted orally in the form of one or more preliminary sessions. A single professional judge is responsible for the civil pre-trial procedure, while at the trial the general rule is to have three professional judges. Subject to approval by the parties and in clear cases a so-called minor trial may be held immediately after the last preliminary session; here the case is resolved by the judge in charge of the pre-trial procedure alone. At the minor trial, the content of the last preliminary session may be taken into account as grounds for judgment without reintroducing it at the trial itself.

The study identifies three main functions for the civil pre-trial procedure in Finland. The most important function is to make possible a concentrated trial (the so-called concentration function). Normally, without adequate preparation it would be impossible to conduct a trial without adjournments. In cases which reach the trial stage, the pre-trial procedure serves the trial. For the concentration of the trial to become possible, the "object" of the civil procedure – that is, the claims of the parties and the grounds for them – need to be established as well as the evidence specified in a pre-trial procedure.

Second, the pre-trial procedure and particularly the first phase which takes place in writing afford an opportunity to resolve undisputed cases and cases which are clear in other respects quickly and economically (the so-called resolution function). A trial then becomes superfluous. In the pre-trial procedure, decision is usually permissible only on formal grounds. A case can be dismissed; a judgment by default may be given against a party who is passive; or a judgment may be given in accordance with acknowledgement of a party.

A third function of the pre-trial procedure is to actively seek conciliation between the parties (the so-called conciliation function). In the civil procedure reform special emphasis was laid on conciliation, and the law places the judge under a specific obligation to seek conciliation. An oral preliminary session affords the judge a good opportunity to conduct the proceedings actively and to contribute to conciliation. In carrying out duties related to the pre-trial procedure the judge must, on the other hand, also ensure that the procedure remains fair and expeditious.

The subject of the study is the civil pre-trial procedure in Finland as re-

gards evidence. The study is confined to the so-called “non-mandatory” civil cases, in which “conciliation is permissible”. Evidence is not introduced until the trial, but the preliminaries for the presentation of evidence are made in the pre-trial procedure. The preliminaries serve the purpose of making it possible to introduce evidence in a concentrated manner at the trial. Concentration at the trial requires that the evidence is specified in advance in order to spare the trial from unforeseen circumstances. Therefore the parties must inform the court of all the evidence that they wish to present as well as what facts they intend to prove with each piece of evidence (the so-called themes of evidence). Correspondingly, in the pre-trial procedure, the judge must actively clarify the evidence to be introduced at the trial and their related themes. As soon as the pre-trial procedure is concluded a party may no longer without acceptable excuse introduce evidence that he did not specify at the pre-trial stage (so-called preclusion).

The methodology in this study is that of legal dogmatics: the study systemizes and interprets the provisions *de lege lata*. In addition, the study contains sections on procedural theory and theory of evidence as well as sections on legal policy *de lege ferenda*. The study proposes that in comparison with substantive civil law predictability has somewhat greater emphasis in civil procedural law. The study examines the so-called teleological model of interpretation of law advanced by the Swede *Per Olof Ekelöf*, but concludes that this model cannot be assigned an exclusive role in civil procedural law. The study divides into two parts with the first part devoted to general aspects of the matter (Chapters 1 to 4) and the second part to the subject proper (Chapters 5 to 8).

2 Functions, goals and values in civil procedure

In order to provide a background for the study Chapter 2 introduces a theory on the functions, goals and values in civil procedure. As a theoretical tool, debate in Finland on the principles of law is utilized. The principles of civil procedure are divided into procedural, role and decision-making principles. This study is confined to procedural principles, which can be further divided into goal principles and value principles.

Particularly in Sweden there has been discussion of the function of the civil procedure, of which three main theories have been expounded. The classic protective function of civil procedure is to protect the subjective rights of the parties in individual cases. A more modern view is that civil procedure is part of the societal sanctions mechanism for behavioural steering in

general (the steering function). A third way of looking at the functions of civil procedure is to emphasize the overriding importance of bringing conflicts to an end with maximum flexibility and with respect to the will of the parties regardless of the correctness or other aspects of usefulness of the outcome of the civil procedure (the conflict-resolution function).

The study argues that civil procedure serves all these functions. They may be given different emphasis depending on the general trends in the development of society. The legal protection function is a reflection of a view of society with focus on the rule of law; the steering function of a view where the welfare state is in the foreground; and the conflict-resolution function of a liberal view of society. The guidance function of the civil procedure can be taken into consideration at the legislative stage, but not in individual civil procedures. As regards procedure and procedural principles, even today the legal protection function can be seen as the key function. A classic view was one of the underlying factors behind the civil procedure reform. The study propounds that this debate on civil procedure has taken place in an unduly general context and that to move forward in it the level of abstraction should be lowered.

Legal procedure may be assessed in a variety of ways. Instrumentalism is a way of seeing legal procedure as a means of achieving good end results. The objective of legal procedure is a substantively correct result, and legal procedure is the cost devoted to reach that objective. The system must be so constructed as to have legal procedures that produce correct results with maximum effectiveness. In the current theory of *law and economics*, for example, the goal of procedural law is seen to be to minimize the sum total of the direct costs of the administration of justice and of the error costs resulting from wrong judgments.

Similarly, it is customary to note in literature on procedural law that legal procedure must be organized in such a way as to be as safe, expeditious and economical as possible. The same line of thinking is evident in the *travaux préparatoires* of the reformed legislation on civil procedure. In the study, these, often conflicting goals of legal procedure are referred to as goals of certainty and cost-effectiveness. The central idea is that certainty is not sought at any cost but that the limited resources are allocated in the most appropriate manner. In the study, the goal of optimal ratio between certainty and cost-effectiveness is referred to as the goal of appropriateness or effectiveness. Similarly, reference is made to the principles of certainty, cost-effectiveness and appropriateness; these are the goal principles at the highest level of civil procedure.

The study argues that instrumentalism is an indispensable, but inadequate, angle to look at civil procedure. The problem of instrumentalism is that the justification it brings to the result in an individual case is quite limited. From the outside of the procedure it is usually impossible to tell whether the result was substantively correct or not. It may be said that the reverse is true: a civil procedure which is effectively fair serves to justify its result. If the civil procedure meets all the value criteria, in the absence of substantive criteria it may be said that also the result is acceptable. In the question of evidence, for example, the aim is always to reach the substantive truth, but usually the formal truth has to do. This kind of view may be referred to as a procedural concept of fairness in its weaker form. The stronger form would argue that an effectively fair procedure always justifies the end result.

The study first of all outlines the formal fairness of civil procedure. Key elements of the fairness of the procedure are the contradictoriness (*audiatur et altera pars*) of the civil procedure and the formal equality of the parties. As the access to justice movement has shown, formal fairness does not suffice; the legal procedure must also be effectively fair. A civil procedure with liberal fundamentals which takes sufficiently into account the actual inequality of the parties might be called a social-liberal or welfare-liberal civil procedure. This type of civil procedure falls neither within the concept of libertarian civil procedure nor within that of social civil procedure.

The study examines the principle of actual fairness which, in addition to the formal fairness of the civil procedure, urges to optimize the effective contradictoriness of the procedure and the effective equality of the parties (equality of arms). The effective equality of the parties must not be realized at the cost of the impartiality of the judge. An unfair civil procedure cannot be actually (effectively) fair. The principle of actual fairness is a value principle at the highest level of civil procedure.

Institutional support to the principle of actual fairness may be found in international human rights treaties and, above all, in the collection of Finnish fundamental rights. The constitutional reform in 1995 added a new Section 16 to the Constitution Act of Finland which provides for legal safeguards in courts and in administration. The provision states that every person has the right to have a fair hearing before a court without undue delay. The provision guarantees at least the same level of rights as international human rights treaties, and in some ways goes beyond them. With this provision the Finnish Constitution Act is likely to have a growing importance for procedural law.

Thus, the study draws a conclusion in favour of a pluralistic theory of civil procedure which respects both general utility viewpoints and actual fair-

ness of procedure in individual cases. However, actual fairness of procedure is a *prima-facie* priority. Moreover, the general utility aspects can only be heeded at the systemic level while the principle of actual fairness must be ensured at the level of individual cases. The most crucial issue is the actual fairness of the civil procedure for the parties, not its appropriateness for public authorities.

3 The question of fact, evaluation of evidence, and presentation of evidence

In order to provide a second theoretical background to the study, Chapter 4 examines the question of fact, evaluation of evidence, and presentation of evidence in general. In law of procedure rules are based on a distinction between the question of fact and the question of law. In principle it should be possible to distinguish between the “brute facts” which permit empirical and logical verification and their legal evaluation. Theoretically, however, such distinction is problematic and in practice often impossible to draw. The parties in particular have difficulties in avoiding the use of expressions with normative colouring during the civil procedure. Therefore the study argues that in borderline cases primary attention should be focused on the purpose of the rules and not on drawing logical and conceptual distinctions (the so-called functional model).

Evaluation of evidence is discussed briefly in the study, using so-called evidentiary value method and theme of evidence method, which are dominant in the Nordic countries. Formal models of weighing of evidence cannot replace the importance of the fact that the judge is subjectively convinced, but they may serve as tools for the judge in weighing evidence. In the weighing of evidence important considerations on which to focus include both analysis of individual pieces of evidence and comprehensive assessment of the entire material. The grounds given for the judgment, for their part, play an important role in the control of the evaluation of the evidence.

More attention in the study is paid to the meaning of comprehensiveness of evidence. The question is of the effective completeness of the evidence compared with the ideal evidence. The study examines whether in the evaluation of the evidence account can be taken of the effective incompleteness of the evidence. The study concludes that in a non-mandatory civil case this would often present problems. The court must ensure sufficient comprehensiveness of evidence as early as in the pre-trial procedure in such a way that the evidence submitted at the trial is sufficiently complete.

The principle of freedom of evidence contains not only free evaluation of evidence but also, as a basic premise, free presentation of evidence. The presentation procedure should be regulated in such a way as to ensure maximum comprehensiveness of evidence and maximum reliability of evaluation. Finland has a continental system of with relatively few exclusionary rules. The central principles are that of immediacy and that of fairness. The key elements of the fairness principle are contradictoriness and equality of the parties. The parties must have a genuine and equal opportunity to submit evidence and to respond to evidence produced by others. In practice a crucial right is the right to counterexamine witnesses produced by the opposite party.

4 Civil pre-trial procedure concerning evidence *de lege lata*

The study proper (Chapters 5 to 7) examines in close detail the civil pre-trial procedure concerning evidence *de lege lata*.

4.1 Presentation of evidence. A central rule to guarantee immediacy in presentation of evidence is that evidence is not presented until the trial, which is oral and concentrated. Usually evidence may not be submitted at the pre-trial stage. At this stage the parties only specify the evidence which they will produce at the trial.

In certain situations exception may be made to allow presentation of evidence before the trial. First, Finland has what could be called a “for the benefit of the future” institution. This means that evidence may be presented to the court before initiation of a civil procedure, if the right of the petitioner depends on the evidence and if the evidence is at risk of being lost or if it is difficult to present it later.

In the civil pre-trial procedure evidence may be presented in order to settle questions related to the civil procedure itself. These are procedural questions which are resolved at the pre-trial stage. Limited presentation of evidence may be permitted at this stage in order to decide, for example, whether the case can be taken up for examination. Another example is that a person in possession of a document may be interrogated during the pre-trial procedure in order to resolve a question relating to an obligation to produce the document.

At the pre-trial stage, presentation of evidence for a decision on the merits of the case at the trial is permissible in exceptional cases specified in the law. First, evidence may be introduced in cases where it is obvious that it could not be presented at the trial; an example is a witness who is seriously

ill and could not be heard later. Second, presentation of evidence at this stage is permitted in cases where, in comparison with the importance of the evidence, presentation at the trial would entail unreasonable cost or difficulty. In addition, presentation of evidence is permitted if it is necessary for the clarification of a matter on which an expert is heard.

In cases where evidence has been presented outside trial, it must be re-introduced at the trial, if there is no obstacle to this and if it continues to be relevant. Otherwise a full account of the material resulting from the presentation of the evidence must be given at the trial.

4.2 The duties of the parties and the judge. In the pre-trial procedure, the parties must without delay specify all the evidence that they wish to present, together with the facts that they intend to establish with a particular piece of evidence (the themes of evidence). As far as possible, the plaintiff must detail the pieces of evidence and the respective themes of evidence in the summons, and the defendant must do accordingly in his written rejoinder. The rest of the evidence with the themes of evidence must be stated in the pre-trial procedure. This means that the parties must, for example, name the witnesses and to state on what circumstances they are heard.

The study argues that presentation of evidence should be prepared starting from the themes of evidence. The party must specify a theme for each piece of evidence. The theme must be given with the precision of one or more concrete details. Permissible themes are facts relevant to the case which need to be proven. For a fact of law to be relevant, the party must have invoked it as grounds for his claim. The need of proof is removed by specific admission of the fact, a circumstance which in a non-mandatory civil case is binding on the court.

The witnesses are named in the pre-trial procedure, and they are heard orally at the trial. At the pre-trial stage the parties are heard only to define the object of the civil procedure. For the purpose of presentation of evidence they are not heard until the trial. Any written statements from experts must be submitted in the pre-trial procedure. At the trial experts may be heard orally to receive additional information. The documents must be submitted to the court at the pre-trial stage. Equally, a request for an inspection must be made at that point, and the court must conduct an inspection as part of the trial, and on the location of the object of inspection, if necessary.

The judge presiding over the pre-trial procedure must play an active role in the reporting of evidence by the parties. It is his duty to clarify any obscurities in the reports. It is also for the judge to refuse the parties the possibility to present irrelevant evidence at the trial. In this regard it is impor-

tant that facts in dispute are distinguished from undisputed facts. Other questions to be addressed at this point are the burden of proof and the required degree of proof, if the parties appear to have misunderstood them. In addition, at this stage the court must take all necessary decisions to ensure the availability of the evidence at the trial.

In a non-mandatory civil case the parties are required to obtain the necessary evidence. In Finland the court also has the right to complement the evidence to a certain degree, but in practice this seldom occurs. If the evidence reported by the parties is manifestly inadequate, the court may at the pre-trial stage draw the attention of the parties to new evidence which emerges from the rest of the material. Also, the court may decide to produce new evidence *ex officio*. In a non-mandatory case the court may not however introduce a new witness or a new document against agreement of the parties.

4.3 Sanctions against negligence by a party. In Finland a case cannot be resolved against a passive party merely on the formal ground that the party has neglected to duly report his evidence to the court in the pre-trial procedure. The sanction which may follow is payment of expenses. One party may be obliged to pay the portion of the litigation costs of the other party which he has brought about through his wilful negligence or carelessness whether or not those costs would otherwise be for him to pay. In exceptional cases, the counsel of a party may be required to pay the expenses personally, if he has neglected his duty as counsel.

The main sanction for negligence in reporting evidence is preclusion of further evidence. In accordance with law, preclusion is directly connected with the conclusion of the pre-trial procedure, a moment at which the evidence “freezes”. In a non-mandatory civil case a party is not permitted to produce evidence at the trial which he has not reported at the pre-trial stage, unless he is able to give probable reasons that he had a justified reason for his omission. In other words, presentation of new evidence at the trial is permitted if the party can give an acceptable excuse. – A similar preclusion rule applies to appeal at higher courts in Finland.

During the pre-trial procedure the parties are usually free to produce new evidence. However, if a party is already guilty of omission, in a non-mandatory civil case the judge may urge him to fulfil his obligation under threat of preclusion within a fixed time limit. After the time limit the party is no longer allowed to produce new evidence without acceptable excuse.

The study examines in close detail the conditions for and content of preclusion. The study takes the view that preclusion only applies to the right of

the parties to present new evidence. Preclusion does not restrict the right of the court to obtain evidence *ex officio*. Preclusion is confined to new means of evidence; it does not apply to the use of old means of evidence to prove new themes of evidence. The issue of preclusion of new evidence must always be settled immediately, and before presentation of that evidence.

According to the study, the meaning of preclusion is preventive: the rule of preclusion forces the parties to state their evidence at the pre-trial stage. With a growing risk of incorrect judgment, application of preclusion in an individual case is not without problems. In this sense, the legislator has emphasized the general functionality of civil procedure over the correctness of solution in individual cases. The strictness of preclusion is ultimately determined by the threshold of acceptable excuse. For the truth goal and the fairness of civil procedure, the threshold should be relatively low. Too high a threshold would also have the disadvantage of burdening the pre-trial procedure, as the parties would have to take the precaution of finding and stating all the potential evidence at that stage. On the other hand, for the effectiveness of the preventive threat of preclusion the threshold must not be placed too low.

The study argues that assessment of acceptability of excuse should be based on objective criteria. Negligence by the counsel is usually equated with that of the party. The requirement to take care as a regular measure can be overlooked to some extent in cases where a party with little competence pleads his case without legal counsel. In the overall assessment of acceptable excuse account should also be taken of the importance of the evidence for the case. In the case of acceptable excuse the burden of proof is with the party who intends to present new evidence, but *prima facie* evidence is sufficient.

The study organizes the typical situations of acceptable excuse into three categories: 1) Situations of lacking information: in the pre-trial procedure the party did not yet have knowledge of the existence of the evidence or of its relevancy to the case, nor should he. What must be required of the party is at the pre-trial stage to have made reasonable investigations to find evidence. A factor to be considered is also the degree to which the court should have drawn the party's attention to the evidence. 2) Procedural situations: at the pre-trial stage the procedural situation has been such as to give the party an acceptable excuse not to report the evidence. An example is a situation where, in the light of the statements of the other party, there was no reason to present the evidence. In contrast, the unexpected contents or value as proof of the reported evidence at the trial does not, as a rule, amount to

acceptable excuse to produce new evidence. 3) Obstacles: the evidence could not be reported in the pre-trial procedure because of an obstacle which was not removed until the trial.

5 Toward a discovery system *de lege ferenda*?

The final Chapter 8 of the study observes that the introduction of the new civil procedure in Finland has not been entirely without problems. Empirical studies reveal that legal expenses have increased and that civil procedure takes somewhat longer than was the case earlier. This is due to a number reasons, and the new procedure is unlikely to be the main reason. The new procedure cannot, at any event, be judged merely on the criteria of cost and duration; these must be balanced against the potential result of improved certainty and greater fairness. Time will show to what extent the current problems will have been merely transitional.

A primary problem related to civil pre-trial procedure is that in practice the pre-trial stage has not acquired a sufficient profile of its own, as a stage separate from the trial and one serving the trial. Unnecessary burden has been put on the pre-trial procedure by the practice of the parties to plead their cases at that stage in the manner of a trial. A contributing factor appears to be an unduly strict application of the preclusion rule. The study proposes that these problems can be solved primarily by adjusting the adopted line of practice. If necessary, minor revisions of the provisions can be made.

Chapter 8 concludes with a comparison of the Finnish civil pre-trial system with the Anglo-American discovery system. The Finnish pre-trial system derives from the continental tradition which has the premise that the parties in a civil case must find the necessary evidence outside the legal procedure and through their own private investigation. The Finnish system does not offer the parties significant procedural coercive means to find evidence. Another feature is that the entire pre-trial procedure is before a court and there is no official role for direct contacts between the parties.

The normal practice in the pre-trial procedure in Finland is to hear the parties only, and they are not heard for the purpose of taking evidence. As explained in the above, the hearing of witnesses or experts or the presentation of other evidence is permissible in the pre-trial procedure only in exceptional cases. Another difference is that the Finnish system does not recognize the concept of discovery of documents. If requested by one party the other party is obliged to inform him whether or not he is in possession of a written piece of evidence or an object which may have significance in the

case. This obligation to inform and, correspondingly, the obligation to produce the document or the object requires that the other party specify the document or the object to adequate detail.

The study considers *de lege ferenda* whether the civil pre-trial system in Finland should be developed towards a discovery system. After weighing the advantages and disadvantages of a system of discovery the study concludes that there is no reason to carry out major changes to advance towards that system in Finland. In any case, such changes should be adapted to the Finnish system of presentation of evidence. Some minor revisions are proposed nevertheless. First, the obligation of one party to inform the other party should be strengthened for the evidence of which that party has knowledge but which he does not intend to present. Second, the possibility to present oral evidence as a preliminary measure in the pre-trial procedure should be later expanded to a degree.

A proposal has been made within the European Union to introduce a system of discovery of documents in the member states. Thereby one party would be obliged to inform the other party automatically of any relevant documents in his possession. This would constitute a significant step in the continental system towards a system of discovery. European countries, however, still reject the fishing expedition type of discovery that exists in the United States. The future will decide which direction civil procedure in Europe takes.

OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO

KKO

		1986 II 145	158
		1986 II 163	182
		1987:9	158
		1987:25	182
		1987:62	158, 335
		1987:128	108
		1988:14	382
		1989:82	382
		1989:105	182
		1990:148	11
		1991:53	286
		1991:84	168
		1991:91	158
		1991:145	168
		1991:149	158
		1991:172	141
		1992:12	11
		1992:25	158
		1992:64	16
		1992:76	171, 253
		1992:184	72
		1993:57	311
		1993:89	296
		1993:99a	171
		1993:101	335
		1994:7	170
		1994:26	170
		1994:32	168
		1994:41	141
		1994:50	108
		1994:130	135, 205
		1994:135	108
		1995:5	168
		1995:44	71
		1995:53	141
1930 II 257	233		
1945 II 207	233		
1950 I 25	190		
1950 II 354	233		
1952 I 14	11		
1956 II 47	11		
1959 II 52	11		
1962 II 43	11		
1962 II 48	233		
1962 II 94	233		
1962 II 104	11		
1966 II 14	233		
1969 II 81	168		
1974 II 63	369		
1975 II 55	11		
1977 II 15	233		
1977 II 59	168		
1978 II 45	369		
1978 II 70	168		
1979 I 2-4	354		
1981 II 102	11		
1981 II 110	12, 182		
1982 II 26	158		
1982 II 34	158		
1982 II 57	369		
1983 II 133	369		
1984 II 11	182		
1984 II 74	11		
1984 II 115	290		
1985 II 44	182		
1985 II 47	382		
1985 II 93	330		
1986 II 93	342		

1995:66	335, 378	Vaasan HO	
1995:79	171	2.6.1992 nro 1029A	382
1995:95	171	26.5.1993 nro 1035	382
1995:139	144	5.4.1995 nro 527	357, 372
1995:182	190	27.8.1996 nro 1206	391
1995:185	71		
1995:215	369		
1996:13	49	Itä-Suomen HO	
1996:28	158	4.10.1994 nro 1880	327, 372
1996:50	168	12.10.1995 nro 1337	342
1996:57	383		
1996:80	71		
1996:81	71		
1996:124	71	Helsingin HO	
1996:131	112	19.6.1996 nro 3474	11
1996:135	369	9.7.1996 nro 3781	367
1996:148	311	6.8.1996 nro 3987	342
1996:152	71	6.2.1997 nro 333	238
1996:153	71	13.5.1997 nro 1609	110
15.11.1996 nro 4326	369		
1997:23	309		
1997:25	108	Kouvolan HO	
1997:26	218	31.5.1994 nro 888	342
1997:60	108	9.11.1994 nro 1995	342
1997:69	71	27.9.1995 nro 1977	311
1997:77	112		
1997:90	347, 377		
1997:102	71		
1997:109	309, 368, 377	Rovaniemen HO	
1997:122	107, 220	7.10.1994 nro 1199	342
1997:128	168	7.2.1995 nro 145	342
1997:132	217	22.3.1995 nro 419	342
1997:137	141, 367		
1997:139	170		
1997:161	141	Helsingin KO	
1997:175	71	5.os. 10.1.1997 (94/22584)	237
1997:192	71	5.os. 5.3.1997 (94/22584)	239
1997:194	71	5.os. 21.5.1997 (94/22584)	237
1998:3	71		
1998:30	138		
1998:33	69		
		OKA ja EOA	
Turun HO		AOKA 8.9.1995 dnro 44/1/95	119
16.1.1996 nro 154	342	EOA 28.2.1989 dnro 105/4/89	162
3.9.1996 nro 2754	339, 349, 371, 379	EOA 27.2.1995 dnro 171/4/95	296
		EOA 13.10.1995 dnro 1972/4/94	168

EIT

Feldbrugge 29.5.1986 A 99	170
Dombo Beheer B. V. 27.10.1993 A 274	168
van de Hurk 19.4.1994 A 288	319
Hentrich 22.9.1994 A 296 A	168
Kerojärvi 19.7.1995 A 322	170
Ankerl 23.10.1996	169

NJA (Ruotsi)

1953 s. 19	235
1959 s. 230	235
1961 s. 157	384, 388, 392
1968 s. 136	382, 388
1970 s. 442	385
1975 s. 603	313
1981 s. 717	390
1982 s. 27	369
1984 s. 420	312
1985 s. 738	370
1987 s. 243	312
1987 s. 766	312
1988 s. 161	312
1990 s. 231	308
1992 s. 139	310
1992 s. 307	232
1994 s. 287	354
1995 s. 41	308
1995 s. 571	369
1996 s. 52	312

Rt. (Norja)

1936 s. 977	235
1953 s. 1084	235
1959 s. 379	235
1962 s. 367	235
1983 s. 430	235
1987 s. 899	235
1987 s. 1415	235
1990 s. 1034	235
1991 s. 183	235
1992 s. 962	236
1993 s. 1088	235
1993 s. 1105	235
1994 s. 932	235

UfR (Tanska)

1968.608H	236
1981.39H	236
1981.93H	363
1981.561	359
1991.153H	313, 369
1993.189	236
1993.502	345
1994.866H	324
1995.567H	324

Yhdysvaltojen korkein oikeus

Société Nationale Industrielle Aero- spatiale v. United States District Court (482 U.S. 522, 1987)	408
--	-----

ASIAHAKEMISTO

Asiahakemisto on tarkoitettu täydentämään sisällysluetteloa.

- Access to justice 59 ss
- Angloamerikkalainen todistusoikeus
158 ss, 252
- Aputosiseikka 140, 154, 181 ss, 189
 - ilmoittaminen todistusteemaksi 205 s
 - prekludoituminen? 326
 - tunnustaminen? 192 s
- Arvometodi 141 ss, 148 s
- Asiakirja 247 ss, 270 ss, 282, 286 ss
 - ilmoittamis- ja editiovelvollisuus 230 ss
 - preklusio 324 s, 346
- Asiamies
 - ja preklusio 353 ss, 356 s, 366 s
 - kuluvastuu 389 ss
- Asianmukaisuus(periaate) 58 ss, 72 ss,
 - valmistelussa 120 s, 401
 - todistelussa 167 ss
- Asianosaisen kuuleminen 252 ss, 270 ss, 286, 399
 - preklusio 324
- Asiantunteva todistaja 252 s
- Asiantuntijan kuuleminen 252 s, 258 ss, 270 ss, 275 s, 286
 - preklusio 323
- Avioeroasia 7, 12
- Bonus pater familias 360
- Corpus Juris 161 s, 423
- Deontologia 52
- Disclosure 408 ss
- Discovery 233 s, 401 ss, 424 ss
 - keinot 405, 409 s
- Dispositiivinen asia 7 ss
- Editio 230 ss, 252, 278 s
 - de lege ferenda 419, 425 s
 - editiokuulustelu 238 s, 266
 - preklusio 324 s
- Englannin siviiliprosessi 82 s, 408 ss
- Ennustettavuus 15 ss
- Esine ks. Katselmus
- Eventuaaliperiaate 301
- EY-oikeus 11, 63, 161 s, 180, 261, 422 ss
- Funktionaalinen malli 135 s, 204, 312
- Haastehakemuksen täydennyskehoitus 213, 280, 296
- Haastehakemus 184 s, 296
 - todisteiden ilmoittaminen 202, 241 ss
- Hakemusasia 6, 308 s
- Hallintoprosessi 65, 87
- Halpuus 46 ss
- Hearsay 159
- Henkilötodisteet 252 ss
- Hovioikeus 99, 160, 305 ss
- Huolellisuusvelvollisuus 355 ss
- Hypoteesimalli 142, 149
- Hyve-etiikka 43
- Hyvä asianajajatapa 114, 180, 228 s
 - ja asiamiehen kuluvastuu 391 ss
- Hyödyntämiskielto 161 s, 335, 378 s
- Ihmisoikeudet 62 ss, 162, 180, 319 s
 - todistelussa 168 ss
- Ilmoittamisvelvollisuus 230 ss
 - de lege ferenda 419, 424 ss
- Indispositiivinen asia 7 ss, 151, 230, 286,

- 307, 382
- Indispositiivinen seikka 11 ss, 183
- ja materiaalinen prosessinjohto 221 s, 286 s
 - preklusio? 308
 - tunnustaminen? 190
- Induktiivinen malli 142, 149
- Informatiivinen prosessinjohto 9, 212, 222 s, 290 s
- Insolvenssioikeus 1, 24, 305
- Institutionaalinen tosiseikka 131 s, 135 s
- ilmoittaminen todistusteemaksi? 204 s
 - tunnustaminen? 191 s
- Instrumentalismi 42 ss, 50 s
- Isyysasia 7 s, 10, 286
- Itävallan siviiliprosessi 78 ss, 93, 314 s
- Joustavuus 48 s, 106
- Jura novit curia 103, 124, 134, 180, 191
- Jury 159 s
- Jus commune -prosessi 77 s, 83
- Justifikaatio 49 ss, 132
- Kansainvälinen prosessioikeus 63, 233 s, 407 s
- Kanteen myöntäminen ja siitä luopuminen 7, 10 s, 102, 106, 190
- peruuttamisen prekludoituminen? 311
- Kanteenmuutoskielto 21, 102, 302 s
- Katselmus 154, 164, 230 ss, 247, 250 ss, 269 ss, 286
- preklusio? 323
- Kattavuus (todisteiden) 146 ss, 160 s
- Keskitys 79 ss, 95, 301, 306 s
- Kiihtäminen 185, 218
- Kiihtämistaakka 193, 313
- Kirjallinen kertomus/lausunto 91, 162, 168, 251, 253, 259, 263, 284, 421
- Kirjallinen lausuma 213 s, 280 s, 299
- Kokemussääntö 140, 154, 179 s, 222, 327
- Kompleksinen oikeustositseikka ks. Institutionaalinen tosiseikka
- Kontradiktorisuus 56 ss, 71, 167 ss
- Kuitaus 244, 312
- Kuluttajansuoja 9, 39 s, 60, 230
- Käräjäoikeuden kokoonpano 1, 269
- Laillinen oikeudenkäyntiaineisto 94, 155
- Lainoppi 13 ss, 25 s, 30
- Lapsen elatusapuasia 10, 12
- Lapsen huolto- ja tapaamisoikeusasia 7 s
- Legaalinen todistusteoria 83, 158
- Lepäämään jättäminen 118
- Liberalismi 58 ss
- Liike- ja ammattisalaisuudet 196, 218 s, 285
- Luotettavuus 160 s
- Markkinatuomioistuim 86
- Materiaalinen prosessinjohto 206 ss, 293, 368, 418
- todisteiden osalta 151 s, 279 ss
 - todistusteemojen osalta 212 ss
- Moraalifilosofia 24 ss, 41 ss
- Muodollinen prosessinjohto 206 s, 278 s
- Muutoksenhaku 89, 99, 160, 162, 305 ss
- Nopeus 46 ss, 89, 116 ss
- Norjan siviiliprosessi 78 ss, 93, 315 s
- Normatiivinen malli 142
- Notorisuus 108, 190, 193, 194 s, 218, 263
- Nouto 294 s
- Näyttökysymys 123
- Näyttövaatimus ks. Näytön riittävyys
- Näytön arviointi 137 ss
- Näytön riittävyys 144 ss, 188 s, 219, 223
- Oikeudenkäynnin kohde 101 s
- Oikeudenkäyntiaineisto 155
- Oikeudenkäyntikulut 8, 59 s, 89 s, 110, 218
- kuluvastuu prosessuaalisena sanktiona 380 ss
- Oikeudenkäyntiä koskeva kysymys 265 s
- Oikeudenmukaisuusteoria 49 ss
- Oikeusapu 233 s, 268 s, 407 s
- Oikeuskysymys 123 ss
- Oikeuslähde 17 ss
- Oikeusperiaatteet 25 ss, 68 s
- ks. myös Prosessiperiaatteet
- Oikeuspolitiikka 24 ss
- Oikeuspositivismi 14 s
- Oikeustaloustiede 44 s, 50
- Oikeustieteellinen asiantuntija 260
- Oikeustositseikka 11 s, 125, 133 ss, 140, 181 ss, 188 s
- preklusio 311 s
- Oikeusturvaodotus 15 ss

- Oikeusvoima 196, 303 s, 311
 Oikeusväite 185
 Osatuomio 186 s
 Pakottava siviilioikeus 9
 Palauttaminen 341 s, 379
 Parhaan todistusaineiston periaate 164 s, 268, 283
 Patenttiprosessi 260 s
 Perusoikeudet 62 ss, 319, 418
 Peruste 185
 Perusteleminen 55 s, 132, 342
 Preklusio koskien todisteita käräjäoikeusmenettelyssä 314 ss
 - eri todistuskkeinojen kannalta 323 s
 - funktiot 317 ss, 361 ss
 - kumulaatio 350 s, 353
 - muissa maissa 314 ss
 - näyttö pätevästä syystä 374 ss
 - objektiivista vai subjektiivista? 347 ss
 - pätevä syy 351 ss, 400 s
 - todistus- ja apotosiseikat? 326
 - todistusteemat? 327 ss, 349, 371
 - tuomioistuimen osalta 322 s, 329
 - uudelleen valmistelu, palauttaminen 340 ss
 - valmistelun ja pääkäsittelyn välinen aika 337 ss
 - väliintulijan osalta 322, 354 s
 Preklusio yleensä 300 ss
 - analogiakielto? 329
 - hovioikeusprosessin sisällä 306
 - muu prekludoituminen 300 ss
 - muutoksenhaussa 305 ss, 309 s, 331
 - seikkojen 311 ss, 328
 - tunnustamisen peruuttamisen 313
 - tuomionpurussa 304, 326
 - vaatimusten 310 s
 Preklusioiuhka 343 ss
 Prosessiekonomia 46 ss, 372
 Prosessinedellytys 107, 264 s, 301 s
 Prosessinormit 27 ss
 - fakultatiiviset ja obligatoriset 30 s
 Prosessiperiaatteet 26 ss, 68 s, 72 ss
 - menettely-, rooli- ja ratkaisuperiaatteet 31 s
 - tavoite- ja arvoperiaatteet 32, 72 ss
 Prosessitoimen tulkinta 210 s
 Prosessuaalinen oikeudenmukaisuus 53 s, 61 s, 72 ss
 Prosessuaaliset oikeudet 57 s
 Puhdas tosiseikka 127 s
 Puhelin 94, 421
 Pääkäsittely 90 ss, 269, 271, 337, 186 s, 339 s
 - pieni pääkäsittely 95 ss, 250, 399
 Pöytäkirja 337, 346 s
 Rationaalisuus 56 ss
 Ratkaisuaaineisto 94, 155
 Reaalitodisteet 247, 252 ss
 Reiluus(periaate) 55 ss
 Rekvisiitta 128 s, 191, 203 s
 - avoin 130 s, 134
 Rikosprosessi 5 s, 40, 64, 98, 151, 162, 168, 230, 241, 254, 261, 269, 307 s
 Robusthet ks. Kattavuus
 Ruotsin siviiliprosessi 78 ss, 92 ss, 316, 352
 Ryhmäkanne 60, 301
 Saksan siviiliprosessi 78 ss, 93 s, 314 s
 Sekajuttu 10
 Selon ottaminen 277
 Selonottovelvollisuus 365 s
 Selvittämisstandardi 152, 289
 Selvittämistaakka 150 s
 Selvä perusteettomuus 9, 29, 107 s, 216, 263
 Sillensä jättäminen 107, 112
 Siviiliprosessikodifikaatiot 78 s
 Siviiliprosessin tavoitteet 41 ss
 Siviiliprosessin tehtävät (funktiot) 21 s, 32 ss
 - konfliktinratkaisufunktio 36 ss
 - ohjausfunktio 34 ss, 53
 - oikeussuojafunktio 33 ss
 Siviiliprosessiteoria 25, 72 s
 Siviiliprosessi uudistus 83 ss
 Siviiliprosessuaaliset arvot 49 ss
 Sovinto 111 ss
 Subsumptio 128 s
 Suksessiivisen relevanssin periaate 184
 Summaarinen asia 5, 13 s, 110 s, 241, 248 s, 298 s

- Suullis-pöytäkirjallinen menettely 85 s
- Suullisuus 79 ss, 90 ss, 399 s
- Syllogismimalli 125 ss, 132
- Taakka 104 s
- Tahallisuus 131
- Takaisinsaanti konkurssipesään 130 s, 237, 311 s
- Taloudellisuus(periaate) 46 ss, 72 ss
- Tanskan siviiliprosessi 78 ss, 93, 114, 316
- Tapa 18, 180
- Tarkoituksenmukaisuus(periaate) 46 ss, 72 ss
- Tarpeettoman todistelun epääminen 214 ss, 281 ss, 346
- Teemametodi 141 ss, 148 s
- Tehokkuus 44 s, 48
- Teleologinen laintulkinta 20 ss, 76
- Tilastot 13 s, 49, 89 s, 113
- Todennäköisyysteoriat 126 s, 141 ss
- Todistaja 154, 158, 164, 168 ss, 196, 218 s, 252 ss, 284 ss
- kuuleminen valmisteluvaiheessa 264 ss, 270 ss, 419 ss
 - preklusion kannalta 324, 327 ss, 348 ss
 - pää- ja vastakuulustelu 156, 168, 171 s, 201 s, 330, 350
- Todistajan etukäteishaastattelu 228 s
- Todisteen hankkiminen viran puolesta 197, 225, 286 ss, 322 ss
- Todisteiden etsiminen 227 ss, 401, 417
- Todisteiden vastaanottaminen 163, 249 s
- Todisteiden vastaanottaminen valmistelussa 262 ss
- pääkäsittelyssä tehtävää ratkaisua varten 267 ss, 346, 419 ss
 - valmistelussa tehtävää ratkaisua varten 263 ss
- Todistelu vastaisen varalta 269 s
- Todistelu yleensä 153 ss
- asianmukaisuus 167 ss
 - käsite 153
 - pää- ja vastatodistelu 156
 - välittömyys 162 ss, 267 s
 - välitön ja välillinen 155 s
- Todistusaineisto 154 s, 325
- Todistusharkinta 138 ss, 165 s, 290 s
- Todistusharkintamallit 141 ss
- Todistuskeinot 154, 157, 270
- ilmoittaminen valmistelussa 240 ss, 246 ss
 - preklusio 325 s
- Todistuskielto 161, 231, 236, 249 s, 374
- todistuskeinokielto 284 s
 - todistusteemakielto 196, 218 s
- Todistustaakka 144 ss, 223
- Todistusteema 154 s, 174 ss, 384
- ilmoittaminen valmistelussa 196 ss
- Todistustosiseikka 140, 154, 181 ss, 189
- ilmoittaminen valmistelussa? 187 s, 205
 - tunnustaminen 192
 - preklusio? 326
- Tosiseikkaketju 181 s
- Tosiseikkakysymys 124 ss
- Totuus 52, 126 s, 137 s
- Tulosohjaus 49
- Tunnustaminen 124, 189 ss, 217 s
- peruuttaminen 194, 313
- Tuomarin esteellisyys 71, 342
- Tuomioistuineläitos 25, 84 s
- Tuomionpurku 138, 304
- Tuottamus 131, 356, 387, 390 s
- Turvaamistoimi 6, 24, 238, 265, 269
- Tutkimatta jättäminen 107, 296 ss
- Työtuomioistuin 86, 91, 109, 322, 339
- Täytäntöönpano 24, 230 s, 236, 304 s
- Uhkasakko 230 s, 236, 255, 294 s
- Ulosotto 24, 304 s
- Utilitarismi 42 ss, 50 s, 72 ss
- Vaativuudesta 11, 102, 181, 390
- Vaihtoehtoiset kanneperusteet 216 s, 311
- Valmistavasta toimenpiteestä päättäminen 277 ss
- Valmistelu yleensä
- asianmukaisuus 120 ss
 - joutuisuus 116 ss
 - sanktiot 293 ss
 - tehosteet 292 ss
 - tehtävät (funktiot) 97 ss, 398 s
- Valmistelututkinta 410
- Vapaa harkinta 29

- Vapaa todistelu 156 s
 Vapaa todistusharkinta 83 s, 138 s, 165 s
 Varmuus(periaate) 46 ss, 72 ss
 Vastatosiseikka 184 ss
 Vastaus 185, 213 s, 298
 – todisteiden ilmoittaminen 202, 244 s
 Video 276, 421
 Viranomaisten lausunnot 260 ss
 Vuorovaikutusmalli 130, 133
 Väittämistaakka 11 s, 102, 124, 134 ss,
 182 ss, 195, 220, 312
 Välituomio 124, 186 s, 216 s
 Välittömyys 79 ss, 94 s
 – todistelun 162 ss, 267 s
 Yhdenvertaisuus 56 ss, 71, 167 ss
 Yhdysvaltojen siviiliprosessi 82 s, 402 ss
 Yhteenveto 346 s
 Yhteiskuntahyöty 44
 Yksipuolinen tuomio 7, 9, 106 ss, 263 s,
 310, 383
 – todistusaineiston ilmoittamisen lai-
 minlyönnin sanktio? 295 ss
 Yksityishenkilön velkajärjestely 1, 7, 41,
 60, 309
 Yrityssaneeraus 1, 60
 Övervikt-periaate 144 s