

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
A-sarja N:o 204

Sakari Laukkanen

TUOMARIN ROOLI

**Prosessioikeudellinen tutkimus tuomarin roolista
dispositiivisen riita-asian valmistelussa silmällä
pitäen riidan kohteen selvittämistä**

Mit deutscher Zusammenfassung

**SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN
JULKAISUJA**

A-sarja N:o 204

SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA

A-sarja N:o 204

SAKARI LAUKKANEN

TUOMARIN ROOLI

**Prosessioikeudellinen tutkimus tuomarin roolista
dispositiivisen riita-asian valmistelussa silmällä
pitäen riidan kohteen selvittämistä**

DIE ROLLE DES RICHTERS

Prozessrechtliche Untersuchung über die Rolle des Richters
bei der Vorbereitung einer dispositiven Zivilsache in Hinblick auf
die Klärung des Streitgegenstandes

Mit deutscher Zusammenfassung

HELSINKI 1995

TUOMARIN ROOLI

**Prosessioikeudellinen tutkimus tuomarin roolista
dispositiivisen riita-asian valmistelussa silmällä
pitäen riidan kohteen selvittämistä**

KIRJOITTANUT

SAKARI LAUKKANEN

OIKEUSTIETEEN LSENSIAATTI
VARATUOMARI

Yliopistollinen väitöskirja, joka Lapin yliopiston
oikeustieteiden tiedekunnan suostumuksella esitetään
julkisesti tarkastettavaksi Lapin yliopiston Fellman-salissa
perjantaina syyskuun 15. päivänä 1995 kello 12.

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

© 1995 Suomalainen Lakimiesyhdistys
ja Sakari Laukkanen
ISSN 0356-7206 (painettu)
ISBN 951-855-154-5 (kovakantinen)

ISSN 2814-8053 (verkkojulkaisu)
ISBN 978-951-855-671-1 (PDF)

Vammalan Kirjapaino Oy Vammala 1995

Marjolle ja Antille

ALKUSANAT

Aloitin tämän väitöskirjatyön vuonna 1990. Riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistus oli silloin vasta suunnitelmien asteella ja tutkimuksen aihepiiri odotti ottajaansa. Tutkimuksen kuluessa elämä aihepiirini ympärillä heräsi: ilmestyi artikkeleita, oppikirjoja ja monografioita niin, että viimeisinä vuosina avasin aikakauskirjat ja kustantajien uutuusluettelot pelonsekaisin tuntein. Nyt on korkea aika julkaista tämä tutkimus.

Minulla on ollut onni saada tehdä tätä tutkimusta monien aikakauteni parhaiden prosessioikeuden opettajien johdolla. Professori *Jyrki Virolainen* on työni ohjaajana opastanut minua ohi pahimpien karikoiden ja tukenut henkisesti tutkimuksen raskaissa loppuvaiheissa. Oman tutkimustyönsä ohella hänellä on riittänyt mielenkiintoa lukea käsikirjoitustani ja esittää siihen myös esitarkastajan ominaisuudessa lukuisia korjausehdotuksia.

Väitöskirjan toisen esitarkastajan professori *Juha Lappalaisen* laajat ja perusteelliset korjausehdotukset ovat olleet opettavia. Hänen rehti suhtautumisensa työhöni on kuitenkin kannustanut minua ne tekemään. Olen voinut käydä hänen kanssaan myös tutkimukseeni liittyen vertaansa vailla olevia keskusteluja.

Suomen Akatemian tutkimusassistenttina minulla oli mahdollisuus harjoittaa opintojani ulkomailla. Työskentelin syksyllä 1991 tutkijana Upsalan yliopistossa Ruotsissa. Siellä sain ohjausta professori *Per Henrik Lindblomilta* ja professori *Bengt Lindelliltä*. Upsalan erinomaisessa tiedeyhteisössä ymmärsin, millaisen tradition osana olen ja, että tutkijan työ voi olla arvostettu ammatti. Prosessioikeuden mikroseminaarissa sain tilaisuuden keskustella tutkimuksestani myös emeritusprofessori *Robert Bomanin* ja *Peter Fitgerin* kanssa samalla, kun saatoin havaita, että kriittinenkin keskustelu voi olla välitöntä ja hauskaa. Muistan lämmöllä mikroseminaarin jäseniä. Dosentti *Maarit Jänterä-Jareborg* huolehti Upsalassa työskentely- ja asumisolosuhteistani ja perheeni hyvinvoinnista. Yhdessä miehensä professori *Nils Jareborgin* kanssa he opettivat minulle oikeustieteen lisäksi viini- ja ruokakulttuurin tuntemusta. Ehkäpä oikeustieteestä opinkin jotakin.

Vuonna 1992 työskentelin kahdeksan kuukautta Saksassa Kölnin yliopistossa professori *Hanns Prüttingin* johdolla. Siviiliprosessioikeuden laitoksen kirjasto oli tutkimukseni lähteitä ajatellen aarreaitta. Saksassa opin, mitä oikeustieteen dogmaattisuus tarkoittaa. Siellä saatoin myös havaita, että aihepiirini, jota Suomessa oli aikaisemmin tutkittu suhteellisen vähän, oli saksalaisessa tutkijayhteisössä ollut vilkkaan keskustelun kohteena. Nautin suunnattomasti työskentelystä siviiliprosessioikeuden laitoksen välittömässä ja kansainvälisessä ilmapiiressä. Professori Prüttingin innostava ja kannustava persoona vaikutti myös olennaisesti siihen, että Saksan vierailusta muodostui minulle portti prosessioikeustieteen avariin saleihin.

Syksyllä 1991 tutustuin Upsalassa myös professori *Hannu Tapani Klamiin*, joka opasti minua ratkaisutoiminnan teorian lähteille. Hän on lukenut myöhemmin väitöskirjani käsikirjoituksen ja hänen asiantuntemuksellaan on ollut olennainen vaikutus työni valmistumiseen. Professori *Terttu Utriainen* on lukenut väitöskirjan käsikirjoitusta useissa vaiheissa ja opettanut minua kirjoittamaan. Häneltä olen oppinut, mitä monografia tarkoittaa. Hän on myös neuvonut minua kirjan tekemiseen liittyvissä ongelmissa. Muistan kiitollisuudella vielä professori *Per Ole Träskmania*, joka auttoi minua solmimaan kontaktin Upsalan yliopistoon.

Suurimman osan työstäni olen kuitenkin tehnyt Lapin yliopistossa. Tutkijatovereistani vesioikeuden sihteeriksi, OTL *Matti Hepola* on ollut se keskustelukumppani, jonka kanssa olen voinut avoimimmin tuulettaa ajatuksiani. OTL *Matti Nieminen* on koettanut pitää minut oikeusteorian suhteen oikealla tiellä ja uskon hänen siinä onnistuneenkin. Kiitän myös dosentti *Frank Hornia* ja tiedekuntamme professoreita siitä henkisestä tuesta ja niistä neuvoista, joita he ovat minulle antaneet.

Prosessioikeus konkretisoituu lainkäytössä. Kiitän kaikkia keskustelukumppaneitani käytännön kentillä. Heistä eniten on tutkimukseeni vaikuttanut kaksi tuomaria. Kihlakunnantuomari *Hannu Räsäsen* valoisa tuomaripersoona sai minut kiinnostumaan prosessioikeudesta auskultointiaikana. Hovioikeudenneuvos *Markku Arponen* on lukenut väitöskirjan käsikirjoituksen ja mahdollisti sen, että saatoin tutkimukseni loppuvaiheissa testata hypoteesejani käytäntöön Rovaniemen käräjäoikeudessa, joka onkin toiminut eräänlaisena alioikeusuudistuksen laboratoriona.

Stud. iur. *Lars Gielessen*, OTK *Pasi Kumpula*, OTK *Päivi Saukonoja* ja OTK *Rauno Korhonen* ovat tutkimukseni eri vaiheissa toimineet tutkimusapulaisena ja edesauttaneet työni valmistumista.

Suomen Kulttuurirahaston Lapin Rahasto, *Suomen Akatemia* ja *Lapin yliopiston oikeusinformatiikan instituutti* ovat tukeneet työtäni taloudellisesti. *Suoma-*

laista Lakimiesyhdistystä kiitän tutkimuksen ottamisesta yhdistyksen julkaisusarjaan sekä *Vammalan Kirjapaino Oy:tä* ripeästä painotyöstä. Yhteenvedon on kääntänyt asiantuntevasti saksan kielelle apulaisprofessori *Dietrich Assmann*.

Vaimoni insinööri *Marjo Laukkanen* on jaksanut seisoa rinnallani nämä pitkät tutkimusvuodet. Vain hän tietää, kuinka raskaita ne ovat olleet. Poikamme *Antti* ei ole vielä saanut tilaisuutta oppia minua edes kunnolla tuntemaan, mutta ehkäpä tulevat vuodet antavat meille enemmän aikaa yhdessäoloon.

Käsikirjoitus valmistui helmikuussa 1995. Olen voinut ottaa huomioon sen jälkeen ilmestynyttä materiaalia vain pintapuolisesti ja rajoitetusti.

Rovaniemellä juhannusaattona 1995

Sakari Laukkanen

VORWORT

Die Arbeit an der vorliegenden Dissertation begann ich im Jahre 1990. Die Reform des Prozessverfahrens in Zivilsachen befand sich damals erst im Stadium der Planung und das Thema der Untersuchung bot sich an. Während der Arbeit kam Leben in meinen Themenbereich: es erschienen Artikel, Lehrbücher und Monographien, so dass ich in den letzten Jahren Zeitschriften und Verlagsverzeichnisse mit Gefühlen der Furcht aufschlug. Nun ist es höchste Zeit, diese Untersuchung zu veröffentlichen.

Ich hatte das Glück, diese Untersuchung unter der Leitung vieler der besten Prozessrechtslehrer meiner Zeit machen zu können. Professor *Jyrki Virolainen* hat mich als mein »Doktorvater« an den schlimmsten Riffen vorbeigesteuert und war mir in der schweren Endphase der Arbeit eine grosse Stütze. Neben der eigenen Forschungsarbeit reichte sein Interesse, mein Manuskript zu lesen und in der Eigenschaft als Gutachter zahlreiche Verbesserungsvorschläge zu machen.

Die umfangreichen und gründlichen Korrekturvorschläge von Professor *Juha Lappalainen*, des anderen Gutachters meiner Dissertation, waren lehrreich. Seine ehrliche Einstellung zu meiner Arbeit hat mich jedoch veranlasst, sie vorzunehmen. Auch konnte ich mit ihm einzigartige Gespräche in Verbindung mit meiner Untersuchung führen.

Als Forschungsassistent der Akademie Finnlands hatte ich Gelegenheit, im Ausland Studien zu betreiben. Im Herbst 1991 arbeitete ich an der Universität Uppsala in Schweden. Dort wurde ich beraten von Professor *Per Henrik Lindblom* und Professor *Bengt Lindell*. In dem ausgezeichneten Kreis von Wissenschaftlern in Uppsala verstand ich, an welcher Tradition ich teilhabe und dass die Arbeit eines Forschers ein geschätzter Beruf sein kann. Im prozessrechtlichen Mikroseminar hatte ich Gelegenheit, über meine Untersuchung auch mit Emeritusprofessor *Robert Boman* und *Peter Fitger* zu sprechen, wobei ich bemerken konnte, dass auch ein kritisches Gespräch ungezwungen und vergnüglich sein kann. An die Mitglieder des Mikroseminars denke ich mit viel Sympathie zurück. Privatdozentin *Maarit Jänterä-Jareborg* sorgte in Uppsala für meine Arbeitsbedingungen und für Unterkunft und das Wohlergehen meiner Familie. Sie und ihr Mann Professor *Nils Jareborg* lehrten mich ausser Rechtswissenschaft auch

Wein- und Speisekultur. Immerhin habe ich etwas von der Rechtswissenschaft gelernt.

Im Jahre 1992 arbeitete ich acht Monate an der Universität Köln in Deutschland unter der Leitung von Professor *Hanns Prütting*. Die Bibliothek des Instituts für Verfahrensrecht war für meine Untersuchung eine Schatzkammer. In Deutschland lernte ich, was Dogmatik der Rechtswissenschaft bedeutet. Dort konnte ich feststellen, dass mein Themenbereich, der in Finnland bis dahin verhältnismässig wenig untersucht worden war, unter den deutschen Forschern der Gegenstand reger Diskussion war. Es war ein wirklicher Genuss, in der ungezwungenen und internationalen Atmosphäre des Instituts für Verfahrensrecht zu arbeiten. Professor Prüttings inspirierende und anspornende Art trug auch wesentlich dazu bei, dass meine Zeit in Deutschland mir den Zugang zu den weiten Sälen des Prozessrechts verschaffte.

Im Herbst 1991 lernte ich in Uppsala auch Professor *Hannu Tapani Klami* kennen, der mich zu den Quellen der Theorie der Entscheidungshandlung führte. Er hat später das Manuskript meiner Dissertation gelesen, und seine Sachkenntnis hat wesentlich die Fertigstellung meiner Arbeit beeinflusst. Professor *Terttu Utriainen* hat das Manuskript der Dissertation in mehreren Phasen gelesen und mich schreiben gelehrt. Von ihr habe ich gelernt, was Monographie bedeutet. Sie hat mich auch in Fragen der Buchherstellung beraten. In Dankbarkeit sei noch Professor *Per Ole Träskman* gedacht, der mir half, den Kontakt mit der Universität Uppsala aufzunehmen.

Den grössten Teil meiner Arbeit habe ich jedoch an der Universität von Lappland gemacht. Von meinen Forscherkollegen war der Sekretär des Wassergerichts, Liz. jur. *Matti Hepola*, der Gesprächspartner, mit dem ich am offensten meine Gedanken klären konnte. Liz. jur. *Matti Niemi* hat versucht, mich in der Rechtstheorie auf dem rechten Wege zu halten, und ich glaube, das ist ihm auch gelungen. Ich danke auch Privatdozent *Frank Horn* und den Professoren unserer Fakultät für die Ratschläge und die Unterstützung, die sie mir gegeben haben.

Das Prozessrecht konkretisiert sich in der Rechtsprechung. Ich danke allen meinen Gesprächspartnern auf dem Felde der Praxis. Von ihnen haben am meisten zwei Richter auf meine Untersuchung eingewirkt. Landbezirksrichter *Hannu Räsänen* mit seinem positiven Wesen weckte während meiner Zeit als Auskultant mein Interesse am Prozessrecht. Appellationsgerichtsrat *Markku Arponen* machte es möglich, dass ich in der Schlussphase der Untersuchung meine Hypothesen in der Praxis am Kreisgericht Rovaniemi erproben konnte, das auch als eine Art Versuchslabor der Reform der Gerichte erster Instanz fungierte.

Stud. jur. *Lars Gielessen*, cand. jur. *Pasi Kumpula*, cand. jur. *Päivi Saukon-oja* und cand. jur. *Rauno Korhonen* haben in verschiedenen Phasen meiner Un-

tersuchung als meine Forschungsgehilfen gearbeitet und zur Fertigstellung meiner Arbeit beigetragen.

Der Lappland-Fond der Finnischen Kulturstiftung, die Akademie Finnlands und das Institut für Rechtsinformatik der Universität Lapland haben meine Arbeit wirtschaftlich unterstützt. *Dem Finnischen Juristenverband* danke ich für die Aufnahme der Untersuchung in seine Publikationsreihe und der Druckerei *Vammalan Kirjapaino Oy* für das zügige Drucken. Die Übertragung der Zusammenfassung ins Deutsche besorgte Professor *Dietrich Assmann*.

Meine Frau *Ing. Marjo Laukkanen* hat mir die langen Jahre der Untersuchung tapfer zur Seite gestanden. Nur sie weiss, wie schwer sie waren. Unser kleiner Sohn *Antti* kennt mich noch nicht einmal richtig, aber vielleicht geben die kommenden Jahre mehr Zeit uns kennenzulernen.

Das Manuskript wurde im Februar 1995 abgeschlossen. Danach erschienenes Material habe ich nur flüchtig und in beschränktem Masse berücksichtigen können.

In Rovaniemi am Vorabend des Mittsommerfestes 1995

Sakari Laukkanen

SISÄLLYS

Alkusanat	VII
Vorwort	X
Sisällys	XIII
Lähteet	XVIII
Lyhenteitä	XLVII

TUTKIMUSTEHTÄVÄ

1. Johdatus teemaan	1
2. Riidan kohteesta ja tutkimuksen normitaustasta	4
3. Riidan kohteen selvittämisen ongelmia	9
3.1 Vaatimusten selvittäminen	9
3.2 Vaatimusten perusteiden selvittäminen	10
3.3 Oikeuskysymysten selvittäminen	12
3.4 Yhteenveto	13

I TUOMARIN PROSESSIKÄSITYS

1. PROSESSIKÄSITYKSET, MENETTELYPERIAATTEET JA SÄÄNNÖT	14
1.1 Lainkäytön tavoitteet ja prosessikäsitteet	14
1.1.1 Lainkäytön tavoitteet	18
1.1.2 Prosessikäsitteet	19
1.1.3 Periaatteet prosessikäsitteiden osana	20
1.2 Menettelyperiaatteet	22
1.2.1 Menettelyperiaatteet osana prosessioikeuden systematiikkaa	24
1.2.2 Menettelyperiaatteet yleistyksinä lain säännöistä	26
1.2.3 Menettelyperiaatteet heuristisina periaatteina	27
1.3 Menettelysäännöt	29
1.3.1 Säännöt	29
1.3.2 Menettelyperiaatteiden merkityksen arviointia	31
1.4 Menettelyperiaatteiden tapauskohtainen tehokkuus	31
1.4.1 Hyväksyttävyyden ja tehokkuuden	31
1.4.2 Periaatteiden punninta tehokkuuden edellytyksenä	33
2. LIBERALISTINEN PROSESSIKÄSITYS	35
2.1 Peruskäsitteitä ja peruspiirteitä	35
2.2 Historia	37
2.2.1 Johdattelevia ajatuksia	37
2.2.2 Riidan kohteen määrittely roomalaisessa siviiliprosessissa	39

2.2.2.1 Legis Actio	40
2.2.2.2 Formula	41
2.2.2.3 Cognitio	42
2.2.3 Keskiajan oikeuskehitys	44
2.2.4 Pandektioikeuden neljä menettelyperiaatetta	46
2.2.5 Kehitys kohti määräämisperiaatetta	49
2.3 Liberalistisia periaatesysteemejä	51
2.3.1 Saksalainen periaatesystematiikka	51
2.3.2 Riidan kohdetta koskeva epäkohta saksalaisessa systematiikassa	55
2.3.3 Tirkkosen periaatesystematiikka	56
2.4 Tuomarin passiivinen rooli	58
2.4.1 Asianosaisten yksityisautonomia	58
2.4.2 Oikeussuojajapyyntäteoria	60
2.4.3 Menettelyperiaatteet passiivisuussääntöinä	61
2.4.4 Passiivisuussääntöjen hyväksyminen Suomessa	65
3. SOSIAALINEN PROSESSIKÄSITYS	69
3.1 Peruskäsitteitä ja peruspiirteitä	69
3.2 Historia	72
3.2.1 Preussin prosessilainsäädäntö	72
3.2.2 Gönnnerin periaatesystematiikka	75
3.2.3 Itävallan prosessilainsäädännön kehitys	78
3.3 Menettelyperiaatteiden modifiointeja	79
3.3.1 Granfeltin periaatesystematiikka	79
3.3.2 Ekelöfin periaatesystematiikka	81
3.3.2.1 Ekelöfin menettelyperiaatteet	83
3.3.2.2 Ekelöfin menettelyperiaatteiden vertailua saksalaiseen periaate-systematiikkaan	85
3.3.3 Virolaisen periaatesystematiikka	87
3.3.4 Muita modifiointeja	88
3.4 Yhteistoimintaperiaatteen kehitys Saksan prosessioikeudessa	89
3.4.1 Siviiliprosessin tavoitteita koskenut keskustelu	89
3.4.2 ZPO:n yksinkertaistamisuudistuksen merkitys	90
3.4.3 Yhteistoimintaperiaatteen käsitteen muotoutuminen	92
3.4.4 Yhteistoimintaperiaatteen keskeiset tavoitteet	93
3.5 Sosiaaliset arvot suomalaisessa siviiliprosessissa	94
3.5.1 Oikeudenkäyntimenettelyn historia	94
3.5.2 Lainsäädäntöhankkeiden tausta-arvot	96
3.5.3 Perusoikeusuudistus	97
3.5.4 Integraation vaikutus	98
3.6 Lainsäätäjän tarkoitus riidan kohteen selvittämisessä	101
3.6.1 Tarkastelun lähtökohtia	101
3.6.2 Lainsäätäjän tarkoituksen tulkintaa	103

II TUOMARIN RATKAISUMALLI

1. RATKAISUMALLIN TAVOITE JA SILLÄ KUVATTAVA ILMIÖ	107
1.1 Oikeustieteen mallit ja ratkaisumallit	107
1.2 Prosessin kohteen teorioista riidan kohteen hahmottamisen malliin	109

1.2.1 Vanhat saksalaiset teoriat	109
1.2.2 Käsitteiden juridis-tekninen merkitys	115
1.3 Ratkaisumalli riidan kohteen selvittämisestä	117
1.3.1 Riidan kohteen selvittämisen heuristiikka	119
1.3.2 Riidan kohteen selvittämisen intentionaalinen selittäminen	123
2. ASIAN HAHMOTTAMISEN MALLI	125
2.1 Hahmottamisen tasot	125
2.2 Todellisuuden taso	127
2.2.1 Tapahtumat	127
2.2.2 Riidat	128
2.3 Prosessitoimien taso	131
2.3.1 Vaatimukset ja niiden perusteet	131
2.3.2 Prosessitoimet	133
2.4 Oikeusjärjestyksen taso	135
2.4.1 Oikeustositseikat	135
2.4.2 Subsumptio oikeustositseikan muodostamisessa	138
2.5 Tuomion taso	143
2.5.1 Käsitteiden epäyhtenäisyys	143
2.5.2 Tuomion taso osana riidan kohteen selvittämistä	143
3. SUBSUMPTIO	145
3.1 Asiakysymykset ja oikeuskysymykset	145
3.1.1 Riidan kohteen täsmentämisen tavoitteista	145
3.1.2 Käsitteistä	146
3.1.3 Asia- ja oikeuskysymysten erottamisen merkitys	149
3.1.4 Asiakysymysten tunnistaminen	150
3.1.5 Oikeuskysymysten tunnistaminen	153
3.2 Vuorovaikutussubsumptio	155
3.2.1 Subsumptiosta	155
3.2.2 Asia- ja oikeuskysymysten vuorovaikutus	158
3.3 Subsumption tarkastelua	160
3.3.1 Vuorovaikutus dynaamisessa subsumptiotilanteessa	160
3.3.2 Vuorovaikutus leveässä subsumptiotilanteessa	163
3.3.3 Vuorovaikutussubsumption vaikutus menettelyperiaatteisiin	169
4. TIEDON LÄHTEISTÄ RIIDAN KOHTEN SELVITTÄMISESSÄ	172
4.1 Kokemussäännöt	172
4.2 Esiymmärrys	175
4.2.1 Esiymmärrys Brusiinin oikeusajattelussa	178
4.2.2 Esiymmärrys Ekelöfin teleologisessa tulkinnassa	179
4.3 Oikeudellisista informaatiolähteistä	184
4.3.1 Oikeuslähdeoppi osana justifointia	184
4.3.2 Oikeuslähdeopista informaatiolähdeoppiin	186
4.3.3 Informaatiolähdeopista	189

III TUOMARIN PROSESSINJOHTO

1. YHTEISTOIMINTAPERIAATE RIIDAN KOHTEN SELVITTÄMISESSÄ	192
1.1 Vastuunjaon ja tehtävien jaon näkökulmat	192

1.1.1	Prosessitoimet riita-asian valmistelussa	194
1.1.2	Ratkaisupakko	196
1.1.3	Asian selvittämisvelvollisuus	197
1.1.4	Aineellinen prosessinjohto	199
1.2	Yhteistoimintaperiaatteen institutionaalinen tuki	201
1.2.1	Perustuslain taso	201
1.2.2	Prosessilainsäädännön kehitys	203
1.2.3	Prosessioikeuden metodin uudistaminen	205
1.2.4	Käsittelyperiaatteen arvottomuus	206
1.2.5	Yhteistoimintaperiaate aineellisena prosessinjohtona	207
1.3	Yhteistoimintaperiaatteen relevanssi dispositiivisen riita-asian valmistelussa	208
1.3.1	Hallitseva mielipide Saksassa	209
1.3.2	Vaihtoehtoinen koulukunta	209
1.3.3	Yhteistoimintaperiaate tutkintamenetelmänä	210
1.3.4	Yhteistoimintaperiaate yhteisenä vastuuna	211
1.3.5	Yhteistoimintaperiaate informaatiosuhteen yhteistoimintana	213
2.	VAATIMUSTEN SELVITTÄMINEN	216
2.1	Vaativuudesta vastuunjakona	216
2.2	Vaatimuksen selvittämisen tarpeesta ja rajoista	218
2.2.1	Uusia vaatimuksia koskeva kanteenmuutoshakemus	222
2.2.2	Vaatimusten ja seikkojen yhteys	226
2.2.3	Oikeusseuraamuksesta ongelman ratkaisukriteerinä	228
2.3	Kanteenmuutoshakemusta muuttava tulkinta	232
2.3.1	Identiteettikriteerien arviointia	232
2.3.2	Kanteenmuutoshakemusta ehdottomuuden uusi tulkinta	234
2.4	Myöntäminen	237
2.4.1	Myöntämisen selvittäminen	239
3.	VAATIMUSTEN PERUSTEIDEN SELVITTÄMINEN	243
3.1	Väittämistä vastuunjakona	243
3.2	Tosiseikkojen selvittäminen	247
3.2.1	Tuomarin henkilökohtaiset tiedot prosessinjohtossa	251
3.2.2	Tehtävien jaon ja vastuunjaon erottaminen	254
3.3	Tunnustaminen	256
3.3.1	Tunnustaminen riita-asian valmistelussa	256
3.3.2	Tosiseikat tunnustamisen kohteena	257
3.3.3	Tunnustamisen sitovuus	260
4.	OIKEUSKYSYMYSTEN SELVITTÄMINEN	262
4.1	Jura novit curia -periaate vastuunjaon näkökulmasta	266
4.1.1	Asianosaisten määräysten sitovuuden arviointia	266
4.2	Tehtävien jako	267
4.2.1	Asianosaisten oikeuskysymyksiä koskevat lausumat	270
4.2.2	Oikeuskysymysten näyttämiseen liittyviä ongelmia	271
4.2.3	Oikeustieteelliset asiantuntijalausunnat	274
4.3	Tuomarin osallistuminen yhteistoimintaan	277
4.3.1	Neuvonta- ja selittämisvelvollisuus	278
4.3.2	Asianosaisten myötävaikutusmahdollisuus	280

4.3.3 Yllättävien ratkaisujen kieltö	281
4.3.4 Oikeuskeskustelu	283
5. SOVINNOSTA	285
5.1 Sovinto riita-asian ratkaisuna	286
5.2 Sovintoneuvottelu	287
5.2.1 Sovintopyrkimys	289
5.3 Sovintoehdotus	292
5.3.1 Sovintoon ohjaaminen	294
5.3.2 Sovintoehdotuksen tekeminen	297
5.3.3 Sovintoneuvottelun ongelmia	299
6. TUOMARIN ROOLI KEHITTYVIEN MENETTELYPERIAATTEIDEN VA- LOSSA	302
6.1 Yhdenvertaisuus yhteistoiminnan tavoitteena	302
6.2 Absoluuttisesta prosessioikeudesta intressien valvontaan	304
6.2.1 Virallistoimintaisuus intressien valvontana	307
6.3 Menettelyperiaatteiden punninta	309
Zusammenfassung	313
Oikeustapaushakemisto	331
Asiahakemisto	332

LÄHTEET

Aalto LM 1962

Aalto Jorma S.: Tuomarin kyselyvelvollisuudesta siviiliprosessissa. *Lakimies* 1962 s. 568–597.

Aarnio Lain ja kohtuuden tähden

Aarnio Aulis: Lain ja kohtuuden tähden. Juva 1986.

Aarnio Laintulkinnan teoria

Aarnio Aulis: Laintulkinnan teoria. Juva 1989.

Aarnio Laki, teko ja tavoite

Aarnio Aulis: Laki, teko ja tavoite. Tutkimus tavoitteellisuudesta lain tulkinassa ja sen soveltamisessa. Forssa 1975.

Aarnio LM 1977

Aarnio Aulis: Oikeusteorian nk. hermeneuttisesta suuntauksesta. *Lakimies* 1977 s. 316–356.

Aarnio LM 1989

Aarnio Aulis: Laintulkinnan regulatiivinen periaate. Pohdintaa yhden oikean ratkaisun mahdollisuudesta. *Lakimies* 1989 s. 594–617.

Aarnio LM 1994

Aarnio Aulis: Muodon uusi tuleminen. *Lakimies* 1994 s. 273–286.

Aarnio On Legal Reasoning

Aarnio Aulis: On legal reasoning. Turun Yliopiston julkaisuja. B-sarja osa 144. Turku 1977.

Aarnio The Rational

Aarnio Aulis: The Rational as Reasonable. A Treatise on Legal Justification. Dordrecht 1987.

Aarnio–Kangas

Aarnio Aulis – Kangas Urpo: Suomen jäämistöoikeus I. 3. uudistettu painos. Helsinki 1991.

Aarnio–Saarenpää

Aarnio Aulis – Saarenpää Ahti: Juristen, rättsvetenskapen, informationen – synpunkter på rättslivets framtid i informationssamhället. Teoksessa Peter Blume, Ritva Juntunen, Erik Mosesson, Olav Torvund (toim.): ADB, lagstiftning och juristens roll. s. 8–31. Lund 1990.

Alanen LM 1942

Alanen Aatos: Kohtuusnäkökohtien merkitys lainsäädännössä ja -käytössä. *Lakimies* 1942 s. 175–199.

Alanen LM 1958

Alanen Aatos: Oikeustiede oikeuslähteenä. *Lakimies* 1958 s. 423–429.

Alkio LM 1960

Alkio Paavo: Tuomarin riippumattomuudesta. *Lakimies* 1960 s. 463–472.

Alternativkommentar

Alternativkommentar: Kommentar zur Zivilprozessordnung. Reihe Alternativkommentare. Darmstadt 1987.

Anners Historia I

Anners Erik: Den europeiska rättens historia I. Stockholm 1974.

Anners Historia II

Anners Erik : Den europeiska rättens historia II. Berlings, Arlöv 1980.

Annerstedt

Annerstedt L.: Om domarens processledande verksamhet vid civila rättsvister. Upsala 1875.

Approximation

Ks. Storme Marcel.

Arens

Arens Peter: Die Grundprinzipien des Zivilprozessrechts. Teoksessa Gilles Peter (toim.): Humane Justiz. s. 1–15. Limburg 1977.

Arens AcP 173 (1973)

Arens Peter: Prozessrecht und materielles Recht. Archiv für civilistische Praxis. Band 173, 1973 s. 250–271.

Arens ZZP 96 (1983)

Arens Peter: Zur Aufklärungspflicht der nicht beweislustigen Partei im Zivilprozess. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 96, 1983 s. 1–24.

Arens-Lüke

Arens Peter – Lüke Wolfgang: Zivilprozessrecht. 5. Auflage. München 1992.

Arndt NJW 1959

Arndt Adolf: Das rechtliche Gehör. Neue Juristische Wochenschrift 1959 s. 6–8.

Arponen Oikeus 1995

Arponen Markku: Alioikeusuudistus – arktinen hysteria vai toteutunut unelma. Oikeus 1995 s. 36–42.

Baumann

Baumann Jürgen: Grundbegriffe und Verfahrensprinzipien des Zivilprozessrechts. Stuttgart 1970.

Baumbach – Lauterbach

Baumbach – Lauterbach: Zivilprozessordnung. 51., neubearbeitete Auflage. Begründet von Adolf Baumbach, fortgeführt von Wolfgang Lauterbach, nunmehr verfaßt von Jan Albers und Peter Hartmann. München 1993.

Baumgärtel

Baumgärtel Gottfried: Wesen und Begriff der Prozesshandlung einer Partei im Zivilprozess. 2. Auflage. Prozessrechtliche Abhandlungen. Heft 34. Leutershausen 1972.

Baumgärtel Humane Justiz

Baumgärtel Gottfried: Zugang zum Gericht für Unterprivilegierte: »Rechtshilfe« und Rechtsberatung. Teoksessa Gilles Peter (toim.): Humane Justiz. s. 17–28. Limburg 1977.

Baumgärtel ZZP 87 (1974)

Baumgärtel Gottfried: Neue Tendenzen der Prozesshandlungslehre. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 87, 1974 s. 121–137.

Baur

Baur Fritz: Wege zu einer Konzentration der mündlichen Verhandlung im Prozess. Berlin 1966.

Baur Festschrift für Bötticher

Baur Fritz: Vereinbarungen der Parteien über präjudizielle Rechtsverhältnisse im Zivilprozess. Teoksessa Festschrift für Bötticher. s. 1–11. Berlin 1969.

Baur JZ 1957

Baur Fritz: Sozialer Ausgleich durch Richterspruch. Juristenzeitung 1957 s. 193–197.

Baur– Grunsky

Baur Fritz – Grunsky Wolfgang: Zivilprozessrecht. 7. Auflage. Neuwied/Kriftel/Berlin 1991.

Bayles Law and philosophy 1986

Bayles Michael: Principles for Legal Procedure. Teoksessa Galligan D.J (Ed.): Procedure. s. 3–27. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Cambridge 1992. Law and philosophy. An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy. Volume 5, 1986 s. 33–57.

Bergholtz

Bergholtz Gunnar: Ratio et Auctoritas. Ett komparativrättsligt bidrag till frågan om domsmotiveringens betydelse främst i tvistemål. Skrifter utgivna av Juridiska Föreningen i Lund Nr 88. Lund 1987.

Bergholtz Festschrift till Jacobsson

Bergholtz Gunnar: Hönan eller ägget – Till frågan om domaren tänker baklänges. Teoksessa Festschrift till Ulla Jacobsson. s. 1–16. Göteborg 1991.

Bern

Bern Michael: Verfassungs- und verfahrensrechtliche Probleme anwaltlicher Vertretung im Zivilprozess. Schriftenreihe des Instituts für Anwaltsrecht an der Universität zu Köln. Band 2. Darmstadt 1992.

Bernhardt JZ 1963

Bernhardt Wolfgang: Wahrheitspflicht und Geständnis im Zivilprozess. Juristenzeitung 1963 s. 245–247.

Bethmann–Hollweg I, III, IV

Bethmann–Hollweg M. A: Der Civilprozess des gemeinen Rechts I. Bonn 1864. Der Civilprozess des gemeinen Rechts III. Bonn 1866. Der Civilprozess des gemeinen Rechts IV. Bonn 1868

Bettermann JBl. 1972

Bettermann Karl August: Verfassungsrechtliche Grundlagen und Grundsätze des Prozesses. Juristische Blätter 1972 s. 57–68.

Bettermann ZZP 88 (1975)

Bettermann Karl August: Arvostelu Bomsdorfin teoksesta Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 88, 1975 s. 347–350.

Bettermann ZZP 91 (1978)

Bettermann Karl August: Hundert Jahre Zivilprozessordnung – Das Schicksal einer liberalen Kodifikation. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 91, 1978 s. 365–397.

Beys ZZP 105 (1992)

Beys Kostas E: Zum Problem des Streitgegenstandes im Zivilprozess und den (gegebenenfalls national) zu ziehenden Folgerungen, insbesondere für die Rechtskraft. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 105, 1992 s. 145–181.

Birk NJW 1985

Birk Hans-Jörg: Wer führt den Zivilprozess – der Anwalt oder der Richter? Neue Juristische Wochenschrift 1985 s. 1489–1497.

Blomeyer

Blomeyer Arwed: Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren. Berlin–Göttingen–Heidelberg 1963.

Blomeyer Festschrift für Bötticher

Blomeyer Arwed: Der Rechtsschutzanspruch im Zivilprozess. Teoksessa Festschrift für Eduard Bötticher. s. 61–75. Berlin 1969.

Blomstedt

Blomstedt Yrjö: Laamannin- ja kihlakunnantuomarinvirkojen läänittäminen ja hoito 1500–1600-luvuilla (1523–1680). Oikeushistoriallinen tutkimus. Forssa 1958.

Blume TFR 1991

Blume Peter: Refleksjoner vedrørende civilprocessen. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1991 s. 20–41.

Bolding

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

Boman

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

Boman Deldom

Boman Robert: Deldom. Uppsala 1975.

Bomsdorf

Bomsdorf Falk: Prozessmaximen und Rechtswirklichkeit. Schriften zum Prozessrecht. Band 19. Berlin 1971.

Brehm

Brehm Wolfgang: Bindung des Richters an den Parteivortrag und Grenzen freier Verhandlungswürdigung. Tübingen 1982.

Brehm AnwBl. 1983

Brehm Wolfgang: Arbeitsteilung zwischen Gericht und Anwalt – eine ungenutzte Chance. Anwaltsblatt 1983 s. 193–197.

Broggini AcP 155 (1956)

Broggini Gerardo: Die Maxime »iura novit curia« und das ausländische Recht. Archiv für civilistische Praxis. Band 155, 1956 s. 469–485.

Broomé

Broomé G.: Allmänna civilprocessen. Lund 1890.

Brüggemann

Brüggemann Dieter: Judex statutor und judex investigator. Untersuchung zur Abgrenzung zwischen Richtermacht und Parteienfreiheit im gegenwärtigen deutschen Zivilprozess. Schriften zum deutschen und europäischen zivil-, handels-, und prozessrecht 50. Bielefeld 1968.

Bruns

Bruns Rudolf: Zivilprozessrecht. 2. Auflage. München 1979.

Bruns Festskrift till Ekelöf

Bruns Rudolf: Der materiellrechtliche Anspruch und der Zivilprozess. Teoksessa Festskrift till Per Olof Ekelöf. s. 161–178. Stockholm 1972.

Brusiin

Brusiin Otto: Tuomarin harkinta normin puuttuessa. Suomalaisen lakimiesten yhdistyksen julkaisuja N:o 14. Vammala 1938.

Brusiin Der Mensch

Brusiin Otto: Der Mensch und sein Recht. Ausgewählte rechtstheoretische Schriften. Toimittanut ja johdannon (s. 9–55) kirjoittanut Urpo Kangas. Schriften zur Rechtstheorie. Heft 143. Berlin 1990.

Brusiin DL 1934

Brusiin Otto: Oikeusfilosofia ja käytäntö. Defensor Legis 1934 s. 243–254.

Brusiin DL 1935

Brusiin Otto: Oikeellisuudesta. Defensor Legis 1935 s. 31–46.

Brusiin DL 1944

Brusiin Otto: Oikeustiede ja käytäntö. Defensor Legis 1944 s. 197–204.

Bydlinski

Bydlinski Franz: Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff. Wien, New York 1982.

Bötticher ZZP 85 (1972)

Bötticher Eduard: Prozessrecht und Materielles Recht. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 85, 1972 s. 1–29.

Cappelletti

Cappelletti Mauro: The Judicial Process in Comparative Perspective. Suffolk 1991.

Cappelletti–Garth

Cappelletti Mauro – Garth Bryant: A comparative conclusion. Teoksessa International Encyclopedia of comparative law. Volume XVI. Chapter 6. Tübingen 1984.

Carbell SvJT 1989

Carbell Leif: Arvostelu teoksesta Lindell: Partsautonomins gränser. Uppsala 1988. Svensk Juristtidning 1989 s. 60–67.

Carlson DL 1935

Carlson B. C: Rättsvärlden och verkligheten. Defensor Legis 1935 s. 449–457.

Carlson DL 1939a

Carlson B. C: Riita-asiain oikeudenkäynti alioikeudessa viimeisessä oikeudenkäyntilaitoksen uudistamista koskevassa hallituksen esitysluonnoksessa. Defensor Legis 1939 s. 285–314.

Carlson DL 1955

Carlson B. C: Viimeisimmät suunnitelmat oikeudenkäyntimenettelyn parantamiseksi. Defensor Legis 1955 s. 1–14.

Charpentier JFT 1912

Charpentier Axel: Rättegångsreformen. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1912 s. 809–857.

Chayes Harvard Law Review 1976

Chayes Abram: The role of judge in public law litigation. Harvard Law Review 1976 s. 1281–1316.

Chayes Harvard Law Review 1982

Chayes Abram: The Supreme Court 1981 Term. Harvard Law Review 1982 s. 4–60.

Cohn Erinnerungsgabe für Grünhut

Cohn Ernst J.: Zur Ideologie des Zivilprozessrechts. Teoksessa Erinnerungsgabe für Max Grünhut. s. 31–45. Marburg 1965.

Damrau

Damrau Jürgen: Die Entwicklung einzelner Prozessmaximen seit der Reichszivilprozessordnung von 1877. Rechts- und Staatswissenschaftliche Veröffentlichungen der Görres-Gesellschaft. Heft 16. Paderborn 1975.

Dworkin

Dworkin Ronald: Taking Rights Seriously. 7. painos. Cambridge 1980.

Eckhoff

Eckhoff Torstein: Rettskildelære. 2. opplag. Tano 1987.

Eckhoff TtR 1980

Eckhoff Torstein: Retningslinjer og tumregler. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1980 s. 145–163.

Eckhoff–Sundby

Eckhoff Torstein–Sundby Nils Kr.: Rettssystemer. Systemteoretisk innføring i rettsfilosofien. 2. utgave. Oslo 1991.

Edelstam

Edelstam Henrik: Sakkunnigbeviset. En studie rörande användningen av experter inom rättsväsendet. Göteborg 1991.

Eggleston Australian Law Journal 1975

Eggleston Richard: What is Wrong with the Adversary System? Teoksessa Galligan D.J (Ed.): Procedure. s. 335–345. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Cambridge 1992. The Australian Law Journal. Volume 49. 1975 s. 428–438.

EK:n pöytäkirjat 27.5.1960

Eduskunnan pöytäkirjat 27.5.1960 s. 846.

Ekelöf De lege

Ekelöf Per Olof: Ur straffet, skadeståndet och vitet. Teoksessa De lege. Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok. Årgång 1. s. 5–39. Göteborg 1991. (Lyhennelmä alkuperäisteoksen ta Uppsala 1942.)

Ekelöf Festskrift till Welamson

Ekelöf Per Olof: Samhällsåskådning och civilprocess – än en gång. Teoksessa Festskrift till Lars Welamson. s. 119–135. Stockholm 1988.

Ekelöf Grundbegrepp

Ekelöf Per Olof: Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper. Stockholm 1956.

Ekelöf Kompendium

Ekelöf Per Olof: Kompendium över Civilprocessen. Uppsala 1948.

Ekelöf LM 1950

Ekelöf Per Olof: Sanonnan subjektiivinen oikeus käyttämisestä oikeustieteessä. Lakimies 1950 s. 850–876.

Ekelöf Rättegång II

Ekelöf Per Olof: Rättegång. Andra häftet. 7. upplagan. Stockholm 1989.

Ekelöf Rättegång V

Ekelöf Per Olof: Rättegång. Femte häftet. 7. upplagan. Lund 1990.

Ekelöf SvJT 1979

Ekelöf Per Olof: Materiell processledning och medling – två debattämnen på Domstolsverkets seminarier i processrätt för domare. Svensk Juristtidning 1979 s. 546–567.

Ekelöf SvJT 1988

Ekelöf Per Olof: Arvostelu teoksesta Lindell: Sakfrågor och rättsfrågor. Uppsala 1987. Svensk Juristtidning 1988 s. 23–39.

Ekelöf Teknik

Ekelöf Per Olof: Är den juridiska doktrinen en teknik eller en vetenskap? Lund 1951.

Ekelöf Vetenskapssamhällets årsbok

Ekelöf Per Olof: En essay om tolkning och mening. Teoksessa Annales Academiae regiae scientiarum Upsaliensis/ Kungl. Vetenskapssamhällets i Uppsala årsbok 1976/20. s. 5–53. Stockholm.

Ekelöf Vänbok till Boman

Ekelöf Per Olof: Om rätt och moral. Teoksessa Process och execution: Vänbok till Robert Boman. s. 71–84. Göteborg 1990. (Myös teoksessa De lege. Juridiska fakulteten i Uppsala årsbok. Årgång 1. s. 57–71. Göteborg 1991.)

Ekelöf ZZP 85 (1972)

Ekelöf Per Olof: Der Prozessgegenstand – ein Lieblingskind der Begriffsjurisprudenz. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 85, 1972 s. 145–159.

Ekelöf–Boman Rättegång I

Ekelöf Per Olof – Boman Robert: Rättegång. Första häftet. 7. upplagan. Lund 1990.

Ekelöf–Boman Rättegång IV

Ekelöf Per Olof – Boman Robert: Rättegång. Fjärde häftet. 7. upplagan. Göteborg 1992.

Ellilä

Ellilä Tauno: Sivullisen oikeussuojan takeista ulosotossa erityisesti silmälläpitäen ulosmit-

- tausmenettelyä. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 27. Vammala 1947.
- Ellilä DL 1939*
 Ellilä Tauno: Kanteenmuuttamisen sallittavuudesta. Defensor Legis 1939 s. 380–408.
- Ellilä DL 1941*
 Ellilä Tauno: Kanteen yksilöimiskysymyksiä (oikeustapauskommentti). Defensor Legis 1941 s. 37–46.
- Ellilä DL 1972*
 Ellilä Tauno: Äskettäisistä oikeudenkäymiskaaren muutoksista (OK 10–12, 14–17 ja 25 luvut). Defensor Legis 1972 s. 297–321.
- Ellilä LM 1957*
 Ellilä Tauno: Arvostelu Sanfrid Staffansin teoksesta Civilprocessens föremål. Lakimies 1957 s. 264–275.
- Ellilä LM 1961*
 Ellilä Tauno: Prosessilainsäädäntömme kokonaisuudistuksen tarve. Lakimies 1961 s. 39–45.
- Eloranta*
 Eloranta Kari T.: Heuristiikat ja heuristisuus. Käsittelyongelmista ja niiden ratkaisemisen metodologiasta hallinto–opin näkökulmasta. Tampere 1974.
- Engeström–Haavisto–Pihlaja*
 Engeström Yrjö – Haavisto Vaula – Pihlaja Juha: Alioikeudet uuden työtavan kynnyksellä. Helsinki 1992.
- Engisch*
 Engisch Karl: Logische Studien zur Gesetzesanwendung. Heidelberg 1963.
- Engisch Einführung*
 Engisch Karl: Einführung in das juristische Denken. 8. Auflage. Stuttgart 1989.
- Engisch Festschrift Heidelberg*
 Engisch Karl: Subsumtion und Rechtsfortbildung. Teoksessa Festschrift der Juristischen Fakultät zur 600-Jahr-Feier der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. s. 3–9. Heidelberg 1986.
- Engisch Konkretisierung*
 Engisch Karl: Die Idee der Konkretisierung in Recht und Rechtswissenschaft unserer Zeit. 2. Auflage. Heidelberg 1968.
- Engström SvJT 1980*
 Engström Fritz: Materiell processledning och medling. Replik. Svensk Juristtidning 1980 s. 376–378.
- Erich*
 Erich Rafael: Suomen valtio-oikeus I–II. Helsinki 1924.
- Ervasti*
 Ervasti Kaijus: Oikeudenkäyntikulut uudessa alioikeusmenettelyssä. Tutkimus alioikeuksien käytännöstä. Oikeuspoliittisen tutkimuslaitoksen julkaisuja 126. Helsinki 1994.
- Esser Grundsatz*
 Esser Josef: Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. 4. Auflage. Tübingen 1990.
- Esser Methoden der Rechtswissenschaft*
 Esser Josef: Methodik des Privatrechts. Teoksessa Methoden der Rechtswissenschaft. Teil 1. s. 3–38. Oldenbourg München 1972.
- Esser Vorverständnis*
 Esser Josef: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung. Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis. Frankfurt am Main 1970.

Esser Wege der Rechtsgewinnung

Esser Josef: Die Interpretation im Recht. Teoksessa Wege der Rechtsgewinnung. s. 278–293. Tübingen 1990.

Esser Wertung

Esser Josef: Wertung, Konstruktion und Argument im Zivilurteil. Karlsruhe 1965.

Eyben Dommertilkendegivelser

Eyben W. E. von: Dommertilkendegivelser. København 1987.

Fasching

Fasching Hans W.: Lehrbuch des österreichischen Zivilprozeßrechts. Zweite Auflage. Wien 1990.

Fitger

Fitger Peter, Gullnäs Ingvar, Eklycke Lars, Eksborg Ann-Louise: Rättegångsbalken. Stockholm 1990.

Forsman

Forsman Jaakko: Suomen lainsäädännön historia. Sen pääpiirteet. Helsinki 1896.

Frände

Frände Dan: Den Straffrättsliga Legalitetsprincipen. Juridiska Föreningens i Finland Publikationsserie N:o 52. Ekenäs 1989.

Garth Law and social inquiry 1988

Garth Bryant B.: Privatization and the New Formalism: Making the Courts Safe for Bureaucracy. Law and social inquiry 1988 vol. 13 s. 157–174.

Gilles 'AcP 177 (1977)

Gilles Peter: Rechtsmitteleinlegung, Rechtsmittelbegründung und nachträgliche Parteidisposition über das Rechtsmittel. Archiv für die civilistische Praxis. Band 177, 1977 s. 189–244.

Gilles Effektivität

Gilles Peter: Der Beitrag der Sozialwissenschaften zur reform des Prozessrechts. Teoksessa Gilles Peter (toim.): Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmässige Ordnung. s. 105–144. München 1983.

Goldschmidt

Goldschmidt James: Zivilprozessrecht. 2. Auflage. Aalen 1969.

Gomard

Gomard Bernhard: Civilprocessen. 3. udgave. København 1990.

Granfelt Framställning

Granfelt Otto Hjalmar: Kort framställning av Finlands civilprocessrätt. Helsingfors 1927.

Granfelt JFT 1906

Granfelt Otto Hjalmar: Domarens och kändens inbördes ställning vid käromålets utvecklande i vanliga tvistemål. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1906 s. 75–99.

Granfelt JFT 1912

Granfelt Otto Hjalmar: Officialprincipen och dess tillämpning på materiellrättslig grund. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1912 s. 319–366.

Granfelt JFT 1915

Granfelt Otto Hjalmar: Officialprincipen och dess tillämpning på processrättslig grund. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1915 s. 170–212.

Granfelt JFT 1937

Granfelt Otto Hjalmar: Officialprincipen. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1937 s. 651–663.

Granfelt JFT 1954

Granfelt Otto Hjalmar: Några civilprocessuella konstruktionsfrågor och grundsatser. Tidsskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1954 s. 187–193.

Granfelt Processledningen

Granfelt Otto Hjalmar: Den materiella processledningen. 2. upplagan. Helsingfors 1911.

Granfelt Prosessiehdotus 1923

Granfelt Otto Hjalmar: Otto Hjalmar Granfelts förslag till reform av rättegångsväsendet år 1923. Helsingfors 1925.

Granfelt Sammandrag

Granfelt Otto Hjalmar: Sammandrag av Föreläsningar över Finlands Civilprocessrätt. Helsingfors 1919.

Granfelt Valda juridiska uppsatser 1944b

Granfelt Otto Hjalmar: Jura novit curia. Valda juridiska uppsatser. Helsingfors 1944. s. 59–73. (Myös teoksessa Festschrift tillägnad Friherre E. Marks von Würtemberg. Stockholm 1931.)

Graver

Graver Hans Petter: Den Juristskapte Virkelighet. Otta 1986.

Grenander

Grenander B. Kr.: Ur förhandlingsprincipens historia. Stockholm 1879.

Grunsky

Grunsky Wolfgang: Grundlagen des Verfahrensrecht. 2. Auflage. Bielefeld 1974.

Guldener

Guldener Max: Schweizerisches Zivilprozessrecht. 3. Auflage. Zürich 1979.

Gärde

Gärde N., Engströmer Thore, Strandberg Tore, Söderlund Erik: Nya rättegångsbalken. Stockholm 1949.

Gönner

Gönner Nikolaus Thaddäus von: Handbuch des deutschen gemeinen Prozesses. Erster Band. Erlangen 1804.

Habscheid

Habscheid Walther: Schweizerisches Zivilprozess- und Gerichtsorganisationsrecht. Frankfurt am Main 1986.

Habscheid Festschrift till Ekelöf

Habscheid Walther: Zur Aufgabe der Gerichte im sozialen Rechtsstaat. Teoksessa Festschrift till Per Olof Ekelöf. s. 283–298. Stockholm 1972.

Habscheid ZZP 81 (1968)

Habscheid Walther: Richtermacht oder Parteifreiheit. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 81, 1968 s. 175–196.

Habscheid-Schlosser

Habscheid Walther – Schlosser Peter: Die richterliche Unabhängigkeit in der Bundesrepublik Deutschland. Teoksessa Gilles (toim.): Effektivität des Rechtsschutzes und Verfassungsmässige Ordnung. s. 239–258 München 1983.

Hagerup Civilproces I

Hagerup Francis: Forelæsningar over Den norske Civilproces. Første del. Kristiania 1903.

Hagerup Civilproces II

Hagerup Francis: Forelæsningar over Den norske Civilproces. Anden del. Kristiania 1905.

Hagerup Retsencyclopædi

Hagerup Francis: Forelæsningar over Retsencyclopædi. Kristiania 1906.

Hahn

Hahn Bernhard: Kooperationsmaxime im Zivilprozess? München 1983.

Hahn JA 1991

Hahn Bernhard: Der sogenannte Verhandlungsgrundsatz im Zivilprozess. Juristische Arbeitsblätter 1991 s. 319–327.

Halila

Halila Jouko: Tunnustamisesta. Siviiliprosessuaalinen tutkimus. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 39. Vammala 1950.

Halila DL 1954

Halila Jouko: Asianosaisen oikeudenkäyntikulujen korvauskelpoisuudesta. Defensor Legis 1954 s. 205–236.

Halila DL 1972

Halila Jouko: Kanteen peruuttamisesta välimiesmenettelyssä. Defensor Legis 1972 s. 89–100.

Halila DL 1977

Halila Jouko: Suullisten lausumien pöytäkirjaan merkitsemisestä oikeudenkäynnissä. Defensor Legis 1977 s. 49–57.

Halila LM 1954

Halila Jouko: Oikeustieteellisistä asiantuntijalausunnoista. Lakimies 1954 s. 213–225.

Halila LM 1968

Halila Jouko: Kuluva vuosi – prosessioikeudellisen tutkimuksen merkkipuosi. Lakimies 1968 s. 763–766.

Halila Saamisoikeuksien kuittauksesta

Halila Jouko: Saamisoikeuksien kuittauksesta. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 64. Vammala 1961.

Halila H. LM 1988

Halila Heikki: Oikeustapauskommentti (KKO 1988:37). Lakimies 1988 s. 699–705.

Halme–Hirvonen–Hirvonen

Halme Jukka – Hirvonen Jorma – Hirvonen Juhani: Riita-asioiden uusi oikeudenkäyntimenettely ja käräjäoikeuden toiminta. Oikeusministeriön käräjäoikeus uudistuskoulutukseen tarkoittama opetusmoniste. Helsinki 1992.

Hammerich

Hammerich K. Fr.: Forhandlingsmaximen. København 1910.

Hart

Hart H. L. A.: The concept of law. 9. painos. Guildford and King's Lynn 1991.

Hassler Civilprocessrätt

Hassler Åke: Civilprocessrätt. Huvuddragen av domstolväsendet och rättegången i tvistemål enligt RB. Första häftet. Lund 1956.

Hassler Rättegångsbalken

Hassler Åke: Den nya rättegångsbalken. Förra delen. Lund 1947.

Havansi Asianajajan työkentältä

Havansi Erkki: Taakkaa kerrakseen. Teoksessa Asianajajan työkentältä – Från advokatens arbetsfält. s. 90–99. Helsinki 1994.

Havansi LM 1980

Havansi Erkki: Lakimies tiedemiehenä. Lakimies 1980 s. 658–665.

HE 15/1990 vp.

Hallituksen esitys Eduskunnalle riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi. 1990 vuoden valtiopäivät n:o 15.

HE 154/1990 vp.

Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren pöytäkirjaa ja tuomiota koskevien säännösten uudistamisesta riita-asioissa. 1990 vuoden valtiopäivät n:o 154.

HE 191/1993 vp.

Hallituksen esitys Eduskunnalle oikeudenkäyntikulujen korvaamista koskevien säännösten muuttamisesta. 1993 vuoden valtiopäivät n:o 191.

HE 309/1993 vp.

Hallituksen esitys Eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta. 1993 vuoden valtiopäivät n:o 309

HE 33/1959 vp.

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi oikeudenkäymiskaaren sekä laeiksi eräiden oikeudenkäyntimenettelyä koskevien muiden lakien muuttamisesta. 1959 vuoden valtiopäivät n:o 33.

HE 79/1993 vp.

Hallituksen esitys Eduskunnalle laiksi alioikeusuudistuksen siirtymäsäännöksistä sekä eräiksi muiksi alioikeusuudistuksen voimaansaantoon liittyviksi laeiksi. 1993 vuoden valtiopäivät n:o 79.

Heck

Heck Philipp: Das Problem der Rechtsgewinnung. Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz. Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Kokoomateos Heckin töistä. Sarjassa Studien und Texte zur Theorie und Methodologie des Rechts. Bad Homburg v.d Höhe 1968.

Hedemann

Hedemann Justus Wilhelm: Einführung in die Rechtswissenschaft. Leibzig 1919.

Heinonkoski LM 1918

Heinonkoski Onni: Riita-asiainoikeudenkäynnissä käsitellyn menettelykö? Lakimies 1918 s. 295–312.

Heinonkoski LM 1920

Heinonkoski Onni: Oikeudenkäyntilaitoksen uudistaminen. Lakimies 1920 s. 153–164.

Helin

Helin Markku: Lainoppi ja metafysiikka. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 178. Vammala 1988.

Helin LM 1978

Helin Markku: Immateriaalioikeuksien kohteesta. Lakimies 1978 s. 645–664.

Hellwig

Hellwig Konrad: System des Deutschen Zivilprozessrechts. Erster Teil. Leibzig 1912.

Henckel

Henckel Wolfram: Prozessrecht und Materielles Recht. Göttinger rechtswissenschaftliche Studien. Band 78. Göttingen 1970.

Henke

Henke Horst–Eberhard: Die Tatfrage. Berlin 1966.

Henke ZZP 81 (1968)

Henke Horst–Eberhard: Rechtsfrage oder Tatfrage – eine Frage ohne Antwort? Zeitschrift für Zivilprozess. Band 81, 1968 s. 196–251 ja 321–371.

Hermanson JFT 1878–1879

Hermanson Robert: Om juridisk konstruktion i Statsrätten I–III. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1878–1879 s. 1–32, 457–516.

Hernberg

Hernberg Alarik: Yleissiviilioikeus Suomen lain mukaan. Helsinki 1927.

Herr DRiZ 1988

Herr Robert: Partei- und Amtsmaxime. Deutsche Richterzeitung 1988 s. 57–59.

Hesselberger

Hesselberger Dieter: Die Lehre vom Streitgegenstand. Geschichtliche Entwicklung und gegenwärtiger Stand. Köln 1970.

Heuman

Heuman Lars: Advokatens rättsutredningar. Stockholm 1987.

Hintikka LM 1988

Hintikka Jaakko: Oikeusteoreettinen päättely ja oikeusjärjestelmät. Lakimies 1988 s. 219–231.

Holopainen LM 1977

Holopainen Toivo: Normin mukaista vai tavoitteiden suuntaista. Lakimies 1977 s. 627–643.

Holopainen LM 1981

Holopainen Toivo: Lainkäytön yhdenmukaisuus ja tuomarin asema. Lakimies 1981 s. 1–14.

Holtzhammer

Holtzhammer Richard: Österreichisches Zivilprozessrecht. Wien 1976.

Honkasalo

Honkasalo Brynolf: Vahvistuskanne-oikeudesta ja sen edellytyksistä Suomen oikeuden mukaan I. Aineelliset edellytykset. Helsinki 1928.

Honkasalo DL 1924

Honkasalo Brynolf: Prosessireformia odotellessa. Defensor Legis 1924 s. 305–314.

Honkasalo DL 1928

Honkasalo Brynolf: Lisiä oppiin asiantuntijoista prosessissa. Defensor Legis 1928 s. 346–360 ja 1929 s. 37–49.

Hormia

Hormia Lauri: Asianosaisen poissaolosta siviiliprosessissa. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 182. Vammala 1988.

Hormia LM 1990

Hormia Lauri: Sananen todistelusta vastaajan jäätyä saapumatta dispositiivisen riita-asian ensikäsittelyyn. Lakimies 1990 s. 259–262.

Hov

Hov Jo: Rettergang i sivile saker. Bergen 1991.

Huttunen DL 1989

Huttunen Kauko: Eräitä näkökohtia prosessiuudistuksesta. Defensor Legis 1989 s. 342–353.

Häsemayer ZZP 85 (1972)

Häsemayer Ludwig: Parteivereinbarungen über präjudizielle Rechtsverhältnisse – zur Fragwürdigkeit der Parteidisposition als Urteilsgrundlage. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 85, 1972 s. 207–228.

Iivanainen

Iivanainen Tuovi: Haastehakemuksen laatiminen asianajajan näkökulmasta. Tutkielma, Lapin Yliopisto, 1994.

Jacobsson Vänbok till Boman

Jacobsson Ulla: Något om rättighetsidéns uppgift i processen – Särskilt vad gäller RB 13:2 om fastställelseetalan. Teoksessa Process och Exekution. Vänbok till Robert Boman. s. 211–224. Göteborg 1990.

Jareborg Brotten

Jareborg Nils: Brotten. Första häftet. 2. upplaga. Lund 1984.

Jareborg TfR 1979

Jareborg Nils: Regler och riktlinjer. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1979 s. 385–410.

Jareborg TfR 1981

Jareborg Nils: Regler och riktlinjer – en replik. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1981 s. 436–444.

Jareborg Värderingar

Jareborg Nils: Värderingar. Lund 1975.

Jauernig

Jauernig Othmar: Zivilprozessrecht. 23 Auflage. München 1991.

Jauernig Verhandlungsmaxime

Jauernig Othmar: Verhandlungsmaxime, Inquisitionsmaxime und Streitgegenstand. Tübingen 1967.

Jellinek

Jellinek Georg: Das Recht des modernen Staates. Berlin 1905.

Jokela DL 1986

Jokela Antti: Oikeudenkäynnin julkisuus. Defensor Legis 1986 s. 38–60.

Jokela DL 1994

Jokela Antti: Oikeudenkäyntikulujen korvaamisesta uudessa riita-asia menettelyssä. Defensor Legis 1994 s. 139–162.

Jokela LM 1994

Jokela Antti: Aineellinen prosessinjohto ja asianosaisen tehtävät riita-asian valmistelussa. Lakimies 1994 s. 139–158.

Jokela Oikeudenkäyntikulut

Jokela Antti: Oikeudenkäyntikulut ja maksuton oikeusapu. Helsinki 1995.

Jonkka

Jonkka Jaakko: Syytekynnys. Tutkimus syytteen nostamiseen vaadittavan näytön arvioinnista. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 187. Vammala 1991.

Jonkka DL 1992

Jonkka Jaakko: Syyttäjän päätöksenteon empiiristä ja normatiivista tarkastelua. Defensor Legis 1992 s. 55–69.

Jonkka LM 1992

Jonkka Jaakko: Välittömyysperiaate prosessuaalisena oikeusperiaatteena. Lakimies 1992 s. 699–721.

Jonkka Om den finska straffprocessreformen

Jonkka Jaakko: Om den finska straffprocessreformen. Alustus ja paperi Nordisk Förening för Processrätt -yhdistyksen kokouksessa 38–30.9.1994 Kööpenhaminassa.

Jonkka Rikosprosessioikeuden

Jonkka Jaakko: Rikosprosessioikeuden yleisistä opeista. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksen julkaisuja A:6. Helsinki 1992.

Jonkka Todistusharkinnasta

Jonkka Jaakko: Todistusharkinnasta. Helsinki 1993.

Jusélius JFT 1895

Jusélius August: Några notiser om Österrikes civilprocesslagar af den 1 augusti 1895. Tidsskrift utgiven av Juridiska Förening i Finland 1895 s. 9–17.

Jänterä–Jareborg

Jänterä–Jareborg Maarit: Partsautonomi och efterlevande makes rättsställning. Skrifter från juridiska fakulteten i Uppsala 24. Göteborg 1989.

Kaila

Kaila Eino: Inhimillinen tieto. Helsinki 1939.

Kaila Valitut teokset 1

Kaila Eino: Todellisuuden tieteellisestä ja metafysiillisestä selittämisestä (1926). Teoksessa Valitut teokset 1 s. 418–444. Keuruu 1990.

Kaila Valitut teokset 2

Kaila Eino: Arkikokemuksen perseptuaalinen ja konseptuaalinen aines (1960). Teoksessa Valitut teokset 2 s. 561–622. Keuruu 1992.

Kallenberg

Kallenberg E.: Svensk civilprocessrätt. Andra bandet I. Lund 1927.

Kaplan Buffalo Law Review 1959

Kaplan Benjamin: Civil Procedure – Reflections on the Comparison of Systems. Teoksessa Galligan D.J. (Ed.): Procedure. s. 229–252. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Cambridge 1992. Buffalo Law Review. Volume 9. 1959 s. 409–432.

Kaplan–Clermont

Kaplan Benjamin – Clermont Kevin M.: Ordinary proceedings in first instance. England and the United States. Teoksessa International Encyclopedia of comparative law. Volume XVI. Chapter 6. Tübingen 1984.

Kaser Roomalainen

Kaser Max: Roomalainen yksityisoikeus. Suomeksi toimittanut Hannu Tapani Klami. Porvoo 1968.

Kaser Römisches

Kaser Max: Römisches Privatrecht. 12. Auflage. München 1981.

Kaser Zivilprozessrecht

Kaser Max: Das römische Zivilprozessrecht. München 1966.

Kastari

Kastari Paavo: Kansalaisvapauksien perustuslainturva. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. B-sarja N:o 164. Vammala 1972.

Kemppinen

Kemppinen Jukka: Tätä kaikki asianomaiset noudattakoot. Korkein oikeus, laki ja yhteiskunta 1918–1990. Helsinki 1992.

Kemppinen Kulttuuri-ilmiönä

Kemppinen Jukka: Oikeus kulttuuri-ilmiönä. Vankeinhoidon koulutuskeskuksen julkaisusarja 1/1990. Helsinki 1990.

Kemppinen LM 1991

Kemppinen Jukka: Väittämistaakka ja syytesidonnaisuus. Lakimies 1991 s. 1–12.

Kemppinen K. DL 1977

Kemppinen Kullervo: Asianajajan rooli kansakunnan näyttämöllä. Defensor Legis 1977 s. 94–103.

Kengyel

Kengyel Miklós: Richtermacht und Parteiherrschaft. Eine historische Analyse des ungarischen Zivilprozessrechts von 1911 bis 1980. Wissenschaftliche Vereinigung für internationales Verfahrensrecht e.V. –yhdistyksen kokouksessa 15.10.1993 Zürichissä jaettu paperi.

Kengyel Osteuropa Recht 1993

Kengyel Miklós: Sieben Jahrzehnte sozialistische Wissenschaft des Zivilprozessrechts. Osteuropa Recht 1993 s. 198–207.

Kivimäki DL 1952

Kivimäki T. M: Tunneperäisistä tuomioista. Defensor Legis 1952 s. 347–357.

Klami Anti-Legalism

Klami Hannu Tapani: Anti-Legalism. Five essays in the finalistic theory of law. Turun yliopiston julkaisuja. Sarja B. N:o 153. Turku 1980.

Klami DL 1980

Klami Hannu Tapani: Tarpeettomista lykkäyksistä. Defensor Legis 1980 s. 513–522.

Klami DL 1986

Klami Hannu Tapani: Ennakkotapausten sitovuudesta Suomen oikeudessa. Defensor legis 1986 s. 159–173.

Klami Finalistinen

Klami Hannu Tapani: Finalistinen oikeusteoria. Turun yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja. A:19:1980. Turku 1980.

Klami Föreläsningar

Klami Hannu Tapani: Föreläsningar över juridikens metodlära. Andra upplagan. Göteborg 1989.

Klami Ihmisen säännöt

Klami Hannu Tapani: Ihmisen säännöt. Tutkimus oikeuden olemuksesta, synnystä ja toiminnasta. Turun yliopiston julkaisuja. Sarja C. N:o 42. Turku 1983.

Klami Jus Finnonicum

Klami Hannu Tapani: Jus Finnonicum. Ruotsalaisen maakuntaoikeuden omaksumisesta Suomessa. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja n:o 154. Vammala 1981.

Klami Länsimaisen

Klami Hannu Tapani: Länsimaisen oikeusfilosofian historia. 3. uusittu painos. Turun yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja. A:21:1980. Turku 1980.

Klami Oikeudellisen

Klami Hannu Tapani: Oikeudellisen säätelyn yleinen teoria. Turun Yliopiston yksityisoikeuden laitoksen julkaisuja. 12/1977. Turku 1977.

Klami Oikeustiede 1982

Klami Hannu Tapani: Legal Heuristics. A theoretical skeleton. Oikeustiede–Jurisprudentia XV 1982.

Klami Sanningen

Klami Hannu Tapani: Sanningen om rätten. Uppsala 1990.

Klami Strömningar

Klami Hannu Tapani: Strömningar och problem. Uppsala 1990.

Klami SvJT 1990

Klami Hannu Tapani: Något om Ekelöfs teleologiska metod. Svensk Juristtidning 1990 s. 226–232.

Klami TfR 1981

Klami Hannu Tapani: Normernas roll i beslutsheuristiken. Metodologiska utvecklingsmöjligheter. Tidskrift for Rettsvitenskap 1981 s. 496–513.

Klami TfR 1987

Klami Hannu Tapani: Arvostelu teoksesta Peczenik: Rättsnormer. Kristianstad 1987. Tidskrift for Rettsvitenskap 1987 s. 1023–1025.

Klami–Sorvettula–Hatakka DL 1989

Klami Hannu T. – Sorvettula Johanna – Hatakka Minna: Todistajanäytön epäkohtia ja vaa-roja. Defensor Legis 1989 s. 87–95.

Klami–Sorvettula–Hatakka Law and philosophy 1991

Klami Hannu Tapani–Sorvettula Johanna–Hatakka Minna: Evidence and legal Reasoning: On the Intertwinement of the Probable and the reasonable. Law and philosophy. An International Journal for Jurisprudence and Legal Philosophy. Volume 10, N:o 1/1991 s. 73–107.

Klein

Klein Franz: Vorlesungen über die Praxis des Civilprocesses. Wien 1900.

Klein Reden

Klein Franz: Zeit- und Geistesströmungen im Prozesse (1901). Teoksessa Reden, Vorträge/Aussätze, Briefe. s. 117–138. Wien 1927.

Klein-Engel

Klein Franz – Engel Friedrich: Der Zivilprozess Oesterreichs. Mannheim – Berlin – Leipzig 1927.

Koch SvJT 1981

Koch v. Michael: Materiell processledning och medling. Svensk Juristtidning 1981 s. 32–39.

Koch J.

Koch Joh. Bapt.: Nikolaus Thaddäus von Gönners Staatslehre. Leibzig 1902.

Komiteanmietintö Oikeuslaitostoimikunta

Oikeuslaitostoimikunnan mietintö. Komiteanmietintö 1971: B 112.

Komiteanmietintö Perusoikeuskomitea

Perusoikeuskomitean mietintö. Komiteanmietintö 1992:3.

Komiteanmietintö Tuomarinuratoimikunta

Tuomarit 2000-luvulle. Tuomarinuratoimikunnan mietintö 1994:15. Helsinki 1994.

Komiteanmietintö Wreden komitean mietintö

Förslag till reform af rättegångsväsendet utarbetade af en därtill förordnad komité I–IV. Komitébetänkande 1901:8–11. Helsingfors 1901.

Komiteanmietintö 1925

Ehdotus oikeudenkäyntilaitoksen uudistamiseksi. Professori Otto Hjalmar Granfeltin laatimaa ehdotusta tarkastamaan asetetun komitean mietintö. Helsinki 1925.

Korkein oikeus LM 1920

Korkeimman oikeuden lausunto oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta 1920. Lakimies 1920 s. 205–215.

Koskinen DL 1968

Koskinen Pekka: Kanteen muuttamisesta siviiliprosessissa. Defensor Legis 1968 s. 101–112.

Kosonen Oikeus, demokratia, informaatio

Kosonen Touko: Hovioikeusprosessin uudistaminen. Teoksessa Oikeus, demokratia, informaatio. s. 149–158. Helsinki 1993.

Koulu

Koulu Risto: Hakemusasioista erityisesti avioeroasioiden kannalta. Helsinki 1989.

Koulu Oikeus 1995

Koulu Risto: Hukkuuko riidanratkaisu sovintoon. Oikeus 1995 s. 24–35.

Krawietz Oikeustiede 1992

Krawietz Werner: Inhimillisen oikeuskokemuksen teoria ja tutkimusohjelma – Otto Bruinin yleinen oikeusteoria. Oikeustiede–Jurisprudentia 1992 s. 165–213.

Laakso

Laakso Seppo: Oikeudellisesta sääntelystä ja päätöksenteosta. Helsinki 1990.

Lager Lainkäytön

Lager Irma: Lainkäytön pääasiat. Helsinki 1994.

Lager LM 1990

Lager Irma: Yksipuolinen tuomio ja todistelun tarpeellisuus. Lakimies 1990 s. 674–685.

Lainvalmistelukunta 1909

Lainvalmistelukunnan ehdotukset oikeudenkäyntilaitoksen uudistukseksi. Osa II. Ehdotus riita-asiain oikeudenkäyntilaitoksi ynnä perustelmat. Helsinki 1909.

Lainvalmistelukunta 1937

Lainvalmistelukunta: Ehdotus hallituksen esitykseksi eduskunnalle oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta. Lainvalmistelukunnan julkaisuja 1937:16. Helsinki 1937.

Lames

Lames Peter: Rechtsfortbildung als Prozesszweck. Veröffentlichungen zum Verfahrensrecht. Band 9. Tübingen 1993.

Lappalainen

Lappalainen Juha: Vahingonkorvausvaatimuksesta rikosjutussa. Prosessioikeudellinen tutkimus. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 169. Vammala 1986.

Lappalainen Alioikeusuudistus

Lappalainen Juha: Alioikeusuudistus 1987–1993. 3. uudistettu painos. Tampere 1994.

Lappalainen DL 1989

Lappalainen Juha: Asianosaisen väittämistaakasta muutoksenhaussa. Defensor Legis 1989 s. 96–119.

Lappalainen DL 1990

Lappalainen Juha: Vastakanne ja pääkanteen Lis pendens -vaikutus. Defensor Legis 1990 s. 552–562.

Lappalainen DL 1993

Lappalainen Juha: Oikeustapauskommentti (KKO 1992:133). Defensor Legis 1993 s. 1–6.

Lappalainen JFT 1993

Lappalainen Juha: Principen jura novit curia och domarens processledning. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1993 s. 36–43.

Lappalainen LM 1983

Lappalainen Juha: Oikeustapauskommentti (KKO 1983 II 55). Lakimies 1983 s. 834–838.

Lappalainen LM 1986

Lappalainen Juha: Oikeustositseikka ja todistustositseikka prosessioikeudellisina peruskäsitteinä. Lakimies 1986 s. 756–770.

Lappalainen LM 1988

Lappalainen Juha: Alioikeusmenettelyn kehittämisestä. Lakimies 1988 s. 957–968.

Lappalainen LM 1990

Lappalainen Juha: Eräs vastaajan väittämistaakkaa koskeva oikeustapaus. Lakimies 1990 s. 247–258.

Lappi-Seppälä

Lappi-Seppälä Tapio: Rangaistuksen määrittämisestä I. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja n:o 173. Vammala 1987.

Larenz

Larenz Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. 6. Auflage. Heidelberg 1991.

Larsson

Larsson Sven: Förlikning i tvistemål. Uppsala 1958.

Larsson Festschrift till Thornstedt

Larsson Sven: Rättskraft och teleologisk metod. Teoksessa Festschrift till Hans Thornstedt. s. 449–465. Stockholm 1983.

Larsson Partshandlingar

Larsson Sven: Studier rörande partshandlingar. Uppsala 1970.

Larsson SvJT 1980

Larsson Sven: Dispositionsprinciper och dispositiva regler. Svensk Juristtidning 1980 s. 755–605.

Laumen

Laumen Hans-Willi: Das Rechtsgespräch im Zivilprozess. Prozessrechtliche Abhandlungen N:o 58. München 1984.

LaVM 11/1993 vp.

Lakivaliokunnan mietintö n:o 11 hallituksen esityksestä laiksi alioikeusuudistuksen siirtymäsäännöksistä sekä eräiksi muiksi alioikeusuudistuksen voimaansapanoon liittyviksi laeiksi. 1993 vuoden valtiopäivät.

LaVM 16/1990 vp.

Lakivaliokunnan mietintö n:o 16 hallituksen esityksen johdosta riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi. 1990 vuoden valtiopäivät.

LaVM 6/1960 vp.

Lakivaliokunnan mietintö n:o 6 vuoden 1960 valtiopäivillä hallituksen esityksen johdosta laiksi oikeudenkäymiskaaren sekä laeiksi eräiden oikeudenkäyntimenettelyä koskevien lakien muuttamisesta. 1960 vuoden valtiopäivät.

Lehrberg

Lehrberg Bert: Förrättningsläran. Skrifter från Juridiska Fakulteten i Uppsala 23. Uppsala 1989.

Lehrberg I Aktiebolagens

Lehrberg Bert: I Aktiebolagens skymningsland. Skrifter från juridiska fakulteten i Uppsala 29. Göteborg 1990.

Lehtimaja LM 1981

Lehtimaja Lauri: Oikeustieteestä käyttötieteenä. Lakimies 1981 s. 567–600.

Lehtimaja LM 1981a

Lehtimaja Lauri: Aineellinen totuus ja järkevä epäily. Lakimies 1981 s. 170–174.

Lehtinen DL 1941

Lehtinen J. N: Oikeus tosiasiana. Karl Olivecronan kirjassaan Om lagen och staten esittämien ajatusten esittely. Defensor Legis 1941 s. 291–303.

Lehtonen

Lehtonen Asko: Perhe- ja jäämistöoikeuden prosessuaalisia kysymyksiä. Luentomoniste, Lapin Yliopisto, 1993.

Letto–Vanamo LM 1993

Letto–Vanamo Pia: Luettiin kärkeillä lakia vai luotiinko oikeutta – näkökulmia oikeudenkäytön historiaan. Lakimies 1993 s. 993–1007.

Liljenfeldt–Kuusimäki–Latvala DL 1995

Liljenfeldt Robert–Kuusimäki Matti–Latvala Jorma: »Alistusinstanssista» valitustuomioistuimeksi – hovioikeusmenettely jo olennaisesti uudistettu. Defensor Legis 1995 s. 248–276.

Liljenfeldt–Liljenfeldt DL 1993

Liljenfeldt Raija–Liljenfeldt Robert: Sovinnosta riita-asioissa. Defensor Legis 1993 s. 294–307.

Lindblom

Lindblom Per Henrik: Processhinder. Om skillnaden mellan formell och materiell rätt i civilprocessen. Särskildt vid bristande talerätt. Uppsala 1972.

Lindblom Festschrift till Jacobsson

Lindblom Per Henrik: Discovering Discovery. Praktisk processprolog eller Pandoras ask?. Teoksessa Festschrift till Ulla Jacobsson. s. 139–160. Göteborg 1991.

Lindblom Festschrift till Welamson

Lindblom Per Henrik: Lagtolkning eller rättstillämpning. Teoksessa Festschrift till Lars Welamson. s. 437–467. Stockholm 1988.

Lindblom Grupptalan

Lindblom Per Henrik: Grupptalan. Göteborg 1989.

Lindblom JFT 1993

Lindblom Per Henrik: Civilprocessens roll igår, idag och i morgon. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1993 s. 3–15.

Lindblom Studier i processrätt

Lindblom Per Henrik: Processen – bara en formsak? Teoksessa Studier i processrätt. s. 17–42. Göteborg 1993.

Lindblom SvJT 1984

Lindblom Per Henrik: Tes, antites och syntes – perspektiv på processrätten. Svensk Juristtidning 1984 s. 785–800.

Lindblom Vänbok till Boman

Lindblom Per Henrik: En struntsak. Om process och exekution rörande småbelopp. Teoksessa Process och execution. Vänbok till Robert Boman. s. 253–274. Göteborg 1990.

Lindell

Lindell Bengt: Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt. Uppsala 1987.

Lindell Partsautonomi

Lindell Bengt: Partsautonomins gränser. Skrifter från juridiska fakulteten i Uppsala 20. Hallsberg 1988.

Lindell Preklusion

Lindell Bengt: Processuell preklusion. Av nya omständigheter eller bevis rörande saken. Göteborg 1993.

Linna LM 1993

Linna Tuula: Korkeimman oikeuden perustelut oikeuskäytännön ohjauksessa – toteutuuko prejudikaattifunktio. Lakimies 1993 s. 137–160.

Loosli

Loosli Hans Rudolf: Information und Kommunikation im Zivilprozessverfahren des Kantons Zürich als Garant der Rechtsverwirklichung. Schriftenreihe zur Rhetorik, Band 1. Switzerland 1982.

Luterkort SvJT 1980

Luterkort Göran: Materiell processledning och medling. Replik. Svensk Juristtidning 1980 s. 378–382.

Makkonen Luentoja

Makkonen Kaarle: Luentoja yleisestä oikeustieteestä. Toinen painos. Jyväskylä 1981.

Makkonen Oikeudellisen

Makkonen Kaarle: Oikeudellisen ratkaisutoiminnan ongelmia. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. B-sarja N:o 191. Helsinki 1981.

McEwan

McEwan Jenny: Evidence and the Adversial Process: the Modern Law. Oxford 1992.

Meier

Meier Isaak: Iura novit curia. Die Verwirklichung dieses Grundsatzes im schweizerischen Zivilprozessrecht. Zürcher Schriften zum Verfahrensrecht. Heft 16. Zürich 1975.

Meier-Ottomann

Meier Isaak-Ottomann Rudolf: Prinzipiennormen und Verfahrensmaximen. Zürcher Studien zum Verfahrensrecht 103. Zürich 1993.

Melissinos

Melissinos Gerassimos: Die Bindung des Gerichts an die Parteianträge nach § 308 I ZPO. Berlin 1982.

Menger

Menger Anton: Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Volksklassen. Tübingen 1890.

Miller Harvard Law Review 1979

Miller Arthur R.: Of Frankenstein Monsters and Shining Knights: Myths, Reality, and the Class Action Problem. Harvard Law Review 1979 s. 664–694.

Mitteis–Lieberlich

Mitteis Heinrich – Lieberlich Heinz: Deutsche Rechtsgeschichte. München 1981.

Montesquieu

Montesquieu Charles Louis de Sec: The Spirit of Laws. New York 1949.

Montgomery

Montgomery Robert: Handbok i finlands allmänna privaträtt I. Helsingfors 1889.

Munch–Petersen

Munch–Petersen H.: Den danske Retspleje. Anden del. København 1918.

Münchener Kommentar I

Münchener Kommentar: Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung. Band 1. München 1992.

Munktel

Munktel Henrik: Det Svenska rättsarvet. Stockholm 1944.

Möller JFT 1995

Möller Gustaf: Om domens preklusionsverkan och alternativa grunder för käromål. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1995 s. 131–145.

Möller Juhlajulkaisu Olsson

Möller Gustaf: Om skiljeförfarande och talan om ogiltigförklarande eller ändring av bolagsstämmobeslut. Teoksessa Juhlajulkaisu Curt Olsson 1919–28.9.1989. s. 256–263. Helsingfors 1989.

Möller Oikeus, demokratia, informaatio

Möller Gustaf: Siviiliprosessin uudistaminen. Teoksessa Oikeus, demokratia, informaatio. s. 170–179. Helsinki 1993.

Nagel

Nagel Heinrich: Funktion und Zuständigkeit des Richters. Teoksessa Gilles (toim.): Humane Justiz. s. 53–72. Limburg 1977.

Niemi DL 1993

Niemi Matti: Havaintoja omistusasunnon suojasta yksityishenkilön velkajärjestelyssä. Defensor Legis 1993 s. 719–754.

Niemi–Kiesiläinen

Niemi–Kiesiläinen Johanna: Luonnollisen henkilön velkavastuu insolvenssioikeudessa. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 202. Vammala 1995.

Nousiainen

Nousiainen Kevät: Prosessin herruus. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 191. Helsinki 1993.

Nousiainen LM 1995

Nousiainen Kevät: Tuomioistuimet ja oikeusturva. Lakimies 1995 s. 55–68.

Oikeuslaitostoimikunta

Ks. Komiteanmietintö 1971: B 112.

Olivecrona

Olivecrona Karl: Rätt och Dom. København 1966.

Olivecrona Domstolar

Olivecrona Karl: Domstolar och tvistemål. 7. upplagan. Lund 1976.

Olivecrona JFT 1954

Olivecrona Karl: Grunden och saken. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1954 s. 312–346.

Olsson DL 1983

Olsson Curt: Ajankohtaisia kysymyksiä tuomioistuinlaitoksen piirissä. Defensor Legis 1983 s. 1–15.

Ovaskainen

Ovaskainen Seppo: Väittämistaakasta siviiliprosessissa. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitoksen julkaisuja A:2. Helsinki 1989.

Pajula

Pajula Paavo: Ensimmäinen lainsuomennos – lisiä suomalaisen lakikielen varhaishistoriaan. Suomalaisen kirjallisuudenseuran toimituksia N:o 246. Vammala 1955.

Pawlowski

Pawlowski Hans–Martin: Einführung in die Juristische Methodenlehre. Heidelberg 1986.

Pawlowski DRiZ 1988

Pawlowski Hans–Martin: Partei- und Amtsmaxime im Zivilprozess. Deutsche Richterzeitung 1988 s. 334–335.

Pawlowski ZZP 80 (1967)

Pawlowski Hans–Martin: Aufgabe des Zivilprozesses. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 80, 1967 s. 345–391.

Peczenik

Peczenik Aleksander: Juridikens metodproblem. Göteborg 1980.

Peczenik Rätten

Peczenik Aleksander: Rätten och förnuftet. 2. upplaga. Lund 1988.

Peczenik–Aarnio–Bergholtz

Peczenik Aleksander – Aarnio Aulis – Bergholtz Gunnar: Juridisk argumentation. Lund 1990.

Persson

Persson Mikael: Retorik för jurister. Borås 1992.

Perusoikeuskomitea

Ks. Komiteanmietintö 1992:3.

Perusoikeustyöryhmä 1992

Perusoikeustyöryhmä 1992 mietintö. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 2/1993. Helsinki 1993.

Peters

Peters Egbert: Richterliche Hinweispflichten und Beweisinitiativen im Zivilprozess. Tübingen 1983.

Peters ZZP 108 (1995)

Peters Egbert: Arvostelu teoksesta Leo Rosenberg/ Karl Heinz Schwab/ Peter Gottwald: Zivilprozessrecht. 15., neubearbeitete Auflage, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München 1993. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 108, 1995 s. 139–141.

Petrén JFT 1981

Petrén Gustaf: The Independence of the Judiciary. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1981 s. 95–100.

PeVM 25/1994 vp.

Perustuslakivaliokunnan mietintö n:o 25 hallituksen esityksestä perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta. 1994 vuoden valtiopäivät.

Pieper ZZP 91 (1978)

Pieper Helmut: Für eine Vermögenssicherung der Justiz. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 91, 1978 s. 459–470.

Posner The Journal of Legal Studies 1973

Posner Richard A.: An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administra-

tion. Teoksessa Galligan D.J (Ed.): Procedure. s. 61–114. The International Library of Essays in Law and Legal Theory. Cambridge 1992. The Journal of Legal Studies. Volume 2. 1973 s. 399–451.

Prütting

Prütting Hanns: Gegenwartsprobleme der Beweislast. Schriften des Instituts für Arbeits- und Wirtschaftsrecht der Universität zu Köln. Band 46. München 1983.

Prütting Die Zulassung

Prütting Hanns: Die Zulassung der Revision. München 1976.

Prütting LM 1992

Prütting Hanns: Uusia eurooppalaisen siviiliprosessioikeuden kehityssuuntia. Lakimies 1992 s. 744–753.

Prütting NJW 1980

Prütting Hanns: Die Grundlagen des Zivilprozesses im Wandel der Gesetzgebung. Neue Juristische Wochenschrift 1980 s. 361–366.

Pöyhönen

Pöyhönen Juha: Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 179. Vammala 1988.

Pöyhönen Juridisista teorioista

Pöyhönen Juha: Juridisista teorioista. Tutkimus lainopillisen teorian käsitteestä. Oikeustieteellisen tutkimuksen tutkimus: Julkaisu No 3, 1981. Helsinki 1981.

Pöyhönen LM 1985

Pöyhönen Juha: Oikeustapauskommentti (KKO 1984 II 180). Lakimies 1985 s. 552–563.

Rehfeldt ZJP 70 (1957)

Rehfeldt Bernhard: Arvostelu teoksesta Ekelöf: Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 70, 1957 s. 156–160.

Rosenberg–Schwab

Rosenberg Leo–Schwab Karl Heinz: Zivilprozessrecht begründet von Leo Rosenberg, durchgeführt von Karl Heinz Schwab. 14. Auflage. München 1986.

Rosenberg–Schwab–Gottwald

Rosenberg Leo–Schwab Karl Heinz–Gottwald Peter: Zivilprozessrecht begründet von Leo Rosenberg, durchgeführt von Karl Heinz Schwab, nunmehr bearbeitet von Peter Gottwald. 15. Auflage. München 1993.

Ross

Ross Alf: Om ret og retfærdighed. København 1953.

Roth ZJP 103 (1990)

Roth Herbert: Vernetzte Prozessmaximen im familiengerichtlichen Verbundverfahren. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 103, 1990 s. 5–21.

Ryhmäkannetyöryhmä

Ehdotus ryhmäkannelaiksi. Työryhmän mietintö. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 1/1995. Helsinki 1995.

Saarenpää Asianajajan työkentältä

Saarenpää Ahti: Tieto ja varasto. Oikeudellisen elämän tietotekniikkaa. Teoksessa Asianajajan työkentältä – Från advokatens arbetsfält. s. 344–366. Helsinki 1994.

Saarenpää Nordic studies

Saarenpää Ahti: Computers and Legal Life. The Use of Computers in Legal Life and Their Role in Legal Thinking. Teoksessa Peter Blume et al (toim.): Nordic studies in information technology and law. s. 45–71. Deventer – Boston 1991.

Saarenpää Oikeustiede 1984

Saarenpää Ahti E.: Sääntö, peukalosääntö, rutiini. Näkökohtia käytännön ja teorian suh-

- teesta. Oikeustiede–Jurisprudentia 1984 s. 267–330.
- Saarenpää* Tietohuolto ja juridiikka
- Saarenpää Ahti: Oikeusinformatiikka: Tiedettä ja toimintaa. Teoksessa Antti Rautava, Kaisa Sinikara (toim.): Tietohuolto ja juridiikka. s. 101–117. Jyväskylä 1992.
- Saarenpää* Tuomaripäivät 1991
- Saarenpää Ahti: In casu – tiedonhallinnan tuho. Ajatuksia oikeusinformatiikasta oikeuskäytännössä. Rovaniemen hovioikeuden IX tuomaripäivät 1991.
- Saariluoma*
- Saariluoma Pertti: Taitavan ajattelun psykologia. Keuruu 1992.
- Saarnilehto* LM 1992
- Saarnilehto Ari: Oikeustapauskommentti (KKO 1992:12). Lakimies 1992 s. 759–763.
- Salmiala* DL 1946
- Salmiala Bruno A.: Asianajaja ja totuus oikeudenkäynnissä. Defensor Legis 1946 s. 203–222.
- Scheinin*
- Scheinin Martin: Ihmisoikeudet Suomen oikeudessa. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. A-sarja N:o 189. Jyväskylä 1991.
- Scheuerle* AcP 157 (1958)
- Scheuerle Wilhelm A: Beiträge zum Problem der Trennung von Tat- und Rechtsfrage. Archiv für die civilistische Praxis. Band 157, 1958/1959 s. 1–85.
- Schlosser*
- Schlosser Peter: Zivilprozessrecht I. Erkenntnisverfahren. München 1983.
- Schlosser* Einverständliches Parteihandeln
- Schlosser Peter: Einverständliches Parteihandeln im Zivilprozess. Tübingen 1968.
- Schlosser* Z郑 90 (1977)
- Schlosser Peter: Arvostelu teoksesta Meier: Iura novit curia. Zürich 1975. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 90, 1977 s. 437–441.
- Schlosser* Z郑 91 (1978)
- Schlosser Peter: Arvostelu teoksesta Würthwein: Umfang und Grenzen des Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozess. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 91, 1978 s. 361–363.
- Schlyter*
- Schlyter C. J.: Juridiska Afhandlingar II Häftet. Lund 1879.
- Schmidt*
- Schmidt Richard: Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts. 2. Auflage. Leipzig 1906.
- Schmidt* Einführung
- Schmidt Richard: Einführung in die Rechtswissenschaft. Leipzig 1921.
- Schmidt* E. DRiZ 1988
- Schmidt Eike: Partei- und Amtsmaxime im Zivilprozess. Deutsche Richterzeitung 1988 s. 59–61.
- Schneider* DRiZ 1980
- Schneider Egon: Wissenschaft und Praxis des Zivilprozessrechts nach der Vereinfachungs-novelle. Deutsche Richterzeitung 1980 s. 220–222.
- Schneider* MDR 1977
- Schneider Egon: Beiträge zum neuen Zivilprozessrecht. Monatschrift für Deutsches Recht 1977, osa I s. 793–797, osa II s. 881–887, osa III s. 968–975.
- Schreiber* Juristische Ausbildung 1988
- Schreiber Klaus: Der Dispositionsgrundsatz im Zivilprozess. Juristische Ausbildung 1988 s. 190–197.

Schreiber Juristische Ausbildung 1989

Schreiber Klaus: Der Verhandlungsgrundsatz im Zivilprozess. Juristische Ausbildung 1989 s. 86–91.

Schrevelius

Schrevelius Fredrik: Lärobok i Sveriges allmänna nu gällande Civil-Process. Lund 1853.

Schumann ZZP 81 (1968)

Schumann Ekkehard: Das Rechtsverweigerungsverbot. Zeitschrift für Zivilprozess. Band 81, 1968 s. 79–102.

Scott Stanford Law Review 1975

Scott Kenneth E.: Two Models of the Civil Procedure. Stanford Law Review. Vol. 27, 1975 s. 937–950.

Seipel

Seipel Peter: Juristen och datorn. Kristianstad 1992.

Seipel Finna Rätt

Seipel Peter: Informationssökning och bibliotek. Teoksessa Ulf Bernitz, Lars Heuman, Madeleine Löfmarck, Hans Ragnemalm, Carl Martin Roos, Peter Seipel ja Anders Victorin: Finna Rätt. Andra upplagan. s. 179–204. Stockholm 1988.

Seiter Festschrift für Baur

Seiter Hugo: Beweisrechtliche Probleme der Tatsachenfeststellung bei richterlicher Rechtsfortbildung. Teoksessa Festschrift für Fritz Baur. s. 573–593. Tübingen 1981.

Serlachius Sakrätten

Serlachius Julian: Sakrätten 1. Toinen painos. Helsinki 1912.

Sevón DL 1989

Sevón Leif: Prosessiuudistuksen näköalat. Defensor Legis 1989 s. 18–33.

Sevón-Wilhelmsson-Koskelo

Sevón Leif-Wilhelmsson Thomas-Koskelo Pauline: Kauppalaan pääkohdat. Mänttä 1987.

Sohm

Sohm Rudolph: Institutionit. Roomalaisen yksityisoikeuden historian ja järjestelmän opikirja. 7. laajennettu painos. Suomentaja M.E Forsström. Helsinki 1899.

SOU 1938:44

Statens offentliga utredningar 1938:44. Processlagberedningens förslag till rättegångsbalk. II motiv. Stockholm 1938.

SOU 1982:26

Statens offentliga utredningar 1982:26. Översyn av rättegångsbalken 1. Stockholm 1982.

Staffans

Staffans Sanfrid: Civilprocessens föremål. Juridiska föreningens i Finland publikationsserie. N:o 27. Helsingfors 1956.

Staffans DL 1958

Staffans Sanfrid: Rättstillämpningen. Några reflexioner. Defensor Legis 1958 s. 131–134.

Stein

Stein Friedrich: Das private Wissen des Richters. Untersuchungen zum Beweisrecht beider Prozesse. Leipzig 1893.

Stein-Jonas

Stein-Jonas: Kommentar zur Zivilprozessordnung. 20. Auflage. Bearbeitet von Grunsky, Leipold, Münzberg, Schlosser u. Schumann. Tübingen 1989.

Stening

Stening Anders: Bevisvärde. Uppsala 1975.

Sterner SvJT 1980

Sterner Gunnar: Materiell processledning och medling. Replik. Svensk Juristtidning 1980 s. 382–384.

Storme Approximation

Storme Marcel (toimittaja): Approximation of Judiciary Law in the European Union. Working group for the approximation of the civil procedural law in Europe. Study on the approximation of laws and rules of the Member States concerning certain aspects of the procedure for civil litigation. Final Report. Dordrecht/Boston/London 1994.

Strahl

Strahl Ivar: Makt och rätt. Göteborg 1989.

Strömberg TFR 1993

Strömberg Tore: De två aspekterna på rättens termer. Tidsskrift for Rettsvitenskap 1993 s. 49–58.

Strömholm

Strömholm Stig: Rätt, rättskällor och rättstillämpning. 3. upplagan. Lund 1988.

Strömholm Länsimaisen oikeusajattelun historia

Strömholm Stig: Länsimaisen oikeusajattelun historia. Suomen lakimiesliiton kirjasarja. N:o 103. Helsinki 1989.

Stürner Festschrift für Baur

Stürner Rolf: Verfahrensgrundsätze des Zivilprozesses und Verfassung. Teoksessa Festschrift für Fritz Baur. s. 647–666. Tübingen 1981.

Summers ARSP Beiheft 11 (1979)

Summers Robert S.: Two Types of Reasons of Substance in Common Law Cases. Archiv Für Rechts- und Sozialphilosophie Beiheft neue Folge Nr. 11. Law and the Future of Society. s. 217–229. Wiesbaden 1979.

Sundby

Sundby Nils Kristian: Om normer. Norge 1974.

SuVM 49/1960 vp.

Suuren valiokunnan mietintö n:o 49 vuoden 1960 valtiopäivillä hallituksen esityksen johdosta laiksi oikeudenkäymiskaaren sekä laeiksi eräiden oikeudenkäyntimenettelyä koskevien lakien muuttamisesta.

Takki

Takki Tapio: Lainkäyttäjän lainsäätäjän työn jatkajana. Korkeimman oikeuden oikeutta luovasta roolista. Suomen lakimiesliiton kirjasarja. N:o 86. Helsinki 1985.

Taksøe-Jensen

Taksøe-Jensen Finn: Materiel Procesledelse i borgerlige sager. København 1976.

Telaranta

Telaranta K. A.: Varallisuus oikeudellinen tahdonilmaisu. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. B-sarja N:o 59. Porvoo 1953.

Therman DL 1977

Therman Bo: Joitakin näkökohtia asianajajan etiikasta. Defensor Legis 1977 s. 164–172.

Thomas-Putzo

Thomas Heinz-Putzo Hans: Zivilprozessordnung. 16. Auflage. München 1990.

Thomasson SvJT 1952

Thomasson E.: När skall ombud angiva litteratur och rättsfall som han vill åberopa? Svensk Juristtidning 1952 s. 148–150.

Timonen LM 1989

Timonen Pekka: Tutkijan ja tuomarin oikeuslähteoppi. Oikeuslähteopin eräiden lähtökohtien tarkastelua. Lakimies 1989 s. 666–688.

Tirkkonen

Tirkkonen Tauno: Oikeusvoimasta, sen luonne ja subjektiivinen ulottuvaisuus Suomen siiviliprosessioikeudessa. Helsinki 1933.

Tirkkonen JFT 1962

Tirkkonen Tauno: Oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1962 s. 318–327.

Tirkkonen Juhlajulkaisu Ståhlberg

Tirkkonen Tauno: Prosessioikeuden johtavista periaatteista. Teoksessa juhlajulkaisu Kaarlo Juho Ståhlberg. s. 422–440. Suomalainen Lakimiesyhdistys. Vammala 1945.

Tirkkonen LM 1941

Tirkkonen Tauno: Rikosprosessimenettelyn kohteesta. Lakimies 1941 s. 512–521.

Tirkkonen LM 1947

Tirkkonen Tauno: Eräitä näkökohtia Ruotsin uudesta alioikeusmenettelystä. Lakimies 1947 s. 563–579.

Tirkkonen LM 1951

Tirkkonen Tauno: Arvostelu Jouko Halilan teoksesta Tunnustamisesta. Lakimies 1951 s. 152–165.

Tirkkonen LM 1957

Tirkkonen Tauno: Arvostelu Sanfrid Staffansin teoksesta Civilprocessens föremål. Lakimies 1957 s. 258–264.

Tirkkonen LM 1964

Tirkkonen Tauno: Kontradiktorisesta periaatteesta siviiliprosessissa. Lakimies 1964 s. 1006–1012.

Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I

Tirkkonen Tauno: Suomen siviiliprosessioikeus I. Toinen uusittu painos. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. B-sarja N:o 105. Porvoo 1974.

Tirkkonen Siviiliprosessioikeus II

Tirkkonen Tauno: Suomen siviiliprosessioikeus II. Toinen uusittu painos. Toimittanut Jouko Halila. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisuja. B-sarja N:o 128. Porvoo 1977.

Tolonen Juhlajulkaisu Huttunen

Tolonen Hannu: Yleisten oppien rakenteesta ja merkityksestä. Teoksessa Juhlajulkaisu Allan Huttunen 1928–5.11.1988. s. 177–194. Turun Yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja A. Juhlajulkaisut N:o 2. Turku 1988.

Tolonen Oikeustiede 1989

Tolonen Hannu: Säännöt, periaatteet ja tavoitteet: Oikeuden, moraalien ja politiikan suhteesta. Oikeustiede–Jurisprudentia 1989 s. 333–384.

Tolonen Turun yliopiston

Tolonen Hannu: Eräitä näkökohtia skandinaavisesta oikeusrealismista. Teoksessa Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 30 v. s. 405–419. Turun yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan julkaisuja A. Juhlajulkaisut N:o 4. Turku 1991.

Tuomarinuratoimikunta

Ks. Komiteanmietintö 1994:15.

Valtioneuvoston selonteko

Valtioneuvoston selonteko oikeudenkäyntimenettelyn ja tuomioistuinlaitoksen uudistamisesta. Eduskunnan pöytäkirjat I/1971 vp. s. 989–995 ja asiaa koskeva keskustelu s. 1071–1100.

Vereinfachungsnovelle

Vereinfachungsnovelle: Entwurf eines Gesetzes zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren. Drucksache 7/2729, oikeusvaliokunnan lausunto 21.5.1976, liittopäivien yhteenvedo Drucksache 7/5250, välitysväliokunnan lausunto 25.6.1976, edellisen johdosta esitetty vaatimus lain hyväksymisestä muutetussa muodossaan 7.7.1976, liittopäivien vastaus Bundesgesetzblatt Z 1997 A 9.12.1976.

Viljanen

Viljanen Veli-Pekka: Kansalaisen yleiset oikeudet. Suomalaisen oikeusajattelun perusteet N:o 5. Turku 1986.

Virolainen Alioikeusuudistus

Virolainen Jyrki: Alioikeusuudistus I. Käräjäoikeus ja siviiliprosessin muutokset. 4. painos. Lapin yliopiston oikeustieteellisiä julkaisuja. Sarja B 19. Rovaniemi 1993.

Virolainen DL 1989

Virolainen Jyrki: Kommentteja alioikeusprosessin kehittämistä käytyyn keskusteluun. Defensor Legis 1989 s. 567–578.

Virolainen DL 1989

Virolainen Jyrki: Tuomioistuin oikeudenkäyntimenettelyn kehittäjänä. Defensor Legis 1989 s. 56–77.

Virolainen DL 1990

Virolainen Jyrki: Oikeustapauskommentti (KKO 1990/111, T:2558). Defensor Legis 1990 s. 71–77.

Virolainen DL 1990

Virolainen Jyrki: Kanteen muuttamisesta ja ennakkopäätösten perusteleminen – teoriaa, käytäntöä, kritiikkiä. Defensor Legis 1990 s. 563–586.

Virolainen DL 1992

Virolainen Jyrki: Oikeustapauskommentti (KKO 1992/73, T:1849). Defensor Legis 1992 s. 75–83.

Virolainen DL 1993

Virolainen Jyrki: Hovioikeusprosessi uudistumassa. Defensor Legis 1993 s. 263–293.

Virolainen Lainkäyttö

Virolainen Jyrki: Lainkäyttö. Oikeudenkäynnin perusteet ja lainkäyttöelimet siviili- ja rikosprosessissa. Helsinki 1995.

Virolainen LM 1983

Virolainen Jyrki: Materiaalisesta prosessinjohtosta. Lakimies 1983 s. 148–173.

Virolainen LM 1985

Virolainen Jyrki: Väittämistaakasta vähäisen. Lakimies 1985 s. 973–1006.

Virolainen LM 1990

Virolainen Jyrki: Oikeustapauskommentti (KKO 1990:1). Lakimies 1990 s. 1050–1056.

Virolainen LM 1991

Virolainen Jyrki: Väittämistaakasta ja eräistä metodologisista kysymyksistä. Lakimies 1991 s. 366–386.

Virolainen LM 1993

Virolainen Jyrki: Oikeustapauskommentti (KKO 1993:57). Lakimies 1993 s. 1059–1066.

Virolainen Materiaalinen

Virolainen Jyrki: Materiaalinen prosessinjohto. Helsinki 1988.

Vogel

Vogel Oscar: Grundriss des Zivilprozessrechts. 3. Auflage. Bern 1992.

Vollkommer

Vollkommer Max: Die Stellung des Anwalts im Zivilprozess. Köln 1984.

Wach Handbuch

Wach Adolf: Handbuch des Deutschen Civilprozessrechts. Leipzig 1885.

Wach Vorträge

Wach Adolf: Vorträge über die Reichs-Civilprozessordnung. Toinen painos. Bonn 1896.

Walder-Bohner

Walder-Bohner Hans Ulrich: Zivilprozessrecht (1983) ja Supplement (1991). Zürich 1991.

Wassermann

Wassermann Rudolf: Der soziale Zivilprozess. Zur Theorie und Praxis des Zivilprozesses im sozialen Rechtsstaat. Neuwied 1978.

Wasserstrom

Wasserstrom Richard A.: The Judicial Decision. Stanford 1961.

Westberg

Westberg Peter: Domstols officialprövning. En civilprocessuell studie i anslutning till RB 17:3 p 1. Lund 1988.

Weyers

Weyers Hans-Leo: Über Sinn und Grenzen der Verhandlungsmaxime im Zivilprozess. Teoksessa Dogmatik und Methode, Josef Esser zum 65. Geburtstag. s. 193–224. Kronberg 1975.

Wieczorek

Wieczorek Bernhard: Zivilprozessordnung und Nebengesetze auf Grund der Rechtsprechung kommentiert I–II. Berlin–New York 1976.

Wihuri

Wihuri Antti-Juhani: Subsumptio, transformaatio ja punninta. Argumentaatioteoreettinen tutkimus oikeudellisen ratkaisutoiminnan rakenteesta. Licensiaatintutkimus, Helsingin Yliopisto, yleisen ja vertailevan oikeustieteen laitos. Helsinki 1992.

Wihuri Ryhmäkanne

Wihuri Antti-Juhani: Ryhmäkanne. Perusselvitys käyttömahdollisuuksista Suomen oikeusjärjestelmässä. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 3/1992. Helsinki 1992.

Wikström

Wikström Kauko: Oikeuskäytännön tulkinnasta. Suomalaisen lakimiesyhdistyksen julkaisu. A-sarja N:o 128. Vammala 1979.

Wilhelmsson

Wilhelmsson Thomas: Om styrning av försäkringsvillkor. En rättsvetenskaplig studie angående avtalsfriheten vid frivillig skadeförsäkring. Juridiska föreningens i Finland Publikationsserie N:o 43. Vammala 1977.

Wolf

Wolf Manfred: Ausbildung, Auswahl und Ernennung der Richter. Teoksessa Gilles Peter (toim.): Humane Justiz. s. 73–90. Limburg 1977.

Wrede Esineoikeuden

Wrede Rabbe Axel: Esineoikeuden pääpiirteet. Toimittanut Ilmari Caselius. Helsinki 1946.

Wrede Föreläsningar

Wrede Rabbe Axel: Professor R. A. Wredes föreläsningar öfver Civilprocessens allmänna läror. Helsingfors.

Wrede I–III

Wrede Rabbe Axel: Finlands gällande Civilprocessrätt I–III. Helsingfors 1922, 1923, 1929.

Wrede JFT 1886

Wrede Rabbe Axel: Civilprocessen, dess begrepp och gränser. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1886 s. 68–91.

Wrede JFT 1892

Wrede Rabbe Axel: Frågor rörande Domstolsreformen, afsedda att föreläggas en konferens af sakkunniga personer. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland s. 559–574.

Wrede JFT 1894

Wrede Rabbe Axel: Försök till tolkning af 1 kap. R. B. Tidskrift utgiven av Juridiska Förening i Finland 1894 s. 317–373.

Wrede JFT 1895

Wrede Rabbe Axel: Konferensen för öfverläggning om särskilda frågor rörande domstolsreformen i Finland, uti Helsingfors den 15, 16, 17, 18, 19, 21 och 22 januari 1894. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1895 s. 272–307.

Wrede JFT 1909

Wrede Rabbe Axel: Oscar Bülow. Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland 1909 s. 201–210.

Wrede Sakrätten

Wrede Rabbe Axel: Grunddragen av sakrätten. Helsingfors 1926.

Wrede Valda juridiska uppsatser II

Wrede Rabbe Axel: Valda juridiska uppsatser II. Juridiska föreningens i Finland publikationsserie. N:o 8. Helsingfors 1939.

Wreden komitean mietintö

Ks. Komitean mietintö 1901: 8–11.

Wróblewski

Wróblewski Jerzy: The Judicial Application of Law. Dordrecht, Boston, London 1992.

Würthwein

Würthwein Martin: Umfang und Grenzen des Parteieinflusses auf die Urteilsgrundlagen im Zivilprozess. Berlin 1977.

Ylikangas LM 1993

Ylikangas Heikki: Ylimmän tuomiovallan kehitys. Lakimies 1993 s. 1145–1150.

Ylöstalo DL 1975

Ylöstalo Matti: Sivuvaikutteista vapaana. Defensor Legis 1975 s. 120–123.

Zettel

Zettel Günther: Der Beibringungsgrundsatz. Schriften zum Prozessrecht. Band 53. Berlin 1977.

Zippelius

Zippelius Reinhold: Juristische Methodenlehre. 5. Auflage. München 1990.

Zitting Juhlajulkaisu Olsson

Zitting Simo: Ongelmanerittelystä ja sen merkityksestä uudemmassa siviilioikeudessa. Teoksessa Juhlajulkaisu Curt Olsson 1919–28.9.1989. s. 425–430. Helsingfors 1989.

Zitting LM 1984

Zitting Simo: Siviilinormin käytöstä ratkaisutoiminnassa. Lakimies 1984 s. 499–514.

Zöller

Zöller Richard: Zivilprozessordnung. 16. Auflage. Köln 1990.

LYHENTEITÄ

AcP	= Archiv für die civilistische Praxis
AGO	= Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten
alav.	= alaviite
ALR	= Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten
AnwBl.	= Anwaltsblatt (13.1926–20.1933; N.F. 1.1950/51ff.;vorher: Nachrichten f. d. Mitglieder d. Dt. Anwaltsvereins)
ARSP	= Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie
CJF	= Corpus Juris Friedericianum
DL	= Defensor Legis
DRiZ	= Deutsche Richterzeitung
HakKäsl	= laki hakemusasioiden käsittelystä yleisessä alioikeudessa 30.4.1986/307
HE	= hallituksen esitys eduskunnalle
HM	= Suomen Hallitusmuoto 17.7.1919/94
HO	= hovioikeus
JA	= Juristische Arbeitsblätter
JB1.	= Juristische Blätter (61. 1932ff.): vereinigt mit Gerichts-Zeitung (1. 1872–67. 1938; 68. 1946ff.)
JFT	= Tidskrift utgiven av Juridiska Föreningen i Finland
JR	= Juristische Rundschau
JZ	= Juristenzeitung (6. 1951ff.; Forts. v: Dt. Rechts-Zs. u. Süddt Juristen-Ztg.)
KKO	= korkein oikeus
KäOA	= käräjäoikeusasetus 28.6.1993/582
KäOL	= käräjäoikeuslaki 28.6.1993/581
L	= laki
LaVM	= eduskunnan lakivaliokunnan mietintö
LM	= Lakimies
LunL	= laki kiinteän omaisuuden ja erityisten oikeuksien lunastamisesta 29.7.1977/603
MDR	= Monatsschrift für Deutsches Recht
mm.	= muun muassa
NJW	= Neue Juristische Wochenschrift
ns.	= niin sanottu
OikTL	= laki varallisuus oikeudellisista oikeustoimista 13.6.1929/228
OK	= oikeudenkäymiskaari
PeVM	= eduskunnan perustuslakivaliokunnan mietintö
RB	= rättegångsbalken 18.7.1942 (Ruotsi)
RO	= raastuvanoikeus
Rpl.	= lov om rettens pleje 11.4.1916 (Tanska)
SopS	= Suomen säädöskokoelman sopimussarja

SOU	= statens offentliga utredningar (Ruotsi)
SuVM	= eduskunnan suuren valiokunnan mietintö
SvJT	= Svensk Juristtidning
TfR	= Tidskrift for Rettsvitenskap
TLL	= Teliikennelaki 3.4.1981/267
VJL	= laki yksityishenkilön velkajärjestelystä 25.1.1993/57
vp.	= valtiopäivät
ZPO	= Zivilprozeßordnung (Civilprozeß-Ordnung) von 1877; idF v. 12.9.1950 (BGBl. I S. 533), (Saksa)
ZZP	= Zeitschrift für Zivilprozeß (bis 62. 1941: f. Dt. Zivilprozeß)

TUTKIMUSTEHTÄVÄ

1. JOHDATUS TEEMAAAN

Suomessa tuomarin roolilla ei ole käsitteenä erityistä oikeudellista merkitystä.¹ Sitä tarkastellaan tavallisesti oppikirjojen johdantojaksoissa, joissa käsitellään prosessioikeuden yleistä oikeudellista luonnetta. Prosessioikeuden normien ehdottomuus, aineellisen totuuden periaate, yhden oikean ratkaisun idea, käsittelymenetelmään kuuluva tuomarin passiivisuus ja ajatus tuomarista lainsäädäntöä soveltavana automaattina ovat meillä niitä prosessioikeuteen liittyviä käsitteitä, joilla on määrätty tuomarin roolista ja hegemoniasta oikeudenkäynnissä. Koska tutkimuksen kohteena oleva tuomarin rooli jää näiden käsitysten valossa vielä kovin epämääräiseksi, helpotan sen ymmärtämistä ja prosessioikeuden systematiikkaan sijoittamista seuraavalla vertauksella.

Shakkipeliä käytetään usein havainnollistamaan oikeustieteellisesti mielenkiintoisia ilmiöitä. Shakkipelissä on pelilauta ja nappulat, pelin säännöt ja pelaajat. Peliä voidaan tarkastella monesta näkökulmasta. Voidaan tarkastella sääntöjä, esimerkiksi niiden sisältöä tai soveltamista. Voidaan myös tarkastella pelivälineitä eli nappuloita. Tarkastelun kohteena voivat olla myös pelaajat, heidän toimintansa ja ajattelunsa.

Peliin avautuu uusi näkökulma, jos asetumme itse pelaajan paikalle ja tarkastelemme peliä hänen näkökulmastaan. Silloin säännöt korostuvat toimintaa ohjaavina normeina. Nappulat ja lauta ovat välineitä, joiden avulla pelataan. Tästä näkökulmasta paljastuu myös uusia näkökohtia. Pelaajan tavoitteena on voittoa

¹ Viimeaikoina aihepiiriä on kuitenkin tutkittu ja tuomarin roolia valaistu eri näkökulmist. Ks. esimerkiksi *Kemppinen, Nousiainen* ja *Virolainen* Lainkäyttö. Tuomarin roolin käsittekin on otettu käyttöön uusimmassa oikeustieteellisessä kirjallisuudessa. Ks. esimerkiksi *Viro-lainen* Lainkäyttö s. 259 ss.

peli. Siinä onnistuakseen hänen täytyy huomioida vastapelaajan siirrot. Hänen on pyrittävä siirtämään nappuloitaan sillä tavalla, että hän toisaalta noudattaa pelin sääntöjä, mutta toisaalta voittaa pelin. Hänellä voi olla joko etukäteen suunniteltu strategia tai kokemusten myötä muodostunut menetelmä, jolla hän pyrkii voittoon. Pelaaja tietää myös pelin säännöt ja mahdollisuudet ratkaista peli yksittäistä nappulaa siirtämällä. Hän siirtää samaa nappulaa eri tavoin pelin eri tilanteissa.

Shakin sääntöjä ei muuteta kovin herkästi. Sen sijaan prosessioikeuden sääntöjä on viime aikoina muutettu merkittävällä tavalla. Prosessioikeudessa kuitenkin muuttuvat pelin sääntöjen muuttuessa myös pelin tavoitteet. Prosessioikeudelle on tyypillistä se, että pelaaja joutuu säännöistä päättämään, onko myös pelin tavoitetta muutettu. Lienee selvää, ettei pelaaja, joka pyrkii uusilla säännöillä vanhaan tavoitteeseen, voi voittaa pelaajaa, joka pyrkii uusilla säännöillä uusiin tavoitteisiin. Shakissakin nykyiset nappuloiden siirtosäännöt on laadittu niin, että kuningas matitetaan eikä esimerkiksi lähettä.

Vertauksessa näkyy tutkimuksen rakenne. Pelinä on käräjäoikeudessa tapahtuva dispositiivisen riita-asian valmistelu silloin, kun selvitetään *riidan kohdetta* (OK 5 luku 19 § 1–2 kohta). Käytän riidan kohteen selvittämistä myös nimitystä *asian hahmottaminen*, joka kuvaa erästä ratkaisumallin yhteydessä selitettävää näkökulmaa. *Riidan kohteen selvittämiseen kuuluu (1) vaatimusten, (2) niiden perusteiden ja (3) erimielisyyden kohteen selvittäminen*. Tuomari on shakkilaudan ääressä istuva pelaaja. Peli, sen säännöt ja pelivälineet, tuomarin toiminnan tavoite ja hänen strategiansa muodostavat tuomarin roolin. Prosessikäsitykset kuvaavat pelin tavoitteita. Ratkaisumalli taas on sellainen toiminnallinen kokonaisuus, joka kuvaa tuomarin toimintastrategiaa eli hänen tapaansa reagoida vastapuolen siirtoihin pelin sääntöjen mukaisilla toimenpiteillä. Prosessin johto liittyy siihen, miten tuomari reagoi yksittäisillä nappuloilla vastapuolen siirtoihin. Prosessitoimia taas voi verrata nappuloihin ja niiden siirtämiseen.

Oikeustiede on perinteisesti tutkinut tuomioistuimen toimintaa yksityiskohden kautta. Prosessioikeuden tutkimuksen kohteena ovat olleet lähinnä yksittäiset nappuloiden siirrot tai niiden siirtosäännöt. Tutkimus on ollut yksityiskohdissaan hyvin syvällistä. Tiede on antanut mahdollisimman kattavasti vastauksen teorian ja käytännön ongelmatilanteisiin. Tämän tutkimuksen tavoite on kuitenkin erilainen. Pyrin kehittämään teoriaa, jolla riidan kohteen selvittäminen hallitaan uuden lain tavoitteita palvelevalla tavalla. Tutkimuksessa kuvataan tuomarin rooliin liittyvän oikeuskulttuurin muutosta tietyssä tilanteessa eli riita-asian valmistelussa.

Tuomarin rooli on lain muutoksen myötä muuttunut monella tavalla. Muutosta ei voi kuvata yksittäisen siirtosäännön tulkinnan tai siirron analyysin kautta,

vaan näkökulman on oltava laajempi. Teorian täytyy olla toimiva. Yksityiskohdissa tarkastelu on tarpeen kohdistaa vain niihin riidan kohteen selvittämisen kannalta merkittäviin näkökohtiin, joissa uusi toimintastrategia muuttaa aikaisempia käsityksiä.

Tutkimuksessa tuomari on oikeudenkäynnin aktiivinen osapuoli. Aikaisemmin opetettiin, että tuomarin täytyi olla dispositiivista riita-asiaa käsitellessään passiivinen. Asianosaiset määräsivät riidan kohteesta ja huolehtivat asian selvittämisestä määräämisperiaatteen ja käsittelymenetelmän mukaisesti. Tätä illuusiota vahvisti suullis-pöytäkirjallinen menettely. Uudessa menettelyssä tuomari ei voi antaa asian edetä passiivisesti, koska ei ole olemassa pöytäkirjaa, johon tapahtumat taltioidaan. Oikeudenkäyntiaineisto ei tule ratkaisutilanteeseen annettuna, vaan tuomarin on huolehdittava sen keräämisestä asian käsittelyn aikana. Keskeinen tehtävä tässä riita-asian valmistelussa on muodostaa mahdollisimman yksityiskohtainen käsitys riidan kohteesta eli lain sanamuodon mukaisesti selvittää se, mistä asianosaiset ovat erimielisiä (OK 5:19).

Tarkastelen tuomarin roolia kolmen muuttujan avulla. Ne ovat (1) prosessikäsitys, (2) ratkaisumalli ja (3) prosessinjohto. Prosessikäsitykset kuvaavat oikeudenalakohtaisia arvoja ja tavoitteita, periaatteita sekä sääntöjä normeina, jotka palvelevat lainkäytön yhteiskunnallisten päämäärien saavuttamista ja ylläpitämistä. Päämääriin kuuluu esimerkiksi aineellisoikeudellisten oikeuksien suojaaminen, oikeusrauha ja yhteiskunnallinen oikeudenmukaisuus. Tarkastelun kohteena ovat uuden lain tavoitteet ja niistä johtuva prosessikäsityksen muutos sekä sen vaikutus tuomarin työhön.

Ratkaisumalli liittyy tuomarin ajatteluun, tapaan hahmottaa ongelmatilanne ja muodostaa perusteltava ratkaisu. Uutta riita-asiaien menettelyä koskevassa laissa korostuvat uudet käsitteet, joilla aikaisemmin on ollut vain vähän merkitystä. Myös menettelyn muuttuminen suullis-pöytäkirjallisesta suulliseksi ja välittömäksi edellyttää ratkaisumallin muuttamista. Asia on käsiteltävä eri tavalla kuin aikaisemmin. Käytännöstä on jo kantautunut viestejä tuomareista, jotka äänittävät koko suullisen valmistelun istunnon ja kirjoittavat ne muistioiksi itselleen, ja tuomareista, jotka paisuttavat kirjallisen valmistelun korvaamaan aikaisempaa kirjelmäoikeudenkäyntiä. Tämä voimavarojen haaskaaminen ja väärä suuntaaminen osoittavat ratkaisumallissa olevan puutteita. Vanhasta ja turvallisesta menettelystä pidetään kiinni osittain siksi, ettei oikeustiede tarjoa vaihtoehtoa. Kirjelmien käytön kieltä ja käsky suulliseen ja välittömään menettelyyn eivät tehoa, ellei samalla kerrota, miten asia tulee käsitellä.

Prosessinjohtossa konkretisoituvat uudet tavoitteet ja uusi toimintastrategia. Uudet tavoitteet eivät voi jäädä periaatetasolle, vaan myös yksittäisen nappulan siirtosäännöt täytyy tulkita uutta tavoitetta palvelevalla tavalla. Prosessinjohto

ja prosessinjohtotapa vaikuttavat oikeudenkäynnin hegemoniaan. Aikaisemmin korostettiin tuomioistuimen hierarkiaa. Tiedon ja taidon asemesta korostui muodollinen arvovalta. Tässä tutkimuksessa rakennetaan huolellisen ja rationaalisen riita-asian valmistelun teoriaa, joka toivon mukaan palvelee käytännössä samaa tavoitetta kuin muodollisuus aikaisemmin eli tuomioistuintoiminnan legitimiisyyttä.

2. RIIDAN KOHTEESTA JA TUTKIMUKSEN NORMITAUSTASTA

Tutkimuksessa siis tarkastellaan tuomarin roolia prosessikäsitysten näkökulmasta. Keskeisenä tavoitteena on uuden prosessikäsitteen konstruoiminen tai paremmin muuttuvan prosessikäsitteen perusteleminen. Tämän tavoitteen rinnalla perinteinen tulkintajuridiikka jää vähäisemmälle huomiolle. Prosessinjohtoa koskevassa pääjaksossa periaatteita ja ratkaisutoiminnan teoriaa koskevat kannanotot kuitenkin konkretisoidaan tietyssä tilanteessa. Sitä tilannetta on otsikossa kutsuttu »riidan kohteen selvittämiseksi».

Tutkimuksessa riidan kohteen selvittämisellä tarkoitetaan asianosaisten *vaatimusten* ja *niiden perusteiden selvittämistä*. Tästä tuomarin velvollisuudesta säättää OK 5:19.1,1: »Valmistelussa on selvitettävä: 1) asianosaisten vaatimukset ja niiden perusteet».² Tämä säännös on tarkasteltavan ilmiön kannalta keskeinen. Sitä kuitenkin täydentää saman momentin toinen kohta, jonka mukaan asian valmistelussa on selvitettävä, »mistä asianosaiset ovat erimielisiä» (OK 5:19.1,2). Vaatimukset ja niiden perusteet muodostavat keskeisen asianosaisten erimielisyyden kohteen. Erimielisyys voi koskea pelkästään joko vaatimuksia tai niiden perusteita tai molempia.

Tutkimuksen alaotsikko koskevan ongelman muodostaa se, millä yläkäsitteellä molempien asianosaisten vaatimusten ja niiden perusteiden selvittämistä voidaan kuvata. Tällainen tarkka rajausta on tarpeen, koska tutkimuksessa ei tarkastella todisteisiin liittyviä erimielisyyksiä tai niiden selvittämistä. Asianosaisten välinen erimielisyys voi nimittäin koskea myös todisteita, joiden selvittämisen velvollisuudesta säättää OK 5:19.1,3: »Valmistelussa on selvitettävä: 3) mitä todis-

² Selvittämistyö säädetään tuomarin velvollisuudeksi tuomioistuimen prosessinjohtovelvollisuutta koskevalla OK 5:17:llä. Ks. siitä HE 15/1990 vp. s. 63.

teita tullaan esittämään ja mitä kullakin todisteella aiotaan näyttää toteen». Milä käsitteellä siis kuvataan vaatimusten ja niiden perusteiden selvittämistä, mutta ei todisteisiin liittyvien erimielisyyksien selvittämistä?

Lainsäätäjä käyttää tässä yhteydessä käsitettä »riidan kohteen täsmentäminen», joten ensi silmäyksellä näyttää siltä, että lainsäätäjä on jo ratkaissut kysymyksen.³ Tarkemmassa tarkastelussa riidan kohteen käsite osoittautuu kuitenkin ongelmalliseksi. Riidan kohde viittaa saksalaiseen käsitteeseen »Streitgegenstand» tai Norjassa käytettyyn käsitteeseen »tvistegenstand». Ensimmäinen ongelma aiheutuu siitä, että meillä tätä käsitettä ei ole käännetty yleensä »riidan kohteeksi», vaan puhutaan »riita-asiain oikeudenkäynnin kohteesta»,⁴ »siviili-prosessin kohteesta»⁵ tai »prosessin kohteesta».⁶

Prosessin kohde kehitettiin saksalaisessa oikeudessa käsitteeksi, jolla ajateltiin voitavan hallita mm. sääntöön »ei kahdesti samassa asiassa» (ne bis in idem) liittyvät ongelmat, kuten vireilläolovaikutuksen ulottuvuus (lis pendens) ja oikeusvoimavaikutuksen objektiivinen ulottuvuus (res judicata). Käsite liittyi oikeussuojapyyntöteoriaan ja korosti kanteen ja määräämisperiaatteen merkitystä. *Kantaja määräsi* prosessin kohteen haastehakemuksessaan ja kanteen muuttaminen oli oikeudenkäynnin aikana kiellettyä.⁷ Suullis-pöytäkirjallisen menettelyn tarkoituksenmukainen toteuttaminen ja vastaajan puolustusintressi edellyttivät, että kantaja täsmensi prosessin kohteen heti oikeudenkäynnin alussa (OK 14:1 L 12.8.1960/362).⁸ Prosessin kohteen käsitteelle vakiintui siten tietty juridis-tekninen merkitys, joka ei näyttäisi sopivan yhteen OK 5:19.1,1:ssä säädetyn selvittämisvelvoitteen kanssa siltä osin kuin valmistelussa on selvittettävä *vastaajan* vaatimuksia ja niiden perusteita. Nykyisin prosessioikeuden ongelmat pyritään meillä ratkaisemaan niin, ettei prosessin kohteen käsitteelle anneta erityistä oikeudellista merkitystä. Jos sillä on kuitenkin edes vakiintunut esitystekninen merkitys, voidaanko siitä poikeavan riidan kohteen käsitteen käyttöä perustella? Eikö siis olisi puhuttava prosessin kohteen selvittämisestä?⁹

³ HE 15/1990 vp. s. 64.

⁴ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 19.

⁵ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 377, Halila s. 4.

⁶ Lappalainen Alioikeusuudistus s. 88 ja 120.

⁷ Larsson Festschrift till Thornstedt s. 454.

⁸ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 378.

⁹ Toinen ongelma aiheutuu siitä, että riidan kohteen käsitettä käytetään laissa myös eri yhteyksissä: nimittäin asianosaisen puhevaltaa koskevassa OK 12:1,2:ssa ja asianosaissuoraan-toa koskevassa OK 12:5a:ssa. Tutkimuksessa ei ole tarkasteltu sitä, mitä »riidan kohde» merkitsee näissä käyttöyhteyksissä, mutta se näyttäisi eroavan merkitykseltään riidan kohteen täsmentämisestä OK 5:19.1,1:ssä tarkoitettulla tavalla. Riidan kohteen luovuttaminen nimittäin viit-

Asianosaisten vaatimusten ja niiden perusteiden selvittäminen on perinteistenkin teorioiden valossa prosessin kohteen selvittämistä siltä osin kuin valmistelussa selvitetään kantajan vaatimuksia ja niiden perusteita. Tältä osin OK 5:19.1,1 on osittain korvannut aikaisemmassa laissa olleen kanteen kehittämistä koskeneen säännöksen (OK 14:1).¹⁰ Kantajan esittämän oikeudenkäyntiaineiston selvittämistä voidaan siten kutsua prosessin kohteen tai riidan kohteen selvittämiseksi ilman, että esitys olisi ristiriidassa aikaisemman teorian kanssa.

Miten on sitä vastoin suhtauduttava vastaajan vaatimusten ja niiden perusteiden selvittämiseen? Perinteisesti on katsottu, ettei vastaaja määrää prosessin kohdetta vaatimuksillaan ja niiden perusteella, joten esimerkiksi »ne bis in idem»-säännöt koskevat ainoastaan kantajan kannetta.¹¹ Jutun vireilläolovaikutus ja oikeusvoimavaikutus on nähty toistensa kääntöpuolina niin, että vireilläolovaikutus syntyy oikeudenkäynnin kuluessa samassa laajuudessa kuin tuomion oikeusvoima lainvoimaisen tuomion jälkeen estäisi uuden oikeudenkäynnin samassa asiassa.¹² Jos vastaaja on halunnut saattaa tutkittavaksi toisen prosessin kohteen, vastaajan on lähtökohtaisesti pitänyt nostaa sitä koskeva vastakanne.¹³ Voidaankin sanoa, että mikäli vastaaja esittää ilman vastakannetta vaatimuksia ja niiden perusteita, ei niiden selvittäminen ole prosessin kohteen/riidan kohteen – siis uuden tai toisen sellaisen – selvittämistä.

Kantajan oikeussuojapyyntönsään määräämä prosessin kohde on kuitenkin jo vanhastaan nähty kysymyksenä, joka voi oikeudenkäynnin alkaessa olla epäselvä. Tätä silmällä pitäen vuonna 1960 säädettiin OK 14:1, joka velvoitti kantajaa heti oikeudenkäynnin alussa yksilöimään kanteensa. Säännöksellä pyrittiin tehostamaan käsittelyn keskittämistä niin, että välttyttäisiin turhilta lykkäyksiltä.¹⁴ Säännöksen tavoite vastasi siten OK 5:19.1,1:n tavoitetta.¹⁵ Vastaajalla oli

taa lähinnä asianosaisten aineellisoikeudelliseen oikeussuhteeseen ja siinä tapahtuviin muutoksiin. Ks. HE 191/1993 vp. s. 10–11 ja ns. aineellisesta erikoisseuraannosta *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus* I s. 443 ss. On varsin tavallista, että prosessioikeudellista käsitteistöä käytetään eri merkityksissä jopa eri lainkohdissa: esimerkiksi seikka-sanana eri merkityksiä tarkastellaan tässäkin tutkimuksessa. Riidan kohde tutkimuksen otsikossa ja riidan kohde OK 12 luvussa ovat siten kaksi eri käyttöyhteyttä.

¹⁰ HE 33/1959 vp. s. 3, HE 15/1990 vp. s. 102.

¹¹ *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus* I s. 378–379, *Larsson Festschrift till Thornstedt* s. 454.

¹² *Lappalainen DL* 1990 s. 554.

¹³ *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus* I s. 424.

¹⁴ HE 33/1959 vp. s. 3: »Asiassa riitaisiksi jäävien kohtien toteaminen voi tapahtua vasta oikeuskäsittelyn alussa ns. asianosaisten keskustelun yhteydessä. Jotta asianosaisten keskustelu todella täyttäisi tehtävänsä ja tarpeettomat lykkäykset vältettäisiin, täytyy tuomioistuimella olla velvollisuus toimia niin, että riidan kohde riita-asiassa ... (on -SL) mahdollisimman aikaisessa vaiheessa tarkoin selvillä...»

¹⁵ HE 33/1959 vp. s. 3, HE 15/1990 vp. s. 63: »Riidan kohteen täsmentäminen on välttämätöntä, jotta asia voidaan käsitellä pääkäsittelyssä keskitetysti.»

OK 14:1:n mukaan velvollisuus vastata kanteeseen, joten vastausta pidettiin osana kanteen selvittämistä. Koska tutkimuksessa tarkastellaan uuden lainsäädännön perusteella lähinnä vain niiden vastaajan vaatimusten ja perusteiden selvittämistä, jotka vastaaja voi esittää *puolustukseen kannetta vastaan*, ei niitä pidä tarkastella uutena prosessin kohteena, vaan osana kantajan määräämän prosessin kohteen *selvittämistä*.

Tutkimuksessa ei ole kiinnitetty huomiota kysymykseen, määrääkö vastaaja kanteeseen vastatessaan uuden prosessin kohteen siinä mielessä, että vireilläolo-vaikutuksen tai oikeusvoimavaikutuksen piiri muuttuisi. Keskeisenä lähtökohdana hyväksytään sen sijaan se, että vastaajan vaatimusten ja niiden perusteiden selvittämiseen voidaan asian käsittelyssä uhrata aikaa ja voimavaroja, vaikka kantajan kanne olisikin selvä. Ajattelutavan muutos tässä asiassa näkyy esimerkiksi mielipiteissä, joita on esitetty kysymykseen, täytyykö vastaajan puolustukseen esittämän kuittausvaatimuksen (kuittausväitteen) olla selvä (likvidi). Tirkkonen suhtautui vielä kielteisesti oikeudenkäynnin viivyttämiseen vastaajan intressissä.¹⁶ Halila ja Ekelöf sen sijaan näkevät riidan kohteen selvittämisen tältäkin osin tärkeäksi.¹⁷ Kun tutkimuksessa ei paneuduta kumulaatioon liittyvään vastakanneproblematiikkaan, voidaan vastaajan vaatimusten ja niiden perusteiden selvittämistä pitää osana kantajan määräämän prosessin kohteen selvittämistä. Tavoitteena on siis sen selvittäminen, mitkä kysymykset tuomioistuimen on ratkaistava, ennen kuin se voi antaa kantajalle hänen vaatimaansa oikeussuojaa.

Olisiko tutkimuksen otsikossa sitten puhuttava prosessin kohteen selvittämisestä riidan kohteen selvittämisen sijasta? Käytetäänhän tutkimuksessa vieläpä hyväksi perinteisiä prosessinkohdeteorioita mm. rajattaessa todisteisiin liittyvien erimielisyyksien selvittäminen tarkastelun ulkopuolelle. Valinta perustuu edellä esitettyihin kahteen näkökulmaan: 1) prosessin kohdetta voidaan tarkastella »ne bis in idem» -sääntöjen yhteydessä ja 2) prosessin kohdetta voidaan tarkastella erimielisyytenä, jonka tutkimista ja ratkaisemista oikeussuojan antaminen edellyttää. Prosessin kohde näyttäytyy näistä näkökulmista vähän eri tavalla. Kaikki ne vaatimukset ja niiden perusteet, jotka tulevat oikeusvoimavaikutuksesta

¹⁶ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 425: », niin alioikeudella täytyy kuitenkin olla valta jättää tutkittavaksi ottamatta kuittausvaatimus, milloin vastasaamisen olemassaolon selvittäminen kohtuuttomasti viivyttäisi oikeudenkäyntiä; näin on laita etenkin silloin, kun kantajan saamisvaatimus olisi joko ilman muuta tai suhteellisen vähin vaivoin selvitettävissä.»

¹⁷ Halila Saamisoikeuksien kuittauksesta s. 188: »Voivathan vastaajan intressit kuittauksen aikaansaamiseksi olla varsin voimakkaat, kuten on jo todettu. Saattaisi olla kohtuutonta, jos hänelle ei suotaisi millään edellytyksillä tilaisuutta vastasaatavansa selvittämiseen.» Ekelöf Rättegång II s. 166: »Härav framgår att rätten måste pröva genfordringen lika grundligt som huvudfordringen.»

osallisiksi, eivät ole erityisen mielenkiintoisia *selvittämisentressin* kannalta.¹⁸ Sellaisia ovat mm. riidattomat vaatimukset ja seikat. Vastaavasti kaikki selvittämisentressin kannalta merkittävät vaatimukset ja niiden perusteet eivät ilmeisesti tule osallisiksi vireilläolo- tai oikeusvoimavaikutuksista.¹⁹ Tämä näkökulmaero täytyy huomioida erityisesti tuomiossa ja asian pöytäkirjaamisessa. Asia on nimittäin pöytäkirjattava ja ratkaistava koko prosessin kohteen laajuudelta, eli myös riidattomien seikkojen ja vaatimusten osalta.

Otsikon valintaan on vaikuttanut huomio, että lainsäätäjä on toistuvasti kutsunut prosessin kohdetta selvittämisentressin näkökulmasta »riidan kohteeksi».²⁰ Kun tutkimuksessa on otettu sama näkökulma, käsitevalinnalla osoitetaan, ettei siinä tarkastella erityisesti vireilläolovaikutusta tai oikeusvoimavaikutusta. Käsitevalinta kuvaa myös muuttuvaa näkemystä siitä, miten riidan raamit nykyisessä oikeudenkäynnissä määräytyvät. Aikaisemmat teoriat korostivat prosessin kohteen staattisuutta. Uudempien näkemysten mukaan oikeudenkäyntiaineisto on esillä lopullisessa muodossaan vasta tuomiosta päätettäessä, johon asti sen odotetaan koko ajan täydentyvän.²¹ Puhun siis riidan kohteesta, riidan kohteen selvittämisestä ja määräämisperiaatteesta riidan kohdetta koskevana periaatteena. Prosessin kohteen käsitettä käytän vain tarkastellessani perinteisiä prosessinkohdeteorioita. Riidan kohde muodostuu tutkimuksessa käsitellyssä laajuudessa niistä vaatimuksista ja niiden perusteista, joihin asianosaisten välinen oikeudenkäynti kantajan esittämän kanteen puitteissa ulottuu.

Riidan kohteen selvittäminen ja siihen liittyvät ongelmat ovat ohjanneet tutkimuksen muun normitaustan valikoitumista. Asiaa valmisteleva tuomari jouuu usein harkitsemaan kanteenmuutoskiellon vaikutusta asian käsittelyyn. Kysymystä on tarkasteltu prosessinjohtoa koskevassa pääjaksossa OK 14:2.1,3:n ja OK 14:2.3:n tulkinnan avulla.

Prosessinjohtoa koskevassa pääjaksossa on sovintoneuvottelua koskeva luku. Sovintoneuvottelu on yksi sosiaalisen prosessikäsitteen konkretisoitumistilanteista ja siinä mielessä tutkimuksen teeman kannalta tärkeä valmistelun vaihe. Sovintoneuvottelu vaikuttaa myös riidan kohteen selvittämiseen, koska asia on

¹⁸ Selvittämisentressistä ks. *Jonkka* s. 211 ss.

¹⁹ Ks. vastaajan esittämän kuittausväitteen yhteydessä *Ekelöf Rättegång* II s. 166 alav. 40.

²⁰ *HE 33/1959 vp.* s. 3, *HE 15/1990 vp.* s. 64. Ks. myös valmistelun päätteeksi tehtävän yhteenvedon kohdalla kirjoitettua *HE 15/1990 vp.* s. 69. Ruotsissa lainsäätäjä käyttää tässä yhteydessä riitakysymysten (tvistefrågor) käsitettä (RB 42:8.2). Riitakysymykset kattavat kuitenkin Ruotsissa myös todisteisiin liittyvät erimielisyydet (ks. *Fitger* s. 42:30). Sen sijaan meillä lainsäätäjä on tarkoittanut riidan kohteen täsmentämisellä vaatimusten ja niiden perusteiden selvittämistä – siis vain osaa riitakysymyksistä tai erimielisyyden kohteista.

²¹ *Jonkka* s. 213, *Fitger* s. 42:29–42:30.

valmisteltava niin, että menettely mahdollistaa asian sovinnollisen ratkaisemisen. Sitähän OK 5:26.1:ssä säädetty sovintopyrkimys tarkoittaa. Sovintoa koskevassa luvussa tarkastellaan sovintopyrkimyksen ja sovintoehdotuksen (OK 5:26.1 ja OK 5:26.2) rajanvetoon liittyviä kysymyksiä.

3. RIIDAN KOHTEEN SELVITTÄMISEN ONGELMIA

Riidan kohteen selvittämisessä on mielestäni kolme osaa: (1) vaatimusten ja (2) niiden perusteiden selvittäminen sekä sen selvittäminen, mistä asianosaiset ovat erimielisiä. Voidaan ajatella, että vaatimusten ja niiden perusteiden selvittäminen osoittavat, mistä asianosaiset ovat erimielisiä, mutta erimielisyys voi koskea myös oikeuskysymyksiä. Niiden selvittäminen ohjaa myös vaatimusten ja niiden perusteiden selvittämistä. Toisaalta oikeusväitteet muodostavat osan vastaajan vaatimusten perusteista. (3) Oikeuskysymysten selvittäminen on siten kolmas osa riidan kohteen selvittämistä.

3.1 VAATIMUSTEN SELVITTÄMINEN

Esimerkki I:

Kantaja on vaatinut vastaajalta vuokrasuhteeseen perustuvaa 800 mk:n suoritusta sillä perusteella, että lokakuun 1994 vuokra on maksamatta. Tuomari huomaa suullisen valmistelun istunnossa, että vuokrasopimuksen mukainen vuokra on 1 500 mk kuukaudessa. Tuomari myös tietää, että tuomion oikeusvoimavaikeutus aiheuttaa sen, ettei kantaja voi enää myöhemmin uudella oikeudenkäynnillä vaatia loppua 700 mk. Saako tuomari kysyä, onko kantajan aikomuksena vaatia myös tuota 700 mk?

Esimerkki II:

Ajatellaan, että kantajan kanne on sisältänyt vaatimuksen irtaimen kaupan purkamisesta. Oikeudenkäynnin aikana hän ei ollut vaihtoehtoisesti esittänyt vaatimusta saada hinnanalennusta eikä vastaaja ollut tuonut esiin sellaista mahdollisuutta jutun ratkaisulle.²² Saako tuomari kysyä, vaatiiko kantaja vaihtoehtoisesti hinnanalennusta siltä varalta, että vaatimus kaupan purkamisesta ei menesty?

²² Vaasan HO T:238/87.

Näissä molemmissa esimerkeissä kysymys koskee *vaatimusten selvittämistä* (OK 5:19.1,1). Sitä, saako tuomari ottaa vaatimusta koskevan ongelman esille, säätelee *määräämisperiaate*. Sen perusteella asianosaiset määräävät dispositiivisessa riita-asiaassa, haluavatko he oikeussuojaa (*nemo judex sine actore*), missä laajuudessa he sitä haluavat (ne eat *judex ultra petita partium*) ja mitä vaihtoehtoisia oikeussuojan muotoja he haluavat käyttää.²³

Meillä on kaksi ulottuvuutta oikeussuojasta määräämisessä. Toisaalta asianosaiset voivat määrätä oikeudenkäynnin ulkoisesta kulusta eli oikeudenkäynnin aloittamisesta ja toisaalta annettavan oikeussuojan laadusta ja laajuudesta. Oikeussuojan laatua ja laajuutta koskeva *vaatimus* on perinteisesti määrännyt *riidan kohteen*. En tarkastele tässä tutkimuksessa oikeudenkäynnin ulkoisesta kulusta määräämistä.

Määräämisperiaatteen luonnehtimalle oikeudenkäynnille on perinteisesti ollut tyypillistä tuomioistuimen passiivisuus niissä kysymyksissä, jotka kuuluvat asianosaisten määräämisvaltaan. Tuomioistuin ei saa toimia asianosaisten vapauspiirin alueella. Määräämisperiaatteen perusteella tuomari ei siten saa kysyä I esimerkissä, aikooko kantaja vaatia myös 700 mk:n suoritusta eikä II esimerkissä, vaatiiko vastaaja vaihtoehtoisesti hinnanalennusta.

Määräämisperiaate on perinteisessä merkityksessään ristiriidassa OK 5:19.1,1:n mukaisen vaatimusten selvittämismääräyksen kanssa. Onko sääntö siten poikkeus määräämisperiaatteesta, kuten tuomarin kyselyoikeus on aikaisemmin selitetty, vai onko vika määräämisperiaatteessa? Asialla on myös muita ulottuvuuksia. Tapahtuuko kielletty kanteenmuutos, jos kantaja I esimerkissä tuomarin innostamana vaatiikin lokakuun vuokran lisäksi myös marraskuun vuokraa ja vielä samalta vastaajalta erään toisen asunnon vuokraa saman verran?

3.2 VAATIMUSTEN PERUSTEIDEN SELVITTÄMINEN

Esimerkki I:

Ajatellaan, että kantaja on ostanut vastaajalta henkilöauton, jonka moottori on rikkoontunut pian kaupan jälkeen. Kantaja vaatii kaupan purkamista tavarassa olleen virheen perusteella. Tuomari havaitsee, ettei kantaja ole esittänyt vaatimuksensa perusteeksi seikkoja, jotka osoittaisivat, että sopimusrikkomuksella on kantajalle olennainen merkitys (Kauppalaki 39.1 §). Saako tuomari kysyä, aikooko kantaja vedota vaatimuksensa tueksi joihinkin sellaisiin seikkoihin, jotka osoittavat, että virheellä on ollut hänelle olennainen merkitys?

²³ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 77.

Esimerkki II:

Kantajat ovat kanteessaan vaatineet lakiosan täydennystä sillä perusteella, että lahjanluontoinen kiinteistökauppa oli tarkoittanut vastaajalle annettua ennakkoperintöä tai suosiolahjaa. Suullisen valmistelun istunnossa ilmenee, että vastaajalle oli kiinteistön luovutuksen jälkeen lahjoitettu nuottarahoja ja säännöstelykorvauksia, jotka tuomarin harkinnan mukaan olivat kuolinpesän varoihin lisättävää ennakkoperintöä tai suosiolahjaa.²⁴ Saako tuomari kysyä kantajilta, vetoavatko he myös näihin lahjoitettuihin varoihin lakiosan täydennystä koskevan vaatimuksen perusteeksi?

Näissä molemmissa esimerkeissä kysymys koskee *vaatimuksen perusteena* olevien seikkojen selvittämistä (OK 5:19.1,1). Sitä, saako tuomari ottaa tosiseikkoja koskevan ongelman esille, säätelee käsittelyperiaate, jota meillä on myöhemmin selostettavista syistä kutsuttu käsittelymenetelmäksi. Käsittelyperiaate on perinteisessä merkityksessä tarkoittanut, että asianosaisten asiana on esittää ne tosiseikat, jotka he haluavat tuomioistuimen ottavan huomioon. Käsittelyperiaatteelle on ollut leimaa antavana tuomioistuimen passiivisuus, joten tuomioistuin ei huolehdi oikeudenkäyntiaineiston hankkimisesta.²⁵ Käsittelyperiaatteen perusteella tuomari ei siten saa kysyä I esimerkissä, vetoaako kantaja myös sopimusrikkomuksen olennaista merkitystä tarkoittaviin seikkoihin, eikä II esimerkissä, vetoavatko kantajat myös lahjoitettuihin varoihin vaatimuksensa perusteeksi.

Tuomarilla on kuitenkin OK 5:19.1,1:n perusteella velvollisuus selvittää vaatimusten perusteet ja OK 5:21.3:n perusteella velvollisuus huolehtia siitä, että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota. Käsittelyperiaate on ristiriidassa näiden sääntöjen kanssa. Ovatko säännöt siis poikkeus käsittelyperiaatteesta vai onko vika periaatteessa? Asialla on tältäkin osin myös muita ulottuvuuksia. Millä tavoin tuomarin oikeusharkinta vaikuttaa ja saa vaikuttaa riidan kohteen selvittämiseen (kauppalain 39.1 §n tunnusmerkistön vaikutus esimerkissä I)? Mikä merkitys tosiseikoilla on riidan kohteen selvittämisessä, jos vaatimus määrää riidan kohteen? Tapahtuuko kielletty kanteenmuutos, jos kantajat II esimerkissä tuomarin innostamina vetoavatkin lahjoitettuihin varoihin lakiosan täydennystä koskevan vaatimuksensa perusteeksi?

²⁴ Vrt. KKO 1992:133.

²⁵ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 81.

3.3 OIKEUSKYSYMYSTEN SELVITTÄMINEN

Esimerkki:

Ajatellaan, että A vaatii B:ltä perusteettoman edun palautuksena 24.000 mk sillä perusteella, että 1) A ja B ovat eläneet useita vuosia avoliitossa, 2) A on rakentanut avoliiton aikana B:n maalle kesämökin, 3) A on käyttänyt kesämökin rakentamiseen aikaa ja tarvikkeita 24.000 mk:n arvosta, 4) tarkoituksena on ollut, että A saa vastikkeen työlleen käyttämällä mökkiä eikä 5) hän ole voinut käyttää mökkiä, koska avoliitto on päättynyt juuri mökin valmistuttua.²⁶ Tuomari huomaa suullisen valmistelun istunnossa, että tässä asiassa ei ole kysymys perusteettoman edun palautuksesta, vaan toisen omaisuuden kohdistuneen työpanoksen korvaamisesta. Tuomarin harkinnan mukaan tämä »oikea» normi edellyttäisi sopimussuhteen, siihen liittyvien edellytysten ja niiden raukeamisen tai sopimusehtojen ja niiden rikkomisen konstruointia. Saako tuomari kiinnittää asianosaisten huomion tähän uuteen normiin, vaikka kantaja ei ole vedonnut niihin tosiseikkoihin, jotka ovat normin soveltamisen edellytyksenä?

Tässä esimerkissä ongelma liittyy oikeuskysymysten selvittämiseen. Sitä, saako tuomari ottaa oikeuskysymyksiä koskevan ongelman esille, säätelee jura novit curia -periaate. Sen perusteella tuomioistuimien tuntee jutun ratkaisulle relevantit oikeusohjeet ja soveltaa niitä viran puolesta.²⁷ Periaatteen mukaan tuomarilla ei ole velvollisuutta ottaa normin soveltamista tai selvittämistä riita-asian valmistelussa esille. Hän voi myös kieltää asianosaisia lausumasta oikeuskysymyksistä. Tuomari voi myös hylätä esimerkkitapauksemme kanteen, jos uuden normin soveltamisen edellytykset eivät ole täyttyneet, tai yhtä yllättäen hyväksyä kanteen uuden normin perusteella, jos kantaja oli sattumalta vedonnut seikkoihin, jotka täyttivät myös sen tunnusmerkistön.

Oikeuskysymykset eivät ole riidan kohteen elementtejä, mutta asianosaisten erimielisyys voi koskea myös oikeuskysymyksiä, lain oikeaa soveltamista, samalla, kun esimerkkinä osoittaa, että oikeuskysymysten selvittäminen on tärkeää myös muulla tavoin sen selvittämiseksi, mistä asianosaiset ovat erimielisiä (OK 5:19.1,2). Oikeuskysymysten selvittäminen vaikuttaa vaatimusten ja niiden perusteiden selvittämiseen. Onko jura novit curia -periaate siis oikeuskysymysten selvittämistä ohjaava periaate? Tälläkin asialla on monia ulottuvuuksia. Tapahtuuko kielletty kanteenmuutos, jos A luopuukin vaatimasta perusteettoman edun palautusta ja vaatii toisen omaisuuden kohdistuneen työsuorituksen korvaamista?

²⁶ Vrt. KKO 1988:27.

²⁷ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus II s. 81.

3.4 YHTEENVETO

Tutkimuksen keskeiset kysymykset ovat:

1. Mitä ovat riidan kohteen selvittämistä ohjaavat menettelyperiaatteet, miten ne ovat kehittyneet ja miksi? Tähän kysymykseen vastataan prosessikäsitysten yhteydessä.
2. Mitä ovat vaatimukset, niiden perusteet ja oikeuskysymykset ja millainen on niiden suhde tuomarin harkinnassa, kun hän hahmottaa riidan kohdetta? Tähän kysymykseen vastataan ratkaisumallin yhteydessä.
3. Millaista toimintaa on riidan kohteen selvittäminen ja mitä sääntöjä tuomarin pitää siinä noudattaa? Tähän kysymykseen vastataan prosessinjohton yhteydessä.

I TUOMARIN PROSESSIKÄSITYS

1. PROSESSIKÄSITYKSET, MENETTELYPERIAATTEET JA SÄÄNNÖT

1.1 LAINKÄYTÖN TAVOITTEET JA PROSESSIKÄSITYKSET

Tavoitteista puhutaan oikeustieteessä useammassa merkityksessä. Käsitettä on käytetty sekä normatiivisessa viitekehyksessä että kuvattaessa tosiasiallisia asiointiloja.¹ Prosessioikeudellisessa keskustelussa lainkäytön tavoitteet liittyvät yleensä normatiivisiin kannanottoihin.² Tästä näkökulmasta tavoitteilla on oikeustieteessä tarkoitettu ensinnäkin tavoitepäämääriä (goal) eli arvoja, jotka osoittavat poliittisen, taloudellisen tai sosiaalisen tavoitteen, johon yhteiskunnallisella toiminnalla pyritään.³ Toisaalta tavoitteilla tarkoitetaan yleisiä käyttäytymistä ohjaavia normeja (standards/policy).⁴

¹ Tavoitteista tiettyinä asiointiloina puhuu *Klami* Ihmisen säännöt s. 200 ja erottaa tavoitteista tavoiteperusteet (arvot), jotka merkitsevät asiointilan ominaisuutta ja tekevät arvosta tavoitteen. Ks. myös *Klami* Finalistinen s. 150.

² *Henckel* s. 5 ss., *Rosenberg-Schwab-Gottwald* s. 2 ss. *Virolainen* Lainkäyttö s. 98 puhuu lainkäytön funktioista tai lainkäytölle asetetuista tavoitteista. *Henckel* s. 8 tarkastelee oikeudenkäynnin asiointiloja käsitteen »Das Wesen des Prozesses» yhteydessä. Vaikka käytänkin *prosessikäsitysten yhteydessä* tavoitteita normatiivisessa merkityksessä, käytän samaa käsitettä tutkimuksen myöhemmissä jaksossa myös hyvin epätasällisesti kuvatessani asiointiloja mm. tuomarin tavoitteita käytännön prosessinjohdossa.

³ Tavoitteista tässä merkityksessä ks. *Tolonen* Oikeustiede 1989 s. 340, 354, *Summers* ARSP Beiheft 11 (1979) s. 223, joka tarkastelee arvoja tavoiteperusteiden yhteydessä. Tavoitepäämääristä puhuu *Pöyhönen* s. 55. *Klami* Ihmisen säännöt s. 200 puhuu tässä yhteydessä tavoiteperusteista (arvoista).

⁴ *Dworkin* s. 22, *Pöyhönen* s. 14, alav. 3, *Tolonen* Oikeustiede 1989 s. 340, 352 ss. *Dwor-*

Yhteiskunnalliset arvot ovat tietyn henkilön tai tietyn ihmisryhmän abstrakteja käsityksiä siitä, mikä on hyvää ja mikä huonoa.⁵ Oikeusteoriassa on erilaisia käsityksiä sen suhteen, voivatko arvot olla yleisiä, objektiivisia.⁶ Arvorelativismi tarkoittaa sitä, että arvoja koskevat lausumat kertovat jotain lausujan ja lauseen objektin välisestä suhteesta.⁷ Yleensä arvot kuten terveys, oikeudenmukaisuus ja kauneus toimivat myös tavoitteina, koska ihmisten toiminta on päämäärähakuista.⁸

Prosessikäsityksiä silmällä pitäen on kuitenkin syytä korostaa erästä arvojen erottelukriteeriä. Oikeusperiaatteet jaetaan nimittäin toisinaan arvoperiaatteisiin ja tavoiteperiaatteisiin.⁹ *Arvoperiaatteet* on johdettu jostakin arvosta, kun taas *tavoiteperiaatteet* ilmenevät toimintatapana, jolla pyritään edistämään jotakin yhteisön asettamaa tavoitepäämäärää.¹⁰ Arvoilla on niiden yhteydessä eri merkitys. Arvoperiaatteiden kuvastamat arvot ovat yhteiskunnassa vakiintuneita ja tarkkarajaisemmilla normeilla suojattuja. Arvoperiaatteet toimivat ratkaisutoiminnan oikeudenmukaisuusperusteina, jotka saavat justifioivan merkityksensä menneisyydestä.¹¹ Viittaus menneisyydestä johtuvaan justifioivaan mer-

kin erottaa kolmen eri tason normeja (standards): oikeussääntöjä, periaatteita ja yhteiskunnallisia tavoitteita (policy).

⁵ *Jareborg Värderingar* s. 186.

⁶ *Jareborg Värderingar* s. 202–203, 226.

⁷ *Aarnio On Legal Reasoning* s. 115.

⁸ *Jareborg Värderingar* s. 184.

⁹ Ks. *Aarnio* Laintulkinnan teoria s. 81: »... erottelu on kuitenkin melko mielivaltainen, sillä arvo voidaan aina tulkita myös tavoitteena ja tavoitteelle on mahdollista antaa arvotulkinna.» Ks. myös *Pöyhönen* s. 54–55.

¹⁰ *Pöyhönen* s. 54.

¹¹ Rinnastan tässä käsitteet »arvoperiaate» (*Pöyhönen*), »periaateargumentti» (argument of principle – *Dworkin/Tolonen*) ja »oikeudenmukaisuusperuste» (rightness reason – *Summers/Helin*) toisiinsa. *Summers ARSP* Beiheft 11 (1979) s. 221 ss. (224:) »It follows that good rightness reasons derive justificatory force partially »from the past». *Helin* s. 253: »Koska arvio suuntautuu menneeseen, oikeudenmukaisuusperuste säilyttää voimansa, vaikka maailma huomenna tuhoutuisi.» Esimerkki tällaisesta arvosta on mm. yksityisen omistusoikeuden suoja. Arvon pysyvyyttä edistetään tarkempirajaisilla säännöillä perustuslaissa ja tavallisissa laeissa: HM 6§ (L 17.7.1919/94): Jokainen Suomen kansalainen olkoon lain mukaan turvattu omaisuuden puolesta. LunL 29 §: Lunastettavan omaisuuden omistajalla on oikeus saada täysi korvaus lunastuksen vuoksi aiheutuvista taloudellisista menetyksistä.

Esimerkki osoittaa, että auktoriteettiargumenttien ja aineellisten argumenttien välillä on mielestäni yhteys. Auktoriteettiperusteita voidaan nimittäin yleensä tukea aineellisilla perusteilla. Prosessikäsitysten tarkastelun kannalta ovat aineelliset argumentit kuitenkin auktoriteettiargumentteja tärkeämpiä. Ks. tästä *Peczenik Rätten* s. 238–239: »Juridiska auktoritetsskäl är de satser som kan stödja en juridisk slutsats eftersom en viss auktoritet tillskrivs de personer vilka uttalar dem, dessa personers tjänsteställning, den procedur som använts då de uttalar

kitykseen kuvaa sitä, että Dworkin ja Summers pitävät normeja luokitellessaan silmällä lähinnä kansalaisten subjektiivisia oikeuksia (vapausoikeuksia), jotka »ovat olemassa» jo ennen ratkaisua.¹² Oikeusjärjestyksen tehtäväksi asetetaan vapausoikeuksien suojaaminen. Tällä perusteella Dworkin erottaa oikeusjärjestykseen liittyvät periaatteet oikeusjärjestyksen ulkopuolelle jäävistä tavoitteista (policy).¹³ Ajatuksen arvoperiaatteiden ja oikeuden yhteydestä hyväksyy myös Summers, kun hän kutsuu tiettyjä ratkaisujen perusteita oikeudenmukaisuusperusteiksi (rightness reason).¹⁴ Ajattelutapa on hyvin yleinen myös perinteiselle prosessioikeudelle. Oikeudenkäyntiä kuvataan retrospektiiviseksi.

Tavoiteperiaatteiden näkökulmasta arvot eivät niinkään arvota tehtyjä ratkaisuja oikeiksi tai vääriksi, vaan osoittavat ja arvottavat niitä tavoitepäämääriä (tavoitteita), jotka ratkaisuilla täytyy toteuttaa.¹⁵ Ratkaisun tavoiteperusteet (goal reasons/arguments of policy) eivät siten toimi vakiintuneita arvoja vahvistavasti, vaan ennustavat ratkaisujen vaikutuksia.¹⁶ Dworkin liittää arvot (goal) tässä merkityksessä yhteiskunnan taloudellisiin, poliittisiin tai sosiaalisiin tavoitepäämääriin ja erottaa ne oikeusjärjestyksestä. Ratkaisujen tavoiteperusteet (arguments of policy) määrittävät siten jotakin yhteisöllistä tavoitepäämäärää erotuksena vapausoikeuksista.¹⁷ Sen sijaan Summers näyttäisi hyväksyvän myös tavoitepe-

eller andra omständigheter som inte är beroende av dessa satsers innebörd. ... Auktoritetsskäl kan alltid stödjas med saksäl.» Finaalistet/finalistiset argumentit on kehittänyt *Klami* (Ks. Finalistinen s. 150). Niillä hän tarkoittaa argumentteja, »jotka viittaavat tavoitteisiin, niiden saavuttamismahdollisuuksiin ja näiden nojalla arvo- ja tavoitejärjestelmään kohdistettuihin preferointeihin.» *Klami* (Ihmisen säännöt s. 201–202) käyttää kahtiajakoa auktoriteettiargumentit/finalistiset argumentit samassa merkityksessä kuin Summers käyttää käsitteitä authoritative reasons/substantive reasons. Finalistiset argumentit kattavat siten sekä tavoiteasiaintilojen saavuttamista koskevat lauseet (goal reasons Summersin käsitteistössä) että tavoitteiden justifikaation eli tavoiteasiaintilojen perustelemista koskevat lauseet (rightness reasons Summersin käsitteistössä). Auktoriteettiargumenttien ja finaalistien argumenttien suhteesta päätöksenteossa ks. *Klami* Finalistinen s. 179. Ks. myös *Laakso* s. 70–71.

¹² *Tolonen* Oikeustiede 1989 s. 356.

¹³ *Tolonen* Oikeustiede 1989 s. 354.

¹⁴ *Summers* ARSP Beiheft 11 (1979) s. 221. *Peczenik Rätten* s. 237: »Juridiska riktighets-skäl är de satsar som säger att något är värdefullt över huvud taget, utan att något närmare ändamål anges.»

¹⁵ Arvoista tavoitepäämäärinä ks. *Pöyhönen* s. 55.

¹⁶ Rinnastan tässäkin »tavoiteperiaatteet» (*Pöyhönen*), »tavoiteargumentit» (arguments of policy – Dworkin/*Tolonen*) ja »tavoiteperusteet» (goal reasons – Summers/*Helin*) toisiinsa. *Summers* ARSP Beiheft 11 (1979) s. 223: »But the value figures not as a concept for the evaluation of actions of parties as right or not right, but as a standard for the evaluation of a goal to be served through decisional effects.» Ks. myös *Klami–Sorvettula–Hatakka* Law and philosophy 1991 s. 74.

¹⁷ *Tolonen* Oikeustiede 1989 s. 354.

rusteet (goal reasons) oikeusjärjestykseen kuuluviksi.¹⁸ Hän kuitenkin korostaa, että tavoiteperusteilla – toisin kuin oikeudenmukaisuusperusteilla – luodaan hypoteesi jostakin arvosta (tavoitepäämäärästä), joka ratkaisulla pyritään toteuttamaan.¹⁹ Arvot eivät ole tässä yhteydessä sillä tavoin vakiintuneita, että niitä suojattaisiin systemaattisesti oikeudellisissa instituutioissa, esimerkiksi tarkkarajaisessa lainsäädännössä.²⁰ Sen vuoksi tavoiteperusteet eivät saa justifioivaa merkitystä menneisyydestä vaan tulevaisuudesta. Ne tukevat arvoja, joiden toteuttamista pidetään tärkeänä.²¹ Näkemys sopii prosessioikeuden muutokseen. Muutuvia arvoja ollaan vasta rakentamassa osaksi oikeusjärjestystä ja ne ovat tavoitteina jossain määrin epämääräisiä. Samalla niitä tukevat tarkempirajaisen sääntöjen tulkintasuositukset ovat lähinnä tavoiteperusteita, jotka saavat justifioivan merkityksensä tavoitepäämääriä tukevan vaikutuksensa vuoksi.²²

Tavoitteiden/arvojen ja periaatteiden erottamiseksi käytän yleistettävyyssiteitä.²³ Tavoitteisiin liittyvä argumentaatio on kietoutunut sääntöihin ja periaatteisiin ja ne muodostavat yhdessä johdonmukaisen kokonaisuuden.²⁴ Yleistettävyyssitein perusteella tavoitteet (arvot), periaatteet ja säännöt jakaantuvat kolmen tason normeiksi, joista säännöt ovat tarkkarajaisimpia, kun taas tavoitteet ja periaatteet ovat väljiä optimointikäskyjä tai suuntaviittoja. Tavoitteet ja periaatteet eroavat siten, että tavoitteet ovat enemmänkin yhteiskuntapoliittisia ta-

¹⁸ *Summers ARSP Beiheft* 11 (1979) s. 217. Samoilla linjoilla Summersin kanssa tässä kysymyksessä on *Tolonen Oikeustiede* 1989 s. 357, joka korostaa, että oikeuden tavoitteellistumiskehityksen myötä oikeusjärjestyksen sisään rakennetaan väljiä ja tavoitteellisia ratkaisumekanismeja, jotka rikkovat Dworkinin käsitteellisen eron periaateargumenttien ja tavoiteargumenttien välillä. Ks. oikeuden tavoitteellistumisesta myös *Klami Ihmisen säännöt* s. 477 ss.

¹⁹ *Summers ARSP Beiheft* 11 (1979) s. 221–223.

²⁰ *Summers ARSP Beiheft* 11 (1979) s. 223: »A rightness reason is action evaluative, while a goal reason is goal evaluative and/or means goal evaluative. Also a rightness reason is norm accordance determinative, while a goal reason is decisional effects predictive.

²¹ *Summers ARSP Beiheft* 11 (1979) s. 224: »But good goal reasons do not in this way derive justificatory force from the past, but from what is predicted to occur in the future,...» *Helin* s. 253: »Tavoiteperusteet saavat puolestaan justifikatorisen voimansa siitä, että sen mukaisesti tehdyn ratkaisun voidaan ennakoida vaikuttavan yleisiä tavoitteita edistävästi.» Ks. myös *Pöyhönen* s. 55.

²² *Peczenik Rätten* s. 237: »Juridiska följdskal är de satser som säger att något är värdefullt för ett bestämt ändamål.» Finaalisista argumenteista muutoksen justifikaationa ks. *Klami Finalistinen* s. 155.

²³ *Tolonen Oikeustiede* 1989 s. 358.

²⁴ *Tolonen Oikeustiede* 1989 s. 358: »MacCormickin perusajatuksen mukaan tavoitteiden edustama argumentaatio... on erottamattomalla tavalla kietoutunut sääntöjen ja periaatteiden edustamaan johdonmukaisuuteen,...» Tavoitteiden ja tarkempirajaisen normien erottaminen on tärkeää esimerkiksi lainsäätäjän ja tuomioistuimen tehtävien erottamisen kannalta. Ks. *Tolonen Oikeustiede* 1989 s. 358.

voitteita, kun taas periaatteet ovat tiettyyn oikeudelliseen viitekehykseen sidottuja normeja.²⁵ Niiden perusteella tehdyt ratkaisut ovat hyväksyttävissä vain viitekehityksessä asetettujen kriteereiden puitteissa.

Käytän siis tavoitteiden ja arvojen käsitteitä, kun tarkoitan yhteiskuntapolittisia tavoitteita, jotka toimivat yleisimmällä tasolla käyttäytymistä ohjaavina normeina. Periaatteiden käsitettä käytän tiettyyn oikeudelliseen viitekehykseen liittyvistä optimointikäskyistä riippumatta siitä, onko kyse arvoperiaatteista tai tavoiteperiaatteista. Säännöistä puhun oikeudellisen viitekehityksen tarkkarajaisimpina normeina. Prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa erotetaan yleisimmällä tasolla *lainkäytön tavoitteet* (Prozesszweck) ja *prosessikäsitteet* (Prozessaufassung).²⁶

1.1.1 Lainkäytön tavoitteet

Lainkäytön tavoitteilla tarkoitetaan tietyn lainkäytön lajin tavoitteita tai lainkäytön lajeille yhteisiä arvoja ja tavoitteita, kuten oikeudenmukaisuuden edistämistä, oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä, oikeusjärjestyksen ylläpitämistä ja kehittämistä ja oikeusrauhan säilyttämistä eli lähinnä yhteiskuntamoraalin ylläpitämistä.²⁷ Arvot/tavoitteet voivat olla ristiriidassa keskenään: arvoina voidaan pitää esimerkiksi sekä tosiasiallista että muodollista yhdenvertaisuutta.²⁸

Lainkäytön tavoitteiden tasolla määritellään yleensä myös prosessioikeuden ja aineellisen oikeuden suhde.²⁹ Asiasta on esitetty erilaisia näkemyksiä. Lainkäytön tavoitteeksi voidaan asettaa (1) *riitojen ratkaiseminen itsetarkoituksena*, jolloin aineellisen oikeuden tavoitteilla ja lainkäytön tavoitteilla ei ole yhteyttä. Tällaista käsitystä tukee tuomioistuinten riippumattomuuden korostaminen ja se, että lainkäytön tavoitteeksi asetetaan riitojen ratkaiseminen (vain) lainvoimaisesti eli tuomioistuimia sitovalla tavalla.³⁰ Prosessioikeutta voidaan myös pitää (2) *subjektiivisten oikeuksien toteuttamiseen liittyvänä tekniikkana*, jolloin sillä ei ole itsenäistä merkitystä. Lainkäyttö suojaa subjektiivisia oikeuksia, joiden luonteeseen ja olemassaoloon kuuluu se, että niiden pitää kestää myös oikeudenkäynti.³¹

²⁵ Tolonen Oikeustiede 1989 s. 361–362.

²⁶ Henckel s. 5 ss., *Münchener Kommentar I* s. 5.

²⁷ Henckel s. 60–61, *Münchener Kommentar I* s. 5.

²⁸ McEwan s. 3 ss.

²⁹ Lames s. 131 ss.

³⁰ Goldschmidt s. 1 ss.

³¹ Wach Handbuch s. 6, 115, Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 1–2, Baur–Grunsky s. 1.

Prosessioikeudellisessa kirjallisuudessa on nykyisin kannatettu (3) *käyttäytymistä ohjaavaa teoriaa*, joka lähtee siitä, että oikeudenkäynnissä käsitellään tiettyä asianosaisille merkityksellistä tapahtumien kulkua ja siihen liittyvää jännittyntä oikeussuhdetta.³² Lainkäytön tavoitteena on ratkaista tämä riita eli vahvistaa, mikä yksittäistapauksessa on oikein.³³ Aineellisen oikeuden ja prosessioikeuden dualismi ylitetään oikeudenkäynnin päätteeksi annettavalla tuomiolla, jossa riita ratkaistaan *aineellisen lainsäädännön tavoitteita palvelevalla tavalla*, eli toteuttamalla siinä lainsäädännön käyttäytymistä ohjaava funktio.³⁴ Eri-lainen suhtautuminen lainkäytön yleisiin tavoitteisiin näkyy erilaisina prosessikäsityksinä.

1.1.2 Prosessikäsitykset

Prosessikäsitykset ovat teorioita prosessioikeuden 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. Tässä tutkimuksessa tarkastellaan siviiliprosessin prosessikäsityksiä. Koska prosessikäsitykset ovat oikeustieteessä kehiteltyjä teorioita, voidaan puhua myös siviiliprosessioikeuden prosessikäsityksistä.

Prosessikäsitykset ovat erilaisia eri oikeuskulttuureissa. Siviiliprosessioikeudessa erotetaan muun muassa englantilais-amerikkalainen, romaaninen, keski-eurooppalainen, pohjoismainen ja – ainakin aikaisemmin – sosialistinen prosessioikeus.³⁵ Oikeuskulttuurit eroavat toisistaan historian, tavoitteiden, normiston ja käytännön osalta. Suomalaiseen siviiliprosessiin haettiin aikaisemmin vaikutteita keski-eurooppalaisesta, erityisesti saksalaisesta oikeudesta. Suomalaisen prosessioikeuden »isä», R. A. Wrede, oli Adolf Wachin oppilas ja teki tutkimustyötä Saksassa. Siviiliprosessioikeutemme otettiin saksalainen teoria eikä sen rakenteita ole vielääkään olennaisesti purettu. Viime aikoina prosessioikeuteen

³² Viittaa tässä siihen, mitä esitän myöhemmin ratkaisumallin yhteydessä oikeussuhteesta erotuksena käsitykseen oikeudenkäynnistä voimassaolevien subjektiivisten oikeuksien vahvistamisena. Ks. s. 129 ja esim. *Jacobsson* Vänbok till Boman s. 215 ss. ja *Olivecrona* s. 127–130.

³³ *Pawlowski* ZJP 80 (1967) s. 368: »Der Prozess ist notwendig, um festzustellen, was heute – was in diesem Falle – konkret Recht ist... er ist vielmehr notwendig, damit das Recht... bestimmt (festgestellt) wird...»

³⁴ *Henckel* s. 24–26, 61 ss., *Ekelöf–Boman* Rättegång I s. 14–15. Ks. myös *Böttcher* ZJP 85 (1972) s. 4–5, 21 ss. ja *Lindblom* s. 18 ss. *Ekelöf* SvJT 1988 s. 23 kutsuu itse näkemystään sanktiteoriaksi (sanktionsteorien). Käytän tässä käyttäytymistä ohjaavan tavoitteen (handlingsdirigering) nimitystä. Ks. siitä *Lindell* Partsautonomi s. 86 ss.

³⁵ *Cappelletti–Garth* s. 1 ss.

on vaikuttanut myös pohjoismainen oikeustiede, erityisesti Ekelöfin ajattelu. Näkökulman muutosta tukee 1.12.1993 voimaan tullut riita-asioiden oikeudenkäyntimenettelyä koskeva lainsäädäntö, joka vastaa suurelta osin Ruotsin lainsäädäntöä. Ekelöfinkin ajattelu pohjautui kuitenkin keski-eurooppalaiseen oikeustieteeseen, joskin siinä korostuivat eri lähteet ja koulukunnat kuin perinteisessä suomalaisessa oikeustieteessä. Näkökulman muutos ei kuitenkaan edellytä siviiliprosessioikeuden teorian kokonaisvaltaista uudistamista.

Suomalaisen siviiliprosessioikeuden käsitteet, itse menettely, menettelyperiaatteet, ja jopa yksittäiset lain säännökset ovat meillä hyvin samanlaisia kuin muissa Pohjoismaissa ja Keski-Euroopan maissa, mutta olennaisesti erilaisia kuin esimerkiksi englantilais-amerikkalaisessa prosessioikeudessa.³⁶ Toisin kuin teoria, suomalaisen siviiliprosessin historia on omaperäinen ja näkyy käytännössä lukuisina erityispiirteinä.³⁷

Suomalaisessa siviiliprosessioikeudessa sovelletaan muiden Pohjoismaiden lailla saksalaisia menettelyperiaatteita. Ne ovat osa keski-eurooppalaista prosessikäsitystä. Tutkimuksessa ei kuitenkaan pyritä saksalaistamaan suomalaista oikeustiedettä, vaan käytetään lähinnä keskustelussa kehittyneitä teoreettisia rakenteita, joilla tuomarin roolia voidaan tarkastella yksityiskohtaisesti. Tutkimuksessa kuvataan prosessikäsitteitä sitä silmällä pitäen, että riita-asiaa valmistelevalle tuomarille tiedostaa sääntöjä soveltaessaan myös ne tavoitteet ja periaatteet, jotka konkretisoituvat hänen toiminnassaan. Oikeustieteessä siviiliprosessioikeuden arvoja ja tavoitteita on tarkasteltu lähinnä kahden viitekehyksen, *liberalistisen prosessikäsitteen* (die liberale Prozessauffassung³⁸) ja *sosiaalisen prosessikäsitteen* (die soziale Prozessauffassung³⁹) avulla.⁴⁰

1.1.3 Periaatteet prosessikäsitteiden osana

Prosessikäsitteet ovat siis oikeudellisia viitekehyksiä, joiden avulla yhteiskunnalliset arvot ja tavoitteet, periaatteet sekä säännöt kuvataan johdonmukaisena

³⁶ Saksalaisen ja USA:laisen prosessioikeuden vertailuna ks. Kaplan Buffalo Law Review 1959 s. 421 ss.

³⁷ Nousiainen s. 309 ss.

³⁸ Münchener Kommentar I s. 5.

³⁹ Münchener Kommentar I s. 5.

⁴⁰ Erityisesti USA:ssa on kehitelty myös oikeudenkäynnin kustannuksiin perustuvaa prosessikäsitettä, jossa viitekehyksen keskeisenä arvona on oikeudenkäynnistä aiheutuvien kustannusten (suorien kustannusten, virheellisten ratkaisujen aiheuttamien kustannusten ja moraalisten kustannusten) minimoiminen. Ks. Bayles Law and philosophy 1986 s. 33 ss. ja Posner The Journal of Legal Studies 1973 s. 399 ss. ja Rosenberg-Schwab-Gottwald s. 7 ja siinä mainitut lähteet. Prosessikäsitteet esiintyvät tutkimuksessa viitteiden tasolla.

kokonaisuutena.⁴¹ Nykyaikaisessa yhteiskunnassa arvojen ja tavoitteiden asettamistehtävä kuuluu ensisijaisesti lainsäätäjälle eikä oikeustieteelle tai tuomioistuimille.⁴² Prosessioikeuden yleisissä opeissa on kuitenkin perinteisesti esitetty oppirakennelmia, jotka ovat sisältäneet käsityksiä ja oletuksia myös tuomarin toiminnan yhteiskunnallisista tavoitteista.⁴³ Prosessikäsitykset olivat erityisen tärkeitä niin kauan kuin kirjoitettua prosessilakia ei ollut. Sellainen aikakausi jatkui Saksassa 1870-luvulle ja prosessikäsitykset kehittyivätkin pandektitieteen tuotteena. Prosessikäsitysten avulla oikeustiede teki »oikeuslähteiden tarjoaman oikeuden raaka-aineen» käytäntöön soveltuvaksi.⁴⁴

Prosessikäsitykset eivät kehittyneet tavoitteiden ja arvojen osalta systemaattisiksi tai yksityiskohtaisiksi, vaan niissä *keskityttiin periaatteiden konstruointiin*. Oikeustieteen tehtävänä pandektitieteen aikakaudella oli tulkita oikeuslähteistä oikeussääntöjä ja kehittää oikeutta esittämällä oikeussääntöjen johtopäätökset eli periaatteet.⁴⁵ Periaatteet muodostivat osan prosessioikeuden peruskäsitteistä.⁴⁶ Prosessikäsitykset olivat »käsityksiä», mikä jo sinänsä sisälsi normatiivisen elementin.⁴⁷

Nykyisin periaatteet kuvataan arvoja ja tavoitteita tarkempirajaisina normeina. Periaatteet liittyvät joko tiettyyn oikeudenalaan, kuten prosessioikeuden johtavat periaatteet, tai vieläkin tarkemmin tiettyyn ratkaisutilanteeseen, kuten eri menettelyperiaatteet. Sama tavoite voi esiintyä eri oikeudenaloilla ja eri ratkaisutilanteissa eri nimisinä periaatteina.⁴⁸ Periaatteiden suhde arvoihin vaihtelee. Jotkut prosessioikeudenkin periaatteista kuvaavat suoraan arvoja ja tavoitteita niin kuin esimerkiksi asianosaisen kuulemisen periaate. Toiset periaatteista ovat lähinnä ratkaisutilanteeseen vaikuttavia normatiivisia ratkaisuperiaatteita, kuten esimerkiksi tutkintaperiaate. Eräät periaatteet ovat sekä arvoja kuvaavia periaat-

⁴¹ Tolonen Oikeustiede 1989 s. 358.

⁴² Tolonen Oikeustiede 1989 s. 354–357 tarkastelee yksityiskohtaisesti Dworkinin tapaa erottaa tavoitteet ja periaatteet: periaatteet samaistuvat oikeudenmukaisuuteen tai tasapuolisuuteen, kun taas tavoitteet liittyvät teleologiseen ajatteluun tai utilitaristiseen hyötyyn. Kansalaisten oikeudet voivat perustua vain sääntöihin ja periaatteisiin, eivät tavoitteisiin. Tavoitteet toteuttaa lainsäätävä, kun taas tuomioistuin on sidottu vain sääntöihin ja periaatteisiin. Ks. tarkemmin edellä s. 15–16.

⁴³ Laakso s. 6–7.

⁴⁴ Sohm s. 29.

⁴⁵ Sohm s. 32.

⁴⁶ Laakso s. 6.

⁴⁷ Jareborg Värderingar s. 185.

⁴⁸ Ks. yleistettävyyssvaatimuksesta Tolonen Oikeustiede 1989 s. 362 ja aksiologisesta dimensioista Laakso s. 7: »Esim. analysoitaessa yksityistä omistusoikeutta ... jäsentäviä säännöstöjä aksiologinen dimensio osoittaa näiden säännöstöjen yhteyden länsimaiseen liberalistiseen arvojärjestelmään ja yhteiskuntaideologiaan.»

teita että ratkaisuperiaatteita. Sellainen on esimerkiksi määräämisperiaate. Periaatteen merkitys voi myös prosessikäsitteen myötä muuttua: käsittelyperiaate kuvasi aikaisemmin prosessioikeuden arvoja, mutta muuttui myöhemmin lähinnä tosiseikkojen esittämistä koskevaksi ratkaisuperiaateeksi.

Prosessikäsitteissä kuvattavat periaatteet ovat olleet normeja, jotka tuomarin on täytynyt huomioida ratkaisutoiminnassa, koska ne (1) ovat tukeneet yhteiskunnalliseen tavoitteeseen pääsyä ja (2) niiden noudattamisella on ollut merkitystä myös oikeudenmukaisuuden kannalta.⁴⁹ Ratkaisutoiminnassa tavoitteet, periaatteet ja säännöt ovat prosessikäsitteen osoittamalla tavalla vuorovaikutuksessa.⁵⁰

Prosessikäsitteet on muotoiltu oikeuskirjallisuudessa.⁵¹ Ne ovat tutkijoiden kehittämä tapa siirtää yhteiskunnalliset tavoitteet osaksi ratkaisutoimintaa. Oikeustiede on ohjannut sitä tiettyyn tavoitteeseen muotoilemalla periaatteen ja liittämällä sen tietyn sääntöjoukon kuvaajaksi.

1.2 MENETTELYPERIAATTEET

Prosessioikeuden johtavilla periaatteilla tarkoitetaan (1) prosessieconomisia periaatteita, (2) kontradiktorista periaatetta ja (3) yleisiä menettelyperiaatteita (Verfahrensgrundsätze).⁵² Tarkastelen tässä vain menettelyperiaatteita. Niitä ovat saksalaisessa kirjallisuudessa olleet (1) määräämis- eli dispositiivinen periaate, (2) virallisperiaate, (3) käsittelyperiaate (meillä -menetelmä ja Saksassa nykyisin Beibringungsgrundsatz – esiintuomisperiaate), (4) tutkintaperiaate (meillä -menetelmä), (5) jura novit curia -periaate, (6) tuomarin prosessinjohto, (7) suullisuusperiaate, (8) välittömyysperiaate ja (9) keskitysperiaate.⁵³ Tämän lisäksi erotetaan vielä oikeudenkäynnin ulkoista kulkua koskevat (10) asianosaistointisuuden ja (11) virallistointisuuden periaatteet.⁵⁴

⁴⁹ Dworkin s. 22. Periaatteiden määrittelyn osalta ks. Pöyhönen s. 16–20.

⁵⁰ Tolonen Oikeustiede 1989 s. 358.

⁵¹ Esser kysyy osuvasti, kuka määrää lainsäädännön arvot. Esser Grundsatz s. 174: »Unsere Antwort ist nach allem Vorausgeschickten klar: Die Jurisprudenz der Gegenwart. Sie entnimmt den Kodifikationen Prinzipien, die kein Gesetzgeber hineingelegt hat, und lässt gerade die zeitideologischen Grundgedanken eines Textes in dem Masse beiseite, in dem sie veralten.»

⁵² Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 71 ss., Lappalainen s. 55, Rosenberg–Schwab–Gottwald s. 422. Saksassa käytetään menettelyperiaatteista myös käsitettä »Prozessmaximen». Ks. esim. Arens–Lüke s. 4.

⁵³ Rosenberg–Schwab–Gottwald s. 422 ss.

⁵⁴ Arens–Lüke s. 129–130. Münchener Kommentar I s. 33. Viimeaikaisessa suomalaisessa

Tutkimuksen teema eli tuomarin rooli aiheuttaa sen, että prosessinjohto kuuluu tutkimuksen kohteeseen (ilmiöön). Sitä ei tarkastella periaatteena eli normina, vaan normien ohjaamana toimintana, jota tuomari harjoittaa valmistellessaan riita-asiaa. Prosessinjohtoon teoria muodostuu tutkimuksen tuloksena. Tuomarin näkökulmasta menettelyperiaatteet jakaantuvat kahtia. Eräiden periaatteiden noudattamista tuomari kontrolloi muodollisen prosessinjohtoon avulla. Sellaisia ovat *prosessitoimen muotoa, aikaa ja paikkaa* koskevat menettelyperiaatteet, joihin kuuluvat suullisuus-, välittömyys- ja keskityspäriatteet.⁵⁵ Ne liittyvät oikeudenkäynnin ulkoiseen kulkuun.⁵⁶

Toisen ryhmän muodostavat ne menettelyperiaatteet, joiden ohjaamaa toimintaa tuomari kontrolloi aineellisen prosessinjohtoon avulla. Saksalaisessa kirjallisuudessa puhutaan oikeudenkäynnin sisäistä kulkua koskevista tai tiiviimmin sanottuna riidan kohdetta ja tosiseikkoja koskevista periaatteista.⁵⁷ Ne ohjaavat *prosessitoimiin liittyvää vastuun- ja tehtävienjakoa*.⁵⁸ Tällaisia periaatteita ovat siviiliprosessin alalla olleet perinteisesti määräämis- ja käsittelyperiaate sekä jura novit curia -periaate. Menettelyperiaatteilla tarkoitettiin aikaisemmin vain näitä periaatteita.⁵⁹ Uusimmassa suomalaisessa kirjallisuudessa niitä on kutsuttu joko *työnjakoperiaateiksi*⁶⁰ tai *rooliperiaateiksi*⁶¹.

Riidan kohteen selvittämisen kannalta aineellisen prosessinjohtoon piiriin kuuluvat menettelyperiaatteet ovat tärkeitä. Vastaavasti muodollisen prosessinjohtoon piiriin kuuluvat periaatteet kiinnittävät huomion asian hahmottamisen kannalta epäolennaisiin seikkoihin. Niitä ei sen vuoksi tässä tutkimuksessa erityisesti tarkastella. Menettelyperiaatteilla tarkoitetaan tässä tutkimuksessa lähinnä aineellisen prosessinjohtoon piiriin kuuluvia periaatteita.⁶²

kirjallisuudessa menettelyperiaatteisiin on luettu myös julkisuusperiaate, kontradiktorinen periaate, vapaa todistusharkinta ja pääasiallisen suosimisperiaate. Ks. Lager Lainkäyttö s. 84 ss. ja Virolainen Lainkäyttö s. 200 ss.

⁵⁵ Rosenberg–Schwab–Gottwald s. 440 ss.

⁵⁶ Arens–Lücke s. 18–19, 23 ja Rosenberg–Schwab–Gottwald s. 600 ss.

⁵⁷ Bruns s. 98.

⁵⁸ Arens–Lücke s. 4, Münchener Kommentar I s. 31.

⁵⁹ Bruns s. 98 ss.

⁶⁰ Lager Lainkäytön s. 82 ss.

⁶¹ Virolainen Lainkäyttö s. 259 ss. Lager ja Virolainen erottavat työnjakoperiaatteet (Lager) ja rooliperiaatteet (Virolainen) menettelyperiaatteista, joilla he tarkoittavat lähinnä prosessitoimien muotoa, aikaa ja paikkaa koskevia suullisuus-, välittömyys-, ja keskityspäriatteita. En ole ehtinyt ottaa uusia käsitteitä koko tutkimuksessa huomioon, joten en voi sijoittaa esimerkiksi tasa-arvon periaatetta tai pääasiallisen suosimisen periaatetta menettelyperiaatteiden systematiikkaan.

⁶² Oikeudenkäynnin ulkoista kulkua koskevat periaatteet tulevat tutkimuksessa satunnaisesti esille menettelyperiaatteiden rinnalla vastuunjakoa koskeviin »virallistoimintaisuus-asianosaistoimintaisuus» -periaatteisiin kätkeynä.

Kuvio 1. Menettelyperiaatteiden kahtiajako prosessitoimien sisältöä ja muotoa koskeviin periaatteisiin.

I. TUOMARIN ROOLI	AINEELLINEN PROSESSINJOHTO	MUODOLLINEN PROSESSINJOHTO
II. TARKASTELUN KOHDE	Prosessitoimiin liittyvää vastuun ja tehtävien jakoa koskevat periaatteet eli rooliperiaatteet tai työnjakoperiaatteet	Prosessitoimien muotoa, aikaa ja paikkaa koskevat periaatteet
III. PERIAATTEET	Määräämisperiaate Käsittelyperiaate Jura novit curia	Suullisuusperiaate Välittömyysperiaate Keskitysperiaate
IV. MERKITYS	Olenaisia riidan kohteen selvittämisen ja oikeus-suojan antamisen kannalta	Olenaisia oikeuden-käynnin ulkoisen kulun tarkoituksenmukaisen järjestämisen kannalta

1.2.1 Menettelyperiaatteet osana prosessioikeuden systematiikkaa

Yleiset menettelyperiaatteet kehitettiin 1800-luvun kuluessa Saksassa systeemiksi, joka muodosti osan siviiliprosessioikeuden yleisistä opeista. Periaatesystematiikka muotoiltiin oikeustieteessä. Menettelyperiaatteet kehittyivät prosessikäsityksen rungoksi, joka ei ollut suoranaisesti riippuvainen lainsäädännöstä tai käytännöstä.⁶³ Systeemi päinvastoin ohjasi Saksan siviiliprosessilain säätämistä.⁶⁴

Menettelyperiaatteet olivat keskeinen osa prosessioikeuden systemaattista ajatusjärjestelmää, jopa systeemin kulmakiviä.⁶⁵ Periaatteilla justifioitiin myös prosessikäsityksen arvot. Esimerkiksi määräämisperiaate liitti prosessioikeuteen ajatuksen yksityisautonomiasta.⁶⁶ Sen rajat määriteltiin prosessioikeudessa riidan kohteen käsitteellä. Samalla määräämisperiaate oli normi, joka antoi asianosaiselle *oikeuden määrätä riidan kohteesta*.⁶⁷ Se osoitti, kenen piti tai kuka sai määrätä siitä.

⁶³ Tolonen Juhlajulkaisu Huttunen s. 178.

⁶⁴ Rosenberg-Schwab s. 450.

⁶⁵ Esser Grundsatz 1990 s. 132–133, Makkonen Oikeudellisen s. 179–180.

⁶⁶ Carlson DL 1935 s. 450, Virolainen Materiaalinen s. 166: »Prosessiperiaatteet onkin muodostettu lähinnä vain systemaattisia tarpeita varten. Niiden avulla voidaan antaa jonkinlainen yleiskuva oikeudenkäyntimenettelyä ja -aineistoa koskevista säännöksistä, jotka perustuvat tarkoituksenmukaisuusnäkökohtiin.»

⁶⁷ Tarkoitin tällä sitä, että vuoden 1976 lainuudistuksen myötä Saksassakin korostettu tuo-

Menettelyperiaatteet kehitettiin ratkaisutoiminnassa käytettäväksi normeiksi. Ne sääntelivät tuomarin ja asianosaisten käyttäytymistä oikeudenkäynnissä, vastuun ja tehtävien jakamista heidän kesken. Ne toimivat usein itsenäisinä ratkaisunormeina ja monet »periaatteista» olivatkin tarkkarajaisia sääntöjä niin kuin esimerkiksi *jura novit curia* -periaate.⁶⁸ Menettelyperiaatteita sovellettiin ehdottomasti, ei enemmän tai vähemmän.⁶⁹ Menettelyperiaatteita tarkempaa sääntöohjausta ei yleensä ollut olemassa.

Joskus menettelyperiaatteista kuitenkin johdettiin uusia, vielä tarkempia sääntöjä.⁷⁰ Sellaisia olivat taakat ja prosessitoimien oikeudelliset vaikutukset: käsittelyperiaatteesta johdettiin väittämistaakka ja tunnustamisen sitova vaikutus ja määräämisperiaatteesta johdettiin vaatimistaakka sekä kanteesta luopumisen ja myöntämisen sitovuus. Tämän vuoksi menettelyperiaatteet olivat »periaatteita». Ne olivat useiden oikeussääntöjen ylläauseita, perusperiaatteita (*Prozessmaximen*).

Systeemillä oli 1800-luvulla ja on Saksan prosessioikeudessa vieläkin itseisarvoa. Tuomarin kyselyoikeuden tarpeellisuus havaittiin jo varhain 1800-luvulla. Sen todettiin kuitenkin olevan ristiriidassa määräämisperiaatteen ja käsittelyperiaatteen kanssa. Kyselyoikeus säädettiin osaksi Saksan siviiliprosessilakia 1900-luvun alussa, mutta se selitettiin poikkeukseksi käsittelyperiaatteesta ja määräämisperiaatteesta. Perinteinen systematiikka muodosti siten oikeudellisen ajattelutavan pysyvän lähtökohdan ja prosessioikeudellisen keskustelun ennakoehdot.⁷¹ Systematiikasta pidettiin saksalaisessa oikeudessa myöhemminkin kiinni, vaikka periaatteet olivat lukuisien poikkeuksien vuoksi »käsitteinä täynnä reikiä».⁷²

Suomessa käytiin 1980-luvulla periaatekeskustelu, jossa näkyi periaatteiden systemaattinen ja normatiivinen merkitys, joskin periaatteet konstruointiin täysin eri tavoin ja eri syistä kuin 1800-luvulla.⁷³ Periaatteiden katsottiin kuvastavan

mioistuimen kysely- ja selittämisvelvollisuus selitetään edelleen poikkeuksena perinteisestä periaatesystematiikasta. Materiaalinen prosessinjohto sijoitetaan systematiikassa eri periaatteiden välimaastoon (*Parteibetrieb, Amtsbetrieb*) ja ikäänkuin unohdetaan materiaallisen prosessinjohton vaikutus asianosaisten määräämisvapauteen. Tällainen systematiikka alkaa olla jo siinä määrin mielikuvituksellinen, että sen käytännöllistä merkitystä on epäiltävä. Ks. asiasta esimerkiksi *Baur-Grunsky* s. 46–47 ja *Wassermann* s. 38–40.

⁶⁸ Laakso s. 128.

⁶⁹ Pöyhönen s. 21 ja Dworkin s. 24.

⁷⁰ Sohm s. 32.

⁷¹ Tolonen Juhlajulkaisu Huttunen s. 178.

⁷² Wassermann s. 97. Virolainen LM 1991 s. 367 liittää systeemiajattelun vanhempaan suomalaiseseen prosessiteoriaan.

⁷³ Pöyhönen s. 16.

lainsäädännön taustalla olevia ideologisia ja eettisiä arvoja.⁷⁴ Periaatteet kuvattiin normeina, jotka sijoitettiin säädännäisen oikeusjärjestyksen ja poliittisten tai moraalisten arvojen ja tavoitteiden välille.⁷⁵ Ne kuuluivat oikeusjärjestykseen ja niitä käytettiin itsenäisinä ratkaisunormeina ns. kiperissä tapauksissa.⁷⁶

1.2.2 Menettelyperiaatteet yleistyksinä lain säännöistä

Periaatteiden systemaattinen merkitys voidaan selittää myös toisella tavalla. Ekelöf ja Virolainen kuvaavat menettelyperiaatteilla tiettyjen positiivisoikeudellisten sääntöjen samankaltaisuutta. Virallisperiaate kuvaa niitä *sääntöjä*, jotka antavat tuomioistuimelle määräämisvallan oikeudenkäynnissä. Määräämisperiaate ja käsittelyperiaate kuvaavat niitä *sääntöjä*, jotka ovat prosessioikeuden alaan kuuluvia, asianosaisiin kohdistettuja normeja.⁷⁷ Sääntöjen tietynlainen samankaltaisuus niiden käyttäytymistä ohjaavassa tehtävässä kuvataan periaatteena.⁷⁸ Periaatteet ovat yleistyksiä useista säännöistä.⁷⁹

Ekelöfin käyttämällä tavalla menettelyperiaatteiden systemaattinen ja normatiivinen merkitys on vähäisempi kuin saksalaisissa teorioissa. Lain muuttaminen muuttaa myös menettelyperiaatteiden sisältöä ja merkitystä. Periaatteet eivät – toisin kuin saksalaisessa oikeudessa – kytke prosessioikeuteen tiettyjä arvoja, vaan kuvaavat lakiin kirjoitettuja tai lain taustalla olevia arvoja. *Lain muuttaminen muuttaa myös menettelyperiaatteita*. Brusiinin käsitteitä käyttäen menettelyperiaatteet Ekelöfin niille antamassa merkityksessä ovat positiivisen oikeuden säädännäisissä normeissa formuloituja periaatteita, kun taas saksalaiset menettelyperiaatteet kuuluivat alunperin oikeusjärjestykseen positiivisessa oikeudessa formuloimattomina.⁸⁰ Tämä ero on tärkeä mm. *prosessikäsitysten* kannalta. Ekelöf jättää arvovalinnat lainsäätäjän tehtäväksi, kun taas Saksassa menettelyperiaatteet sidottiin tiettyihin arvoihin, ja niiden voimassaolo perustui oikeusvakaumukseen, yhteiskuntamoraaliin, asian luontoon tai johonkin muuhun ideologiseen arvoperustaan.⁸¹

⁷⁴ Peczenik–Aarnio–Bergholtz s. 81.

⁷⁵ Laakso s. 128.

⁷⁶ Pöyhönen s. 64 ss.

⁷⁷ Ekelöf Grundbegrepp s. 256–258, 266, Virolainen LM 1991 s. 367–368 ja Virolainen Materiaalinen s. 166. Ekelöf rajasi määräämisperiaatteen koskemaan vain niitä säännöksiä, jotka merkitsevät asianosaisen oikeutta määrätä prosessimateriaalista.

⁷⁸ Ekelöf Grundbegrepp s. 266, Ekelöf–Boman Rättegång I s. 52–53.

⁷⁹ Vrt. Kemppisen kirjoittamaan LM 1991 s. 6.

⁸⁰ Brusiin s. 159–160.

⁸¹ Makkonen Oikeudellisen s. 185, Esser Grundsatz s. 56.

Ekelöf ei pitänyt menettelyperiaatteita normeina, vaan lähinnä oikeustieteessä käytettävänä teknisinä apuvälineinä.⁸² Niistä ei voi johtaa oikeussääntöjä eikä niiden perusteella voi ratkaista oikeudellista ongelmaa.⁸³ Ekelöf myönsi kuitenkin, että periaatteet kuvaavat oikeussääntöjen taustalla olevia arvoja tai tavoitteita, vaikka niitä käytettäisiin vain esitysteknisinä apuvälineinä. Ne voivat siten vaikuttaa ratkaisijan toimintaan ja itse ratkaisuun.⁸⁴ Jos kysytään, millaista tämä ohjausvaikutus voi olla, vastaus on lähellä sitä, mitä tarkoitetaan periaatteilla ratkaisun *ohjenuorina* (Richtungsbegriffe, riktlinjer, retningslinjer).⁸⁵ *Periaatteet antavat sisältöä ja suuntaa laintulkinnalle*. Ne myös institutionalisoituvat herkästi.⁸⁶

1.2.3 Menettelyperiaatteet heuristisina periaatteina

Suomalaisessa oikeustieteessä ei ole kehitetty selkeitä prosessikäsitteitä. Prosessioikeuden systemaattinen ajatusjärjestelmäkään ei ole ollut Suomessa niin täydellinen kuin Saksassa, mikä onkin ymmärrettävää, koska saksalainen oikeustiede tuotiin 1800-luvulla teoriaksi oikeudenkäyntimenettelylle, joka oli vuosisatojen ajan kehittynyt itsenäisesti. Oikeudenkäymiskaarikin oli ollut 1800-luvun lopussa voimassa jo 150 vuotta.⁸⁷ Saksalaiset menettelyperiaatteet eivät siten kuvanneet suomalaisen siviiliprosessin ideologisia tausta-arvoja tai vuosisatojen kuluessa kehittynyttä oikeusvakaumusta. Menettelyperiaatteita ei meillä

⁸² Ekelöf Grundbegrepp s. 213.

⁸³ Ekelöf Grundbegrepp s. 210–211. Ks. näkökulmaeroja koskevasta keskustelusta Ekelöf-Boman Rättegång I s. 81, Peczenik s. 159, Ekelöf Vänbok till Boman s. 62–67.

⁸⁴ Ekelöf Grundbegrepp s. 213.

⁸⁵ Brüggemann s. 102, Jareborg TfR 1979 s. 386, Eckhoff-Sundby s. 109, Eckhoff s. 15: »Det vil si at de retningslinjer er normer som ikke gir direkte svar på de rettspørsmål som skal løses, men som gir anvisning på momenter som kan, eller skal, tas i betraktning ved løsningen av spørsmålene, og som undertiden også gir visse antydninger om hvilken vekt de forskjellige momentene skal tillegges.» Jareborg ja Eckhoff kävivät 1980-luvun vaihteessa keskustelun sääntöjen ja periaatteiden välisestä suhteesta. Eckhoffin ja Sundbyn esittämä ajatus siitä, että periaatteet eli retningslinjer (sanojen merkityksen osalta ks. Sundby s. 191) eivät ole sääntöjä (Sundby s. 197), oli yksi Jareborgin kritiikin keskeinen kohta. Jareborgin käsitys on, että sääntöjä (regler) ja periaatteita (riktlinjer) ei voi erottaa toisistaan niin, että voitaisiin osoittaa, etteivät periaatteet ole sääntöjä. Sen sijaan Jareborgin mukaan voi olla perusteltua operoida sellaisten erityistyyppisten sääntöjen kuin periaatteiden avulla. Jareborg TfR 1979 s. 394–395. Tämän Jareborgin kritiikin myös Eckhoff vastineessaan myönsi ainakin tietyin edellytyksin oikeaksi: Eckhoff TfR 1980 s. 153. Ks. keskustelusta myös Frände s. 47.

⁸⁶ Tolonen Juhlajulkaisu Huttunen s. 189–190, Jonkka s. 164 ss.

⁸⁷ Ks. vuoden 1734 lain mukaisesta oikeudenkäynnistä 1700–1800 luvuilla Nousiainen s. 385 ss.

koskaan systematisoitu erityisen yksityiskohtaisesti. Ne eivät erityisesti ohjanneet lainsäädäntöä tai käytäntöä, vaan pikemminkin päinvastoin.⁸⁸ Menettelyperiaatteet saivat meillä merkityssisältönsä käytännön kautta. Selitän tätä vähän tarkemmin.

Esser kirjoittaa yksittäistapauksista saaduista kokemuksista muodostuvasta tiedosta, joka vähitellen tiivistyy peukalosäännöiksi (*Kunstregeln*), joita sovelletaan ratkaisutoiminnassa, tulkinnassa tai prosessinjohdossa.⁸⁹ Prosessioikeudessa puhutaan *praktisista periaatteista*, jotka muodostuvat vakiintuneista ratkaisutavoista.⁹⁰ Samankaltaisissa asioissa aikaisemmin tehdyt ratkaisut saavat oikeuskäytännön yhtenäisyyden, ennustettavuuden ja jatkuvuuden perustelemana normin luonteen. Vanhojen mallien käyttäminen on esimerkki tällaisesta kehityksestä. Tuomareiden pyrkimys praktisten periaatteiden muodostamiseen liittyy esiymmärtämiseen. Aikaisemmat kokemukset ohjaavat esillä olevan asian ratkaisemisesta.⁹¹ Tätä asiaa tarkastellaan tarkemmin ratkaisumallin yhteydessä.

Praktiset periaatteet tulevat merkittäviksi vasta sen jälkeen, kun niiden käyttö ratkaisutoiminnassa yleistyy. Esser puhuu *periaatteiden institutionalisoitumisesta* käytännön kautta.⁹² Tämä liittyy läheisesti siihen, mitä tarkoitetaan institutionaalisella tuella.⁹³ Periaatteet saavat institutionaalista tukea myös siksi, että niitä sovelletaan yleisesti.⁹⁴

Praktiset periaatteet ovat *juridiseen työskentelyyn liittyviä »työvälineperiaatteita»* (*Arbeitsprinzipien*).⁹⁵ Ne ovat juristin työtapoja ohjaavia ja niistä muodostuneita normeja, jotka säännönmukaisesti yksittäistapauksiin vaikuttaessaan

⁸⁸ Esserin mukaan oikeusjärjestykseen kuuluvat ne periaatteet, jotka on siihen liitetty joko 1) lainsäätäjän, 2) oikeustieteen tai 3) oikeuskäytännön oikeutta luovalla toiminnalla. Ks. *Esser Grundsatz* s. 132.

⁸⁹ *Esser Grundsatz* s. 109–110.

⁹⁰ Ks. käsitteen osalta *Baumgärtel* s. 5–7, *Esser Grundsatz* s. 134–137.

⁹¹ *Bergholtz Festschrift till Jacobsson* s. 6: »Ibland kan en princip bestämma det enskilda resultatet och ibland får ett resultat i det enskilda fallet oss att modifiera en princip.»

⁹² *Esser Grundsatz* s. 88–89.

⁹³ *Tolonen Juhlajulkaisu Huttunen* s. 189–190, *Jonkka* s. 165.

⁹⁴ *Tolonen Juhlajulkaisu Huttunen* s. 181–182. *Esser Grundsatz* s. 89: Ei ole selvitetty sitä, sovelletaanko periaatteita oikeusjärjestyksen vuoksi myös siellä, missä niiltä puuttuu institutionaalinen tuki, vai olisiko niin, että oikeuskäytäntö tekee periaatteet tehokkaiksi – so. oikeusjärjestykseen kuuluviksi.

⁹⁵ *Esser Grundsatz* s. 89–91 ja 110–111: »Die Kunstregeln der Rechtsanwendung, der Auslegung, der Urteilsbegründung, der juristischen Logik, der allgemeinen Erfahrungssätze und ihrer Anwendung, der Denkgesetze und konventionell verbindlichen Anschauungs- und Urteilstkategorien, wie z. B. Kausalität der prozessualen Maximen und Techniken, mögen sie doktrinär gesichert sein, wie die Rechtskraftlehre, historisches Profil haben, wie die Verhandlungsmaxime oder scheinbar nur der handwerklichen Praktikerweisheit entstammen, wie die Tren-

luovat juridisen kulttuurin.⁹⁶ Työvälineperiaatteita kutsutaan myös *heuristisiksi periaatteiksi*.⁹⁷

Menettelyperiaatteet ovat meillä Suomessa olleet *praktisia ja heuristisia periaatteita*. Ne eivät tuoneet suomalaisen prosessioikeuteen mitään selviä käyttäytymisohjeita, sillä menettelyperiaatteet ovat normeina epämääräisiä ja vaikeasti tunnistettavia eikä niiden informaatioarvoa erityisesti lisätty meidän oikeustieteessämme.⁹⁸ Oikeustiede ei meillä luonut menettelyperiaatteista johtuvia yksityiskohtaisia menettelysääntöjä. Oikeudenkäyntimenettelyn säännöt kehittyivät käytännön myötä tapaoikeudellisesti ja yleistyivät tuomareiden koulutuksen kautta. Syntyi oikeudellinen traditio, joka myöhemmin liitettiin käsittelymenetelmän ja määräämisperiaatteen käsitteisiin.

*Menettelyperiaatteet saivat Suomessa heuristisen merkityksen. Ne liittyivät vakiintuneisiin käytäntöihin, muodostuivat normiksi ja ohjasivat tuomarin prosessinjohtoa. Ne olivat ratkaisutoiminnassa noudatettuja julkilausumattomia tausta-ajatuksia.*⁹⁹

1.3 MENETTELYSÄÄNNÖT

1.3.1 Säännöt

Säännöt ovat normeja niin kuin periaatteet ja tavoitteetkin. Säännöille on kuitenkin tyypillistä muita normeja tarkkarajaisempi tunnusmerkistö ja oikeus-

nung von Rechts- und Tatfrage, – sie alle sind nicht mehr und nicht weniger immanente oder genuine Rechtsprinzipien als irgendeine im Kodex verbrieft institutionelle Garantie.» Ks. myös *Engisch Konkretisierung* s. 164–166.

⁹⁶ Ks. *Esser Grundsatz* s. 90–91, 109 ja vrt. *Jareborg Värderingar* s. 98–100.

⁹⁷ *Esser Grundsatz* s. 208, *Klami Oikeustiede* 1982 s. 37: »(1) There are norms whose function is almost exclusively heuristic: they cannot be at all – or only rarely – used as the justification of a decision... (2) The main function of legal principles is heuristic.» Ks. myös *Klami TfR* 1981 s. 497, 504–506, 510 ja *Laakso* s. 128.

⁹⁸ *Tolonen Juhlajulkaisu Huttunen* s. 182.

⁹⁹ *Tolonen Juhlajulkaisu Huttunen* s. 182. Tämä on yksi näkökulma, josta voidaan erottaa aineellisoikeudelliset ja prosessioikeudelliset periaatteet. Aineellisoikeudellisia ovat ne periaatteet, joiden oikealla soveltamistavalla on vaikutusta pääasiasratkaisun aineellisoikeudelliseen hyväksyttävyyteen. Prosessioikeudellisia ovat ne periaatteet, jotka vaikuttavat tuomioistuimen ratkaisutoimintaan, mutta eivät vaikuta suoraan pääasiasratkaisun sisältöön. Aineellisoikeudelliset periaatteet liittyvät siten justifiointiin, kun taas prosessioikeudelliset periaatteet ovat merkittäviä heuristiikan kannalta. Tällä näkökulmalla on merkitystä siksi, että säännöt/periaatteet/tavoitteet -erottelu kenties liittyikin lähinnä justifiointiin eikä niinkään heuristiikkaan. Ks. tästä kysymyksestä tarkemmin *Tolonen Oikeustiede* 1989 s. 364–365 ja *Klami TfR* 1981 s. 499, 510–511. Ks. myös *Esser Grundsatz* s. 90 ja *Klami Sanningen* s. 163.

raamus. Säännöt ovat yksityiskohtaisempia normeja kuin muut normit. Mannermaiseen oikeuskulttuuriin kuuluu myös se, että tärkeinä pidetyistä yhteiskunnallisista tavoitteista annetaan sääntö. Tavoitteen toteutumista ei haluta jättää periaatteiden heikon sitovuuden varaan, vaan se varmistetaan antamalla siitä sääntö.¹⁰⁰ On tavallista, että samaa tavoitetta palvelee sekä periaate että sitä tarkkarajaisempi sääntö.¹⁰¹

Normin nimittäminen säännöksi ei edellytä sitä, että se olisi kirjoitettu lakiin. Sääntöjen tarkkarajaisuus ja yksityiskohtaisuus tarkoittaa säännön sääntelyinformaation eli tunnusmerkistön ja oikeusseuraamuksen yksityiskohtaisuutta.¹⁰² Suomalaisesta oikeuskulttuurista johtuu sen sijaan se, että säännöt kuvataan nykyisin yleensä laissa.¹⁰³ Tältä osin myös menettelysäännöt ovat muuttuneet. Aikaisemmin oikeudenkäymiskaaressa oli suhteellisen vähän sääntöjä, jotka ohjasivat tuomarin työskentelyä riidan kohteen selvittämiseksi. Tärkein säännös oli OK 14:4:ssä (L 12.8.1960/362) säädetty velvollisuus huolehtia jutun perusteellisesta käsittelystä. Se oli kuitenkin normina lähinnä periaate tai ilmaisi ehkä vieläkin epätarkemmin vain tiettyä tavoitetta. Säännöstä sovellettiin periaatteiden tapaan enemmän tai vähemmän.¹⁰⁴ Sen tarkempi määrittely jäi oikeustieteen ja käytännön tehtäväksi. Nykyisessä laissa OK 5 luku sisältää yksityiskohtaiset riita-asian valmistelemista ohjaavat säännöt. Riidan kohteen selvittämisen kannalta tärkeimmät säännöt on ilmaistu OK 5:19.1,1–2:ssä ja OK 5:21.3:ssä (L 22.7.1991/1052). Riita-asian valmistelussa on selvitettävä (1) asianosaisten vaatimukset ja niiden perusteet sekä se, (2) mistä asianosaiset ovat erimielisiä (OK 5:19.1,1-2). Tuomioistuimen on valmistelussa myös huolehdittava siitä, että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota (OK 5:21.3).

Riidan kohteen selvittämistä koskevat säännöt muuttavat päinvastaiseksi oikeustieteen tehtävän. Aikaisemmin oikeustieteen tehtävänä oli määritellä yksityiskohtaisesti ne menettelysäännöt, joita OK 14:4:n (L 12.8.1960/362) osoitta-

¹⁰⁰ Pöyhönen s. 15.

¹⁰¹ Pöyhönen s. 20.

¹⁰² Laakso s. 5.

¹⁰³ Pöyhönen s. 15, 21: »Perusteeksi on edelleen ehdotettu sääntelytilanteiden määrittäystä tai normin syntyä (säännöt syntyvät lainsäädännön, periaatteet käytännön kautta)...» Esser Grundsatz s. 51 kirjoittaa mannermaisen ja anglo-amerikkalaisen normijärjestelmän eroista: »Der moderne Rechtssatz des kontinentalen Systems muss anwendbar sein, d. h. in seinem Bereich und seiner Wirkungsweise durch Kriterien festgelegt sein, die ein Beamtenstab in nachprüfbarer Weise als gegeben oder nicht gegeben festzustellen hat...Dies erklärt bereits, warum für das kontinentale Rechtsdenken der Unterschied zwischen Prinzip und Norm von weit grösserer Tragweite ist als für das common law-Denken der Abstand zwischen principle und rule.»

¹⁰⁴ Pöyhönen s. 21 ss.

mien tavoitteiden saavuttaminen edellytti. Uudessa laissa säännöt ovat yksityiskohtaisia, mutta lainsäätäjä jättää osoittamatta ne prosessioikeuden arvot ja tavoitteet, jotka sääntöjen mukaisella toiminnalla tulee konkretisoida.¹⁰⁵ Aikaisemmin on jo osoitettu, että perinteiset menettelyperiaatteet ja nykyiset säännöt ovat ristiriidassa keskenään. Sen vuoksi oikeustieteen tehtävänä on selvittää ja selittää niitä arvoja ja tavoitteita, joita menettelysäännöt kuvaavat ja esittää ratkaisuja menettelyperiaatteiden ja sääntöjen ristiriidan ratkaisemiseksi.

1.3.2 Menettelyperiaatteiden merkityksen arviointia

Asian luonnosta, oikeusvakaumuksesta tai muusta ideologisesta arvoperustasta oikeutuksensa saaneet menettelyperiaatteiden systeemit liittyivät aikakauteen, jolloin ei ollut olemassa siviiliprosessilakia, ja oikeustieteen tehtävänä oli muovata menettelysäännöt. Nykyisin ei ole tarvetta sellaisen periaatesysteemin rakentamiseen, koska lainsäädäntö on yksityiskohtaista. Samasta syystä menettelyperiaatteet eivät voi enää olla myöskään tapaoikeutta kuvaavia heuristisia periaatteita, koska menettelyä ohjataan suhteellisen tarkoilla, lakiin kirjatulla säännöillä. Menettelyperiaatteiden täytyy olla lainsäätäjän tahdon mukaisia.

Uudessa riita-asian menettelyä koskevassa laissa on yksityiskohtaiset säännöt riita-asian valmistelusta. Sen sijaan valmistelua johtavan tuomarin tavoitteet säädetään laissa epämääräisesti. Eräät säännöistä näyttävät olevan jopa ristiriitaisia: tuomioistuin ei saa perustaa tuomiotaan seikkaan, johon asianosainen ei ole vaatimuksensa tueksi vedonnut (OK 24:14.2). Toisaalta tuomarin täytyy huolehtia, että asianosainen mainitsee kaikki seikat, joihin hän haluaa vedota (OK 5:21.3). Kuka siis kantaa riskin siitä, ettei johonkin seikkaan ole vedottu?

Menettelyperiaatteet ovat käyttökelpoisia käsitteitä kuvaamaan niitä arvoja ja tavoitteita, jotka ovat sääntöjen taustalla. Normeina menettelyperiaatteet ovat silloin lähinnä optimointikäskyjä, jotka antavat sisältöä ja suuntaa laintulkinnalle.

1.4. MENETTELYPERIAATTEIDEN TAPAUSKOHTAINEN TEHOKKUUS

1.4.1 Hyväksyttävyyys ja tehokkuus

Periaatteiden kohdalla lähinnä hyväksyttävyyys muodostaa niiden voimassaolon

¹⁰⁵ Tämän näkökohdan ottaa Jonkka esille rikosprosessin uudistamisen osalta NFFP:n kokouksessa 28–30.9.1994 jakamassaan paperissa Om den finska straffprocessreformen s. 13.

kriteerin.¹⁰⁶ Pöyhösen käyttämässä merkityksessä hyväksyttävyyys on *normin arvoperusteista voimassaoloa*.¹⁰⁷ Hyväksyttävyyys on tehtyjen ratkaisujen kriittisen tarkastelun väline. Arvoperusteinen hyväksyttävyyys ei väitä mitään normin ja ratkaisijan todellisuudessa sisäistämien arvojen suhteesta.¹⁰⁸ Ratkaisijan todellisuudessa hyväksymä ja käyttämä arvo voi olla tietyn arvojärjestelmän vastainen. *Normin hyväksyminen ja normin hyväksyttävyyys on siten erotettava toisistaan*.¹⁰⁹ Hyväksyttävyyys on tehdyn ratkaisun justifiointiin kohdistuvan ulkopuolisen kritiikin väline ja siinä mielessä peruste väittää, ettei ratkaisussa sovellettu periaate kuulu voimassaolevaan oikeuteen.¹¹⁰

Menettelyperiaatteet eroavat aineellisoikeudellisista periaatteista siinä, että ne vaikuttavat asiassa määrättävään oikeusseuraamukseen vain välillisesti.¹¹¹ Riitakysymysten selvittämiseen liittyviä menettelyllisiä ratkaisuja ei kirjoiteta päätöksiksi eivätkä ne yleensä näy myöskään lopullisesta tuomiosta. Menettelyssä noudatettujen periaatteiden hyväksyttävyyden kontrolloiminen ei ole aina käytännössä mahdollista. Toisaalta tuomari voi päätyä hyväksyttävään tuomioon monenlaisen menettelyn päätteeksi. Ei ole olemassa yhtä oikeaa menettelyä riidan kohteen selvittämiseksi eikä vain yhdensuuntaisia menettelyn arvoja ja tavoitteita, vaan säännöt mahdollistavat useita vaihtoehtoisia ja jopa lähes samantyyppisiä asioissa erilaisia menettelyjä. Vaikka oikeustieteen tehtävä on kehittää hyväksyttäviä eli oikeudenalan normisysteemin kannalta merkityksellisiä ja legitimejä menettelyperiaatteita, riippuu niiden noudattaminen ratkaisutoiminnassa viime kädessä siitä, hyväksyykö asiaa valmisteleva tuomari ne säännön tulkinnaa ohjaaviksi optimointikäskyiksi.¹¹²

Periaate on tapauskohtaisesti tehokas, jos tuomari noudattaa sitä. Aina ei kuitenkaan voida tietää, johtuuko tehokkuus hyväksymisestä. Ne liittyvät normaalisti yhteen, mutta eivät aina.¹¹³ Tuomari saattaa sattumaltakin toimia periaat-

¹⁰⁶ Pöyhönen s. 33, *Aarnio* Laintulkinnan teoria s. 99.

¹⁰⁷ Pöyhönen s. 33: Oikeusperiaatteen voimassaolo perustuu juridisen ammattikunnan ja kansalaisten keskuudessa vakiintuneeseen käsitykseen sen hyväksyttävyydestä. Ks. myös *Aarnio* Laintulkinnan teoria s. 99: Niissä tilanteissa, »kun on epäselvää, mikä käsitys on noissa ryhmissä vallitseva, ratkaisevaa on se, mikä oikeusperiaate olisi hyväksyttävissä, jos kaikki asianhaarat ja olosuhteet otettaisiin huomioon».

¹⁰⁸ *Aarnio* Laintulkinnan teoria s. 93–94.

¹⁰⁹ *Aarnio* Laintulkinnan teoria s. 94.

¹¹⁰ *Aarnio* The Rational s. 46.

¹¹¹ Reaktiotapanormeista ks. *Makkonen* Oikeudellisen s. 44.

¹¹² Pöyhönen s. 30–31, *Aarnio* Laintulkinnan teoria s. 96: Hyväksyminen voi perustua pelkälle suostuttelulle, auktoriteetille tai periaatteen institutionaaliselle merkitykselle. Ks. myös *Tolonen* Juhlajulkaisu Huttunen s. 178, 182.

¹¹³ *Aarnio* LM 1977 s. 338: »Vastaus on yksinkertainen: sääntö on voimassa silloin, kun

teen ilmentämän tavoitteen mukaisesti: esimerkiksi väsynyt tuomari voi johtaa oikeudenkäyntiä käsittelyperiaatteen mukaisesti passiivisesti.¹¹⁴ Korostan tuomareiden velvollisuutta tiedostaa ja punnita menettelyä ohjaavien periaatteiden vaikutus menettelytavan valinnassa. Menettelyperiaatteet saavat nimittäin vasta tapauskohtaisen tehokkuuden kautta asianosaisten oikeusturvaan ulottuvan vaikutuksensa.¹¹⁵

1.4.2 Periaatteiden punninta tehokkuuden edellytyksenä

Periaatteisiin käyttäytymisohjeina liittyä olennaisesti se, että niitä voidaan soveltaa *enemmän tai vähemmän*. Tämä johtuu ainakin kahdesta asiasta. (1) Toisaalta periaatteiden tunnusmerkistö on jäsentymätön, vaikeasti tunnistettava. Subsumptiossa voidaan siten liittää hyvinkin erilainen joukko tosiseikkoja periaatteeseen.¹¹⁶ (2) Toisaalta taas periaatteiden velvoittavuus on heikompi kuin sääntöjen. Siihen, että jotakin periaatetta sovelletaan, vaikuttavat muutkin tekijät kuin asiassa esille tullut tosiseikasto. Merkitystä on ratkaisijan arvojen ja tavoitteiden etusijajärjestyksellä, muilla menettelyssä konkretisoituvilla säännöillä, totunnaisilla työtavoilla ja periaatteiden hyväksymisellä / ei-hyväksymisellä.¹¹⁷

Pöyhönen mainitsee käytettävien periaatteiden valikoimista helpottavina maksimeina punnintamaksiimin ja *prima facie*-periaatteet.¹¹⁸ Punnintamaksiimi tarkoittaa kilpailevien periaatteiden punnintaa. Kun toisen periaatteen (A) soveltaminen merkitsee sitä, etteivät toisen periaatteen (B) sisältämät arvot toteudu, täytyy sitä perustellumpaa periaatteen (A) käytön olla, mitä enemmän se estää periaatteen (B) tavoitteiden toteutumista. *Prima facie*-periaatteet taas liittyvät ajatteluun, jossa tietyille periaatteille annetaan tärkeämpi merkitys kuin muille periaatteille. Voidaan puhua periaatehierarkiasta. Oikeudenalan tärkein periaate on

sitä efektiivisesti noudatetaan ja sitä noudatetaan efektiivisesti silloin, kun se koetaan sosiaalisesti sitovaksi.» Vrt. Aarnio Laintulkinnan teoria s. 96–97.

¹¹⁴ Passiivisen prosessinjohton perusteista kirjoittaa Engeström–Haavisto–Pihlaja s. 55–58, 80–83.

¹¹⁵ Ks. Esserin esitystä työvälineperiaatteista Grundsatz s. 132–134: »Von wann ab haben Rechtsprinzipien den Charakter positiven Rechts? Antwort: Sobald und soweit sie durch rechtsbildende Akte der Legislative, der Jurisprudenz oder des Rechtslebens institutionell verkörpert worden sind. In diesem Rahmen sind alle Rechtsprinzipien prozessual geschützte Elemente des positiven Rechts, mögen sie als System- oder Aufbauprinzip des materiellen Rechts auftreten, als jurisprudentielle Maximen, Parömien und Faustregeln, als allgemein anerkannte Grundfiguren aller Kulturrechte oder als bloße Kunstregeln juristischen Denkens und Arbeitens.» Ks. myös Aarnio The Rational s. 39.

¹¹⁶ Frände s. 51.

¹¹⁷ Pöyhönen s. 25.

¹¹⁸ Pöyhönen s. 26, Frände s. 52–53.

johtava periaate. Se syrjäyttää konfliktitilanteessa vähemmän tärkeät periaatteet.¹¹⁹ Aikaisemmin määräämisperiaate oli selvästi tällainen riita-asian käsittelyn johtava periaate. Nykyisin se ei ole enää yhtä selvää.

Ratkaisutoiminnassa periaatteet toimivat optimointikäskynä. Ne antavat ratkaisuille alustavan suunnan.¹²⁰ Ne valaisevat ratkaisutilanteeseen liittyviä näkökulmia ja erilaisten ratkaisujen vaikutuksia. Siten ne tuovat esille seikkoja, jotka voidaan huomioida harkinnassa.¹²¹ Koska uuden lain menettelysäännöt ilmentävät ristiriitaisia arvoja ja tavoitteita (esimerkiksi asianosaisautonomia – virallistoimintoisuus, muodollinen yhdenvertaisuus – tosiasiallinen yhdenvertaisuus), on menettelyperiaatteiden punninnan merkitystä korostettava. Tuomari ei voi säännön perusteella valita menettelyperiaatetta, sillä esimerkiksi OK 5:19.1,1 ei osoita selvästi tavoitettaan eli sitä, *miten* riidan kohde selvitetään: annetaanko asianosaisten selvittää se keskenään vai osallistuuko myös tuomari siihen työhön. Ei ole olemassa yksiselitteistä sääntöä, joka määräisi, miten asiassa on menetteltävä, vaan ratkaisu riippuu periaatteiden punninnasta. Sitä helpottaa prosessikäsitysten mukaisen normijärjestelmän kattava hallinta.

¹¹⁹ Ks. myös *Jonkka* s. 65–69 ja *Wihuri* s. 71 ss.

¹²⁰ *Pöyhönen* s. 27.

¹²¹ *Jareborg* TfR 1979 s. 388, *Jareborg* TfR 1981 s. 437: »Riktlinjerna har ett visst innehåll: de anger vilka faktorer som skall eller kan beaktas vid avvägningen. Ibland anger eller antyder de också något om i vilken riktning en viss faktor pekar och vilken vikt den har som argument.» Ks. myös *Sundby* s. 200 ja *Jonkka* s. 170.

2. LIBERALISTINEN PROSESSIKÄSITYS

2.1. PERUSKÄSITTEITÄ JA PERUSPIIRTEITÄ

Prosessikäsitteillä siis tarkoitetaan teoreettisia viitekehyksiä oikeudenkäynnin tavoitteista, tarkempirajaisista normeista ja keinoista, joilla tavoitteet käytännön oikeudenkäynnissä saavutetaan.¹ Tässä tarkasteltavaa prosessikäsitteistä kutsutaan oikeustieteessä tavallisesti liberaaliksi tai liberaaliseksi prosessikäsitteeksi.² Käytän kuitenkin tutkimuksessa liberalistisen prosessikäsitteen käsitettä, koska prosessikäsite muotoutui 1800-luvun Saksassa ja *sen perusrakenteet kuvastavat aikakauden liberalistista talousajattelua*.³ Voidaan puhua liberalistisesta prosessioikeudesta. Prosessikäsitteen vapaamielisyys on nimenomaan 1800-luvun taloudelliseen liberalismiin liittyvää vapaamielisyyttä. Nykyisin USA:ssa pidetään vapaamielisenä aivan toisenlaista, lähinnä sosiaalista prosessikäsitteistä (public law litigation), joka kyseenalaistaa perinteisen liberalistisen prosessikäsitteen (traditional conception of adjudication).⁴

¹ *Münchener Kommentar I* s. 5.

² *Münchener Kommentar I* s. 5, Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 26 ja *Bettermann ZZP* 91 (1978) s. 367–368.

³ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 27, Krawietz Oikeustiede 1992 s. 174–175, *Nousiainen* s. 63–64 ja *Bettermann JBl.* 1972 s. 63: »Es ist daher kein Zufall, dass die unter dem Einfluss der Revolution von 1848 stehende Zivilprozessgesetzgebung Deutschlands, ..., den Verhandlungsgrundsatz, wie überhaupt die Parteiherrschaft, maximal durchzuführen trachtete.» Taloudellisten käsitteiden tutkiminen on oikeustieteelle vierasta. Asiasta kirjoittaa *Kemppinen Kulttuuri-ilmiönä* s. 16: »Sekään ei ole sattuma, että juristit kaihtavat ongelmiansa kulttuuristen kytkentöjen käsittelemistä...Historiasta puhuessaan juristi sitoutuu talous- ja sosiaalishistorian käsitejärjestelmiin ja löytää itsensä kirjoittamasta vaikkapa merkantilismista ja liberalisminä kuin olemassa olevista asioista tai kuin säädösräydyksistä – vaikka ne ovat mitä epämääräisimpiä ja ylimalkaisimpia otsakkeita vailla selvää sisältöä.»

⁴ Käsitteiden osalta ks. *Chayes* Harvard Law Review 1976 s. 1282, 1284 ja *Lindblom* Gruppitalan s. 439–440. Käsitteen liberaalisuudesta ks. *Garth* Law and social inquiry 1988 s. 157 ja 172–174 ja *Miller* Harvard Law Review 1979 s. 664–668.

Liberalistiselle prosessikäsitelykselle on tyypillistä *kontradiktorinen menettely* eli kaksiasianosaisprosessi.⁵ Kahden asianosaisen välillä käytävä oikeudenkäynti on liberalistisen prosessikäsitelyn ainesosa.⁶ Menettely on järjestetty kahden asianosaisen väliseksi kilpailuksi, jossa vastakkaiset intressit ratkaistaan »voittaja vie kaiken» -periaatteella.⁷ Muiden osapuolten osallistuminen oikeudenkäyntiin on järjestetty poikkeukselliseksi kumulaatio- ja interventiosäännöillä.

Kontradiktorinen menettely on *retrospektiivistä*. Tapahtumat, joita riidassa käsitellään, ovat menneisyyden tapahtumia. Menettelyssä näytetään todeksi tiedetyt tapahtumien kulut ja tuomioistuin määrää, mitä vaikutuksia tapahtumilla on asianosaisten välisessä suhteessa.⁸

Oikeudenloukkaus ja sen hyvitys määritellään asianosaisten välisessä suhteessa. Oikeudenkäynnin tarkoitus on ratkaista, millä tavoin kantajan kärsimä oikeudenloukkaus – silloin, kun sellainen näytetään tapahtuneen – hyvitetään. Rahallista korvausta pidetään yleisesti käyttökelpoisena oikeudenloukkausten hyvittämiskeinona.⁹

Oikeudenkäynnille on tyypillistä se, että se on *eristynyt ympäristöstä*. Oikeusvaikutukset koskevat vain asianosaisia. Tämä on huomioitu kanteen muutosta ja oikeusvoimavaikutusta koskevissa säännöissä. Tuomioistuimen ratkaisu on asianosaisten välisen riidan ratkaisu.¹⁰ Mitään yleisempää yhteiskunnallista vaikutusta sillä ei ole.¹¹ Tuomio myös päättää tuomioistuimen osallisuuden asiaan.¹²

Asianosaiset ohjaavat prosessin kulkua. Tuomioistuimen tehtävänä on ratkaista se riita, jonka asianosaiset säädetyllä tavalla määriteltynä jättävät tuomioistuimen ratkaistavaksi. Asianosaiset vastaavat tosiseikastomateriaalin esittämi-

⁵ Westberg s. 29, Walder–Bohner s. 6. Kontradiktorinen oikeudenkäynti mainitaan myös Luganon sopimuksen 36 artiklassa (ks. Asetus 1993/613, SopS 44).

⁶ Westberg s. 29, Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 75: »kontradiktorinen periaate,..., joka meilläkin on voimassa, on kiistattomasti todellinen oikeusperiaate.»

⁷ Chayes Harvard Law Review 1976 s. 1282. Vrt. OK 21:1. Cohn Erinnerungsgabe für Grünhut s. 31: »Sie erblickten in dem Zivilprozess ein Verfahren zur Entscheidung von Streitigkeiten zwischen einzelnen – ohne weiteres Interesse für die Allgemeinheit.» Ks. myös Blo-meyer Festschrift für Böttcher s. 62, Münchener Kommentar I s. 5, Laumen s. 120 ss. ja Tirk-konen Siviiliprosessioikeus I s. 27.

⁸ Chayes Harvard Law Review 1976 s. 1282, Westberg s. 30.

⁹ Chayes Harvard Law Review 1976 s. 1283.

¹⁰ Cohn Erinnerungsgabe für Grünhut s. 35 lainaa Wachia: »Prosessin tarkoitus ei ole totuuden selvittäminen, vaan asianosaisten välisen riidan ratkaiseminen».

¹¹ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 27, Cohn Erinnerungsgabe für Grünhut s. 31, Brehm s. 10 ss.

¹² Chayes Harvard Law Review 1976 s. 1283.

sestä ja riitakysymyksen sekä vaatimusten yksilöimisestä. Tuomioistuimen tehtävänä on soveltaa lakia sen ratkaistavaksi jätettyihin kysymyksiin.¹³

Liberalistiseen prosessiin kuuluu *riidanratkaisunäkökulma* (The Conflict Resolution Model, konfliktlösning).¹⁴ Tuomioistuin nähdään keinona puolueettomaan riitojen ratkaisemiseen. Yhteiskunta tarjoaa vaihtoehdon asianosaisten omatoimiselle riitelylle, omankäden oikeudelle, joka yhteiskuntarauhan kannalta on vaarallisempaa kuin rauhanomainen riitojen ratkaiseminen.¹⁵ Tästä näkökulmasta tuomioistuimen tehtävä painottuu oikeudenloukkausten ja niillä aiheutettujen vahinkojen hyvittämiseen.

Liberalistisen prosessikäsitteen peruspiirteiden toteuttamista ohjaavat käytännön tasolla menettelyperiaatteet, joihin prosessikäsitteen arvot ja tavoitteet on koottu systemaattisesti. Tarkastelen seuraavassa niiden kehittymistä.

2.2 HISTORIA

2.2.1 Johdattelevia ajatuksia

Siviiliprosessioikeudessa käytetään nykyisin yleensä neljää menettelyperiaatetta: määräämisperiaatetta ja virallisperiaatetta sekä käsittelyperiaatetta ja tutkintaperiaatetta.¹⁶ 1800-luvun kirjallisuudessa puhuttiin kuitenkin vain kahdesta menettelyperiaatteesta, käsittely- ja tutkintaperiaatteista.¹⁷ Määräämisperiaatetta ja virallisperiaatetta ei käytetä ennen 1870-lukua kirjoitetuissa lähteissä, vaan niissä kuvataan käsittelyperiaate yleisenä asianosaisperiaatteena ja tutkintaperiaate yleisenä tuomioistuinperiaatteena.¹⁸

Käsittely- ja tutkintaperiaatteiden käsitteet liitettiin 1800-luvun kirjallisuudessa kahteen prosessijärjestelmään, (1) yleissaksalaiseen oikeuteen (gemeines

¹³ Westberg s. 29–30, Chayes Harvard Law Review 1976 s. 1283 ja Nousiainen s. 282.

¹⁴ Scott Stanford Law Review 1975 s. 937, Lindell Partsautonomi s. 86–95.

¹⁵ Scott Stanford Law Review 1975 s. 937–938.

¹⁶ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 77, Granfelt Sammandrag s. 4, Wrede I s. 67. Ks. myös Wrede Föreläsningar s. 33, Kallenberg s. 72, Hassler Rättegångsbalken s. 33–34, Hagerup Civilproces I s. 37–38, Hagerup Civilproces II s. 125, Hagerup Retsencycklopædi s. 206, Schmidt Einführung s. 316 ja Hedemann s. 183. Vrt. kuitenkin Gärde s. 174.

¹⁷ Annerstedt s. 17, Broomé s. 113, Grenander s. 55–56.

¹⁸ Grenander s. 8: »Förhandlingsprincipen skulle ähven kunna bestämmas så, att den är en i ett civilt rättegångsförfarande genomgående princip, enligt hvilken det är till vederbörande parter öhverlåtit att själfve företaga alt, som de akta nödigt för utförande af sin talan, medan domaren, som sålunda, utan att från sin sida omedelbarligen bidraga till sakens utredande, dömer endast på deras andraganden och efter de af dem framlagda bevis, i öfrigt inskränker sin verksamhet till att sörja för rättegångens lagliga gång.» Ks. myös Schrevelius s. 80.

Recht) eli pandektioikeuteen ja (2) Preussin prosessilainsäädäntöön (Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten = AGO).¹⁹ Liberalististen menettelyperiaatteiden kehittyminen on osa pandektioikeuden historiaa.

Sana pandekti viittaa Rooman keisarin Justinianuksen 500-luvulla julkaisemaan corpus juris civilis-teoksen digesta eli pandektit -osaan.²⁰ Roomalainen yksityisoikeus omaksuttiin Saksan yleiseksi yksityisoikeudeksi (gemeines Recht) keskiajan lopun ja uuden ajan alun aikana. Vaikka pandektit viittaavat corpus juris civilikseen, se ei tullut sellaisenaan yleissaksalaisen oikeuden sisällöksi. Corpus juris civilis alkoi levitä Justinianuksen jälkeen useina käsikirjoituksina, joiden sisältö muuttui ajan kuluessa.²¹ Toisaalta tuhat vuotta vanhaa siviilioikeutta ei voitu enää sellaisenaan soveltaa 1600-luvun Saksassa. Niinpä roomalainen yksityisoikeus reseptoitiin siinä muodossa, johon italialainen oikeustiede, katolisen kirkon keskiaikainen lainsäädäntö (corpus juris canonici = kanoninen oikeus) ja oikeuskäytäntö muovasivat sen.²² Pandektioikeuden voimaansaattamista

¹⁹ Saksan oikeudellisesta hajanaisuudesta 1800-luvun alussa kirjoittaa *Sohm* s. 5–7.

²⁰ *Strömholm* kirjoittaa corpus juris civiliksen sisällöstä (Länsimaisen oikeusajattelun historia s. 67–69): »Maailmanuskontojen pyhien kirjoitusten ohella on tuskin toista yksittäistä teosta, jota olisi tutkittu, sovellettu, arvostettu, kritikoitu ja kommentoitu yhtä laajasti kuin Justinianuksen lakikodifikaatiota... Corpus juris civilis on valtiollisen lainvalmistelutyön historian hienoimpia saavutuksia.» Corpus juris civiliksen oikeusfilosofiasta kirjoittaa *Klami* Länsimaisen s. 27–28. Justinianus hallitsi Itä-Rooman valtakuntaa vuosina 527–565 jKr.. Corpus juris civilis julkaistiin vuosina 533 – 534 jKr.. Koko kodifioimistyö kesti todennäköisesti vain muutaman vuoden. Kodifikaation kolme varsinaista osaa olivat Institutiones, Digesta eli Pandectæ ja Codex. *Institutiones* oli lyhyt oppikirja, joka esitteli koko kodifikaation pääsisällön ja oli siten johdantona koko teokselle. Institutiones osassa oli neljä kirjaa, jotka jakaantuivat lukuihin ja ne taas pykäliin. *Digesta eli Pandektit* sisälsi ositteita (fragmenta) roomalaisten juristien kirjoituksista. Digestaan kuului 50 kirjaa, jotka jakaantuivat lukuihin ja nämä taas fragmentteihin. *Codex* sisälsi Justinianuksen säätämiä ja jälkiklassiselta ajalta olleita keisarillisia lakeja. *Novellæ* koostui lisälajeista, joita keisarit antoivat corpus juris civiliksen ilmestymisen jälkeen. Ks. tarkemmin *Kaser* Roomalainen s. 5–6, *Strömholm* Länsimaisen oikeusajattelun historia s. 68, *Sohm* s. 14 ja *Anners* Historia I s. 88.

²¹ *Kaser* Roomalainen s. 6, *Sohm* s. 18: Käsikirjoitusten sisältö vaihteli ja eri käsikirjoituksille alkoi muodostua erilainen käytännön merkitys. »Maailmankuulu on se erinomainen Digestien käsikirjoitus, joka keskiajalla oli Pisan kaupungin aarteena ja sittemmin (v. 1406), firenzelaisten saatettua pisalaiset valtansa alle, vietiin Firenzeen, n. k. Florentina (aikaisemmin Pisana).»

²² Keskiaikaisesta oikeuskehityksestä tältä osin kirjoittaa *Grenander* s. 41–62. *Strömholm* Länsimaisen oikeusajattelun historia s. 69 kirjoittaa corpus juris civiliksen reseptiosta: »Lain alkuperäisteksti joutui ajan myötä unohtuiksi. Kesti...aina 1000-luvun lopulle, ennen kuin suhteellisen luotettava versio alkuperäislaista oli jälleen käytettävissä: ensin yliopistollisen tutkimuksen, sitten myös laajamittaisen reseption kohteena. Rescriptio merkitsi roomalaisen oikeuden hyväksymistä voimassa olevaksi oikeudeksi sekä entisen Rooman valtakunnan alueella että sellaisilla Euroopan alueilla – erityisesti Saksassa – jotka eivät koskaan olleet kuuluneet Rooman imperiumiin.»

ei voi liittää mihinkään tiettyyn päätökseen tai lakiin, mutta eräät tapahtumat ovat olleet resection kannalta tärkeämpiä kuin toiset. Sellainen oli valtakunnanoikeuden (Reichskammergericht) perustaminen vuonna 1495.²³ Roomalaisen yksityisoikeuden tutkimuksesta tuli Saksassa oma tieteenalansa, jota kutsuttiin pandektitieteeksi. Yleissaksalaisena oikeutena noudatettua roomalaista oikeutta alettiin kutsua pandektioikeudeksi.

2.2.2 Riidan kohteen määrittely roomalaisessa siviiliprosessissa

Tässä ei ole mahdollista tarkastella roomalaista oikeutta niin, että siihen liittyvä ajattelutapa ja oikeuskäsitys tulisivat esille oikealla eli ns. historiallisen ulottuvuuden huomioivalla tavalla.²⁴ Tarkastelen vain pääpiirteittäin, miten riidan kohde määriteltiin roomalaisessa siviiliprosessissa.

Siviiliprosessioikeus ei eronnut roomalaisessa oikeudessa systemaattisesti tai sisällöllisesti yksityisoikeudesta. Tunnustetut vaadetyypit (actiones) olivat sekä yksityisoikeudellisia että prosessioikeudellisia käsitteitä eikä niissä erotettu prosessioikeudellista merkitystä aineellisoikeudellisesta.²⁵ Erilaisia yksityisoikeudellisia riitoja varten oli omat vaadetyypinsä (actio) ja tuomiovaltaa käyttävät viranomaiset, preetorit, julistivat virkakautensa alussa ns. ediktiin, jossa he määrittelivät eri vaateita varten kannekaavat, joiden mukaisessa muodossa vaade piti esittää.²⁶ Menettely oli siten ankaran määrämuotoista.

Oikeudenkäynnissä erotettiin varhaisempina aikoina kaksi vaihetta, *menettely in jure ja menettely apud judicem*.²⁷ In jure -menettely tapahtui tuomariviranomaisen, mm. preetorin luona, ja siinä tutkittiin, oliko esitetty vaatimus sellainen, että se voitiin käsitellä siviiliprosessissa.²⁸ Tässä menettelyssä tutkittiin myös vaatimuksen sisältö ja sen toteuttamisen ehdot.²⁹ Jos asianosaisten välistä riitaa varten oli sopiva actio, preetori laati ns. prosessikaavan, jossa määrittiin tuomari apud judicem -menettelyä varten ja *määriteltiin riidan kohde* eli ne asia-

²³ Grenander s. 41, Mitteis-Lieberlich s. 298–299, Rosenberg-Schwab-Gottwald s. 20–21.

²⁴ Roomalainen oikeuden epäyhtenäisyydestä ja kerrostumista ks. Kaser Roomalainen s. 6, 12 ss.

²⁵ Kaser Roomalainen s. 325 ja vrt. prosessinedellytyksiin s. 336. Ks. myös Lindblom s. 59–62, 70–71.

²⁶ Kaser Roomalainen s. 14–17.

²⁷ Ks. tarkemmin Kaser Roomalainen s. 326–327.

²⁸ Menettelyssä tutkittiin, oliko kantajan esittämää vaatimusta varten olemassa oikeusjärjestyksen tunnustamaa actiota. Jos sellaista ei ollut, actio-pyyntö hylättiin. Ks. Kaser Roomalainen s. 327–328.

²⁹ Sohm s. 225, Kaser Roomalainen s. 336–337.

ja oikeuskysymykset, jotka hänen piti ratkaista.³⁰ In jure -menettely päättyi (*litis contestatioon*, joka oli juhlallinen ja määrämuotoinen toimi, jolla asianosaiset hyväksyivät prosessikaavan ja antoivat riitansa apud judicem -menettelyssä ratkaistavaksi.³¹

In jure -menettely ei päättynyt asiaratkaisuun tai tuomioon, vaan sitä varten asia siirrettiin viranomaiselta valan tehneen yksityishenkilön (*iudex*) ratkaistavaksi.³² Tässä apud judicem -menettelyssä esitettiin näyttö ja asianosaisten puheenvuorot, joiden jälkeen (2) *iudex antoi asiassa aineellisoikeudellisen tuomion (sententia)*.³³ Iudex oli sidottu prosessikaavan osoittamaan *riidan kohteeseen* ja hänen oli ratkaistava kaikki siinä esitetyt asia- ja oikeuskysymykset, mutta vain ne.³⁴ Iudexin valta antaa tuomio johtui siitä, että yksityishenkilöt tekivät ratkaisunsa valan nojalla eivätkä olleet viranomaisten käskynalaisia. Ajateltiin, että viranomaisen päätös oikeudenkäynnissä oli vallankäyttöä, mutta iudexin ratkaisu oikeutta.³⁵ Iudexin velvollisuus antaa oikeuden- ja totuudenmukainen tuomio johtui valan kaavasta. Hänellä oli myös mahdollisuus käyttää oikeudellisia neuvonantajia.³⁶

2.2.2.1 *Legis Actio*

Roomalaisessa siviiliprosessissa kehittyi aikojen kuluessa erilaisia menettelyjä. Varhaisimpia niistä kutsutaan *legis actioiksi*. Nämä menettelyt alkoivat juhlallisilla, kaavasanojen muotoon puetuilla lausumilla, joilla asianosaiset esittivät vaatimuksensa preetorille.³⁷ Legis actio alkoi merkitä vähitellen koko oikeudenkäyntiä, johon kuuluivat erillisinä osina viranomaisen edessä käyty in jure-menettely, *litis contestatio*, sitä seurannut apud judicem -menettely ja sen päätteeksi an-

³⁰ Kaser Römischeres s. 324: »Der Streitgegenstand wird in der Prozessformel niedergelegt.« Varhaisempina aikoina (*legis actio*-menettelyissä) asianosaiset määrittelivät riidan kohteen kaavasanojen ja juhlallisin menoin; preetorin rooli korostui vasta myöhemmin formulaprosessin kehityksen myötä. Ks. tarkemmin Kaser Roomalainen s. 331–332 ja Kaser Zivilprozessrecht s. 56 ss.

³¹ Ks. tältä osin *Annens Historia I* s. 57, *Sohm* s. 241 ja *Bethmann-Hollweg I* s. 46–48 ja 121. Siitä, miten *litis contestatio* erosi eri menettelyissä ja eri aikakausina ks. Kaser Römischeres s. 324.

³² Tuomareita saattoi olla myös useampia. Ks. Kaser Roomalainen s. 338.

³³ Kaser Roomalainen s. 328.

³⁴ Kaser Römischeres s. 332.

³⁵ *Annens Historia I* s. 56, Kaser Römischeres s. 313.

³⁶ Kaser Römischeres s. 333.

³⁷ Kaser Roomalainen s. 327 ja yksityiskohtaisesti Kaser Zivilprozessrecht s. 57–60.

nettu iudexin tuomio.³⁸ Lisäksi osa legis actioista koski täytäntöönpanomenettelyä.³⁹

Eri tarkoituksia varten kehittyi ajan kuluessa erilaisia legis actioita. Niille oli tyypillistä korostunut asianosaistoimintaisuus.⁴⁰ Legis actio sacramentossa (in rem) asianosaiset määrittelivät riidan kohteen erityisillä rituaalisilla toimilla (vindictio – contravindictio), joilla vaatimukset osoitettiin vastakkaisiksi.⁴¹ Asianosaisten velvollisuuksia lisäsi myös vetorahan asettaminen.⁴² Kun täytäntöönpanomenettelykin mahdollisti mieskohtaisen ulosoton, oli asianosaisella konkreettinen vastuu menestymisestään oikeudenkäynnissä.⁴³

2.2.2.2 Formula

Legis actioita saattoivat käyttää vain Rooman kansalaiset. Ne olivat osa oikeusjärjestyksen traditionaalista ydintä, ius civileä.⁴⁴ Kun kansalaisuutta vailla oleva henkilö – peregrinus – oli asianosaisena, hän ei voinut vedota kansanlakiin eikä legis actiota voitu käyttää. Rooman kansalaisten ja ei-kansalaisten välisiä suhteita varten kehittyi ajan kuluessa oikeusperiaatteita, joita kutsutaan muukalaisoikeudeksi (ius gentium).⁴⁵ Sen yhteydessä kehittyi myös peregrinien ja roomalaisten välisiä oikeudenkäyntejä varten erityinen oikeudenkäyntimenettely, jota kutsutaan formulaprosessiksi.⁴⁶ Vuoden 242 eKr. jälkeen asetettiin erityinen muukalaispreetori ratkaisemaan näitä riitoja. Formulaprosessi kehittyi heidän tuomiovaltansa puitteissa.⁴⁷ Ius civilen rinnalle syntyi preetoreiden kehittämää oikeutta (ius honorarium), johon myös formulan menettelymuodot perustuivat. Vähitellen tämä legis actioita vapaamuotoisempi menettely omaksuttiin yhä laajem-

³⁸ *Sohm* s. 229.

³⁹ *Kaser Römisches* s. 312, *Kaser Zivilprozessrecht* s. 69–73.

⁴⁰ *Kaser Roomalainen* s. 331.

⁴¹ Ks. tarkemmin *Kaser Roomalainen* s. 331.

⁴² *Grenander* s. 11. Vektorajärjestelmästä kirjoittaa *Bethmann–Hollweg* I s. 121, *Anners Historia* I s. 58, *Kaser Roomalainen* s. 332 ja *Kaser Zivilprozessrecht* s. 61–62.

⁴³ *Halila* s. 60, *Kaser Roomalainen* s. 333–334, *Grenander* s. 10–16, *Bethmann–Hollweg* I s. 126 ss. (in rem actiones) ja s. 146 ss. (in personam actiones) ja *Sohm* s. 285.

⁴⁴ *Kaser Römisches* s. 15: Ius civilellä tarkoitettiin vanhaa kansalaisjärjestystä, joka perustui tavanomaiseen oikeuteen (mos maiorum), joka tallennettiin osittain ns. XII taulun lakiin ja jota myöhemmin kehitettiin XII taulun lain tulkinnalla sekä yksittäisillä laeilla ja senaatin päätöksillä.

⁴⁵ *Kaser Roomalainen* s. 16, 25.

⁴⁶ *Kaser Roomalainen* s. 328.

⁴⁷ *Kaser Roomalainen* s. 16 ja *Kaser Zivilprozessrecht* s. 109 ss.

min myös roomalaisten välisiin riitoihin ja se muodostui tavalliseksi oikeudenkäyntimenettelyksi esiklassisella ja klassisella ajalla.⁴⁸

Preetorin valta oli formulaprosessissa suurempi kuin legis actioissa. Jokainen actiotyyppi edellytti omaa riidan ohjelman mallikaavaa, jossa määrättiin se muoto, johon kyseinen riidan kohde piti formuloida.⁴⁹ Koska tässä menettelyssä ei voitu viitata kansanlain kaavoihin, preetoreiden ediktien merkitys korostui. Ediktit olivat preetorin virkakautensa alussa antamia julistuksia, jotka sisälsivät kaikki tunnustetut vaateet (actiones), väitteet (exceptiones) ja actioiden mallikaavat.⁵⁰ Jos ediktistä ei löytynyt sopivaa kaavaa, preetori saattoi antaa asianosaiselle tapauskohtaisen action (actio in factum). Hänellä oli myös mahdollisuus muokata kaavaa tapaukseen sopivaksi (actiones utiles).⁵¹

Jokaisessa riidassa preetori antoi in jure -menettelyn päätteeksi *formulan*, jossa määrättiin tuomari (iudex) apud iudicem -menettelyä varten ja riidan ohjelma, eli asiaa koskevan action kaavalla lausutut asia- ja oikeuskysymykset, jotka annettiin iudexin ratkaistavaksi.⁵² Asianosaiset hyväksyivät tämän *formulan* *litis contestatiolla*, joka merkitsi prosessisopimusta. Sen perusteella asianosaiset olivat velvollisia noudattamaan iudexin antamaa tuomiota.⁵³

2.2.2.3 *Cognitio*

Roomalaisessa oikeudessa kehittyi keisarivallan ajalla vielä kolmas menettely, *cognitio*.⁵⁴ Siinä yhdistettiin in jure- ja apud iudicem -menettelyt niin, että koko

⁴⁸ Ks. tarkemmin Kaser Roomalainen s. 329, *Sohm* s. 247. Lex aebutia ja myöhemmin annettu lex Julia iudiciorum privatorum merkitsivät sitä, että formulasopimuksen mukainen *litis contestatio* oli myös kansanlain nojalla ratkaistuissa roomalaisten välisissä riidoissa pätevä. Ks. tästä kehityksestä Kaser *Zivilprozessrecht* s. 114–116.

⁴⁹ Kaser Roomalainen s. 341.

⁵⁰ Kaser Roomalainen s. 17. Kaser *Zivilprozessrecht* s. 193: »Die exceptio ist eine erst in die Mitte der Formel eingefügte Klausel, die eine »Ausnahme« von den Verurteilungsvoraussetzungen enthält. ... Die Tatbestände, die den Exceptionen zugrunde liegen können, sind zum Teil prozessrechtlicher Art, ..., zum anderen Teil solche des Privatrechts.»

⁵¹ Kaser *Zivilprozessrecht* s. 176–177.

⁵² Ks. yksityiskohtaisesti Kaser *Zivilprozessrecht* s. 107–109 ja Kaser Roomalainen s. 341–342. Kaser *Zivilprozessrecht* s. 173: »Die Formeln bezeichnen den Streitgegenstand (res qua de agitur), indem sie den Klagegrund (causa actionis) und den Inhalt des Begehrens nennen. Der Klagegrund ist entweder vom ius civile oder vom ius honorarium anerkannt; im einen wie im anderen Fall sind die Klagformeln in den Edikten der Gerichtsmagistrate zusammengetragen.»

⁵³ Grenander s. 16.

⁵⁴ *Cognitio*-menettelyn kehitymisestä ns. jälkiklassiseksi menettelyksi ks. Kaser *Zivilprozessrecht* s. 410 ss.

menettely tapahtui virkatuomarin edessä.⁵⁵ Tuomitseminen liitettiin keisarin valtaan, keisarioikeuteen.⁵⁶

Tässä menettelyssä tuomarin prosessinjohto syrjäytti asianosaisten vallan määrätä prosessin kulusta.⁵⁷ Riidan kohteen määrittelyssä luovuttiin formulas-⁵⁸ Oikeudenkäynti perustui kantajan kannekirjelmään, jossa hän esitti vaatimuksensa perusteineen. Actiota ei siten määrätty enää mallikaavoina.⁵⁹ Kannekirjelmä toimitettiin vastaajalle ja menettely sai kontradiktorisen luonteen. Exceptiot eivät enää olleet poikkeuksia tuomion edellytyksistä, vaan vastaajalle edullisia seikkoja, joista hänellä oli todistustaakka.⁶⁰ Riidan kohde määräytyi asianosaisten lausumien perusteella.⁶¹ Litis contestatio ei enää tarkoittanut formulaa vahvistamista, vaan käynnisti vireilläolovaikutukset.⁶² Tuomarin harkintavaltaa alettiin jälkiklassisella ajalla ohjata lainsäädännöllä.⁶³

Roomalaisessa siviiliprosessissa kehitys johti kohti lisääntyvää tuomarin valtaa ja aktiivisuutta. Siitä huolimatta painotettiin 1800-luvun pandektitieteessä niitä varhaisempia roomalaisia menettelyjä, joissa asianosaisen vastuu ja aktiivisuus

⁵⁵ Ks. *Grenander* s. 29–30. *Anners* Historia I s. 63: »Man får nu icke föreställa sig att pretorena ... personligen stod bakom det rikt utvecklade systemet av materiella rättsregler, präglade av stor konstruktiv förmåga och väl avstämd intresseavvägning. De omgav sig med ett råd (consilium)...»

⁵⁶ *Anners* Historia I s. 63. Tämä menettely kehittyi useampaa tietä. Roomassa se kehittyi (1) formulaprosessin rinnalla erityisenä menettelytyyppinä, (2) eräissä provinsseissa ei koskaan noudatettu formulaprosessia, vaan cognitio oli niissä ainoa menettelymuoto ja (3) keisarille muodostui vähitellen omaa tuomiovaltaa, jota hän käytti vapaamuotoisesti edistäen siten cognition kehitystä. Ks. tarkemmin *Kaser* Römisches s. 339 ja *Kaser* Zivilprozessrecht s. 339 ss.

⁵⁷ Menettelyn kirjallisuus lisääntyi. Jo formula-prosessin aikana oli kehittynyt asianosaisten välinen vaatimusten ja vastausten vaihto. Puhutaan replicatioista, duplicatioista ja triplicatioista. Tältä osin ks. *Bethmann-Hollweg* III s. 262–271. Cognitio -menettelyn myötä nämä vähitellen muuttuivat kirjallisiksi. Ks. siitä *Grenander* s. 52. *Grenander* s. 31: »Betecknandet af den talan, man vill föra, har icke mera samma strängt formella karakter, som i formular-processen, hvarföre actio kan äfven efter litis contestationen ända till domens afkunnande till grund och föremål ändras eller förbättras...»

⁵⁸ *Kaser* Zivilprozessrecht s. 383.

⁵⁹ *Kaser* Zivilprozessrecht s. 380: »In der Kognition herrscht nicht das Prinzip der Formlichkeit (im sinn der Regelbindung), sondern der Zweckmässigkeit: Das Vorbringen der Parteien (und ihrer Vertreter) ist weder an bestimmte Formen noch (im allgemeinen) an bestimmte Verfahrensstufen oder Fristen gebunden.»

⁶⁰ *Kaser* Zivilprozessrecht s. 384: »Die exceptio ist nicht mehr eine Formelklausel, sondern das Gegenrecht selbst, das dem Klagebegehren entgegengesetzt wird;...»

⁶¹ *Kaser* Römisches s. 341: »Die kognitive actio deckt sich mithin im wesentlichen mit dem privatrechtlichen »Anspruch«, der hier nach freiem Ermessen des Richters beurteilt wird.»

⁶² *Kaser* Roomalainen s. 334–335, *Sohm* s. 298–299.

⁶³ *Kaser* Roomalainen s. 342.

näkyi selvemmin.⁶⁴ Esimerkiksi Bethmann-Hollweg käytti viisiosaisesta teoksestaan ensimmäisen ja toisen osan legis action ja formulaa esittelemiseen. Cognitio sai osakseen vain muutaman kymmenen sivua teoksen kolmannessa osassa. Rescriptio oli siten valikoivaa. Roomalaisessa oikeudessa ei myöskään käytetty niitä menettelyperiaatteita, joita käytetään nykyisin, vaan ne muotoiltiin vasta myöhemmin. Liberalistiseen prosessikäsitukseen siirtyivät roomalainen oikeuden perintönä oikeudenkäynnin perusrakenteet: kaksiasianosaissuhde, vaatimusten kontradiktorisuus ja menettelyn perusmuodot eli kanne, vastine ja todistelu.

2.2.3 Keskiajan oikeuskehitys

Keskiaikainen oikeustiede vaikutti pandektistiteeseen vain niiltä osin kuin se muutti tai kehitti roomalaista oikeutta. Prosessioikeuden periaatteita muovasi lähinnä kaksi keskiajan oikeusjärjestelmää, *varhaisgermaaninen oikeus*⁶⁵ ja *italialais-kanoninen oikeus*.⁶⁶ Niiden vaikutuksesta yleissaksalaiseen prosessioikeuteen omaksuttiin (1) kirjallinen muoto, (2) täydellisyysperiaate ja (3) asianaja-japakko.

⁶⁴ Ks. *Kaser Römisches* s. 316. Kaser selittää tämän tarkastelemalla reseptiota kahdesta näkökulmasta. Keskiajan oikeustiede omaksui menettelymuotojen eli mm. tuomarin roolin osalta lähinnä cognitio-menettelyn. Sen sijaan prosessioikeuden arvojen osalta merkittävämpiä olivat varhaiset, klassisen prosessioikeuden menettelyt (legis actio ja formula). Ks. tarkemmin *Kaser Zivilprozessrecht* s. 5 ss.

⁶⁵ Germaanisesta oikeudesta ks. *Rosenberg-Schwab-Gottwald* s. 18, *Halila* s. 61, *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus* I s. 35–38 ja *Klami* Länsimaisen s. 40–44.

⁶⁶ *Strömholm* kuvaa italialais-kanonisen oikeuden rakennetta Länsimaisen oikeusajattelun historia s. 81–107. Corpus juris civilistä kehitettiin keskiajalla Bolognan yliopistossa. 1100-luvulla roomalainen oikeus oli oikeustieteen tutkimuskohde ja merkitsi voimassa olevaa oikeutta. Roomalaista oikeutta ei uudistettu, vaan glossaattorit ainoastaan argumentoivat sitä ja kehittivät lain tulkintaa. He jättivät jälkipolville reunahuomautukset (glossae). Bolognasta roomalainen oikeus levisi koko kristilliseen maailmaan. Oikeustieteelliset kirjoitukset lisääntyivät. Vähitellen oikeustieteessä voitiin ottaa lähtökohdaksi aikaisemmat reunahuomautukset ja jatkaa tutkimusta niiden pohjalta. Oikeustiede syntyi. Roomalaisen oikeuden systematisoinneille ja selityksille alkoi muodostua itsenäinen arvo.

Tähän aikakauteen liittyi myös kirkon vallan kasvu. Kirkko oli tuottanut lainsäädäntöä jo varhaisista ajoista lähtien. Toisin kuin Bolognan oikeusoppineet tai frankki- ja germaanikunnikaat, kirkko loi uudistuvaa ja aikojen myötä muuttuvaa lainsäädäntöä. Kirkollisista säädöksistä tärkeimpiä olivat paavilliset käskykirjeet eli *dekretaalit*. Kirkko toteutti lainsäädännöllä valtaoikeuksiaan. Lainlaattajat ottivat Bolognan juristeilta sen, mitä katsoivat tarvitsevänsä, mutta eivät kunnioittaneet samalla tavoin roomalaista oikeutta kuin legalistit. Kirkon lainlaattajat tulkitivat ja selittivät corpus jurista omia päämääriään palvelevalla tavalla. Bolognaan syntyi koulukunta kodifioimaan kanonista oikeutta.

Vuonna 1234 ilmestyi munkki Gratianuksen kokoama Decretum ja kirkon virallinen lakikoonnos liber extra. Ks. tarkemmin *Strömholm* Länsimaisen oikeusajattelun historia s. 147,

Kirjallinen muoto ei ollut täysin tuntematon roomalaisellekaan oikeudelle, vaan cognitio-menettely kehittyi vähitellen yhä kirjallisemmaksi. *Yleiseksi kirjallinen muoto tuli kuitenkin vasta kanonisessa oikeudessa*. Innocentius III määräsi vuonna 1216 sen käytettäväksi sekä yleisissä että erityisissä prosessinlajeissa.⁶⁷ Menettelyn kirjallinen muoto kehittyi vähitellen täydelliseksi ja menettely muuttui samalla inkvisitoriseksi.⁶⁸

Litis contestatio omaksuttiin kanoniseen prosessioikeuteen roomalaisesta oikeudesta.⁶⁹ Kun kanne jo cognitio-menettelyn myötä oli muodostunut kirjalliseksi, alettiin nyt käyttää myös kirjallista vastinetta. Koko litis contestatio muodostui siten kirjalliseksi. Asianosaisille annettiin vielä määräys käyttää tiivistä ilmaisua ja lyhyttä muotoa. Tästä seurasi se, että oikeudenkäynnissä luettiin ennalta suunniteltuja konsepteja, jotka liitettiin tuomioistuimen pöytäkirjaan. Lopulta kirjelmät ainoastaan esiteltiin suullisesti. Tällaisena menettely siirtyi yleissaksalaiseen oikeuteen: suullis-pöytäkirjallinen menettely alkoi muodostua.⁷⁰ Oikeudenkäynti oli salaista ja kirjallista myös vuonna 1495 Saksassa ylimmäksi tuomioistuimeksi perustetussa Reichskammergerichtissä.⁷¹ Siellä käytetty menettely vaikutti pian oikeudenkäyntiin muissakin tuomioistuimissa. Vuonna 1654 määrättiin kaikkien ylempien tuomioistuinten menettely kirjalliseksi.

Kirjallisen menettelyn ohessa kehittyi *täydellisyysperiaate* (eventualsprinzip). Kanoninen oikeudenkäynti muodostui useista, määrämuotoisista istunnoista, jotka olivat välttämättömiä, jotta asianosaiset kykenivät vastaamaan vastapuolen kirjelmiin. Tähän menettelyyn liittyivät prosessitoimien niminä käytetyt repliikit, dubliikit ja tripliikit, joita asianosaiset vuoron perään esittivät tuomioistuimelle erillisissä istunnoissa. Prosessin tehokkuutta pyrittiin lisäämään asetta-

Bergholtz s. 30 ja *Anners Historia* I s. 140. Muita kirkon lakikodifikaatioita olivat liber sextus vuodelta 1298 ja clementinae 1300-luvun alusta. Nämä lähteet koottiin corpus juris canonici-nimiseksi teokseksi vuonna 1580. Tuosta teoksesta on tehty uusia versioita niin, että viimeisin on vuodelta 1959. Vuonna 1918 tehdyllä päätöksellä corpus juris canonici korvattiin uudella katolisen kirkon lakikirjalla, codex juris canonicilla. Sitä on uudistettu siten, että viimeiset painokset ovat vuosilta 1983 ja 1989. Siitä kirjoittaa mm. *Anners Historia* I s. 141. Bolognan kahden tiedekunnan vuoksi alettiin puhua kanonista oikeutta tutkivista kanonisteista ja roomalaista oikeutta tutkivista legalisteista sen mukaan, kumpaa oikeutta henkilö tutki.

⁶⁷ *Grenander* s. 42. Keskiajan oikeuskehityksestä Euroopan mantereella kirjoittaa *Anners Historia* I s. 109–150.

⁶⁸ Ks. tästä *Hammerich* s. 32.

⁶⁹ Ks. *Hammerich* s. 29, *Grenander* s. 43–44 ja *Rosenberg–Schwab–Gottwald* s. 20–22.

⁷⁰ *Rosenberg–Schwab–Gottwald* s. 20.

⁷¹ *Grenander* s. 44 alaviite: »Reichskammergerichtsordnung, Titel 10: Item zu förderlicher Fertigung, auch Gewissheit der Partheien Fürbringens, und Irrungen, die zu Zeiten sich erzeugt haben, zu verhüten, soll hinfür einem Jeden zugelassen werden, seine Sachen, sie betreffen wenig oder viel, inn Schriften fürzubringen...», *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus* I s. 37.

malla asianosaisille velvollisuus esittää kannevaatimukset, niiden perusteet, repliikit ja todistuskeinot yhtä aikaa ja lopullisessa muodossaan.⁷² Täydellisyysperiaate tarkoitti sitä, että prosessitoimet voitiin tehdä vain niille määrätyissä istunnoissa eikä niitä voinut myöhemmin uudistaa tai täydentää.⁷³

Pandektitieteeseen omaksuttiin keskiajalla myös *asianajajapakko*. Kun menettely oli muuttunut kirjalliseksi ja prosessitoimet määrämuotoisiksi, oli tavallisen ihmisen mahdollonta huolehtia asiansa ajamisesta. Täydellisyysperiaatteen tiukka soveltaminen aiheutti maallikoille oikeudenmenetyksiä.⁷⁴ Jo varhaisgermaanisessa prosessissa käytettiin puhemiehiä (*fürsprecher*) ja 1300-luvulta lähtien koko Saksan alueella otettiin käyttöön asianajajapakko.

2.2.4 Pandektioikeuden neljä menettelyperiaatetta

Yleissaksalaisessa oikeudessa ei ollut pykälämuotoon kirjoitettuja lakeja, vaan pandektitiede etsi oikeussäännöksiä ja kehitti niitä esittämällä oikeussäännösten alkuperusteet eli yleisemmät oikeussäännöt ja niiden edellyttämät ylilauseet.⁷⁵ Prosessioikeuden maksiimit ja periaatteet olivat näitä prosessioikeuden säännösten alkuperusteisiin kuuluvia ylilauseita. Niitä pandektitieteilijät kehittivät roomalaisen oikeuden ja keskiajan oikeustieteen perusteella.⁷⁶

(1) *Nemo iudex sine actore* -sääntö tarkoitti samaa kuin sääntö *iudex ex officio non procedit*.⁷⁷ Tämä sääntö liittyi kysymykseen tuomarin asemasta oikeudenkäynnissä. Pandektitieteilijät erottivat tuomarin työssä kaksi roolia: (1) tuomari formulan antavana vallankäyttäjänä ja (2) tuomari tuomion tekevänä puo-

⁷² Grenander s. 46, Ekelöf Grundbegrepp s. 168: »Förfarandet var för omständligt, processerna blevo kostsamma och långvariga och en illvillig part hade trots allt stora möjligheter att sabotera rättegången. Dessa olägenheter sökte man övervinna genom olika reformer.»

⁷³ Grenander s. 45. Täydellisyysperiaatetta käsiteltiin vielä 1800-luvun kirjallisuudessa. Siitä kirjoittaa mm. Broomé s. 116: »Någon s. k. eventualprincip i sträng mening känner den svenska processen icke.»

⁷⁴ Hammerich s. 26–27 kirjoittaa yleissaksalaisesta prosessioikeudesta 1800-luvun vaihteessa: »Rettens Indflydelse i Medfør af officium judicis havde vel stadig sit Virkefelt...men dets Omfang bestemtes ej længer ved Rettens frie Suverænitet, men udmaaltes ved Lovenes og Doktrinernes specielle Normering. Efterhaanden som Proceduren efter Innocens III. Forskrift udviklede sig til fuldkommen Skriftlighed, i hvilken Skikkelse den i gem. deutsche Proces udelukkende herskede i Overinstansen og faktisk ogsaa raadede ved Underdomstolene, og efterhaanden som Brugen af Advokater blev det almindelige og det personlige Møde det sjældne, trængter Dommerens officium yderligere tilbage, medens Eventualmacimen forblev den skriftlige Ordningens fornemste Regulator.

⁷⁵ Sohm s. 32.

⁷⁶ Bomsdorf s. 34–42, Hammerich s. 27, Grenander s. 55–57, Annerstedt s. 17.

⁷⁷ Hammerich s. 27. Vrt. kuitenkin Wrede I s. 67, jossa hän erottaa nämä säännöt.

lueettomana tuomarina. Tuomarin sitoivat vallankäyttäjän rooliin tuomarin vala ja puolueettoman tuomarin rooliin taas roomalaisoikeudelliset periaatteet.⁷⁸ Näiden roolien punninta liittyi tuomarin oikeuteen vaikuttaa oikeudenkäynnin etenemiseen. Keskustelussa erotettiin tosiseikoista määrääminen ja riidan kohteesta määrääminen. Käsitukset vakiintuivat niin, että 1700-luvun kuluessa *iudex ex officio non procedit* -sääntö ulotettiin koskemaan molempia myöhemmässä systematiikassa tarkoin erotettuja menettelyn osia. Vuonna 1751 esitettiin tästä säännöstä vähitellen vakiintunut saksankielinen vastine *Wo kein Kläger ist, da ist kein Richter*.⁷⁹ Kun pandektitieteen keskustelu käytiin pääasiassa latinaksi, sääntöä käytettiin myös muodossa *nemo iudex sine actore*.⁸⁰

Toinen yleissaksalaisen prosessin perussääntö oli (2) *quod non est in actis, non est in mundo*. Tämä sääntö syntyi keskustelusta, joka koski tuomarin oikeutta käyttää omia yksityisiä tietojaan riidan ratkaisemisessa. Keskeiseksi muodostui kysymys siitä, voiko tuomari täydentää viran puolesta asianosaisten esityksiä. Asia- ja oikeuskysymykset erotettiin toisistaan. (1) Oikeuskysymysten osalta katsottiin, että tuomioistuimella oli valta viran puolesta täydentää ja korjata niitä koskevia esityksiä (*jura novit curia*).⁸¹ Sen sijaan (2) faktojen täydentämistä ei voitu sallia, koska se olisi merkinnyt prosessin perustana oleviin asiakirjoihin puuttumista. Formalistisessa asiakirjadogmatiikassa sitä ei pidetty mahdollisena. Tuomaria kiellettiin siten täydentämästä asianosaisten asiakirjoissa esittämiä faktoja omilla yksityisillä tiedoillaan (*quod non est in actis, non est in mundo*).⁸²

Tähän sääntöön liitettiin myöhemmin asianosaisen vaatimistaakkaa koskeva sääntö (3) *ne eat iudex ultra petita partium* ja tuomioistuimen ja asianosaisen välistä tehtävien jakoa koskeva sääntö *da mihi factum, dabo tibi jus*.⁸³ Edellinen tarkoitti sitä, ettei tuomioistuin saanut tuomita muuta tai enempää kuin mitä asianosainen oli vaatinut. Jälkimmäinen taas tarkoitti sitä, että asianosainen kantoi vastuun tosiseikastomateriaalin esittämisestä, kun taas tuomioistuin antoi viran puolesta oikeudellisen ratkaisun. Näitä sääntöjä käytettiin myöhemmin käsitteilyperiaatteen ja määräämisperiaatteen erottamiseen.

Neljäs yleissaksalaisen oikeuden perussääntö oli alunperin muodossa (4) *an iudex secundum acta et probata vel secundum conscientiam judicare debet*. Se liittyi tuomarin rooliin toisaalta vallankäyttäjänä ja toisaalta yksityishenkilönä.

⁷⁸ Bomsdorf s. 36, 38.

⁷⁹ Bomsdorf s. 39.

⁸⁰ Ks. Grenander s. 55 ja Hammerich s. 27 ja alaviitteet sivuilla 26–28.

⁸¹ Bomsdorf s. 34.

⁸² Wrede I s. 72, Bomsdorf s. 35, Hammerich s. 28 ja Rosenberg–Schwab–Gottwald s. 20.

⁸³ Wrede I s. 67 ja 70, Grenander s. 56, Hammerich s. 28.

Joidenkin tutkijoiden mielestä tuomarin oli hyödynnettävä ratkaisutoiminnassa myös tavallisena kansalaisena saamiaan kokemuksia. Toisten mielestä tuomarin täytyi sitä vastoin unohtaa omat todellisuuskäsityksensä ja pitäytyä siinä, mitä asianosaiset esittivät. Lopulta vakiintui käsitys, että tuomari, joka tiesi jotain asiaan liittyvästä, mutta asiakirjoista ilmenemättömästä todellisuudesta, ei ollut kelpoinen ratkaisemaan asiaa. Hän oli todistajan asemassa.⁸⁴ An judex secundum ... -sääntö merkitsi nimenomaan sitä, ettei tuomari tällaisessa tilanteessa saanut ratkaista asiaa. Myöhemmin säännöstä katosi loppuosa non secundum conscientiam ja muodossa judex secundum allegata et probata judicare debet se sai samankaltaisen merkityksen kuin quod non est in actis, non est in mundo.⁸⁵ Tuomarin toiminnan piti perustua tosiseikaston osalta oikeudelle jätettyihin asiakirjoihin. Tuomarin kyselyoikeus ja materiaallinen prosessinjohto olivat kiellettyjä.

Yleissaksalaisesta oikeudenkäynnistä kehittyi keskiajan oikeustieteen vaikutuksesta kirjallinen, täydellisyysperiaatteen luonnehtima ja asianajajien välityksellä hoidettu menettely. Yleissaksalainen oikeudenkäynti kehittyi yleensä salaiseksi asiakirjaprosessiksi, jossa asianosaisilla oli kuitenkin täydellinen vastuu menestymisestään. Kykenemättömyys huolehtia menettelyn muodoista merkitsi oikeudenmenetystä.⁸⁶

⁸⁴ Bomsdorf s. 37.

⁸⁵ Bomsdorf s. 37. Säännöt erottaa toisistaan Hammerich s. 28.

⁸⁶ Bergholtz s. 42: »I Tyskland präglades rättegången i allra högsta grad av det som var karakteristiskt för den romersk-kanoniska processen: Skriftlighet, hemlighetsmakeri och överdrifter i fråga om »lärda» distinktioner. Domarna var skrivna, men utan motivering.» Ks. myös Annerstedt s. 15: »Med afseende å domarens ställning till parterne finna vi i canoniska processen ungefärligen samma grundsatser gällande som i den romerska processens sista utvecklingsstadium. Förfarandet kan nemligen antagas grunda sig på förhandlingsprincipen, men derjemte finna vi en temligen långt utsträckt processledande verksamhet tillerkänd domaren.» Yleissaksalaisesta prosessista kirjoittaa myös Annerstedt s. 17: »De hufvudsakligaste modificationer, som rättsutvecklingen i Tyskland,..., infört i det recipierade romersk-canoniska processförfarandet, bestodo dels i afskaffandet af det så kallade artikulerade eller positionalförfarandet, dels i det fullständiga genomförandet af eventualprincipen dels ock i införandet af bevisinterlocutet. Inom »der gemeine process» genomfördes nu förhandlingsprincipen med vida större stränghet än den i den romerska eller canoniska processen blifvit tillämpad.» Ks. myös Wach Handbuch s. 131–132: »Der gemeinrechtliche Prozess in seiner endlichen Gestalt,..., war ein feinsinniger Mechanismus, in Form und Inhalt durchdrungen von dem Gedanken der die Parteihererschaft über Beginn, Inhalt, Fortführung des Prozesses bedingenden privatrechtlichen Natur der Streitsache (Dispositions-, Verhandlungsmaxime), und dem Bestreben der Sicherheit und Ordnung der Rechtspflege, welche in dem Principe der Schriftlichkeit (Prozessinhalt gleich Akteninhalt) die immutable Urtheilsgrundlage, in der formalen Beweistheorie den Ausschluss der Richterwillkür, in der strengen Gliederung des Ganzen in stofflich geschiedene, unter dem Eventualprincip stehende präklusivische Abschnitte die Zusammenfassung und Ordnung des Stoffes suchte.»

Pandektitiede kehitti oikeudenkäyntimenettelyä varten periaatteita, jotka kuvattiin osana prosessioikeudellista traditiota, mutta jotka todellisuudessa tarkoitettiin palvelemaan 1800-luvun porvarillista prosessia.⁸⁷ Gönner luonnehti nämä yleissaksalaisen prosessin piirteet lauseella nichts von Amts wegen (ei mitään viran puolesta). *Se oli myös käsittelyperiaatteen alkuperäinen määritelmä.*⁸⁸

2.2.5 Kehitys kohti määräämisperiaatetta

Nikolaus Thaddäus von Gönnerin periaatesystematiikka oli menettelyperiaatteiden kehityksen kannalta merkittävä vedenjakaja.⁸⁹ Hän kirjoitti yleissaksalaisen prosessioikeuden käsikirjan 1800-luvun alussa. Preussissa oli kuitenkin vähän aikaisemmin julkaistu uusi prosessilaki AGO (Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten), jota yleissaksalaisen oikeuden tutkijat yleisesti kritisoiivat.⁹⁰ Gönner liittyi kritisoijiin ja kuvasi nämä kaksi eri prosessioikeuden järjestelmää toistensa vastakohtina.⁹¹ Sitä varten hän kehitti kaksi periaatetta, *käsittelyperiaatteen ja tutkintaperiaatteen*. Hän kuvasi käsittelyperiaatteella asianosaisten aktiiviseen toimintaan perustuvaa ja asianosaisten vastuuta korostavaa yleissaksalaista prosessioikeutta. Preussilaista prosessioikeutta hän kuvasi tutkintaperiaatteella.

Gönnerin kehittämät periaatteet levisivät nopeasti. Hänen periaatesystematiikkaansa matkittiin ja puhuttiin korkeamman asteisista periaatteista, ylimmistä periaatteista tai lakien hengestä.⁹² Periaatteet liitettiin myös kehittyviin valtioteorioihin. Käsittelyperiaatteen katsottiin ilmentävän kansalaisten mahdolli-

⁸⁷ *Nousiainen* s. 282.

⁸⁸ Ks. tältä osin *Ekelöf Grundbegrepp* s. 167–168: »Att domarna ej anförtroddes några mera vittgående befogenheter överensstämde emellertid även med den katolska kyrkans pessimistiska uppfattning om människans natur. Och säkerligen motsvarade denna ordning ett aktuellt behov. Då det i de norditalienska städerna rådde våldsamma motsättningar mellan olika stånd och partier, förelåg risk för att domarna voro partiska i sin ämbetsutövning. Ur denna synpunkt var det en fördel att rätten saknade inflytande på processmaterialets gestaltande och utformningen av förfarandet samt att dess bevisvärdering klavbands genom den legala bevisteorin.» *Bomsdorfs* s. 42, *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I* s. 81 alav. 32.

⁸⁹ Ks. *Ekelöf Grundbegrepp* s. 214–216, *Grenander* s. 7, *Nousiainen* s. 278–281.

⁹⁰ Preussin oikeuskehityksen osalta katso sosiaalista prosessikäsitystä koskevassa jaksossa olevaa esitystä s. 72 ss.

⁹¹ *Bomsdorf* s. 124: »Wie allen am gemeinen Prozess orientierten Beobachtern musste auch Gönner das preussische Verfahren so erscheinen, als ob in ihm sich alles anders verhalte als im gemeinen Prozess.»

⁹² *Bomsdorf* s. 160.

suutta toteuttaa oikeutensa oikeudenkäynnissä: jokainen oli oman onnensa seppä (jura vigilantibus scripta sunt). Se liitettiin liberalismien henkeen.⁹³

Tutkintaperiaatteen systematisointi jäi sen sijaan vähäisemmälle huomiolle. *Siitä muodostui saksalaisen prosessikäsitteen vastakohtaksi absoluuttisen valtion vertauskuva.*⁹⁴ Periaatteet liitettiin myös lainkäytön tavoitteita koskevaan keskusteluun. Käsittelyperiaate kuvasi muodollisen totuuden ideaa, kun taas tutkintaperiaatteeseen liitettiin aineellisen totuuden tavoite.⁹⁵ Totuudessapysymisvelvollisuudesta luovuttiin, koska katsottiin, ettei tuomarin asiana ollut selvittää aineellista totuutta. Samalla erottiin Gönnerin periaatesystematiikasta, koska totuudessapysymisvelvollisuus nimenomaan harmonisoi siinä käsittelyperiaatetta.⁹⁶ Poliittiset päämäärät eivät näkyneet Gönnerin teksteissä, vaan hänelle molemmat periaatteet olivat yhtä hyviä tai yhtä mahdollisia prosessikäsitteitä.

Liberalistisen ja lakipositivistisen ajattelun kehittymisen myötä prosessi-oikeudessa erotettiin toisistaan subjektiiviset oikeudet ja niiden toteuttamiseen liittyvä kannevalta.⁹⁷ Hermann Ortloff kuvasi asianosaisen aloiteoikeutta oikeudenkäynnissä jo vuonna 1858 käsitteellä määräämisperiaate (Dispositionsmaxime).⁹⁸ Hän loi pohjaa myöhemmälle määräämisperiaatteen ja käsittelyperiaatteen erottamiselle.

Vähitellen Gönnerin periaatteita ryhdyttiin kehittämään. Tuomarin kysely-oikeus havaittiin tarpeelliseksi, mutta se pyrittiin rajaamaan niin, ettei se loukkaasi asianosaisen oikeutta määrätä yksityisoikeuksistaan.⁹⁹ Periaatteiden systematiikassa ei oltu erotettu tosiseikastomateriaalia ja riidan kohdetta, vaan käsittelyperiaate koski molempia. Nyt erottelu oli tehtävä: kyselyoikeudella haluttiin rajoittaa asianosaisen tahdonvapautta tosiseikastomateriaalin esittämisessä, mutta tahdonvapaus haluttiin samalla säilyttää riidan kohteen osalta koskemattomana.

Määräämisperiaatteen ja käsittelyperiaatteen välisen eron määritteli von Canstein vuonna 1877.¹⁰⁰ Hän havaitsi, että Gönner oli sisällyttänyt käsittelyperiaatteeseen prosessin ulkoisesta kulusta, riidan kohteesta ja tosiseikastosta määräämisen. Jotta menettelyn eri elementit erotettaisiin, Canstein kehitti kaksi uutta periaatetta, joista Maxime des freien Prozessbetriebes der Parteien merkitsi

⁹³ Bomsdorf s. 161–163.

⁹⁴ Bomsdorf s. 192.

⁹⁵ Damrau s. 119–127.

⁹⁶ Ks. Gönner s. 316.

⁹⁷ Sohm s. 25–27.

⁹⁸ Brüggemann s. 100.

⁹⁹ Bomsdorf s. 172.

¹⁰⁰ Brüggemann s. 100: »Ihre Trennungsbedürftigkeit hat erst v. Canstein erkannt.»

asianosaisen oikeutta määrätä oikeudenkäynnin ulkoisesta kulusta: istuntoajoista, kutsuista, määrääjoista jne. Tämän *asianosaistoimintaisuuden periaatteen* vastakohtana oli *virallistoimintaisuuden periaate*.¹⁰¹

Toinen uusi periaate oli *määräämisperiaate* (*Dispositionsmaxime*). Siihen liitettiin asianosaisen oikeus määrätä, halusiko hän oikeussuojaa (prosessin aloittamis- ja lopettamisvalta) ja missä laajuudessa hän sitä halusi (ne eat judex ultra petita partium). Määräämisperiaate konkretisoitui asianosaisen oikeussuojapyyntöissä, joka taas yksilöi riidan kohteen.¹⁰² Riidan kohteena olivat subjektiiviset yksityisoikeudet. Niistä määrääminen kuului liberalistisen oikeuskäsityksen mukaisesti asianosaisen tahdonvapauteen.¹⁰³ Sen, mitä näistä periaatteista jäi yli, Canstein selitti kuuluvan käsittelyperiaatteeseen. Käsittelyperiaate sai siten nykyisen merkityksensä: asianosaisen asiana oli vedota tosiseikkoihin ja huolehtia todistelusta.¹⁰⁴ Liberalististen menettelyperiaatteiden systematiikka sai näin muotonsa.

2.3. LIBERALISTISIA PERIAATESYSTEEMEJÄ

Menettelyperiaatteet kehittyivät Saksassa 1800-luvulla useiksi systeemeiksi. Kehitys johtui kai lähinnä oikeudellisesta hajanaisuudesta. ZPO:n säätämisen jälkeen systeemit alkoivat vähitellen yhtenäistyä. Tuo systeemien moninaisuus siirtyi kuitenkin ulkomaille Saksassa käyneiden tutkijoiden mukana. He myös muokkasivat systeemiä omaa prosessioikeuttaan palvelevaan suuntaan. Näissäkin maisissa kehittyi ajan myötä useita systeemejä, jotka usein vain vähäisin painotuseroin poikkesivat toisistaan. Esittelen seuraavassa Saksan nykyisen menettelyperiaatteiden systematiikan ja tarkastelen erästä riidan kohteen kannalta merkityksellistä systematiikan epäkohtaa. Lopuksi esittelen meillä viime aikoina hallinneen menettelyperiaatteiden systematiikan.

2.3.1 Saksalainen periaatesystematiikka

Saksalaisessa periaatesystematiikassa erotetaan (1) *oikeudenkäynnin ulkoinen kulku* (*der äussere Ablauf des Verfahrens*),¹⁰⁵ (2) *riidan kohteesta* (*Streitgegen-*

¹⁰¹ Bomsdorf s. 175.

¹⁰² Damrau s. 32–33, Bomsdorf s. 175: »Sie bezieht sich wie ihre Entsprechung auf die Rechtsansprüche der Parteien.«

¹⁰³ Sohm s. 22.

¹⁰⁴ Brüggemann s. 100–101.

¹⁰⁵ Arens–Lüke s. 132 ss.

stand) määrääminen ja (2) tosiseikkoja koskevat prosessitoimet. Menettelyperiaatteet jaetaan asianosaisen määräämisvaltaa ja vastuuta kuvaaviin (a) *asianosaisperiaatteisiin* (*Parteimaxime*) ja tuomioistuimen vastuuta kuvaaviin (b) *tuomioistuinperiaatteisiin* (*Amtsmaxime*).¹⁰⁶

Asianosaisperiaatteita ovat (1) *asianosaistointoisuus* (*Parteibetrieb*), (2) *määräämisperiaate* (*Dispositionsmaxime*, *Dispositionsgrundsatz*, joskus myös *Verfügungsgrundsatz*) ja (3) *käsittelyperiaate* (*Verhandlungsmaxime*, *Verhandlungsgrundsatz*, *Beibringungsgrundsatz*).¹⁰⁷ Näitä periaatteita vastaavat tuomioistuinperiaatteet (1) *virallistoimintoisuus* (*Amtsbetrieb*), (2) *virallisperiaate* (*Offizialmaxime*) ja (3) *tutkintaperiaate* (*Untersuchungsgrundsatz* tai *Inquisitionsmaxime*).¹⁰⁸

Kuvio 2. Saksalainen menettelyperiaatteiden systematiikka.

	Asianosaisperiaate	Tuomioistuinperiaate
1) Prosessin ulkoinen kulku	<i>Asianosaistointoisuus</i> (<i>Parteibetrieb</i>)	<i>Virallistoimintoisuus</i> (<i>Amtsbetrieb</i>)
2) Riidan kohteesta määrääminen	<i>Määräämisperiaate</i> (<i>Dispositionsmaxime</i>)	<i>Virallisperiaate</i> (<i>Offizialmaxime</i>)
3) Tosiseikkoja koskevat prosessitoimet	<i>Käsittelyperiaate</i> (<i>Verhandlungsmaxime</i>) (<i>Beibringungsgrundsatz</i>)	<i>Tutkintaperiaate</i> (<i>Untersuchungsgrundsatz</i>)

a)

Oikeudenkäynnin ulkoisella kululla tarkoitetaan lähinnä istuntoajoista määräämistä, asianosaisille annettuja kutsuja ja järjestyksenpitoa oikeudenkäynnin aikana. Voidaan puhua myös oikeudenkäynnin muodollisesta kulusta.¹⁰⁹ Ulkoiseen kulkuun liittyvät myös prosessitoimille säädettyjen määräaikojen noudattamisen valvominen, haastamismenettely ja eräät oikeudenkäynnin lopettamiseen liittyvät ratkaisut, kuten asian sillensä jättäminen.¹¹⁰

¹⁰⁶ Pawlowski DRiZ 1988 s. 334.

¹⁰⁷ Jauernig s. 70–85, Arens–Lüke s. 4–17, Baur–Grunsky s. 23–30, Rosenberg–Schwab s. 452–463, Thomas–Putzo s. 1–3, Zöller s. 505–506, Baumbach–Lauterbach s. 528–529, Brüggemann s. 103, Damrau s. 19–27, 31–35.

¹⁰⁸ Bruns s. 238, Baur–Grunsky s. 26, Meier–Ottomann s. 76–77.

¹⁰⁹ Prütting NJW 1980 s. 362.

¹¹⁰ Jauernig s. 281–282.

Kun ZPO 1800-luvun loppupuolella säädettiin, siihen omaksuttiin laajasti *asianosaistoimintaisuus* (*Parteibetrieb*) prosessin muodollisen eteenpäinviemisen osalta. 1900-luvun kuluessa tämä periaate on saanut väistyä ja antaa tilaa *virallistoimintaisuudelle* (*Amtsbetrieb*).¹¹¹ Virallistoimintaisuus tarkoittaa tuomioistuimen itsenäistä toimivaltaa oikeudenkäynnin ulkoisen kulun järjestämisessä.¹¹² Se vastaa meillä muodollisesta prosessinjohtosta esitettyjä käsityksiä. Periaate-systematiikassa virallistoimintaisuus on asianosaisen määräämisvaltaa korostavan asianosaistoimintaisuuden (*Parteibetrieb*) vastakohta.

b)

Riidan kohteesta määrääminen tarkoittaa (1) *oikeudenkäynnin aloittamisesta*, (2) *oikeudenkäynnin laajuudesta* (annettavan oikeussuojan laadusta ja määrästä) ja (3) *oikeudenkäynnin kestosta päättämistä*.¹¹³ Tältä osin saksalaisessa siviiliprosessissa sovelletaan määräämisperiaatetta.¹¹⁴

Määräämisperiaate ei ole koskaan edes Saksassa merkinnyt asianosaisen täydellistä määräämisvapautta riidan kohteen suhteen, vaan sitä rajoittavat virallistoimintaisuuden periaate (*Amtsbetrieb*) ja virallisperiaate (*Offizialmaxime*).¹¹⁵ Virallisperiaate (*Offizialmaxime*) on määräämisperiaatetta vastaava tuomioistuinperiaate. Virallisperiaatetta sanotaan noudatettavan silloin, kun asianosaisen määräämisvaltaa riidan kohteen suhteen on rajoitettu.¹¹⁶ Virallisperiaatteen ja virallistoimintaisuuden välinen raja on epäselvä, koska oikeustieteessä on ollut erimielisyyttä siitä, miten oikeudenkäynnin ulkoinen kulku erotetaan riidan kohteesta määräämisestä. Tuomioistuimen materiaalin prosessinjohto selitetään toisinaan esimerkiksi virallisperiaatteeseen kuuluvaksi,¹¹⁷ toisinaan poikkeukseksi

¹¹¹ Niistä lainmuutoksista, joilla kehitys on toteutettu, ks. *Münchener Kommentar I* s. 10–11.

¹¹² *Münchener Kommentar I* s. 11, 31.

¹¹³ *Baur–Grunsky* s. 23: »Der Dispositionsgrundsatz bedeutet also, dass die Parteien über Beginn, Gegenstand und Ende des Verfahrens bestimmen können.« Käsitykset eivät kuitenkaan ole aivan yhdenmukaiset, sillä esimerkiksi Prütting katsoo oikeudenkäynnin aloittamisesta päättämisen kuuluvan oikeudenkäynnin ulkoisesta kulusta määräämiseen, kun taas se, kuinka laajaksi ja pitkäkestoiseksi prosessi muodostuu, kuuluu asianosaisen määräämisvaltaan määräämisperiaatteen perusteella. Ks. *Prütting NJW* 1980 s. 362.

¹¹⁴ *Zettel* s. 18: »Die Parteien bestimmen, ob ein Verfahren in Gang kommt, und ob es weitergehen soll. Weiterhin bestimmen sie durch ihre Anträge den Umfang der Entscheidung (ne eat iudex ultra petita partium).« *Baur–Grunsky* s. 23. Siitä, mihin säännöksiin ZPO:ssa tämä sääntö liittyy, ks. *Zettel* s. 18, *Arens–Lüke* s. 6, *Thomas–Putzo* s. 551–557.

¹¹⁵ *Rosenberg–Schwab* s. 444, 451, *Bruns* s. 230, 238.

¹¹⁶ *Bruns* s. 230.

¹¹⁷ *Münchener Kommentar I* s. 31–32.

käsittelyperiaatteesta,¹¹⁸ nykyisin myös sosiaalisen prosessikäsitteen ilmentymäksi.¹¹⁹

c)

Tosiseikastomateriaalin esittämisen osalta Saksassa sovelletaan *käsittelyperiaatetta*. Niissä asioissa, joissa asianosaisilla on määräämisperiaatteen mukainen määräämisvalta riidan kohteesta, on katsottu tarkoituksenmukaiseksi, että asianosaiset itse huolehtivat oikeudenkäynnin ratkaisemiseksi tarpeellisen tosiseikastomateriaalin esittämisestä.¹²⁰ Kaikki *tosiseikastoon* liittyvät *asianosaisten disponoinnit*, kuten vetoaminen, aloiteoikeus todisteiden hankkimiseksi, todisteiden esittäminen ja tunnustaminen liittyvät siten käsittelyperiaatteen. Käsittelyperiaatteen vastakohta on *tutkintaperiaate* (Untersuchungsgrundsatz tai Inquisitionsmaxime). Sen mukaan tuomioistuimien huolehtii asian ratkaisemiseksi tarpeellisen tosiseikaston hankkimisesta.¹²¹

Vuonna 1977 Saksassa toteutettiin merkittävä ZPO:n uudistus, Vereinfachungsnovelle, jonka seurauksena periaatesystematiikkaa uudistettiin. Käsittelyperiaatteen tilalle kehitettiin *esiintuomisperiaate* (*Beibringungsgrundsatz*).¹²² Nykyisessä kirjallisuudessa esiintuomisperiaate on syrjäyttämässä käsittelyperiaatteen.¹²³ Zettel, joka kehitti esiintuomisperiaatteen, halusi korostaa sillä asianosaisten määräämisvallan konkreettisuutta. Asianosaisilla oli velvollisuus oikeudenkäynnin aikana nimenomaan esittää oikeudelle asian ratkaisemisen kannalta tarpeellinen tosiseikastomateriaali. Tällä tavoin Zettel erotti väittämisen ja todistustaakan todisteiden hankkimisesta ja todistusharkinnasta.¹²⁴ Ajan kuluessa oli nimittäin lisätty tuomioistuimen oikeutta prosessinjohtamiseen todisteiden

¹¹⁸ Rosenberg–Schwab–Gottwald s. 428 ss.

¹¹⁹ Baur–Grunsky s. 28, 106.

¹²⁰ Jauernig s. 74. On ajateltu, että asianosaisten vastakkaiset intressit takaavat prosessi-ekonomisesti edullisimman keinon saada esille kattava tosiseikastomateriaali. Ks. tästä *Bettermann ZZP* 91 (1978) s. 390–391 ja *Weyers* s. 200: »Man vertraut darauf, dass das gegeneinandergerichtete Interesse der Parteien für vollständige Information und gegenseitige Korrekturen sorgen und damit den erhöhten Aufwand staatlicher Ermittlungstätigkeit erübrigen wird.»

¹²¹ Baur–Grunsky s. 26.

¹²² *Prütting NJW* 1980 s. 363: »Zusammenfassend kann gesagt werden, dass zwar der Beibringungsgrundsatz den Zivilprozess von 1877 bis heute noch nie in dem Sinne beherrscht hat, dass die Parteien alles und der Richter nichts zur Ermittlung der Wahrheit beitragen; es lässt sich aber bis heute eine echte Dominanz des Beibringungsgrundsatzes feststellen, die uns berechtigt, den Zivilprozess auch weiterhin als von diesem Grundsatz beherrscht anzusehen.» Niistä ZPO:n säännöksistä, joihin käsittelyperiaate ja esiintuomisperiaate liittyvät, ks. *Prütting NJW* 1980 s. 362.

¹²³ Rosenberg–Schwab–Gottwald s. 426.

¹²⁴ *Zettel* s. 28–39.

hankkimiseksi, eikä käsittelyperiaatteen alkuperäinen määritelmä nichts von Amts wegen vastannut enää todistelua koskevia säännöksiä.¹²⁵

2.3.2 Riidan kohdetta koskeva epäkohta saksalaisessa systematiikassa

Määräämisperiaatteen ja käsittelyperiaatteen erottaminen toisistaan edellyttää sitä, että tosiseikat ja riidan kohde voidaan erottaa toisistaan.¹²⁶ Riidan kohteesta tai ehkä tässä yhteydessä paremminkin prosessin kohteesta on olemassa aineellisoikeudellisia ja prosessioikeudellisia teorioita. Yksimielisyyttä voimassaolevasta teoriasta ei ole.¹²⁷ Aineellisoikeudellisia teorioita yhdistää tapa nähdä prosessin kohteena asianosaisten subjektiiviset oikeudet tai heidän välisensä aineellisoikeudellinen oikeussuhde.¹²⁸

Prosessioikeudelliset prosessin kohteen teoriat keskittyvät kysymykseen prosessuaalisesta vaatimuksesta. Erilaisia käsityksiä vallitsee siitä, onko tämä prosessuaalinen vaatimus oikeussuojapyyntö, kantajan oikeusväittämä vai kannevaatimus.¹²⁹ Prosessioikeudellisten teorioiden esikuvana pidetään Wachin oikeussuojapyyntöteoriaa. Sen mukaan prosessin kohteena on oikeussuojapyyntön muodostava *vaatimus* saada tietynlaista ja -laajuisia oikeussuojaa (Anspruch = Streitgegenstand).¹³⁰ Vaatimukseen liittyvät prosessitoimet ovat määräämisperiaatteesta johtuvaa vallankäyttöä.¹³¹ Käsitystä, jonka mukaan prosessin kohde määritellään vaatimuksella (petitum), kutsutaan saksalaisessa oikeustieteessä *yksiosaiseksi prosessin kohteen määritelmäksi* (*eingliederter Streitgegen-*

¹²⁵ *Wieczorek* 128 § B III a: »Die ZPO lässt grundsätzlich die Parteien den Prozeßstoff beibringen (Beibringungsgrundsatz), den Richter dagegen über das Beigebrachte urteilen.« *Prütting* NJW 1980 s. 362.

¹²⁶ Siitä, mitä tosiseikat ovat, ks. lähtökohtaisesti *Bruns* s. 237–238: »Dieser Lebenssachverhalt als Stoff und als, der rechtlichen Regelung zugrunde liegendes, Ziel des Prozesses und objektiver Bezug aller Behauptungen und Beweisführungen ist so als ein Mosaik von Fakten der verschiedensten Art vorzustellen.«

¹²⁷ *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 21: »Asian laita tuntuu myös olevan se, että siviili-riidan kohdetta koskevan probleeman selvittelyyn käytetty vaivannäkö ja ajanhukka eivät aina ole olleet järkevässä suhteessa saavutettuihin konkreettisiin tuloksiin.« Siitä, miten prosessin kohdetta koskevat teoriat ovat Suomessa kehittyneet, ks. *Tirkkonen* LM 1941 s. 516–518. Siitä, millainen merkitys prosessin kohteen käsitteelle nykyisin Suomessa annetaan, ks. *Lappalainen* DL 1990 s. 553–559 ja *Virolainen* DL 1990 s. 74. Ruotsalaisten käsitystapojen osalta ks. *Ekelöf–Boman* Rättegång I s. 38–40, *Olivecrona* s. 280 ss.

¹²⁸ *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 19 alav. 1, *Beys* ZJP 105 (1992) s. 151–154.

¹²⁹ *Beys* ZJP 105 (1992) s. 152, *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 20. Useampiakin selitystapoja on. Niiden osalta ks. *Rosenberg–Schwab* s. 564–570.

¹³⁰ *Arens–Lüke* s. 109.

¹³¹ *Rosenberg–Schwab* s. 14, *Henckel* s. 125 ss.

stands-begriff).¹³² Yksiosainen prosessin kohteen määritelmä säilyttää tosiseikkojen ja prosessin kohteen eron.

Uudemman käsitystavan mukaan prosessin kohde muodostuu kannevaatimuksesta ja sen perusteena olevista tosiseikoista.¹³³ Saksalaisessa kirjallisuudessa puhutaan *kaksiosaisesta prosessin kohteen määritelmästä* (*zweigliedriger Streit-gegenstandsbegriff*).¹³⁴ Jos vaatimus ja tosiseikat muodostavat yhdessä prosessin kohteen, kuten ainakin käsitteellisesti myös meillä Suomessa, ei määräämisperiaatetta ja käsittelyperiaatetta voida erottaa. *Prosessin kohde ja tosiseikat eivät nimittäin ole erotettavissa toisistaan*. Siksi ei ole myöskään selittävää merkitystä sillä, että vaatimukseen kohdistuvat prosessitoimet, kuten myöntäminen, johdetaan määräämisperiaatteesta,¹³⁵ ja tosiseikastoon liittyvät prosessitoimet, kuten tunnustaminen johdetaan käsittelyperiaatteesta.¹³⁶ Ei ole olemassa kahta säännönmukaisuutta, jotka täytyisi selittää. On vain yksi säännönmukaisuus. Juuri tämä saksalaisen periaatesystematiikan kaksinkertaisuus on ollut osittain syynä esiintuomisperiaatteen (*Beibringungsgrundsatz*) muotoilemiselle.¹³⁷

2.3.3 Tirkkosen periaatesystematiikka

Suomessa on viime vuosikymmeninä jäsennetty menettelyperiaatteet lähinnä Tirkkosen kehittämän systeemin mukaisesti.¹³⁸ Se vastasi suhteellisen tarkasti saksalaista menettelyperiaatteiden systematiikkaa. Tirkkosen systematiikan huonona puolena voidaan pitää kuitenkin sitä, ettei hän korostanut riidan kohteen, tosiseikkojen ja prosessin ulkoisen kulun erottamisen merkitystä. Tällä oli se vaikutus, että periaatteiden väliset suhteet jäivät jäsentymättä ja systematiikka osoitautui epäselväksi.¹³⁹

¹³² *Baur–Grunsky* s. 87, *Arens–Lüke* s. 111, *Beys ZZZ* 105 (1992) s. 152–153. Saksassa tälle käsitykselle on edelleen kannattajia, koska ZPO käyttää yleensä vaatimus-käsitettä prosessin kohdetta koskevilla säännöissään. Ks. esimerkiksi *Rosenberg–Schwab* s. 569. Erityisesti Schwab on tätä mieltä. Ks. myös *Jauernig* s. 135–136.

¹³³ Esimerkiksi *Rosenberg–Schwab–Gottwald* s. 533 on muuttanut aikaisemmissa painoksissa kannatettua yksiosaisen prosessin kohteen määritelmää.

¹³⁴ *Baur–Grunsky* s. 86–87, *Arens–Lüke* s. 111, *Jauernig* s. 134.

¹³⁵ *Arens–Lüke* s. 164, *Thomas–Putzo* s. 654, *Rosenberg–Schwab* s. 840–841, 846, *Jauernig* s. 168–170.

¹³⁶ *Arens–Lüke* s. 193, *Rosenberg–Schwab* s. 724, *Jauernig* s. 182.

¹³⁷ *Prütting* NJW 1980 s. 361–362.

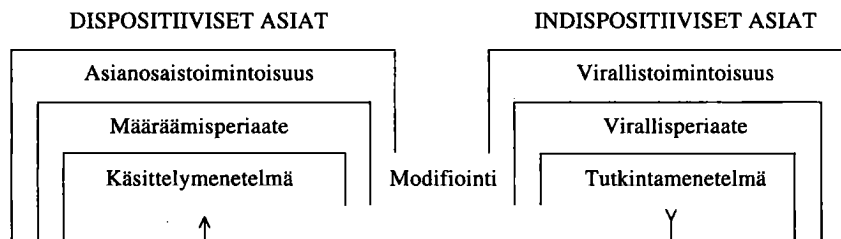
¹³⁸ Ks. esim. *Hormia* s. 181.

¹³⁹ *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I* s. 77: »Kun siviiliriidan kohteena säännönmukaisesti on sellainen yksityisoikeudellinen intressi, josta asianosaiset voivat määrätä, johtuu siitä, että asianosaisella tulee myös olla oikeus määrätä hänelle tulevasta oikeussuojasta. Tätä asianosaisen valtaa sanotaan määräämis- eli dispositiiviseksi periaateeksi: asianosaisella on valta ratkaista

Tirkkosen käsitys erosi käsittelyperiaatteen osalta Granfeltin systematiikasta, jota tarkastellaan myöhemmin sosiaalisen prosessikäsitteen yhteydessä. Tirkkosen mukaan *käsittelymenetelmä oli määräämisperiaatteesta johtuva osaperiaate*. Sillä tarkoitettiin määräämisperiaatteesta johtuvaa asianosaisen disponoimisvaltaa tosiseikkojen ja niitä koskevien todisteiden osalta.¹⁴⁰ Asianosaisen velvollisuus ja vastuu oikeudenkäyntiaineiston esittämisessä korostui. Tirkkosen käsittelymenetelmä oli siten *lähempänä nykyistä esiintuomisperiaatetta* (*Beibringungsgrundsatz*) kuin vanhempaa saksalaista käsittelyperiaatteen selittämistapaa, jossa käsittelyperiaate oli teoreettisen systematiikan itsenäinen osa. Tirkkonen liitti tuomarin kyselyoikeuden ja materiaalsen prosessin johdon myös dispositiivisiin asioihin omaksumalla modifioidun käsittelymenetelmän.¹⁴¹

Tirkkosen systeemin ymmärtämistä vaikeuttaa myös hänen käsityksensä *asianosais- ja virallistoimintoisuudesta* (vrt. *Partei-/Amtsbetrieb*). Hän selitti ne määräämis- ja käsittelyperiaatteen ja toisaalta virallis- ja tutkintaperiaatteen *yläkäsitteiksi*.¹⁴² Tällä tavoin hän hävitti näiden periaatteiden saksalaisen perusteen eli oikeudenkäynnin ulkoista kulkua koskevan määräämisvallan.¹⁴³

Kuvio 3. Tirkkosen periaatesystematiikka.



haluaako hän oikeussuojaa (*nemo iudex sine actore*), missä laajuudessa hän tahtoo oikeussuojaa (*ne eat iudex ultra petita partium*) ja mitä oikeussuojan mahdollisista eri muodoista hän yksittäistapauksessa käyttää.» (s. 81:) »Käsittelymenetelmä saatetaan luonnehtia periaatteeksi, jonka mukaan asianosaisten asiana on esittää ne tosiseikat, jotka he tahtovat tuomioistuinten ottavan huomioon, ja hankkia niiden olemassaolosta tarpeellinen näyttö.» Määräämisperiaatteen korrelaattiparina Tirkkosella on saksalaisten oppien mukaan virallisperiaate ja käsittelymenetelmän korrelaattiparina tutkintamenetelmä.

¹⁴⁰ Tällaisen vaikutelman lukija saa käsittelyperiaatteen lyhyestä määritelmästä ja Tirkkosen Siviiliprosessioikeus I s. 81–82 esittämästä pohdinnasta, joka koskee määräämisperiaatteen ja käsittelyperiaatteen välistä riippuvuussuhdetta.

¹⁴¹ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 81, 83–85.

¹⁴² Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 88. Ks. myös Virolainen Materiaalinen s. 44.

¹⁴³ Tämä käsitys virallistoimintoisuudesta perustuu Ellilän s. 131 alav. 5 kirjoittamaan, jossa hän tulkitsee saksalaista periaatesystematiikkaa.

2.4 TUOMARIN PASSIIVINEN ROOLI

2.4.1 Asianosaisten yksityisautonomia

Liberalistinen prosessikäsitys ei ollut vain saksalainen siviiliprosessioikeuden teoria, vaan vastuunjako tuomioistuimen ja asianosaisten välillä toteutettiin samalla tavoin myös USA:ssa ja Englannissa. USA:ssa puhutaan myös »perinteisestä prosessikäsityksestä»¹⁴⁴ tai kontradiktorisesta systeemistä.¹⁴⁵ Perinteisen prosessikäsityksen mukaan asianosainen vastasi 1) *riidan kohteen yksilöinnistä* esittämällä vaatimuksensa riidan oikeudenmukaisesta ratkaisemisesta. Asianosainen vastasi myös 2) *tosiseikastomateriaalin* eli todisteiden ja relevanttien tosi-seikkojen esittämisestä.¹⁴⁶ Tuomioistuimien taas vastasi *lain oikeasta soveltamisesta*. Tältä osin englantilainen ja USA:lainen oikeus erosivat keski-eurooppalaisesta prosessioikeudesta. Kun Saksassa jura novit curia -periaate merkitsi jopa tuomioistuimen autonomiaa oikeuskysymysten osalta, tuomioistuimen vastuu oikeuskysymyksissä oli englantilaisessa oikeudessa lähinnä todistusoikeudellista laatua. Asianosaisten ei tarvinnut todistaa oikeuskysymyksiä koskevia väitteitään. Asianosaistilla oli sen sijaan oikeus osallistua myös oikeuskysymysten selvittämiseen.¹⁴⁷

Näitä eri maiden prosessijärjestelmiä yhdisti samanlainen *käsitys vapaudesta*. Prosessikäsitysten taustalla oli valistuksen aikakauden vapauskäsitys.¹⁴⁸ Vapaus oli säädettyjen normien puuttumista, yksityisautonomiaa. Yksityisoikeudet muodostivat valtiovallan toiminnalta rauhoitetun *vapauspiirin*, jonka alueella oikeuden subjekti käytti valtaa itsenäisesti.¹⁴⁹

¹⁴⁴ *Chayes* Harvard Law Review 1976 s. 1285: »Traditional conception of adjudication reflected the late nineteenth century vision of society, which assumed that the major social and economic arrangements would result from the activities of autonomous individuals.»

¹⁴⁵ *Kaplan* Buffalo Law Review 1959 s. 421 ss., *Eggleston* The Australian Law Journal 1975 s. 428 ss.: »Adversary system».

¹⁴⁶ Ks. USA:n oikeuden osalta *Kaplan-Clermont* s. 7, 34–38 ja englannin oikeuden osalta *Cohn* Erinnerungsgabe für Grünhut s. 37.

¹⁴⁷ Ks. tarkemmin *Würthwein* s. 87–88 ja englannin oikeuden osalta *Cohn* Erinnerungsgabe für Grünhut s. 40.

¹⁴⁸ *Eggleston* The Australian Law Journal 1975 s. 428 ss., *Montesquieu* s. 150: »Liberty can consist only in power of doing what we ought to will, and in not being constrained to do what we ought not to will.»

¹⁴⁹ *Viljanen* s. 27: »Saksalainen valtio-oikeudellinen positivismi lähti siitä, että suvereenisuus valtiossa kuului valtiolle itselleen erilliseksi oikeushenkilöksi käsitettynä,... Valtion suvereenisuus oli periaatteessa rajaton. Valtio ei kuitenkaan käyttänyt tätä valtaansa koko laajuudessaan, vaan jätti kansalaisille *valtion toiminnalta vapaan yksityisen toimintafäärin*. Tämä vapauspiiri syntyi siis valtion itserajoituksen kautta ja sen laajuuden määrittivät kansalaisten

Tätä vapauskäsitystä ryhdyttiin toteuttamaan 1800-luvun lainsäädännössä. Se levisi nopeasti kaikille yksityisoikeuden aloille ja osittain myös julkisoikeuteen. Voidaan puhua liberalistisesta lainsäädännöstä. Ajattelutapa ulottui suomalaiseen oikeustieteeseen 1800-luvun lopulla. Se näkyi selvästi ainakin a) *omistusoikeuskäsityksessä*,¹⁵⁰ b) *perusoikeuskäsityksessä*¹⁵¹ ja c) *sopimusoikeuden tahtomallissa*.¹⁵²

Säännönmukaisuus, joka yhdisti liberalistista oikeusajattelua eri oikeudenaloilla, oli yksityisautonomia. Yksilöllä oli valtion ja viranomaisten toiminnalta kielletty vapauspiiri. *Yksityisautonomia oli vapautta suhteessa valtiovaltaan*. Vapauspiiriin kuului omaisuus eli omistusoikeus, joka lähtökohtaisesti sisälsi täy-

perusoikeudet.» Ks. myös *Jellinek* s. 467: »Diese Selbstverpflichtung ist von der herrschenden Rechtsüberzeugung gefordert; damit ist bei dem subjektiven Charakter aller Kriterien des Rechts auch die rechtliche Art staatlicher Selbstbindung dargetan.»

¹⁵⁰ *Serlachius* Sakrätten s. 112–113: »Huru egaren vill bruka och nyttja saken beror i regeln uteslutande af hans eget skön. ...Ehuru väl all rättslig ordning är till för förnuftiga ändamål, har lagen icke anledning att och kan ej heller, utan att på annat sätt förfela sitt huvudsyfte, ingripa emot ett dylikt brukande. Den måste inskränka sig till att, där visst slag af en saks brukande är skadligt för det allmänna väl, förbjuda sådant begagnande af saken.» Ks. myös *Wrede* Sakrätten s. 4, 135, *Wrede* Esineoikeuden s. 182–185.

¹⁵¹ Yksityisoikeudellista omistusoikeuskäsitystä käytettiin omaisuuden perustuslainsuojaa koskeissa tulkinnoissa. Omistusoikeus ymmärrettiin omistajan ja esineen välisenä valtasuhteena. Omistajalla oli täydellinen valta (= vapaus) esineen suhteen. Perustuslakiin otettu omaisuuden suojasäännös suojasi tuota täydellistä vapautta. Valtion oli huolehdittava siitä, ettei se loukkaa yksityisen ihmisen autonomiaa = oikeutta käyttää omaisuuttaan haluamallaan tavalla. Myös muut perusoikeudet olivat vapausoikeuksia. *Hermanson* JFT 1878–1879 s. 18: »..., att statsmakten således är till sitt begrepp och väsende begränsad.», s. 458, 482: »..., att egaren kan disponera öfver tinget på alla de olika sätt, som äro tänkbare.», *Viljanen* s. 61: »Tietyissä mielessä olikin kyse valtio-oikeudellisen tutkimuksen kehittämistä yksityisoikeuden viitoittamaan suuntaan.» Ks. myös *Erich* s. 218–225. Liberalismin ja perusoikeuksien suhteesta ks. myös *Nousiainen* s. 85.

¹⁵² Sopimusoikeudessa katsottiin ajan hengen mukaisesti, että inhimillistä toimintaa ohjaa tahto. Tahto sai oikeudellisen tehon, kun se tuli osaksi todellisuutta tahdonilmaisun kautta. Tahdon sisältöä ja sitovuutta selittämään kehitettiin ilmaisuteoria, tahtoteoria ja luottamusteoria. Tahdonilmaisun merkitys sopimusoikeudessa oli kuitenkin vain toinen puoli sopimusvapaudesta. Toinen puoli muodostui yksityisautonomiasta. Yksityisautonomialla tarkoitettiin valtion yksityiselle myöntämää itsensä määräämisoikeutta eli oikeutta järjestää oikeudelliset suhteensa toisiin henkilöihin haluamallaan tavalla. Ks. *Hernberg* s. 186, *Telarenta* s. 25, *Pöyhönen* s. 199: »Tahtomalli selittää sopimussitovuuden sopijapuolten vastuulla vapaaseen tahtoon perustuvasta toiminnastaan (vapauspiirin leikkaus) ja syväjüstifioi selityksensä yksityisautonomialla.» *Montgomery* s. 18: »Med autonomi förstår man en underordnad, en för inskräntare kretsar af samhället bestående lagstiftningsmakt...Autonomi är under sådant förhållande för handen, i fall det likväl vid sidan af denna reguliera anordning af lagstiftningsmakten finnes öfverlättat åt vissa kretsar inom samhället, menigheter, korporationer, kommuner, att åtminstone för vissa rättsförhållanden fastställa normer, som förpligta icke på fördragsgrund blott dem som vidtagit desamma, utan äfven tredje person.»

dellisen vallan esineen suhteen. Esineen ja ihmisen välistä valtasuhdetta suojasi perustuslaillinen omaisuudensuoja. Valtiolla ei ollut oikeutta rajoittaa omistusoikeutta, vaan perusoikeudet takasivat yksilön vapauden suhteessa valtiovaltaan. Tähän oikeusajatteluun liittyi myös sopimusvapaus.

Määräämisperiaate oli yksityisautonomiata korostavan oikeusajattelun prosessioikeudellinen ulottuvuus. Koska oikeudenkäynnin kohteena riita-asiassa olivat subjektiiviset oikeudet, jotka kuuluivat yksilön sopimusvapauden piiriin, yksityisillä oli oltava määräämisvalta oikeuksistaan myös oikeudenkäynnin aikana.¹⁵³ Käsitteleyperiaate sen sijaan tulkittiin lainsäätäjän tarkoituksenmukaisuusratkaisuksi, jolla voitiin mahdollistaa tuomarin kyselyoikeus tosiseikkojen kohdalla.¹⁵⁴

2.4.2 Oikeussuojapyyntöteoria

Määräämisperiaate sopi hyvin osaksi 1800-luvun lopun prosessioikeutta hallinnutta *oikeussuojapyyntöteoriaa*.¹⁵⁵ Wach tarkoitti oikeussuojapyynnöllä asianosaisen tuomioistuimelle tekemää pyyntöä saada oikeusjärjestyksen tarjoamaa suo-

¹⁵³ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 19, 377–379. Schmidt s. 298–299: Siviiliprosessissa riidan kohteena on sellainen yksityisoikeudellinen oikeussuhde, subjektiivinen oikeus tai yksityisoikeudellinen vaade, joka kuuluu asianosaisten tahdonvapauden piiriin. Schmidtin tavasta hahmottaa oikeudenkäynnin kohde kirjoittaa myös Staffans s. 116.

¹⁵⁴ Ks. Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 82, Schmidt s. 419, Munch–Petersen s. 246.

¹⁵⁵ Hesselberger s. 101: Kun ZPO vuonna 1877 säädettiin, siihen otettiin oikeussuojapyyntöteoria itsestään selvytenä (wie selbstverständlich). Oikeussuojapyyntöteoria merkitsi sitä, että aiemmin itsestään selvänä pidetty yhteys aineellisen oikeuden ja prosessioikeuden välillä katkesi. Aiemmin puhuttiin siviilioikeuden aineellisoikeudellisesta ja prosessioikeudellisesta ulottuvuudesta. Siviiliprosessioikeus oli seurannut aineellisen siviilioikeuden kehitystä. 1800-luvun puolivälissä siviiliprosessioikeus itsenäistyi. Siviiliprosessioikeuden ja materiaalsen siviilioikeuden läheinen yhteys loi perustan riidan kohteen aineellisoikeudelliselle hahmottamiselle. Oikeudenkäynnin kohteeksi selitettiin yksityisoikeudellinen intressi, jolla käsiteläinopin kaudella tarkoitettiin subjektiivista oikeutta käsiteläinopillisessa merkityksessä, esimerkiksi omistusoikeutta. Asianosaisen ja tuomioistuimen välisen suhteen tarkastelu tuli tarpeelliseksi, kun Degenkolb, Plosz ja Bülow kehittivät oppia prosessista oikeussuhteena. Oikeudenkäynti ymmärrettiin tuomarin ja asianosaisten sekä eri asianosaisten väliseksi oikeussuhteeksi. Oikeussuojapyyntöteorialla ratkaistiin molemmat keskeiset ongelmat. Oikeussuojapyyntö erotti aineellisoikeudellisen ja prosessioikeudellisen määräämisvallan. Se järjesti myös asianosaisten ja tuomioistuimen väliset suhteet. Hesselberger s. 95–101 (95:) »Das Recht besteht aus einem System logisch voneinander abhängiger Begriffe... Gleichzeitig wird dadurch die Entwicklung neuer Begriffe auf dem Wege der logischen Deduktion ermöglicht... Wie das Klagerrecht ein »Annexum« des materiellen Rechts war, so bildete das Zivilprozessrecht ein Annexum des Privatrechts.», Hesselberger s. 95–101, Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 24, 378 ja Hellwig s. 396–397.

jaa yksityisoikeudellisille intresseille.¹⁵⁶ Oikeussuojajapyyntö kohdistui myös vastaajaan, jota vastaan tuomioistuinta pyydettiin toimimaan.¹⁵⁷ Määräämisperiaatteen avulla oikeussuojajapyyntöteoria kytkettiin liberalistiseen vapausajatteluun.¹⁵⁸ Wachin mukaan asianosaisella oli määräämisoikeus aineellisoikeudellisten oikeushyvien osalta.¹⁵⁹ Tämän aloitevaltansa asianosainen konkretisoi esittämällä oikeussuojajapyynnön.¹⁶⁰

Oikeussuojajapyyntö aloitti oikeudenkäynnin. Se määräsi myös riidan kohteen. Oikeussuojajapyyntö konkretisoi siten kaikki määräämisperiaatteesta johtuvat asianosaisen velvollisuudet: (1) asianosaisen täytyi osoittaa se yksityisoikeus, joka oli oikeudenkäynnin kohteena (= Rechtsbehauptung),¹⁶¹ (2) asianosaisen oli osoitettava, missä laajuudessa yksityisoikeus oli riidan kohteena ja (3) asianosainen määräsi myös sen, mitä oikeussuojan eri muotoja hän halusi käyttää.¹⁶²

2.4.3 Menettelyperiaatteet passiivisuussääntöinä

Vapauspiirijattelu näkyi liberalistisessa prosessikäsitelyssä *vastuunjaon ja tehtävien jaon yhdistämisenä*. Siltä osin kuin asianosaiset kantoivat vastuun prosessitoimista, heidän oli myös toimittava omasta aloitteestaan. Tuomioistuin oli passiivinen asianosaisen vastuuseen kuuluvissa asioissa, koska sillä ei ollut valtiotavan osana oikeutta toimia yksilön vapauspiirin alueella.¹⁶³ Asianosaisella oli

¹⁵⁶ Wachia pidetään yleisesti oikeussuojajapyyntöteorian keksijänä. Ks. *Tirkkonen* Siviili-prosessioikeus I s. 27 ja *Hesselberger* s. 101. Ks. Wachin urasta tarkemmin *Wrede* Valda juridiska uppsatser II s. 264–278. Wach tuli Leipzigin yliopiston professoriksi vuonna 1876. Kun määräämisperiaatteeseen liitettiin tahdonvapausajattelu liberalistisessa merkityksessään, lienee nimenomaan Windscheidilla ollut häneen suuri vaikutus.

¹⁵⁷ *Wach* Vorträge s. 19: »...durch das Recht an den ausserprozessualen Tatbestand angeknüpften Anspruch gegenüber dem Staate, das Rechtsschutzinteresse in prozessordnungsgemässer Form gegenüber dem Beklagten zu befriedigen, den Anspruch gegenüber dem Gegner, die Rechtsschutzhandlung zu dulden.»

¹⁵⁸ *Brüggemann* s. 102, *Bomsdorf* s. 175.

¹⁵⁹ *Wach* Vorträge s. 52: »Das Verhältnis des Richters zu den Parteien ist nicht in einem Wort beschlossen, nicht einem einfachen Principe unterstellt... Die Streitsache ist rein privatrechtlicher Natur: ein Rechtsverhältnis allein zwischen Kläger und Beklagtem. Die Disposition der Parteien muss den Process beeinflussen.»

¹⁶⁰ *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 27: »Wachia saatetaan pitää Saksan siviiliprosessilain syntymäaikoihin vallalla olleen liberaalisen suuntauksen tyypillisenä edustajana. Tätä käsitystä...on kuvattu iskulauseella »laissez faire, laissez passer«.

¹⁶¹ *Schmidt* s. 384, *Staffans* s. 117. Ks. myös *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 277–278.

¹⁶² *Schmidt* s. 383.

¹⁶³ *Schmidt* s. 382: »Im Hinblick auf das Zweiparteienverhältnis, auf dem der Zivilprozess Grund aus ruht, kann der Staat zum Schutz der Privatrechtsbeziehung des einen gegen den andern von amtswegen nicht eingreifen, ohne den bestehenden Zustand und damit die

yksinomainen *määräämisvapaus*.¹⁶⁴ Merkitystä ei ollut sillä, kykenikö asianosainen tosiasiallisesti tekemään prosessitoimia tai ymmärsikö hän etunsa ja oikeutensa. Asianosaisten yhdenvertaisuus oli muodollista.¹⁶⁵

Niitä sääntöjä, joilla tuomioistuimen passiivisuus toteutettiin, on prosessioikeudessa kutsuttu *passiivisuussäännöiksi*.¹⁶⁶ Englannissa ja USA:ssa tuomioistuimen passiivisuus muodostui säännöksi tavanomaisoikeudellista tietä. Siellä ei ollut periaatesystematiikkaa saksalaisessa merkityksessä.¹⁶⁷ Sen sijaan Keski-Euroopassa ja Pohjoismaissa passiivisuussäännöt kehittyivät osana menettelyperiaatteita.¹⁶⁸ Niiden mukaan oikeudenkäynnissä oli aktiivinen se, joka kantoi riskin prosessitoimen tekemättä jättämisen kielteisistä seurauksista. Menettelyperiaatteiden mukainen vastuunjako määräsi myös informaationsuhteen ehdot. Tuomarin rooli muodostui kaksijakoiseksi joko-tai asetelmaksi. Tutkintaperiaatteen mukaan tuomari oli aktiivinen ja käsittelyperiaatteen mukaan täysin passiivinen.¹⁶⁹

Passiivisuussäännöt ovat erityisen merkittäviä juuri riidan kohteen selvittämisen kannalta, koska ne määräävät tuomarin menettelytavan riita-asian valmistelussa. Passiivisuussäännöt ovat kuitenkin hankalasti sovitettavissa yhteen nykyisen OK 5:19.1,1:n tavoitteiden kanssa. Niiden tiedostaminen auttaa kuitenkin huomaamaan menettelyperiaatteissa toisaalta vastuunjakoa ohjaavan ja toisaalta tehtävien jakoa ohjaavan normin.

1) *Määräämisperiaate* tarkoittaa vastuunjaon kannalta sitä, että asianosainen vastaa riidan kohdetta koskevista prosessitoimista. Vastuunjako on toteu-

Gleichheit der Bürger zu verletzen. ... Der Bürger, der sich beschwert fühlt, verfügt, disponiert über den Privatrechtsschutz, indem er ihn erbittet. ... Der Akt der Willendisposition, durch den die Privatperson eine Entscheidung zum Schutz ihrer Rechtslage erbittet, tritt: a) regelmässig als »Klage« auf...»

¹⁶⁴ Lindell Partsautonomi s. 22 erottaa määräämisoikeuden ja määräämismahdollisuuden tällä perusteella. Ks. myös Cappelletti s. 252–253.

¹⁶⁵ Alternativkommentar s. 12–16, 19.

¹⁶⁶ Taksø-Jensen s. 5. Ks. myös Bruns s. 93, Rosenberg-Schwab s. 450.

¹⁶⁷ Vrt. Chayes Harvard law Review 1976 s. 1286–1287 ja Cohn Erinnerungsgabe für Grünhut s. 38 ja niissä mainitut lähteet.

¹⁶⁸ Brüggemann s. 102: »Dispositionsmaxime und Verhandlungsmaxime sind Richtungsbegriffe. Derartige Richtungsbegriffe gibt es auch sonst, man denke an die Gewaltenteilung im Verfassungsrecht, an die Typenfreiheit im Schuldrecht. Sie sind selten in reiner Ausprägung des ihnen zugrundeliegenden Gedankens anzutreffen, ja es scheint zu ihrem Wesen gerade eine gewisse Breite der Toleranz zu gehören. Aber sie sind wirkliche und wirkende Grössen des Rechtslebens als Erkenntnismittel für Sinnzusammenhänge von Normengesamtheiten ebenso wichtig wie als Auslegungsmittel für die Anwendung der ihnen zugeordneten einzelnen Vorschriften.«

¹⁶⁹ Taksø-Jensen s. 5.

tettu *a) oikeudenkäynnin aloittamisen osalta* niin, että oikeudenkäynti alkaa asianosaisen käräjäoikeuden kansliaan toimittamalla haastehakemuksella (OK 5:1). Annettavan *b) oikeussuojan laajuutta* koskee vaatimistaakka. Tuomioistuin ei saa tuomita muuta tai enempää kuin mitä asianosainen on vaatinut (OK 24:14,1). Asianosainen voi myös *c) päättää oikeudenkäynnin* sopimalla asian, luopumalla kanteesta ja peruuttamalla tai myöntämällä sen.¹⁷⁰

Määräämisperiaatteen tehtävien jakoa koskeva ulottuvuus johtuu yksityisautonomiasta.¹⁷¹ Tuomarin on oltava passiivinen oikeudenkäynnin aloittamista, vaatimusten oikeellisuutta ja laajuutta sekä oikeudenkäynnin lopettamista koskevissa prosessitoimissa, koska asianosainen määrää riidan kohteesta.¹⁷²

2) *Käsittelyperiaate* tarkoittaa vastuunjaossa sitä, että asianosainen vastaa oikeudenkäyntimateriaalin esittämisestä tosiseikkojen osalta. Asianosaisella on *a) väittämistaakka*. Tuomiota ei saa perustaa seikkaan, johon asianosainen ei ole vedonnut (OK 24:14,2). Tosiseikkojen *b) tunnustaminen sitoo* (OK 17:4), *c) asianosaisen on hankittava asiassa tarpeelliset todisteet* (OK 17:8) ja *d) asianosainen voi passiivisuudellaan tehdä tosiseikat riidattomiksi* (OK 12:12-13).¹⁷³

Käsittelyperiaate vaikuttaa tehtävien jakoon siten, että tuomioistuin on tosiseikastomateriaalin esittämistä koskevissa prosessitoimissa passiivinen.¹⁷⁴ Suomessa on tosin perinteisesti puhuttu vain *modifioidusta käsittelymenetelmästä*, koska prosessioikeutemme on aina liittynyt piirteitä, jotka ovat estäneet käsittelyperiaatteen täydellisen soveltamisen. Meillä 1) ei ole asianajajapakkoa, 2) samalla oikeudenkäymiskaarella on säännelty menettely dispositiivisissa ja indispositiivisissa riita-asioissa sekä rikosasioissa, 3) tuomarilla on ollut oikeus ja asianajajapakon puuttumisen vuoksi käytännön pakko harjoittaa materiaalista prosessinjohtoa ja 4) tuomioistuimilla on ollut aloiteoikeus todisteiden hankki-

¹⁷⁰ *Taksø-Jensen* s. 6-7, *Habscheid ZZP* 81 (1968) s. 175-180 ja *Bettermann ZZP* 88 (1975) s. 348. Ks. myös *Wrede I* s. 67: »Domstolen får fördenskull icke tillerkänna kändanden annat eller mera, än han påyrkat, ej heller till förmån för svaranden gå längre eller försätta honom i ett fördelaktigare rättsläge, än han själv velat, samt över huvud icke ingå i prövning av annat, än vad parterna underställt hans avgörande».

¹⁷¹ *Arens-Lüke* s. 5, *Nousiainen* s. 279, *Vogel* s. 147, *Münchener Kommentar I* s. 31: »Er (Dispositionsgrundsatz) ist Ausdruck der liberalen Grundhaltung der ZPO und das prozessuale Spiegelbild der im materiellen Recht geltenden Privatautonomie.»

¹⁷² *Taksø-Jensen* s. 6, *Granfelt JFT* 1954 s. 191. *Westberg* s. 30: »Denna ram för tvistefrågoras utformning skall domstolen ta för given (dispositionsprincipen).»

¹⁷³ Hahn kirjoittaa asianosaisvallasta faktojen osalta ja tuomioistuinmonopolista oikeuskysymyksissä. Ks. *Hahn JA* 1991 s. 322. *Rosenberg-Schwab* s. 838-839: »In der Rechtsanwendung ist der Richter frei und an die Anträge und an die Anschauungen der Parteien nicht gebunden (iura novit curia), er hat das Recht und die Pflicht, das Vorbringen der Parteien unter jedem möglichen rechtlichen Gesichtspunkt zu prüfen (da mihi factum, dabo tibi ius).»

¹⁷⁴ *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I* s. 81.

miseksi ja velvollisuus vapaaseen todisteiden harkintaan.¹⁷⁵ Saksassa tilanne on olennaisilta osin toisenlainen. Siellä on asianajajapakko, minkä lisäksi rikosasioiden sekä erilajisten indispositiivisten asioiden käsittelyä varten on säädetty yleensä omat oikeudenkäyntilakinsa.¹⁷⁶

Erityisesti asianajajapakolla on passiivisuussääntöjen soveltamisen kannalta olennainen merkitys, koska tuomarin passiivisuuden vuoksi asianosaisten on kyettävä huolehtimaan oikeudenkäynnin johtamisesta.¹⁷⁷ USA:n oikeudessa tuomarilla ei ole oikeutta edes vapaaseen todistusharkintaan, vaan tosiseikkojen olemassaolon ratkaisee jury.¹⁷⁸ Tuomari kuitenkin ratkaisee todistusharkintasääntöjen perusteella sen, kelpaako todiste näytöksi.

3) *Asianosaistoimintoisuus (Parteibetrieb)* tarkoittaa saksalaisessa merkityksessä asianosaisten vastuuta muodollisessa prosessinjohdossa eli istuntoaikojen ja istuntojen muodollisen kulun suunnittelussa, määräaikojen asettamisessa, kutsujen ja tiedonantojen toimittamisessa. Tehtävien jaossa asianosaistoimintoisuus tarkoittaa sitä, että tuomioistuin on passiivinen muodollisessa prosessinjohdossa. Tämä passiivisuussääntö otettiin Saksan siviiliprosessilakiin Ranskasta.¹⁷⁹ Siitä on kuitenkin suurelta osin luovuttu.¹⁸⁰ Riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistaminen on myös Suomessa lisännyt tuomioistuimen vastuuta ja tehtäviä oikeudenkäynnin muodollisessa johtamisessa. Tärkeimmät näistä uudistuksista ovat OK 5 luvun säännökset tuomioistuimen velvollisuuksista asian kirjallisessa valmistelussa sekä OK 11 luvun tiedoksianto koskevat uudistukset. Suomalaisiin menettelyperiaatteisiin ei ole koskaan kuulunut muodollista prosessinjohtoa koskevaa, passiivisuussääntöä merkitsevää periaatetta.

¹⁷⁵ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 83–88.

¹⁷⁶ Arens–Lüke s. 56–57. Asianajajapakkoa pohdittiin Suomessakin ns. Wreden komiteassa viime vuosisadan lopulla. Ks. tarkemmin Wrede JFT 1892 s. 570–571 ja Wrede JFT 1895 s. 304. Komitean mietinnössä esitettiin tuomioistuimiin otettavaksi »julkisia asianajajia» (offentlige sakförare). Ks. niistä Wreden komitean mietintö, osa I (Lag om domstolarna) s. 38–40 ja 108–112 ja Charpentier JFT 1912 s. 821.

¹⁷⁷ Bettermann ZZP 91 (1978) s. 391: »Die Verhandlungsmaxime hängt, wie auch die Dispositionsmaxime, genetisch und funktional eng mit dem Anwaltzwang zusammen.» Sama seikka havaittiin Suomessa jo Wreden komitean työssä. Wrede JFT 1895 s. 305: »Behovvet af sakförare sammanhängde äfven med den frågan, i hvilket omfång rättegångsförfarandet skulle grundas uteslutande på förhandlingsmaximen, ty denna kräfdes utan tvifvel, att parterne företrädde af juridiskt bildade ombud.»

¹⁷⁸ Chayes Harvard Law Review 1976 s. 1286: »The jury found the facts. The judge was a neutral umpire, charged with little or no responsibility for the factual aspects of the case or for shaping and organizing the litigation for trial.» Englantilaisessa oikeudessa juryn käyttö on vähentynyt. Se osallistuu asian ratkaisemiseen siviiliprosessissa laajemminkin kuin vain todisteita arvioimalla. Englantilaista jurya analysoi Kaplan–Clermont s. 30–32.

¹⁷⁹ Münchener Kommentar I s. 10–11.

¹⁸⁰ Arens–Lüke s. 133.

2.4.4 Passiivisuussääntöjen hyväksyminen Suomessa

a)

Passiivisuussääntöjen tueksi on olemassa myös muita perusteita. Passiivisuussäännöt liittyvät käsitykseen perustuslaillisesta tai »laillisesta tuomarista».¹⁸¹ Tuomioistuimet ovat tästä näkökulmasta perustuslaissa asetettuja valtiovallan käyttäjiä, joiden toiminta ja toimivalta on määrätty laissa. Ajatus liittyy Montesquieun valtiovallan kolmijako-oppiin.¹⁸² Tuomioistuin on puolueeton vallankäyttäjä, joka oikeussuojapyyntöön saatuaan ratkaisee sen riitakysymyksen, joka on jätetty sen ratkaistavaksi.¹⁸³ Puolueettomuus vallankäytössä on riippumattomuutta.

Hallitusmuodon 2 §:n mukaisella riippumattomuudella – »tuomiovaltaa käyttävät riippumattomat tuomioistuimet» – on tarkoitettu lähinnä riippumattomuutta suhteessa valtiovaltaan.¹⁸⁴ 1800-luvun saksalaisessa prosessioikeudessa riippumattomuus liitettiin kuitenkin myös tuomioistuimen ja asianosaisten väliseen suhteeseen. Puolueettomuus suhteessa asianosaisiin merkitsi riitasuhteen ulkopuolella pysyttelemistä.¹⁸⁵ Tämä johtui yksityisautonomiasta: valtiovalta jätti tarkoituksellisesti asianosaiselle vapauspiirin, jolla tämä käytti yksinomaista valtaa. Riippumattomuudeksi ymmärretty puolueettomuus korreloitui käytännön oikeudenkäynnissä tuomarin passiivisuutena: *wo kein Kläger, da kein Richter*.¹⁸⁶

Passiivisuuden välttämätön seuraus oli välinpitämättömyys riidan lopputuloksesta. Tuomioistuinten tehtävänä oli ratkaista asianosaisten määrittelemiä riitoja eikä huolehtia asianosaisten oikeussuojasta tai aineellisesta totuudesta.¹⁸⁷ Tämän vuoksi riidanratkaisunäkökulma (*konfliktlösning*, *The Conflict Resolution Model*) ja liberalistinen prosessikäsitys liittyivät kiinteästi toisiinsa.¹⁸⁸

b)

Asianosaisten asema oikeudenkäynnissä on perustuslaissamme määrätty lähinnä hallitusmuodon 5 §:llä: »Suomen kansalaiset ovat yhdenvertaiset lain edes-

¹⁸¹ Käsitteen osalta ks. *Bettermann JBl*. 1972 s. 58.

¹⁸² Ks. siitä tässä yhteydessä *Petrén JFT* 1981 s. 95.

¹⁸³ *Nousiainen* s. 293–294, 296–297.

¹⁸⁴ *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus* I s. 104: »..., että tuomaria sitoo lainkäytössä ainoastaan laki. ... merkitsee myös sitä, etteivät valtiovaltaa käyttävät muut elimet saa painostaa tuomioistujia niiden harjoittaessa tuomitsevaa toimintaansa.»

¹⁸⁵ *Bettermann JBl*. 1972 s. 60: Riitasuhteen ulkopuolella pysyttelemistä korostettiin hierarkisella ylemmänasteisuudella.

¹⁸⁶ *Bettermann JBl*. 1972 s. 61.

¹⁸⁷ *Cohn Erinnerungsgabe für Grünhut* s. 35, *Nousiainen* s. 297.

¹⁸⁸ *Scott Stanford Law Review* 1975 s. 938, *Lindell Partsautonomi* s. 89, *Chayes Harvard Law Review* 1976 s. 1286, *Petrén JFT* 1981 s. 97.

sä». Yhdenvertaisuus tarkoittaa tässä mielivallan kieltoa.¹⁸⁹ Normi on suunnattu lakia käyttäville viranomaisille ja se kieltää tekemästä mielivaltaisia eli laissa sääntelemättömiä eroja ihmisten välille.¹⁹⁰

Siviiliprosessissa asianosaisten yhdenvertaisuus on toteutunut tuomarin passiivisuudella. Tuomioistuinta on kielletty toimimasta asianosaisten vapauspiirin alueella.¹⁹¹ Passiivisuus ja yhdenvertaisuus on rinnastettu toisiinsa. Asianosaisten yhdenvertaisuus on ollut muodollista. Merkitystä ei ole ollut sillä, kuinka hyvin asianosainen on tosiasiallisesti tuntenut oikeutensa tai oikeudenkäyntimenettelyn. Hän on vastannut tietämättömyyden, unohtamisen ja erehtymisen aiheuttamista oikeudenmenetyksistä.¹⁹² Meillä ei ole ollut olemassa perusoikeussäännöstä, joka velvoittaisi tuomioistuimen aktiivisella toiminnalla huolehtimaan asianosaisten yhdenvertaisuudesta lain edessä, vaan hallitusmuodon 5 §:n tulkinta on ollut klassinen: asianosaiset on rauhoitettu valtiovallan toiminnalta myös oikeudenkäynnissä.¹⁹³

c)

Passiivisuussäännöt on liitetty suomalaiseen prosessioikeuteen ensisijaisesti oikeustieteen kautta.¹⁹⁴ *Lainsäädäntötyössä* ne nousivat näkyvimmin esille vuoden 1960 uudistusten yhteydessä.

Suomessa asetettiin vuonna 1954 ns. prosessikomitea, jonka tehtävänä oli valmistella oikeudenkäyntilaitoksen osittaisuudistuksia. Kokonaisuudistuksissa oli toistuvasti vuosien 1901–1939 välillä epäonnistuttu. Prosessikomitea lakkautettiin »säästäväisyyssyistä» jo vuonna 1958, mutta sen työn tuloksena säädettiin vuonna 1960 laki oikeudenkäymiskaaren 11, 14 ja 16 lukujen uudistamisesta.¹⁹⁵ Hallituksen esitykseen (HE 33/1959 vp.) sisältyi haastehakemuksen täydentämistä koskeva säännös, OK 1:4, jonka mukaan tuomarin oli huomautettava kantajalle tai hänen asiamiehelleen, »jos haastehakemus havaitaan vail-linaiseksi tai epäselväksi». Samalla oli ilmoitettava, »miten puutteellisuus voidaan korjata». Tuomarille annettiin valta evätä haaste, jos hakemus ei kelvan-

¹⁸⁹ *Kastari* s. 276.

¹⁹⁰ *Kastari* s. 282.

¹⁹¹ *Granfelt* JFT 1954 s. 191. Ks. myös *Bettermann* JBl. 1972 s. 60.

¹⁹² *Scott* Stanford Law Review 1975 s. 938: »Hence this model is strongly inclined to let sleeping dogs lie.»

¹⁹³ Kansalaisten yhdenvertaisuuden ja tuomioistuinten riippumattomuuden suhdetta tarkastelee *Holopainen* LM 1981 s. 3–9. Hän perustelee HM 5§:n muuttuvaa tulkintaa todeten, ettei lainkäytön yhdenmukaisuus ja kansalaisten yhdenvertaisuus voi olla vain muodollista yhdenvertaisuutta (s. 6). Ks. myös *Olsson* DL 1983 s. 8–9.

¹⁹⁴ Ks. erityisesti *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 81.

¹⁹⁵ *Tirkkonen* JFT 1962 s. 321.

nut oikeudenkäynnin perustaksi tai jos hakemusta ei ilmoituksen mukaisesti korjattu.¹⁹⁶

Tällä säännöllä pyrittiin siihen, että kanne yksilöitäisiin jo haastehakemuksessa niin hyvin, että vastaaja voi vastata siihen ensi käsittelyssä.¹⁹⁷ Hallituksen esityksen perusteluissa korostettiin tuomarin velvollisuutta materiaalseen prosessinjohtoon.¹⁹⁸ Tähän liitettiin tuomarin velvollisuus huolehtia myös siitä, että haastehakemukset täyttivät niille uudessa laissa asetetut, aikaisempaa yksityiskohtaisemmat, vaatimukset.¹⁹⁹

Lakivaliokunta kuitenkin muutti tätä säännöstä, koska »valiokunta on katsonut, että tuomarin puolueettomuus saatetaan vaaranalaiseksi, jos hänelle asetetaan velvollisuus antaa neuvoja siitä, miten puutteellinen haastehakemus on täydennettävä...»²⁰⁰ Lakivaliokunta poisti OK 11:4:stä tuomarin velvollisuuden ilmoittaa, miten haastehakemuksessa oleva puute on korjattavissa. Lakivaliokunta sitoutui siten passiivisuussääntöön. Tuomioistuimien oli puolueeton olemalla passiivinen. Passiivisuudella toteutettiin myös asianosaisten yhdenvertaisuus. Suuri valiokunta poisti esityksestä koko säännöksen.²⁰¹

Asiasta käytettiin puheenvuoro vielä eduskunnan toisessa käsittelyssä. Edustaja Kemppainen: »Lakivaliokunta katsoi, että tämä on hieman liian pitkälle mennyt. Tuomioistuimien arkistossa voitaisiin tämän nojalla jo käydä tavallaan jonkinlaista esioikeudenkäyntiä. Tuomari joutuisi antamaan sitovia ohjeita, millä tavalla haastehakemus on muutettava ja varsinaisessa oikeudenkäynnissä sitten oikeutta etsivä voisi vedota tähän haasteen antajan lausuntoon. ... Tätä (lakivaliokunnassa tehtyä muutosta – tarkennus SL) perusteltiin sillä, että useat kihlakunnantuomarit haastetta antaessaan ovat niin aristelevia, etteivät he katso voivansa antaa neuvoja. ... Ei siinä suurta vahinkoa tule, jos se (OK 11:4 – tarkennus SL) poistetaankin, mutta tällä sanamuodolla tuo kihlakunnantuomarin neuvontaoikeus olisi tavallaan laillistettu.»²⁰²

Kun neuvontaoikeutta ei lainsäädännöllä nimenomaisesti laillistettu, jäivät jo aikaisemmin oppikirjojen myötä vakiintuneet passiivisuussäännöt voimaan.²⁰³ Oikeustieteen teoria, tiettyjen sääntöjen yhtenäinen tulkinta ja tämä lainsäätäjän

¹⁹⁶ Vrt. OK 5:5 (L 28.6.1993/595).

¹⁹⁷ HE 33/1959 vp. s. 1.

¹⁹⁸ HE 33/1959 vp. s. 3; OK 14 luvun uudistusten kohdalla.

¹⁹⁹ HE 33/1959 vp. s. 2.

²⁰⁰ LaVM 6/1960 vp. s. 1.

²⁰¹ SuVM 49/1960 vp. s. 1.

²⁰² EK:n pöytäkirjat 27.5.1960 s. 846.

²⁰³ Oikeusperiaatteiden institutionaalisesta tuesta ks. mm. Jonkka Rikosprosessioikeuden s. 5–7.

kannanotto osoittavat, että passiivisuussääntöjä pidettiin meillä aikaisemmin yleisesti hyväksyttynä oikeusjärjestelmän osana.

Eduskunnassa käytetyssä puheenvuorossa näkyi selvästi liberalistiseen prosessikäsitkseen kuuluva tapa rinnastaa vastuunjako ja tehtävien jako: »tuomari joutuisi antamaan *sitovia* ohjeita, ja oikeutta etsivä *voisi vedota tähän*». Ajatus siitä, että asianosainen voisi itse vastata haastehakemuksen muodosta vielä senkin jälkeen, kun tuomari oli häntä neuvonut, ei noussut esille. Silloin ei ollut vielä olemassa sellaista ajattelun rakennetta, joka olisi mahdollistanut tehtävien jaon ja vastuunjaon erottamisen.²⁰⁴

²⁰⁴ Vuoden 1960 uudistuksista keskusteltiin kirjallisuudessa jonkin verran. Tirkkonen oli varsin närkästynyt siitä tavasta, jolla lainsäätäjä kohteli prosessikomitean työtä. *Tirkkonen JFT* 1962 s. 322–323: »Asianomaisessa erityisvaliokunnassa ... on tapana kuulla »hallituksen miesten» lisäksi muita, ulkopuolisia asiantuntijoita. ... Ehkäpä suurimpana vaarana eduskuntakäsittelyn aikana on se, että yksityiset kansanedustajat tekevät hallituksen esityksiin vähemmän harkittuja ehdotuksia... Tuloksena saattaa silloin olla ...»lainsäädännöllinen susi».» S. 323 alav. 8: »OK 11:4:ään sisällytetyt määräykset oikeudesta evätä haaste saivat lakivaliokunnassa niin merkillisen muodon, että suuren valiokunnan oli pakko poistaa po. määräykset.»

3. SOSIAALINEN PROSESSIKÄSITYS

3.1 PERUSKÄSITTEITÄ JA PERUSPIIRTEITÄ

Sosiaalinen prosessikäsitte on yhteisnimitys prosessikäsitteille, jotka kyseenalaistavat liberalistisen prosessikäsitteen kiinnittämällä huomiota samoihin prosessikäsitteen tyyppi- ja piirteisiin. Voidaan puhua liberalistisen prosessikäsitteen kanssa kilpailevasta teoriasta, koska molemmat prosessikäsitteet esiintyvät yleensä samassa oikeuskulttuurissa. Tässä tarkastellaan erityisesti sitä sosiaalista prosessikäsitettä, joka kehittyi Franz Kleinin työn pohjalta.¹ Kleinin ajattelu liittyi olennaisena osana Ekelöfin teoriaan ja siihen sosiaaliseen prosessikäsitteeseen, joka kehittyi Saksassa 1970-luvun lainsäädäntöhankkeiden yhteydessä.² Niitä seikkoja, joilla Klein kyseenalaisti liberalistisen prosessikäsitteen, esiintyy myös USA:n public law litigation -mallissa.³ Sosiaalinen prosessikäsite ei ole yhtä yhtenäinen teoria kuin liberalistinen prosessikäsite, joten seuraavat peruspiirteet eivät merkitse kiinteää tavoitteenasettelua, vaan kuvaavat lähinnä sitä, miltä osin liberalistinen prosessikäsite on kritiikin kohteena.

Sosiaalisille prosessikäsitteille on yhteistä *tuomarin aktiivinen rooli*. Wassermanin ajattelun lähtökohta oli se, että asianosaisten yhdenvertaisuuden oli oltava tosiasiallista, ei muodollista.⁴ Chayesin mukaan tuomarin aktiivisuus liittyy tuomarin suureen harkintavaltaan. Hän on oikeudenkäyntiä koossa pitävä keskeishahmo. Tuomaria ei eristetä asianosaisista tai ympäröivästä yhteiskunnasta, vaan hän on yksi oikeudenkäynnin osapuoli, prosessisubjekti. Hän saattaa myös käyttää ulkopuolisia asiantuntijoita ja omia neuvonantajia.⁵

¹ Prosessikäsitteen kehityksestä kirjoittaa Wassermann s. 52–54.

² Ekelöf Festschrift till Welamson s. 121–122.

³ Käsitteen osalta ks. Chayes Harvard Law Review 1976 s. 1284 ja Chayes Harvard Law Review 1982 s. 4–5.

⁴ Wassermann s. 80–81.

⁵ Chayes Harvard Law Review 1976 s. 1301.

Liberalistisen prosessikäsityksen mukainen menettely oli ennalta määrättyä, absoluuttista.⁶ Sosiaalisen prosessikäsityksen mukaista menettelyä voidaan sen sijaan muokata oikeudenkäynnin tavoitteita ja asianosaisten tarpeita palvelevalla tavalla.⁷ *Menettely on joustavaa.*

Asianosaisrakenne ei ole välttämättä kaksiosainen (kontradiktorinen), vaan asiaan liittyvät intressit voivat vaihdella monipuolisemmin. Riita ei kuulu vain asianosaisten yksityisautonomiaan, vaan kysymys on sosiaalisen konfliktitilanteen ratkaisemisesta.⁸ *Asianosaisrakenne* voi olla erilaisten intressien vuoksi erilainen samaan prosessin lajiin kuuluvissa tai samanlaista oikeussuhdetta koskevissa asioissa.⁹

Tosiseikkojen selvittäminen ei liity vain menneisyyden tapahtumiin, vaan tosiseikkojen selvittämisellä pyritään *ennakoimaan tulevaisuutta* ja samalla normeeraamaan (legislate) tulevaa käyttäytymistä.¹⁰ Oikeutta luova tavoite on näkyvästi esillä.

Oikeusseuraamuksella ei hyvitetä vain menneisyydessä koettua oikeudenloukausta, vaan sillä pyritään *ohjaamaan* myös tulevaa käyttäytymistä. Tuomioistuimen on huolehdittava siitä, että ratkaisujen ennustettavuus ja yhdenmukaisuus toteutuvat ja että oikeusseuraamus toteuttaa aineellisen lainsäädännön käyttäytymistä ohjaavan funktion.¹¹ Nämä ajatukset kuuluvat myös Scottin esittelemään käyttäytymistä ohjaavaan malliin (The Behavior Modification Model).¹²

Tuomarilla on harkintavaltaa *sopivan oikeusseuraamuksen* määräämisessä. Oikeusseuraamuksia ei välttämättä löydetä suoraan laista, vaan tuomarilla on

⁶ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 14–15.

⁷ Lindblom Gruppitalan s. 441.

⁸ *Alternativkommentar* s. 16, 24–25. (s. 16:) »Eine unverstandene Partei ist, ..., nicht mehr Subjekt, sondern Objekt des Verfahrens.« Jo Kleinin teorian lähtökohta oli ajatus, että siviiliprosessilla on asianosaiksi laajempaa yhteiskunnallista merkitystä. Ks. *Klein Reden* s. 128–130, *Baur JZ* 1957 s. 193, *Klein-Engel* s. 186–187: »Der Zivilprozess ist eine Staatsanstalt, ein Bestandteil der Rechtsordnung und hat... staatliche Bestimmung... Als geistiger Ausgangspunkt des gegenwärtigen österreichischen Prozesses kann demnach die Auffassung hingestellt werden, dass diejenigen Interessenkonflikte, die als Recht geltende Regeln des Gesellschaftslebens berühren, eben dadurch gesellschaftliche Bedeutung erlangen und deshalb nicht bloss materiell nach den im Gesetze verkörperten, publizistischen, staatlichen und gesellschaftlichen Abmessungen geschlichtet werden müssen, sondern dass aus demselben Grund auch in den Formen der Austragung solcher Konflikte auf die Interessen von Staat und Gesellschaft Rücksicht zu nehmen ist.«

⁹ *Chayes Harvard Law Review* 1976 s. 1284.

¹⁰ *Lindblom Gruppitalan* s. 441.

¹¹ Tämä on yksi Ekelöfin teorian keskeisistä osista: *Ekelöf-Boman Rättegång* I s. 14. Chayes puhuu »intressien valvonnasta«. Ks. *Chayes Harvard Law Review* 1976 s. 1291.

¹² *Scott Stanford Law Review* 1975 s. 938.

vastuu sopivan oikeusseuraamuksen muotoilemisesta. Aineellisen lainsäädännön *tavoitteiden* merkitys korostuu. Ajatus liittyy lähinnä ryhmäkanteista käytyyn keskusteluun, jossa Chayes lisäksi esitti, että asiassa määrätään rahallinen korvaus vain, jollei parempaa oikeusseuraamusta ole tarjolla.¹³ Tuomiot pikemmin neuvotellaan kuin määrätään tai tuomitaan. Koko menettely on moniulotteinen vuorovaikutussuhde, jonka keskeishahmo on oikeudenkäyntiä johtava tuomari.¹⁴

Koska asiassa annettavat ratkaisut voivat olla ohjelman luontoisia, tuomio ei pääätä tuomioistuimen osallisuutta asiaan. Tuomioistuimella voi olla *oikeusseuraamusten toteutumisen tarkkailemiseen* liittyviä tehtäviä.¹⁵

Voidaan kysyä, mitä on se sosiaalisuus, joka näitä piirteitä yhdistää? Kleinin ajattelussa sosiaalisuus oli liberalistisen prosessikäsityksen kritiikkiä. Saksan ZPO oli parempiosaisten oikeudenkäyntilaki. Vaatimistaakka (ne eat judex ultra petita partium -sääntö) ja asianosaisten vastuu tosiseikoista merkitsivät etua niille, jotka ymmärsivät paremmin oikeutensa ja tunsivat lainsäädännön.¹⁶ Kleinin mielestä tuomioistuimen täytyi *palvella koko oikeusyhteisöä*.¹⁷ Hän kritisoi muodollista yhdenvertaisuutta, mutta sanoutui vastaavasti irti siitä luokkataistelusta, jota esimerkiksi Menger toi prosessioikeuteen.¹⁸ Public law litigation -mallissa sosiaalisuus on pyrkimystä yleisten, esimerkiksi ympäristönsuojelullisten ja kuluttajansuojaan liittyvien *intressien toteuttamiseen*.¹⁹ Ekelöfin ajattelussa sosiaalisuus on *aineellisen lainsäädännön tavoitteiden toteuttamista*.²⁰

Tässä esiteltyt hajanaiset sosiaalisen prosessikäsityksen piirteet voivat liittyä kaikkiin prosessin lajeihin.²¹ Niitä kuvaavaa esimerkkiä ei kuitenkaan voi esittää riita-asiain menettelystä; siinä määrin liberalistinen on suomalaisen siviili-prosessin rakenne. Monet sosiaalisen prosessikäsityksen piirteistä sen sijaan toteutuvat *yksityishenkilön velkajärjestelyasioissa*. Velkajärjestelyn lähtökohta on tilanne, jossa sopimusvapauden mukaisesta sitoutumisesta on seurannut velallisen maksukyvyttömyys. Asia tulee *vireille hakemuksella* eikä kanteella, vaikka asianosaisten intressit sinänsä (sopimusten sitovuus/suoritusvelvollisuus) ovat

¹³ Chayes Harvard Law Review 1976 s. 1302.

¹⁴ Chayes Harvard Law Review 1976 s. 1297–1298.

¹⁵ Chayes Harvard Law Review 1976 s. 1300–1301.

¹⁶ Klein Reden s. 128.

¹⁷ Ks. tästä myös Wassermann s. 53.

¹⁸ Ks. Menger s. 19–22 ja vrt. Klein Reden s. 137–138.

¹⁹ Chayes Harvard Law Review 1976 s. 1291.

²⁰ Ekelöf–Boman Rättegång I s. 14.

²¹ Public law litigation -mallissa tarkastelun kohteena ovat ryhmäkanteet. Ekelöf, Wassermann ja Klein ovat soveltaneet prosessikäsitystä siviiliprosessiin.

kontradiktoria. *Asianosaisrakenne* on epätäsmällinen ja rönstyilee asiakohtaisesti. Oikeudenkäynnissä on keskeisenä tavoitteena laatia ja vahvistaa velalliselle *maksuohjelma* (VJL 23 §). Tätä tavoitetta toteuttaessaan tuomioistuimien voi käyttää apunaan *ulkopuolista asiantuntijaa*, selvittäjää (VJL 64 §). Asia ratkaistaan vahvistamalla maksuohjelma, jossa määritellään asianosaisten väliset suhteet *tulevaisuutta silmällä pitäen*. Laissa on asetettu tavoitteet, jotka maksuohjelmalla täytyy toteuttaa. Voidaan puhua esimerkiksi omistusasunnon suojan ja vakuusvelkojan erityisaseman periaatteista.²² Tuomioistuimen osallisuus asiassa ei aina pääty maksuohjelman vahvistamiseen, vaan sama velkajärjestely voi tulla uudelleen käsiteltäväksi esimerkiksi maksuohjelman muuttamista tai velkajärjestelyn raukeamista koskevan hakemuksen vuoksi (VJL 61 §). Velkajärjestelyasioissa toteutuu myös tuomioistuimen aktiivisuuteen liittyvä epäkohta: *oikeussuojan antaminen aiheuttaa paljon työtä* ja kiireen vuoksi voi asiaan paneutuminen olla vastenmielistä.²³

3.2 HISTORIA

3.2.1 Preussin prosessilainsäädäntö

a)

Saksassa voitiin 1800-luvulla erottaa ainakin kolme erilaista oikeusaluetta. Tärkein ja laajin niistä oli (1) *pandektioikeuden alue*. Se käsitti vielä 1700-luvun alussa varsin laajalti Saksan ja Itävallan alueen. Myös Preussi kuului 1700-luvun alussa yleissaksalaiseen oikeusalueeseen. Toisen ryhmän muodostivat ne (2) *alueet, joilla roomalainen oikeus oli voimassa niiltä osin, kuin paikallinen oikeus ei sisältänyt toisenlaisia säännöksiä*.²⁴ Kolmas ryhmä alueita olivat ne (3) *alueet, joilla roomalainen oikeus oli kumottu ja korvattu lainsäädännöllä*. Roomalaista oikeutta korvaavaa lainsäädäntöä olivat Preussin maa-oikeus vuodelta 1794 (*Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten: ALR*),²⁵ Ranskan siviililakikirja *code civil* vuodelta 1804 ja kuninkaallinen saksilainen siviili-

²² Niemi DL 1993 s. 720.

²³ Chayes Harvard Law Review 1976 s. 1300.

²⁴ Tällaisia alueita olivat mm. Hollstein ja Slesvig, joissa suurimmaksi osaksi sovellettiin Juutin lakia, Hansakaupungit, Lauenburg, tyyringiläiset herttuakunnat, Oldenburg lukuunottamatta Birkenfeldin ruhtinaskuntaa ja Baijeri lukuunottamatta Pfaltzia ja frankkilaisia ruhtinaskuntia. Ks. tästä tarkemmin *Sohm* s. 6.

²⁵ *Annens Historia II* s. 161.

lilakikirja vuodelta 1863. Myös Itävallassa uusi siviililakikirja vuodelta 1811 syrjäytti roomalaisen oikeuden.²⁶

Preussilaiset valtiot muodostivat prosessioikeudessa merkittävimmän poikkeuksen yleissaksalaisesta oikeusalueesta. Preussi oli 1700-luvulla Saksan valtioista uudistusmielisin. Uudistukset eivät rajoittuneet vuonna 1740 valtaan nousseen kuningas Fredrik II Suuren käymiin jatkuviin sotiin, vaan kuningas uudisti tehokkaan hallintonsa avulla lainkäytön ohella mm. maanviljelystä, hallintoa ja pankkijärjestelmää. Lainkäytön uudistaminen alkoi jo 1700-luvun alussa. Ensimmäiset preussilaiset oikeudenkäyntilait säädettiin 1700-luvun alussa, mutta vasta vuonna 1748 annettua prosessilakia ryhdyttiin soveltamaan koko kuningaskunnan alueella.²⁷ Lain myötä preussilaiset valtiot erosivat yleissaksalaisesta oikeusalueesta: pandektioikeus korvattiin omalla prosessilainsäädännöllä.²⁸

b)

Preussin prosessilain merkittävin valmistelutyö alkoi vuonna 1780. Fredrik II Suuri oli monella tavoin tyytymätön yleissaksalaiseen prosessioikeuteen. Asianajat pitkittivät ja sekoittivat oikeudenkäyntejä omien etujensa vuoksi. Asianosaisten taas piti pimittää tietoaan, koska vastapuoli saattoi tuomioistuimen passiivisuudesta johtuen vääristellä totuutta ja johtaa valheilla koko menettelyn labyrinttiin, josta ulos päästyään asianosaiset eivät edes tienneet, kuka asian oli voittanut.²⁹ Tuomari sai tosiseikat käsiteltäväkseen vasta, kun asianosaiset olivat niitä muotoilleet ja olivat valmiina esittämään ne. Tuomari joutui usein ratkaisemaan asian epärelevanttien todisteiden ja puutteellisen selvityksen perusteella – tavallisesti väärin.³⁰

²⁶ *Sohm* s. 6–7. Saksan oikeudellisesta hajanaisuudesta 1800-luvulla antaa selkeän kuvan *Bomdsdorf* s. 284–290. 1800-luvulla Saksassa sovellettiin kaikkiaan noin 90 eri prosessilakia. Tässä esitetystä poikkeavan kolmijaon esittää *Rosenberg–Schwab* s. 24: »1. die Gebiete der (subsidiären) Geltung des gemeinen Prozesses; 2. das Gebiet des preussischen Prozesses und 3. die Gebiete des französischen Prozesses.»

²⁷ *Bomdsdorf* s. 66–67: »Neu verfasste Cammer-Gerichtsordnung in der Chur- und Marck Brandenburg» vuodelta 1709.

²⁸ *Grenander* s. 63, *Bomdsdorf* s. 73: »Codex Fridericianus Marchicus (CFM)».

²⁹ Yleissaksalaisen prosessioikeuden epäkohtia kuvaa *Anners* Historia II s. 161 Goethen lauseilla yleissaksalaisen oikeuden ylimmästä tuomioistuimesta, Reichskammergericht:sta: »En ohyllig röra av handlingar låg uppsvullnad och växte årligen, då de sjutton assessorerna inte en gång var i stånd att arbeta det löpande. Tjugotusen processer hade hopat sig, årligen kunde sextio avarbetas, och det dubbla kom till.»

³⁰ Kabinettimääräyksen lennokkaasta tekstistä kirjoittajan vapaasti kääntämänä. Ks. asiasta yksityiskohtaisesti *Grenander* s. 66–69. Kabinettimääräyksen antamisesta ks. tarkemmin *Bomdsdorf* s. 81.

Vuonna 1781 julkaistiin oikeudenkäyntilaki *Corpus Juris Friedericianum*, *Erstes Buch, Von der Prozess-Ordnung* (CJF). Asianajajalaitosta kohtaan tunnettu vastenmielisyys johti siihen, että CJF:ssä asianajajat korvattiin valtion virkamiehillä.³¹ Ajatuksena oli aluksi, että tuomioistuin hankkisi viran puolesta toiseikastomateriaalin. Vähitellen kuitenkin vakiintui tavaksi antaa oikeudenkäynnin valmistelu kollegiata avustavan tuomarin tehtäväksi (*deputierter Richter*). Samaa tietä kumottiin useimmat yleissaksalaisen prosessioikeuden menettelysäännöt. Tuomarilla oli velvollisuus viran puolesta tarkkailla aineellisen totuuden toteutumista riippumatta siitä, olivatko asianosaiset ottaneet toiseikan esille vai eivät. Asianosaisilla oli myös velvollisuus osallistua henkilökohtaisesti oikeudenkäynteihin. Käsittelymenetelmästä ja täydellisyysperiaatteesta luovuttiin.³²

Prosessilainsäädännön kehitys johti vuonna 1793 annettuun preussilaisten valtioiden yleiseen prosessilakiin (*Allgemeine Gerichtsordnung für die Preussischen Staaten* = AGO). Siinä perustettiin asianajajia korvaamaan justizkommissarien virat.³³ Heidän tehtävänä oli huolehtia niistä asian valmisteluun ja toiseikastomateriaalin keräämiseen liittyvistä tehtävistä, jotka CJF jätti tuomioistuinten tehtäväksi ja jotka oli aikaisemmin hoidettu asianajajien toimesta.³⁴ AGO:n mukaan tuomarin täytyi selvittää yhteistoiminnassa asianosaisten kanssa riidan taustalla olevat tapahtumat, joiden selvittämiseksi tuomarilla oli käytettävissään myös pakkokeinoja. Justizkommissarien täytyi myös asian valmistelussa (*Instruktion des Prozesses*) palvella aineellista totuutta ja tuoda esille asianosaisille kielteisetkin toiseikat. Tämä taas johti luottamusputlaan asianosaisten ja justizkommissarien välillä. Valmisteleva tuomari kirjoitti valmistelun perusteella kirjallisen selvityksen riidan kohteesta tuomarikollegiolle, joka sen perusteella otti vastaan todistelun ja ratkaisi asian. Menettely muodostui tutkintamenetelmän kaltaiseksi, jona inkvisitoriseksi.³⁵

³¹ Asianajajapakon tärkeästä merkityksestä preussilaisten prosessiuudistusten syynä kirjoittaa *Bomsdorf* s. 78.

³² *Grenander* s. 74.

³³ Heistä muodostui oma virkamieskuntanta: *Assistenzrat*, *assistsansråd*.

³⁴ *Bomsdorf* s. 83.

³⁵ *Fasching* s. 19. AGO:n keskeisiä tuomarin roolia koskevia sääntöjä olivat mm:

3 §: Kaikkien riitojen täytyi perustua todellisille olosuhteille, joiden mukaan riidanalaiset oikeudet ja velvollisuudet ratkaistiin.

5 §: Jokaisessa oikeudenkäynnissä täytyi erityisesti tutkia, mitkä olosuhteet olivat riidan perusteena ja millaisia tapahtumat olivat todellisuudessa olleet.

7 §: Tuomari oli velvollinen ja oikeutettu itse tutkimaan, mikä väitetyistä tapahtumista on totta, ja silloin kun oikea lain soveltaminen sitä edellytti, oli hänen otettava nämä tapahtumat käsiteltäväksi.

12 §: Asianosaiset olivat tavallisesti parhaita kertomaan tapahtumista ja antamaan asiaa valaistusta; siksi heidän piti mahdollisimman paljon osallistua itse asian valmisteluun.

c)

Saksaa jaettiin monella tavalla jo 1700-luvun sodissa, mutta oikeusalue pirstoutui erityisesti Napoleonin sotien vuoksi 1800-luvun alussa. Reinin liiton muodostaminen ja Hannoverin miehittäminen pysäyttivät uudistukset myös Preussissa, joka vasta 1800-luvun toisen vuosikymmenen lopulla alkoi elpyä ja jatkaa uudistuksia nousevan kansallisuusaatteen nimissä. Preussista tuli tulliliiton myötä yhdistyvän Saksan johtava valtio. Poliittisen kehityksen myötä myös Preussin lainsäädännön merkitys kasvoi. Mutta samaan aikaan, kun Preussin vaikutusvalta ulottui yhä laajemmalle alueelle ja vaikutteet oikeustieteeseen lisääntyivät, tulivat myös ongelmat prosessioikeudessa sietämättömiksi. Tuomioistuihin kohdistunut luottamusputaus johti lopulta siihen, että vuosien 1833 ja 1846 uudistuksilla säädettiin käsittelyperiaate ja täydellisyysperiaate jälleen voimaan.³⁶

3.2.2 Gönnerin periaatesystematiikka

a)

Preussin erikoisen prosessilainsäädännön kukoistuskauteen liittyy kuitenkin yksi menettelyperiaatteiden kannalta tärkeä teoria: Nikolaus Thaddäus von Gönnerin periaatesystematiikka vuodelta 1804. Gönner oli Bambergin yliopiston valtiosääntöoikeuden professori, mutta hän kirjoitti myös prosessioikeuden oppikirjoja.³⁷ Vuonna 1804 julkaistu teos oli tarkoitettu yleissaksalaisen prosessioikeuden käsikirjaksi, mutta siinä hänen oli huomioitava myös AGO, jota sovellettiin merkitystään kasvattavissa preussilaisissa valtioissa.³⁸ Käsikirjasta tuli

16 §: Jos tapahtuman vaikutus asiaan kiistettiin, kiistäjän velvollisuutena oli antaa tuomarille näyttöä niistä keinoista, joilla totuus saatiin esille.

17 §: Tuomari ei ollut sidottu asianosaisten lausumiin, vaan hänellä oli oikeus ja velvollisuus käyttää totuuden esille saamiseksi niitä menetelmiä, joita hän asianosaisten esitysten ja asiayhteyden perusteella piti käyttökelpoisina.

20 §: Tuomarin oli jatkettava asian valmistelua (Instruktion des Prozesses-menettely) niin kauan, että kaikkien asiaan liittyvien olosuhteiden totuus tai epätotuus oli saatu selvitettyksi riittävässä määrin tai että kaikki totuuden esille saamiseksi käytettävissä olevat keinot olivat tulleet käytetyiksi. Ks. tarkemmin *Grenander* s. 75–87 ja *Bomsdorf* s. 87–92.

³⁶ AGO:n myöhemmistä vaiheista kirjoittaa *Grenander* s. 90–91: »..., och genom Verordning über den Mandats-, den summarischen und Bagatell-Prozess den 1 Juni 1833 samt Verordnung über das Verfahren in Civil-Prozessen den 21 Juli 1846 hade man i Preussen redan uppgifvit undersökningsprincipen, innan i Tyskland i och med de fyra s. k. Reichs-Justizgesetze, hvaribland särskildt Civilprocessordning für das Deutsche Reich den 27 Januari 1877, alla partikulära processordningar föllö för Tyska rikets sammanslutande enhetliga makt.» Ks. myös *Taksø-Jensen* s. 23–24.

³⁷ Gönnerin merkityksestä valtiosääntöoikeuden tutkijana ks. *Koch J.* s. 2.

³⁸ *Ekelöf Grundbegrepp* s. 217.

neliosainen, noin 2000 sivua käsittävä kirjasarja – sellaisenaan valtava teos runsaan valtiosääntöoikeudellisen tuotannon lisäksi.³⁹

Gönner piti itse tärkeimpinä prosessiperiaatteina 1) molempien asianosaisten vaikutusmahdollisuutta eli kontradiktorista periaatetta ja 2) sovinnontekomahdollisuutta.⁴⁰ Jälkipolvet liittivät Gönnerin nimeen kuitenkin vain *käsittelyperiaatteen ja tutkintaperiaatteen*, vaikka hän ainoastaan formuloi niiden nimet.⁴¹

Bomsdorfin mukaan Gönnerin tiedot yleissaksalaisesta prosessioikeudesta olivat suhteellisen hatarat ja perustuivat lähinnä Grolmanin 1750-luvulla julkai-

³⁹ Gönnerin teksteissä korostuivat lain henki, inhimillinen järki ja luonnollinen ratio. Ks. hänen teoreettisista lähtökohdistaan *Ekelöf Grundbegrepp* s. 214, *Koch J.* s. 182, *Bomsdorf* s. 112–113. Rationaalisesta luonnonoikeudesta ks. *Aarnio* Laki, teko ja tavoite s. 24–26, *Makkonen* Luentoja s. 31–32: »Syntyi ns. rationalistinen luonnonoikeus, jonka mukaan inhimillisen luonto oli se lähde, josta oikeus kasvoi ... Jokainen juristi, joka tunsikin luonnonoikeuden pääpiirteet ja hallitsi logiikan, oli ... kykenevä ... johtamaan ne säännökset, joita hän tarvitsi yksityisissä tapauksissa.» Ks. *Gönner* s. 175: »Neben dem, dass ein gerichtliches Verfahren auf vollkommene Rechtsvertheidigung abzielen muss, wird auch erfordert, dass die Art der Einleitung und die Ordnung des ganzen Verfahrens auf einem allgemeinen Grundsatz ruhe, und dieser mit den Aussprüchen der Vernunft übereinstimme. Eine Untersuchung hierüber macht die Basis jeder Gesetzverbesserung im Prozesse aus, und durch sie lernt man den Geist des gemeinen Prozesses, so wie der preussischen Prozessordnung einsehen.»

⁴⁰ *Gönner* s. 181–183. *Bomsdorf* s. 119 yksilöi Gönnerin pääperiaatteiksi hänen tapansa ymmärtää oikeudenkäynnin tarkoitus ja päämäärä (Sinn des Verfahrens ja Zweck des Verfahrens): »Jedes gerichtliche Verfahren kann nur zum Schutz des Seinen im Staate abzwecken, und dieser Schutz fordert, dass niemand ungehört verurtheilt, keinem die Vertheidigung abgeschnitten werde; es muss also das ganze gerichtliche Verfahren auf eine Einleitung zur wechselseitigen Vertheidigung der Rechte beyder Partheyen abzielen, und Einleitung zur Vertheidigung muss der oberste Grundsatz alles Prozesses seyn. ... Ist Zweck des Zivilprozesses Durchsetzung der Privatrechte mit anderen als den eigenen Mitteln, müssen dabei alle die Sätze gelten, die bei Wahrung der Privatrechte ohne Prozess wirken.»

⁴¹ *Gönner* s. 175–176 kirjoittaa: »Ohne Aufforderung des Richters giebt es keinen Rechtsstreit: der Richter soll entscheiden, wer Recht hat, hiezu wird eine Untersuchung der Merkmale des unter den Parteien streitigen Factums und die Vergleichung dieser Merkmale mit dem Gesetze erfordert; das letzte ist Sache der Reflexion, auf welche die Willkühr der Parteien nicht wirken kann: das erste hängt wegen der Veräusserungsmittel der Parteien, zum Theil von ihrer Willkühr ab. Ueberzeugung von der Wahrheit der Merkmale eines Factums ist Bedingung jedes richterlichen Urtheils, aber es giebt hiezu zwei verschiedene Wege: entweder geht man in allen Theilen des Verfahrens von der Veräusserungsgewalt der Parteien aus, und macht des Richters Gewalt bei jedem Schritt abhängig von einem Vorbringen der Parteien: hieraus bildet sich die *Verhandlungsmaxime* – oder eine positive Gesetzgebung baut auf dem Satz, dass der Richter, wenn seine Hülfe reclamirt ist, unmittelbar und von Amtswegen aus alle zum Zwecke nöthige Mittel wirkt, und im Untersuchungswege die eigentlichen Merkmale des zu entscheidenden Falls zu erforschen sucht: hieraus entsteht die *Untersuchungsmaxime*: beide ruhen auf Vernunftgründen, ohne dass eine die andere ganz ausschliesst, insbesondere wird. Der deutsche gemeine Prozess ist auf die Verhandlungsmaxime, der preussische Prozess auf die Untersuchungsmaxime gebaut.»

semaan käsikirjaan. Siksi Gönner korosti Grolmanin käsitystä tuomarin passiivisesta roolista.⁴² Gönner otti preussilaisesta oikeudesta systematiikkaansa sen osan, jota yleissaksalaiset prosessioikeuden tutkijat olivat eniten kritisoineet eli tosiseikkojen selvittämisen viran puolesta.⁴³ Näillä perusteilla Gönner kuvasi tarkastelemaisensa prosessioikeudelliset järjestelmät toistensa vastakohdiksi.⁴⁴

Gönner ei siis liittänyt käsittelyperiaatetta ja tutkintaperiaatetta dispositiivisten ja indispositiivisten asioiden kahtiajakoon, vaan *periaatteet kuvasivat kahden prosessioikeudellisen järjestelmän eroa*. Molemmat periaatteet saattoivat olla oikeudenkäyntimenettelyn perustana. Tuomarin oli pääteltävä valtion luonteesta, kumpi periaate oli oikeudenkäynnissä hallitseva.⁴⁵

b)

Gönnerin periaatekäsityksen perustana oli pandektitieteen yksityisoikeuskäsitys: oikeudet olivat lähinnä vapausoikeuksia. *Käsittelyperiaate* merkitsi asianosaisen aloiteoikeutta oikeudenkäynnin ulkoisen kulun, riidan kohteesta määrittämisen ja tosiseikastomateriaalin suhteen.⁴⁶ Määräämisperiaate kuului siten aluksi käsittelyperiaatteeseen.⁴⁷

Tutkintaperiaate ei sen sijaan sisältänyt virallisperiaatetta, vaan asianosainen käytti aloitevaltaa oikeudenkäynnin ulkoisen kulun ja riidan kohteesta määrittämisen osalta myös Preussin oikeudessa.⁴⁸ Käsittelyperiaate (nichts von Amts wegen) tarkoitti siten tuomarin passiivisuutta (1) oikeudenkäynnin ulkoisen kulun, (2) riidan kohteesta määrittämisen ja (3) tosiseikastomateriaalin keräämisen suhteen.⁴⁹ Tutkintaperiaate (alles von Amts wegen) sitä vastoin tarkoitti tuomioistuimen aktiivisuutta vain tosiseikastomateriaalin keräämisen suhteen.

Asian käsittelyyn ei kuulunut »deduktio», jolla Gönner tarkoitti tosiseikkojen subsumoimista normin tunnusmerkistöön. Tämän tehtävän hän katsoi kuu-

⁴² Bomsdorf s. 123.

⁴³ Bomsdorf s. 124: »Doch dem Vernunftrechtler Gönner, auf dem Gebiet des Prozessrechts neu und sich daher an Grolman haltend, musste die Regelung der AGO als mit den sätzen seines Vorbildes schlechthin unvereinbar erscheinen.»

⁴⁴ Gönner s. 183–184. Ks. myös s. 191: »Bei der ersten Art sind die Parteien das zunächst handelnde Subjekt, bei der zweiten ist es der Richter. Dort verhandeln und beweisen die Parteien; hier untersucht der Richter; dort kann er keine Urkunde, keinen Zeugen beiziehen, um daraus die Wahrheit zu erforschen,...hier kann er alle Mittel gebrauchen,...»

⁴⁵ Gönner s. 176.

⁴⁶ Gönner s. 182.

⁴⁷ Gönner s. 190.

⁴⁸ Bomsdorf s. 130.

⁴⁹ Gönner s. 190: »... dass der Richter nichts thut, als veranlasst durch das Vorbringen einer Partei, nicht bloss im Ausbruch des Rechtsstreits, sondern bei dem ganzen Laufe eines Prozesses.»

luvan tuomioistuimille molempien periaatteiden mukaan.⁵⁰ Jura novit curia -periaate kuuluikin Gönnerin systematiikkaan.⁵¹

Gönner ulotti kahtiajaon myös tuomarin rooliin. Hän kuvasi preussilaista tuomaria käsitteellä »ohjaava tuomari» (instruierend Richter) ja yleissaksalaisen oikeuden tuomaria käsitteellä »ratkaiseva tuomari» (erkennende Richter).⁵² Ratkaiseva tuomari ohjasi oikeudenkäyntiä vain prosessiekonomisten periaatteiden noudattamisen osalta: asianosaisten oli osoitettava relevanttien tosiseikkojen oikeellisuus nopeimmalla ja halvimalla tavalla.⁵³ Ohjaava tuomari oli sen sijaan aktiivinen koko oikeudenkäynnin ajan.⁵⁴

3.2.3 Itävallan prosessilainsäädännön kehitys

Preussin prosessioikeuden piirteet nousivat uudelleen esille 1800-luvun lopulla, kun Itävallassa uudistettiin siviiliprosessilakia. Lainsäädäntö oli jo valmisteltu hyvin pitkälle esikuvanaan Saksan siviiliprosessilaki (ZPO) vuodelta 1877, kun Franz Klein otti eräissä artikkeleissaan esille Saksan siviiliprosessioikeudessa ilmenneet epäkohdat, jotka olivat seurausta määräämis- ja käsittelyperiaatteiden soveltamisesta.⁵⁵ Lain perusrakenteita muutettiin vielä valmistelun aikana ja siihen otettiin (1) menettelyä nopeuttavia, (2) menettelyn muodollisuutta vähentäviä ja (3) siviiliprosessin sosiaalisuutta korostavia sääntöjä.

Oikeudenkäyntien nopeuttamiseksi lyhennettiin määräaikoja, annettiin tuomarille laaja prosessinjohtovalta oikeudenkäynnin ulkoisen kulun osalta sekä toteutettiin suullisuus-, keskitys- ja välittömyysperiaatteet.⁵⁶ Oikeudenkäynnin muodollisuutta vähennettiin korostamalla aineellisen totuuden periaatetta, lisäämällä tuomarin aineellista prosessinjohtovaltaa sekä toteuttamalla välitön todistajankuulustelu ja vapaa todistusharkinta.⁵⁷ Jo näillä uudistuksilla muutettiin saksalaiseen siviiliprosessiin kuulunutta ajatusta oikeudenkäynnistä asianosaisten yksityisasiana, mutta niiden lisäksi vielä kuvattiin tuomioistuimet julkisen vallan orgaaneina ja tuomarit julkisen vallan edustajina.⁵⁸ Tuomarin sosiaalista roolia

⁵⁰ Gönner s. 192, 211.

⁵¹ Bomsdorf s. 133.

⁵² Gönner s. 194.

⁵³ Gönner s. 195.

⁵⁴ Gönner s. 195.

⁵⁵ Klein-Engell s. 43, Taksø-Jensen s. 52. Saksalaisen prosessioikeuden epäkohdista kirjoittaa myös Honkasalo DL 1924 s. 305–306.

⁵⁶ Klein-Engell s. 42, Taksø-Jensen s. 53.

⁵⁷ Klein-Engell s. 42 ja tarkemmin Klein s. 57 ss.

⁵⁸ Klein s. 9 ss.

korostivat aktiivinen prosessinjohto, velvollisuus asian perinpohjaiseen tutkimiseen ja tuomarin rooli asianosaisten aineellisoikeudellisten intressien vaalijana.⁵⁹

Itävallan siviiliprosessilaki tuli voimaan vuonna 1895. Siinä siviiliprosessin sosiaaliset päämäärät yhdistettiin ensimmäisen kerran tuomioistuimen aktiivisuuteen. Itävallasta nämä ajatukset alkoivat levitä muualle Keski-Eurooppaan ja Pohjoismaihin. Itävallan laki vaikutti vuosisadan vaihteessa uudistettuihin Tanskan ja Norjan siviiliprosessilakeihin.⁶⁰ Kleinin ajatukset olivat myös Ekelöfin esikuvana ja vaikuttivat siten ruotsalaisen prosessioikeuden kehitykseen.⁶¹ Itävallan siviiliprosessilaki loi perustan myös sille liikkeelle, joka johti yhteistoimintaperiaatteen muotoilemiseen Saksassa 1970-luvulla.

3.3 MENETTELYPERIAATTEIDEN MODIFIOINTEJA

3.3.1 Granfeltin periaatesystematiikka

Granfelt käytti perusrakenteena saksalaista systematiikkaa. Määräämisperiaate ja virallisperiaate olivat korrelaatteja.⁶² Hänen systematiikassaan korostui kuitenkin virallisperiaate, josta hän teki useita erityistutkimuksia. Saksalaisessa oikeudessa virallisperiaate oli lähinnä Preussin prosessioikeuden vertauskuva, jota ei sovellettu siviiliprosessioikeudessa.⁶³ Granfelt kehitti systematiikan, jossa *virallisperiaatetta sovellettiin sekä aineellisoikeudellisella että prosessioikeudellisella perusteella*. Aineellisoikeudellinen peruste liittyi niihin asioihin, joissa asianosaisen valtaa määrätä riidan kohteesta oli rajoitettu aineellisoikeudellisessa lainsäädännössä. Sellaisia olivat esimerkiksi avioliiton purkamista koskevat asiat.⁶⁴ Prosessinedellytysten osalta virallistoimintoisuuden peruste oli vastaavasti prosessioikeudellinen.⁶⁵

Granfelt korosti tuomioistuinten velvollisuutta valvoa julkista intressiä. Hänen ajattelussaan näkyivät selvästi tuomarin aktiivisuutta korostavat sosiaalisen

⁵⁹ Klein–Engell s. 42–43.

⁶⁰ Möller Oikeus, demokratia, informaatio s. 172. Vrt. kuitenkin Taksøe–Jensen s. 95 ss. ja Wassermann s. 56.

⁶¹ Ekelöf tunnustaa itse prosessikäsitteensä sosiaalisuuden artikkelissaan Samhällsaskådning och civilprocess (Festskrift till Welamson s. 121): »Klein var den utländske processualist som utövade det starkaste inflytandet på mig vid den här tiden... (s. 122) En viss likhet råder det häremellan och den ståndpunkt jag – som Franz Kleins efterföljare – intagit... »

⁶² Granfelt JFT 1912 s. 319–320. Samoin asian esittää Wrede I s. 66–72.

⁶³ Grunsky s. 24.

⁶⁴ Granfelt JFT 1912 s. 320.

⁶⁵ Granfelt JFT 1915 s. 174.

prosessikäsitteen piirteet.⁶⁶ Itävallan siviiliprosessilaki olikin hänen esikuvanaan tuomarin roolin osalta.⁶⁷ Hän katsoi, että virallisperiaate ja virallismenettely olivat Suomen oikeudelle tyypillisiä piirteitä.⁶⁸ Tätä silmällä pitäen hän korosti aineellisen totuuden periaatetta ja tuomarin velvollisuutta osallistua aktiivisesti oikeudenkäyntimateriaalin keräämiseen.⁶⁹ Julkisten intressien valvominen edellytti materiaalista prosessinjohtoa.⁷⁰ Se liittyi erityisesti niihin asioihin, joissa asianosaisen määräämisvaltaa oli rajoitettu aineellisoikeudellisten normien perusteella, mutta suomalaisten tuomioistuinten erityisen roolin vuoksi se oli tärkeää myös dispositiivisissa riita-asioissa.⁷¹ Toisaalta Suomessa sovellettiin laajalti käsittelymenetelmää niissäkin asioissa, joissa asianosaisen määräämisvapautta oli rajoitettu.⁷²

Koska materiaallinen prosessinjohto liittyi virallisperiaatteeseen, Granfelt muotoili *käsittely- ja tutkintaperiaatteista menetelmät*, joita sovellettiin oikeus-suojaa annettaessa. Uusien käsitteiden modifiointi oli tarpeellista, koska käsittelyperiaate saksalaisessa merkityksessä rajoitti tuomioistuimen aktiivisuuden lähinnä muodolliseen prosessinjohtoon.⁷³ Materiaalisen prosessinjohtoon mahdollistamiseksi Granfelt erotti käsittelymenetelmän yksityisautonomiasta ja katsoi lainsäätäjällä olevan oikeuden määrätä siitä, mitä menetelmää asian käsittelyssä oli sovellettava.⁷⁴ Tältä osin Granfeltin systematiikka oli yhteneväinen Kallenbergin teorian kanssa, mutta erosi vastaavasti saksalaisesta systematiikasta siinä, etteivät tutkintamenetelmä ja käsittelymenetelmä rajoittuneet

⁶⁶ Nousiainen s. 515.

⁶⁷ Granfelt JFT 1906 s. 87 ss.

⁶⁸ Granfelt JFT 1912 s. 321. Granfelt käytti hyväkseen itävaltalaisista kirjallisuudesta korostamaan suomalaisen prosessin sosiaalista luonnetta. Ks. Granfelt Processledningen s. 44–45.

⁶⁹ Granfelt Processledningen s. 52: »Hvarje dom innesluter i sig sálunda ett decisivt och ett dispositivt moment och är alltså äfven i viss mån konstitutiv. (s. 68): ..., i hvarje fall är domens uppgift att i görligaste mån deklarerar och förverkliga icke någon af parterna skapad formell sanning utan materiell sanning.» Ks. tarkemmin Granfeltin ja Wreden käsityseroista Nousiainen s. 518.

⁷⁰ Granfelt Processledningen s. 73.

⁷¹ Granfelt JFT 1937 s. 659 ja Processledningen s. 70–72.

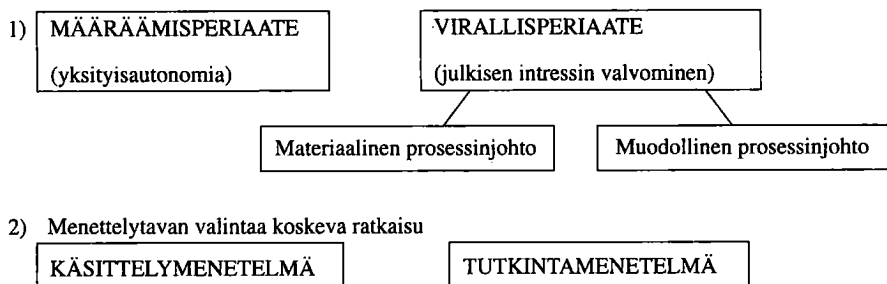
⁷² Granfelt JFT 1912 s. 326.

⁷³ Granfelt JFT 1912 s. 320, Granfelt Processledningen s. 45–46. Granfeltin systematiikassa muodollinen prosessinjohto oli virallisperiaatteen soveltamista prosessioikeudellisella perusteella. Uudemmassa oikeustieteessä jako aineelliseen oikeuteen ja prosessioikeuteen on taas kyseenalaistettu. Ks. esimerkiksi Lindblom Studier i processrätt s. 18–24.

⁷⁴ Granfelt Framställning s. 14–15: »Ingendera metoden är en nödvändig konsekvens av dispositionsprincipen. Avförande för lagstiftaren vid val dem emellan äro ändamålsenlighets-hänsyn. Dessa -framför allt sådana av socialpolitisk natur – kunna betinga även en kombination av de båda metoderna.»

vain tosiseikkoihin. Materiaalinen prosessinjohto saattoi ulottua myös riidan kohteeseen.⁷⁵

Kuvio 4. Granfeltin periaatesystematiikka.



3.3.2 Ekelöfin periaatesystematiikka

Ekelöf määritteli menettelyperiaatteet uudella tavalla vuonna 1956 ilmestyneessä kirjassaan *Processuella grundbegrepp och allmänna processprinciper*. Ekelöfillä oli useita motiiveja tehdä tuo työ. Hän oli (1) *tyytymätön Kallenbergin periaate-systematiikkaan*. Kallenberg otti vaikutteita suoraan saksalaisesta oikeudesta, mutta muokkasi esikuviaan sellaisella tavalla, että systematiikan liittymäkohtia saksalaiseen oikeuteen oli vaikea ymmärtää.⁷⁶ Ekelöf piti periaatesystematiikkaa Kallenbergin huonoimpana teoriana.⁷⁷

Kallenberg käytti aineellisoikeudellista riidan kohteen määrittelyä. *Riidan kohde oli asianosaisten välinen aineellisoikeudellinen oikeussuhde*.⁷⁸ Määräämisperiaate johtui asianosaisten vallasta määrätä oikeussuhteesta myös oikeudenkäynnissä.⁷⁹ Asianosaiset osoittivat individualisoimalla (yksilöi-

⁷⁵ Granfelt *Processledningen* s. 46.

⁷⁶ Ekelöf *Grundbegrepp* s. 218–219.

⁷⁷ Ekelöf *Grundbegrepp* s. 226. Yhtenä kritiikin kohteena oli se, että Kallenberg käytti käsiteläinopilliselle ajattelulle tyypillistä tapaa johtaa käsitteistä ja siis myös periaateista vaikutuksia voimassaolevan oikeuden suhteen.

⁷⁸ Kallenbergin prosessikäsitteestä ks. *Ellilä DL* 1941 s. 42–43.

⁷⁹ Kallenberg s. 13: »I nutida processteori är man ganska allmänt ense om att såsom processuella konsekvenser af parternas materiella dispositionsrätt (= deras dispositionsrätt öfver det materiella rättsförhållande, som utgör processföremål) framhålla dessa tre grundsatser: a) *nemo iudex sine actore*, b) *ne procedat iudex ex officio*, c) *ne eat iudex ultra petita partium*.»

mällä) riidan kohteen sen, mitä oikeussuhdetta oikeudenkäynnissä käsiteltiin.⁸⁰ Individualisoiminen tapahtui toisinaan ilmoittamalla kanteen perusteena oleva subjektiivinen oikeus, toisinaan taas vetoamalla oikeuksien perusteena oleviin faktoihin. Kun faktaan vetoaminen (*åberopande*) osoittain määräsi riidan kohteen ja tuomioistuimen toimivallan rajat, *asianosaisen velvollisuus vedota faktoihin (väittämistaakka) liittyi määräämisperiaatteeseen*.⁸¹ Tämän lisäksi määräämisperiaatteeseen liittyi ne *eat judex ultra petita partium* -sääntö. Sillä Kallenberg tarkoitti asianosaisen valtaa vaatia tietynlaista tuomiota.⁸² Näin sekä väittämistaakka että vaatimistaakka johtuivat määräämisperiaatteesta.

Kallenberg veti rajan käsittelyperiaatteen ja määräämisperiaatteen välille erottamalla *tosiseikkoihin vetoamisen (åberopande) ja tosiseikkojen tuomisen oikeudenkäyntiin (införande)*.⁸³ Oikeudenkäyntiin oli tuotu (*införande*) tosiseikat, jotka mainittiin jonkin oikeudenkäynnissä olevan henkilön toimesta, jotka esiintyivät oikeudelle jätetyssä kirjelmässä tai jotka oikeus muiden olosuhteiden perusteella katsoi tuoduiksi. Kallenberg tarkoitti tosiseikkoihin vetoamisella (*åberopande*) sitä, että asianosainen vetosi tosiseikkaan vaatimansa aineellisoikeudellisen lopputuloksen perusteluna.⁸⁴ Tuomioistuin sai tutkia vain oikeudenkäyntiin tuotuja tosiseikkoja. Tämä oli ilmausta käsittelyperiaatteesta. Oikeussuojaa tuomioistuin sai antaa vain väitettyjen tosiseikkojen (*åberopande*) perusteella. Tämä oli ilmausta määräämisperiaatteesta.

Kallenbergin teoria erosi saksalaisista esikuvista, mutta sillä oli materiaalsen prosessinjohton osalta liittymäkohtia Granfeltin systematiikkaan. Kallenberg erotti käsittelyperiaatteen asianosaisen yksityisautonomiasta. Asianosaisen aineellisoikeudellisesta määräämisvallasta ei seurannut asianosaisen yksinoikeutta tosiseikastomateriaalin keräämiseen.⁸⁵ Tuomioistuimella oli käsittelyperiaatteesta huolimatta oikeus materiaalseseen prosessinjohtoon. Materiaalinen prosessinjohto oli ilmausta tutkintaperiaatteesta.⁸⁶ Kallenberg erotti siten käsittelyperiaatteen asianosaisen yksityisautonomiasta, jotta materiaalinen prosessinjohto voitiin liittää periaatesystematiikan osaksi. Näin Kallenberg kykeni kuvaamaan periaatteet yhtenäisenä systeminä.

Ekelöf oli (2) *tyytymätön myös saksalaisen oikeustieteen periaatesystematiikkaan*. Käsitteillä oli erilaisia merkityksiä ja toistensa korrelaattipareina käytettiin usein eri periaatteita. Jotkut tutkijat tulivat toimeen kahdella periaateel-

⁸⁰ Kallenberg s. 15.

⁸¹ Kallenberg s. 15.

⁸² Kallenberg s. 25.

⁸³ Kallenberg s. 12.

⁸⁴ Kallenberg s. 12–13.

⁸⁵ Kallenberg s. 41–42.

⁸⁶ Kallenberg s. 56.

la, mutta useimmat käyttivät neljää.⁸⁷ Monet menettelyn kannalta keskeiset prosessitoimet jäivät käsitteiden monipuolisuudesta huolimatta periaatesystematiikan ulkopuolelle. Esimerkiksi materiaallinen prosessinjohto kuvattiin saksalaisessa kirjallisuudessa poikkeukseksi käsittelyperiaatteesta tai sen rajoitukseksi.⁸⁸ Ekelöfin mielestä materiaallinen prosessinjohto oli uudenaikaisen prosessin kannalta niin keskeinen asia, ettei sen selittäminen poikkeukseksi jostakin riittänyt.⁸⁹

Ekelöfillä oli 3) *oikeusteoreettisena motiivina* saksalaisen periaatesystematiikan käsitelainopillinen perusta. Periaatteet selitettiin saksalaisessa oikeustieteessä inhimillisen järjen vaatimaksi tai asian luonteesta johtuvaksi systeemiksi, joka ohjasi prosessitoimintaa. Ekelöfistä sellaiset käsitteet olivat metafyyisiä. Ekelöf kritisoi sitä, ettei Pohjoismaissa ollut eri prosessilajien välillä niin suurta periaatteellista eroa kuin Saksassa. Siksi hän kysyi, voitiinko saksalaisia siviiliprosessioikeuden periaatteita yleensäkin käyttää vuoden 1734 lain mukaisessa oikeudenkäynnissä.⁹⁰ Periaatteilla ei voinut olla oikeustodellisuudesta irrallista itseisarvoa.

3.3.2.1 Ekelöfin menettelyperiaatteet

Ekelöfin teoriassa oikeudenkäynti muodostui prosessitoimista. Oikeudenkäynnin ulkoisen kulun ja asian aineellisen käsittelyn välillä ei ollut eroa. Oikeudenkäynnin aloittaminen, laajuuden määrittäminen ja päättäminen toteutettiin prosessitoimilla. Prosessitoimia ohjattiin lainsäädännöllä. Lain vaikutuspiirin ulkopuolelle jäävän »oikeuden» selittäminen ei ollut mielenkiintoista.⁹¹

⁸⁷ Ekelöf Grundbegrepp s. 228–229. Ekelöfin tavassa käyttää lähteitä on tältä osin havaittavissa dramatisointia, sillä jo viime vuosisadan lopulla saksalainen periaatesystematiikka oli yhtenäinen Wachin ja Schmidtin kirjoitusten vuoksi. Periaatekeskustelua käytiin 1800-luvun Keski-Euroopassa kuitenkin niin moniulotteisesti, että jälkipolvilla on käytettävissään kaikenlaisia periaatenäkemyksiä. Ekelöf on prosessioikeuden oppikirjoissaan olevissa periaate-esityksissä antanut selvästi enemmän myönnytyksiä Saksassa vallitsevalle käsitykselle. Ks. Ekelöf–Boman Rättegång I s. 51–67. Ehkä tähän on vaikuttanut hänen periaateteoriaansa vastaan esitetty kritiikki. Ks. siitä Larsson SvJT 1980 s. 580 ss.

⁸⁸ Ekelöf Grundbegrepp s. 252–253.

⁸⁹ Ekelöf Grundbegrepp s. 252–254.

⁹⁰ Ekelöf Grundbegrepp s. 256: »I svensk praxis före processreformen förekom det i växlande omfattning att rätten även i dispositiva tvistemål beaktade rättsfakta utan att dessa uttryckligen åberopats. Detta skulle anses medföra att äldre svensk rätt icke präglades av förhandlingsprincipen!»

⁹¹ Ekelöf Grundbegrepp s. 260.

Ekelöf selitti periaatteilla suuressa joukossa oikeussääntöjä vallitsevia säännönmukaisuuksia yksinkertaisella tavalla. Hän kuvasi periaatteilla (1) *niitä lain säännöksiä, jotka oikeuttivat tuomioistuimen toimimaan viran puolesta* ja (2) *niitä lain säännöksiä, jotka antoivat asianosaisille määräämisvallan oikeudenkäynnin aikana*.⁹² Saksalaisesta systematiikasta hän huomioi sen säännön, että määräämisperiaate ja käsittelyperiaate kuvasivat asianosaisen määräämisvaltaa (bestämmanderätt), kun taas virallisperiaate ja tutkintaperiaate olivat tuomioistuinperiaatteita. Ekelöf ei pitänyt tärkeänä, että asianosaisten ja tuomioistuimen välinen suhde selitettäisiin eri prosessin lajeissa eri periaatteilla. Hänen mielestään periaatteet eivät olleet joko/tai sääntöjä, vaan ne saattoivat vaikuttaa enemmän tai vähemmän asiasta ja prosessin lajista riippuen.⁹³

Ekelöfistä oli samantekevää, minkä nimisiä periaatteet olivat. Hän päätti kuitenkin käyttää traditionaalisia nimityksiä. Asianosaisten aktiivisuutta merkitsevien säännösten osalta hän mietti käsittelyperiaatteen ja määräämisperiaatteen käyttöä. Hän päätti käyttää *käsittelyperiaatetta* (förhandlingsprincipen) kuvatesaan kaikkia niitä säännöksiä, joiden perusteella asianosaisilla oli oikeus toimia oikeudenkäynnissä oma-aloitteisesti.⁹⁴ Ekelöf piti määräämisperiaatetta liian jyrkänä. Termi loi vaikutelman siitä, että asianosaisilla olisi ollut oikeus määrätä tuomioistuimen toiminnasta. Lainsäädäntö ei tukenut sellaista käsitystä.⁹⁵

Ekelöf harkitsi tutkintaperiaatteen (undersökningsprincipen tai inkvisitionsprincipen) ja virallisperiaatteen (officialprincipen) nimityksen käyttöä silloin, kun hän kuvasi tuomioistuinta velvoittavia säännöksiä. Hän päätti käyttää *virallisperiaatetta* kuvaamaan niitä säännöksiä, joiden perusteella tuomioistuin saattoi toimia oma-aloitteisesti.⁹⁶ Tutkintaperiaatetta hän piti inkvisitorista tutkintaa kuvaavana jäänteinä menneiltä ajoilta. Virallisperiaatteeseen hän sisällytti asianosaisia sitovien normien lisäksi myös tuomioistuimen prosessinjohtoa koskevat säännökset.⁹⁷

Ekelöf kehitti määräämisperiaatetta varten erityisen käyttöyhteyden, koska joskus saattoi olla tarvetta kahta periaatetta hienojakoisemmalle systematiikalle. *Määräämisperiaatteella* hän kuvasi niitä dispositiivisin normein säänneltyjä

⁹² Ekelöf Grundbegrepp s. 258. Hän halusi siis osoittaa periaatteilla lainsäätäjän tarkoittaman asianosaisten ja tuomioistuimen välisen työnjaon.

⁹³ Ekelöf Grundbegrepp s. 261: »Övergången från partsdrift till officialdrift innebär ej alls den radikala omdaning, som ändringarna i lagtexten ge intryck av.»

⁹⁴ Ekelöf Grundbegrepp s. 252, Virolainen Lainkäyttö s. 265: Periaate kuvaa ns. sallivia prosessinormeja.

⁹⁵ Ekelöf Grundbegrepp s. 263.

⁹⁶ Ekelöf Grundbegrepp s. 262.

⁹⁷ Virolainen Lainkäyttö s. 265.

kysymyksiä, joissa tuomioistuimen tuli tai se sai suorittaa prosessitoimen vain asianosaisen tai molempien määräyksestä.⁹⁸ Hän ei määritellyt määräämisperiaatetta vastaavaa tuomioistuinperiaatetta.

Vaikka määräämisperiaate oli Ekelöfin mukaan käsittelyperiaatteen osa, sen asema menettelyperiaatteena korostui, koska suurin osa menettelyyn liittyvistä prosessitoimista säänneltiin määräämisperiaatetta ilmentävillä säännöillä. Ekelöf liitti määräämisperiaatteeseen (1) asianosaisen vallan aloittaa oikeudenkäynti, (2) kiellon tuomita enemmän tai muuta kuin mitä asianosainen oli vaatinut ja kiellon perustaa tuomio muihin kuin niihin tosiseikkoihin, joihin asianosainen oli vedonnut (RB 13:4 ja 17:3). Myöskin (3) tunnustamisen sitovuus ja aloiteoikeus todistelun suhteen (RB 35:3 ja 6) liittyivät määräämisperiaatteeseen, samoin kuin (4) oikeudenkäynnin päättäminen sovinnon ja myöntämisen seurauksena tai asianosaisen poissaolosta johtuvalla yksipuolisella tuomiolla (RB 17:6, 42:18, 44:2 ja 4).⁹⁹ Ekelöf painotti kuitenkin, ettei määräämisperiaate merkinnyt täydellistä määräämisvapautta edes dispositiivisissa asioissa, sillä esimerkiksi todistusharkinta ja normin soveltaminen (rättstillämpning) olivat tuomioistuimen tehtäviä.¹⁰⁰

3.3.2.2 *Ekelöfin menettelyperiaatteiden vertailua saksalaiseen periaatesystematiikkaan*

Ekelöfin periaatteet erosivat monella tavalla saksalaisista synonyymeistä.¹⁰¹ (1) Ekelöf käytti periaatteita kuvaamaan tiettyjen säännösten yhteisiä piirteitä. Saksassa periaatteet olivat normeja, jotka vaikuttivat suoraan prosessitoimintaan. (2) Virallisperiaatteen ja käsittelyperiaatteen käyttöala oli Ekelöfillä laajempi kuin Saksassa. Ekelöf ei erottanut prosessin ulkoista kulkua riidan kohteesta tai tosiseikoista, vaan virallisperiaate kuvasi kaikkia niitä sääntöjä, jotka antoivat tuomioistuimelle oikeuden toimia viran puolesta ilman asianosaisen myötävaikutusta. Siksi myös materiaalin prosessinjohto oli virallisperiaatteen ilmentymä.¹⁰² Ekelöf kuvasi (3) käsittelyperiaatteella niitä sääntöjä, jotka vastaavasti oikeuttivat asianosaisen toimimaan omasta aloitteestaan. Merkitystä ei ollut sillä, koskiko normi oikeudenkäynnin ulkoista kulkua, riidan kohdetta vai tosi-

⁹⁸ Ekelöf Grundbegrepp s. 266, Virolainen Lainkäyttö s. 265.

⁹⁹ Ekelöf–Boman Rättegång I s. 62.

¹⁰⁰ Ekelöf–Boman Rättegång I s. 64.

¹⁰¹ Larsson SvJT 1980 s. 580 ss. moittiikin Ekelöfiä vakiintuneen käsitteistön hylkäämisestä.

¹⁰² Ekelöf Kompendium s. 62.

seikkoja.¹⁰³ Määräämisperiaatteella (4) oli myös erityismerkitys, joka poikkesi saksalaisesta systematiikasta.¹⁰⁴

Kuvio 5. Ekelöfin periaatesystematiikan yleispiirteet.

Virallisperiaate	Säännökset, jotka merkitsevät tuomioistuimen oikeutta toimia oma-aloitteisesti
Käsittelyperiaate	Säännökset, jotka merkitsevät asianosaisen oikeutta toimia oma-aloitteisesti
Määräämisperiaate	Säännökset, jotka merkitsevät asianosaisen oikeutta määrätä tietyn kysymyksen käsittelystä

Kuvio 6. Periaatteiden merkitykset saksalaisessa periaatesystematiikassa (S) ja Ekelöfin periaatesystematiikassa (E).

Määräämisperiaate	S: merkitsi Saksassa asianosaisen oikeutta ja velvollisuutta määrätä riidan kohteesta E: kuvasi Ekelöfin systeemissä niitä sääntöjä, joiden mukaan asianosaisella oli oikeus määrätä kysymyksen käsittelemisestä oikeudenkäynnissä
Käsittelyperiaate	S: merkitsi Saksassa asianosaisen oikeutta ja velvollisuutta määrätä oikeudenkäyntimateriaalista tosiseikkojen osalta E: kuvasi Ekelöfin systeemissä asianosaisiin kohdistettuja dispositiivisia normeja
Virallisperiaate	S: ei liittynyt Saksassa dispositiivisten asioiden periaatesystematiikkaan, koska se merkitsi tuomioistuimen oikeutta määrätä riidan kohteesta E: kuvasi Ekelöfin systeemissä tuomioistuimelle kohdistettuja normeja
Tutkintaperiaate	S: ei liittynyt Saksassa dispositiivisten asioiden periaatesystematiikkaan, koska se merkitsi tuomioistuimen oikeutta määrätä tosiseikastomateriaalin keräämisestä E: ei kuulunut Ekelöfin systeemiin
Virallistoimintoisuus	S: merkitsi Saksassa tuomioistuimen oikeutta määrätä oikeudenkäynnin ulkoisesta kulusta E: ei kuulunut Ekelöfin systeemiin

¹⁰³ Ekelöf Grundbegrepp s. 266.

¹⁰⁴ Larsson SvJT 1980 s. 580, 586–587.

Kuvio 7. Periaatesysteemien erot yksittäisten prosessitoimien kohdalla

	Saksalainen käsitys:	Ekelöfin käsitys:
väittämistaakka	käsittelyperiaate	määräämisperiaate
näyttötaakka	käsittelyperiaate	määräämisperiaate
vaatimistaakka	määräämisperiaate	määräämisperiaate
tunnustaminen	käsittelyperiaate	määräämisperiaate
myöntäminen	määräämisperiaate	määräämisperiaate
poissaolon vaikutus	määräämisperiaate	määräämisperiaate
sovinnon vaikutus	määräämisperiaate	määräämisperiaate
materiaalinen prosessinjohto	poikkeus käsittely- periaatteesta	virallisperiaate
juttujen yhdistäminen	virallistoimintoisuus	virallisperiaate
juttujen erottaminen	virallistoimintoisuus	virallisperiaate

3.3.3 Virolaisen periaatesystematiikka

Virolainen on omaksunut suurelta osin Ekelöfin periaatesystematiikan.¹⁰⁵ Sen kannalta on olennaista erottaa, (1) missä laajuudessa yhtäältä *asianosaiset* ja toisaalta *tuomioistuim* voivat vaikuttaa oikeudenkäynnissä prosessin kulkuun ja (2) missä määrin prosessisubjektit voivat *toisiaan sitovasti määrätä* oikeudenkäyntiaineistosta ja oikeudenkäynnin kulusta.¹⁰⁶

Virolainen käyttää *käsittelymenetelmää* ja sen vastinparia, *tutkimamenetelmää* kuvatessaan prosessisubjektien panosta ja toimia oikeudenkäyntiaineiston, lähinnä tosiasia-aineiston (tosiseikasto ja todisteet) hankkimisessa ja esittämisessä.¹⁰⁷ *Määräämisperiaatteen* hän katsoo olevan kyseessä silloin, kun asianosaisen suorittamat prosessitoimet ovat lain mukaan tuomioistuinta sitovia. Asianosaisen prosessitoiminta liittyy määräämisperiaatteeseen silloin, kun hän käyttää hyväkseen tahdonvaltaisen prosessinormin hänelle suomaa määräämisvaltaa.¹⁰⁸ Virolaisen periaatesystematiikan vertaaminen saksalaiseen periaatesystematiikka-

¹⁰⁵ Virolainen Lainkäyttö s. 265–266.

¹⁰⁶ Virolainen Materiaalinen s. 165.

¹⁰⁷ Virolainen Materiaalinen s. 167.

¹⁰⁸ Virolainen Materiaalinen s. 168.

kaan johtaisi samanlaiseen taulukointiin kuin Ekelöfin periaatesystematiikan yhteydessä.

3.3.4 Muita modifiointeja

Kirjallisuudessa on viime aikoina esitetty menettelyperiaatteista myös uudenlaisia näkemyksiä, jotka eivät ole erityisen systemaattisia eivätkä liity suoranaisesti aikaisempiin periaatesysteemeihin. Uusilla lähestymistavoilla on kuitenkin se vaikutus, että ne vähentävät liberalistisen periaatesystematiikan merkitystä ja tarjoavat välineitä perinteisen prosessikäsitteen kritisoimiseen.

Lindell käyttää käsitettä asianosaisautonomia (partsautonomi). Sillä hän kuvaa niitä prosessitoimia, jotka asianosainen voi tehdä omasta aloitteesta ja jotka sitovat tuomioistuinta.¹⁰⁹ Lindell antaa asianosaisautonomialle saman merkityksen kuin Virolainen ja Ekelöf antavat määräämisperiaatteelle. Virolainen käyttääkin asianosaisautonomiia määräämisperiaatteen synonyyminä.¹¹⁰ Asianosaisautonomialla on kansainvälisessä yksityisoikeudessa erilainen merkitys kuin prosessioikeudessa. Kansainvälisessä yksityisoikeudessa sillä tarkoitetaan asianosaisen oikeutta määrätä riidan ratkaisemiseen käytettävästä laista.¹¹¹

Virallistointitoisuus on käsite, jota käytetään ainakin kolmessa merkityksessä. Saksalaisessa merkityksessä virallistointitoisuus (Amtsbetrieb) tarkoittaa tuomioistuimen vastuuta oikeudenkäynnin ulkoisesta kulusta.¹¹² Tämän virallistointitoisuuden vastakohta on asianosaistointitoisuus (Parteibetrieb). Ellilä ja Tirkkonen tarkoittavat virallistointitoisuudella virallisperiaatteen ja tutkintamenetelmän yläkäsitettä.¹¹³ Westbergin käyttämä virallistointitoisuus (officialprövning) tarkoittaa tuomioistuimen toimintaa niiden intressien valvomiseksi, jotka laissa on määrätty tuomioistuimen valvottaviksi.¹¹⁴ Granfelt mieltää virallistointitoisuuden samalla tavoin kuin Westberg.¹¹⁵

¹⁰⁹ Lindell Partsautonomi s. 11.

¹¹⁰ Virolainen Alioikeusuudistus s. 93.

¹¹¹ Jänterä-Jareborg s. 41.

¹¹² Arens-Lüke s. 129–130.

¹¹³ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 88, Ellilä s. 131 alav. 5.

¹¹⁴ Westberg s. 36–37.

¹¹⁵ Granfelt Processledning s. 69.

3.4. YHTEISTOIMINTAPERIAATTEEN KEHITYS SAKSAN PROSESSIOIKEUDESSA

3.4.1 Siviiliprosessin tavoitteita koskenut keskustelu

Sosiaalinen prosessikäsitys nousi Saksassa esille 1950-luvulla alkaneessa siviiliprosessin tavoitteita ja päämääriä koskeneessa keskustelussa. Se kohdistui erityisesti tuomarin asemaan sekä tuomarin ja asianosaisten väliseen suhteeseen. Muutosvaatimukset kohdistuivat asianosaisskeskeisen oikeudenkäyntimenettelyn epäkohtiin. Keskustelussa vaadittiin yhteistoimintaa sekä suullisuus- ja keskitysperiaatteiden toteuttamista.¹¹⁶

Kleinin ajatukset muodostivat yhden keskustelun lähtökohdista. Sosiaalisella prosessikäsitksellä pyrittiin korvaamaan »liberaalis-individualistinen käsitys siviiliprosessista asianosaisten taisteluna». ¹¹⁷ Tuomarin tehtävänä ei nähty vain asianosaisten välisen riidan ratkaisemista, vaan aineellisen lainsäädännön tavoitteet nousivat määräävään asemaan. Ajateltiin, että oikeudenmukaisuus ei kehittynyt oikeuden tapauskohtaisesta analyysistä, vaan lainsäädännön tavoitteiden toteuttamisesta yksittäistapauksessa.¹¹⁸

Keskustelussa otettiin esille myös sosiologinen näkökulma eli prosessioikeuden normatiivisuus, tuomarin persoona ja sosiaalinen profiili.¹¹⁹ Keskustelussa ei siten vaadittu vain liberalistis-individualistisen prosessisäännösten uudistamista, vaan siinä osoitettiin epäkohtia myös juridisessa koulutuksessa,¹²⁰ tuomarien työskentelyasenteissa¹²¹ ja tuomioistuinlaitoksen kyvyssä tarjota riittävää oikeussuojaa.¹²² Siviiliprosessin *humanisoiminen* oli eräs tärkeimmistä vaatimuksista. Se oli eräänä pääteemana kansainvälisessä siviiliprosessioikeuden kongressissa Ken-tissä vuonna 1977 ja myös yksi teemoista vuonna 1983 pidetyssä seitsemännes-

¹¹⁶ Hahn s. 11, Baur JZ 1957 s. 143 ss., Pawlowski ZZP 80 (1967) s. 346–361, Baur s. 10 ss.

¹¹⁷ Baur JZ 1957 s. 193.

¹¹⁸ Baur JZ 1957 s. 195: »In diesem neuen Bereich hat der Richter nicht darüber zu entscheiden, wer Recht hat, sondern wie Recht wird – Recht wird in einem Lebensverhältnis, das nicht lediglich in seiner gegenwärtigen Situation analysiert, sondern in seiner künftigen Entwicklung gesichert werden soll.» Ks. myös Arndt NJW 1959 s. 8.

¹¹⁹ Gilles Effektivität s. 109.

¹²⁰ Wolf s. 74–76.

¹²¹ Nagel s. 54–58.

¹²² Pawlowski ZZP 80 (1967) s. 346, Baumgärtel Humane Justiz s. 24–25. Katso siitä myös Vereinfachungsnovelle (BT-Drucksache 7/2729 v. 5.11.1974) s. 32.

sä kansainvälisessä prosessioikeuden kongressissa Würzburgissa.¹²³ Siviiliprosessin humanisoimisella pyrittiin lisäämään kansalaisten luottamusta tuomioistuinelaitokseen. Luottamuksen uskottiin paranevan, kun asianosaisten tosiasiallinen yhdenvertaisuus pyrittiin turvaamaan muuttamalla prosessinjohto aktiivisemmaksi. Oikeussuojan saaminen pyrittiin tekemään yksinkertaiseksi, nopeaksi ja vaivattomaksi. Joustava asianosaisten palveleminen korostui.¹²⁴

3.4.2 ZPO:n yksinkertaistamisuudistuksen merkitys

a)

Saksassa säädettiin siviiliprosessin tavoitteita koskeneen keskustelun seurauksena vuonna 1976 laki siviiliprosessin yksinkertaistamiseksi ja nopeuttamiseksi (Gesetz zur Vereinfachung und Beschleunigung gerichtlicher Verfahren = yksinkertaistamisuudistus – Vereinfachungsnovelle). Lain uudistuksella pyrittiin 1) lisäämään tuomioistuimen toiminnan tehokkuutta, 2) nopeuttamaan oikeudenkäyntejä, 3) vähentämään pitkittyvän oikeudenkäynnin aiheuttamia haittoja ja 4) keskittämään oikeudenkäynnit.¹²⁵

Lainsäädäntötyö oli laaja. Asetettuja tavoitteita pyrittiin toteuttamaan (1) *keskittämällä oikeudenkäynti* ensimmäisessä ja toisessa instanssissa välittömäksi ja suulliseksi menettelyksi. Tähän liittyi *esivalmistelun* tehostamiseen tähtääviä toimia, *suullisuusperiaatteen* toteuttaminen pääkäsittelyssä ja erityisesti *asianosaisten prosessinjohtovelvollisuuden* korostaminen. Asianosaisten prosessinjohtovelvollisuuden korostaminen sai lainsäädäntötyön edetessä seurakseen vaatimuksen *tuomarin prosessinjohtovaltuuksien ja -velvollisuuksien lisäämisestä*.¹²⁶ Toi-

¹²³ Gentin kongressin alustukset on koottu kirjoihin Gilles (toim): *Humane Justiz*, Limburg 1977 ja Storme – Casman (toim): *Towards a Justice with a human face*, Kluwer 1978. Würzburgin kongressin alustukset ovat taas kirjoissa Gilles (toim): *Effektivität des Rechtsschutzes und verfassungsmässige Ordnung*, München 1983 ja Habscheid (toim): *Effektiver Rechtsschutz und verfassungsmässige Ordnung*, Bielefeld 1983. Humanisoimisvaatimuksesta on Suomessa kirjoittanut Möller Oikeus, demokratia, informaatio s. 178.

¹²⁴ Humanisoimisvaatimuksen ydinajatuksia on koonnut Pieper ZZP 91 (1978) s. 467: »Vorran nannte er (viittaa Faschingin esitykseen) die Stärkung des Vertrauens der Bevölkerung in die Funktion der Gerichte...Ein weiteres Gebot sei die Sicherung des Gleichgewichts der Streitparteien; hierzu könne ebenso etwa die Beseitigung des Anwaltzwanges wie eine aktivere Verfahrensleitung durch die Richter dienen ... Insbesondere komme es darauf an, dass der Weg des Bürgers zu seinem Recht einfach, kurz und ausgleichend gestaltet werde. Die Gerichte sollten sich als »Service-Stellen« für die Bürger verstehen und den Rechtsuchenden den Zugang zur Gerechtigkeit möglichst erleichtern.»

¹²⁵ Vereinfachungsnovelle (BT-Drucksache 7/2729) s. 33.

¹²⁶ Oikeusvaliokunnan lausunto 6 (Vereinfachungsnovelle, BT-Drucksache 7/5250 v.

saalta tavoitteita pyrittiin toteuttamaan 2) lisäämällä yhden tuomarin istuntojen käyttöä ja (3) säätämällä tuomiot viran puolesta annettaviksi. Tällä uudistuksella poistettiin jo käytännössä merkityksettömäksi jäänyt asianosaisten velvollisuus osallistua tuomion julistamisen menettelyyn. Myös (4) lainvoimaa vaille olevien tuomioiden täytäntöönpanoa tehostettiin, samalla, kun uudistettiin yksipuolista tuomiota ja summaarista menettelyä koskevia säännöksiä.¹²⁷

b)

ZPO 278 § Abs. III:n uudistaminen muodostui yhteistoimintaperiaatteen ja tuomarin roolin kannalta tärkeimmäksi uudistukseksi.¹²⁸ Säännös ei kuulunut alkuperäiseen lakiehdotukseen (liittohallituksen Bundesregierung esitys), vaan se lisättiin siihen vasta liittopäivien (Bundestag) oikeusvaliokunnassa (Rechtsausschuss).¹²⁹

Säännöstä pidettiin tarpeellisena, koska 1) sillä oli tärkeä merkitys uudistuksen tavoitteiden mukaisen oikeudenkäyntimenettelyn muodostamisessa, 2) uudistuksen tavoitteita ei voitu toteuttaa vain keskittämällä oikeudenkäynti instanssien välillä, vaan lisäksi oli edellytettävä mahdollisimman hyvää asian käsittelyä jo ensimmäisessä asteessa, 3) uudistuksen tavoitteiden saavuttamiseen ei riittänyt se, että vain asianosaisten prosessinjohtovelvollisuutta painotettiin, vaan samalla oli huolehdittava siitä, että tuomioistuin osallistui aktiivisesti asian selvittämiseen ja 4) yllättävien tuomioiden välttäminen oli syytä kirjata lakiin. Yllättävien ratkaisujen kielto toteutettiin siten, että tuomioistuimelle asetettiin velvollisuus varata asianosaisille mahdollisuus lausua kaikista esille tulleista asia- ja oikeuskysymyksistä.

Asia meni liittopäiviltä vielä välitysvaliokuntaan (Vermittlungsausschuss), joka säilytti mainitun säännöksen laissa ja perusteli sen säätämistä seuraavasti:

21.5.1976) s. 8–9: »Ein so konzipiertes Verfahren verlangt neben der Beachtung der Prozessförderungspflicht durch die Parteien, dass auch von seiten des Gerichts alles unternommen wird, um dieses Ziel zu erreichen.«

¹²⁷ Näistä uudistustavoitteista yksityiskohtaisesti katso *Vereinfachungsnovelle* (BT-Drucksache 7/2729) s. 32–39.

¹²⁸ Lopullisessa muodossaan tuo momentti kuuluu: »Auf einen rechtlichen Gesichtspunkt, der eine Partei erkennbar übersehen oder für unerheblich gehalten hat, darf das Gericht, soweit nicht nur eine Nebenforderung betroffen ist, seine Entscheidung nur stützen, wenn es Gelegenheit zur Äusserung dazu gegeben hat.« Vapaasti suomennettuna: Tuomioistuimen tulee selittää asianosaisille käsitystään sellaisesta sen mielestä relevantista oikeudellisesta näkökohdasta, johon asianosaisen havaitaan suhtautuneen ylimalkaisesti tai epätäydellisesti. Tämä velvollisuus ei koske sivuvaatimuksia.

¹²⁹ *Vereinfachungsnovelle* (BT-Drucksache 7/5250) s. 8–9.

- 1) Säännöksellä vähennettiin yllättävien ratkaisujen vaaraa.
- 2) Oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä koskeva perusoikeus (Recht auf rechtliches Gehör) tuli näkyvästi kirjatuksi lakiin.
- 3) Keskustelu asianosaisen ja tuomioistuimen välillä lisääntyi ja kohdistui asiassa olennaisiin asioihin.

Keskustelua koskeva tavoite konkretisoitiin *tuomioistuimen neuvontavelvollisuutena* (Hinweispflicht). Se merkitsi sitä, että asianosaisilla oli oikeus luottaa siihen, että he voivat oikeudenkäynnin kuluessa tarkentaa aiemmin epätarkasti tai ylimalkaisesti esittämiään tosiseikkoja ja että kaikki asian ratkaisemisen kannalta relevantit oikeuskysymykset tulivat keskustelun kohteeksi.¹³⁰ Liittovaltiopäivät hyväksyi lakiesityksen niin, että Vereinfachungsnovelle tuli voimaan 1.7.1977.¹³¹

3.4.3 Yhteistoimintaperiaatteen käsitteen muotoutuminen

Bettermann esitteli jo vuonna 1972 yhteistoimintaperiaatteen (Kooperationsmaxime) käsitteen, jolla hän yhdisti sosiaalista siviiliprosessia, siviiliprosessin humanisoimista sekä tuomarin ja asianosaisten aktiivista vuorovaikutusta koskevat tavoitteet.¹³² Yhteistoimintaperiaate liitettiin yksinkertaistamisuudistusta seuranneessa keskustelussa sekä ZPO 278 § Abs. III:n että jo vanhemman ZPO 139 §:n soveltamisohjeeksi ja tausta-arvoksi.¹³³ ZPO 139 § sääti tuomarin velvollisuudesta huolehtia sopivilla kysymyksillä ja tarvittaessa asia- ja oikeuskysymyksiä selittämällä siitä, että asianosaiset toivat tosiseikat täydellisesti esille ja tekivät asiallisesti niihin liittyvät vaatimukset (Frage- und Hinweispflicht).

Uudistus merkitsi sitä, että yhteistoimintaperiaate sai kiinnepohdan voimassaolevassa laissa. Sen seurauksena sosiaalista prosessikäsitelyä kuvastavat näkemykset systematisoituivat ja jäsenyivät. Keskustelussa ryhdyttiin käyttämään

¹³⁰ Vältysvaliokunnan lausunto, Vereinfachungsnovelle (BR-Drucksache 386/76 v. 25.6.1976) s. 1–2.

¹³¹ Vereinfachungsnovelle, Bundesgesetzblatt 1976 Teil I Nr. 141 s. 3312, Prütting NJW 1980 s. 361.

¹³² Bettermann JBl. 1972 s. 63 ja Arens ZZP 96 (1983) s. s. 19: »..., den der Kooperationsmaxime ersetzt werden, den Bettermann zuerst gebraucht hat.« Ks. myös Bettermann ZZP 91 (1978) s. 391 ja Gilles AcP 177 (1977) s. 202–204.

¹³³ ZPO:n muuttuneista tavoitteista kirjoittaa Stürner Festschrift für Baur s. 657: »Das gesetzliche System der ZPO geht indessen (139 §:n ja 278,3 §:n laajuudessa) eindeutig von den wesentlichen Elementen der Verhandlungsmaxime aus, legt aber dem Richter... Hilfspflichten zur Unterstützung schlecht prozedierender Parteien auf und schützt die gut prozedierende Partei vor unabsehbaren Überraschungen....«

yhteistoimintaperiaatteen käsitettä.¹³⁴ Vähitellen muodostui yhteistoimintaperiaatetta tutkiva ja kehittävä koulukunta, jota voidaan kutsua *vaihtoehtoiseksi koulukunnaksi*. Koulukunnan perusteokseksi muodostui Wassermannin vuonna 1978 kirjoittama »Der soziale Zivilprozess». Hän liitti yhteistoimintaperiaatteen (1) Franz Kleinin sosiaalisen prosessikäsityksen, (2) ajatuksen humanista siviili-prosessista ja (3) vaatimuksen keskusteleavasta tuomarista. Hän osoitti, että ne yhteiskunnalliset rakenteet, joiden varaan liberalistinen prosessikäsitys oli rakennettu, olivat sadan vuoden kuluessa muuttuneet, minkä lisäksi lain muutoksilla oli murennettu määräämis- ja käsittelyperiaatteiden arvoperustaa.¹³⁵ Perinteinen periaatesystematiikka ei vastannut muuttunutta oikeudenkäyntimenettelyä.¹³⁶

3.4.4 Yhteistoimintaperiaatteen keskeiset tavoitteet

Vaihtoehtoisen koulukunnan ajatukset kodifioitiin vuonna 1987 julkaistuun ZPO:n vaihtoehtokommentariin.¹³⁷ Yhteistoimintaperiaatteen taustalla oli *sosiaalinen prosessikäsitys*. Jokainen oikeudenkäynti oli sosiaalinen tosiasia ja kuvasi sosiaalista intressikonfliktia.¹³⁸ Yhteiskunnan kannalta ei ollut yhdentekevää, millaisia tuomioita siviiliasioissa tehtiin, koska oikeudenkäynnin tavoitteena oli vähentää yhteiskunnassa vallitsevia ristiriitoja.¹³⁹ Ristiriitojen vähentäminen edellytti yhteiskunnan sosiaalipoliittisen ohjelman toteuttamista myös riita-asoiden ratkaisemisessa.¹⁴⁰ Nämä ajatukset esitettiin varsin jyrkästi vielä 1970-luvulla. Ne merkitsivät vähintäänkin sitä, ettei siviili-prosessia nähty asianosaisten yksityisautonomiaan kuuluvana asiana, vaan asiana, johon liittyi yhteiskunnallinen

¹³⁴ Wassermann s. 109: »Andererseits soll nicht verkannt werden, dass die Maximenbildung nicht bloss ein intellektuelles Spiel ist, sondern dass auf diese Weise Orientierungspunkte gesetzt werden. Deshalb soll hier ein Vorschlag gemacht werden, der eine Brücke zwischen den sich gegenüber stehenden Auffassungen schlagen könnte. Wir sagten oben, dass das Prozessmodell des sozialen Rechtsstaats durch den Begriff Arbeitsgemeinschaft charakterisiert wird. Dieses Zusammenwirken zwischen dem Gericht und den Parteien kann man auch Verhaltens-tendenz formulieren und in eine Maxime zusammenfassen, für die sich die Bezeichnung Kooperationsmaxime empfiehlt.» Ks. myös Arens s. 10: »Aus dem Begriff des sozialen Rechtsstaates, der sozialen Funktion der Prozesse will Bettermann zur Synthese zwischen richterlicher Aufklärung und Verhandlungsmaxime gelangen; er nennt diesen Grundsatz Kooperationsmaxime.»

¹³⁵ Wassermann s. 35, 37, 54–64.

¹³⁶ Wassermann s. 86–89.

¹³⁷ Ks. *Alternativkommentar*.

¹³⁸ Klein–Engel s. 187, *Alternativkommentar* s. 24, Hahn s. 73–75.

¹³⁹ *Alternativkommentar* s. 25.

¹⁴⁰ Wassermann s. 54.

intressi.¹⁴¹ Tämän vuoksi vaadittiin määräämisperiaatteen hylkäämistä.¹⁴² Vaihtoehtoisen koulukunnan vallankumoukselliset¹⁴³ vaatimukset pehmenivät 1980-luvulla käydyssä keskustelussa. Vaihtoehtokommentaarissa yhteistoimintaperiaate esitettiin jo enemmän konkreettisenä yhteistoimintana, joka ei ollut riippuvainen asianosaisten ja tuomioistuimen välisestä vastuunjaosta.¹⁴⁴ Tältä osin saksalaisessa keskustelussa viitattiin myös Ekelöfin teorioihin.¹⁴⁵

Käsittelyperiaatteen korvaaminen yhteistoimintaperiaatteella oli myös keskeisenä tavoitteena. Vaihtoehtoinen koulukunta piti jokseenkin selvänä, että sosiaalinen prosessikäsitys kumoaisi määräämisperiaatteen. Siksi keskustelussa ei paneuduttu määräämisperiaatteeeseen. Yhteistoimintaperiaate muotoiltiin niin, että käsittelyperiaate kumoutuisi. Käsittelyperiaatehan merkitsi saksalaisessa oikeudessa asianosaisen tahdonvapautta tosiseikastomateriaalin esittämisessä. Tuomioistuin oli passiivinen tosiseikkoja koskevassa keskustelussa. Vaihtoehtoinen koulukunta pyrki osoittamaan lainvastaiseksi perinteisen tehtävien jaon, jossa asianosaisilla oli yksinoikeus tosiseikastomateriaalin hankinnassa ja tuomioistuimella monopoli oikeuskysymyksissä.¹⁴⁶

3.5 SOSIAALISET ARVOT SUOMALAISESSA SIVILIPROSESSISSA

3.5.1 Oikeudenkäyntimenettelyn historia

Prosessikäsitksemme sosiaalisuuden perusta on *käräjien* alkuhistoriassa. Ruotsin maakunnat muodostuivat noin vuoteen 900-1000 jKr. tultaessa.¹⁴⁷ Niiden tärkeät

¹⁴¹ Wassermann s. 55.

¹⁴² Wassermann s. 55: »Ob die Parteien ihre Rechtsstreitigkeiten vor Gericht bringen wollen oder nicht, steht ihnen frei. Wenn sie aber die Hilfe des Gerichts in Anspruch nehmen, so haben sie das unter Berücksichtigung der Aufgabe des Prozesses zu tun, den entstandenen Konflikt so gerecht und so rasch als möglich zu beseitigen. Für die Struktur des Prozesses bedeutet dies den Abschied von der unbedingten Parteiherrschaft über Prozessverlauf und Prozessstoff, wie sie den liberalen Prozess bestimmt hatte.»

¹⁴³ Vallankumouksellisuudella voi olla perustaakin, sillä koulukunnalla oli esikuvana paitsi korostetusti käytetty Itävallan siviiliprosessi myös ainakin DDR:ssä julkaistua kirjallisuutta. Ks. esimerkiksi Hahn s. 39.

¹⁴⁴ Alternativkommentar s. 26.

¹⁴⁵ Wassermann s. 62.

¹⁴⁶ Hahn JA 1991 s. 320, Schreiber Juristische Ausbildung 1989 s. 87, Schreiber Juristische Ausbildung 1988 s. 191, Herr DRiZ 1988 s. 57, Schmidt E. DRiZ 1988 s. 59, Birk NJW 1985 s. 1489.

¹⁴⁷ Kehityksestä kirjoittaa Forsman s. 32: »Useat toisiansa lähellä olevat suvut muodostivat sukukunnan (här), ..., joka omisti itselleen eri alueen, hundarin eli häradin (kihlakunta).

asiat ratkaistiin maakunnan käräjillä.¹⁴⁸ Tärkeisiin asioihin kuului myös riitojen ratkaiseminen. Käräjiä johti kärjäkansan valitsema *laamanni* (lagman). Hänen tehtävänsä oli *koota, kehittää* ja maakunnan tuomarina *soveltaa ja tulkita* käräjien istumisen myötä syntyneitä *tapaoikeutta*.¹⁴⁹ Koska laamannin täytyi vuosittain selittää oikeussääntöjen sisältö kärjäkansalle, tavaksi tuli muokata säännöt runomittaan säkeinä (flockar) ja kaarina (balkar).¹⁵⁰ Muistin vahvistajana toiminut runomitta korvattiin vähitellen kirjoittamalla *oikeustavat laiksi*. Maakuntalait syntyivät.¹⁵¹

Laamannit olivat aluksi sekä (1) *kärjäkansan itselleen valitsemia tuomareita* että (2) *oikeusyhteisön edusmiehiä* suhteessa kehittyvän valtion vallanpitäjiin.¹⁵² Käräjiä johtaessaan laamanni oli sidottu kansan oikeustajuun.¹⁵³ Lakia ei ollut. Ratkaisujen oli tyydyttävä ne oikeusturvaodotukset, jotka pienessä oikeusyhteisössä kohdistuivat käsiteltävään asiaan. Maakunnan käräjillä syntyneet *oikeustavat muodostivat maakuntalakien ja myöhempien maanlakien keskeisen sisällön*. Oikeustapojen merkitys oli vielä 1600-luvullakin niin suuri, että karo-liinien itsevaltiuden aikana valmisteltuun vuoden 1734 lain oikeudenkäymiskaa-reen otettiin sääntö (OK 1:11), joka velvoitti tuomaria pitämään *maan tapaa* ohjeena tuomitsemistoiminnassa.¹⁵⁴ Tuomarin sosiaalisella roolilla on siis kaukai-nen kiinnekohta käräjien alkuhistoriassa.¹⁵⁵

Maakuntalakien aikaan laamanni sai ilmeisesti auktoriteettinsa lähinnä oikeus-yhteisöltä. Hän myös puolusti oikeusyhteisön intressejä ulkopuolisia vastaan.¹⁵⁶

Useat hundarit, jotka olivat keskenänsä yhdistetyt heimolaisuuden siteillä, muodostivat rau-haliiton yhteisen turvallisuuden voimassa pitämiseksi. Siitä syntyi maakunta.»

¹⁴⁸ *Letto-Vanamo* LM 1993 s. 1001.

¹⁴⁹ *Forsman* s. 37, 40, *Pajula* s. 15, *Letto-Vanamo* LM 1993 s. 1002: Laamanni ei tuo-minnut yksin vaan lautakunnan kanssa. Vaikuttaa siltä, ettei tuomiovalta johtunut laamannin auktoriteetista, vaan lautakunnan legitimitetistä.

¹⁵⁰ *Forsman* s. 41–42, *Pajula* s. 16, *Munktel* s. 13–15.

¹⁵¹ *Schlyter* s. 117–118, *Letto-Vanamo* LM 1993 s. 997.

¹⁵² *Forsman* s. 37, *Letto-Vanamo* LM 1993 s. 1006–1007.

¹⁵³ Vrt. Ylikangas LM 1993 s. 1146.

¹⁵⁴ *Letto-Vanamo* LM 1993 s. 997, *Wrede* I s. 12. Wrede kirjoitti vielä vuonna 1894 maan tavan merkityksestä JFT 1894 s. 364: »Men ehuru lagens stadgande (OK 1:11–SL) i detta af-seende är fullkomligt tydligt, har likväl en rättssedvänja stundom visat sig vara stark nog att göra sig gällande äfven emot skrifven lag. Vanligen har detta skett i den form, att något lagstad-gande, som icke mer motsvarar det allmänna rättsmedvetandet, upphört att tillämpas.» Ks. myös *Brusiin* s. 7–8 ja *Granfelt* Valda juridiska Uppsatser 1944b s. 65. Vrt. *Klamin* kirjoitukseen paikallisista oikeustavoista DL 1986 s. 159, 165–167.

¹⁵⁵ Maakunta- ja maanlakien merkityksestä Suomessa ks. *Klami* Jus Finnonicum s. 30–32, 41–44, 50 ss.

¹⁵⁶ *Forsman* s. 38 on suomentanut vuonna 1219 kirjoitettua tekstiä: »Kussakin maanosas-

Kun kuningas alkoi keskiajalla nimittää tuomarit, tämä tehtävä siirtyi lautakunnalle. Samalla tuomarin rooli muuttui olennaisesti.¹⁵⁷

3.5.2 Lainsäädäntöhankkeiden tausta-arvot

Myös toinen sosiaalisen prosessikäsityksen peruste liittyy historiaan. Franz Kleinin teoria ja Itävallan siviiliprosessilaki vaikuttivat vuosisadan vaihteessa uudistettuihin pohjoismaisiin prosessilakeihin.¹⁵⁸ Itävallan uutta lakia käytettiin myös Wreden komiteassa.¹⁵⁹ Lainvalmistelukunta, joka jatkoi Wreden komitean työtä, sisällytti vuonna 1909 valmistuneeseen ehdotukseensa monia Itävallan siviiliprosessilaissa toteutettuja uusia menettelymuotoja, kuten käsittelyn suullisuuden ja välittömyyden, vapaan todistusharkinnan ja tuomarin prosessinjohtovalan. Monia uudistuksia perusteltiin ainakin osaksi sosiaalisilla syillä.¹⁶⁰

Siviiliasoiden oikeudenkäyntimenettelyä koskeneen lakiehdotuksen 177 § mahdollisti suullisen haasteen käräjäoikeudessa. *Lainvalmistelukunta 1909* s. 173 totesi siitä seuraavaa: »Meidän monessa suhteessa vielä kehittymättömät olomme ja ainakin muutamilla seuduilla vallitseva ammattitaitoisen oikeudenkäyntiavustuksen puute vaativat näet mahdollisimman suurta yksinkertaisuutta niissä toimissa, jotka käyvät tuomioistuimessa tapahtuvan käsittelyn edellä.»

Wreden komitea piti vielä esikuvana saksalaista asianajajapakkoa.¹⁶¹ Lainvalmistelukunta luopui siitä.¹⁶² Se perusteli näkemystään mm. seuraavasti (s. 140): »Kihlakunnanoikeuksissa tulisivat kai asianosaiset edelleenkin itse ajamaan asiatansa, mutta tulee arvatenkin kuten tähänkin saakka samalla löytymään henkilöitä, jotka valtuusmiehinä ammattimaisesti avustavat asianosaisia.»

Lainvalmistelukunta ehdotti muutoksia haastamismenettelyyn myös seuraavin perustein s. 177: »Näiden seutujen asujamistolla olisi nimittäin,

sa on olemassa maankäräjät ja oma laki monessa suhteessa; jokaisen lain yli on yksi laamanni ja hän vallitsee ylinnä talonpoikien kanssa, sillä mitä hän sanoo, pitää olla lakina. Mutta jos kuningas tahi jaarli tahi piispat kulkevat maan läpi ja pitävät käräjiä talonpoikien kanssa, silloin vastaa laamanni talonpoikien puolesta; ja häntä seuraavat kaikki, niin että mahtimiehet tuskin uskaltavat tulla heidän käräjiinsä, elleivät talonpojat ja laamanni anna siihen lupaa.»

¹⁵⁷ *Letto-Vanamo* LM 1993 s. 1002–1004. Kuninkaan tuomioistuinten kehityksestä kirjoittaa *Ylikangas* LM 1993 s. 1147–1148. Tuomarinvirkojen luonteen muuttumisesta 1500-luvulla ks. *Blomstedt* s. 40 ss.

¹⁵⁸ *Möller* Oikeus, demokratia, informaatio s. 172.

¹⁵⁹ *Wreden komitean mietintö* I s. 46–47. Myös *Jusélius*, joka oli Wreden komitean jäsen, kirjoitti itävaltalaisen tuomarin roolista JFT 1895 s. 13.

¹⁶⁰ *Nousiainen* s. 514–521.

¹⁶¹ Wreden komitean ehdotukset julkisista asianajajista ja sitä koskevat perustelut ks. *Wreden komitean mietintö* s. 216.

¹⁶² *Lainvalmistelukunta 1909* s. 139.

osaksi huonoista taloudellisista oloista, osaksi yritteliäisyyden puutteesta johtunut, syvästi juurtunut tapa selvittää yksinkertaisintakin laatua olevat välit ottamalla haaste kärkeen, minkä jälkeen asianosaiset käräjään alussa tapaavat toisensa käräjäpaikalla kaikkein useimmissa tapauksissa sopiakseen välistänsä.»

Lainvalmistelukunta perusteli tuomarin aktiivista prosessinjohtovelvollisuutta seuraavasti s. 181-183: »Ei voitaisi edellyttää, että kyky suullisessa esityksessä selvästi tehdä selkoa asiasta kaikkine siihen kuuluvine syineen ja asianhaaroineen vielä pitkään aikaan tulisi yleiseksi, ...Seurauksena siitä, että asianosaisille on annettu oikeus ... itse ajaa asiatansa oikeudenkäynnissä, ..., niin oikeus voi määrätä että hänellä tulee olla kykenevä henkilö avustajana oikeudenkäynnissä.»

Suomalaisessa siviiliprosessissa sosiaalisuus on tarkoittanut *oikeusyhteisön ja oikeuskulttuurin erityispiirteiden huomioimista* eikä niinkään sosialistista ajattelua.¹⁶³ Myös Franz Kleinin teoria oli poliittisesti maltillinen. Ehkä se teki siitä Suomessakin käyttökelpoisen.¹⁶⁴ Oikeuskulttuurimme erityispiirteisiin kuuluva asianajajakakon puuttuminen taas oli syynä siihen, että *käsittelymenetelmä (käsittelyperiaate)* modifioitiin: oli käytännön pakko antaa tuomarille laaja prosessinjohtovalta myös asiakysymyksissä.¹⁶⁵

3.5.3 Perusoikeusuudistus

Perusoikeusuudistus tarjoaa uuden perusteen sosiaaliselle prosessikäsitteelle. Perusoikeusajatteluun kuuluu kaksi näkökulmaa. Perusoikeudet ovat joko

¹⁶³ *Honkasalo* DL 1924 s. 305–306, 312. Vrt. keski-eurooppalaiseen ajatteluun *Bettermann* JBl. 1972 s. 63, *Menger* s. 22. Sosialistisesta siviiliprosessista ja sen vaikutuksista on viime aikoina ilmestynyt uutta tietoa. Ks. *Kengyel ja Kengyel* Osteuropa Recht 1993. Suomessa liittyi 1970-luvun alussa lainvalmisteluun ajatuksia, joiden esikuva oli kansandemokratioissa. Näitä ajatuksia olivat mm. tuomarin virkojen muuttaminen määräaikaikaisiksi ja eduskunnan nimitysvalta (*Valtioneuvoston selonteko* s. 990) ja tuomioistuimen nykyisen kaltaisesta riippumattomuudesta luopuminen (*Oikeuslaitostuomikunta* s. 72 ss.). Samalla täytyy kuitenkin huomata, että valtioneuvoston selonteko oli tavallaan alioikeusuudistuksen peruskivi. Suurin osa siinä ehdotetuista muutoksista on toteutettu alioikeusuudistuksen yhteydessä. Ks. asiasta myös *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 367.

¹⁶⁴ *Honkasalo* DL 1924 s. 305: »Syynä siihen, että Itävallan ... siviiliprosessilaki on voinut siinä määrin tyydyttää Itävallan kansan oikeussuojantarvetta, että ... ei ainoastaan oikeusoppineitten, asianajajien ja tuomarien vaan myöskin korporatioonien, kauppiaitten ja muitten elinkeinonharjoittajain taholta todettiin, ettei laki ole uudistamisen tarpeessa, on usein mainittu ... myöskin sitä seikkaa, että maaperä Itävallan tuomarien ja asianajajien keskuudessa oli kypsytetty lain vastaanottamista varten...» Kleinin ajattelun maltillisuudesta kirjoittaa myös *Bettermann* JBl. 1972 s. 63.

¹⁶⁵ Saksassakin ollaan useiden lainuudistusten jälkeen päätyvässä samaan lopputulokseen. Ks. *Münchener Kommentar I* s. 34–35.

(1) *vapausoikeuksia*, joilla rajoitetaan liberalistisen ajattelun mukaisesti julkisen vallan vapaata toimintapiiriä, tai ns. (2) *positiivisia perusoikeuksia*, joiden toteuttaminen edellyttää julkiselta vallalta aktiivisia toimia.¹⁶⁶ Meillä HM 5 §:n takaama kansalaisten yhdenvertaisuus lain edessä on ollut vapausoikeus. Sellaiseksi on tarkoitettu myös uuteen HM 16 §:ään kirjoitettu oikeus »oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin». ¹⁶⁷ Käsitteellisesti säännös vastaa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan käsitettä. Ihmisoikeussopimuksessa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteuttamiseksi. ¹⁶⁸ Ei nimittäin riitä, että oikeus toteutuu, vaan tuomioistuinten pitää näkyvästi osoittaa, että se toteutuu. ¹⁶⁹ Tähän on alettu kiinnittää oikeuskäytännössä huomiota. ¹⁷⁰

Perusoikeusuudistus merkitsee sitä, että asianosaisella on oikeus odottaa, että tuomioistuin takaa hänelle aktiivisella toiminnallaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin. ¹⁷¹ Ero perinteiseen ajatteluun on selvä. *Tuomioistuimen passiivisuus ei toteuta oikeudenmukaista oikeudenkäyntiä eikä se riitä, että huolehditaan vain asianosaisten muodollisesta yhdenvertaisuudesta.* Sosiaaliseen prosessikäsitukseen kuuluva tuomioistuimen aktiivisuus tulee perustuslaissa säädetyksi arvoksi ja tavoitteeksi. Samoja tavoitteita palveleva sääntö on kirjoitettu myös Saksan perustuslakiin (103 artikla): *Recht auf rechtliches Gehör.*

3.5.4 Integraation vaikutus

Vuonna 1990 Euroopan yhteisöjen komissio asetti asiantuntijatyöryhmän valmistelevaan ehdotusta Euroopan yhteisöjen jäsenmaiden siviiliprosessilaiksi. Tämä oli seurausta Euroopan neuvoston ministerikomitean (der Ministerrat des Europarats) vuonna 1984 tekemästä suosituksesta, jossa kaavailtiin tulevan eurooppalaisen siviiliprosessioikeuden tavoitteita. ¹⁷² Komission asettaman työryhmän

¹⁶⁶ *Perusoikeuskomitea* s. 50–52 ja 61. Positiivisia perusoikeuksia ovat perinteisesti taloudelliset, sosiaaliset ja sivistykselliset oikeudet. Viime aikoina tämä kahtiajako vapausoikeuksiin ja TSS-oikeuksiin on hämärtnyt, sillä monet vapausoikeudetkin edellyttävät toteutuakseen julkisen vallan aktiivista toimintaa. Ks. *Perusoikeuskomitea* s. 117–118, *Perusoikeustyöryhmä* 1992 s. 37–41, *HE 309/93 vp.* s. 1, 72–74 ja *PeVM 25/1994 vp.* s. 3–4.

¹⁶⁷ *Perusoikeuskomitea* 1992 s. 90. Vrt. *Perusoikeustyöryhmä* 1992 s. 41 ja *HE 309/93 vp.* s. 21 ja 92: 16 §.

¹⁶⁸ *Lappalainen Alioikeusuudistus* s. 19, *HE 309/93 vp.* s. 74.

¹⁶⁹ *Virolainen DL* 1993 s. 266, *HE 309/93 vp.* s. 15.

¹⁷⁰ Ks. KKO 1991:84, KKO 1992:73, KKO 1992:140.

¹⁷¹ *Perusoikeuskomitea* s. 52, *Perusoikeustyöryhmä* 1992 s. 40–41, *HE 309/93 vp.* s. 73–74 ja *PeVM 25/1994 vp.* s. 3–4, 11, 28.

¹⁷² Ks. näistä varhaisvaiheista *Prütting LM* 1992 s. 749.

tavoitteena oli laatia mallilaki eurooppalaiseksi siviiliprosessilaiksi, mutta se ei saavuttanut täysin tavoitettaan.¹⁷³ Työryhmä jätti kuitenkin vuoden 1993 alussa komissiolle mietintönsä, jossa se (1) kokosi eurooppalaisen siviiliprosessioikeuden arvoja ja tavoitteita ja (2) teki runsaasti yksityiskohtaisia ehdotuksia eurooppalaisen siviiliprosessilain sisällöksi.¹⁷⁴

Tärkeimpänä eurooppalaisen siviiliprosessioikeuden tavoitteena työryhmä piti oikeussuojan saavutettavuutta eli asianosaisten *tosiasiallista yhdenvertaisuutta* oikeuksiinsa pääsyssä (access to justice).¹⁷⁵ Tämä on myös yksi sosiaalisen prosessikäsityksen keskeisistä tavoitteista. Työryhmä korosti, että tuomioistuin on monesti kansalaisille viimeinen tai ainoa keino puolustaa oikeuksiaan yhteiskunnallisesti vahvempia instituutioita vastaan: sanottu koskee esimerkiksi kansalaisen ja valtion, aviopuolisoiden, lasten ja vanhempien, työntekijän ja työnantajan, kuluttajan ja elinkeinonharjoittajan, potilaan ja lääkärin tai jalankulkijan ja liikenteenharjoittajan välisiä riitoja.¹⁷⁶ Tuomioistuinten ensisijainen tavoite on sen vuoksi suojella Euroopan kansalaisia ja tarjota heille eri maissa samanlaiset mahdollisuudet päästä oikeuksiinsa (equal access to justice).¹⁷⁷

Työryhmä piti toisena tärkeänä tavoitteena *oikeudenkäyntimenettelyn määrämuotoisuuden vähentämistä*. Se kannatti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen tulkintakäytäntöä, jossa korostuu asianosaisten aineellisoikeudellisten intressien suojaaminen. Menettelyvirheen perusteella voitaisiin oikeussuoja kieltää vain silloin, kun menettelyvirhe estää niiden asianosaisten intressien toteutumisen, joihin menettelysäännöllä suojataan.¹⁷⁸ Työryhmä kiinnitti erityistä huomiota niihin eroihin, jotka vallitsevat keski-eurooppalaisen ja anglo-saksisen oikeuskulttuurin välillä, ja asettui tässä suhteessa tukemaan common law-järjestelmiin omakuttuja vapaampia menettelymuotoja. Työryhmä kehotti hyväksymään keski-eurooppalaisessa prosessioikeudessa tuomarin ja asianosaisten *yhteistoimintaa ja oikeuskeskustelua* (Rechtsgespräch) koskevat tavoitteet.¹⁷⁹

Työryhmä piti yhtenäisen eurooppalaisen siviiliprosessilain laatimista erittäin tärkeänä. Epäkohtana pidettiin sitä, että tuomioistuimet voivat jo nykyisin soveltaa vieraan valtion aineellisoikeudellista lainsäädäntöä, mutta prosessioi-

¹⁷³ Mallilaista ks. Prütting LM 1992 s. 750–751.

¹⁷⁴ *Approximation* s. ix ja 70.

¹⁷⁵ *Approximation* s. 37. Ks. Access to justice – ajattelusta Virolainen Lainkäyttö s. 100 ss.

¹⁷⁶ *Approximation* s. 37.

¹⁷⁷ *Approximation* s. 51.

¹⁷⁸ *Approximation* s. 39. Vrt. Lindblom JFT 1993 s. 9, jossa hän kuvaa liberalistisen prosessikäsityksen epäkohtaa: »justice is open to all, like the Ritz Hotel.»

¹⁷⁹ *Approximation* s. 55–56.

keuden alalla vallitsee täydellinen hajaannus: kaikilla Euroopan yhteisöjen jäsenmailla on oma siviiliprosessilakinsa, joillakin jopa useampia.¹⁸⁰ Tilanne on epätydyttävä, koska niissä on eroja myös oikeusturvan kannalta keskeisissä kysymyksissä: oikeudenkäyntikuluissa, oikeudenkäynnin kestossa, maksuttomassa oikeusavussa, todistelussa, asianosaisten yhdenvertaisuudessa ja mm. oikeushenkilöiden oikeudessa esiintyä tuomioistuimessa.¹⁸¹

Työryhmä esitti pykälämuotoon puettut ehdotukset eri epäkohtien poistamiseksi.¹⁸² Tärkeimmät tuomarin roolia koskevat säännöt sisältyvät asian *valmistelua* koskeviin artikloihin.¹⁸³ Niissä korostetaan asianosaisten oikeutta tutustua kaikkiin vastapuolen asiakirjoihin ja tuomarin velvollisuutta huolehtia siitä, että asianosaisille varataan mahdollisuus lausua (to be heard, communicate) kaikista vastapuolen ja tuomioistuimen esille ottamista seikoista.¹⁸⁴ Tärkein tuomaria koskeva sääntö on artiklassa 4.4, jossa tuomioistuinta kielletään huomioimasta tuomiossaan (in the formation of its decision) sellaista seikkaa, jota ei ole otettu oikeudenkäynnissä esille tai tiedotettu vastapuolelle (has not been disclosed or communicated to all parties..) ennen kuin tuomioistuin varaa asianosaiselle mahdollisuuden lausua siitä (after all parties have been given the opportunity to be heard).¹⁸⁵ Tuomarilla on myös prosessinjohtovaltuudet määrätä asianosainen ottamaan tietty seikka esille tai tiedottamaan siitä vastapuolelle.¹⁸⁶

Kun tähän sääntöön liitetään soveltamisohjeeksi yhteistoimintaa ja oikeuskeskustelua koskevat tavoitteet, voidaan arvioida, että sosiaalinen prosessikäsitys tulee saamaan tulevaisuudessa yhä merkittävemmän aseman Euroopassa. Koska työryhmä esitti, että ehdotusten voimaansaatminen tapahtuisi direktiivillä, joka siis velvoittaisi myös Suomea harmonisoimaan siviiliprosessioikeutensa sen kuvaamien tavoitteiden mukaiseksi, on muutokseen syytä valmistautua jo nyt siinä määrin kuin se nykyisen lain puitteissa on mahdollista.¹⁸⁷

¹⁸⁰ *Approximation* s. 43, *Prütting* LM 1992 s. 747, 749.

¹⁸¹ *Approximation* s. 44.

¹⁸² *Approximation* s. 185–219 (Articles): Kyseessä on yli sata artiklaa sisältävä yksityiskohtainen ehdotus eurooppalaisen siviiliprosessilain keskeiseksi sisällöksi.

¹⁸³ Articles: 4. luku, *Approximation* s. 195–198. Pohjoismaisille prosessilaeille tyypillisen valmistelun ja common law -kulttuuriin liittyvän »discoveryn» vertailusta ks. *Lindblom* Festskrift till Jacobsson s. 140 ss.

¹⁸⁴ Articles 4.1.1–4.2.2.

¹⁸⁵ *Approximation* s. 197.

¹⁸⁶ Article 4.3, *Approximation* s. 196.

¹⁸⁷ *Approximation* s. 60–61. Direktiivin jatkovalmistelu edellyttää jäsenvaltion tai komission aloitetta.

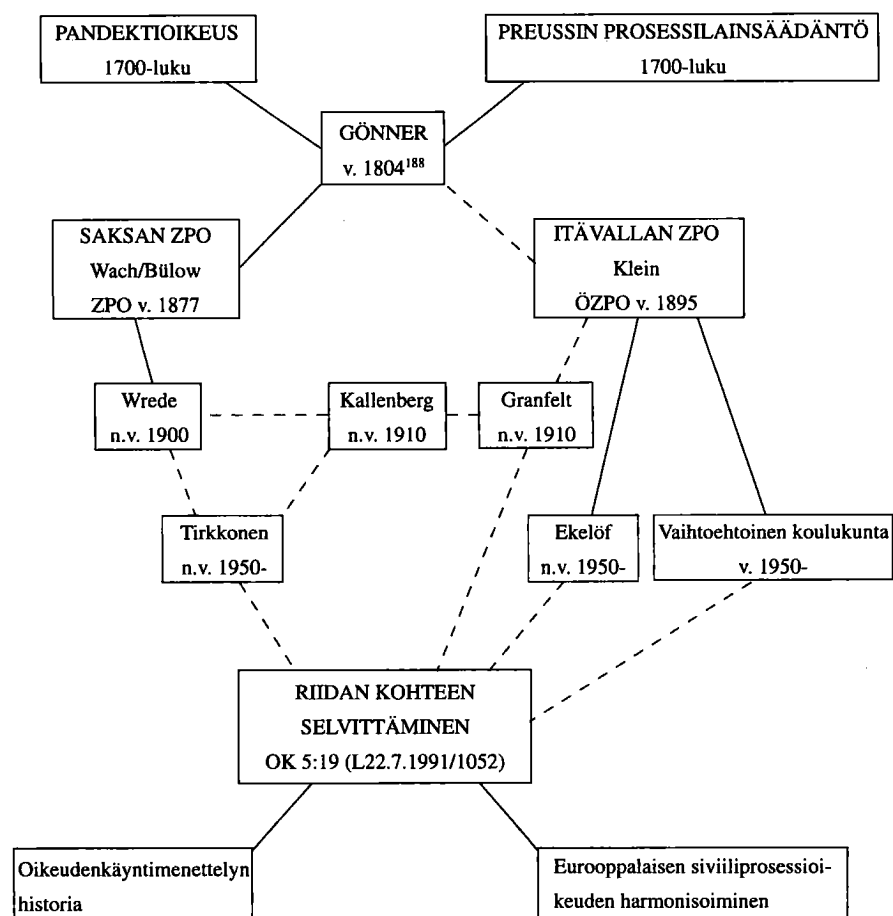
3.6 LAINSAÄTÄJÄN TARKOITUS RIIDAN KOHTeen SELVITTÄMISESSÄ

3.6.1 Tarkastelun lähtökohtia

Onko Suomessa 1.12.1993 voimaan tulleen OK 5:19:n mukainen riidan kohteen selvittäminen liberalistista vai sosiaalista prosessia? Kysymyksenasettelua on

LIBERALISTINEN PROSESSIKÄSITYS

SOSIAALINEN PROSESSIKÄSITYS



¹⁸⁸ Henkilönnimien yhteydessä vuosiluvut viittaavat kirjallisen tuotannon keskeisiin kausiin.

käsitelty yksityiskohtaisesti edellä, mutta havainnollistan sitä vielä pelkistetyllä kuviolla arvojen »vaelluksesta» edellisellä sivulla.

Riidan kohteen selvittämistä ohjaavien tavoitteiden määrittely edellyttää vielä lainsäätäjän tahdon tarkastelua. Lainsäätäjän on ollut suhteellisen niukkasanainen oikeudenkäyntimenettelyn arvoja ja tavoitteita koskevissa kannanotoissa. Sen osoittamia arvoja ei voi löytää ilman aavistusta siitä, mitä etsii. Tämän vuoksi on annettava merkitystä prosessikäsitysten ohella myös sille kehitykselle, että sosiaalinen prosessikäsitys on viime aikoina vallannut alaa niissäkin prosessilaeissa, joihin omaksuttiin alunperin liberalistinen prosessikäsitys.¹⁸⁹ Saksassa menettelyn kehitys kirjallisesta suulliseksi sekä tuomarin aktiivisuuden lisääntyminen ensin oikeudenkäynnin ulkoisen kulun osalta ja sitten oikeudenkäynnin materiaalisessa johtamisessa ovat olleet selkeä kehitysinja kohti sosiaalista prosessikäsitystä.¹⁹⁰

Uuden menettelymme sosiaalisuutta arvioitaessa on myös syytä huomata, että lain esikuva otettiin Ruotsista. Ekelöf vaikutti siellä merkittäväällä tavalla prosessilainsäädännön kehitykseen ja prosessioikeuden tutkimukseen 1950-luvun vaihteesta lähtien. Kun hänen kirjoituksiaan käytetään nyt myös Suomessa uusien sääntöjemme tulkitsemiseen, voidaan otaksua, että uusi lakimme ilmentää samantapaisia sosiaalisia arvoja ja tavoitteita kuin Ekelöfin teoriat.

Ekelöfin ajattelussa sosiaalinen prosessikäsitys näkyi teorioissa (1) *lakien käyttäytymistä ohjaavasta funktiosta*, (2) *yhteiskuntamoraalista*¹⁹¹ ja (3) *tuoma-*

¹⁸⁹ *Brehm* s. 17. Tästä kehityksestä kirjoittaa vertailevasta näkökulmasta *Cappelletti* s. 215 ss. Ks. myös *Honkasalo* DL 1924 s. 305–306.

¹⁹⁰ *Bettermann* ZZP 91 (1978) s. 379–381 ja 385–391. *Habscheid* Festschrift till Ekelöf s. 293: »Die Bundesrepublik Deutschland ist ein sozialer Rechtsstaat. Neben das Rechtsstaatsprinzip tritt das Prinzip des Sozialstaats: Aufgabe der Rechtsprechung ist nicht nur der individuelle Rechtsschutz ... sondern auch der Schutz des wirtschaftlich Schwächeren, auf dass alle ein Leben frei von Furcht, Hunger und Not führen können.» Ks. myös *Baur* JZ 1957 s. 193 ss.

¹⁹¹ Yhteiskuntamoraali selittää Ekelöfin mukaan sen, että normien noudattaminen on yhteiskunnassa pääsääntöistä. Käyttäytymisen ohjaaminen on hänen mielestään ihmisyyteen olemassaoloon liittyvä ilmiö. Ihmisyyteen tarvitsee säilykseen kanssakäymiseen liittyvät säännöt. Sellaiset ovat olemassa jokaisessa alkukantaisessakin yhteisössä. Sääntöjen sisältö ja tapa, jolla ne muodostetaan ja ilmaistaan, ovat sen sijaan kulttuurisidonnaisia. Pohjoismaiseen kulttuuriin kuuluu sääntöjen esittäminen laissa. Ihmisyyteen jäsenten moraalista riippuu, noudatetaanko käyttäytymisohjetta vai ei. Yksilötasolla yhteiskuntamoraali liittyy velvollisuudentuntoon. Ekelöfin teoria lähenee Brusiinin näkemyksiä oikeuden ja kulttuurin liittymäkohdista. Ks. *Ekelöf* De lege s. 13–15 ja *Ekelöf* Vänbok till Boman s. 58. Brusiinin ajattelun osalta ks. *Krawietz* Oikeustiede 1992 s. 174. Siitä, miten monella tavalla laki -sana voidaan ymmärtää, ks. *Kemppinen* Kulttuuri-ilmiönä s. 32–33.

rista lakien käyttäytymistä ohjaavan funktion toteuttajana (*handlingsdirigering*).¹⁹² Teleologinen metodi määritteli lainsäätäjän ja tuomarin suhteen.¹⁹³

3.6.2 Lainsäätäjän tarkoituksen tulkintaa

Uuden lain menettelymuodot kuvastavat ensisijaisesti liberalistista prosessikäsitystä. Menettely on kontradiktorista ja asia pannaan vireille haastehakemuksella (OK 5:1). Asian tutkinta on retrospektiivistä: kantajan tavoitteena on saada hyvitys menneisyydessä koetusta oikeudenloukkauksesta. Oikeusvaikutukset rajoittuvat asianosaisiin. Asianosaisilla on väittämistaakka ja vaatimistaakka (OK 24:14). Asia voidaan ratkaista passiivisuuden, myöntämisen tai kanteesta luopumisen vuoksi muodollisella perusteella (OK 5:13, OK 5:27, OK 12:10-13). Väittämistaakka, vaatimistaakka ja muodollisen perusteen hyväksikäyttö kuvastavat *liberalistista vastuunjakoa*. Asianosainen kantaa riskin passiivisuutensa seurauksista ja siitä, että jokin oikeustositseikka jää käsittelemättä tai näyttämättä; samoin siitä, jos vaatimukset hyväksyvä tuomio ei tyydytä hänen oikeussuojantarvettaan.

Uuteen lakiin on kuitenkin omaksuttu myös sosiaalisen prosessikäsitteen piirteitä kuvastavia sääntöjä. Menettelyltä edellytetään joustavuutta, sillä samoja sääntöjä on sovellettava riita-asioiden ohella mm. hakemusasioihin, joista osa ei toteuta kontradiktorisen menettelyn lähtökohtia edes vastuunjaon osalta esimerkiksi juuri yksityishenkilön velkajärjestelyasioissa.

Uudessa laissa korostuu myös *tuomioistuimen aktiivisuus*. Tuomioistuimen on kehotettava kantajaa korjaamaan haastehakemuksessa oleva puute (OK 5:5),¹⁹⁴

¹⁹² Ekelöfin ajatus siitä, että tuomari toteuttaa yksittäistapauksissa lainsäädännön käyttäytymistä ohjaavan funktion, on hyvin lähellä Wassermannin ja Kleinin sosiaalista prosessikäsitystä. Riita-asioissakin seuraamukset toimivat sanktioina, jotka kohdistuvat moraaliltaan heikkoihin ihmisiin. Riita-asiaassa tehtävillä tuomioilla on siten käyttäytymistä ohjaava vaikutusta. Tämähän oli myös Kleinin muotoileman sosiaalisen prosessikäsitteen yksi peruslähtökohta. Ks. *Ekelöf-Boman Rättegång I* s. 7–10, 14–15, 69 ss., *Ekelöf SvJT* 1988 s. 23, *Klein-Engel* s. 187, *Wassermann* s. 76, 84.

¹⁹³ Viimeisimmissä julkisissa esiintymisissä Ekelöfia askarrutti nimenomaan lain ja moraalin välinen suhde sekä lainsäädännön ja lainkäytön yhteiskunnallinen luonne. Ehkä tähän oli yhtenä syynä se, että Lindell julkaisi vuosina 1987–1988 kaksi kirjaa, joissa hän kritisoi ruotsalaisessa lainkäytössä vakiintunutta sosiaalista prosessikäsitystä. Lindellin käsityksistä ks. *Lindell Partsautonomi* s. 90–95 ja vrt. *Ekelöf-Boman Rättegång I* s. 8–11. Saman tyyppisiä ajatuksia kuin Ekelöf tässä, on esittänyt myös *Jareborg Broten* s. 49–50. Ks. myös *Olivecrona* s. 105 ja *Klami Anti-Legalism* s. 9.

¹⁹⁴ Vrt. vuoden 1960 lainsäädäntöhankkeeseen, jossa samaista velvollisuutta pidettiin prosessikäsitteemme kuulumattomana, tuomarin riippumattomuutta loukkaavana velvollisuutena. Ks. *EK:n pöytäkirjat* 27.5.1960 s. 846.

tuomioistuimen on haasteessa ohjattava vastaajaa vastauksen antamisessa (OK 5:10–11) ja tuomioistuimen on viran puolesta huolehdittava haasteiden ja kutsujen tiedoksiannosta (OK 11 luku). *Tuomioistuin vastaa siten oikeudenkäynnin ulkoisesta kulusta.*

Tuomioistuimen aktiivisuus koskee erityisesti riita-asian valmistelua. Tuomioistuimen on toimitettava valmistelu niin, että asia voidaan käsitellä pääkäsittelyssä yhtäjaksoisesti (OK 5:17), riita-asian valmistelussa on selvitettävä asianosaisten vaatimukset ja niiden perusteet sekä se, mistä asianosaiset ovat erimielisiä (OK 5:19), tuomioistuimen on valmistelussa huolehdittava siitä, että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota (OK 5:21.3) ja tuomioistuimen tulee valvoa, että asia tulee perusteellisesti käsitellyksi. Jos asianosaisen esitys havaitaan epäselväksi tai epätäydelliseksi, tuomioistuimen on tehtävä hänelle riitakysymysten selvittämistä varten tarpeelliset kysymykset (OK 6:2a.2).

Riidan kohteen selvittämistä koskeva OK 5:19 ei ilmaise sanamuodollaan sitä, millaisella toiminnalla vaatimukset, niiden perusteet ja asianosaisten erimielisyyden kohde on selvitettävä. Lain sanamuodosta ei suoraan selviä, onko tuomarin oltava aktiivinen vai passiivinen. Lain perusteluissa lainsäätäjä sanoo säännöksen sisältävän sekä tuomioistuinta että asianosaisia koskevia sääntöjä.¹⁹⁵ Tällä perusteella lain passiivimuoto »valmistelussa on selvitettävä» velvoittaa myös tuomioistuinta aktiivisuuteen ja kohdistaa vastuun riidan kohteen selvittämisestä tuomioistuimelle, mutta jättää silti valmistelua johtavalle tuomarille suhteellisen suuren harkintavallan menettelytapojen valinnassa.¹⁹⁶ Tätä tulkintaa tukevat myös lainsäätäjän perustelut OK 6:2a:n kohdalla, jossa lainsäätäjä toteaa, ettei sitä vastaavaa säännöstä tarvita valmistelua varten, »koska valmistelun toimittamista koskevat 5 luvun säännökset sisältävät myös tarpeelliset oikeudenkäynnin johtamista ja tuomioistuimen kyselyoikeuden ja vastaavan -velvollisuuden käyttämistä koskevat säännöt.»¹⁹⁷ Näin asia on tulkittu myös oikeuskäytännössä.¹⁹⁸

¹⁹⁵ HE 15/1990 vp. s. 63.

¹⁹⁶ HE 15/1990 vp. s. 64: »Riidan kohteen täsmentäminen on välttämätöntä, jotta asia voidaan käsitellä pääkäsittelyssä keskitetysti.» Vrt. OK 5:17: »Tuomioistuimen on toimitettava valmistelu siten, että asia voidaan käsitellä pääkäsittelyssä yhtäjaksoisesti.» Ks. valmistelun ja keskitämistavoitteen yhteydessä myös Eyben Dommertilken degivelser s. 136–137.

¹⁹⁷ HE 79/1993 vp. s. 20, Lappalainen Alioikeusuudistus s. 119: »... on selvää, että sanottu kyselyoikeus on voimassa nimenomaan valmistelussa, joka menettelyvaihe on juuri tarkoitettu tämentäpaiseen toimintaan.»

¹⁹⁸ Rovaniemen hovioikeuden perustelut päätöksessä 145/95: »Oikeudenkäymiskaaren 6 luvun 2a§:n 2 momentin mukaan tuomioistuimen tulee valvoa, että asia tulee perusteellisesti käsitellyksi ja milloin asianosaisen esitys havaitaan epäselväksi tai epätäydelliseksi, tuomio-

Laki ilmentää riidan kohteen selvittämistä ajatellen kahdenlaisia tavoitteita. Lain arvot ovat selvästi liberalistiset siltä osin, kuin riidan kohteen selvittämiseen liittyy operointia oikeusvaikutuksia omaavilla prosessitoimilla (esimerkiksi vetoamisella tai vaatimisella). Voidaan sanoa, että *vastuunjaon arvot* ovat liberalistiset. Toisaalta lainsäätäjä korostaa tuomarin aktiivisuutta silloin, kun riidan kohteen selvittäminen on vaatimuksiin, tosiseikkoihin ja oikeuskysymyksiin liittyvien epäselvyyksien ja puutteiden poistamista.¹⁹⁹ Passiivisuussäännöistä on siten luovuttu.

Tällä perusteella voitaisiin sanoa, että uusi laki *korostaa vain tuomioistuimen aktiivista aineellista ja muodollista prosessinjohtoa*. Oikeustieteessä prosessinjohto on kuitenkin liitetty liberalistiseen prosessikäsitteeseen ja periaate-systematiikkaan. Aineellinen prosessinjohto on selitetty poikkeukseksi käsitte-lymenetelmästä ja muodollinen prosessinjohto poikkeukseksi asianosaistoin- toisuuden (Parteibetrieb) periaatteesta.²⁰⁰ Tällä on ollut se vaikutus, että *proses- sinjohdon teoria on säilyttänyt liberalistiselle prosessille tyypillisen »monolo- gisen» tai kontradiktorisen menettelyn*.²⁰¹ Oikeudenkäynti on muodostunut täl- täkin osin asianosaisten ja tuomioistuimen peräkkäisistä prosessitoimista. Pas- siivisuussäännöt ovat olleet pääsääntö, joten prosessinjohto on ollut poikkeuk- sena sallittu vain laissa säädetyssä laajuudessa.

Riita-asian valmistelua koskevilla säännöissä näkyy kuitenkin tuomioistui- men ja asianosaisten *kommunikoinnin* tärkeys. Tuomioistuimella on velvollisuus huolehtia siitä, että asianosaiset vetoavat kaikkiin niihin tosiseikkoihin, joihin he haluavat vedota. Vastaavasti asianosaisilla on oikeus vaikuttaa siihen, miten asian valmistelu toteutetaan (OK 5:18.2). Asian valmistelussa asianosaiset ja tuo- mioistuin selvittävät asianosaisten vaatimukset, niiden perusteet ja sen, mistä asianosaiset ovat erimielisiä (OK 5:19).²⁰² Asian selvittäminen edellyttää, ettei

istuimen on tehtävä hänelle riitakysymysten selvittämistä varten tarpeelliset kysymykset. Riita-asian oikeudenkäyntimenettelyn uudistamisen tavoitteet huomioon ottaen tällä pääkäsitte- lyn yhteydessä olevalla säännöksellä on tärkeä merkitys myös valmistelussa.»

¹⁹⁹ Ekelöf Grundbegrepp s. 254 alav. 153: »Angående sådana fall må uppmärksammas att lagstiftaren ej velat i tvistemål belasta parterna med något krav på att dessa skola åberopa nå- gon rättsregel till stöd för deras talan. Men praktiskt taget är det just detta man gör, då man begär att part skall utan varje hjälp från rättens sida åberopa just de omständigheter, som äga relevans enligt den tillämpliga rättsregeln. Detta innebär enligt min mening att ställa alldeles för stora krav på parternas rättskunskap och kombinationsförmåga. Såvida det ... skall åstad- komma mer nytta än ohägn, måste detsamma kombineras med en vittgående materiell pro- cessledning från rättens sida.» Ks. myös *Olivecrona Domstolar 1976 s. 52*: »I vår civilprocess är förhandlingsprincipen grundläggande...Men domaren behöver fördenskull icke vara passiv.»

²⁰⁰ Ekelöf Grundbegrepp s. 223, *Rosenberg-Schwab s. 454–455*, 462.

²⁰¹ Wassermann s. 88.

²⁰² Lappalainen Alioikeusuudistus s. 160–161.

vastuunjaon mukainen yksityisautonomia estä kommunikointia. *Tehtävien jaon (Arbeitsteilung) arvot eroavat vastuunjaon arvoista.*²⁰³ Tarkoitin tehtävien jaolla tuomioistuimen ja asianosaisten välistä *informaatiosuhdetta.*²⁰⁴ Saksassa käytetään yleensä »kommunikointiprosessin» tai »informaationvaihtoprosessin» käsitteitä (Kommunikationsverfahren, Information-austauschverfahren tai Informationsverfahren).²⁰⁵ Liitän kommunikointiprosessiin kuuluvan tavoitteellisuuden ja informaationvaihtoprosessiin kuuluvan vuorovaikutuksen *informaatiosuhteen* käsitteeseen. Tarkastelen prosessinjohtoa koskevassa jaksossa tarkemmin sitä, millä tavoin sosiaalisen prosessikäsitteen mukaiset tavoitteet ohjaavat riidan kohteen selvittämistä.²⁰⁶

²⁰³ Ks. *Birk* NJW 1985 s. 1496, *Brehm* AnwBl. 1983 s. 193, 195, *Vollkommer* s. 45–47.

²⁰⁴ Käsitteen osalta ks. *Loosli* s. 3. Aktiivisen informaatiosuhteen merkityksestä tehokkaan, liberaalin ja sosiaalisesti oikeudenmukaisen menettelyn (fair treatment) perusteena kirjoittaa *Cappelletti* s. 256–257. Ks. myös *Lindblom* Festschrift till Jacobsson s. 149.

²⁰⁵ *Loosli* s. 1–3, *Alternativkommentar* s. 16, 40. Ks. myös *Baumgärtel* *Humane Justiz* s. 17–18.

²⁰⁶ Ajatustani informaatiosuhteesta havainnollistaa vertaus sopimusoikeudessa käytettyyn ajatukseen sivuvelvoitteista. Oikeudenkäynnissä on vastuunjakoa koskevan pääsuhteen rinnalla sivuvelvoitteena riidan kohteen selvittämiseen tähtäävä informaatiosuhde, jota ohjataan sitä koskevalla säännöllä. Prosessioikeudenkin keskeinen ongelma on se, miten sivuvelvoitteen laiminlyönti – esimerkiksi tuomioistuimen passiivisuus – sanktioidaan. Onko informaatiosuhteen laiminlyönnillä vaikutusta vastuunjakoa koskevaan pääsuhteeseen? Voivatko informaatiosuhteen sääntelyn tavoitteet poiketa vastuunjaon periaatteista? Onko olemassa prosessioikeuden lojaliteettiperiaate? Ks. *Wilhelmsson* s. 226 ss., 310, *Pöyhönen* LM 1985 s. 556–557, *Sevón-Wilhelmsson-Koskelo* s. 29 ja *Pöyhönen* s. 19.

II TUOMARIN RATKAISUMALLI

1. RATKAISUMALLIN TAVOITE JA SILLÄ KUVATTAVA ILMIÖ

1.1 OIKEUSTIETEEN MALLIT JA RATKAISUMALLIT

Oikeustieteellisesti mielenkiintoisia ilmiöitä voidaan tarkastella kuvailevan tai normatiivisen teoreettisen lähestymistavan perusteella. Usein ilmiöiden tarkasteleminen edellyttää niiden yksinkertaistamista, mallin luomista tai idealisointia.¹ Tieteen malleihin tai mallien käyttämiseen tieteessä liittyy useita, lähinnä filosofisia ongelmia.² Tässä tutkimuksessa »mallia» käytetään yleiskielen epämääräisessä merkityksessä: malli on enemmän tai vähemmän yksinkertaistettu esitys siitä, mitä mallilla kuvataan. Malli eroaa mallintamisen kohteesta, koska mallia luotaessa sen kohteena olevaa ilmiötä abstrahoidaan. Mallin tarkoitusta palvelevat seikat korostuvat ja muu osa kohteesta jää vähemmälle huomiolle.³

Oikeustieteessä mallit ovat joko kuvailevia (descriptive models) tai normatiivisia (normative models).⁴ Kuvailevat mallit kuvaavat tiettyjä näkökohtia oikeudellisesti mielenkiintoisessa ilmiössä. Normatiiviset mallit taas osoittavat, millainen tämän ilmiön pitäisi olla. Malleissa voidaan myös yhdistää näitä lähestymistapoja.

¹ *Wróblewski* s. 23, *Klami* Ihmisen säännöt s. 2.

² Ks. tarkemmin *Wróblewski* s. 24 ja malleihin liittyvästä keskustelusta *Eloranta* s. 297 ss.

³ *Klami* Ihmisen säännöt s. 15.

⁴ *Wróblewski* s. 25.

Kuvailevat mallit voivat olla yleistäviä malleja (generalizing-descriptive model) tai teoreettisia malleja (theoretical descriptive model).⁵ Yleistävät mallit ovat oikeudellisen ilmiön yleistävää kuvaamista empiirisen materiaalin, esimerkiksi oikeustapausaineiston, psykologisten seikkojen tai kokemusten perusteella.⁶ Teoreettisten, kuvailevien mallien abstraktiotaso on korkeampi. Ne kuvaavat oikeudellista ilmiötä tietyn teorian asettamasta näkökulmasta.

Funktionaalisilla malleilla abstrahoidaan ilmiöitä, jotka ovat tai joihin liittyy tavoitteellista toimintaa.⁷ Funktionaalisessa mallissa empiirinen materiaali ei ole mielenkiintoista sellaisenaan, vaan sitä tarkastellaan huomioiden toiminnan tavoite. Seikat, jotka ohjaavat toimintaa niissä tilanteissa, joissa konkreettiset tosiseikat ja normit eivät vastaa toisiaan tai joissa konkreettisten tosiseikkojen oikeudellinen merkitys on epäselvä, ovat mielenkiintoisia.⁸ Funktionaaliset mallit ovat teoreettisia malleja, koska ne edellyttävät teoreettisia oletuksia ja käsitteellisiä rakenteita, joiden puitteissa toimintaa tarkastellaan.

Ratkaisumalli kuuluu käsitteenä lähinnä psykologian alaan, mutta sitä voidaan käyttää myös oikeustieteessä. Oikeudellinen ratkaisu on nimittäin osittain *harkintaprosessi*, ajattelun prosessi. Ratkaisumalleilla tarkoitetaan opittujen tekosarjojen myötä kehittyneitä käsitteellisiä tietorakenteita, jotka ovat sellaisenaan olemassa ihmisen pitkäkestoisessa muistissa. Sieltä ne voidaan aktivoida ja nostaa informaation prosessoinnin lähtökohdaksi. *Ratkaisumalli ohjaa informaation jäsennystä ja tiedon poimintaa*. Se määrittelee ne asiakohdalliset seikat, joihin tarkkaavaisuus kohdistuu. Ratkaisumalli rajaa siten huomioon otettavan todellisuuden ja yleensä myös parhaan mahdollisen toimintatavan.

Ratkaisumallit ovat aina sidoksissa siihen toimintaan, kontekstiin ja kulttuuriin, jossa niitä käytetään. Sen vuoksi ratkaisumallista puhuminen edellyttää, että tiedetään se ratkaisutilanne, jota malli kuvaa.⁹ Ratkaisumallilla voidaan kuvata esimerkiksi shakin pelaajan tai tuomarin ratkaisuja.

Oikeustieteessä ratkaisumallit ovat päätöksenteon teorioita. Ne voidaan jakaa aineellisoikeudellisiin (substantive decisional model) ja prosessioikeudellisiin (procedural decisional model) malleihin sen perusteella, kuvataanko mallilla aineellisoikeudellisen vai prosessioikeudellisen lainsäädännön soveltamista.¹⁰ Aineellisoikeudelliset mallit lähtevät siitä, että menettelyssä noudatetaan prosessioikeudellista normistoa oikein. Prosessioikeudellisissa ratkaisumalleissa taas

⁵ Wróblewski s. 25–26.

⁶ Ks. Wróblewski s. 14–15, 25.

⁷ Wróblewski s. 47 ss.

⁸ Wróblewski s. 16–17.

⁹ Klami Ihmisen säännöt s. 25.

¹⁰ Wróblewski s. 30, 35.

oletetaan, että ratkaisut tehdään aineellisoikeudellisesti oikein. Subsumption mallit liittyvät tavallisesti aineellisoikeudellisiin päätöksenteon malleihin.¹¹ Tarkastelun kohteena on silloin konkreettisen tosiseikan ja aineellisoikeudellisen normin yhdistäminen.

Subsumptioon liittyy kuitenkin myös prosessioikeudellisia ongelmia. Konkreettiset tosiseikat valikoidaan aineellisen lainsäädännön perusteella, mutta ne muodostetaan asian käsittelyssä prosessioikeudellisten käsitteiden ja sääntöjen avulla osaksi oikeudenkäyntiaineistoa ja tuomiota. Myös aineellisoikeudelliset normit tulevat tietyssä prosessioikeudellisessa menettelyssä osaksi oikeudenkäyntiaineistoa. Koska prosessioikeuden ilmiöihin kuuluu tuomarin toiminta hänen käsitellessään aineellisoikeudellista lainsäädäntöä, myös subsumptiota voidaan tarkastella prosessioikeudellisessa ratkaisumallissa.

Kaikkiin malleihin liittyy lisäksi vielä kaksi ominaisuutta, joiden sisältö vaihtelee. Jokaisella mallilla on oltava *tavoite*, jota varten oikeudellista ilmiötä abstrahoidaan. Jokaisen mallin taustalla on myös oltava se *ilmiö*, jota malli kuvaa.

1.2 PROESSIN KOHTEN TEORIOISTA RIIDAN KOHTEN HAHMOTTAMISEN MALLIIN

1.2.1 Vanhat saksalaiset teoriat

a)

Saksalaisessa prosessioikeudessa pyrittiin 1800-luvulla selittämään yksinkertaisesti, mistä oikeudenkäynnissä oli kysymys. Nämä selitykset olivat normatiivisia teorioita siitä, millaisena oikeudenkäynti riita-asioissa piti ymmärtää.¹² Laajimmat teoriat liittyivät tuomioistuimen ja asianosaisten välisen suhteen määrittämiseen. Bülowin ja Hellwigin mielestä oikeudenkäynnissä oli kyse valtion ja asianosaisten välisestä prosessioikeudellisesta oikeussuhteesta.¹³ Oikeudenkäynti

¹¹ Wróblewski s. 31.

¹² Instituutioteorioista ks. Pöyhönen Juridisista teorioista s. 36.

¹³ Tarkemmin asiasta kirjoittaa Rosenberg-Schwab s. 9. Halila LM 1968 s. 764–765: Bülowin teoria oli tärkeä koko *prosessioikeuden kannalta*. Se loi prosessioikeudesta oman oikeustieteen tutkimuskohteen. Siihen asti prosessioikeus oli kehittynyt aineellisen yksityisoikeuden ohessa. Oikeudenkäynti oli nähty vain mielenkiinnottomana teknisenä menettelynä, jossa toteutettiin subjektiivisia oikeuksia. Bülow osoitti prosessinedellytyksiä ja prosessiväitteitä koskevassa tutkimuksessaan, että oikeudenkäyntiin liittyi ongelmia, joiden ratkaiseminen ei ollut mahdollista aineellisoikeudellisten normien perusteella. Ks. tarkemmin Wrede I s. 46, Wrede JFT 1909 s. 201 ss. ja Tirkkonen s. 4.

muodostui sen mukaan erityisistä prosessioikeudellisilla normeilla säännellyistä oikeuksista ja velvollisuuksista. Bülowin teoriaa seurasi Adolf Wachin kehittämä oikeussuojapyyntöteoria.¹⁴ Sen mukaan oikeudenkäynnissä oli kysymys kantajan valtioon ja toiseen asianosaiseen kohdistamasta oikeussuojapyynnöstä, jossa määriteltiin se oikeustila, jota kantaja piti oikeudenmukaisena.¹⁵

Riita-asian hahmottamista ohjasivat Saksassa erilaiset teoriat riita-asiaain oikeudenkäynnin kohteesta eli *prosessin kohteesta*.¹⁶ Prosessin kohteen käsitteen merkitys korostui Saksassa, koska lain sanamuoto määritteli prosessin kohteen epätarkasti (Anspruch, Streitsache), mutta liitti siihen silti *oikeusvaikutuksia*. Oikeustieteessä kehitettiin prosessin kohteen käsitteestä teorioita, joilla oletettiin voitavan yhdellä kertaa ratkaista objektiivista kumulaatiota, kanteenmuutosta, vireilläolovaikutusta ja oikeusvoiman objektiivista ulottuvuutta koskevat ongelmat.¹⁷

Erilaisilla teorioilla pyrittiin määrittämään, miten prosessin kohde piti hahmottaa.¹⁸ Teoriat olivat tuomareille ja asianosaisille suunnattuja normeja siitä, kuinka prosessin kohde piti määritellä oikeudenkäyntiaineistossa. Prosessin kohteen käsitteellä oli myös *systematisoivaa merkitystä*.¹⁹

Saksalaiset prosessinkohdeteoriat jaetaan *aineellisoikeudellisiin ja prosessioikeudellisiin*. Aineellisoikeudellisissa teorioissa prosessin kohde liitetään asianosaisten väliseen aineellisoikeudelliseen oikeussuhteeseen ja se määrittellään yksityisoikeudelliseksi oikeudeksi, oikeussuhteeksi tai sellaista koskevaksi väitteeksi. Kirjallisuudessa erotetaan vanhempi ja uudempi aineellisoikeudellinen teoria.²⁰ Vanhemman aineellisoikeudellisen teorian mukaan prosessin kohde oli yksityisoikeudellinen intressi, joka saattoi olla subjektiivinen oikeus, yksityis-

¹⁴ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 22 käyttää käsitettä »oppi oikeussuojavaateesta».

¹⁵ Ks. tästä tarkemmin Wach Vorträge s. 21, Schmidt s. 298, Rosenberg-Schwab s. 14–16, Wrede I s. 26–29, Ellilä DL 1939 s. 382–383.

¹⁶ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 19 kirjoittaa riita-asiaain oikeudenkäynnin kohteesta, Halila s. 4 siviiliprosessin kohteesta. Sana vastaa saksalaista käsitettä »Streitgegenstand», joka on norjaksi »tvistegenstand». Tanskassa käytetään käsitettä »sagsgenstand», Ruotsissa »processföremål». Lappalainen Alioikeusuudistus s. 88 ja 120 käyttää käsitteitä »prosessin kohde» ja »oikeudenkäynnin kohde» toistensa synonyymeina. Staffans käyttää käsitettä »civilprocessens föremål». Larsson SvJT 1980 s. 578 käyttää käsitettä »tvisteföremål».

¹⁷ Rosenberg-Schwab s. 564–565, § 260 ZPO, § 261 III ZPO ja § 322 I ZPO, Rosenberg-Schwab-Gottwald s. 531. Ks. myös Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 21 alav. 8, Staffans s. 127.

¹⁸ Staffans s. 107: »Processföremålet är avgörande vid bedömandet av frågor, som angå talekumulation, ändring av talan, exceptio litis pendens och bestämmandet av rättskraftens omfång».

¹⁹ Hesselberger s. 72, Halila s. 7.

²⁰ Beys ZZP 105 (1992) s. 150–151, 154, Rosenberg-Schwab s. 568–569.

oikeudellinen oikeussuhde tai vaade.²¹ Uudemman aineellisoikeudellisen teorian mukaan prosessin kohde on se oikeus tietyssä oikeussuhteessa, joka toteutetaan vaatimukset hyväksyvällä tuomiolla.²²

Prosessioikeudellisten teorioiden mukaan prosessin kohde selitetään joko kantajan tuomioistuimeen kohdistamaksi vaatimukseksi tietyn tyypisen ja sisältöisen tuomion julistamisesta tai kantajan esittämäksi prosessioikeudelliseksi oikeusväitteeksi, eli väitteeksi tietynlaisen oikeusseuraamuksen määräämisen välttämättömyydestä.²³ Oikeudenkäynnin kohde määrätään silloin oikeudenkäyntiasiakirjoissa eli lähinnä haastehakemuksessa.²⁴

Prosessioikeudellisten teorioiden yhteydessä kehittyi *kahtiajako yksiosaiseen ja kaksiosaiseen prosessin kohteen käsitteeseen*. Molemmilla on edelleen kannattajansa saksalaisessa oikeudessa. Yksiosainen prosessin kohteen käsite tarkoittaa sitä, että prosessin kohde määritellään esitetystä vaatimuksessa.²⁵ Kaksiosaisessa prosessin kohteen käsitteessä asia yksilöidään esittämällä vaatimuksen ohella vaatimuksen perusteet. Vaatimus sidotaan perusteilla konkreettisiin tosiseikkoihin.²⁶ Kaksiosainen prosessin kohteen käsite lähenee aineellisoikeudellisia teorioita, koska tosiseikasto valikoidaan aineellisen lainsäädännön perusteella.²⁷

²¹ Teorian lähtökohtana pidetään Windscheidin teosta »Actio des Römischen Civilprozessrechts» vuodelta 1856. Ks. historiasta *Rosenberg-Schwab-Gottwald* s. 531. Teorian asemasta Suomessa ks. *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 19 alav. 1. Ks. myös *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 377–378, *Jauernig* s. 133–134 ja *Halila* s. 4.

²² *Beys* ZZP 105 (1992) s. 154, *Halila* s. 1–4, *Jauernig* s. 134, *Grunsky* s. 27 ss. Uudempien aineellisoikeudellisten teorioiden ja prosessioikeudellisten teorioiden läheisistä liittymäkohdista ks. *Halila* s. 2 alav. 4, *Jauernig* s. 134–135 ja *Staffans* s. 108–109. Vrt. *Ellilä* LM 1957 s. 270.

²³ *Staffans* s. 109.

²⁴ *Ellilä* LM 1957 s. 270, jossa kerrotaan meillä kehittyneistä aineellisoikeudellisista ja prosessioikeudellisista teorioita välittävistä ja yhdistävistä katsantotavoista. Ks. *Halila* s. 3. Halilän käsityksen johdosta vrt. *Tirkkonen* LM 1951 s. 155 ja *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 20–21 alav. 7. Ks. myös *Tirkkonen* LM 1941 s. 515–516, *Staffans* s. 121 ja *Rosenberg-Schwab-Gottwald* s. 533–534. *Beys* ZZP 105 (1992) s. 152 havainnollistaa prosessioikeudellisten teorioiden ja aineellisoikeudellisten teorioiden eroa esimerkillä siitä, että vastaaja maksaa velkansa jutun ollessa jo vireillä tuomioistuimessa. Prosessioikeudellisen teorian mukaan suoriutus ei lopeta prosessioikeudellisen oikeussuojapyyntöä tutkintaa. Jos taas prosessioikeudellinen vaatimus peruutetaan (kanteen peruuttaminen), jää aineellisoikeudellinen oikeussuhde koskemattomaksi. Kysymys on siis teorioista, jotka kuvaavat aineellisen oikeuden ja prosessioikeuden suhdetta. Mm. oikeussuojapyyntöteoria oli prosessioikeudellinen teoria.

²⁵ *Rosenberg-Schwab* s. 564–565.

²⁶ Tältä osin Gottwald on muuttanut Rosenberg-Schwab:n aikaisemmin käyttämää yksiosaista teoriaa. Ks. *Rosenberg-Schwab-Gottwald* s. 533 ja *Peters* ZZP 108 (1995) s. 140–141.

²⁷ *Beys* ZZP 105 (1992) s. 153.

Prosessin kohteen teorioihin liittyvät myös eri teoriat siitä, kuinka tarkoin kantajan on yksilöitävä oikeudenkäynnin kohde haastehakemuksessaan.²⁸ *Individualisoimisteorian* mukaan kanne on yksilöitävä niin, että se eroaa selvästi kaikista muista asianosaisten välisistä oikeussuhteista. *Substantioimisteorian* mukaan kanne on yksilöitävä niin, että kanne olisi ilman muuta hyväksyttävä, jos siinä kanteen perusteeksi esitetyt konkreettiset tosiseikat olisivat paikkansa pitäviä.²⁹

b)

Vanhat saksalaiset teoriat omaksuttiin suomalaiseen oikeustieteeseen. Oikeustieteessä käsiteltiin sekä Bülowin prosessioikeussuhdeteoriat että Wachin oikeus-suojapyyntöteoriaa, mutta kumpaakaan ei otettu sellaisenaan oikeustieteen läh-tökohdaksi.³⁰ Meillä yhdistettiin prosessinkohdeteoriaksi lähinnä individua-lisoimisteoria ja vanhempi aineellisoikeudellinen teoria. Koska oikeudenkäymis-kaaren sääntely oli epätasällista, se edellytti ennen vuoden 1960 uudistuksia sitä, että meilläkin täsmennettiin prosessin kohdetta oikeustieteessä.³¹

Individualisoimisteorian vaikeudet liittyivät vaatimuksen perusteeseen.³² Vaa-timuksen (*petitum*) kanssa sinänsä ei ollut ongelmia. Sillä tarkoitettiin kantajan vaatimusta saada tietyn sisältöistä oikeussuojaa eli lähinnä oikeussuojapyyntöä.³³ Sen sijaan ei ollut selvää, mitä vaatimuksen peruste tarkoitti. Vanhemman indi-vidualisoimisteorian mukaan vaatimuksen peruste oli subjektiivinen oikeus.³⁴ Lyhyt maininta subjektiivisen oikeuden käsitteestä (esimerkiksi vuokrasta, lai-nasta tai omistusoikeudesta) riitti yksilöimään kanteen, kun kyse oli absoluuttisista oikeuksista.³⁵ Uudemman individualisoimisteorian mukaan vaatimuksen pe-

²⁸ *Bruns* s. 192. Teorioita käytetään ZPO § 253 II Nr. 2:n tulkinnassa. Säännös kuuluu vapaasti suomennettuna: »Haastehakemuksessa täytyy esittää tarvittavat tiedot prosessin koh-teesta ja sen perusteesta sekä yksityiskohtainen vaatimus.» Teoriat kehittyivät jo vanhemman aineellisoikeudellisen teorian aikana. Ks. *Wach* Vorträge s. 107: »Was zur Substantiierung resp. Individualisierung gehört, ist Frage des materiellen Rechts.» Ks. myös *Staffans* s. 107.

²⁹ *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 449–450, *Staffans* s. 107–108, *Rosenberg–Schwab* s. 582.

³⁰ *Halila* LM 1968 s. 765, *Wrede* I s. 29, 43–44. Ks. myös *Nousiainen* s. 510 ss.

³¹ Ks. OK 11:1 (7.9.1901): »mainitkoon..., mitä kantaja vaatii ja lyhyesti hänen vaatimuk-sensa perusteen,...». Sillä tosin korjattiin aikaisemmin voimassa ollutta velvollisuutta vain »asian» ilmoittamisesta. Ks. tästä kehityksestä *Ellilä* DL 1941 s. 37–38.

³² Individualisoimisteoriasta Suomessa ks. *Ellilä* DL 1941 s. 41, *Koskinen* DL 1968 s. 102–103. Vrt. *Ellilän* ajatuksia *Carlsonin* käsitykseen DL 1939a s. 288.

³³ *Wrede* I s. 232–233.

³⁴ *Ellilä* DL 1941 s. 41. Käsiteläinopillisista subjektiivisista oikeuksista ks. *Olivecrona* s. 18–21.

³⁵ *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 378, *Ellilä* DL 1941 s. 39–41, *Jauernig* s. 131.

ruste oli aineellisoikeudellinen oikeussuhdeväittämys. Oikeussuhde oli ilmais-tava niin tarkoin ja täydellisesti, että voitiin saada selville, mikä oikeussuhde oli kysymyksessä sekä lajiltaan että yksilölliseltä laadultaan, ja että se voitiin erot-taa kaikista muista konkreettisista oikeussuhteista.³⁶ Tässä uudemmassa indivi-dualisoimisteoriassa näkyi selvästi yhteys aineellisoikeudellisiin teorioihin. Pros-essin kohde oli joko yksityisoikeudellinen oikeussuhde, subjektiivinen yksityis-oikeus tai yksityisoikeudellinen vaade.³⁷

Konkreettiset tosiseikat eli riidan taustalla olevien tapahtumien kuvaaminen eivät kuuluneet individualisoimisteorian mukaiseen kanteen yksilöintiin.³⁸ Tämä prosessin kohteen »aineellistaminen» oli sen sijaan substantioimisteorian kes-keinen sisältö.³⁹ Sen mukaan prosessin kohde yksilöitiin oleellisten kannetosi-asioiden perusteella. Suomessa ei kuitenkaan kukaan nimenomaisesti kannatta-nut substantioimisteoriaa. Prosessin kohteen aineellistamisen tarve oli esillä jo valmisteltaessa vuoden 1901 uudistusta, mutta substantioimisteoriaa ei hyväk-sytty prosessin kohteen määritelmäksi.⁴⁰ Sen sijaan riidan taustalla olevien tosi-asiallisten tapahtumien esittäminen tuli osaksi OK 14:1.1:n (L 12.8.1960/362) mukaista *kanteen kehittelyä*, mikä tehtiin riita-asian käsittelyn aikana.⁴¹

Kun kanteet yksilöitiin individualisoimisteorian mukaisesti, tulkinta oli so-pusoinnussa lainsäädännön kanssa aina vuoden 1960 uudistuksiin asti. Sen jäl-keen OK 11:3.1.3 edellytti, että prosessin kohde »aineellistettiin» jo haasteha-kemuksessa.⁴² Laki nimittäin velvoitti kantajaa erottamaan haastehakemuksessa vaatimukset ja sen perusteena olevat seikat.⁴³ Individualisoimisteoriasta ei kui-tenkaan luovuttu.⁴⁴

Nykyinen laki korostaa asian yksilöinnin tarkkuutta, mutta ei muuta olen-naisesti yksilöintiin liittyvää käsitejärjestelmää. OK 5:2:n mukaisesti haasteha-kemuksessa on ilmoitettava kantajan yksilöity vaatimus ja yksityiskohtaisesti ne

³⁶ *Ellilä* DL 1941 s. 42. Ks. myös *Wrede* I s. 236, 282.

³⁷ *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 19.

³⁸ *Olivecrona* s. 259. Tosin esimerkiksi saamisoikeuksia koskevat kanteet yksilöitiin ilmoit-tamalla saamisen peruste. Ks. *Olivecrona* JFT 1954 s. 323 ja *Virolainen* DL 1990 s. 576. *Ellilä* LM 1957 s. 270 kirjoittaa ymmärtääkseni juuri tässä merkityksessä »petitumin esineestä».

³⁹ *Ellilä* DL 1941 s. 40.

⁴⁰ *Ellilä* LM 1957 s. 271, *Ellilä* DL 1941 s. 41. Ks. myös *Carlson* DL 1955 s. 1–2.

⁴¹ *Granfelt* Processledning s. 75, *Ellilä* DL 1941 s. 41 ja *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 450.

⁴² Ks. *HE* 33/1959 vp. s. 2.

⁴³ *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 450 katsoo, ettei meillä Suomessa kumpikaan teo-ria esiinny puhtaasti, vaan että kyse on välittävästä teoriasta.

⁴⁴ Ks. keskustelua Staffansin väitöskirjasta vuoden 1957 Lakimiehessä *Tirkkonen* s. 258 ss. ja 841, *Ellilä* 264 ss., 841–842, *Staffans* 835 ss.

seikat, joihin vaatimus perustuu. Jos halutaan käyttää vanhoja käsitteitä, niin uudessa laissa omaksuttu subjektiivinen välttämistaakka edellyttää prosessin kohteen substantioimista.⁴⁵ Asianosainen kantaa riskin siitä, että hän vetoaa kaikkiin niihin tosiseikkoihin, jotka ovat hänen esittämänsä vaatimuksen hyväksymisen kannalta välttämättömiä (relevantteja).⁴⁶ Eri asia on kuitenkin se, missä oikeudenkäynnin vaiheessa kaikkiin välttämättömiin seikkoihin on vedottava.

c)

Substantioimisteoria tai individualisoimisteoria eivät ole itsetarkoituksia. Vanhat saksalaiset teoriat ovat muutenkin riita-asian käsittelyn kannalta ongelmallisia normatiivisia teorioita: ne eivät vain kuvaa prosessin kohdetta, vaan ne määräävät, mikä prosessin kohde on. Vanhat saksalaiset teoriat perustuvat käsittelainopilliseen ajatteluun ja sidotun ratkaisun ideaan.⁴⁷ On ajateltu, että kantaja määrää haastehakemuksessa prosessin kohteen, jonka perusteella voidaan ratkaista kanteenmuutoskiellon yhteydessä se, onko prosessin kohdetta muutettu, kumulaation yhteydessä se, onko oikeudenkäyntiin liitetty toinen prosessin kohde ja lis pendens/res judicata -tilanteissa se, onko kahdessa oikeudenkäynnissä käsiteltävänä sama prosessin kohde. On ajateltu, että prosessin kohteen käsitteestä voitaisiin yksittäistapauksissa johtaa ratkaisuja. Kaiken kattavaa teoriaa ei ole onnistuttu kehittämään, niin kuin teorioiden lukumäärästä voidaan päätellä.

Suomen laki ei käytä prosessin kohteen käsitettä asian yksilöintiä koskevis-
sa säännöksissä. Kantajan pitää ilmoittaa haastehakemuksessa yksilöity vaatimus ja yksityiskohtaisesti ne seikat, joihin vaatimus perustuu (OK 5:2.1,1–2). Hän ei ilmoita haastehakemuksessaan niiden lisäksi prosessin kohdetta, eikä hän myöskään muodosta sellaista. Vastaaja ilmoittaa vastauksessaan, myöntääkö vai kiistääkö hän kanteen ja kiistäessään kanteen esittää sellaiset kiistämisen perusteet, joilla voi olla merkitystä asian ratkaisemisen kannalta (OK 5:10.1,1–2). Hänkään ei ilmoita vastauksessaan prosessin kohdetta. Valmistelussa on selvitettävä asianosaisten vaatimukset ja niiden perusteet sekä se, mistä asianosaiset ovat erimielisiä (OK 5:19.1,1–2). Valmistelussakaan ei siten työskennellä prosessin kohteen kanssa.

⁴⁵ Ks. tämän Saksassakin uuden näkökulman osalta *Rosenberg–Schwab–Gottwald* s. 545. Saksassa puhutaan siis nykyisin kanteen substantioimisesta, mutta ei käytetä mielellään substantioimisteorian käsitettä, sillä se oli aikaisemmin hyvin ehdoton ja liittyi täydellisyysperiaatteeseen. Ks. *Jauernig* s. 131, *Peters ZZP* 108 (1995) s. 140, *Rosenberg–Schwab–Gottwald* s. 546 ja vrt. *Rosenberg–Schwab* s. 582.

⁴⁶ Subjektiivisesta välttämistaakasta kirjoittaa *Virolainen Alioikeusuudistus* s. 87.

⁴⁷ *Makkonen Luentoja* s. 25–26, 37.

Vaatimusten ja niiden perusteiden selvittämistä kutsutaan tässä tutkimuksessa riidan kohteen selvittämiseksi. Sillä ei ole kuitenkaan mitään normatiivista merkitystä ja käsite on pidettävä erossa saksalaisista teorioista. Koska sekaannuksen vaara on ilmeinen, onkin parempi puhua tuomarin pyrkimyksestä käsiteltävänä olevan *asian hahmottamiseen*. Tuomari selvittää asianosaisten vaatimukset ja niiden perusteet sekä sen, mistä asianosaiset ovat erimielisiä. Näin hän pyrkii hahmottamaan käsiteltävänä olevan asian niin, että kykenee ratkaisemaan sen.

1.2.2 Käsitteiden juridis-tekninen merkitys

Saksalaisia malleja käytettiin myös Ruotsissa ennen vuonna 1948 uudistettua oikeudenkäymiskaarta. Kallenberg paikkasi saksalaisilla teorioilla vanhan lain avointa sanamuotoa. Lain mukaan riita-asia yksilöitiin haasteessa ilmoittamalla »asia» (saken).⁴⁸ Riita-asian yksilöinti muuttui uudessa oikeudenkäymiskaarsa, jonka 42 luvun 2 §:än otettiin Suomen voimassa olevaa lakia vastaavat asian yksilöinnin käsitteet, *vaatimus* ja kanteen perusteena olevat *seikat*.⁴⁹ Ekelöf kävi Aggen kanssa jo ennen lain muutosta keskustelun subjektiivisten oikeuksien merkityksestä oikeustieteessä.⁵⁰ Tuossa keskustelussa Ekelöf hajoitti subjektiiviset oikeudet *oikeustositseiksi* ja *oikeusseuraamuksiksi*.⁵¹

Koska Kallenberg käytti prosessin kohteen määritelmänä osittain jopa vanhempaa individualisointiteoriaa, Ekelöfin subjektiivisten oikeuksien kritiikki osui suoraan myös prosessin kohteen määritelmiin.⁵² Ekelöfin käsityksen mukaan prosessioikeudellisten ilmiöiden identiteettiä koskevia ongelmia ei voitu yksittäistapauksessa ratkaista yleispätevällä määritelmällä, koska *yleispätevää prosessin kohteen määritelmää ei ollut olemassa*.⁵³ Hän ei pitänyt mahdollisena määrätä lain eri kohdissa toistuville ja selvästi eri tarkoituksia palveleville käsitteille yhtä yhteistä käyttötarkoitusta.⁵⁴ Ekelöfin mukaan käsitteen juridinen käyttöyhteys (konteksti) ja se tilanne, jossa käsitteen merkitystä jouduttiin miettimään, vaikuttivat siihen, missä merkityksessä se esiintyi.⁵⁵ Ekelöf epäili, että sääntöä so-

⁴⁸ *Granfelt* Processledningen s. 74–75.

⁴⁹ *Gärde* s. 570 ss. Ks. myös *SOU 1938:44* s. 24–25, 428–429.

⁵⁰ Ekelöf kertoo tuota keskustelua suomenkielisessä artikkelissaan LM 1950 s. 851.

⁵¹ Ekelöf LM 1950 s. 852–854, 864.

⁵² Kallenbergin määritelmistä ks. *Ellilä* DL 1941 s. 42–43.

⁵³ Ekelöf Grundbegrepp s. 52, 99–107, Ekelöf ZJP 85 (1972) s. 151, Ekelöf–Boman Rättegång I s. 27. Ks. myös *Olivecrona* s. 20–21 ja *Rehfeldt* ZJP 70 (1957) s. 156 ss.

⁵⁴ Stipulatiivisista määritelmistä ks. *Makkonen* Luentoja s. 104.

⁵⁵ Ekelöf Vetenskapssamhällets årsbok s. 6–7: »Jo, jag söker ledning i vad man kallar satsens kontext. Först utnyttjar jag den omedelbara språkliga kontexten ... men jag drar också

vellettaisiin väärin, jos tuomari sitoutuisi johonkin ennakolta määrättyyn sanan määritelmään.⁵⁶ Prosessin kohteen määritelmien sijasta oli tärkeämpää tietää, missä merkityksessä eri sanoja käytettiin eri lainkohdissa.

Ekelöf kuitenkin myönsi, että lain abstrakteissa säännöksissä käytettyjen käsitteiden juridis-teknisen merkityksen selvittäminen helpotti säännöksen tulkintaa. Hän tarkoitti juridis-teknisellä merkityksellä sanojen normaalia ja vakiintunutta käyttötapaa siinä ratkaisutilanteessa, jossa sovelletaan sanan sisältävää säännöstä. Hänen mielestään määritelmää ei kuitenkaan voinut »määrätä», vaan ainoastaan yrittää suositella tulkinnan lähtökohdaksi tietynlaista käyttötapaa, joka palvelisi säännöksen tarkoitusta.⁵⁷

Näistä käsitteiden juridis-teknisistä määritelmistä on erotettava identiteettikriteerit. Juridis-tekninen määritelmä kuvaa sitä, mitä OK 5:2:ssä tai OK 5:19:ssä mainitulla vaatimuksella tarkoitetaan niiden normaalissa käyttöyhteydessä. Määritelmä kuvaa vaatimusta tietyssä tilanteessa eli tietyssä prosessioikeudellisessa kontekstissa. On kuitenkin hyvin tavallista, että vaatimuksia tai niiden perusteita muutetaan oikeudenkäynnin kuluessa.⁵⁸ Silloin joudutaan kysymään, merkitseekö prosessitoimi sitä, että on esitetty uusi vaatimus, uusi peruste tai toinen asia. Näiden kysymysten ratkaiseminen riippuu siitä, mikä on ilmiön identiteettikriteeri eli se kriteeri, jonka perusteella samanlaisuus tai erilaisuus ratkaistaan.⁵⁹ Identiteettikriteerit vaihtelevat eri ratkaisutilanteissa. Niihin palataan tässä tutkimuksessa vaatimusten selvittämisen yhteydessä, missä tutkitaan identiteettikriteerejä kanteenmuutostilanteessa. Tässä vaiheessa perehdytään vasta riita-asian valmistelua ohjaavissa säännöksissä käytettyjen sanojen juridis-teknisiin merkityksiin.

längre bort liggande kontextelement i bilden. Jag frågar mig vilken betydelse som är bäst förenlig t.ex. med brevskrivarens allmänna åskådning i juridiska frågor och med det avsedda syftet med mitt föredrag. (s. 13:) Vår uppfattning om vad textförfattaren kan ha menat är helt beroende av vilken kontext vi har tillgång till.» Ratkaisutilanteen merkityksestä ks. s. 5 ja 20–21.

⁵⁶ Ekelöf-Boman Rättegång I s. 28.

⁵⁷ Ekelöf Grundbegrepp s. 9–10.

⁵⁸ Ekelöf Grundbegrepp s. 40.

⁵⁹ Ekelöfin kuuluisa talovertaus havainnollistaa näkökulman muutosta (ZZP 85 (1972) s. 147): Ajatellaan, että siirrämme asian identiteettikysymyksen talon rakentamiseen. Oletetaan, että talo on purettu perustuksiaan myöten. Paikalle rakennetaan uusi talo olennaisesti samoista tarvikkeista kuin se aikaisempi talo. Riidan kohdetta koskeva identiteettikysymys kuuluu: onko rakennettu talo se sama talo, joka paikalla aiemmin seiso, vai onko kyseessä uusi talo? Havaitaan, että ratkaisussa ei ole paljon apua siitä, että tiedetään, mikä on talo erotukse-
na muista rakennuksista. Ratkaisu riippuu talon identiteettikriteereistä. Joku voi tehdä ratkaisun sillä perusteella, että talo on rakenteellisesti samannäköinen kuin ennen remonttia. Tällaista identiteettikriteeriä Ekelöf kutsuu »laji-identiteetiksi» (artidentitet). Tästä on erotettava

1.3 RATKAISUMALLI RIIDAN KOHTEN SELVITTÄMISESTÄ

Käsitteiden juridis-teknisen merkityksen selittäminen edellyttää sitä, että tunnetaan käsitteiden käyttöyhteys eli se oikeudellinen ilmiö, jossa käsitettä käytetään.⁶⁰ Mallit ovat keinoja kuvata käsitteiden käyttöyhteyksiä.⁶¹ Malli on kuitenkin siinä määrin vieras prosessioikeuden väline, että koetan selittää sen tarvetta yksityiskohtaisemmin.

Kirjan alkupuolella kerroin tuomareista, jotka äänittivät suullisen valmistelun istunnon ja purkivat nauhat vanhoja pöytäkirjoja vastaaviksi muistioiksi, joiden perusteella he tekivät tuomionsa. Näiden tuomareiden kanssa samanlaista ajattelua edustavat ne tuomarit, joiden mielestä sovintoneuvottelun käyminen merkitsee tuomion julistamista etukäteen. Nämä näkemykset ovat saman oikeusajattelun kääntöpuolia. Menettelyssä nähdään vain kaksi kuvaa: prosessin kohde asianosaisten valmiiksi muotoilemana pakettina ja tuomarin suoritus justifyoituna tuomiona.⁶² Menettelyssä ei hahmoteta sellaista vaihetta kuin riidan kohteen selvittäminen tai asian valmistelu.

Epäkohta ei johdu passiivisuussäännöistä, vaan laajemmin liberalistisesta prosessikäsitteestä ja tuomarin passiivisesta roolista. Kysymys on liberalistisen prosessikäsitteen taustalla olleen *oikeusajattelun* aiheuttamasta epäkohdasta. Tarkoitin tällä (1) suljetun systeemin ja (2) sidotun ratkaisun ideoita. 1800-luvun mannermaista oikeusajattelua leimasi pyrkimys luoda oikeusjärjestyksestä kiinteiden, yksityiskohtaisten ja kaiken kattavien lakien järjestelmä, jossa kansalaisten toiminta normeerattiin täydellisesti.⁶³ Tällaista oikeusajattelua kuvaavat myös prosessioikeuden suuret kodifikaatiot, Preussin siviiliprosessilaki

ne tilanteet, joissa talo rakennetaan samoista tavaroista olennaisesti eri näköiseksi kuin purettu talo. Silloinkin voidaan sanoa, että se on sama talo, koska siinä on käytetty ne samat tarvikkeet, jotka talossa oli ennen purkamista. Tällöin on kyse »geeni-identiteetistä» (genidentitet). Identiteettikriteeri voi olla myös »talon» sisällä. Ajatellaan esimerkiksi, että entiseen asuintaloon muuttaa tehdas. Eri tilanteissa eri kriteerit voivat olla ratkaisevia. Talovertauksen taustaa tarkastelee Ekelöf artikkelissa LM 1950 s. 850 alav. 4 ja käyttää samaa vertausta kirjoissaan *Ekelöf-Boman Rättegång* I s. 39–40 ja *Ekelöf Grundbegrepp* s. 41, 43–44.

⁶⁰ *Ekelöf-Boman Rättegång* I s. 27, *Esser Vorverständnis* s. 42, 47.

⁶¹ *Klami Ihmisen säännöt* s. 25.

⁶² *Cohn Erinnerungsgabe für Grünhut* s. 31–32, *Kosonen Oikeus, demokratia, informaatio* s. 150: »... Tyypillistä suomalaiselle alioikeusprosessille on ollut totuuden muodostumisprosessin yksikuvaisuus. On vain loppukuva.» Tuomareiden totumuksista ks. *Lappalainen* LM 1988 s. 966 ss. ja lainmuutoksen käytännöllisistä vaikutuksista Ruotsissa *Tirkkonen* LM 1947 s. 564.

⁶³ *Makkonen Luentoja* s. 20 ss.

AGO vuodelta 1793 ja Saksan ZPO vuodelta 1877.⁶⁴ Sidotun ratkaisun idea kuvasi tuomarin asemaa suljetussa systeemissä.⁶⁵ Tuomaria pidettiin loogisiin päättelysääntöihin sidottuna mekaanisena päättelykoneena, joka johti täydelliseksi ajatelluista laeista ratkaisuja yksittäistapauksiin.⁶⁶ Juuri tätä näkemystä kritisoidaan, kun verrataan tuomaria »subsumptioautomaattiin» tai puhutaan tuomarin »lainkäyttömonopolista».⁶⁷ Tuomarin tehtävänä oli soveltaa lakia annettuun riidan kohteeseen, eikä riidan kohteen selvittämistä tarkoittavaa menettelyä ollut olemassa. Siinä olisi nimittäin ollut vaarana, että tuomari siirtäisi riidan kohteeseen yksityisiä mielihalujaan ja omia johtopäätöksiään tukevia aineksia.⁶⁸ Oikeustiede ei sen vuoksi kehittänyt tuomarille mallia (tietorakennetta) asian valmistelun hallitsemiseksi.⁶⁹

Tilanne on muuttunut siinä mielessä, että uudessa laissa riidan kohteen selvittämistä ohjataan useilla säännöksillä. Tuomari tarvitsee ratkaisumallin hallitakseen sen menettelyn, jossa konkretisoituvat riidan kohteen selvittämistä ohjaavat normit.⁷⁰ Kysymys on siten *oikeudellisen tilanteen hahmottamisen* mallista.⁷¹ Jaan sen kahteen osaan. (1) Mallin ensimmäinen osa on kuvaus riita-asian hahmottamisesta laissa määrättyjen käsitteiden avulla. Mallissa kuvataan, miten

⁶⁴ Oikeustieteen tehtävänä oli tukea kodifikaatioiden kehittämistä laatimalla niille systematiikka ja peruskäsitteet ja selittämällä niitä systemaattisella tavalla. Ks. *Tirkkonen Juhlajulkaisu Ståhlberg s. 422.*

⁶⁵ *Makkonen Oikeudellisen s. 97 ss.*

⁶⁶ *Makkonen Luentoja s. 25–26.*

⁶⁷ *Esser Wertung s. 5, Wassermann s. 78. Hahn JA 1991 s. 322: »Das Prinzip »iura novit curia« wird übereinstimmend im Sinne eines Gerichtlichen Rechtsanwendungsmonopols verstanden. Danach besteht eine strikte Aufgabentrennung zwischen den Beteiligten des Zivilprozesses. Die Parteien liefern die Tatsachen, die sich in ihrer Gesamtheit als Sachverhalt darstellen, und der Richter allein zieht die rechtlichen Schlüsse.»*

⁶⁸ *Makkonen Luentoja s. 20, Kosonen Oikeus, demokratia, informaatio s. 150.*

⁶⁹ *Esser Vorverständnis s. 37.*

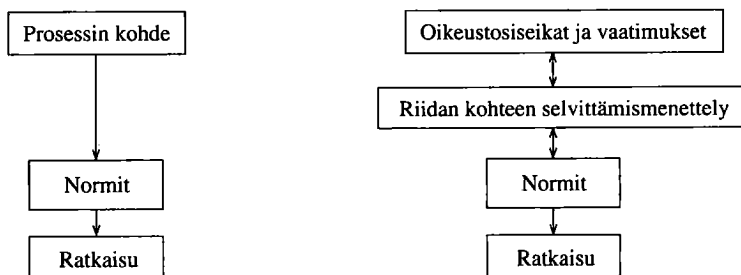
⁷⁰ Ratkaisumallit ovat menettelytapoja koskevaa tietoa tallentavia käsiterakenteita. Ks. tarkemmin *Saariluoma s. 90.* Ratkaisumalli eroaa ratkaisutoiminnan tai päätöksenteon metodeista. Saksalaisessa oikeudessa metodit liittyvät käsityksiin niistä säännöistä, joita tutkimuksen tekemisessä tai ratkaisutoiminnassa pitäisi noudattaa. Niissä korostuu normatiivinen näkökulma. Heuristinen ratkaisumalli on vähemmän normatiivinen. Ks. heurististen mallien normatiivisuudesta *Eloranta s. 305 ja Scheinin s. 54, päätöksentekometodista Linna LM 1993 s. 160 ja metodeista Zippelius s. 1.* Malleista yleensä kirjoittavat *Wróblewski s. 14–15 ja Wihuri s. 8–9.* Ratkaisumalli ei ole myöskään konstruktio, koska mallissa fiktiivisyys liittyy lähinnä ilmiön abstrahointiin eikä mallilla niinkään täytettyjä avoimeksi jääviä kohtia normatiivisessa systeemissä. Konstruktioista ks. *Pöyhönen s. 86, 102.* Prosessioikeudessaakin on prosessioikeuden systeemeissä olevia aukkoja täydentäviä konstruktioita, kuten esimerkiksi oikeustieteellisen asian-tuntijalausnon rinnastaminen asianosaisen avustajan antamaan oikeudenkäyntikirjelmään.

⁷¹ Ks. *Zitting Juhlajulkaisu Olsson s. 425–426 ja Saarenpää Tuomaripäivät 1991 s. 30.*

asianosaisten *lausumat jäsennetään* oikeudenkäymiskaaressa käytettyjen käsitteiden avulla hallittavaksi oikeudenkäyntiaineistoksi. (2) Mallin toinen osa kuvaa tuomarin toimintaa hänen pyrkiessään hahmottamaan asianosaisten välisen riidan niin, että kykenee sen ratkaisemaan. Riidan kohteen selvittäminen tarkoittaa tältä osin vaatimusten ja niiden perusteiden selvittämistä suhteessa aineellisoikeudellisiin normeihin. Tuomari pyrkii selvittämään, voidaanko tosiseikoista esittää sellainen kielellinen kuvaus, että sen voidaan todeta vastaavan tietyn normin tunnusmerkistöä. Tätä ratkaisutapahtumaa kutsutaan *subsumptioksi*.⁷² Se kuvaa tuomarin toimintaa ja ajattelua ratkaisun keksimiseksi.⁷³

Kuvio 9. Kaksi näkemystä riidan kohteen selvittämiseen tähtäävästä menettelystä.

MENETTELY SULJETUSSA SYSTEEMISSÄ: UUDEN LAIN MUKAINEN MENETTELY:



1.3.1 Riidan kohteen selvittämisen heuristiikka

Oikeudenkäyntimenettely jaetaan ajallisesti kahteen osaan: 1) asian käsittelyyn ja 2) asian ratkaisemiseen.⁷⁴ *Asian käsittelyssä* esitetään asian ratkaisemista varten tarpeellinen aineisto. Se kertyy sekä asianosaisten että tuomioistuimen toiminnan tuloksena. Aineistoa kuvataan oikeustieteessä käsitteillä (esimerkiksi tosiseikka, prosessitoimi, kanneperuste, vaatimus, näyttö, kirjelmä ja lausuma).⁷⁵ Tuossa luettelossa on eri tason asioita. Lausumat voivat sisältää seikkoja, joi-

⁷² Ks. subsumptiosta *Klami* Finalistinen s. 135 ja *Klami* Ihmisen säännöt s. 224.

⁷³ Ks. *Brusiin* DL 1934 s. 243 ja *Makkonen* Oikeudellisen s. 95. Informaatiomalleista ks. *Wróblewski* s. 42 ss. ja *Loosli* s. 3 ss.

⁷⁴ *Virolainen* Materiaalinen s. 27.

⁷⁵ Prosessiaineistosta laajassa ja ahtaamassa merkityksessä kirjoittaa *Virolainen* Materiaalinen s. 53. Ks. myös *Ekelöf* Grundbegrepp s. 29–33.

den esittäminen haastehakemuksessa merkitsee kanteen yksilöimistä ja kanneperustetta. Seikkaan vetoaminen on prosessitoimi. Prosessitoimista muodostuu oikeudenkäyntimenettely. Sanat pyörivät siten jäsentymättöminä saman aiheen ympärillä. Asian hahmottaminen prosessioikeudellisilla käsitteillä kaipaava selvennystä.

Asian ratkaisemisella taas tarkoitetaan yleensä sitä oikeudenkäynnin vaihetta, jolloin tuomioistuimien lakia soveltaen ratkaisee kanteen oikeellisuuden ja määrää oikeusseuraamukset. Asian ratkaisemisessa on kuitenkin erotettava kaksi puolta. Toisaalta tuomari pyrkii *keksimään asiassa oikean ratkaisun* ja toisaalta hän pyrkii myös osoittamaan eli *todistamaan ratkaisunsa oikeaksi*.⁷⁶ Oikean ratkaisun keksimistä ei voi erottaa asian käsittelystä, koska oikea ratkaisu hahmottuu siviiliprosessissa tavallisesti asian käsittelyn aikana.⁷⁷ Oikeudenkäyntiaineiston keräämisessä tapahtuneita virheitä on hankala korjata jälkikäteen, jos menettely heti alussa ohjautuu »väärille raiteille». Riidan kohteen huolellisella selvittämisellä pyritään siten oikean ratkaisun keksimiseen. Oikeudellisen ratkaisun keksimiseen tähtäävän toiminnan ja harkinnan tarkastelua kutsutaan ratkaisutoiminnan *heuristiseksi tarkasteluksi*.⁷⁸

Tuomioistuimen velvollisuus perustella tuomionsa (OK 24:15) merkitsee sitä, ettei tuomion oikeaksi todistamisen ja ratkaisun keksimisen ero ole käytännös-

⁷⁶ *Wasserstrom* s. 27: »I will refer to the procedure by which a conclusion is reached as the *process of discovery*, and to the procedure by which a conclusion is justified as the *process of justification*.» Ratkaisun saavuttamiseen tähtäävästä menettelystä (process of discovery) on meillä käytetty nimitystä »keksimisen tie» erotuksena »todistamisen tiestä». Tuomarin tavoitetta todellisessa ratkaisutilanteessa vastaisi kenties paremmin puhuminen »ratkaisun tekemisestä» tai »löytämisestä» erotuksena ratkaisun todistamiseen. Ks. *Aarnio* Laki, teko ja tavoite s. 126 alav. 53 ja siinä mainitut lähteet sekä *Wihuri* s. 3 ss. (s. 8:): »Tuomioistuimen tekemässä ratkaisussa korostuu siten keksimisen sijasta päätöksenteon elementti.»

⁷⁷ *Virolainen* Materiaalinen s. 29.

⁷⁸ *Klami* Oikeustiede 1982 s. 19: »A heuristic description of a decision tells us how it has been made – e. g. syllogistically or: decision first, rationalization to follow. Heuristics is a mental procedure which can be described with the help of such figures of thought as norms, goals, means, epistemic conditions etc... (s. 21): »Legal heuristics is a mental operation, whereas justification is discourse with a certain audience. Legal heuristics aims at reaching a good decision and not only a decision which can easily be accepted as fully justified by the audience.» *Aarnio* Laki, teko ja tavoite s. 129: »Heuristiselta kannalta asiasta kiinnostunut pyrkii niin muodoin esittämään yksityiskohtaisesti, miten päätös syntyy tai – hieman toiselta kannalta katsoen – miten ratkaisu keksittiin ja muotoiltiin.» (s. 127): »Justifioinnissa on aina lähtökohtana lopputulos eli johtopäätös, jonka ratkaisija esittää. ... Voitaisiin näin ollen myös sanoa, että justifiointi on ratkaisun lailliseksi osoittamista.» *Aarnio* LM 1989 s. 599: »Toiminnan heuristinen kuvaus pyrkii esittämään sen, miten tulkintapulma ratkaistaan, toisin sanoen, millä tavalla ratkaisu tehdään...». Ks. myös *Aarnio* On Legal Reasoning s. 49 ja heuristiikasta yksityiskohtaisesti *Eloranta* s. 73 ss.

sä iso. Perustelemisvaatimus ohjaa ratkaisijaa keksimään sellaisen ratkaisun, jonka hän kykenee perustelemaan.⁷⁹ Ratkaisun perusteltavuus on ratkaisun etsimistä ohjaava heuristinen sääntö.⁸⁰

Heuristisesta näkökulmasta on mielenkiintoista, kuinka tuomari ja asianosaiset toimivat asian käsittelyssä. Oikeudellinen ratkaisu nähdään *ratkaisutapahtumana* – tavoitteellisenä toimintana haastehakemuksen tekemisen ja tuomion julistamisen välillä.⁸¹ Ratkaisun heuristiikka voi aineellisoikeudellisen tutkimuksen näkökulmasta olla suhteellisen mielenkiinnoton ilmiö.⁸² Sen sijaan prosessioikeuden näkökulmasta ratkaisun keksimiseen tähtäävä menettely on se oikeudellinen ilmiö, jossa monet prosessioikeuden menettelysäännöistä konkretisoituvat.⁸³ Riidan kohteen selvittäminen on normeilla ohjattua toimintaa.⁸⁴

Ratkaisun keksiminen on välttämätöntä jokaisessa asiassa *ratkaisupakon* vuoksi. Tuomarin on ratkaistava vireillä olevat asiat. Ratkaisu on annettava, vaikka tuomari ei ole vakuuttunut sen hyväksyttävyydestä (oikeellisuudesta). Tuomari ei aina pääse ratkaisutilanteessa hyväksyttävään ratkaisuun. Häneltä voi esimerkiksi puuttua tietoa. Käytettävissä olevat oikeuslähteet eivät aina anna vas-

⁷⁹ Voidaan puhua justifioinnista eli ratkaisun oikeaksi todistamisesta tai oikeaan argumentaatioon tähtäävästä lähestymistavasta. *Aarnio* LM 1989 s. 599: »Silloin, kun kysymys on tulkintaratkaisun oikeuttamisesta (justifioinnista) kiinnostus kohdistuu siihen, millaisen perustelutaustan valossa ratkaisusta on mahdollista tehdä hyväksyttävä.» Ks. myös *Klami* Strömningar s. 41–43. Tämän heuristiikkaa ja justifiointia koskevan jaon perusteella olen ymmärtänyt myös *Timosen* esityksen, kun hän erottaa tuomarin lähdeaineiston, oikeuslähteet ja tutkijan tutkimuslähteet (LM 1989 s. 668–669). Tuomarin lähdeaineisto ja tutkijan tutkimuslähteet ovat työprosesseihin (tapaan työskennellä) liittyvää aineistoa. Näiden työprosessien osalta tuomarin ja tutkijan työ eroavat toisistaan. Sen sijaan oikeuslähteet justifiointin merkityksessä ovat molemmille samat.

⁸⁰ *Klami* Finalistinen s. 134, *Aarnio* On Legal Reasoning s. 326 alaviite 1 ja *Wihuri* s. 5–7.

⁸¹ *Aarnio* Laki, teko ja tavoite s. 129 ss., 159 ss.

⁸² *Aarnio* Laki, teko ja tavoite s. 129, *Aarnio* On Legal Reasoning s. 51.

⁸³ Ks. *Makkoisen* esitystä reaktiotapanormista (Oikeudellisen s. 45). Ks. myös *Aarnio* Lain-tulkinnan teoria s. 67. Voitaisiin sanoa, että aineellisoikeudellisen ratkaisun heuristiikkaan liittyy menettelysääntöjen hyväksyttävä käyttö.

⁸⁴ *Klami* on esittänyt ajatuksen siitä, että toisilla säännöillä ja periaatteilla on enemmän merkitystä justifiointin kannalta ja toisilla taas heuristisina periaatteina. Ks. *Klami* TfR 1981 s. 497 ja *Klami* TfR 1987 s. 1024: »Min invändning är dock, att det finns olika slags rättsprinciper. Vissa principer – exempelvis jämlikhets- och frihetsprinciperna – kan man förstå som ideal. Men många vedertagna rättsprinciper är snarare sagt heuristiska utgångspunkter för juridisk resonemang.» *Esser* Wege der Rechtsgewinnung s. 291–293: *Esser* kysyy, eikä oikeustiede tosiaankaan kykene tuottamaan tuomarille ratkaisutoimintaa varten muita sääntöjä kuin vanhoja maksimeja tai käsitteellisiä dogmeja. Hänen mukaansa tuomari ei ole terveissä yhteiskunnissa sidottu menneisyydessä tuotettujen pragmaattisten maksimien tai jo unohdettujen arvojen sokeaan soveltamiseen.

tausta. Kenties tuomari ei kykene hahmottamaan asiaa niin, että hyväksyttävän ratkaisun tekeminen olisi mahdollista. Joskus taas asianomaiset muotoilevat prosessitoimillaan asian sellaiseksi, ettei tuomari saa aikaiseksi edes itseään tyydyttävää ratkaisua.⁸⁵ Suullis-pöytäkirjallisessa menettelyssä monet oikeudenkäyntiaineiston keräämisessä tehdyistä laiminlyönneistä ja virheistä voitiin korjata tuomion laatimisvaiheessa. Nyt menettelyssä tehtyjen virheiden korjaaminen ei ole niin yksinkertaista, koska tuomiota laadittaessa tuomarin käytettävissä ei ole enää mm. preklusiosäännöistä ja menettelyn tallennustavasta johtuen kaikki se, mitä asiassa on lausuttu. Jo vaatimusten ja niiden perusteiden selvittämisessä konkretisoituu tuomarin velvollisuus tehdä asiassa aineellisoikeudellisesti oikea ratkaisu.⁸⁶

Ratkaisun keksimisen ja perustelemisen tavoitteet ovat siis myös riidan kohdetta selvitetäessä kiinteässä yhteydessä. Niillä on kuitenkin se ero, että ratkaisun keksiminen on välttämättä sidottu asian käsittelyyn. Sen sijaan asian käsittelyn aikana kypsynyt ratkaisu voidaan perustella hyväksyttävällä tavalla (justifioida) myös käsittelyn jälkeen.⁸⁷ Perustelutilanteessa on ainakin teknisesti mahdollista liittää ratkaisuun sen oikeellisuutta puolustavaa perustelumateriaalia.⁸⁸ Tuomioiden perustelemisella tähdätäänkin erityisesti ratkaisua kontrolloivien tahojen, kuten asianosaisten, ylempien tuomioistuimien ja oikeustieteen tutkijoiden odotusten täyttämiseen.⁸⁹ Jälkikäteiskontrolli korostuu. Heuristisesta näkökulmasta on mielenkiintoista tarkastella kesken olevaa ratkaisuprosessia ja niitä valintoja, joita siinä tehdään. Tutkimuksessa keskitytään siten riidan kohteen sel-

⁸⁵ Subsumptioepävarmuudesta ks. *Klami* Finalistinen s. 179 ss.. Ks. myös *Aarnio* On Legal Reasoning s. 68–69.

⁸⁶ *Klami* Finalistinen s. 152, *Klami* Ihmisen säännöt s. 230–231, *Wasserstrom* s. 27.

⁸⁷ *Wróblewski* s. 16, *Aarnio* LM 1989 s. 599.

⁸⁸ *Aarnio* Laintulkinnan teoria s. 197, 200 ss.

⁸⁹ *Aarnio* LM 1989 s. 595, 600, *Klami* Finalistinen s. 127.

⁹⁰ Ks. *Kemppinen* Kulttuuri-ilmiönä s. 24–25. Suomalainen tuomari on sidottu suomalaiseen oikeuskulttuuriin ja tavoittelee oikeaa ratkaisua: oikeaa ratkaisua asianosaisten intressissä ja oikeaa ratkaisua omassa intressissä. Tuomarin oma intressi liittyy ammatissa menestymiseen ja turhan työn välttämiseen. Tuomari pyrkii tekemään ratkaisun, joka kestää hovioikeudessa eikä ainakaan palaudu uudelleen käsiteltäväksi. Tältä osin ratkaisun etsiminen liittyy ratkaisun perusteltavuuteen. Tuomion julistamista koskevaan OK 24:19:ään olisi tullut ottaa mahdollisuus julistaa päätösneuvottelun päätyttyä ainoastaan tuomiolauselman perustelujen pääkohdat, tuomion olennaiset osat. Tuomari olisi siten voinut tyydyttää asianosaisten oikeusseuraamukseen liittyvät odotukset välittömästi käsittelyn päätyttyä ja muun oikeusyhteisön odotukset myöhemmin viimeistelemällä perusteluilla. Nyt lainsäätäjät lähtee siitä, että tuomiota julistettaessa ilmoitetaan perustelut ja tuomiolauselman lopullisessa, justifioidussa muodossaan. Poikkeuksen muodostavat OK 24:19.2:n mukaiset kansliatuomiot, joissa taas ei ju-

vittämiseen lähinnä oikean ratkaisun keksimiseen tähtäävänä prosessina (process of discovery).⁹⁰

1.3.2 Riidan kohteen selvittämisen intentionaalinen selittäminen

Riidan kohteen selvittämiseen liittyy myös kysymys »miksi».⁹¹ Miksi tuomari menettelee tietyllä tavalla selvittäessään riidan kohdetta? Miksi tuomari toisessa asiassa kiinnittää asianosaisten huomion tiettyyn seikkaan, mutta jättää toisessa oikeudenkäynnissä sen tekemättä? Miksi asianosainen vetoaa tiettyyn seikkaan vaatimuksensa perusteeksi? Nämä kysymykset kuvaavat menettelyä ohjaavaa psykologista harkintaa. Tätä ratkaisutoiminnan tarkastelutapaa kutsutaan joskus ratkaisutoiminnan *intentionaaliseksi* tarkasteluksi.⁹²

Riidan kohteen selvittäminen voidaan nähdä toimintana, jota voidaan sekä tarkastella heuristisesti että selittää intentionaalisesti.⁹³ Tällainen lähestymistapa korostaa sitä, että tuomarin toimintaa ohjaa tietoisuus toimintaa ohjaavista tavoitteista. Intentionaalinen selittäminen osoittaa, miten tavoitteet vaikuttavat lopputulokseen, joka tässä tarkoittaa tiettyä menettelytavan valintaa.⁹⁴ Intentionaalinen tarkastelutapa kertoo, miten esimerkiksi sosiaalisen prosessikäsityksen mukaiset tavoitteet konkretisoituvat riidan kohteen selvittämisessä.

Monet riidan kohteen selvittämisessä noudatetuista menettelytavoista eivät johdu säädettyjen normien noudattamisesta, vaan ovat laajemmin kulttuurisidonnaisia. Ratkaisutoiminta opitaan suurelta osin mallien kautta. Meillä ei ole säädettyä »käräjienistumisoppia» tai »prosessinjohto-oppia» tai »tuomarioppia». Tuomarit oppivat asian valmistelun notaareina ollessaan, hovioikeudessa työskennellessään ja käräjien istumisesta saamansa palautteen kautta. Säännöt, jotka ohjaavat kehitystä, ovat lähinnä *tuomioistuinkulttuurissa vakiintuneita tapoja*. Ne vaikuttavat ratkaisutoimintaan joko säännön tavoin tai vieläkin välittömämmin, osana tuomarin persoonaa ja ajattelua.⁹⁵ Intentionaalisen selittämisen

listeta käsittelyn päätteeksi mitään tuomion sisältöön liittyvää. Ks. Aarnio LM 1989 s. 600 ss. ja Aarnio Laintulkinnan teoria s. 204–211 ja vrt. HE 154/1990 vp. s. 35.

⁹¹ Aarnio LM 1989 s. 599.

⁹² Aarnio Laki, teko ja tavoite s. 146, 164–165.

⁹³ Aarnio Laki, teko ja tavoite s. 164–165 ja Aarnio On Legal Reasoning s. 49–50, Waserstrom s. 27: »This is perhaps what is meant by rational behavior.»

⁹⁴ Aarnio Laki, teko ja tavoite s. 173.

⁹⁵ Tässä sanottu liittyy ymmärtääkseni siihen, mitä Aarnio tarkoittaa »sisäisellä näkökulmalla» (Laintulkinnan teoria s. 54–56). Sisäinen näkökulma ei liity ainoastaan sääntöjen tuntemukseen, vaan laajempaan juridisen kulttuurin sisäistämiseen. Ks. myös Aarnio LM 1977 s. 339: »Käyttäytymisasenteen syntymiseen vaikuttaa kaksi seikkaa: a) Tuomarille on yhteiskunnan jäsenenä syntynyt käsitys, että tietyillä tavoilla annetut tekstit ovat velvoittavia, mikä

avulla voidaan käsitellä ja kyseenalaistaa myös näitä mallien myötä omaksuttuja arvoja. Heuristista mallia täydentää intentionaalinen selittäminen.⁹⁶

vaikuttaa häneen moraalisesti (sitovasti) b) Tuomari on havainnut käytettävän pakkoa niitä vastaan, jotka poikkeavat tietynlaisesta käyttäytymisestä.»

⁹⁶ *Klami* Finalistinen s. 134, *Klami* Ihmisen säännöt s. 176.

2. ASIAN HAHMOTTAMISEN MALLI

2.1 HAHMOTTAMISEN TASOT

Riidan kohteen selvittämisessä voidaan erottaa muodollinen ja materiaallinen puoli. Muodollisesti riidan kohteen selvittäminen on konkreettista työtä, joka tehdään mm. ottamalla vastaan erilaisia kirjallisia esityksiä, huolehtimalla siitä, että nauhoituslaitteet toimivat, ja että olennainen tulee muistiin merkityksi niin, että se säilyy osana ratkaisutoimintaa. Tutkimustehtävän kannalta mielenkiintoinen on vain riidan kohteen selvittämisen materiaallinen puoli: kysymys olennaisen ja epäolennaisen erottamisesta. Mikä esitetystä aineistosta säilytetään, mihin ei kiinnitetä huomiota, miten saatu informaatio jäsennetään?

Kysymys on *asian hahmottamisesta* sellaisella tavalla, että riita-asian käsittely on mahdollista laillisen menettelyn puitteissa. Vaatimistaakkaa koskeva ratkaisu edellyttää, että ratkaisija tunnistaa esillä olevasta asiasta vaatimuksen (OK 24:14,1). Väittämistaakan vuoksi on kyettävä tunnistamaan seikka (OK 24:14,2). Kanteenmuutoskieltoa (OK 14:2) tai oikeusvoimavaikutuksen objektiivista ulottuvuutta koskevat ratkaisut edellyttävät vielä jäsennetymppää käsiteltävän asian hahmottamista.

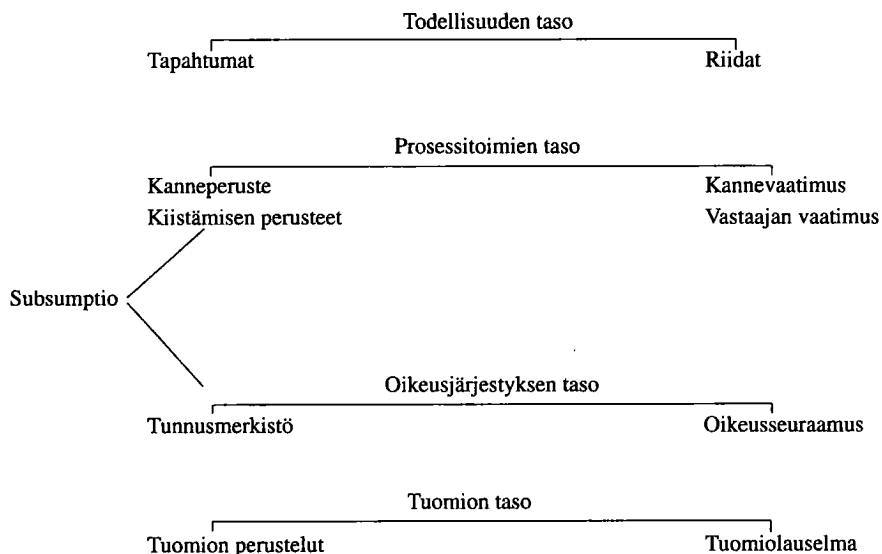
Asian hahmottaminen voidaan jättää siihen oikeudenkäynnin vaiheeseen, jolloin käsittely on päättynyt ja asiassa on laadittava tuomio. Näinhän tehtiin suullis-pöytäkirjallisessa menettelyssä, mutta silloin tuomioistuimen ja asianosaisten käsitykset asian hahmottamisesta saattoivat poiketa toisistaan niin, että asianosaiset yllättyivät tuomioistuimen tekemästä ratkaisusta. *Lainsäätäjä lähteekin siitä, että asia hahmotetaan ja jäsennetään lain edellyttämällä tavalla mahdollisimman aikaisessa vaiheessa* (OK 5:2, OK 5:10). Lähtökohta on se, että asianosaiset hahmottavat asian jo haastehakemuksessa ja kirjallisessa vastauksessa.¹ Korostan tätä, vaikka jatkossa keskitynkin tuomarin rooliin. Tuomarin velvollisuutena on nimittäin johtaa prosessia siten, että asia jäsenyy menettelyllä hallittavaksi aineistoksi (OK 5:5, OK 5:19, OK 5:21.3, OK 6:2a).

¹ Lappalainen Alioikeusuudistus s. 88.

Riita-asian käsittelyä ohjataan normeilla. Normeissa käyttäytymisohjeet kuvataan tietyn käsitteistön avulla. Riidan kohteen selvittäminen edellyttää, että käsiteltävänä oleva konkreettinen asia hahmotetaan laissa säädettyjen käsitteiden avulla.² Jokaisessa asiassa joudutaan ratkaisemaan, mitä osaa lausumista pidetään vaatimuksena ja mitä seikkoina.³ Yllättävien ratkaisujen välttämiseksi on tärkeää, että kaikki prosessisubjektit hahmottavat asian samalla tavalla.

Riita-asiasta voidaan puhua monella eri tasolla. Kun puhutaan todistelusta, puhutaan siitä, mitä (1) todellisuudessa on tapahtunut. Asian yksilöinti (2) prosessitoimilla on jo tietyllä tavalla muotoiltu kielellinen kuvaus riidasta. (3) Oikeusjärjestyksen normit liittyvät oikeusseuraamuksiin tunnusmerkistöihin. Normeja käytetään riitojen ratkaisemiseen. Ratkaisut konkretisoituvat (4) tuomioissa, joissa tuomioistuin vahvistaa sen, millainen oikeusseuraamus asiassa määrätään.⁴ Kaksi keskimmäistä tasoa ovat riidan kohteen selvittämisen kannalta tärkeimmät.

Kuvio 10. Asian hahmottamisen malli.



² *Larenz* s. 278.

³ Englisch s. 21–22, 83–84, Larenz s. 293–294: »... verbleibt dem Richter ein Beurteilungsspielraum, der durch jedermann überzeugende Erwägungen nicht mehr auszufüllen ist.« Ks. mVds Hart s. 121–124.

⁴ »Tasojattelu», jota seuraavassa modifioin, on alkuperäisessä muodossa Ekelöfin prosessioikeuden oppikirjassa (*Ekelöf-Boman Rättegång* I) s. 41.

2.2 TODELLISUUDEN TASO

2.2.1 Tapahtumat

Jokaisen riita-asian taustalla on *tapahtuma*, yleensä teko tai useita tekoja.⁵ Riidan perustana on tapahtuma silloinkin, kun asianosaiset riitelevät vain lain oikeasta tulkinnasta.⁶ Tapahtumat on tässä yhteydessä ymmärrettävä todellisuudessa tapahtuvana muutoksena, yleensä käyttäytymisenä (tekoina). Oikeudellisesti merkittävää voi olla myös muu tapahtuminen, kuten laiminlyönti, sairastuminen tai kuolema.⁷ Vanhemman kirjallisuuden termejä käyttäen tapahtumat merkitsevät aineellista totuutta eli »viimeisen asiakäsittelyn hetkellä voimassaolevaa ulkoprosessuaalista tosiseikastoa».⁸

Tapahtumat ja seikat on erotettava toisistaan. Prosessioikeudessa seikalla tarkoitetaan yleensä tapahtumaa koskevaa väitettä.⁹ Kyse on silloin väitteen tekijän tietyllä tavalla rajaamasta todellisuuden kuvauksesta. Väitteet rajataan väittämisen *tarkoitusta palvelevalla tavalla*. Tämä rajaaminen merkitsee sitä, että *on olemassa jokin motiivi tai syy siihen*, että väite on sen sisältöinen kuin on.¹⁰ Tällaista tapahtumien kulkua koskevaa väitettä kutsutaan prosessioikeudessa paitsi seikaksi, myös *konkreettiseksi tosiseikaksi* tai *konkreettiseksi faktaksi*.¹¹

Tapahtumisen oletaminen väitteen kohteeksi havainnollistaa konkreettisten tosiseikkojen ja oikeuskysymysten eroa.¹² Konkreettinen tosiseikka -termillä ei

⁵ Siitä, mitä tapahtuma (tapahtuminen) ja teko tarkoittavat, kirjoittaa Aarnio Laki, teko ja tavoite s. 99–100: »Alustavasti teko on määriteltävissä muutoksen aikaansaamisena tai muutoksen estämisenä maailmassa...Tapahtuminen on äsken esitetyn valossa ymmärrettävissä maailmantilojen muutoksena...»

⁶ Virolainen Materiaalinen s. 55

⁷ Saksalaisessa oikeudessa puhutaan käsitteistä »Sachverhalt» (Larenz s. 278), »Tatsachenkomplex» tai »Lebensvorgang» (Rosenberg-Schwab s. 566).

⁸ Tirkkonen s. 15, Salmiala DL 1946 s. 204.

⁹ Bolding s. 13 alaviite 3: »Vad som är föremål för bevis är alltid ett påstående om ett faktum. Man brukar emellertid ofta, med ett förenklat uttryckssätt, säga t.ex: »detta faktum är bevisat». Man uttrycker sig alltså såsom om det påstådda sakförhållandets existens..vore föremål för bevisningen...» Ks. HE 154/90 vp. s. 17 ja 30, Engisch s. 41 kirjoittaa tosiseikkojen ja todellisuuden välisestä suhteesta: »Als Tatsachen, als wirklich und real kommen zunächst einmal in Frage die der »Aussenwelt» angehörenden Gegenstände, Beschaffenheiten und Ereignisse einschliesslich des menschlichen Leibes und des an ihm sich Abspielenden, nicht minder aber ja eher mehr die im Inneren des Menschen ablaufenden psychischen Prozesse, die man dann in eigenpsychische einzuteilen pflegt.» Ks. myös Wikström s. 142: »Tosiasioiden olemassaolo todetaan viimekädessä välittömien havaintojen avulla.»

¹⁰ Engisch s. 19, Larenz s. 278–279, Saari Luoma s. 92 ss.

¹¹ Lindell s. 27.

¹² Makkonen Oikeudellisen s. 24 käyttää käsitettä »asiassa ilmikäynyt tosiseikka» samas-

ole kuitenkaan erityistä juridis-teknistä merkitystä, sillä konkreettisen tosiseikan relevanttiutta suhteessa normin tunnusmerkistöön ei ole välttämättä harkittu tai ratkaistu. Konkreettinen tosiseikka on siis tapahtumien kulkua koskeva väite, jonka esittämisen syy voi olla mikä arvostus tahansa.¹³ Oikeudenkäynnissä konkreettinen tosiseikka ei välttämättä muutu oikeustositseikaksi.¹⁴ Tämä näkyy riidan kohteen selvittämisessä sillä tavoin, ettei tuomaria yleensä kiinnosta, mitä kaikkea asiassa on tapahtunut, vaan se, mitä oikeudellisesti merkittävää asiassa on tapahtunut.¹⁵

2.2.2 Riidat

Riidat ovat psykologisia ja sosiologisia ilmiöitä, jotka liittyvät ihmisten luonteeseen ja oikeuskäsityksiin. Kirjallisuudessa puhutaan riidoista jännittyneinä asianosaisten välisinä suhteina, jotka voidaan ratkaista oikeudellisesti.¹⁶ Tässä esityksessä tarkastellaan vain oikeudellisia riitoja erotuksena erimielisyyksistä, jotka koskevat moraalista normia (esim. käyttäytymissäntöä, jonka mukaan ei pidä syödä hattu päässä) tai uskonnollista normia (esim. »muista pyhittää lepo-

sa merkityksessä kuin konkreettinen tosiseikka tässä esityksessä. *Boman* s. 46: »Föremålet för ett åberopande i teknisk mening skall vara 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... Vidare måste det röra sig om en omständighet till grund för talan.» Ks. myös *Lindell* s. 180–181, *Virolainen* Materiaalinen s. 55 ja *Carlson* DL 1939a s. 287.

¹³ Arvostamisesta ks. *Jareborg* Värderingar s. 189–195. *Bruns* s. 11 käyttää käsitettä »Streitpunkt» kuvaamaan oikeussuhteessa olevia riitakohtia.

¹⁴ Tämä tarkoittaa sitä, että tosiseikkaan vetoaminen ja tosiseikan oikeudellisen merkityksen arviointi voidaan erottaa toisistaan, vaikka ne juridisessa kielenkäytössä yleensä liittyvät toisiinsa. *Boman* on pohtinut käsitteiden eroa. Seikka merkityksessä »omständighet» liittyy kanteen perusteeseen. Omständighet -sana (olosuhteen merkityksessä) kuvaa seikan ja todellisuuden välistä suhdetta. Seikat (omständighet) ovat se osa tapahtumista, joihin asianosainen perustaa vaatimuksensa. *Boman* käyttää seikkaa (omständighet) ja oikeustositseikkaa (rättsfaktum) samassa merkityksessä, mutta selittää, että oikeustositseikka on välittömästi relevantti seikka eli edellytys vaatimuksen mukaisen ratkaisun tekemiselle. *Bomanin* esityksessä sana konkreettinen tosiseikka (faktum) on myös seikan (omständighet) synonyymi. Konkreettisia tosiseikkoja ovat kaikki tapahtumien todet osat. Konkreettisilla tosiseikoilla ei ole erityistä juridis-teknistä merkitystä, mikä taas oikeustositseikoilla on. Ks. *Boman* s. 9–10 ja alaviite 18 sivulla 9.

¹⁵ *Aarnio* On Legal Reasoning s. 68–69, *Jonkka* s. 10. *Klami* Föreläsningar s. 96 jakaa seikat kolmeen ryhmään: 1) Välittömästi relevantteihin seikkoihin (omedelbar relevanta fakta), jotka yhdistetään subsumptiossa normin tunnusmerkistöön, 2) relevanttiin tausta-aineistoon (relevanta bakgrunden), jolla on vaikutusta oikeudellisen ratkaisun kannalta muulla tavoin esimerkiksi oikeusseuraamuksen määräämisessä ja 3) merkityksettömiin seikkoihin (irrelevanta fakta). Ks. myös *Esser* Methoden der Rechtswissenschaft s. 30–31.

¹⁶ *Bruns* s. 9.

päivä»). Laissa käytetään käsitettä *erimielisyys* (OK 5:19.1,2), jolla tarkoitetaan haastehakemuksen ja vastauksen ilmentämää riitaa.¹⁷ Oikeustieteessä on käytetty *erimielisyydestä* sanontaa »riitainen oikeussuhde» (*Rechtsstreitigkeit*), joka voi johtua todellisesta tai kuvitellusta oikeudenloukkauksen tuntemuksesta (*Rechtsstörung*).¹⁸

Asianosainten välisen *erimielisyyden* syynä voi olla erilainen käsitys siitä, mitä asiassa on tapahtunut, tai erilainen käsitys siitä, kumpi on oikeassa. On myös tavallista, että asianosaiset ovat *erimielisiä* molemmista kysymyksistä. Ensimmäisessä vaihtoehdossa asianosaiset ovat eri mieltä siitä, mitkä ovat riidan perustana olevat konkreettiset tosiseikat. *Erimielisyys* koskee asia- eli näyttökysymyksiä. Asianosaisilla on silloin erilaisista näkemyksistä johtuen ristiriitaiset vaatimukset riidan ratkaisemiseksi. Toisessa vaihtoehdossa asianosaiset ovat *erimielisiä* siitä, miten heidän välinen *erimielisyys* tulisi ratkaista, heillä on erilaiset vaatimukset. Tällaisessa jutussa *erimielisyys* liittyy oikeuskysymyksiin. Kolmannessa vaihtoehdossa asianosaisilla on erilaiset näkemykset tapahtumista ja erilaiset vaatimukset. Sellaisessa jutussa riidan kohteen selvittämiskenttä on kaikkein laajin.

Riidat kuvaavat asian hahmottamisen mallissa *oikeussuhteen* (*rättsförhållande*) merkitystä prosessioikeudessa.¹⁹ Oikeudenkäynnissä ei voida tutkia pelkkiä tapahtumien kulkuja (asia- eli näyttökysymyksiä) eikä myöskään pelkkiä oikeuskysymyksiä, vaan kanteessa kuvataan asia- ja oikeuskysymyksistä muodostuva asianosainten välinen oikeussuhde.²⁰ Prosessioikeudellisessa kontekstissa oikeuskysymykseen viitataan tavallisesti vaatimuksessa, jossa osoitetaan (vaaditaan) tiet-

¹⁷ HE 15/1990 vp. s. 64.

¹⁸ *Bruns* s. 10. Oikeudenkäyntiin voidaan ryhtyä myös muista syistä kuin oikeusturvaodotuksen vuoksi. Asianosainten välisen oikeussuhteen keskeisestä merkityksestä prosessioikeudessa ks. *Jacobsson Vänbok till Boman* s. 217.

¹⁹ Oikeudenkäynti ei merkitse ainoastaan jo ennen oikeudenkäyntiä »olemassa olevien» subjektiivisten oikeuksien toteuttamista. *Olivecrona* s. 127: »Däremot kan domaren sätta sig in i vilka idéer om rättigheter och skyldigheter, som uttryckas i lagstiftningen och ligga till grund för auktoritativ praxis. Men han betraktar dem icke utifrån såsom blott faktiskt föreliggande idéer. Han lever ju med i rättssamhällets tankeliv. Vidare är han särskilt starkt inriktad på att bilda sina idéer om rättigheter och skyldigheter i anslutning till lag och praxis. ... När så domaren står inför det konkreta fallet, ter det sig för honom så, att han skall träffa ett avgörande om parternas rättigheter och skyldigheter gentemot varandra, i den mån de underställts hans prövning.» *Jacobsson Vänbok till Boman* s. 216: »Därmed (kravet att det skall gälla ett rättsförhållande – SL) menas att part skall påstå att en viss händelse ägt rum och att denna enligt civil lag ger en rättighet eller skyldighet mot svaranden.» *Olivecronan teoriasta* ks. myös *Lehtinen DL* 1941 s. 296–298.

²⁰ Pelkkä konkreettisen tosiseikan olemassaolo eli »tapahtumisen vahvistaminen» ei voi siten olla kannevaatimuksena eikä myöskään pelkästään vaatimus saada auktoritatiivinen vah-

tyä oikeudellisesta normista ilmenevää oikeusseuraamusta. Vaatimus ja sen perusteena olevat seikat kuvaavat silloin asianosaisten välistä oikeussuhdetta.

Oikeudenkäynnissä voidaan poikkeuksellisesti tutkia oikeussuhdetta myös ilman vaatimusta täytäntöönpanokelpoisesta tuomiosta. OK 14:2.1,2:ssa säädetään asianosaisten oikeudesta vaatia vahvistettavaksi sellainen oikeussuhde, joka asianosaisten välisessä oikeudenkäynnissä on riitainen ja jonka selvittämistä asian muun osan ratkaiseminen edellyttää. Säännöksen perusteella tuomioistuim voi esimerkiksi vahvistaa, onko jokin sopimus pätevä, onko suoritusvelvollisuus voimassa tai onko kantajalla parempi oikeus tiettyyn omaisuuteen kuin vastaajalla.²¹ Tämänkään säännöksen nojalla ei voida vahvistaa pelkkää tapahtumien kulkua (esimerkiksi sitä, että talo on maalattu tai että sopimus on tehty), vaan oikeussuhde on muodostettava asia- ja oikeuskysymyksistä.²² *Oikeussuhde merkitsee myös ulommaisrajoja*, joiden puitteissa riidan kohdetta selvitetään.²³

vistus kysymykseen, onko tietty normi sovellettavissa tiettyyn konkreettiseen tapaukseen tai vaatimus, että tuomioistuim abstraktilla tasolla vahvistaisi tietyn normitulkinnan oikeaksi. Ks. *Hov* s. 124 ja siinä oleva tapaus, jossa jätettiin tutkimatta kanne, jolla vaadittiin bakteriologiseen testiin (kontrolli) käytettävän metodin julistamista vääräksi ja harhaanjohtavaksi. Ks. myös *Jacobsson* Vänbok till Boman s. 216: »Talan måste gälla både sak- och rättsfrågan. Talan skall avvisas om kändanden endast yrkar att auktoritativt uttalande om att en viss händelse ägt rum. Talan skall även avvisas om kändanden endast yrkar att auktoritativt uttalande om att viss civilfall är tillämplig i hans konkreta fall.» *Ekelöf Rättegång* II s. 106: »Härav följer att man inte kan föra talan enbart om en lagtolkningsfråga in abstracto. ... Detsamma är åtminstone i princip fallet med ett yrkande om att rätten enbart måtte fastställa att en viss händelse inträffat.

²¹ Esimerkkien osalta ks. tarkemmin *Fitger* s. 13:18, *Ekelöf Rättegång* II s. 106.

²² Esimerkkien osalta ks. tarkemmin *Fitger* s. 13:18, *Hov* s. 121 ss. Oikeustieteessä on keskusteltu siitä, mitä oikeussuhde tuossa lainkohdassa tarkoittaa. *Ekelöf Rättegång* II s. 106–107 ja *Fitger* s. 13:18 ovat sillä kannalla, että oikeussuhteen vahvistaminen olisi mahdollista vain, jos sen perusteella esitetään oikeudellisesti mielekäs vaatimus (positiivinen tai negatiivinen vahvistuskanne): Heidän mielestään ei ole mahdollista vahvistaa, että tietty velkakirja on väärennetty tai että irtaimen kaupan liittyvä suoritus on virheellinen. Itse kuitenkin olisin taipuvainen hyväksymään *Lindellin* ja *Jacobssonin* näkemykset. *Lindellin* s. 432–433 mukaan velkakirjan vahvistaminen väärennetyksi ei ole tapahtumien kulun vahvistamista (kuten *Ekelöf* väittää *Rättegång* II s. 106), vaan väärentäminen viittaa normin tunnusmerkistöön, joten tuomioistuimen kannanotto sen suhteen ei ole asiakysymys, vaan osittain myös oikeuskysymys. Hän ja *Jacobsson* (*Vänbok till Boman* s. 217) ovat sillä kannalla, että »oikeussuhde» viittaa aineellisoikeudelliseen lainsäädäntöön, mutta merkitystä ei ole sillä, liittykö juridinen relevanssi tunnusmerkistöön vai oikeusseuraamukseen tai molempiin. Siten olisi mahdollista tutkia ja vahvistaa kysymys, onko velkakirja väärennetty, mutta ei kysymystä, onko sopimus tehty, jos viimeksi mainittu viittaa vain tapahtumien kulkuun. *Jacobsson* *Vänbok till Boman* s. 218: »Om part yrkar att få domstols auktoritativa uttalande om nuläget beträffande både sak- och rättsfråga i en tvist mellan honom och en annan må sådan talan prövas, även om part inte yrkar att domen skall vara verkställbar.»

²³ *Bruns* s. 10: »Indessen enthält der Streitzustand der Parteien vor dem Prozess bereits

Oikeusturvaodotus on tärkeä riitaan liittyvä elementti. Jotta riita etenisi oikeudenkäynnin asteelle, on asianosaisten oltava eri mieltä siitä, millaisen ratkaisun he hyväksyvät oikeussuhteessaan.²⁴ Oikeusturvaodotus voi muodostua tietyn sisältöiseksi lain säännösten perusteella. Maallikon oikeusturvaodotus perustuu usein myös muuten muodostuneeseen käsitykseen oikeasta ja väärästä. Elämäkokemukseen voi kuulua tietoisuus esimerkiksi samankaltaisissa asioissa aiemmin annetuista ratkaisuista.²⁵ Oikeusturvaodotus ja halu riidellä ovat syitä oikeudenkäynnin aloittamiselle. Kun oikeusturvaodotus konkretisoidaan tietyn sisältöiseksi riitasuhteen ratkaisuksi, se muodostuu tuomioistuimelle esitettäväksi vaatimukseksi.

2.3 PROSESSITOIMIEN TASO

2.3.1 Vaatimukset ja niiden perusteet

Tapahtumat ja riidat tulevat riita-asioissa osaksi oikeudenkäyntiä haastehakemuksessa. Kantajan on ilmoitettava haastehakemuksessa yksilöity (1) vaatimus ja yksityiskohtaisesti ne (2) seikat, joihin vaatimus perustuu (OK 5:2). Yksilöity vaatimus merkitsee kantajan vaatimusta siitä, kuinka riita on ratkaistava. Kantaja osoittaa vaatimuksella sen lakiin perustuvan tai muuten oikeudenmukaiselta tuntuvan oikeusseuraamuksen, jonka hän toivoo tuomioistuimen tuomitsevan asiassa. Niillä seikoilla, joihin hänen vaatimuksensa perustuvat, tarkoitetaan niitä konkreettisia tosiseikkoja, jotka kantajan käsityksen mukaan ovat oikeudellisesti relevantteja.²⁶ Kantajan velvollisuutena on esittää oikeusseuraamuksen fakta-premissit.²⁷

die äusserste Begrenzung des prozessualen Streitgegenstandes und seine Strukturlinien.» *Olivecrona* s. 262, 319. Ks. kuitenkin *Lappalainen* DL 1993 s. 4–6.

²⁴ Oikeusturvaodotuksesta kirjoittaa *Aarnio* Lain ja kohtuuden tähden s. 85–86. Tarkempi analyysi erimielisyydestä (toisessa tarkoituksessa) on *Aarniolla* teoksessa *The Rational* s. 107–110.

²⁵ *Kemppinen* Kulttuuri-ilmiönä s. 42–46 kirjoittaa sidosryhmien vaikutuksesta oikeudenmukaisuus-käsityksen muotoutumiseen. Laajemmin asiaan palataan esiyymmärtämistä koskevassa esityksessä. Ks. s. 173 ss.

²⁶ *HE 15/1990 vp.* s. 49–50: »Sanotun lainkohdan perusteella haastehakemuksessa on ilmoitettava ne välittömästi asiaan vaikuttavat tosiseikat, joiden olemassaolosta hakija katsoo seuraavan, että hänen vaatimuksensa on oikeutettu... Yksityiskohtaisella selonteolla niistä seikoista, joihin vaatimus perustuu, tarkoitetaan lähinnä sitä, että haastehakemuksesta tulisi käydä asiaan vaikuttavilta osin kokonaisuudessaan ilmi se tapahtumain kulku, jonka seurauksena on hakijan vaatimus. Tällöin ei kuitenkaan, kuten ei nykyisinkään, edellytettäisi oikeudellisten perusteiden ilmoittamista.»

²⁷ *Lappalainen* DL 1989 s. 97, *Rosenberg-Schwab* s. 702: »Tatsache in diesem Sinne ist

Kanneperusteena ei kuvata koko tapahtumien kulkua, sillä kantajan tulee esittää ne konkreettiset tosiseikat, jotka ovat hänen vaatimansa oikeusseuraamuksen määräämisen kannalta välttämättömiä.²⁸ Tämä johtuu meillä omaksutusta subjektiivisesta väittämistaakasta. OK 24:14.2:n perusteella tuomioistuin ei nimittäin voi perustaa tuomiotaan seikkaan, johon »asianosainen ei ole vaatimuksensa tai kiistämisensä tueksi vedonnut».²⁹ Samalla havaitaan, että vaatimus ohjaa väittämistä.

Vastaaja liittyy oikeudenkäyntiin antamalla kirjallisen vastauksen (OK 5:9–10), jossa hän esittää oman vaatimuksensa riidan ratkaisemisesta hänelle edullisella tavalla. Voidaan puhua *vastaajan vaatimuksesta*.³⁰ Niitä ovat lähinnä *kiistäminen* ja *myöntäminen*, koska vastaajalla on ilman vastakannetta vain rajoitettu mahdollisuus tehdä muita vaatimuksia.³¹

Vastaajalla on periaatteessa samanlainen subjektiivinen väittämistaakka kuin kantajallakin. Hänen on OK 5:10.1,2:n mukaisesti vedottava niihin konkreettisiin tosiseikkoihin, joihin hän perustaa kiistämisensä. Voidaan puhua *vastaajan vaatimuksen perusteista* tai lyhyemmin *kiistämisen perusteista*.³²

Peruste -sanalla on kuitenkin monitahoisempi merkitys vastaajan vaatimuksen yhteydessä kuin kantajan vaatimuksen yhteydessä. Kiistämisen peruste voi

daher alles, was zum Tatbestand der anzuwendenden Rechtssätze gehört und den Untersatz des richterlichen Syllogismus bildet: es sind die konkreten nach Raum und Zeit bestimmten, vergangenen oder gegenwärtigen Geschehnisse und Zustände der Aussenwelt und des menschlichen Seelenlebens, die das objektive Recht zur Voraussetzung einer Rechtswirkung gemacht hat.»

²⁸ Virolainen Alioikeusuudistus s. 87.

²⁹ Asianosaisen velvollisuudesta vedota oikeustositseikkoihin (eli asia- ja oikeuskysymysten vuorovaikutuksesta) johtuu se, että kanneperusteena esitetään konkreettisten tosiseikkojen ohella myös muunlaisia seikkoja. Ne voivat olla mm. kokemussääntöjä ja oikeusohjeita (*Ekelöf-Boman Rättegång* I s. 31). Virolainen liittää seikkoihin myös kompleksiset oikeustositseikat, kuten omistusoikeus, tuottamus ja vilpitiön mieli (*Virolainen Lainkäyttö* s. 31). Tässä yhteydessä on huomioitava myös ns. institutionaalisten faktojen erityisluonne. Ne ovat sosiaalisia tosiseikkoja, joiden olemassaolo edellyttää yhteiskunnallisten instituutioiden, kuten sääntöjärjestelmän, olemassaoloa. Esimerkiksi »avioliittoon vihkiminen» on tällainen institutionaalinen fakta, joka kanteen rakenteessa voidaan kuvata vaatimuksen perusteena, seikkana. Sen erikoinen luonne paljastuu, kun ajatellaan, että avioliiton vahvistaminen voi olla myös prosessin kohteena. Ks. institutionaalisista faktoista *Helin* LM 1978 s. 658–661 ja vrt. *Ekelöf Grundbegrepp* s. 67 ss. Ks. seikkojen erilaisesta oikeudellisesta merkityksestä *Klami Föreläsningar* s. 96.

³⁰ OK 5:19.1,1.

³¹ Ks. esimerkiksi OK 5:10.1,1, OK 5:14.2,2, OK 6:2.1,2.

³² Terminologian osalta ks. *HE 15/1990 vp.* s. 57 ja *Virolainen* LM 1991 s. 384–385. Virolainen käyttää kiistämisen käsitettä ainoastaan silloin, kun kiistämisen perusteena on näytöväite. Muulloin Virolainen puhuu kanteen vastustamisesta. Virolaisen terminologia on samanlainen Ekelöfin käyttämän kanssa (*Ekelöf-Boman Rättegång* I s. 34).

sisältää konkreettisia tosiseikkoja, mutta on olemassa myös muita tapoja vastustaa kannetta. Kannetta voidaan vastustaa (1) *prosessuaalisella perusteella* esimerkiksi vetoamalla prosessinedellytyksen puuttumiseen. Kannetta voidaan vastustaa aineelliseen lainsäädäntöön liittyvällä (2) *oikeusväitteellä*, väitteellä siitä, ettei kantajan vaatimus perustu lakiin. Kummassakaan näistä tapauksista kiistämisen perusteena ei ole riitasuhteeseen liittyvä konkreettinen tosiseikka. Konkreettisiin tosiseikkoihin perustuvat väitteet ovat *asiaväitteitä*. Asiaväitteenä asianosainen voi (3) *esittää näyttöväitteen* tai (4) *vedota vastatosiseikkaan*.³³ Asiaväitteet ovat tavallisimpia kiistämisen perusteita.

Ainoastaan silloin, kun vastaaja vetoaa *vastatosiseikkaan* (motfaktum), hänen vaatimuksensa perusteet muodostuvat konkreettisista tosiseikoista samassa merkityksessä kuin kantajan kanneperuste. Vastaajan väittämistaakka koskee lähinnä vain vastatosiseikkoja.³⁴ Näyttöväitekin voitaisiin usein perustella konkreettisilla tosiseikoilla, mutta koska näyttöväite on vain kantajan väitteiden kontradiktorinen vastakohta (»kantajan väitteet eivät ole totta»), ei näyttöväitteen perusteella tapahtuva kiistäminen edellytä yksilöityihin konkreettisiin tosiseikkoihin vetoamista, vaan se riittää kiistämisen perusteeksi lyhyesti muotoiltuna (vrt. OK 5:13.1,2).³⁵

2.3.2 Prosessitoimet

Prosessitoimien taso muodostaa oikeudenkäyntimenettelyn. Menettely voidaan kuvata prosessitoimien sarjana tai yksinkertaisesti prosessitoimina, joilla vaikutetaan asian käsittelyyn.³⁶ Myös *asian yksilöinti tapahtuu prosessitoimien avulla*. Prosessitoimet on ymmärrettävä laajasti. Asiaan vaikuttava toiminta alkaa jo silloin, kun asianosainen ottaa yhteyttä asianajajaan, joka ryhtyy valmistelemaan

³³ Virolainen Materiaalinen s. 54–55, Virolainen LM 1991 s. 385–386, Virolainen LM 1985 s. 984–986, Ekelöf Grundbegrepp s. 59, Ekelöf–Boman Rättegång I s. 33–34. Erotan tässä asiaväitteistä oikeusväitteet, koska oikeusväite liittyy oikeudenkäynnin normin tulkintaan ja siirtää siten huomion pois konkreettisista faktoista. Tämän esityksen kannalta oikeuskysymysten ja asiakysymysten erottaminen on tärkeämpää kuin prosessioikeudellisten ja aineellisoikeudellisten kysymysten erottaminen. Ks. myös Virolainen Lainkäyttö s. 33.

³⁴ Virolainen Materiaalinen s. 175–176, Virolainen LM 1985 s. 986–988.

³⁵ Ks. HE 15/1990 vp. s. 59. Tarkoitan sitä, että jo näyttöväite sinänsä on peruste kiistämiseksi.

³⁶ Wrede I s. 24. Tämä esitys ei edellytä tietyn prosessitoimiteorian hyväksymistä. Funktionaalinen käsitys kuvaa kuitenkin parhaiten sitä vuorovaikutussuhteiden moninaisuutta, jossa tuomari työskentelee. Prosessitoimiteorioista katso *Baumgärtel* s. 2 ss. Prosessitoimista yleensä katso *Bruns* s. 119 ss., Ekelöf Grundbegrepp s. 30 ss. ja *Halila* s. 28 ss., funktionaalisen teorian ymmärtämiseksi erityisesti s. 30–31.

asiaa. Käräjäoikeudessa asian käsittely alkaa haastehakemuksen kirjaamisen yhteydessä. Kansliahenkilökunta ja käräjäsihteerit huolehtivat taitojensa mukaan OK 5:5.1:ssä säädetystä haastehakemuksen täydennyttämisestä. Täydennyskehoitus voi koskea myös kanteen yksilöintiä. On väärin sitoa kanteen yksilöintiä tiettyyn hetkeen tuossa prosessissa, sillä asia muotoutuu menettelyn aikana.³⁷

On hyvin tavallista, että prosessisubjektien käsitykset siitä, mitä on vaadittu ja millä perusteella, eroavat toisistaan.³⁸ Näiden erimielisyyksien selvittämistä tarkoitetaan OK 5:19.1,1:n mukaisella riidan kohteen selvittämisellä.³⁹ Käytännössä tämä tarkoittaa keskustelua vaatimuksista ja niiden perusteista. Valmistelun päätteeksi tehtävä yhteenveto (OK 5:24) on prosessitoimi, jossa tuomioistuimien kokoaa keskustelun tulokset ja yksilöi asianosaisten välisen erimielisyyden sellaiseksi kuin se on valmistelussa muotoutunut. Ellei asian hahmottamistavasta päästä yksimielisyyteen, tuomioistuimen on ratkaistava erimielisyys joko tuomiossa tai erillisellä päätöksellä.⁴⁰

Asianosaisten erimielisyyden kaikkia mahdollisia kohteita ei voitane luetteloida, vaan on etsittävä tavallisimpia tilanteita. *Vaatimukset* muodostavat useita erimielisyyden kohteita. Laadullisten ja määrällisten epäselvyyksien lisäksi on tavallista, että riita-asioissa on ristiriitaisia käsityksiä vaatimusten perustumisesta lakiin.⁴¹

Hyvin usein asianosailla on erilaiset käsitykset *tapahtumista*. Ihmisten kyky tehdä havaintoja vaihtelee ja heillä on myös tarve ymmärtää havaintonsa ja selittää ne itselleen johdonmukaisella tavalla. Esimerkiksi kolariäänien kuullessaan ohikulkijat muodostavat hyvin nopeasti käsityksen siitä, mistä suunnasta autot ovat tulleet. *Ihmiset lisäävät havaintoihin seikkoja*, joita he tietävät kokemuksensa perusteella normaalisti liittyvän havaitsemansa kaltaiseen tapahtumaan. Niitä esitetään hyvin tavallisesti vaatimusten perusteena. *Kieli asettaa omat rajoituksensa* mahdollisuuksille kuvata havaintoja.⁴² Ei ole olemassa keinoa siirtää tapahtumia autenttisesti oikeudenkäynnissä käytettäväksi.⁴³

³⁷ Ks. KäOL 19 § (581/1993) ja KäOA 22 § (582/1993). Ratkaisutoimintaan liittyvistä vuorovaikutussuhteista Makkonen kirjoittaa (Oikeudellisen s. 24): »Lisäksi ympäröi ratkaisijaa kanssaihmiset, kollegat, oikeudenetsijät ym., hänellä on edessään erilaisia tekoja ja tapahtumasarjoja, katkelmia yhteiskunnallisesta todellisuudesta.»

³⁸ Määrittelyongelmien osalta ks. Lappalainen DL 1993 s. 4–6.

³⁹ HE 15/1990 vp. s. 64.

⁴⁰ Ks. OK 24:24, HE 154/1990 vp. s. 25 ja 38–39 sekä Lappalainen Alioikeusuudistus s. 208–209.

⁴¹ Aarnio On Legal Reasoning s. 69.

⁴² Asiasta kirjoittaa tarkemmin Jonkka s. 11–15.

⁴³ Korrespondenssi-, koherenssi- ja konsensusoteorioista faktapremissin yhteydessä ks. Jonkka s. 14 ja yleisesti Klami Föreläsningar s. 20 ss.

Riidan kohteen selvittämisen tarve johtuu usein myös siitä, että prosessisubjektit – tuomioistuin mukaanlukien – ovat eri mieltä siitä, mitä oikeudellisesti merkittävää asiassa on tapahtunut.⁴⁴ Tältä osin ongelmat voivat liittyä sekä normien tuntemiseen ja tunnistamiseen että siihen, onko jotain oikeudellisesti merkittävää ylipäättään tapahtunut. Tuomarin roolin kannalta on tärkeää huomata, että asianosaisten ei edellytetä tunnistavan konkreettisten tosiseikkojen oikeudellista merkitystä.⁴⁵ He kantavat kuitenkin riskin siitä, että he vetoavat kaikkiin oikeusseuraamuksen määrittämisen kannalta relevantteihin seikkoihin eli oikeustositseikkoihin. Tämä muodostaa sen keskeisen ristiriidan, jossa tuomari joutuu miettimään, miten pitkälle prosessinjohto voidaan ulottaa.

2.4 OIKEUSJÄRJESTYKSEN TASO

2.4.1 Oikeustositseikat

Edellä jo tarkasteltiin vaatimus-, peruste- ja seikka -käsitteiden tavanomaisia merkityksiä prosessitoimien tasolla. Oikeusjärjestyksen tasolla kyetään selittämään *seikka-*, *oikeustositseikka-* ja *todistustositseikka* -käsitteiden erilaista käyttöyhteyttä.⁴⁶ Konkreettinen tosiseikka on asianosaisten esittämä, todellisuutta koskeva väite. *Oikeustositseikasta* ja *todistustositseikasta* puhutaan silloin, kun tällaiselle väitteelle annetaan tietty *oikeudellinen merkitys*.⁴⁷

Oikeustositseikan relevanttius tarkoittaa sitä, että oikeustositseikka on välttämätön edellytys tietyin oikeusseuraamuksen määrittämiselle. Yksinkertaistaen sanotaan, että oikeusjärjestyksessä liitetään oikeusseuraamus oikeustositseik-

⁴⁴ Aarnio On Legal Reasoning s. 68–69.

⁴⁵ Lappalainen Alioikeusuudistus s. 101.

⁴⁶ Virolainen Materiaalinen s. 56: »Välittömästi relevantista tosiseikasta käytetään termiä rättsfaktum ja välillisesti relevantista tosiseikasta bevisfaktum. Vastaavina suomenkielisinä termeinä voidaan käyttää oikeustositseikan ja todistustositseikan käsitteitä.» Boman s. 9–10: »När här talas om omständighet, avses härmed i regel vad som i motiven till RB benämnes omedelbart relevant omständighet, d.v.s. rättsfaktum.» Ks. myös Lappalainen LM 1986 s. 758, Virolainen LM 1985 s. 984–985 ja Ovaskainen s. 59.

⁴⁷ Oikeustositseikan ja todistustositseikan ero on välillisesti ja välittömästi relevanttien seikkojen ero. Välillisesti relevantteja seikkoja kutsutaan todistustositseikoiksi. Todistustositseikka on parempi tai huonompi todiste joko oikeustositseikan tai toisen todistustositseikan olemassaolosta. Väittämistaakka ei koske todistustositseikkoja. Niihin liittyviä prosessitoimia ohjataan todisteluun ja todistusharkintaan liittyvillä normeilla. Todistustositseikkoja ei tässä käsitellä. Ks. niistä tarkemmin Lappalainen Alioikeusuudistus s. 59 ja 103 ja Jonkka Todistusharkinnasta s. 32 ss. ja Klami Föreläsningar s. 69.

kaan.⁴⁸ Tämä väite ei pidä paikkaansa monimutkaisten normien kohdalla. Normit muodostuvat nimittäin lähinnä kahdesta osasta, *tunnusmerkistöstä ja oikeusseuraamuksesta*. Tunnusmerkistö kuvaa normin soveltamisen edellytykset. Se ei yleensä liity mihinkään konkreettiseen tapaukseen, vaan on abstrakti kuvaus niistä tunnusmerkistötekijöistä, joiden täyttyessä normia voidaan ja pitää soveltaa. Tunnusmerkistöä kutsutaan esittämistavan vuoksi myös nimillä *abstraktinen tosiseikasto tai rekvisiitta*.⁴⁹

Perinteisen ajattelutavan lähtökohta on, että oikeusjärjestyksestä löytyy kaikkia oikeudellisia kysymyksiä varten normi, jonka tunnusmerkistössä kuvataan normin soveltamisen edellytykset. Tähän liittyy idea yhdestä oikeasta ratkaisusta, lakisidonnaisuuden periaate ja käsitys tuomarista lain soveltajana.⁵⁰ Tällaista käsitystä tukee myös looginen syllogismi oikeudellisen ratkaisun muotona. Ajatellaan, että normipremissi on otettavissa sellaisenaan jostakin. Se määrää ratkaisijan tahdosta riippumatta, mitkä ovat jutun relevantit oikeustositteet.⁵¹

Usein erityisesti riita-asioissa normien tunnusmerkistöt ovat kuitenkin epämääräisiä. Tunnusmerkistöissä käytetään (1) *arvostuksenvaraisia käsitteitä*, kuten huolimattomuus, varomattomuus, kohtuullinen aika, olennainen merkitys ja arvoton menettely.⁵² Nämä käsitteet eivät määrää mitään yksittäistä konkreettista tosiseikkaa relevantiksi. Meillä käytetään myös (2) *ns. blanco-säännöksiä* erityisesti rangaistusuhan toteuttamiseen. Niille on tyypillistä se, että tunnusmerkistö liitetään avoimesti koko säädökseen, jolloin tunnusmerkistön muotoileminen jätetään yksittäistapauksessa ratkaisijan tehtäväksi. Samanlainen *tilanne* on *sopimusoikeuden alaan liittyvissä riidoissa*, joissa sopimusehdot muodostavat tavallaan normiston. Velvoiteoikeuden alaan liittyvät normit ovat usein muodostuneet oikeuskäytännön ja tapaoikeuden kautta ja niiden tunnusmerkistö on hy-

⁴⁸ Virolainen Materiaalinen s. 57: »Oikeustositteikkaan liittyy aina välittömästi tietty oikeusseuraamus,...» Ekelöf Grundbegrepp s. 57: »Med att en omständighet är av omedelbar relevans i ett mål menas att densamma har betydelse genom någon rättsföljd som enligt gällande rätt är anknuten därtill.»

⁴⁹ Lindell s. 27: »Den eller de förutsättningar som en regel uppställer kallas ibland också för rekvisit. Denna term har jag själv begagnat mig av tidigare i framställningen. Detta för att skilja mellan de förutsättningar som en regel uppställer och de faktiska omständigheter på verklighetsplanet som jämförs mot förutsättningarna i regeln. För att skilja häremellan kan man också använda termerna abstrakt och konkret rättsfaktum.»

⁵⁰ Virolainen Alioikeusuudistus s. 323: »Sanottu oppi yhdestä oikeasta ratkaisusta on kuitenkin nykyisin jo murentunut, sillä nykyisin on lähdeittävä siitä, ettei tuomari löydä ratkaisua, vaan hänen on se muodostettava; tuomioistuimien luo oikeutta. Valitettavasti tämä ero lopullisen ratkaisun ja yhden ainoan oikean ratkaisun välillä ei aina näy tuomioistuinten ratkaisujen perusteluissa.»

⁵¹ Lappalainen Alioikeusuudistus s. 101–102, Carlson DL 1935 s. 449.

⁵² Bolding s. 25. Käsitteiden luokituksesta ks. Jonkka s. 11, alaviite 22.

vin epämääräinen. Laissa ei ole yleissäännöstä esimerkiksi perusteettoman edun palauttamisesta. Riita-asioissa on tavallista, että asianosaiset ja tuomioistuin joutuvat itse *muodostamaan* myös *tunnusmerkistön*.

Esitän tätä tärkeää näkökohtaa valaisevan esimerkin. A ja B ovat eläneet avoliitossa usean vuoden ajan, mutta ovat nyt eronneet. Pari vuotta eroamisen jälkeen A vaatii B:ltä velkakirjan nojalla 8.000 mk:n saatavaa. B tunnustaa saatavan olemassaolon, mutta esittää kuittausväitteen sillä perusteella, että B on 1) rakentanut A:n maalle avoliiton aikana 50 m² suuruinen kesämökin, jonka rakentamiseen on kulunut aikaa 600 tuntia, 2) ostanut rakennusta varten tarvikkeita 4.000 mk:n arvosta, 3) maalanut ja kaakeloanut A:n omistaman rivitaloasunnon käyttäen siihen 80 tuntia ja 4) että tarkoituksena on ollut, että B saa vastikkeen työstään käyttämällä kesämökkiä ja asuntoa, mikä kuitenkin 5) ei ole ollut mahdollista, koska avoliitto on päättynyt pian rakennustöiden jälkeen ja omaisuus on jäänyt A:n omistukseen.⁵³

B vetoaa viiteen tosiseikkaan, joiden perusteella hän väittää vastasääntämiseen 24.000 mk, jolla hän vaatii A:n velkakirjaan perustuvan saatavan kuittamista. Miksi B vetoaa näihin seikkoihin? Miksi hän ei vetoa siihen, että A ja B ovat eronneet ystävinä, että he ovat eronsa jälkeen käyneet yhteisellä lomamatkalla tai että A on löytänyt uuden avopuolison, jonka velkojen maksamiseen hän tarvitsee rahaa? B:n vetoamista tiettyihin tosiseikkoihin ohjaa se, että hän tietää, että kuittausväitteen menestymisen kannalta tosiseikat 1–5 ovat relevantteja, kun taas edellä kuvatut tapahtumat ovat vaadittua oikeusseuraamusta ajatellen merkityksettömiä. Mistä B tietää sen?

Perinteinen ratkaisu olisi sanoa, että perusteettoman edun palauttamisesta tai toisen omaisuuteen kohdistuneen työpanoksen korvaamisesta säättävä normi määrää kyseiset seikat oikeustositseikoiksi.⁵⁴ Ei ole kuitenkaan

⁵³ Vrt. KKO 1988:27, jossa A ja B olivat eläneet avoliitossa ja sen aikana myös kihlautuneet. B oli avoliiton aikana rakentanut A:n kiinteistölle asuintalon ja autotallin. Vastikkeena rakennustyöstään B olisi saanut asua talossa, eikä työn korvaamisesta muulla tavalla ollut näytetty sovittua. A:n ja B:n välit olivat kuitenkin rikkoutuneet rakennuksen valmistumisen aikoihin niin, ettei B ollut voinut asettua taloon asumaan. Kun B:n työpanos oli ollut huomattava ja hän oli menettänyt vastikkeen A:lle suorittamastaan rakennustyöstä, hänellä oli oikeus saada siitä kohtuullinen rahakorvaus A:lta. Ks. myös KKO 1988:28, jossa A ja B olivat eläneet avoliitossa, jonka aikana A:n omistamalle maalle oli pääosin B:n varoilla rakennettu yhteiseen käyttöön kesämökki. A:n kuoltua ennen mökin valmistumista B ei kuitenkaan ollut voinut käyttää mökkiä. Kun ei ollut pääteltävissä, että B:n tarkoituksena olisi ollut luovuttaa mökkiin sijoittamansa varallisuuteensa nähden huomattavat varat A:lle vastikkeetta, B:llä oli oikeus saada A:n kuolinpesästä korvaus rahasisjoituksestaan. Kuittausväitteen (kvittningsinvändning) käsitettä käyttää *Ekelöf Rättegång* II s. 161. Meillä on samassa tarkoituksessa käytetty tavallisesti käsitettä kuittausvaatimus. Ks. tarkemmin *Halila* Saamisoikeuksien kuittauksesta s. 170 ss. Ks. myöhemmin s. 148 alav. 22 ja s. 165 alav. 87.

⁵⁴ Korkein oikeus otsikoi nämä tapaukset nimillä »korvaus toisen omaisuuteen kohdistu-

olemassa sellaista normia, jonka tunnusmerkistö määräisi juuri seikat 1–5 relevanteiksi, koska A:n suoritusvelvollisuuden perustavan normin tunnusmerkistö on avoin ja se sisältää lähinnä vain oikeusseuraamusta koskevan määräyksen: toisen omaisuuteen kohdistunut työpanos on korvattava. Huomataan, että B:n on itse muodostettava ne tunnusmerkistökijät, jotka ovat työpanoksen korvaamisen edellytyksenä. Hänen on muodostettava normin tunnusmerkistö. Vasta tämän jälkeen hän voi vedota oikeustositseikkoihin eli ratkaista, mitkä tapahtumiin liittyvistä konkreettisista tosiseikoista ovat hänen vaatimansa oikeusseuraamuksen kannalta relevantteja.

2.4.2 Subsumptio oikeustositseikan muodostamisessa

a)

Konkreettisten tosiseikkojen ja tunnusmerkistön muodostamista ei tarvitse välttämättä erottaa toisistaan, vaan niitä voidaan pitää yhtenä harkintaprosessina tai ratkaisuna, jota kutsutaan subsumptioksi. Oletetaan, että käsiteltävänä on riita-asia, johon liittyvät seuraavat konkreettiset tosiseikat: a) auton hinta on ollut 100 000 mk, b) auton vuosimalli on 1993, c) autolla on ajettu mittarin mukaan 10 000 km, d) auton moottori särkyy 100 km:n ajon jälkeen, e) moottorilla on tehdyn tutkimuksen perusteella tosiasiaa ajettu vähintään 250 000 km, f) ostaja on luullut ostavansa auton, jolla on ajettu 10 000 km ja g) auton arvo on 15.000 mk. Ennen kuin näistä konkreettisista tosiseikoista voidaan valita tietyt seikat kaupan purkamista koskevan vaatimuksen perusteeksi, on tehtävä *konkreettisia tosiseikkoja arvottava ratkaisu*, jolla päätetään, että tietyt tosiseikat vastaavat irtaimen kaupasta annetun lain 39.1 §:n tunnusmerkistöä ja merkitsevät sopimusrikkomusta, jolla on olennainen merkitys ostajalle.⁵⁵ Tätä konkreettisen tosiseikan ja tunnusmerkistöön liittyvän abstraktisen tosiseikan yhdistävää ratkaisua kutsutaan yleisesti subsumptioksi.

neesta työpanoksesta» ja »korvaus toisen omaisuuteen sijoitetuista varoista». Epäselväksi jäi, miten korkeimman oikeuden ratkaisuissaan käyttämä normisto erosi niistä perusteettoman edun palauttamista koskevista periaatteista, joiden perusteella hovioikeudet olivat ratkaisseet ko. tapaukset. Normilla on tietenkin vaikutusta siihen, mitkä tosiseikat ovat relevantteja. Jos »korvaus toisen omaisuuteen kohdistuneesta työpanoksesta» on normi, joka edellyttää sopimuksen, sopimuksen edellytysten ja niiden raukeamisen tai sopimuksen ehtojen ja niiden rikkomisen konstruointia, myös »konstruktion rakentamiseen» käytettävät tosiseikat ovat relevantteja eli määrättävän oikeusseuraamuksen kannalta olennaisia. Jos kantaja ajaa asiaa »perusteettoman edun palauttamisena», on mahdollista, etteivät »toisen omaisuuteen kohdistuneen työpanoksen korvaamisen» edellytykset täyty. Tämä korostaa tuomarin prosessinjohtovelvollisuutta.

⁵⁵ Vrt. Wróblewski s. 134–135.

Tuomioistuimien subsumoi aina ratkaistessaan riidan. Kysehän on perimmäältään siitä normipremissin ja faktapremissin yhdistämisestä, jota esimerkiksi looginen syllogismi kuvaa. Olennaisempaa onkin ehkä huomata se, että myös asianosaiset subsumoivat yksilöidessään asian tietyllä tavalla haastehakemuksessaan ja vastauksessaan.⁵⁶ Tämä on eräs vastaus kysymykseen, mikä määrää asianosaisten vaatimusten perusteena olevien seikkojen relevanttiuden.⁵⁷ Oikeudenkäynnin alussa sen määräävät asianosaiset itse päättäessään, mihin seikkoihin he vaatimuksensa perusteena vetoavat.⁵⁸ Asianosaiset esittävät oikeustositseikkoina ne konkreettiset tosiseikat, jotka asianosaisten käsityksen mukaan ovat relevantteja.⁵⁹ Tästä aiheutuu suurelta osin myös vaatimusten ja niiden perusteiden selvittämisen tarve (OK 5:19.1–2).

b)

Subsumption ymmärtämiseksi on tiedostettava, että oikeusharkinta ohjaa asianosaisten prosessitoimintaa.⁶⁰ Oikeudenkäynnin taustalla on riita. Asianosaisella on halu ja intressi voittaa se. Riidan voittamisen tarve ohjaa sekä vaatimista että väittämistä.

Sidos oikeusharkintaan on *vaatimisen* osalta selvä. Myös maallikon esittämä vaatimus perustuu parempaan tai huonompaan oikeusharkintaan, vaikkei hän aina kykene sitomaan vaatimustaan tiettyyn lain säännökseen. Maallikko harjoittaa oikeudelliset vaatimuksensa sen perusteella, millaiset tiedot hänellä on esimerkiksi oikeussäännöistä.⁶¹ Lakimies esittää vaatimuksen nojautuen lain sään-

⁵⁶ Bergholtz Festschrift till Jacobsson s. 2: »Denna relevansbedömning har egentligen parterna redan gjort i stämningsansökan och genom åberopande av bevisning. Domstolen endast överprövar den....Tänkbara skäl/tolkningar är normalt kända både för parter och domstol.» Esser Vorverständnis s. 50: »Die für den Syllogismus massgeblichen Begriffe müssen sowohl vom Gesetzgeber als auch vom Rechtsanwender in einer für die Ordnungsbedeutung angemessenen Form zugerichtet werden, damit die Subsumtion ein normgemäßes Resultat erbringen kann.» Brusiin Der Mensch s. 39, Lappalainen LM 1990 s. 249: »Se, mitkä seikat kulloinkin ovat oikeustositseikan asemassa, päätellään sovellettavan oikeusnormin abstraktisesta tunnusmerkistöstä käsin.»

⁵⁷ Wikström s. 142: »Faktapremissi ei muodostu kaikista ratkaistavaan tapaukseen sisällyvistä tosiasioista. Ratkaisija valitsee tosiasioiden joukosta relevantit tosiasiat. Ongelman muodostaa se, mistä saadaan relevanttiuden kriteerit.»

⁵⁸ Engisch s. 19 kuvaa relevanttiusratkaisun yhtenä tosiseikkoihin vetoamiseen liittyvänä elementtinä: »3. die Würdigung des Sachverhalts als eines solchen, der die Merkmale des Gesetzes d. h. genauer des Vordersatzes des Obersatzes bzw. des »Mittelbegriffs« aufweist.»

⁵⁹ Boman s. 11, Bolding s. 16 ss., Virolainen Materiaalinen s. 55, Lappalainen LM 1986 s. 760.

⁶⁰ Lappalainen Alioikeusuudistus s. 102: »Asianosaisella on siten oltava oikeudellista tietämystä, jotta hän osaisi vedota »oikeisiin» oikeustositseikkoihin.»

⁶¹ HE 15/1990 vp. s. 53–54, OK 5:5–6, Loosli s. 10. Tuomioistuimen on käsiteltävä juri-

nöksiin. Koulutuksensa vuoksi hän osaa arvioida esillä olevaan asiaan sovellet-tavan normiston ja vaatii sen mukaista oikeusseuraamusta.⁶²

Oikeusharkinta ohjaa kuitenkin myös *tosiseikkoihin vetoamista*. Maallikko vetoaa niihin seikkoihin, joiden perusteella hän on oman käsityksensä mukaan oikeassa. Prosessitoimien tason ja todellisuuden tason vuorovaikutus on ilmei-nen.⁶³ Toimintaan vaikuttavat tunteet ja arvostukset, jotka todellisuudessa vai-kuttavat riitaan. Usein maallikko kertoo kanneperusteena koko tapahtumien ku-lun tai esittää tapahtumista sekavan kuvauksen. Tämä johtuu siitä, ettei hän tunne tapaukseen sovellettavaa lakia. Normit eivät rationalisoi hänen esitystään.

Jos asiaa ajaa lakimies, tulee esille *prosessitoimien tason ja oikeusjärjestyk-sen tason vuorovaikutus*. Todellisuuden taso on etäisempi avustajalle kuin ta-pahtumat eläneelle maallikolle. Sitä vastoin avustaja osaa oikeustieteellisen kou-lutuksensa ja työstään saamansa kokemuksen perusteella ennustaa suurella to-dennäköisyydellä sen normiston, jota tuomioistuin käyttää asian ratkaisemises-sa. Tämä normisto, sen käsitteet ja tunnusmerkistö ohjaavat avustajan tapaa muo-toilla konkreettisia tosiseikkoja ja vedota niihin vaatimuksen perusteeksi.⁶⁴

Lakimies vetoaa niihin seikkoihin, jotka hänen käsityksensä mukaan johta-vat sellaiseen normiston käyttöön, että hän voittaa asian.⁶⁵ Hän ohjaa väitteil-

disesti epärationaalinen, mutta sinänsä mielekäs vaatimus, sillä määräämisperiaatteen ja jura novit curia -periaatteen suhde merkitsee sitä, ettei asianosaisen vaatimuksen yksilöinnin tar-vitse perustua lakiin. Selvä ja järjellinen vaatimus ovat riittävät edellytykset asian tutkimisel-le. Vaatimuksen yksilöintiä voidaan tarkentaa asian valmistelussa täydennyskehoituksilla ja myöhemmin materiaalisella prosessinjohtolla.

⁶² Maallikon ja lakimiehen oikeusajattelua on tarkastellut Graver s. 60 ss.

⁶³ Halila LM 1954 s. 215.

⁶⁴ Niitä edellytyksiä, joiden vallitessa tiettyä normia sovelletaan, ei voida yksittäistapauk-sissa johtaa konkreettisista faktoista. Normin soveltaminen on oikeuskysymys (rättsfråga); sitä ei voida tehdä vapaan todistusharkinnan perusteella, vaan kyseessä on pitämisratkaisu. Nor-min soveltamisedellytysten selvittäminen on oikeudelliseen kulttuuriin liittyvä tehtävä, jossa onnistuminen edellyttää lain tuntemista. Asiaan liittyvät konkreettiset tosiseikat kuitenkin oh-jaavat tunnusmerkistön etsimistä. Vastaavasti tunnusmerkistöt vaikuttavat siihen, mitkä konk-reettiset faktat katsotaan relevanteiksi. *Subsumptio* liittyy siten konkreettisten ja abstraktien tosiseikkojen vuorovaikutukseen. Lindell s. 38: »För att komma fram till slutsatsen att fakta...aktiverar culperegeln, krävs nämligen ett värderande – viljande – ställningstagande, där bl a lämplighets- och ändamålssynpunkter spelar in.» Ks. myös sivu 48: »Valet av tolknings-metod avgör vilka fakta i ett händelseförlopp som skall anses vara rättsligt relevanta. Om t ex en domare tolkar begreppet »resande» enligt den objektiva metoden och en annan domare begreppet enligt den teleologiska metoden, kommer de säkert att i det händelseförlopp som påstås ha inträffat, finna olika fakta som de anser relevanta...» Wikström s. 142: »Relevantit tosiasiat valikoituvat samalla, kun todetaan oikeusnormilauseessa kuvattujen tosiasioiden ja ratkaistavaan tapaukseen sisältyvien tosiasioiden välinen kuvasuhde.»

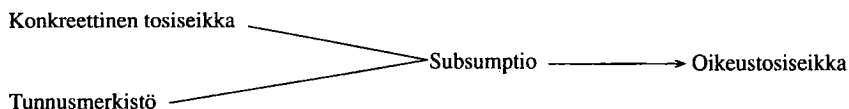
⁶⁵ Lappalainen Alioikeusuudistus s. 125: »..., koska normisto lopulta määrää, mitkä fak-

lään ja vaatimuksillaan myös tuomarin työskentelyä eli normin valintaa, tulkin-
taa ja käyttöä.⁶⁶

Tällä tavoin voidaan selittää todellisuuden tason, prosessitoimien tason ja oi-
keusjärjestyksen tason vuorovaikutusta. Kun oikeusjärjestyksen tason merkitys
jää maallikolle puutteellisen koulutuksen vuoksi vähäiseksi, jää avustajalle ja
tuomioistuimelle vastaavasti kaukaiseksi todellisuuden taso sen vuoksi, että hei-
dän on muodostettava käsityksensä siitä vain asianosaisten ja todistajien teke-
mien väitteiden ja kuvausten perusteella.⁶⁷

Tasolta toiseen siirtymiseen liittyy myös kielen rationalisoinnin lisääntyminen.
Kertomus sisältää rationalisointia jo silloin, kun asianosainen kertoo tapah-
tumia koskevista havainnoista. Asianosaisen avustajalla tätä rationalisointia on
paljon enemmän. Hän käyttää konkreettisista tosiseikoista puhuessaan sovellet-
tavaan normistoon liittyviä käsitteitä ja muotoilee väitteensä (tapahtumien ku-
vauksen) sellaiseksi, että tunnusmerkistön ja konkreettisten tosiseikkojen kielel-
lisen vastaavuuden toteaminen on helppoa.⁶⁸ Tapahtumien kuvaaminen proses-
sitoimilla ja tapahtuminen todellisuuden tasolla ovat kaksi eri asiaa.

Kuvio 11. Subsumption merkitys oikeustositseikan muodostamisessa.



tat ovat oikeustositseikkojen asemassa. *Würthwein* s. 62: »Da sich ein Recht als Folge gewisser, genau festgelegter Tatsachen ergibt, so liegt, wenn über die prozessuale Berücksichtigung von Tatsachen disponiert wird, zugleich auch indirekt – gewollt oder ungewollt – eine Bestimmung über das anzuwendende Recht vor.« Ks. myös *Bolding* s. 16–19.

⁶⁶ *Halila* LM 1954 s. 214–215: »Hänen on myös ollut omaksuttava määrätty kanta oikeusjärjestyksen sisällöstä ja soveltamisesta. Tosin tuo kanta saattaa olla melko epämääräinen asianosaisen ollessa maallikko. Sehän on tällöin monesti vain tietty tunne siitä, että asianosaisella on oikeus puolellaan. Mutta jos hän on itse saanut juridisen koulutuksen tai on käyttänyt jutussaan lainoppinutta asianajajaa, saattaa hänen tuomioistuimessa esittämänsä kanteen juridinen argumentointi saada hyvinkin pätevän ja jopa oikeustieteellisen leiman.«

⁶⁷ *Aarnio* Laki, teko ja tavoite s. 180–181 kirjoittaa faktakuvausten normatiivisuudesta. Ks. myös *Jareborg* *Värderingar* s. 215–218.

⁶⁸ *Wihuri* s. 39–41.

c)

Subsumption merkityksen tunnustaminen tekee mahdolliseksi *prosessistrategisen ajattelun*.⁶⁹ Tämä johtuu siitä, että asian käsittelyyn voi liittyä (1) useita käsityksiä oikeustositseikoista, (2) useita käsityksiä sovellettavasta normistosta ja oikeasta ratkaisusta ja (3) useita käsityksiä siitä, miten riita on yksilöitävä lain mukaisella käsitteistöllä.⁷⁰ Riidan kohdetta selvittävän tuomarin täytyy kyetä toimimaan tässä todellisuudessa. Hänen on valmistelussa kyettävä yksilöimään riita, mikä tarkoittaa vaatimusten ja oikeustositseikkojen muodostamista sekä riidattomien ja riitaisten oikeustositseikkojen erottamista toisistaan. Kysymys on itse asiassa riita-asian *tyypittämisestä*, riidan muokkaamisesta rationaaliseksi oikeusjärjestyksen kannalta.⁷¹ Tuomari joutuu tavallisesti oikaisemaan asianosaisten väärää käsityksiä, mutta hänen on oltava valmis myös muuttamaan omaa käsitystään. Lakimiesten ja maallikoiden pitäisi olla riidan kohteen yksilöinnin suhteen myös tosiasiallisesti yhdenvertaisia niin, ettei tietämättömyys prosessioikeudellisten käsitteiden juridis-teknisestä käyttötarkoituksesta aiheuttaisi oikeudenmenetystä. Ei saa kuitenkaan unohtaa sitä, että tuomioistuimien on sidottu asianosaisten vaatimuksiin ja väitteisiin (OK 24:14). Asianosaiset voivat määrätä asian yksilöinnistä myös tunnustamalla, myöntämällä, peruuttamalla vaatimuksia tai luopumalla niistä. Tätä määräämismahdollisuutta ei saa prosessinjohtolla pois-taa.

Kuvio 12. Vaatimusten ja niiden perusteena olevien seikkojen selvittämisen tehtäväkenttä. Kuviossa jaetaan riidan kohteen selvittäminen toisaalta normin soveltamisedellytyksiä ja oikeusseuraamusta koskeviin selvittämistavoitteisiin ja toisaalta asiakysymyksiä ja oikeuskysymyksiä koskeviin selvittämistavoitteisiin.

1) PROSESSITOIMIEN TASO: Konkreettiset tosiseikat	Vaatimuksen perusteena olevat seikat a, b, c, d, e, f	Vaatimus X
2) OIKEUSJÄRJESTYKSEN TASO: Abstraktiset tosiseikat	Tunnusmerkistö a1, c1, d1	Oikeusseuraamus X1
3) SUBSUMPTIO: Oikeustositseikat	Vaatimuksen perusteena olevat seikat/ Tunnusmerkistö a, c, d	Vaatimus/oikeusseuraamus X2

⁶⁹ Normeista strategian ja taktiikan raameina kirjoittaa Klami TfR 1981 s. 502.

⁷⁰ Klami Finalistinen s. 141–143.

⁷¹ Klami TfR 1981 s. 512, Jonkka s. 259.

2.5 TUOMION TASO

2.5.1 Käsitteiden epäyhtenäisyys

Lainsäätäjää käyttää *seikka* -sanaa myös tuomioistuimen ratkaisua koskevassa normistossa. Siinäkin yhteydessä seikka tarkoittaa yleensä konkreettista tosiseikkaa (OK 24:14.2, OK 24:15). Tuomion osalta on kuitenkin huomattava, että OK 24:18.1,3 velvoittaa tuomioistuinta tuomiossaan selostamaan »vain» ne *seikat*, joihin asianosaisten vaatimus perustuu. Tässä yhteydessä seikka tarkoittaa kaikkia kiistämisen perusteita käsittäen myös oikeusväitteet ja näyttöväitteet. Erimielisyyden perusteesta lausuminen on tuomion justifioinnin kannalta aina yhtä tärkeää riippumatta siitä, liittyykö erimielisyys konkreettisiin tosiseikkoihin vai normeihin. Tuomiossa on nimittäin ilmoitettava se oikeudellinen päätely, johon ratkaisu perustuu.⁷² Asianosaisten oikeudellinen erimielisyys on samanlainen oikeudellisen päättelyn syy kuin konkreettiset tosiseikat silloin, kun kanne kiistetään vastatosiseikkaan vetoamalla.⁷³ Lainsäätäjää onkin lainvalmistelutöissä neuvonut ratkaisijaa selostamaan tuomiossa kaikenlaiset kiistämisen perusteet.⁷⁴

2.5.2 Tuomion taso osana riidan kohteen selvittämistä

Riidan kohteen selvittämistä ohjaa asian ratkaisemisen tavoite. Tuomari pyrkii riidan kohteen selvittämällä siihen, että hän kykenee laatimaan asiassa oikean tuomion. Tuomion taso liittyy riidan kohteen selvittämiseen tavoitteen oikeasta ratkaisusta eli ratkaisun *perusteltavuuden vaatimuksen*. Tuomion rakenne vaikuttaa myös asian hahmottamiseen. Riidan kohteen selvittämällä pyritään oikeudenkäyntiaineisto jäsentämään sillä tavoin, että se voidaan hallita tuomion rakenteella eli tuomion perusteluilla ja tuomiolauselmalla (OK 24:18.1,4-5).

Tuomion perusteluissa tuomioistuin kuvaa ratkaisun perusteena olevat oikeustositseikat sellaisina, jollaisiksi ne väittämisten, kiistämisten, tunnustamisten ja näyttämättä jäämisten kautta ovat muotoutuneet. Todellisuuden tason tapahtumat siirtyvät tuomion tasolle monella tavoin muuttuneina. Oikeusseuraamus mää-

⁷² OK 24:15.

⁷³ *Boman* s. 12. Boman korostaa relevanttien tosiseikkojen ja prosessimateriaalin suhdetta. Hän on sitä mieltä, että konkreettisista tosiseikoista vain oikeustositseikat ovat oikeudenkäyntiaineistoa. Myös todisteet ja todistusteemat ovat kuitenkin yleensä prosessimateriaalia.

⁷⁴ *HE 154/1990 vp.* s. 34: »Milloin vaatimus kiistetään, kiistämisen perusteen tulee myös ilmetä selostuksesta.»

rätään tämän muuttuneen todellisuuden (muodollisen tai prosessuaalisen totuuden) perusteella.⁷⁵

Tuomion perustelujen sisältö riippuu siitä, millä perusteella kanne on kiistetty. Erimielisyyden kohde vaikuttaa perustelujen sisältöön. Jos kiistäminen perustuu asiaväitteeseen eli näyttöväitteeseen tai vastatosiseikkaan vetoamiseen, perustelujen painopiste on näytön kuvaamisessa ja arvioinnissa sekä näytetyksi tulneiden vastatosiseikkojen oikeudellisen merkityksen arvioinnissa. Oikeusseuraamus on joko kanteen hyväksyvä tai hylkäävä pääasialratkaisu, joka tehdään aineellisoikeudellista normistoa soveltaen (OK 24:1).

Jos riita koskee vain oikeuskysymyksiä, ei tuomion perustelujen painopiste ole oikeustositseikkojen merkityksen ja niitä koskevan näytön arvioinnissa, vaan normiston tulkinnassa. Tällaisessa asiassa tehdään myös pääasialratkaisu, sillä tulkittava normisto on aineellisoikeudellista.⁷⁶

Aineellisoikeudellisista pääasialratkaisuista on erotettava prosessioikeudellisella perusteella tehtävät päätökset. Niissä ratkaisun perusteena olevat oikeustositseikat eivät liity välittömästi asianosaisten riitasuhteeseen, vaan relevantit tosiseikat koskevat asian vireillepanoa tai asian käsittelyä (prosessitoimintaa). Tällaisessa päätöksessä sovelletaan prosessioikeudellista normistoa eikä ratkaisu merkitse hylkäävää tai hyväksyvää suhtautumista pääasiaa koskeviin vaatimuksiin. Päätös merkitsee ratkaisua siitä, tutkitaanko asia. Päätöksen perustelujen funktiot ovat kuitenkin samanlaiset kuin aineellisoikeudellisessa pääasialratkaisussakin, eikä päätöksen tekemisen heuristiikka eroa olennaisesti aineellisoikeudellisen ratkaisun tekemisestä.⁷⁷ Tuomion monista funktioista ja tuomitsemistilanteiden vaihtelevuudesta johtuu se, että asian hahmottamisen selkeä kahtiajako tosiseikastoa koskevaan ja vaatimuksia koskevaan hahmottamiseen ei siirry tasokaavion näyttämällä tavalla suoraviivaisesti tuomion perusteluihin ja tuomiolauselmaan.⁷⁸

⁷⁵ Muodollisesta totuudesta ks. *Lager* LM 1990 s. 682. Prosessuaalisesta totuudesta kirjoittaa *Lehtimaja* LM 1981 s. 171: »Tämän hieman kyynisen ajattelutavan omaksuessaan tuomari voisi ehkä välttyä siltä kiusalliselta ristiriidalta, joka usein liittyy aineellisen totuuden myyttiin: sekä intuitio että syytetyn rikosrekisteri saavat tuomarin vakuuttuneeksi siitä, että syyte on aineellisesti totta, mutta kuitenkin hän joutuu täyden näytön puutteessa hylkäämään syytteen – tai ainakin hänen pitäisi niin tehdä.»

⁷⁶ *HE 154/1990 vp.* s. 25 ja 35, OK 24:1, OK 24:15, OK 24:18.

⁷⁷ Vrt. *Wróblewski* s. 30, 35: Substantive Decisional Model/Procedural Decisional Model.

⁷⁸ Tuomion perusteluissa on perusteltava normin soveltamisedellytysten lisäksi muun muassa oikeusseuraamuksen määrääminen. Ks. *Loosli* s. 11–16, joka käyttää tätä kahtiajakoa (Sachverhaltsbereich / Antragsbereich).

3. SUBSUMPTIO

3.1 ASIAKYSYMYKSET JA OIKEUSKYSYMYKSET

3.1.1 Riidan kohteen täsmentämisen tavoitteista

Lainsäätäjä asettaa OK 5:19 §:ssä tavoitteeksi riidan kohteen täsmentämisen.¹ Yksi osa sitä on se, että oikeudenkäyntiaineisto jäsennetään prosessioikeuden käsitteillä hallittavaksi kokonaisuudeksi. Subsumptio oikeustositseikkojen yhteydessä jo osoitti sen, ettei riidan kohteen täsmentämistä voi erottaa riidan ratkaisutavoitteesta. Ratkaisutavoite ohjaa erityisesti tuomarin toimintaa, kun hän johtaa riita-asian valmistelua. Tuomari pyrkii selvittämään käsiteltävään asiaan liittyviä, ratkaisun kannalta merkityksellisiä epävarmuustekijöitä.² Hän etsii ratkaisua. Sen vuoksi oikeudenkäyntiaineisto jaetaan kahtia (1) kysymyksiin, joihin vastaus saadaan todistelun avulla ja (2) kysymyksiin, joihin vastaus saadaan oikeudellisista informaatiolähteistä. Puhutaan *asia- ja oikeuskysymyksistä*.³

Wróblewski jakaa malleissa huomioitavat ratkaisutoiminnan epävarmuustekijät kuuteen ryhmään: (1) aineellisoikeudellisen normin pätevyyden ja soveltuvuuden selvittäminen, (2) normin yksityiskohtaisen merkityksen selvittäminen tavoitellen käsiteltävänä olevan asian ratkaisemista, (3) konkreettisten tosiseikkojen todistaminen ja niiden kuvaaminen (muotoileminen) aineellisoikeudellisen normin edellyttämällä tavalla, (4) konkreettisten tosiseikkojen yhdistäminen sovellettavan normin tunnusmerkistöön (subsumptio), (5) näin muodostuneiden oikeustositseikkojen oikeudellisen vaikutuksen arviointi ja (6) lopullisen oikeudellisen ratkaisun muotoileminen.⁴

¹ HE 15/1990 vp. s. 64.

² Klami Finalistinen s. 141.

³ Wróblewski s. 31, 37–39, Lindell s. 27, Ekelöf–Boman Rättegång I s. 36 alav. 60: englanniksi issue of fact ja issue of law.

⁴ Wróblewski s. 31.

Riita-asian valmistelussa suurimman ongelman muodostavat käytännössä kanteen perusteeseen liittyvät epävarmuustekijät, joita kuvaavat lähinnä kohdat 3–4.⁵ Oikeusseuraamuksen »keksimistä» eli vaatimuksiin liittyvien epävarmuustekijöiden selvittämistä (kohdat 5–6) voidaan pitää siitä erillisenä ongelmakenttänä, omana heuristisena ratkaisuprosessina.⁶ Aineellisoikeudellisen normin pätevyyteen ja soveltuvuuteen eli voimassaoloon liittyvät kysymykset (kohdat 1–2) ovat keskeisiä aineellisoikeudellisen lainopin kysymyksiä.⁷ Subsumptioon ja asia- ja oikeuskysymysten vastaavuuteen liittyvät ongelmat ovat sen sijaan riidan kohteen selvittämisen kannalta keskeisiä.

Tuomarin ajattelu ei eroa rakenteellisesti asiaa ajavan lakimiehen ajattelusta. Tätä kysymystä on käsitelty jo edellisessä luvussa. Olennaisimmat erot löytyvät asian hahmottamisen motiiveista. Asianosaiset tavoittelevat oikeudenkäynnissä itselleen edullista lopputulosta. He esittävät asian omaa etuaan palvelevalla tavalla. Tuomari taas ei tavoittele riidan kohdetta selvittäessään mitään tiettyä aineellisoikeudellista ratkaisua, vaan pyrkii selvittämään, miten riita pitää ratkaista.⁸ Ratkaisu hahmottuu yleensä asian käsittelyn aikana. Tuomarille ei ole myöskään merkitystä sillä, kumpi asianosaisista voittaa jutun. Hänen tavoitteenaan on yhdistää asia- ja oikeuskysymykset hyväksyttävällä tavalla. Subsumptioon liittyvä problematiikka korostuu.

3.1.2 Käsitteistä

Asiakysymyksiä ovat tuomarin harkinnassa ne ratkaisut, kannanotot tai toimet, jotka tehdään todistusharkinnan perusteella.⁹ Sellaisia ovat tavallisesti kanteen perusteena tai tuomion perusteluissa esitettävät konkreettiset tosiseikat, jotka ovat olleet todistelun kohteena.¹⁰ *Näyttökysymys* (bevisfråga) tarkoittaa siten yleensä samaa kuin asiakysymys.¹¹ Tuomari pyrkii asiakysymysten selvittämisellä faktapremissin muotoilemiseen, mutta on mahdollista, että faktapremississä on myös

⁵ Wihuri s. 39. Tutkimuksessa ei paneuduta konkreettisten tosiseikkojen todistamisen ongelmiin.

⁶ Tarkoitin tällä sitä, että oikeusseuraamuksen määrittämistä ohjaa usein toinen normisto, kuin joka ohjaa konkreettisten tosiseikkojen yhdistämistä tunnusmerkistöön. Näissä ratkaisutilanteissa myös eri seikat ovat relevantteja. Ks. Lappi-Seppälä s. 29–37 ja Wihuri s. 38.

⁷ Aarnio Laintulkinnan teoria s. 83 ss., Jonkka s. 6.

⁸ Praktisesta syllogismista ks. Makkonen Oikeudellisen s. 53 ja 140.

⁹ Lindell s. 19, Henke s. 11.

¹⁰ Bolding s. 25: »En sakfråga kan då karakteriseras såsom ett problem, huru en viss faktisk händelse varit skaffad.»

¹¹ Ekelöf–Boman Rättegång I s. 36. Vrt. kuitenkin Lindell s. 21.

oikeuskysymyksiä. Niitä ovat esimerkiksi tunnustetut seikat. Tuomari ei nimitä hyväksy tunnustettuja seikkoja vapaan todistusharkinnan perusteella, vaan oikeuskysymyksinä.¹²

Oikeuskysymyksiä ovat kaikki ne kannanotot ja ratkaisut, jotka tuomari tekee pitämistratkaisuna, soveltamalla normia.¹³ Yleensä oikeuskysymys liitetään normipremissin muotoilemiseen liittyviin ongelmiin.¹⁴ Silloin oikeuskysymys on tuomarin harkintaan liittyvä ongelma, johon haetaan ratkaisua oikeudellisesta informaatiolähteestä.¹⁵ Oikeuskysymyksiä ovat Lindellin tarkoittamassa merkityksessä subsumption oikeuskysymykset eli ne kannanotot, jotka on tehty oikeudellisen informaatiolähteen perusteella.¹⁶ Näkökulmaero on kuitenkin vähäinen.

Asia- ja oikeuskysymyksiä liitetään oikeudenkäyntiin eri tarkoituksissa. Asiakysymykset voivat olla oikeustositseikkoja, todistustositseikkoja tai apufaktoja, joskus myös kokemussääntöjä. Oikeuskysymyksiä käytetään oikeusseuraamuksen määrittämiseen tai tunnusmerkistön muotoilemiseen. *Subsumptiofaktoja* ovat ne konkreettiset tosiseikat, jotka otetaan subsumptioon siksi, että ne vastaavat tietyn normin tunnusmerkistökiteijää.¹⁷ Subsumptiofaktoista osa voi olla asiakysymyksiä ja osa oikeuskysymyksiä. *Tulkintafaktoja* ovat ne oikeuskysymykset, jotka ohjaavat normien ja oikeudellisten käsitteiden käyttöä.¹⁸ Tulkintafaktat muodostetaan oikeuslähdeoppia ja tulkintametodia koskevilla ratkaisuilla.¹⁹ Ne ovat aina oikeuskysymyksiä.

Asia- ja oikeuskysymyksiä ei liitetä oikeudenkäyntiin vain haastehakemuksessa ja vastauksessa, vaan vaatimuksia ja niiden perusteita esitetään myös asian valmistelun aikana käytävässä keskustelussa (OK 5:21.1).²⁰ Tällä keskustelulla on olennainen merkitys sen selvittämisessä, mihin asianosaisten välinen erimielisyys kohdistuu. Ekelöf käyttää näistä vastakkaisista puheenvuoroista käsitteitä *repliikki* (replik) ja *dupliikki* (duplik).²¹ Hän tarkoittaa niillä asian valmistelussa esitettyjä vastakkaisia väitteitä: vastaajan kiistettyä kanteen vetoamalla

¹² Lindell s. 21.

¹³ Lindell s. 25.

¹⁴ Bolding s. 51.

¹⁵ Bolding s. 29, Ekelöf–Boman Rättegång I s. 36: »issue of law».

¹⁶ Lindell s. 22–24.

¹⁷ Subsumptiofaktoista kirjoittaa Lindell s. 26 ja 406.

¹⁸ Lindell s. 406–407. Tulkintafaktoista käytetään usein nimitystä lainsoveltamisfakta (rätts-tillämpningsfaktum), joihin voidaan lukea kokemussäännöt ja oikeusohjeet. Niiden osalta katso Ekelöf–Boman Rättegång IV s. 239 ss. ja Virolainen Materiaalinen s. 59. Ks. tarkemmin myöhemmin s. 272 alav. 54–55.

¹⁹ Lindell s. 406–407.

²⁰ Loostli s. 7. Ks. OK 24:14: vaatimistaakka ja väittämistaakka.

²¹ Ekelöf Rättegång V s. 22–23.

vastatosisseikkaan voi kantaja esittää repliikin, joka kumoo vastatosisseikan oikeudellisen merkityksen. Vastaajan väite repliikkiä vastaan on dupliikki jne. Ekelöfin esitys kuvaa hyvin menettelyn kontradiktorisuutta, mutta riidan kohdetta täsmennettäessä repliikit ja dupliikit voidaan hallita myös prosessitoimien käsitteiden eli esimerkiksi vaatimusten ja seikkaan vetoamisen avulla.

Valaisen asiaa tarkastelemalla sivun 137 esimerkkiä: B vastusti asiassa kannetta esittämällä kuittausväitteen (kvittningsinvändning). Kuittausväitteen lähtökohtia olivat mm. se, että hän oli 1) rakentanut A:n maalle avoliiton aikana kesämökin, jonka rakentamiseen hän oli käyttänyt aikaa 600 tuntia ja 2) ostanut rakentamista varten tarvikkeita 4.000 mk:n arvosta.

Vastaajan oikeudenkäynnin aikana esittämä kuittausväite on yksi tapa vastustaa kannetta. Kuittausväitteessä on kysymys kanteen vastustamisesta vastatosisseikkaan vetoamisen perusteella.²² Koska kuittausväite esitetään tässä asiassa ilman vastahaastetta, vaatimuksella on täysin puolustukselli-

²² Ekelöf Rättegång II s. 163–164. Kuittausväitteen tapaan myös OikTL 36 §n mukainen (vastaajan esittämä) kohtuullistamisvaatimus on erityistyyppistä kanteen vastustamista vastatosisseikkaan vetoamisen perusteella. Ks. KKO 1990:148, jossa takaajat eivät olleet velkojan kanteen kiistäessään nimenomaisesti vaatineet takauksittomuksensa kohtuullistamista OikTL 36 §:n nojalla, mutta he olivat kuitenkin esittäneet takauksittomuuden kohtuuttomuutta koskevia näkökohtia. Kohtuullistamisvaatimuksen katsottiin ilmenneen takaajien oikeudenkäynnissä esittämistä vaatimuksista, joten tuomioistuimien saattoi antaa asiassa lausunnon takaajien vastuun kohtuullistamisesta.

Oikeuskirjallisuudessa on kuitenkin katsottu, ettei sovittelu em. tapauksessa ole niinkään vaatimista, vaan vetoamista edellyttävä kysymys. Toisin sanoen sovittelua koskevan vaatimuksen esittäminen ei riitä, vaan asianosaisen on esitettävä siihen jokin peruste eli vedottava toiseikkaan, jonka perusteella oikeustoimen ehdon tai korvauksen sovitteluun voi tulla kysymykseen. Ks. Virolainen LM 1991 s. 379 ss. ja vrt. KKO 1992:12, jossa vasta KKO:ssa esitettyä kohtuullistamisvaatimusta pidettiin uuteen seikkaan vetoamisena, joka jätettiin huomiotta OK 30:7.1:n nojalla. Säännös koskee nimenomaan seikkoja eikä vaatimuksia. Minun mielestäni kohtuullistamisvaatimus tarkoittaa osittain myös perinteiseen määäämisperiaatteeseen liittyvää oikeussuojan laajuudesta disponoimista. Siinä mielessä kohtuullistaminen edellyttäisi sitä koskevaa vaatimusta eli vaatimusta kanteen osittaisesta hylkäämisestä kohtuuttomana. Se ei kuitenkaan yksinään riitä, vaan asianosaisen on myös esitettävä perusteet sovittelulle ja vedottava niihin vaatimuksensa perusteeksi. Tämän vuoksi tuomarin tulisi oikeustapauksen KKO 1990:148 kaltaisen asian valmistelussa selvittää, vaatiiko vastaaja takauksittomuuden kohtuullistamista, minkä suuruisena hän sitä vaatii ja vetoaako hän esille tulleeisiin tai muihin näkökohtiin kohtuullistamisvaatimuksen perusteeksi. Prosessinjohtoon osalta ks. Virolainen LM 1991 s. 382–383 ja vrt. »linjamuutokseen» KKO 1993:89. Ks. asiasta myös Saarnilehto LM 1992 s. 761–763. Kohtuullistamisvaatimuksen ja sovitteluperusteeseen vetoamisen (kohtuullistamisväitteen) erottamiseksi voitaneen käyttää samaa kahtiajakoa kuin kuittausvaatimuksen (kvittningsyrkande) ja kuittausväitteen (kvittningsinvändning) kohdalla. Ks. siitä Ekelöf Rättegång II s. 163 ja vrt. Halila Saamisioikeuksien kuittauksesta s. 170 ss., jossa erotetaan samassa tarkoituksessa kuittausvaatimus ja vastahaastekanne. Sen kysymyksen osalta, voidaanko kohtuullistamisvaatimusta ajaa vastakanteella ks. Lappalainen DL 1990 s. 561.

nen luonne. B voi saada korkeintaan A:n saatavan kuitatuksi, vaikka vastasaatava olisikin A:n vaatimusta suurempi.

B siis kiistää kanteen esittämällä kuittausväitteen eli vetoaa siihen, että A:lle on syntynyt seikkojen 1 ja 2 perusteella perusteetonta etua, joka on palautettava. A vastustaa kuittausväitettä sillä perusteella, että 3) myös hän on avoliiton aikana osallistunut B:n omakotitalon rakentamiseen 700 tunnin ajan, joten hänen mielestään hänen vastasaatavansa vastaa tältä osin B:n seikkojen 1 ja 2 perusteella esittämää vastasaatavaa. Tätä vaatimusta vastaan B vetoaa siihen, että 4) A:n väite ei pidä paikkaansa ja että 5) hän on lisäksi maalannut ja kaakeloanut A:n rivitaloasunnon käyttäen siihen 80 tuntia.

Ekelöfin terminologiassa A:n prosessitoimi on repliikki. Kysymys on kuitenkin tässäkin tavallaan kiistämisestä vastatosisekkaan vetoamisen perusteella. A vaatii kuittausväitteen hylkäämistä vastakkaisen saatavan perusteella. Prosessitoimen luonnehtiminen repliikiksi ei muuta sen luonnetta. B:n väitteet 4 ja 5 ovat Ekelöfin terminologiassa dupliikki. Kysymys on kuitenkin taas kiistämisestä, mutta nyt näyttöväitteen (4) ja vastatosisekkaan vetoamisen (5) perusteella. B vaatii A:n esittämän kuittausväitteen hylkäämistä koskevan vaatimuksen hylkäämistä seikkojen 4 ja 5 perusteella. Prosessitoimet voidaan hallita vaatimisen/kiistämisen ja vetoamisen käsitteillä. Repliikillä ja dupliikilla on kuitenkin tärkeä esitystekninen merkitys tuomarin prosessinjohtoon kannalta. OK 5:21.1 tai OK 6:2.1,2 eivät silti edellytä kyseisten käsitteiden käyttöä, jos tuomari muuten huolehtii menettelyn kontradiktorisuudesta.

3.1.3 Asia- ja oikeuskysymysten erottamisen merkitys

Asiaa valmistelevan tuomarin täytyy kyetä tunnistamaan asia- ja oikeuskysymykset, koska oikeusjärjestyksessä annetaan niiden väliselle erottelulle merkitystä.²³ Vain asiakysymykset (konkreettiset tosiseikat) voivat olla periaatteessa näytön arvioinnin kohteena.²⁴ Samoin *todistustaakkasäännöt* koskevat periaatteessa vain asiakysymyksiä.²⁵ Tämä näyttökysymysten erottaminen oikeuskysymyksistä heijastuu myös prosessitoimiin. Eräät prosessitoimista eli esimerkiksi *tunnustaminen* ja *vetoaminen* kohdistuvat lähinnä asiakysymyksiin. Se, onko kiistämisen perusteena oleva asiaväite oikea, osoitetaan viime kädessä todistelulla.²⁶ Sen sijaan *oikeusväite* ratkaistaan oikeuskysymyksenä.

Myös prosessioikeuden periaatesystematiikka on osittain rakennettu asia- ja oikeuskysymysten erottelun varaan. *Käsittelyperiaate* merkitsee asianosaisen

²³ Ks. Wróblewski s. 136–137.

²⁴ Jonkka s. 10. Näyttökysymykset ovat siten yleensä asiakysymyksiä. Ks. Lindell s. 22.

²⁵ Bolding s. 34–35.

²⁶ Bolding s. 51.

vastuuta tosiseikkojen ja todistusaineiston esittämisestä, joten se liittyy siis asiakysymyksiin. *Jura novit curia* -periaate liittyy oikeuskysymyksiin. Tuomioistuinten ja asianosaisten välisessä työnjaossa erottelu näkyy *da mihi factum, dabo tibi ius* -säännössä.

Suomessa asia- ja oikeuskysymysten erottamisen merkitys on kuitenkin vähäinen verrattuna sen merkitykseen esimerkiksi Saksassa.²⁷ Siellä *muutoksenhaku* (die Revision) on mahdollinen yleensä vain oikeuskysymyksissä.²⁸ Eri laeissa tämä asia ilmaistaan eri käsitteillä. Puhutaan oikeudellisesta asiasta (Rechtssache), oikeuskysymyksistä (Rechtsfragen) ja vanhemmassa kirjallisuudessa myös oikeudellisesta riidasta (Rechtsstreit).²⁹ Eräissä maissa kahtiajaolla on merkitystä myös tuomarin ja juryn tehtävien jakajana.³⁰

3.1.4 Asiakysymysten tunnistaminen

Asiakysymysten ymmärtämistä ja tunnistamista helpottaa *koeteltavuuden periaate*.³¹ Se tuntuu myös hyvältä ajattelun lähtökohdalta. Aikaisemmin prosessi-oikeudessa tarkoitettiin aineellisella totuudella sitä, että oikeusseuraamukset liitettiin todellisuuden tason tapahtumiin.³²

Perinteinen käsitys aineellisesta totuudesta osoittautuu kuitenkin ongelmalliseksi. Jo asian hahmottamisen mallissa kuvattiin sitä, miten todellisuuden tason tapahtumat muuntuvat asian käsittelyn eri vaiheissa. Oikeusjärjestys luo ju-

²⁷ Erottelun merkitykseen johdattaa *Henke* s. 12 ss., *Henke ZZP* 81 (1968) s.196 ss. ja *Scheu-erle AcP* 157 (1958) s. 1 ss.

²⁸ Ks. yksityiskohdista *Rosenberg-Schwab-Gottwald* s. 800 ss.: Vuoden 1977 uudistuksella rajoitettiin uusien asiakysymysten esittämistä muutoksenhakuasteessa myös toisen valitusmuodon (die Berufung) kohdalla (§ 528 ZPO). Ks. myös *Larenz* s. 307–308, *Henke* s. 142 ss., *Prütting Die Zulassung* s. 197. Vrt. kuitenkin Suomen laissa OK 26:8, jonka perusteella asia- ja oikeuskysymykset on erotettava.

²⁹ *Prütting Die Zulassung* s. 101–102, *Henke* s. 140: »Ohne Trennung von Tatsachenfeststellung und rechtlicher Würdigung ist auch die Nachprüfung in der Revisionsinstanz unmöglich...»

³⁰ *Bolding* s. 33.

³¹ *Kaila* Valitut teokset 1 s. 422–423: »Tieteellistä ajattelua vallitsee verifikaation periaate, joka sisältää, että jokaisesta todellisuutta koskevasta väitteestä täytyy kokemukseen nähdä seurata jotain määrättyä, johonka tämän väitteen totuus tai todennäköisyys perustuu. Joko siis tällaisen väitteen täytyy lausua jotain kokemuksen sisällöstä itsestään...taikka, jos tällaisessa väitteessä inhimillisen kokemuksen piiri periaatteessa ylitetään..., täytyy tästä väitteestä loogillisesti seurata, että niissä ja niissä olosuhteissa havaitaan sitä ja sitä.»

³² *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus* I s. 30: »tuomiolla todetun tosiseikaston tulee vastata ulkoprosessuaalista tosiseikastoa.» Vrt. *Klami Föreläsningar* s. 55 ja *Lager Lainkäytön* s. 132.

ridisen tiedonintressin, jonka perusteella myös todellisuutta koskevaa informaatiota käsitellään.³³ Oikeudenkäynnissä ei siis esitetä mitään »raakaa empiriaa» tai »reaalilauseita», vaan oikeudellisesti ja arvostuksenvaraisesti tulkittuja faktoja.³⁴ Oikeusjärjestyksen tason vaikutus osoitti, että oikeudenkäynnissä tarkastellaan menneisyyden tapahtumia normien »läpi».³⁵

Asiakysymysten aitoudelle aiheuttaa toisen esteen arkipäiväiseen kielenkäyttöön liittyvä oletaminen ja arvostaminen, minkä vuoksi voidaan sanoa, että oikeudenkäynnissä annetaan merkityksiä todellisuudelle.³⁶ Kun puhutaan varkaudesta tai relevanteista tosiseikoista, ei puhuta enää tapahtumista, vaan rationalisoiduista havainnoista. Todellisuuden tasolta siirrytään prosessitoimien tasolle, jolloin väitteisiin liittyy jo monenlaisia tavoitteita, jotka eivät sisälly havaintoon: esimerkiksi tavoite menestymisestä oikeudenkäynnissä.³⁷ Tällä tavoin myös arvot ja arvostukset »värittävät» asiakysymyksiä.³⁸

³³ Wróblewski s. 42–43, *Jonkka* s. 10.

³⁴ *Klami–Sorvettula–Hatakka* Law and philosophy 1991 s. 78: Asia- ja oikeuskysymykset esiintyvät oikeudenkäynnissä usein toisiinsa kietoutuneina. Tämä johtuu siitä, että lainsäädännössä käytetyt käsitteet ovat monesti arvostuksenvaraisia. Laissa käytetyt abstraktiset tosiseikat (tunnusmerkistökäsitteet) eivät myöskään aina viittaa konkreettisiin tosiseikkoihin, vaan institutionaalisiin faktoihin, joiden tunnistaminen edellyttää sääntöjärjestelmän tuntemista (esimerkiksi avioliitto). Usein laissa käytetyt käsitteet saavat merkityssisältönsä vasta käyttöyhteyden perusteella: häiritsevä elämä, vilpiton mieli, lapsen etu, huolimattomuus jne. Ks. myös *Lindell* s. 24 ja *Jonkka* s. 10. Oikeudenkäynnissä käytetään arkipäiväistä kieltä. Koeteltavuuden periaate filosofisena työvälineenä on tietoteoreettinen periaate ja sellaisena muuta kuin arkipäiväistä (tai esitieteellistä) ajattelua. Periaate liitetään lauseiden – reaalitylauseiden – totuusarvon testaamiseen. Lauseet taas liittyvät tapaan käyttää kieltä. Puhutaan fenomenaalkielestä ja fyysisestä kielestä. Ks. *Kaila* s. 181. *Lindell* käyttää reaalitylauseista nimitystä »empiriska satser» s. 39. Selkeä kaaviokuva lauseiden erottamisesta on *Peczenikillä* Rätten s. 43.

³⁵ *Klami* Ihmisen säännöt s. 248. *Jonkka* LM 1992 s. 703: »Koska prosessissa ollaan tekemisissä historiallisen totuuden kanssa, ei täyttä varmuutta tapahtumien todellisesta kulusta ole periaatteessa milloinkaan saatavissa. ... Aineellinen totuus on vain ideaalinen tavoite, joka voi toteutua suuremmassa tai vähäisemmässä määrin.» Ks. myös *Esser* Methoden der Rechtswissenschaft s. 30–31, ja edellä s. 128 ja 140.

³⁶ *Makkonen* Oikeudellisen s. 32: »Jossain määrin asianlaite on aina näin, yksityiskohtaisimmassa ja tarkimmassakin rekonstruktiossa on aina hiven idealisointia. Todellisuus on hienorakeinen, parskin rekonstruktio karkea. Oikeustositseikkojen etsijä joutuu liikkumaan fragmentaalisen todellisuuden pohjalta, jota hän mielikuvissaan täydentää.» Merkityksen antamisesta ks. *Aarnio* LM 1977 s. 336, *Jonkka* s. 14, *Klami* Oikeudellisen s. 39 ja *Strahl* s. 104.

³⁷ *Wihuri* s. 9, *Henke* s. 152. *Kaila* s. 210 kirjoittaa rationalisoinnista, mutta myöhemmin »konseptuaalisen optimin suosimisesta», ks. *Kaila* Valitut teokset 2 s. 593–595. Todistajanäytön rationaalisuudesta todistajanpsykologian näkökulmasta kirjoittaa *Klami–Sorvettula–Hatakka* DL 1989 s. 88.

³⁸ Arvoista ja arvostuksista ks. *Jareborg* Värderingar s. 189 ss.

Skandinaavinen realismi tuli tunnetuksi arvonihilismistä. Tärkeä oikeustieteen lähtökohta oli *puhuminen vain siitä, mikä oli totta*. Arvostuksia ei pidetty tosina, koska ne eivät kuuluneet kokemusmaailmaan.³⁹ Ne olivat metafysiikkaa, josta puhuminen oli hyödytöntä.⁴⁰ Koska arvostuksia sisältyviin metafysiisiin lauseisiin liitettiin voimassa olevaa oikeutta, oikeuksia (rättighet) ja oikeudellisia käsitteitä koskevat lauseet, hyvin suuri osa oikeustieteen perinteisestä keskustelusta rajautui tarkastelun ulkopuolelle. Tällaisia jyrkkiä arvonihilistejä olivat ainakin Hägerström ja Lundstedt.⁴¹

Myöhempään skandinaaviseen realismiin liittyi arvonihilismistä lievempi suhtautuminen arvostuksiin. Ekelöf kutsui käsitystapaa *arvorelativismiksi*.⁴² Arvorelativistit pitivät kiinni arvojen ja arvostusten metafysisestä luonteesta. *Arvostuksista puhuminen liitettiin puhujan henkilökohtaisiin, subjektiivisiin arvostuksiin*. Niiden totuus ei ollut todistettavissa eikä niillä ollut objektiivista sisältöä.⁴³

Arvorelativistit kuitenkin tunnustivat, että arvostuksia sisältävät lauseet olivat olennainen osa juridista kielenkäyttöä. Lainsäädäntö sisälsi arvostuksenvaraisia käsitteitä, kuten esimerkiksi tahallisuus ja tuottamus. Toisaalta asiakysymyksiäkään ei voitu puhdistaa arvostuksista. Arvot ja arvostukset kuuluivat ratkaisutoimintaan. Niiden sisällöstä puhuminen ei kuitenkaan ollut mielekäästä. Ekelöf kuvasi viimeisessä artikkelissaan arvorelativistisen ajattelun vaikutuksia (Vänbok till Boman s. 83): »En annan konsekvens av det här tillämpade betraktelsesättet är att man inte kan utpeka en enda lösning på invecklade rättsliga problem som den säkert riktiga. För den som är utilitarist och värderelativist är det så det måste ligga till.»

Myös asiaa käsittelevä tuomari tutkii asiakysymyksiä oikeudellisen normiston läpi. Ratkaisun tekemisen tavoite ohjaa hänen toimintaansa.⁴⁴ Hän ei tutki asiakysymyksiä niinkään niiden itsensä vuoksi, vaan niiden oikeudellisen merkityksen vuoksi.⁴⁵ Hän hakee asiakysymyksistä tietoa, jonka perusteella hän tunnistaa asiaan sovellettavan normin. Vastaavasti hän pyrkii normin perusteella

³⁹ Helin s. 32–34.

⁴⁰ Klami Sanningen s. 169.

⁴¹ Ks. Klami Sanningen s. 170–171 ja Tolonen Turun yliopiston s. 408–409.

⁴² Ekelöf Vänbok till Boman s. 82.

⁴³ Aarnion esipuhe kirjassa Peczenik Rätten s. 24. Vrt. Jareborg Värderingar s. 7, 124, 223–224. Peczenikin arvorationalismin osalta ks. Peczenik–Aarnio–Bergholtz s. 93. Vrt. Linan esille ottamaan perustelujen ja »perustelujen» problematiikkaan LM 1993 s. 140–141.

⁴⁴ Faktaperusteiden (fact reasons), auktoritaviivisten perusteiden (authority reasons) ja tavoiteperusteiden (goal reasons) suhteesta ratkaisutoiminnassa ks. Klami–Sorvettula–Hatakka Law and philosophy 1991 s. 73 ss. (s. 82–83 :) Tuomarin ratkaisuharkinta ei ala tilanteesta, jossa konkreettiset tosiseikat olisivat täydellisesti näytettyjä, vaan on tavallista, että näyttöongelmat vaikuttavat myös oikeuskysymyksiin. Ks. myös Bayles Law and philosophy 1986 s. 40.

⁴⁵ Klami Finalistinen s. 138.

selvittämään, voidaanko asiakysymykset kuvata sillä tavoin, että ne vastaavat normin tunnusmerkistöä.⁴⁶ Tämä tiedonintressi ohjaa tuomarin toimintaa ja vaikuttaa erimielisyyden kohdentumiseen ja valmistelussa noudatettavaan menettelyyn.⁴⁷ Tutkimuksen kannalta tärkeään asia- ja oikeuskysymysten yhdistämiseen palataan vuorovaikutussubsumption yhteydessä.

3.1.5 Oikeuskysymysten tunnistaminen

Oikeuskysymyksiä ovat puolestaan sellaiset ratkaisut, jotka ovat seurausta normin soveltamisesta.⁴⁸ Kysymys on tulkinnoista, joiden oikeellisuudesta tuomari vakuuttuu oikeudellisten informaatiolähteiden avulla.⁴⁹

Riidan kohteen selvittämisessä oikeuskysymysten tavallisin käyttöyhteys liittyy ns. normipremissin muodostamiseen: tunnusmerkistön muotoileminen on oikeuskysymys. Oikeuskysymykset vaikuttavat ratkaisussa kuitenkin myös laajemmin: konkreettisen (1) tosiseikan oikeudellinen merkitys on oikeuskysymys.⁵⁰ Oikeustositseikat nimittäin määrätään normien perusteella. (2) Tunnustettu tosi-

⁴⁶ Wróblewski s. 31, 42–45, 149–150.

⁴⁷ Bolding s. 48–49. Tavoiteperusteiden ja faktaperusteiden kietoutuneisuudesta ks. *Klami–Sorvettula–Hatakka* Law and philosophy 1991 s. 83–84, jossa kuvataan, kuinka tuomarin ratkaisussa merkitykseltään tärkeä tavoite (esim. lapsen etu huoltoa koskevassa asiassa) lisää mielenkiintoa tutkia tavoitetta palvelevia faktoja vastaavasti, kun epävarmuudet näyttökysymyksissä vähentävät niiden osoittaman oikeusseuraamuksen kiinnostavuutta ratkaisuvaihtoehtona. Tavoitteen merkitys voi vaikuttaa myös näyttövaatimuksen (-kynnyksen) asettamiseen. Tällä perusteella voidaan tulkita esimerkiksi tapausta KKO 1995:53, jossa rokotuksen toimeenpanijan tuottamuksesta riippumattoman vahingonkorvausvastuun toteuttamista pidettiin niin tärkeänä lain tavoitteena, että riitti, että kantaja kykeni asian laatu ja hänen käytettävissään olevat todistelumahdollisuudet huomioon ottaen riittävästi näyttämään syy-yhteyden rokotuksen ja sairauden välillä. Tällaisesta harkinnasta ks. *Ekelöf–Boman Rättegång* IV s. 86–87 ja *Klami SvJT* 1990 s. 231: »Det är viktigt, att den materiella regelns ändamål får genomslagskraft i samhällslivet, inte att meddelade domar, som grundas på bevisbördan, i så stor utsträckning som möjligt är materiellt riktiga. ... Resonemanget är: om man med hjälp av den teleologiska metoden kommer till slutsatsen: analog tillämpning vid svag bevisning, är resultatet: sänkta beviskrav. Om slutsatsen däremot är: e contrario vid svag bevisning är resultatet: höga beviskrav.» Kysymystä on käsitelty myös *Jonkka* s. 88–91 (s. 90:) »...voi tuomioistuin Ekelöfin mukaan siviiliprosessissa »erityisistä syistä» tyytyä vähäisempään todennäköisyyden asteeseen. Näin ennen muuta silloin kun näyttövaikeudet muutoin estäisivät aineellisoikeudellisen säännösten tavoitteiden läpilyömisestä. Esimerkkinä Ekelöf mainitsee vahingonkorvausjutut, joissa paitsi vahingon laajuus myös kausaalisuhde toiminnan ja seurauksen välillä sekä tuottamus saattavat olla poikkeuksellisen vaikeasti näytettävissä.»

⁴⁸ Lindell s. 25.

⁴⁹ Wróblewski s. 43, 87 ss., *Jareborg* Brotten s. 59, *Klami* Finalistinen s. 43, *Klami–Sorvettula–Hatakka* Law and philosophy 1991 s. 74–75: »questions of law».

⁵⁰ *Wikström* s. 162–163, *Lindell* Partsautonomi s. 24–25.

seikka on oikeuskysymys. Oikeuskysymys on suurelta osin myös ratkaisu siitä, mikä (3) oikeusseuraamus liitetään oikeustositseikkoihin. Oikeuskysymyksiä ovat (4) todistustaakkaa ja todistelun tarvetta koskevat ratkaisut.⁵¹ Oikeuskysymyksiä ovat myös (5) kaikki muut normin soveltamiseen liittyvät ratkaisut.

Ratkaisu, jolla oikeuskysymys otetaan subsumptioon, eroaa todistusharkinnasta, jonka perusteella tietty konkreettinen tosiseikka hyväksytään.⁵² Tuomari ottaa oikeuskysymykset subsumptioon pitämISRatkaisuna, siksi, että hän kokee tietyn normin velvoittavan hänet sellaiseen ratkaisuun.⁵³ Mielestäni pitämISRatkaisun perusteena ovat ratkaisijan itsekkäät ja epäitsekkäät käyttäytymisasenteet.⁵⁴ Tuomari tekee tietynlaisen ratkaisun oikeuskysymysten suhteen siksi, että hänen mielestään se on tuomarin virkaan kuuluva velvollisuus. Sanktion uhka on itsekkään käyttäytymisasenteen perusta. Epäitsekäs käyttäytymisasenne taas perustuu siihen, että tuomaritkin pyrkivät välttämään toiminnassaan konflikteja ympäröivän yhteiskunnan kanssa. Ratkaisun tekemistä ei saa irrottaa siitä yhteiskunnallisesta todellisuudesta, jossa tuomari työskentelee: tuomioistuinjärjestelmästä, tuomarin roolista, juridisesta koulutuksesta, ammatillisesta kokemuksesta tai suomalaisesta oikeuskulttuurista.

⁵¹ Lindell s. 25.

⁵² Jonkka s. 13.

⁵³ PitämISRatkaisun käsitteen osalta ks. Makkonen Oikeudellisen s. 57–58, 114, 162–164 ja 207. Olivecrona kirjoittaa (s. 127) normin soveltamisen ratkaisijakeskeisyydestä: »Detta betyder, att domaren ger uttryck åt de idéer i detta avseende, som han bildat sig efter undersökning av påståenden och rättsregler... Han har själv bildat sig en idé därom i till lag och praxis... (s. 132): Den äger rum genom att man bildar en sats om en konkret rättighet i anslutning till reglerna samt handlar i överensstämmelse med de handlingsidéer, som äro förknippade med idén om just en sådan rättighets förhandenvaro.»

Ekelöf kirjoittaa velvollisuudentunteesta (De lege s. 14): »Enligt Hägerström är pliktänslan en värderingsfri känsla av viljeimpuls associerad med föreställningen om visst handlingssätt. Pliktänslan skulle sålunda sakna lust-olustkaraktär ... Pliktens krav kunna även framstå såsom något som tillhör mitt eget innersta själv. Liksom pliktstridigt handlingssätt väcker samvetssagg, medför i så fall pliktenligt handlingssätt självaktning, en känsla av att man gjort rättvisa åt det bästa inom sig. Mitt eget värde som personlighet menar jag vara beroende av att jag för min plikt utan hänsyn till vilka följder detta kan ha för mitt eget välbefinnande och min egen lycka.» Ks. myös Krawietz Oikeustiede 1992 s. 198–199, 201.

⁵⁴ Helin s. 146–149 (s. 147): »Hän (Ross – SL) esittää hypoteesin, jonka mukaan traditionaaliseen oikeusjärjestyksen käsitteeseen sisältyvät kolme osaa voidaan uudelleentulkita seuraavaan tapaan: (1) todellisuuselementti vastaa itsestä, so. sanktion pelon synnyttämää käyttäytymisasennetta, (2) sitovuuselementti vastaa epäitsekästä käyttäytymisasennetta ja (3) näkemys näiden elementtien loogisesta vuorovaikutuksesta vastaa mainittujen käyttäytymisasenteiden kausaalista vuorovaikutussuhdetta, jossa itsekäs käyttäytymisasenne synnyttää ja vahvistaa epäitsekästä käyttäytymisasennetta ja päin vastoin.» Ks. myös Aarnio Laintulkinnan teoria s. 91 ja Aarnio LM 1977 s. 339.

Tuomari konkretisoi normeja yksittäistapauksissa.⁵⁵ Oikeustieteellisen koulutuksen vuoksi normien käyttö voi tapahtua varsin kriittikittömästi: normeille annetaan esillä olevassa asiassa se merkitys, joka niille oikeustieteellisen koulutuksen ja ammatillisen kokemuksen perusteella tiedetään velvollisuudeksi antaa.⁵⁶

3.2 VUOROVAIKUTUSSUBSUMPTIO

3.2.1 Subsumptiosta

Sitä ajattelu- ja työprosessia, jossa verrataan konkreettisia tosiseikkoja normin tunnusmerkistöön ja tehdään ratkaisu niiden vastaavuudesta, kutsutaan subsumptioksi.⁵⁷ Subsumptio on ajatuksena vanha: se syntyi jo käsitelainopin aikakaudella.⁵⁸ Erilaisille näkemyksille on yhteistä se, että subsumptiossa yhdistetään konkreettiset tosiseikat ja normin tunnusmerkistö.⁵⁹

Subsumptio voidaan selittää monella tavalla. Voidaan ajatella (1) menettelyä, jossa tuomari käsittelyn päätteeksi ensin miettii, mitkä konkreettiset tosiseikat ovat tulleet näytetyiksi, ja vasta sen jälkeen ryhtyy miettimään, mitä ja miten lakia voisi tapaukseen soveltaa.⁶⁰ Tällainen malli soveltui *suullis-pöytäkirjalliseen menettelyyn* ja *passiiviseen prosessinjohtoon*. Oikeudenkäynti oli järjestetty oikeudenkäyntimateriaalin keräämistä varten, jolloin tuomari saattoi työskennellä asiaan perehtymättä passiivisena kirjurina ja nauhoituslaitteen käyttäjänä. Tuomarin tiedot normeista eivät ohjanneet oikeudenkäyntiaineiston valikoitumista, vaan asianosaiset liittivät aineistoon kaiken tarpeelliseksi katsomansa – usein kaiken mahdollisen siitä riippumatta, kuuluiko se asiaan. Tuomari teki

⁵⁵ Klami Oikeudellisen s. 39: »..., että normilauseen merkityssisällön harkitseminen on itse asiassa toimintavaihtoehdon valintaa ... merkityssisältö annetaan, sitä ei löydetä.»

⁵⁶ Klami Oikeustiede 1982 s. 15. Ks. normin noudattamisesta Aarnio On Legal Reasoning s. 145–147. Olivecrona s. 131–132: »Auktoriteten får fasthet genom att domstolarna, som representera en oemotståndlig faktisk makt, fungera som regelsystemets högsta uttolkare och väktare. Den suggestiva effekten av rättighetssatserna blir genom likformigheten och den bakomstående makten oerhört stor – så stor att den, utan att vi reflektera däröver, bestämmer vår bild av de sociala förhållandena. De likformigt bildade rättighetssatserna upprepas ständigt av enskilda sinsemellan.»

⁵⁷ Engisch s. 22.

⁵⁸ Strömholm s. 81.

⁵⁹ Peczenik s. 56: »Subsumption är ett led mellan den allmänna tolkningen och det konkreta avgörandet.»

⁶⁰ Lindell s. 36.

ratkaisunsa kansliassa oikeudenkäynnistä kirjoitettujen pöytäkirjojen perusteella. Ratkaisulle oli tyypillistä, että konkreettiset tosiseikat tulivat subsumption ikään kuin annettuina.

Tällainen subsumption malli ei vastaa todellisuutta. Oikeuskysymykset vaikuttavat asian käsittelyssä aineiston keräämiseen. Asianosaiset joutuivat myös vanhassa riita-asia-asiain menettelyssä harkitsemaan sen, mikä oikeudenkäyntiaineisto oli merkityksellistä. Tuomarin on osallistuttava uudessa riita-asia-asiain menettelyssä oikeudenkäyntiaineiston keräämiseen aikaisempaa aktiivisemmin, koska suullinen ja välitön menettely sekä menettelyyn liittyvä pöytäkirja eivät säilytä asianosaisten prosessitoimia samalla tavoin kuin vanha menettely tai vanhan mallinen pöytäkirja. Tuomarin täytyy nyt aktiivisesti pitää riidan kohteen täsmen-täminen ja oikeudenkäyntiaineiston kerääminen hallinnassaan. *Normit ohjaavat* merkittävien seikkojen erottamista merkityksettömistä. Konkreettisia tosiseikkoja koskeva oikeudenkäyntiaineisto ei siten kerry irrallaan oikeuskysymyksistä.⁶¹ Ratkaisut, joilla tuomari ohjaa oikeudenkäyntiaineiston keräämistä ja esimerkiksi todistelun kohdentamista, kuuluvat materiaaliseen prosessinjohtoon.

Subsumptio voidaan selittää myös (2) toisinpäin. Ensin tuomari tulkitsee lain oikean soveltamistavan. Sen jälkeen käsittely kohdistetaan oikeustositseikkoihin. Tällainen ajatusrakennelma on varmaankin alkuperäisen, käsitelainopillisen subsumption takana. Lain tarkoitus tai sisältö on määrätty ilman suhdetta konkreettisiin oikeustositseikkoihin. Ajatustapa liittyy illuusioon Herkuleesta, täydellisestä tuomarista, joka tietää voimassa olevan oikeuden sisällön kaikissa ratkaisutilanteissa.⁶² *Tätä illuusiota ylläpitää meilläkin voimassaoleva jura novit curia -periaate*. Tuomari tuntee lain. Illuusiota on vahvistettu myös tuomarin arvovallalla ja ratkaisutoimintaan liittyvillä muodoilla.

⁶¹ Lindell s. 36: »Sakförhållandet kan givetvis inte fastställas med bortseende från om det finns någon regel som kan vara aktuell att tillämpa...En del regler av beskrivande karaktär har emellertid en hög precisionsgrad. Så är t ex fallet med flertalet regler i vägtrafiklagstiftningen. En regel som: »Den som kör mot rött ljus, dömas...», har en sådan tydlighet att den i allmänhet inte behöver någon precisering. Domaren kan därför i de flesta fallen genast inrikta sig på att få sakförhållandet fastställt. Men givetvis måste han känna till att regeln finns innan han tar upp bevisning för att fastställa sakförhållandet.»

⁶² Mielikuvan supertuomari Hercules J:stä kehitti Dworkin s. 105: »I have invented...a lawyer of superhuman skill, learning, patience and ecumen, whom I shall call Hercules. I suppose that Hercules is a judge in some representative American jurisdiction, I assume that he accepts the main uncontroversial constitutive and regulative rules of the law in his jurisdiction. He accepts, that is, that statutes have the general power to create and extinguish legal rights, and that judges have the general duty to follow earlier decisions of their court or higher courts whose rationale, as lawyers say, extends to the case at bar.» Herculeesta on Suomessa kirjoittanut mm. Aarnio LM 1989 s. 605–606 ja Lain ja kohtuuden tähden s. 17–20. Ks. myös Peczenik–Aarnio–Bergholtz s. 209.

Herkules -illuusio vastaa todellisuutta vain joissakin rutiiniasioissa, joissa lainsäädäntö käyttää kuvailevaa kieltä ja sovellettavaa normistoa on vähän.⁶³ Illuusion taustalta löytyvä ajattelutapa on sen sijaan hyvin yleinen. Se liittyy sidotun ratkaisun ideaan.⁶⁴ Wikström on osoittanut, ettei looginen syllogismi selitä oikeudellisen ratkaisun tekemistä, sillä premissit eivät ole toisistaan riippumattomia. Faktapremissii ei voida muodostaa normipremissistä riippumatta eikä normipremissii faktapremissistä riippumatta.⁶⁵

Tuomari kohtaa usein riita-asian valmistelussa tiedon puutteen.⁶⁶ Ratkaisu ei löydy oikeuskysymysten osalta valmiina tajunnasta, vaan se on tehtävä (keksittävä). Tuomari tutkii sen vuoksi oikeudellisia informaatiolähteitä. Asiaan liittyvät tosiseikat ja esitetyt vaatimukset ohjaavat tuomarin työtä. Tunnusmerkistöt ovat kuitenkin riita-asioissa usein avoimia tai yksilöimättömiä. Tuomari joutuu tavallisesti harkitsemaan, voidaanko tunnusmerkistö kuvata siten, että sitä voidaan käyttää esillä olevassa asiassa. Toisaalta tuomari miettii, voidaanko asian konkreettinen tosiseikasto kuvata siten, että se vastaa tunnusmerkistön kielellistä kuvausta. *Törmäämme premissien muotoilemisen välttämättömyyteen.*⁶⁷

⁶³ On tavallista, että tuomari tietää yksinkertaisissa rutiiniasioissa oikeusseuraamuksen sisällön ja käytettävän normiston jo hyvin aikaisessa asian käsittelyn vaiheessa. Näihin tapauksiin tämä malli subsumptiosta sopii hyvin. On kuitenkin muistettava, että rutiinin muodostuminen lähtee vaikeammasta tulkintatilanteesta. Ensimmäisen tuomion tekeminen rattijuopumus-asiassa oli suuri lainsoveltamistyö.

⁶⁴ Peczenik s. 54: »Ur den ifrågavarande lagregeln, andra lagregler, förarbeten, prejudikat, respektive värderingar samt ur data om fakta i målet deducera domaren att A:s gärning passar under BrB 3:1». Ks. myös sivut 55–56 ja alaviite 3.3/2 sivulta 215. *Staffans* DL 1958 s. 131, *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus II s. 243, *Rosenberg–Schwab* s. 837.

⁶⁵ Wikström s. 126: »Syllogismin toista premissii, faktapremissii, ei voida muodostaa ensimmäisestä premissistä, normipremissistä riippumatta....Ajatellaan käsitettä verotettava varallisuus. Käsitteen perusta palautuu normipremissiiin...Tilanne on samanlainen faktapremissin valinnan osalta. Normipremissistä riippumatta ei voida ratkaista kysymystä, onko jossakin tapauksessa olemassa verotettavaa varallisuutta vai ei. Premissit eivät ole toisistaan loogisesti riippumattomia. Oikeudellinen ratkaisu ei rakenteeltaan vastaa aristotelistä syllogismia.»

⁶⁶ Aarnio Laintulkinnan teoria s. 157.

⁶⁷ Loogisesta syllogismista oikeudellisen ratkaisun mallina ks. *Klami* Finalistinen s. 152, *Wikström* s. 128 ja *Makkonen* Oikeudellisen s. 64: »..., onko juridinen ratkaisu ts. looginen päätelmä? Tullaan näkemään, että jossain täysin selvässä asiassa, jolloin oikeusnormi on riidaton ja implikoi yhden ja ainoan oikeusseuraamuksen, voidaan ajatella tuomarin todella löytävän ratkaisunsa puhtaan loogisen päättelyn nojalla. Sellainen tapaus on käytännössä kuitenkin perin harvinainen eikä milloinkaan ehdoton. Tavallisesti ratkaistava tapaus on enemmän tai vähemmän epäselvä ja harvinainen ei ole sellainenkaan tilanne, että minkäänlaista ratkaisuohejetta ei oikeusjärjestyksestä löydy... On luonnollista, ettei tuomari tällaisissa olosuhteissa saatua noin vain, kuin hyllystä lakikirjan, siepata oikeusjärjestyksestä valmista ylälausetta ratkaisu-syllogismiinsa.» Faktojen epätämällisyydestä katso s. 31–34. Sen sijaan looginen syllogismi voinee olla tehdyn ratkaisun justifiointin muoto (process of justification). *Takki* s. 49: »Ei

3.2.2 Asia- ja oikeuskysymysten vuorovaikutus

Subsumptiota voidaan pitää myös asiakysymysten ja oikeuskysymysten vuorovaikutuksena. Konkreettiset ja abstraktiset tosiseikat eivät esiinny toisistaan riippumattomina vaikuttajina, vaan (1) tuomarin laintulkinta on sidottu koko ajan tapaukseen liittyviin konkreettisiin tosiseikkoihin ja (2) tosiseikkojen selvittäminen laintulkintaan.⁶⁸

Riita-asian ratkaiseminen alkaa haastehakemuksen lukemisella. Tuomari lukee väitetyt tosiseikat ja tutkii kantajan vaatimukset. Sen jälkeen hän tutkii lainsäädännöstä, mitkä normit asiaan liittyvät. Tavoitteena on jo tässä vaiheessa asian ratkaiseminen. Onko kantajan vaatimus selvästi perusteeton (OK 5:6.2)? Tuomari vertailee normistoa tapaukseen ja tapausta normistoon eli lukee haastehakemusta ja oikeuslähteitä vuoron perään. Vastaajan vastauksen saatuaan tuomari valmistelee asiaa edelleen ja laajentaa asian selvittämisen koskemaan molempien asianosaisten käsityksiä tapahtumien kulusta ja molempien asianosaisten vaatimuksia. Vastaavasti oikeuslähteiden ja normiston tutkiminen tarkentuu. Tavoitteena on yksityiskohtaisemmin juuri esillä olevan tapauksen ongelmien ratkaiseminen.⁶⁹ Asiakysymysten ja oikeuskysymysten vuorovaikutus kuvaa tuomarin tosiasiallista työskentelyä.

Asian ratkaisemisen tavoite ohjaa asian valmistelua. Tuomari ei voi enää vaikuttaa oikeudenkäynnissä käsiteltävän riidan taustalla oleviin tapahtumiin. Ne eivät kuitenkaan liity subsumptioon autenttisina, vaan ratkaisu tehdään tapahtumia koskevien väitteiden perusteella.⁷⁰ *Tuomari joutuu asian ratkaisemiseksi muodostamaan oman käsityksensä konkreettisista tosiseikoista.* Suullisen valmistelun istunnossa tuomari voi pyrkiä vahvistamaan kirjallisen valmistelun perusteella muodostamia käsityksiä. Asianosaiset tekevät subjektiivisen väittämistaakan mukaisesti (OK 24:14.2) ratkaisun siitä, voidaanko seikoille antaa tuomarin tarkoittama kielellinen kuvaus. Laissa käytettyjen käsitteiden avoimuuden ja epätasällisuuden vuoksi tuomari joutuu usein riita-asioissa muotoilemaan

voida myöskään kieltää, etteikö tuomarin ajatustoiminta ainakin jälkikäteen ja tuomion perusteluja kirjoitettaessa olisi valtaosassa tapauksia puettavissa tällaisen subsumptioaktin ja syllogismpäätelyn muotoon.» Ks. myös Aarnio Laki, teko ja tavoite s. 134. Suomalaisessa prosessioikeudessa looginen syllogismi onkin liitetty tuomion muotoon: *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus II s. 243: »Tuomio on loogiselta rakenteeltaan johtopäätöslauselma (syllogismi): siinä on perustelut (premissit) ja itse johtopäätös (konklusio).» Tämä ei kuitenkaan kerro mitään tuomion hyväksyttävyydestä tai ratkaisun keksimisestä.

⁶⁸ Esser *Methoden der Rechtswissenschaft* s. 31 ss.

⁶⁹ Ks. *Makkonen* Oikeudellisen s. 46–47.

⁷⁰ Ks. *Lindell* Partsausautonomi s. 36–37.

myös tunnusmerkistöä. Tässä työssä hän ei ole sidottu asianosaisten tahtoon, mutta heille tulee varata mahdollisuus vaikuttaa asiaan.

Tällaisessa subsumptiossa on kysymys konkreettisia tosiseikkoja ja oikeuskysymyksiä koskevien kielellisten kuvausten vastaavuuden toteamisesta ja/tai tekemisestä.⁷¹ Wihuri erottaa kolme eri tapaa nähdä subsumptio: 1) *aito subsumptio* tarkoittaa toimitusta, jolla todetaan kahden kielellisen ilmaisun vastaavuus, 2) *dynaaminen subsumptio* tarkoittaa tilannetta, jossa kielellinen vastaavuus synnytetään ja todetaan ja 3) *leveässä subsumptiotilanteessa* normipremissi ja tosiasiapremissi kohtaavat etäämmältä.⁷²

Subsumptio vuorovaikutussuhteena on prosessi, jossa hyvin epätäsmälliset kuvat tapahtumista ja normeista kehittyvät oikeudenkäynnin kuluessa jäsenytneeksi oikeustositseikastoksi ja tunnusmerkistöksi.⁷³ Asiat eivät kuitenkaan kehity itsestään, vaan tuomari tekee ratkaisun asiassa. Ratkaisupakko konkretisoi tuomarin velvollisuutena ratkaista esillä oleva asia. Hänen tehtävänsä on muodostaa ja yhdistää konkreettinen ja abstrakti tosiseikasto tuomion tasolla.⁷⁴ Hänen on myös määrättävä oikeusseuraamukset. Käytännössä oikeudellisen ratkaisun tekeminen ei ole vain ajattelemista, keksimistä tai oivaltamista, vaan myös harkinnan ohjaamaa työtä ja toimintaa.⁷⁵

Tätä konkreettisten oikeustositseikkojen ja rekvisiitan vuorovaikutussuhdetta kutsutaan kirjallisuudessa »vuorovaikutukseksi» (växelspelet, Wechselwir-

⁷¹ Wihuri s. 39–40.

⁷² Wihuri s. 39–40.

⁷³ Klami Finalistinen s. 152, Klami TfR 1981 s. 512–513.

⁷⁴ Esser Vorverständnis s. 50–51: »Die für den Syllogismus massgeblichen Begriffe müssen sowohl vom Gesetzgeber als auch vom Rechtsanwender in einer für die Ordnungsbedeutung angemessenen Form zugerichtet werden, damit die Subsumtion ein normgemäßes Resultat erbringen kann.... Die Tatbestandsmerkmale werden nicht am Anfang, sondern erst im Verlaufe des Entscheidungsprozesses fest profiliert, in welchem auf beiden Seiten, der Sachverhaltsseite und der Normseite, die Frage nach der vernünftigen Einordnung gestellt wird.... Die Verbindlichkeit der Tatbestandskriterien ist ebenso wie die Relevanz der Sachverhaltsmerkmale ganz in der Hand des Rechtsanwenders.»

⁷⁵ Brusiin Der Mensch s. 38: »Die Entscheidung setzt sich aus rationalen Wahlenentscheidung des Richters zusammen. Es liegt ihr eine Interaktion zugrunde zwischen dem Entscheidenden und dem Problem, das es zu lösen gilt. In dieser Interaktion werden die Auffassung des Entscheidenden und die rechtliche Information, die seine Auffassung ergänzt, von Rechts wegen harmonisiert.» Zitting LM 1984 s. 503–504: »... että tuomarin toiminta on samalla kertaa käyttäytymistä, jonka vaikutukset ilmenevät reaalfaktuaalisessa todellisuudessa, ja kompetenssin käyttöä ... Kaksipuolisuus tuomarin toiminnassa perustuu siihen, että teon käsitteessä voidaan erottaa kaksi puolta, fyysinen ja psyykinen. Ratkaisuteko peittää molemmat teon peruselementit. Tekojen muodostama toiminta on aktiivista puuttumista tapahtumien kulkuun. Sille ominainen tavoitteellisuus on teon psyykkisen elementin ilmaus.»

kung, dynaaminen vuorovaikutusprosessi).⁷⁶ Käytän tässä käsitettä *vuorovaikutussubsumptio*. Se kuvaa oikeudellisen ratkaisun keksimistä etenkin vaikeissa asioissa, joissa normin soveltaminen ei ole tulkitsematta selvää. Kenties Herkules-illuusio vastaa paremmin todellista tuomarin toimintaa helpoissa rutiinipauksissa.⁷⁷ Rutiiniasioiden käsittely alkaa nimittäin tilanteesta, jossa tuomarilla on jo varsin selkeä kuva määrättävästä oikeusseuraamuksesta. Niissäkin vuorovaikutussubsumptio on kuitenkin hyvä *malli* oikeudelliselle ratkaisulle.

3.3 SUBSUMPTION TARKASTELUA

3.3.1 Vuorovaikutus dynamisessa subsumptiotilanteessa

Tarkastelen ensin yksinkertaista liikennerikosasiaa, koska se rutiinijuttuna helpottaa vuorovaikutussubsumption hahmottamista. Subsumption ongelma liittyy sellaisessakin sekä asiakysymysten että oikeuskysymysten muodostamiseen. Subsumptio on siten dynaaminen hyvin yksinkertaisessakin asiassa.

Tieliikennelain 98 § on esimerkki arvostuksenvaraisia käsitteitä sisältävästä lain säännöksestä: »Liikenteen vaarantaminen. Jos tienkäyttäjä tahallaan taikka huolimattomuudesta tai varomattomuudesta rikkoo tätä lakia ... siten, että hänen menettelynsä on omiaan aiheuttamaan vaaraa liikenneturvallisuukselle,...»⁷⁸ Säännöksen tunnusmerkistöön kuuluu useita arvostuksenvaraisia käsitteitä: tienkäyttäjä, huolimattomuus, varomattomuus, omiaan aiheuttamaan vaaraa, liikenneturvallisuus ja rikkoo lakia. Keskityn seuraavassa huolimattomuuteen ja varomattomuuteen.⁷⁹

⁷⁶ Lindell s. 36 ja Engisch s. 15: »Für den Obersatz ist wesentlich, was auf den konkreten Fall Bezug hat, am konkreten Fall ist wesentlich, was auf den Obersatz Bezug hat. Sieht man aber näher zu, so handelt es sich nur um eine ständige Wechselwirkung, ein Hin- und Herwandern des Blickes zwischen Obersatz und Lebenssachverhalt,...». Dynamista vuorovaikutusprosessia käyttää Wihuri s. 46. Vuorovaikutussubsumptiosta on Suomessa kirjoittanut erityisesti Klami (ks. esimerkiksi Oikeustiede 1982 s. 15): »The starting point of the cognition of facts in law is the legal order – but legal norms are concretized in the context of the facts of the case. According to Karl Engisch legal decisionmaking is »ein Hin- und Herwandern des Blicks zwischen Lebenssachverhalt und Rechtsnorm.«» Ks. myös Klami DL 1986 s. 162, Wróblewski s. 43 ja Ovaskainen s. 59 ss.

⁷⁷ Ks. asiasta Lindell s. 37.

⁷⁸ Lindell käyttää samaa esimerkkiä s. 37–38.

⁷⁹ Tunnusmerkistöä käytetään eri nimiä. Lindell s. 27 puhuu rekvisiitista tai abstrakteista oikeustositseikoista. Arvostustenvaraisia tunnusmerkistöjä Esser Vorverständnis s. 56 kutsuu nimellä »epämääräiset tunnusmerkistöt» (unbestimmte Tatbestände). Engisch Einführung s. 108 käyttää epämääräisistä tunnusmerkistöistä nimitystä »epämääräiset käsitteet» (unbestimmte Begriffe).

Ajatellaan, että tienkäyttäjä A ajaa henkilöautolla kolarin niin, että hän ajaa

- a) 80 km/h nopeudella
- b) kapealla ja mutkaisella tiellä
- c) talvikelillä
- d) pimeällä
- e) ilman nastarenkaita

Kysymys kuuluu: Onko asiassa esitetty rangaistusvaatimuksen perusteeksi sellaisia seikkoja, että A:n voidaan sanoa olleen varomaton tai huolimaton? Asian ratkaisemista helpottavat tieliikennelain materiaaliset säännökset, joilla määritellään hyvin yksityiskohtaisesti kielletty käyttäytyminen liikenteessä. Toisaalta ratkaisijaa eivät tyydytä todellisessa tilanteessa nämä seikat, vaan hän vaatii tarkempaa kuvausta olosuhteista. Jätän ne nyt huomioimatta ja asetan tuomarin ratkaisutilanteeseen, jossa hänellä on asiakysymyksinä yllä kuvatut tosiseikat ja normina TLL 98 §.

Kaikki seikat voivat olla relevantteja. Olennaisempaa onkin huomata, että jollekin tuomarille kenties jo seikka a) nopeus ja seikka d) pimeys voivat riittää huolimattomuuden ja varomattomuuden tunnusmerkistön täyttymiseen. Joku toinen tuomari voi edellyttää, että esimerkiksi seikkoihin a), b), c) ja d) vedotaan, joku kolmas edellyttää vain seikkoihin b) ja c) vetoamista ja niin edelleen. Tuomarilla ei ole ratkaisutilanteessa valmista faktapremissiä, vaan hän muodostaa sen. Ratkaisuun voivat vaikuttaa tuomarin omat kokemukset pimeällä ajamisesta ja kenties tuomarin huono ajotaito. Kyse on tältä osin tuomarin kokemustiedosta eli elämänkokemuksen tuottamasta tiedosta, jonka perusteella hän tietää, että ajettaessa pimeällä 80 km/h nopeudella auton tiellä pitäminen on vaikeaa. Kokemussäännöt ovat osa tuomarin esiymmärrystä, sen vapaaseen todistusharkintaan vaikuttava osa.⁸⁰

Vuorovaikutuksen merkitys normipremissin muodostamisessa paljastuu, kun ajatellaan, että tuomari saa jutun käsiteltäväkseen tilanteessa, jolloin on vedottu vain tosiseikkaan a) nopeuteen. 80 km tuntinopeus ei vielä riitä yksinään kertomaan, mitä normia asiaan sovelletaan. Kyse voi olla liikenneerikkomuksesta tai liikenteen vaarantamisesta useilla perusteilla tai jostain muusta. Normin tunnistaminen edellyttää tarkempaa seikkojen tutkimista. Kun tuomari kysyy tarkemmin asiakysymyksistä, henkilöautolla ajaminen ja kolari paljastuvat olennaisiksi seikoiksi, samoin yleinen tie, talvikeli ja pimeys. Nämä seikat saavat tuomarin kohdistamaan huomionsa juuri TLL 98 §:ään.

⁸⁰ Kokemussäännöistä ks. *Edelstam* s. 109 ss., *Lindell* s. 214.

Tunnusmerkistötekijöistä esimerkiksi varomattomuus on *arvostuksenvarainen käsite*. Sellaisia ovat myös erehdys, huolimattomuus, tuottamus ja olennainen merkitys.⁸¹ Niitä käytetään lainsäädännössä paljon. Lainsäätäjän käyttämä kieli on arkipäiväistä ja käsitteet epätäsmällisiä. *Arvostuksenvaraisuus merkitsee sitä, ettei käsitteen piiriin kuuluvia konkreettisia tosiseikkoja ole kuvattu tyhjentävästi*, vaan yksittäistapauksissa on tehtävä ratkaisu, jolla konkreettinen tosiseikka samaistetaan tunnusmerkistöön.⁸²

Tällaisessa rutiiniratkaisussa tunnusmerkistön täsmentämistä ohjaa tuomarin ammattikokemukseen sisältyvä tieto siitä, onko teko katsottu varomattomuudesta johtuvaksi vastaavissa asioissa aikaisemmin. Esiymmärrys sisältää siten myös normitietoa.⁸³ Ratkaisuun voi vaikuttaa myös tuomarin muu laintuntemus: esimerkiksi tässä voivat vaikuttaa TLL 3 §:n perusteella aiemmin tehdyt ratkaisut.⁸⁴

Vaikeammassa tapauksessa on tavallista, että tuomari täsmentää tunnusmerkistön oikeudellisten informaatiolähteiden avulla. Varomattomuuden perustavia seikkoja on kuvattu esimerkiksi korkeimman oikeuden ennakkotapauksissa. Epätodennäköistä kuitenkin on, että olisi olemassa ennakkotapaus, jossa on täsmälleen samanlaiset seikat kuin käsiteltävässä asiassa. Tuomarin ratkaisu kuitenkin helpottuu. Tuomareilla voi olla myös erilainen tieto oikeuskysymyksistä: joku tuntee oikeuskäytännön paremmin kuin toinen, toinen taas seuraa kirjallisuutta tarkemmin. Ratkaisijoiden tiedot tuomion hyväksyttävyyden edellytyksistä vaihtelevat.⁸⁵ Näitä kysymyksiä tarkastellaan enemmän seuraavassa luvussa.

Esimerkin perusteella havaitaan, että normipremissi riippuu konkreettisille tosiseikoille annetusta merkityksestä ja päinvastoin. Tuomion perustelussa käytettävät konkreettiset tosiseikat valikoituvat sen mukaan, millaisia edellytyksiä ratkaisija varomattomuudelle asettaa. Ratkaisija päättää, mitkä konkreettisista tosiseikoista ovat oikeustositseikkoja eli varomattomuuden tunnusmerkistötekijän täyttäviä seikkoja.⁸⁶ Konkreettiset tosiseikat ohjaavat vastaavasti oikeusky-

⁸¹ Henke s. 152, Lappalainen JFT 1993 s. 37.

⁸² Ks. *Engisch* Einführung s. 48–49.

⁸³ Klami Finalistinen s. 138, Lindell Partsautonomi s. 45 ja Wihuri s. 46–47.

⁸⁴ *Seiter* Festschrift für Baur s. 574: »Es gibt offenbar Tatsachenbehauptungen, die nicht der Subsumtion unter den Tatbestand einer bestehenden Rechtsnorm dienen, sondern Bestandteil der Gewinnung einer neuen Rechtsregel im Wege einer richterlichen Rechtsfortbildung sind...»

⁸⁵ Wihuri s. 7, Brusiin *Der Mensch* s. 39: »Nach Brusiin geht dem Wertungsprozess des Entscheidenden die Feststellung der rechtlichen Relevanz der Umstände, die dem Gericht dargelegt werden, voraus. Anschliessend muss der Entscheidende feststellen, welche der dargelegten relevanten Umstände als bewiesen gelten sollen. In der Welt der rechtlich relevanten Umstände ist die Wahrheit ein sehr relativer Begriff. ... Die Feststellung der echtlichen Relevanz ist eng mit den Wertungen verbunden, die der Entscheidende trifft.»

⁸⁶ *Engisch* Festschrift Heidelberg s. 8–9. Asia- ja oikeuskysymysten erottaminen on vai-

symysten tutkimista. Tietynlainen kuvaus konkreettisista tosiseikoista yhdistyy tuomarin harkinnassa tiettyihin normeihin ja vaikuttaa normin valintaan ja tulkintaan.

3.3.2 Vuorovaikutus leveässä subsumptiotilanteessa

Riita-asioissa leveä subsumptio on tyypillinen tilanne siksi, että riidan kohteen selvittäminen alkaa tilanteesta, jossa asia on hyvin hahmoton ja siihen liittyy useita epävarmuustekijöitä. On tavallista, että kirjallisen valmistelun alussa vaatimusten perusteet eivät ole seikkoja, vaan epämääräisiä tapahtumien kuvauksia, joiden oikeudellisen merkityksen arvioiminen on hankalaa. Oikean ratkaisun keksiminen alkaa avoimesta tilanteesta.

Kantajana esiintyvä pankki A velkoo aviopuolisoilta B:ltä ja C:ltä 100 000 mk sillä perusteella, että B ja C ovat allekirjoittaneet 15.6.1992 velkakirjan, jolla he ovat saaneet lainaksi 450 000 mk. Luotto on erääntynyt 15.6.1993 ja siitä on edelleen maksamatta 100 000 mk. Kantaja ilmoittaa, ettei asia ole sen käsityksen mukaan riitainen.

Asia on pantu vireille OK 5:3:n mukaisella suppealla haastehakemuksella ja se näyttää asialta, jossa ei ole tosiasiallista riitaa, vaan pankki hakee itselleen täytäntöönpanoperustetta. Asian ratkaiseminen kuuluu notaarin toimivaltaan KäOL 17 §:n 1 momentin c) -kohdan perusteella. Notari antaa haasteen ja pyytää vastausta B:ltä ja C:ltä.

Asia muuttaa luonnettaan, kun B ja C kiistävät kanteen vastauksessaan. Asia muuttuu riitaiseksi ja siirtyy tuomarin ratkaistavaksi. B:n ja C:n vastaus on seuraavan sisältöinen:

»Vastine asiakohdassa mainittuun kanteeseen. Ko. velkakirjalaina on kokonaisuudessa käytetty X Ky:n lainojen lyhentämiseen. Lainajärjestelyjä tehtäessä pankin ehtona oli omakotitalomme realisointi. Saadut rahat käytettiin jäljelläolevan asuntolainan maksamiseen ja loput yhtiön velkojen lyhentämiseen. Tässä yhteydessä pankki, meitä kuulematta teki (mää räsi)

keaa asianosaisten prosessitoimienkin kohdalla. Jos syylliseksi epäily esimerkkitapauksessamme tunnustaisi nopeuden, kolarin, pimeyden, tien mutkaisuuden ja kesärenkaat, hyväksyisi hän tunnustamisellaan todennäköisesti myös tunnustettujen seikkojen oikeudelliseen vaikutukseen eli rangaistusseuraamukseen. Ks. *Lappalainen JFT* 1993 s. 37. Asia- ja oikeuskysymysten vuorovaikutuksesta käytännössä tarjoaa esimerkin KKO 1988:37, jossa asianosainen on uusia seikkoja esittämällä toteuttanut pyrkimyksensä liittää uusi normi asian ratkaisemiseen. Halilan kommentissa vuorovaikutus on huomioitu: »Kantaja ei ole voinut tyytyä selostamaan jura novit curia -periaatetta ..., vaan tämän lisäksi on tullut vedota niihin seikkoihin, ..., joiden perusteella kyseinen lainkohta voisi tulla sovellettavaksi. Ks. *Halila H. LM* 1988 s. 703.

ko. velkakirjan henkilökohtaiselle nimelle. Koska rahat kuitenkin on käytetty yhtiön rahoitukseen, niin katson oikeaksi, että laina kuuluu yhtiölle. Yhtiön velkasaneerausasia on vielä keskeneräinen. Pyydän, että käräjäoikeus tutkii kanteen oikeellisuuden ja keskeyttää perintätoimenpiteet.»

Vastaus on hyvin tavallinen maallikon vastaus. Vastauksessa ei ilmoiteta selvää kiistämistä eikä kiistämiselle selviä perusteita. Epäselväksi jää, esittävätkö B ja C näyttöväitteen vai oikeusväitteen vai vetoavatko he vastatosisekkaan. Tuomari joutuu miettimään, onko vastaajalta pyydettävä OK 5:15.2:n mukainen lausuma, jossa ilmaistaisiin selvemmin kiistäminen ja sen perusteeksi tarkoitetut seikat. Jos kyse olisi lakimiesten ajamasta asiasta, olisi lausuma ilman muuta pyydettävä. Koska B ja C ovat maallikoita, harkitsee tuomari tavallisesti sitä, kykenevätkö asianosaiset yksilöimään asiaa sen tarkemmin kuin ovat vastauksessaan tehneet. Tuomari valitsee usein tällaisessa tilanteessa sen ratkaisun, että hän tulkitsee itse sekavasta tapahtumien kuvauksesta kiistämisen perusteet.^{86a} B ja C näyttävät vetoavan vastatosisekkoihin, sillä vastauksesta voi tulkita seuraavat konkreettiset tosiseikat:

- a) laina käytettiin X Ky:n velkoihin
- b) omakotitalon realisointi oli lainan saamisen ehto
- c) lainalla maksettiin jäljellä oleva asuntolaina ja loppuilla yhtiön velkoja
- d) pankki oli B:tä ja C:tä kuulematta kirjoittanut velkakirjan henkilökohtaiselle nimelle
- e) kyseessä oli X Ky:n laina
- f) X Ky oli hakenut yrityssaneerausta

Asian tässä vaiheessa on *oikeuskysymysten* hahmottaminen hankalaa, mutta välttämätöntä. Tuomarin on nimittäin kyettävä ratkaisemaan, onko vastaaja vedonnut vain sellaiseen perusteeseen, jolla selvästi ei ole vaikutusta asian ratkaisemiseen (OK 5:13). Tuomari joutuu sen vuoksi harkitsemaan, voiko B:n ja C:n seikoilla olla edes hypoteettisesti vaikutusta asian ratkaisemiseen. »Vaikutus asian ratkaisemiseen» viittaa oikeuskysymyksiin. Tuomarin on konstruoitava ja arvioitava normi kyetäkseen ratkaisemaan asetetun ongelman.

Tässä tapauksessa B:n ja C:n esittämät seikat voivat kumota A:n saamis-olettaman monen normin perusteella, monen tunnusmerkistön kautta: (1) seikat a) ja d) viittaavat väärentämiseen, (2) seikat a), b) ja d) viittaavat OikTL 30 §:n mukaiseen petolliseen viettelyyn tai OikTL 33 §:n mukaiseen kunnian vastaisuuteen ja arvottomuuteen ja niistä seuraavaan pätemättömyyteen, (3) seikat a), b), c) ja d) viittaavat myös perusteväitteeseen eli siihen, etteivät B ja C ole saa-

^{86a} Ks. prosessitoimien tulkintaan liittyvistä ongelmista *Virolainen* Materiaalinen s. 257.

neet lainasitoumuksen vastiketta itselleen. Vastaajilla ei ole velvollisuutta valita, mitä normia asiassa sovelletaan, koska väittämistaakka ei yleensä koske sovellettavaa normia (*jura novit curia*).⁸⁷

Tuomarikaan ei kykene vielä yksilöimään ratkaisunormia, vaan *asiakysymyksiä* on selvitettävä pidemmälle. Tuomari pyytää kantajalta lausuman asiassa (OK 5:15.2). Lausumassa kantajaa pyydetään ottamaan kantaa vastaajan kiistämiseen.⁸⁸

Koska lausuman lyhentäminen vääristää kuvaa tuomarin työstä, kirjoitan lausuman kokonaisuudessaan. A esittää kanteelleen lisäperustelut:

»Tämä kiistanalainen luotto liittyy X Ky:n sekä B:n ja C:n luottojärjestelyihin, joilla oli tarkoitus turvata yrityksen jatko ainakin toistaiseksi ja samalla kohdistaa luotot sekä yritykselle että vastaajille lainan tarkoituksen mukaan. Tässä samassa yhteydessä on tehty neljä (4) eri luottohakemusta. AA (pankin rahoituspäällikkö) on kesäkuun 12 päivänä 1992 laatinut rahoitusjohdolle luottohakemuksen, jossa hän on eritellyt niitä syitä, jotka ovat johtaneet tähän luottojärjestelyyn. AA on ilmoittanut, että hankkeen rahoitustarve ja rahoitussuunnitelma liittyy yhtiön pelastamissuunnitelmaan, sekä esittänyt kommenttina hankkeen vaikutuksista yrityksen kannattavuuteen »Turvaa yrityksen jatkon ainakin toistaiseksi». Yrityksen tilasta ja sen kehityksestä AA on maininnut, että yrityksen tilanne on edelleen kriittinen, koska yrityksellä on käyttöpääomapula. Toiminta sopeutetaan 1–2 henkilön urakointiliikkeeksi ja kiinteät menot minimoidaan. Omistajien henkilökohtainen talous vedetään minimiin.

Omistajien henkilökohtaisen talouden vetäminen minimiin on johtanut siihen, että B ja C ovat joutuneet realisoimaan XXX -nimisen tilan. Asia-kirja-aineiston pohjalta olemme saaneet sellaisen käsityksen, että tämä tila, jonka arvoksi oli katsottu noin 700 000 markkaa, oli rahoitettu siten, että lainan oli ottanut X Ky. Tämä edellä mainittu seikka perustuu siihen, että B:n ja C:n henkilökohtainen vastuu kesäkuussa 1992 oli vain 62 000 mk.

XXX -niminen tila oli realisoitu noin 700 000 markan hinnasta, mikä jälkeen B ja C olivat hankkineet YYY-nimisen tilan. Tämän tilan han-

⁸⁷ Tämä ongelma näkyy myös sivun 137 esimerkissä, joka koski tapauksia KKO 1988:27 ja KKO 1988:28. Asianosaisten oikeussuoja voi uudessa menettelyssä riippua siitä, tietääkö riita-asiaa valmisteleva tuomari jo asiaa selvittäessään, miten normi on konstruoitava. Perusteettoman edun palauttamisen edellytykset eivät ole samat kuin toisen omaisuuteen sijoitetun työsuorituksen korvaamisen edellytykset. Ks. edellä s. 137 alav. 53.

⁸⁸ Tällainen lausumapyyntö, jossa lausuttava kysymys määrätään vain yleisesti viittaamalla vastaukseen, ei ole OK 5:15.2:ssä tarkoitettu lausumapyyntö. Kyseessä on itse asiassa kehoitus kantajalle täydentää kanteensa OK 5:2:n mukaiseksi. Käytännössä on alkanut esiintyä prosessuaalisesta taktikoinnista tai riittämättömästä oikeudellisesta tietämyksestä johtuvaa pyrkimystä ajaa riitaisia asioita OK 5:3:n muodossa. Riitoja on käsitelty tässä tutkimuksessa jo aikaisemmin, mutta huomautan, ettei asia ole riidaton pelkästään sillä perusteella, että kantaja on varma voitostaan. Haastehakemuksen muoto on valittava sitä silmällä pitäen, tuleeko vastaaja vastustamaan kannetta vai ei.

kinnan yhteydessä asuntoon liittyvä laina kohdistettiin B:lle ja C:lle henkilökohtaisesti, koska tila oli hankittu asumistarkoituksessa eikä se palvelut yritystoimintaa. Laina oli määrältään 450 000 markkaa.

Kun XXX -niminen tila myytiin, maksettiin kauppahinnalla jäljellä ollut asuntolaina ja mikäli siitä on jotain jäänyt vielä yli, niin sillä on lyhennetty yrityksen vastuita. Samassa yhteydessä B ja C olivat ottaneet niin sanotun »uuden luoton» hankkiakseen asuinkäyttöönään YYY-nimisen tilan. Rahoitusjärjestelyn yhteydessä X Ky:n sekä B:n ja C:n vastuiden kokonaismäärä pysyi edelleen entisellään, mutta luotot kohdistettiin niiden perusteen mukaan joko yritykselle tai sitten asumistarkoituksen osalta B:lle ja C:lle henkilökohtaisesti. Tällä edellä mainitulla järjestelyllä päästiin siihen tulokseen, että yrityksen rahoitusrakenne ei ollut yrityksen kannalta sietämätön ja toisaalta asuinkäytössä olleen kiinteistön hankinta oli katsottu kuuluvan B:n ja C:n henkilökohtaiseen varallisuuspääpiiriin, minkä seurauksena myös luotto oli myönnetty heille henkilökohtaisesti. Tämä edellä mainittu järjestely johti siihen, että pankin oli helpompi valvoa tilanteen kehitystä.

Kesäkuun 12 päivänä 1992 päivätyssä luottihakemuksessa luoton hakijaksi on merkitty B ja C, rahoitettava hanke rakennukset 450 000 markkaa.

Kesäkuun 15 päivänä 1992 B ja C ovat allekirjoittaneet velkakirjan määrältään 450 000 markkaa, velalliseksi on merkitty B ja C.

Kesäkuun 15 päivänä 1992 B ja C, jotka molemmat ovat liikkeenharjoittajia, ovat allekirjoittaneet yleispanntaussitoumuksen, jossa he ovat yleispannaneet YYY-nimisen tilan haltijavelkakirjat.

Tähän edellä mainittuun järjestelyyn liittyen on laadittu myös kaksi (2) muuta luottihakemusta ja yksi (1) pankkitakaushakemus, jotka AA on päivännyt 20.7 tai 21.7 ja näissä kaikissa luottihakemuksissa ja pankkitakaushakemuksissa luoton hakijaksi on pantu X Ky. 50 000 markkaa on tullut käyttöpääomarahoitukseen, 230 000 markkaa on käytetty siten, että tällä luotolla on maksettu vanha luotto määrältään 75 000 markkaa pois sekä pankkitakaussaaminen määrältään 100 000 markkaa sekä leimat ja nostokulut 9 000 markkaa, minkä jälkeen ns. uutta luottoa tästä summasta on ollut 50 000 markkaa. Pankkitakaushakemus on ollut määrältään 200 000 markkaa ja kysymyksessä on ollut urakkatakauslimiitti.

Heinäkuun 23. päivänä 1992 rahoitusjohdon kokouksen pöytäkirjanotteessa 38/92 81. pykälässä on päätetty myöntää B:lle ja C:lle 450 000 markan velkakirjalaina, laina-aika yksi (1) vuosi, vakuutena kiinnitykset. Lainalla maksetaan vastaava määrä B:n ja C:n ja heidän yrityksensä lainoja pois, joten vastuut eivät kasva.

Näillä edellä mainituilla järjestelyillä on pyritty pelastamaan X Ky vaikeimman ajan yli ja tähän yhteyteen on liittynyt se seikka, että kallis kiinteistö rakennuksineen on jouduttu realisoimaan ja tilalle hankkimaan halvempi vaihtoehto, jolla menettelyllä on pyritty keventämään yrityksen ja B:n ja C:n rahoitusrakennetta. Tämä järjestely ei valitettavasti ole johtanut toivottuun lopputulokseen.»

Lausuma paljastaa, että riitaista asiaa on ajettu väärässä, OK 5:3:n muodossa. Tällä on ollut se vaikutus, että riita on paljastunut vasta B:n ja C:n vastauksen myötä. Se on myös muuttanut asian käsittelyn luonnetta. Kantaja puolustautuu asiassa B:n ja C:n esittämiä vastatulosieikkoja vastaan. Jos A olisi kuvannut riitaisuuden jo haastehakemuksessa, tuomari olisi päässyt nopeammin asiasta jyvälle ja asian käsittely olisi nopeutunut. Mutta asiahan olikin kantajan käsityksen mukaan riidaton!

Tässä havaitaan myös se, kuinka tärkeää on, että tuomari määrää OK 5:15.2:n mukaista lausumaa pyytäessään yksityiskohtaisesti ne kysymykset, joista asianosaisen on lausuttava. Tuomarin aktiivinen prosessinjohto on aivan erityisen tärkeää juuri tällaisessa jutussa, jota on lähdetty ajamaan väärässä muodossa ja jossa maallikot ajavat asiaa itse. Nyt nimittäin tuomari kohtaa jälleen uusia epävarmuustekijöitä: millä perusteella A vastustaa B:n ja C:n kiistämistä ja mihin seikkoihin A:n vastustaminen perustuu. Tuomari joutuu yksilöimään konkreettiset tosiseikat A:n tapahtumien kuvauksesta, koska sekään ei täyty lain vaatimuksia seikkaan vetoamisen täsmällisyydestä (OK 24:14.2).⁸⁹ Tuomarilla ei ole velvollisuutta yksilöidä tällä tavoin asianosaisten lausumia, vaan asianosaisten pitäisi tehdä se itse. Asioita ei kuitenkaan ole vielä jätetty tällä perusteella tutkimatta. Näyttäisi siltä, että A vetoaa seuraaviin seikkoihin:

- a) luottojärjestelyllä on jaettu luotot X Ky:n sekä B:n ja C:n kesken lainan taroituksen mukaan
- b) kanteessa tarkoitettu laina on annettu B:lle ja C:lle tilan YYY ostamiseksi
- c) tila YYY on ostettu asumistarkoitukseen
- d) B ja C ovat hyväksyneet velan allekirjoittamalla velkakirjan

Nämä ovat ne seikat, joihin A perustaa puolustautumisensa B:n ja C:n kiistämistä vastaan. Muu osa A:n lausunnosta on »asian taustaa» tai »tapahtumien kuvausta», joka valaisee asianosaisten välistä riitasuhdetta ja voi mahdollisesti helpottaa aineellisoikeudellisen lainsäädännön tavoitteiden selvittämistä.⁹⁰ Tuomarikin pyrkii nimittäin ymmärtämään, mitä asiassa on tapahtunut. Suuri osa tapahtumien kuvauksesta osoittautuu kuitenkin ratkaisun tekemisen kannalta merkityksettömäksi.

Vasta tässä vaiheessa luottojärjestelyn tarkoitus tulee tuomarin tietoon. Uusi seikka kiinnittää tuomarin huomion oikeuskysymyksiin uudesta näkökulmasta. Oikeussuhteen perusteeseen liittyvät normit korostuvat muiden normien, esimerkiksi väärennöksen ja pätemättömyyden sijasta. Tutkiminen tarkentuu oikeus-

⁸⁹ Ks. väittämisestä prosessitoimena *Havansi* Asianajajan työkentältä s. 93 ss.

⁹⁰ Relevantista taustasta (relevanta bakgrunden) kirjoittaa *Klami* Föreläsningar s. 96.

suhteen perusteen tutkimiseen: velallisen sidonnaisuus edellyttää, että oikeus-suhde toteutuu tarkoitetulla tavalla. Tähän suuntaan viittasi jo B:n ja C:n vas-taus valuuttaväitteen osalta (ks. kohta 3 s. 164). Sovellettava normisto alkaa jä-sentyä. Samalla erimielisyyden kohde täsmentyy (OK 5:19): onko kyseessä luot-tojärjestelyn tarkoitus huomioiden X Ky:n vai B:n ja C:n velka? Väitteet ovat tältä osin ristiriitaiset.

Asian ratkaisemista jatketaan suullisen valmistelun istunnossa. Tuomari kes-kittää prosessinjohtoon havaitsemaansa erimielisyyteen. Molemmat osapuolet ovat yksimielisiä luottojärjestelyn tarkoituksesta eli vastuiden jakamisesta lainojen käyttötarkoituksen perusteella. Tämän jälkeen B ja C esittävät laskelman luot-tojen käytöstä ja vetoavat seuraaviin seikkoihin:

- a) luotto otettiin tilan YYY hankinnan rahoittamiseen
- b) tilaa YYY ei ostettu asumistarkoitukseen, vaan se tuli vaihdossa, kun XXX myytiin
- c) B ja C eivät asuneet päivääkään YYY:llä, vaan se oli tarkoitus realisoida heti, minkä vuoksi laina otettiin vain 1 vuodeksi
- d) YYY myytiin marraskuussa 1992
- e) YYY:n ostamista varten saadusta luotosta ja XXX:n myynnistä saaduista tu-loista käytettiin 650 000 mk X Ky:n luottojen hoitamiseen, 60 000 mk tilan YYY saannon leimaveroihin sekä tilojen välityspalkkioihin ja 70 000 mk B:n ja C:n luottojen maksamiseen
- f) YYY:n myynnistä saadut tulot käytettiin kanteen perusteena olevan luoton lyhentämiseen
- g) maksamatta oleva määrä 100 000 markkaa jäi jäljelle, koska YYY:n myynti-hinta oli sen verran siitä vaihdossa hyvitettyä pienempi

Asian oikeustositseikat ja sovellettava normisto alkavat olla selvillä. B ja C vas-tustavat kannetta oikeussuhteen perusteeseen liittyvien seikkojen perusteella. Kysymys on valuuttaväitteestä. B ja C väittävät, etteivät ole saaneet vastiketta luotosta itselleen, vaan se on mennyt X Ky:n velkojen maksamiseen. Velkakir-ja ei vastaa luottojärjestelyn tarkoitus huomioiden sopimusta luottojen järjessä-misestä. Asian ratkaisu jää riippumaan siitä, tunnustaako A tehdyt väitteet tai kykenevätkö B ja C todistamaan ne. Yhteenvedon tekemisen ja sovintoneuvot-telun käynnistämisen edellytykset alkavat olla olemassa (OK 5: 24 ja OK 5:26).

Tämä tapaus on kuvaus siitä, kuinka jäsentymättömästä tilanteesta riidan koh-teen selvittämiseen tähtäävä subsumptio yleensä alkaa. Sekä asia- että oikeus-kysymyksiin liittyy useita epävarmuustekijöitä. Työprosessi etenee asiakysymys-ten ja oikeuskysymysten vuorovaikutuksena siten, että mielenkiinto kohdistuu yhä intensiivisemmin tiettyihin seikkoihin ja tiettyihin oikeuskysymyksiin. Mie-

lenkiintoiset seikat valikoidaan materiaallisen prosessin johdon kohteeksi. Ratkaisu hahmottuu menettelyn kuluessa.⁹¹

Tämä tapaus on myös selitys sille, että on olemassa vain vähän ratkaisun keksimistä koskevia ennakkotapauksia. Asian selvittämismenettely ei näy tuomios- ta. Kun pöytäkirjakaan ei säilytä tapahtumia, ratkaisun keksimistä koskeva pro- sessi katoaa historiaan tuomion julistamisen yhteydessä. Ratkaisu sisältää vain tuomion perustelut ja tuomiolauselman justifioidussa muodossaan. Ratkaisun heuristiikka eli tapa, jolla se keksittiin ja tehtiin, ei ole tuomiosta selvitettävistä.⁹² Oikeudenkäynti on kuitenkin prosessioikeuden näkökulmasta mielenkiin- toista myös ratkaisun keksimisen osalta.

Tämä tapaus on esimerkki myös siitä, että tuomarilla on tärkeä rooli sekä normipremissin että faktapremissin muodostamisessa. Ratkaisutoiminta ei ala ti- lanteesta, jossa lainopillisen metodin puitteissa voidaan heti tehdä oikea ratkai- su, vaan asian hahmottaminen vaikuttaa oikeuskysymysten muotoilemiseen.⁹³ Tarkoitan sitä, että tässäkin tapauksessa asianosaiset olisivat väitteillään ja vaa- timuksillaan voineet ohjata tuomioistuimen ratkaisemaan asian joko väärennös- tä tai esimerkiksi pätemättömyyttä koskevilla normeilla. Toisaalta oikeuskysy- myksiin tutustumista ei voi jättää pääkäsittelyn jälkeen tehtäväksi, koska jo asian valmistelun aikana on tehtävä useita ratkaisuja, jotka edellyttävät oikeuskysy- myksiin paneutumista. Asia ei hahmotu eikä oikeudenkäyntiaineisto kerry ilman oikeuskysymyksiin perustuvaa materiaalista prosessin johtoa.

3.3.3 Vuorovaikutussubsumption vaikutus menettelyperiaatteisiin

Mitä merkitystä menettelyperiaatteiden kannalta on sillä, että asia- ja oikeusky- symykset ovat vuorovaikutuksessa? Vastausta voi hakea periaatteiden merki- tyksestä ratkaisutoiminnassa. Periaatteet vaikuttavat ratkaisutoimintaan norma- ni. Ne ohjaavat ratkaisijan käyttäytymistä. Määräämisperiaate, käsittelyperiaate ja jura novit curia -periaate perinteisessä merkityksessä merkitsevät tiettyä vastuun-

⁹¹ *Klami* Finalistinen s. 152–153, *Virolainen* Materiaalinen s. 29: »Tuomioistuimen jäse- nille ratkaisu alkaa usein hahmottua vähitellen jo käsittelyn kuluessa. Jo kanteen ja siihen esi- tetyn vastineen jälkeen oikeudelle muodostuu yleensä tietty käsitys siitä, millaiseksi ratkaisu kokemuksen mukaan tulisi sen hetkisen aineiston perusteella muodostumaan.... Mutta myös vaikeammissa jutuissa ratkaisu ikään kuin kypsyy käsittelyn edetessä. Samalla tuomioistui- men jäsenille kokemukseen perustuen muodostuu käsitys siitä, mitä lisäaineistoa asianosaisen mahdollisesti tulisi paremmin menestyäkseen esittää. Toisaalta oikeus voi havaita osan tarjo- tusta aineistosta ilmeisen tarpeettomaksi ratkaisua ajatellen.»

⁹² *Wróblewski* s. 15.

⁹³ *Klami–Sorvettula–Hatakka* Law and philosophy 1991 s. 82–83. Aineellisesta totuudes- ta ks. *Lehtimaja* LM 1981a s. 170 ss.

jakoa ja vastuunjaon mukaista tehtävien jakoa asianosaisen ja tuomioistuimen välillä. Määräämisperiaatteen, käsittelyperiaatteen ja *jura novit curia* -periaatteen käyttäytymistä ohjaava vaikutus konkretisoituu tuomarin tavassa johtaa prosessia. Määräämisperiaate ja *jura novit curia* konkretisoituvat juuri ratkaisun keksimiseen liittyvässä ratkaisutoiminnassa, jota edellä olevat esimerkit kuvaavat.

Liberalistiset menettelyperiaatteet perustuvat asia- ja oikeuskysymysten erotamiseen. Asianosainen vastaa käsittelyperiaatteen vuoksi tosiseikastomateriaalin esittämisestä eli asiakysymyksistä. Tuomioistuin on passiivinen tosiseikkojen selvittämisessä. Asianosainen määrää määräämisperiaatteen perusteella riidan kohteesta. Tuomioistuin on prosessinjohdossa passiivinen siihen liittyvien prosessitoimien kohdalla. *Jura novit curia* -periaatteen mukaisesti tuomioistuin vastaa oikeuskysymyksistä viran puolesta. Tuomioistuin voi jopa kieltää asianosaista lausumasta oikeuskysymyksistä.

Liberalistisilla menettelyperiaatteilla ei ole suoraa vaikutusta pääasiaratkaisun aineellisoikeudelliseen sisältöön, vaan vaikutus välittyy tuomarin prosessinjohtotoiminnan kautta. Menettelyperiaatteet mahdollistavat passiivisen prosessinjohtoon. Ratkaisija voi olla jopa välinpitämätön asiassa tehtävän ratkaisun suhteen. *Tällainen rooli ei kuitenkaan sovi tuomioistuimella olevaan sääntöjen käyttäytymistä ohjaavan funktion toteuttamistehtävään (handlingsdirigering).*⁹⁴ Se edellyttää tuomioistuimelta aktiivisuutta prosessin johtamisessa niin asia- kuin oikeuskysymyksissä.⁹⁵ Tässä mielessä *handlingsdirigering*-tehtävä ja perinteinen siviiliprosessioikeuden periaatesystematiikka ovat ristiriidassa keskenään.

Edellä olevat esimerkit osoittavat, ettei tuomari voi johtaa uudessa menettelyssä riita-asian käsittelyä sillä tavoin, että hän on aktiivinen oikeuskysymyksissä, mutta passiivinen asiakysymyksissä. Asia- ja oikeuskysymykset ovat vuorovaikutuksessa keskenään, joten asian hahmottaminen edellyttää tätä vuorovaikutusta. Senkään vuoksi ei ole järkevää pitää yllä asia- ja oikeuskysymysten erotamiseen nojaavaa periaatteiden systematiikkaa.⁹⁶ Prosessinjohtoa ei voi uudessa riita-asia-asiain menettelyssä toteuttaa liberalististen menettelyperiaatteiden mukaisesti.

⁹⁴ Ekelöf Vänbok till Boman s. 76–83.

⁹⁵ Lappalainen JFT 1993 s. 41–42.

⁹⁶ Ks. tästä kysymyksenasettelusta myös Lindell Partsautonomi s. 45. Eräät periaatteet eivät sen sijaan edellytä asia- ja oikeuskysymysten erottamista. Tässä mielessä tärkeässä asemassa on kontradiktorinen periaate.

Kuvio 13. Vuorovaikutussubsumptiota havainnollistava kuvio. Oikeudellinen ratkaisu ei tarkoita kuviossa ainoastaan lopullista pääasiaratkaisua, vaan esimerkiksi myös ratkaisua normin soveltamisedellytysten täyttymisestä.

ASIAKYSYMYKSET

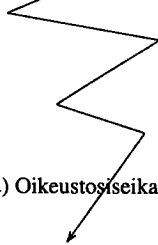
- 1) Todistusharkinta
- Konkreettiset tosiseikat

SUBSUMPTIO

- 2) Oikeustositseikat

OIKEUSKYSYMYKSET

- 1) Pitämisratkaisu
- Tunnusmerkistö

OIKEUDELLINEN RATKAISU

4. TIEDON LÄHTEISTÄ RIIDAN KOHTEEN SELVITTÄMISESSÄ

4.1 KOKEMUSSÄÄNNÖT

Kokemussääntöjen ja esiymmärryksen vaikutus riidan kohteen selvittämisessä paljastui edellä sivulla 161 käsitellyssä esimerkissä. Kokemussäännöillä tarkoitetaan prosessioikeudessa monia asioita. Ne liitetään tavallisesti asiantuntijatoisteluun. Asiantuntija ja todistaja erotetaan siten, että asiantuntijan tehtävänä on selittää kokemussääntöjä, kun taas todistaja kertoo tapaukseen liittyvistä tapahtumista. Jako on näennäisesti selkeä.¹ Joskus asiantuntijan ja todistajan erottaminen on silti vaikeaa.² Tätä vaikeutta kuvaavat meillä käytetyt ns. asiantuntevat todistajat.³ He kertovat kokemussääntöjen ohella myös asiaan liittyvistä tosiseikoista.

Toinen yleisesti käytetty tapa on liittää kokemussäännöt *yleiseen elämäntapamukukseen perustuviin ja käytännöllisen elämän eri alojen muodostamiin yleisluontoisiin sääntöihin*.⁴ Tällä tavoin kokemussäännöt liittyvät elämän säännönmukaisuuksiin, jotka saavat säännön luonteen yksittäistapausten toistuessa lähes samanlaisina uudestaan ja uudestaan.⁵ Näiden säännönmukaisuuksien syntyminen on vakiintuneiden käyttäytymis- ja ajattelutapojen perustana. Säännönmukaisuuksien etsiminen on hyvin olennaisesti inhimilliseen tiedon hankintaan ja hallintaan liittyvä ilmiö.⁶ Kokemussäännöt muodostuvat arkipäivän havaintojen ja kokemusten kautta. Ne vaikuttavat sekä sensomotorisissa että ajatteluun perustuvissa toiminnoissa.

Ratkaisutoiminnassa tuomarin kokemussäännöt ovat merkittäviä. Ne voidaan jakaa erityisiin ja yleisiin.⁷ Jokaisella ihmisellä on oma erityinen kokemusmaail-

¹ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus II s. 222.

² Edelstam kirjoittaa asiasta yksityiskohtaisesti s. 113–114.

³ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus II s. 181.

⁴ Virolainen Materiaalinen s. 59.

⁵ Lindell s. 231, Honkasalo DL 1928 s. 348–349.

⁶ Invarianssien etsimisestä kirjoittaa Kaila s. 16.

⁷ Lindell s. 227.

mansa: elämäkokemukset vaihtelevat ja havainnot elämän eri alueilta ovat erilaisia. Näiden erityisten kokemussääntöjen vaikutusta ratkaisutoimintaan ei voida tietää. Siksi sitä ei pidä korostaa. Tuomareiden kokemuksissa on kuitenkin myös silmiinpistävää säännönmukaisuus.⁸ Tuomarit pätevytyvät hyvin samankaltaisen urakierron kautta. Samanlainen ura muodostaa virkatuomareille yhteisen kokemussääntöjen joukon.

Jokaiselle lakimiehelle opetetaan juridinen käsitteistö ja kulttuuri oikeustieteen opinnoissa: jokainen lakimies on lukenut suurin piirtein samat kirjat ja läpäissyt suurin piirtein samanlaiset tentit. Oikeustieteen opetus on dogmaattista: opiskelija on palkittu siitä, että hän on muistanut kirjan tiedot oikein ja osannut siirtää ne hyväksyttävällä tavalla paperille.⁹ Oikeusteollinen koulutus tuottaa jokaiselle lakimiehelle ne kokemussäännöt, jotka ovat perustana lakimiehen ajattelutavalle.

Tuomarin koulutus jatkuu auskultointiaikana. Notaari oppii oikeudellisen tradition istuessaan memorialistina virkatuomarin vieressä. Hän havaitsee, että tiettyjen konkreettisten tosiseikkojen esiintyessä käytetään tiettyjä säännöksiä. Hän oppii kokemuksen kautta liittämään tietynlaiset tapahtumat tiettyihin normeihin. Normit konkretisoituvat, saavat merkityksisällön. Notaari oppii tämän yhteyden virkatuomarilta. Oikeudellinen traditio jatkuu ja yhtenäisyys lainkäytössä säilyy. Uskallan epäillä, ettei yksikään notaari kykenisi pelkän yliopistokoulutuksen perusteella tekemään muodollisesti moitteetonta ratkaisua yksinkertaisessakaan rattijuopumusasiassa.¹⁰ Jos pääasiasratkaisun tekeminen onnistuisikin, jäisi dokumentointi niin puutteelliseksi, että ratkaisuun kohdistuva moite olisi samaa luokkaa kuin virheellisen pääasiasratkaisun kohdalla.

Virkatuomareiden urakehityksessä vallitsee silmiinpistävä samankaltaisuus.¹¹ Kokemusten säännönmukaisuus kehittyy edelleen hovi oikeudessa, joka omalta osaltaan liittyy tuomarin traditioon. Lakimiehellä on kärjätuomariksi tullessaan kokemussääntöjen joukko, joka on hyvin erilainen kuin yleensä lakimiesten kokemussääntöjen joukko, mutta joka on hyvin samankaltainen kuin muiden kärjätuomareiden kokemussääntöjen joukko. Merkittävä samankaltaisuus vallitsee juuri niiden kokemusten osalta, jotka ovat tuomarin ammatin kannalta tärkeitä.

Eräs tärkeistä oikeudenkäytön yhtenäisyyttä säilyttävistä tekijöistä on tuomarikunnan kokemusten säännönmukaisuus. Sen perusteella syntyy

⁸ Kaila s. 28–29. *Bergholtz Festschrift till Jacobsson* s. 4: »Enligt Polanyi kan man tala om tacit (tyst) och focal (manifest) kunskap. Den tysta kunskapen finns hos subjektet som icke artikulerad och är en förutsättning för att manifest kunskap skall komma till användning.... Varje undersökningsprocess vilar på tyst kunskap.»

⁹ Lindell s. 226.

¹⁰ *Lehtimaja LM* 1981 s. 588–589: »Tavanomainen rattijuopumusjuttu lienee ukkotuomarille rutiinia, mutta auskultantille se käy usein juridiikasta.»

¹¹ *Kemppinen* s. 186–188, 262, 395, *Tuomarinuratoimikunta* s. 21.

säännömukainen tapa käyttää lakia, yhtenäinen lainkäyttö.¹² Yhtenäisyys ei ole kuitenkaan absoluuttista eikä sellaista edellytä oikeusvarmuuskaan.

Kokemussääntöjen vaikutus ratkaisutoiminnassa liitetään *yleistämiseen*. Kun tuomari ratkaisee, että seikkojen A ja B lisäksi tapahtumiin kuuluu seikka C siksi, että se on esiintynyt kaikissa 50:ssä aikaisemmassa tapauksessa, joissa seikat A ja B ovat esiintyneet, olemme tekemisissä kokemussääntöjen kanssa.¹³ Yleistäminen liittyy oikeudenkäynnissä konkreettisiin tosiseikkoihin ja niiden osalta lähinnä todistusharkintaan.¹⁴ Niiden avulla ratkaistaan tapahtumien todennäköisyys. Todennäköisyys liittyy tapahtumien ulkoiseen kulkuun.¹⁵ Todistusharkinta joudutaan kuitenkin tekemään todistajankertomusten eli tapahtumia koskevien väitteiden perusteella. Kysymys on tapahtumien sisäisestä kulusta eli todistajan tapahtumille antamista merkityksistä. Kokemussäännöt muodostavat sen empiirisen arvostelupohjan, jonka perusteella arvioidaan tapahtumista esitettyjen väitteiden totuus. Eräät prosessijärjestelmät korostavat lautamiesjärjen tai yleisen elämäkokemuksen merkitystä todistusharkinnassa. Myös tuomarin todistusharkinta perustuu usein yleisiin kokemussääntöihin.¹⁶

Kokemussäännöt vaikuttavat asian valmistelussa myös aineellisen prosessin johdon laajuuteen. Tuomari tietää induktion kautta, että asiaan saattaa liittyä esille tulleiden seikkojen lisäksi muitakin relevantteja seikkoja. Niitä koskevia kysymyksiä voidaan esittää osana materiaalista prosessinjohtoa.¹⁷ Tätä asiaa tarkastellaan enemmän prosessin johdon yhteydessä.¹⁸

¹² Ks. *Wikström* s. 28. *Bergholtz* Festskrift till Jacobsson s. 5: »Denna disposition eller orientering har domaren förvärvat på olika vägar alltifrån juridikstudierna till identifikation av domstolarnas arbetssätt. Rättssystemets traditionella begrepp utgör en utkristallisering av värdeuppfattningar som tidigare generationer utvecklat som svar på problem, och de utgör riktlinjer för domaren.»

¹³ *Edelstam* s. 112: »En hypotetisk sats av abstrakt karaktär innehållande ett påstående att en företeelse med en viss grad av sannolikhet skulle medföra en annan företeelse, där påståendets grund utgörs av ett visst erfarenhetsmaterial till vilket båda företeelserna skulle kunna hänföras.»

¹⁴ *Stening* s. 37, *Ekelöf–Boman Rättegång* IV s. 13–15.

¹⁵ *Lindell* s. 218 alav. 17 ja s. 231 kirjoittaa tapahtumien ulkoisesta ja sisäisestä puolesta.

¹⁶ *Wihuri* s. 37.

¹⁷ Yleensä tämä kokemussäännön vaikutus näkyy materiaallisen prosessin johdon laajuutta koskevista keskusteluissa seuraavana kysymyksenä: »Jos tuomari havaitsee, että on olemassa jokin relevantti oikeustositseikka, joka ei käy ilmi oikeudenkäyntiaineistosta, saako tuomari sitä koskevan kysymyksen esittämällä ottaa oikeustositseikan esille?» Tuomari ei voi »havaita» riidan perustana olevissa tapahtumissa yhtään sellaista seikkaa, joka ei esiinny oikeudenkäyntiaineistossa. Juuri kokemussääntö viestittää tuomarille säännömukaisuuden, jonka mukaan tuomari tietää tai osaa ennustaa, että tiettyjen seikkojen esiintyessä esiintyy myös tietty muu seikka. Ks. *Virolainen Materiaalinen* s. 280 ja *Lindell* s. 19.

¹⁸ Ks. myöhemmin s. 252. Kokemussäännöillä on myös muunlaisia vaikutuksia ratkaisutoiminnassa erityisesti todistus-oikeuden alalla. Ks. esim. *Jonkka* s. 34–35.

4.2 ESIYMMÄRRYS

Kokemus ohjaa osaltaan myös normiston käyttöä. Tarkoitin sitä, että samalla tavalla kuin tuomari tietää, että seikkojen A ja B esiintyessä esiintyy myös seikka C, hän tietää, että seikkojen A, B ja C esiintyessä käytetään tiettyä normia tai määrätään tietynlainen oikeusseuraamus.¹⁹ Tällä perusteella subsumptiosta on esitetty käsityksiä, joiden mukaan konkreettiset tosiseikat yhdistetään (subsumoidaan) kokemussääntöihin eikä normin tunnusmerkistöön.²⁰ Kokemusten vaikutus normien käyttöön liittyy keskusteluun *esiymmärryksestä*.²¹ Esiymmärryksellä tarkoitetaan tuomarille koulutuksen, yhteiskunnallisen kokemuksen ja ammatissa työskentelyn myötä kertyvää kokemusta, joka ohjaa myös oikeusohjeiden valikoimista ja käyttöä.²²

Esiymmärryksen kuuluu tuomarin tietoisuus päätöksentekoon vaikuttavien intressiryhmien odotuksista.²³ Tuomari tietää, millaisen ratkaisun asianosaiset ovat vastaavissa tapauksissa aiemmin hyväksyneet tai millaisen ratkaisun hovioikeus on hyväksynyt. Tällä tavalla myös tiedeyhteisön odotukset voivat heuristisena sääntönä vaikuttaa ratkaisutoimintaan.²⁴ Ratkaisijan työhön kuuluu ratkaisun suunnittelu ja sovittaminen eri intressitahojen odotuksiin.²⁵ Intressitahoja ei saa tässä ymmärtää konkreettisesti esillä olevan asian asianosaisina, vaan yleisemmällä tasolla. Esser puhuu »odotushorisonteista».²⁶ Ratkaisija pyrkii muotoile-

¹⁹ Lindell kuvaa hyvin kokemussäännön ja oikeusohjeen välistä suhdetta s. 269–270.

²⁰ Lindell s. 215, 269–270: »En rättssats kan emellertid vara grundad på en erfarenhetsats, varvid rättsföljden knyts till vad som erfarenhetsmässigt brukar föreligga... En annan likhet mellan rätts- och erfarenhetssatser är att båda utgör allmänna abstrakta satser. Att en rättssats är generell är väl allmänt känt, men detsamma gäller för erfarenhetssatserna. Ytterligare en likhet mellan rätts- och erfarenhetssatser är vidare, att fakta subsumeras under båda slagen av sats. Konkreta fakta i det föreliggande fallet subsumeras under tillämplig erfarenhetssats och det bevisade faktumet subsumeras sedan under rättssatsen.... Ännu en likhet är att både rätts- och erfarenhetssatser kan vara vaga och vi har tidigare sett hur en erfarenhetssats, liksom en rättssats, kan användas analogt.» Ks. myös *Edelstam* s. 115.

²¹ Gadamer ja Esser, joka on ottanut kysymyksen näkyvästi esille oikeustieteessä, puhuvat käsitteestä »Vorverständnis». Gadamerin osalta katso *Wikström* s. 167 ja Esserin osalta *Esser Vorverständnis*. Suomessa on käytetty käsitteitä esitietä *Wihuri* s. 46–47, *Klami* Ihmisen säännöt s. 225, *Klami* Finalistinen s. 138 ja esiymmärrys *Takki* s. 55–56, *Wikström* s. 167, *Aarnio* LM 1977 s. 333. Käytän tässä esiymmärryksen käsitettä.

²² *Klami* Finalistinen s. 138.

²³ Ks. näistä intressiryhmistä *Makkonen* Oikeudellisen s. 24 ja *Aarnio* The Rational s. 222–225.

²⁴ *Wihuri* s. 7, *Klami* Finalistinen s. 152.

²⁵ *Esser Vorverständnis* s. 137.

²⁶ *Esser Vorverständnis* s. 137: »...er repräsentiert das Rechtsverständnis ganzer gesellschaftlicher Gruppen, mit dem der Richter sich bei seiner Interpretation auseinandersetzen muss.»

maan asia- ja oikeuskysymykset siten, että hän tiedostaa päämääränsä – ratkaisupakon – ja ratkaisuun liittyvät odotukset, mutta kykenee kuitenkin tekemään asiassa oikean ratkaisun.²⁷

Esiymmärrys voidaan yhdistää vuorovaikutussubsumptioon.²⁸ Esiymmärrys vaikuttaa siihen kysymyksenasetteluun, jonka perusteella ratkaisija lähestyy oikeudenkäyntiaineistoa (tekstiä). Tekstin konkreettinen käyttö (merkityksen antaminen oikeudenkäyntiaineistolle) on riippuvainen ratkaisijan ymmärtämismahdollisuuksista (esiymmärrykseen sisältyvistä kokemuksista) ja ymmärtämismahdollisuudet (tekstin käytön rajat) taas käyttöyhteydestä.²⁹ Tämä Esserin tulkinta esiymmärryksestä liittyy ratkaisutoiminnan ns. hermeneuttiseen kehään, jolla hän tarkoittaa kysymyksenasettelun ja vastausten suhdetta käsitykseen normin merkityksestä. Normit eivät anna vastausta ratkaisijan kysymykseen siitä, mikä on oikea ratkaisu, mikäli hänellä ei ole esiymmärrystä ratkaisumahdollisuuksista ja ratkaisun tekemiseen kohdistuvista odotuksista.³⁰

Ratkaisija ei voi väistää ratkaisupakkoaan. Päätöksen tekemisen tarkoitus ohjaa hänen työtään.³¹ Ratkaisupakkoon liittyy tehokkuusvaatimus. Ratkaistavien asioiden määrä on niin suuri, että käytettävissä oleva aika on käytettävä tehokkaasti. Tehokkuutta parannetaan tyypittämällä kysymyksenasetteluja.³² Muodos-

²⁷ Esser Vorverständnis s. 136.

²⁸ Klami Finalistinen s. 152: »Kuvan eri osat tarkentuvat jatkuvan vuorovaikutuksen valitessa, vaikka tarkastelija saattaa pysähtyä hetkeksi miettimään esim. näyttöongelman suhteen kokemaansa epävarmuutta, normiformulaatioiden tulkintaa tms. Esitiedon perusteella ratkaisija erottelee faktamateriaalista relevantit tai mahdollisesti relevantit seikat irrelevantteista. Esitiedon ja faktamateriaalin nojalla hän tietää suunnilleen, mitä normeja hän saattaa joutua soveltamaan; tutustuttuaan ehkä hiukan tarkemmin normeihin hän jo tietää yksityiskohtaisemmin, mitä erilaisista kannanotoista fakta- ja normipremissejä koskevilla kysymyksissä ratkaisuun nähden seuraisi.»

²⁹ Esser Vorverständnis s. 136.

³⁰ Aarnio LM 1977 s. 334–335 kirjoittaa ymmärtämisen kehäluonteesta: »Ymmärtäminen ei voi olla edellytyksistä vapaata... Tulkitsijan ennakkollinen asenne asiaan muodostaa eräänlaisen odotuksen, joka määrää asiasta saatavaa kuvaa. Tämä ennakkollinen suhde taas on ilmausta ihmisen itsensä historiallisuudesta. ... Esiymmärtäminen määrää tapaa, jolla kohteen yksityiskohtia jäsennetään, tämä tapa heijastuu siihen käsitykseen, joka tulkitsijalla on yksityiskohtien muodostamasta kokonaisuudesta, kokonaisuus vaikuttaa yksityiskohtien tulkintaan jne. Olennaista on hermeneutiikan mukaan se, että tulkitsija ei voi murtautua ulos tästä kehästä, vaan ymmärtäminen on nimenomaan tulosta kehässä liikkumisesta.» Ratkaisija ei voi päästä ratkaisutoiminnassa tajuntansa ulkopuolelle. Ks. myös Esser Vorverständnis s. 134, Esser Methoden der Rechtswissenschaft s. 31 ja Wihuri s. 46 Esiymmärryksen ja subsumption välisen suhteen osalta katso myös Hintikan esitystä kysymys-vastaus -päättelymallista ja siihen liittyvästä kokonaistietämyksestä LM 1988 s. 220–221.

³¹ Esser Vorverständnis s. 136,

³² Esser Vorverständnis s. 136, Saarenpää Oikeustiede 1984 s. 268: »Yksityiskohtien

tetaan rutiineja.³³ Asiat tyypitetään kokemukseen sisältyvien aiempien tapaus-ten kanssa. Niistä saadut kokemukset ohjaavat kysymyksenasettelua esillä ole- vassa asiassa.³⁴ Ratkaisumallit muodostuvat tällä tavalla. Esiymmärrykseen kuuluva normitieto ja tieto aikaisemmasta käytännöstä vaikuttavat siihen, min- kälaisen merkityksen asia- ja oikeuskysymykset kulloinkin saavat.³⁵

Traditio vaikuttaa tuomarin toiminnassa aina, kun hän käsittelee jotain asiaa.³⁶ Ratkaisijan toimintaa ohjaa hänellä oleva tietoisuus aiemmista saman- laisia asioita koskevista ratkaisuista, tieto hovioikeuden käytännöstä, tieto oikeus- tieteellisestä kulttuurista, tieto suomalaisille tuomioistuimille tyypillisestä tavasta tehdä ratkaisuja riita-asioissa ja tieto muista samanlaisiin asioihin aiemmin liit- tyneistä odotuksista.³⁷

Esiymmärrys vaikuttaa siihen merkitykseen, jonka ratkaisija antaa normeille. Normien saama merkitys taas vaikuttaa vuorovaikutussubsumption mukaisesti siihen, mitkä seikat katsotaan relevanteiksi. Esiymmärtäminen ja kokemussään- nöt ohjaavat asia- ja oikeuskysymysten käyttöä ratkaisutoiminnassa.³⁸ Esiymär- tämisen ja kokemussääntöjen erottaminen voi tosin olla oikeustieteen keinoin mahdotonta.³⁹

sijasta talletamme ennen kaikkea asiayhteyksiä ... Taltioimme niitä tietoja, joista on meille hyö- tyä.»

³³ *Saarenpää Oikeustiede* 1984 s. 270.

³⁴ *Esser Vorverstandnis* s. 138.

³⁵ *Klami Finalistinen* s. 138. *Wihuri* s. 47 sisällyttää esitietoon kokemustiedon, normitie- don ja arvostukset.

³⁶ *Esser Vorverstandnis* s. 10.

³⁷ *Wikström* s. 167: »Ratkaisijat ovat kokemusmaailmansa, koulutuksensa, virkatoimintansa yms. seikkojen kautta osallisina siinä oikeuskulttuurissa, jonka piiriin kuuluvien asioiden rat- kaisemisesta kulloinkin on kysymys.»

³⁸ *Esser Vorverstandnis* s. 134, *Wikström* s. 167.

³⁹ Psykologisten kysymysten selittämisen vaikeudesta kirjoittaa *Lindell* s. 260: »Vid be- dömningen av orsaker till mänskliga handlingar blir det problematiskt att använda erfarenhets- satser och subsumtiva förklaringar. Detta sammanhänger bl a med att vi inte kan iaktta själsliga processer, att vi måste känna till vilka faktiska förutsättningar, vilka värderingar och prio- riteringar som den handlande utgick ifrån, att vi ibland inte är medvetna om de skäl som styr våra handlingar och på att det finns olika skolor inom psykologin vilka förklarar mänskligt beteende på olika sätt. Ks. myös *Ekelöf Vetenskapssamhällets årsboks* s. 7–11, jossa hän tar- kastelee laintulkintaa tietynlaisena todistusharkintana. (s. 7:) »Min tes är att den är en slags bevisvärdering. Bevistemat är vad brevskrivaren menat och beviset härför den ifrågavarande satsen. (s. 10:) De erfarenhetssatser det härvid är fråga om är i regel inga naturlagar utan osäkra och vaga frekvenssatser, baserade på sådana iakttagelser av upprepade företeelser, som vi alla gör under livets gång.» *Jareborg Brotten* s. 170: »Skillnaden mellan sådan tolkning (tolkning av verkligheten – SL) och lagtolkning är främst en skillnad i utgångspunkt: den konkreta gär- ningen respektive lagtexten.»

4.2.1 Esiymmärrys Brusiinin oikeusajattelussa

Esiymmärtäminen on yleisessä oikeustieteessä osa hermeneutiikkaa.⁴⁰ Esiymmärrys liittyy ratkaisijan omakohtaisten kokemusten ja tradition merkityksen vuoksi läheisesti myös Brusiinin oikeusteoriaan.⁴¹

Brusiinille oikeus oli praktista oikeuden käsittelyä, jolla hän tarkoitti kaikkia niitä käytännön juristin toimintoja, jotka liittyivät oikeuteen.⁴² Oikeus objektivoitui ihmisen historian vuoksi, koska jokainen ratkaisija loi jatkuvasti omakohtaista historiaa, joka ihmisen sosiaalisen lajiluonteen vuoksi oli kaikilla samassa asemassa olevilla ihmisillä hyvin samankaltainen.⁴³ Oikeus oli siten si-doksissa kulttuuriin. Se ilmeni kulttuurin vähän kerrassaan syntyneiden rakennosien objektivoitumisen kautta.⁴⁴ Brusiin tarkoitti juristisella ajattelulla ratkaisijan ajattelua silloin, kun hän praktisesti käsitteli oikeutta. Tässä ratkaisutilanteeseen liittyvässä ajattelussa ratkaisija hyödynsi niitä kokemuksia, joita hän oli hankkinut aikaisemmin käsitellessään oikeutta.⁴⁵ Kokemukset saattoivat liittyä niin omiin kuin lakimieskollegoidenkin reaktioihin.⁴⁶

Brusiin analysoi juristien ammattikunnan merkitystä ja liitti ratkaisijan ajattelun juridiseen koulutukseen ja ammattikokemukseen. Olen tarkoittanut tuomareiden kokemussääntöjen säännönmukaisuuden syntymisellä samaa asiaa, kuin Brusiin ammattikunnan merkityksellä.⁴⁷ Brusiinin ajatukset (1) juristisen ajattelun päämäärähakuisuudesta,⁴⁸ (2) ratkaisupakon keskeisestä merkityksestä⁴⁹ ja (3) eri intressitahojen odotusten vaikutuksesta juristiseen ajatteluun⁵⁰ liittävät hänen käsityksensä tässä esitettyyn kuvaukseen esiymmärtämisen merkityksestä ratkaisutoiminnassa. Tuomarin näkökulmasta sekä Brusiinin juristinen ajattelu että Esserin esiymmärrys johtavat hyvin samankaltaiseen tapaan hahmottaa ratkaisun keksimiseen liittyvän harkinnan elementit. Oikeusfilosofin näkökulmasta ajattelutapojen erot voivat sen sijaan olla suuret.⁵¹

⁴⁰ Aarnio LM 1977 s. 333–334.

⁴¹ Aarnio LM 1977 s. 335.

⁴² Krawietz Oikeustiede 1992 s. 180.

⁴³ Krawietz Oikeustiede 1992 s. 181. Ks. *Brusiin Der Mensch* s. 151: »Der juristische Beruf ist ein kulturgeschichtlicher Begriff;...»

⁴⁴ *Brusiin Der Mensch* s. 139 ss.

⁴⁵ *Brusiin Der Mensch* s. 169.

⁴⁶ Krawietz Oikeustiede 1992 s. 183.

⁴⁷ *Brusiin Der Mensch* s. 153.

⁴⁸ *Brusiin Der Mensch* s. 156.

⁴⁹ *Brusiin* s. 128 ss., *Brusiin Der Mensch* s. 154.

⁵⁰ *Brusiin Der Mensch* s. 155 ss.

⁵¹ Ks. Aarnio LM 1977 s. 335.

4.2.2 Esiymmärrys Ekelöfin teleologisessa tulkinnassa

Tulkinta liittyy lainkäytössä tavallisesti oikeuskysymyksiin, niin kuin esiymmärryskin.⁵² Puhutaan lain tulkinnasta tai normien sisällön selvittämisestä. Lainkäyttäjät tulkitsee lakia silloin, kun se on tarpeellista konkreettisen asian ratkaisemiseksi. Tulkinta liittyy siten harkintaratkaisuihin, vaikeisiin tapauksiin.⁵³ Puhutaan tulkintatilanteesta erotuksena isomorfiatilanteesta.⁵⁴ Tulkintametoodeja ovat ne erilaiset tekniikat, joilla normeille annetaan tapauskohtainen merkitys.⁵⁵ Niitä on erilaisia. Koska tulkinta opitaan käytännössä ainakin osittain mallien kautta, jokaisen ratkaisijan ja jokaisen tutkijan tulkinnassa on erityispiirteitä.⁵⁶ Ratkaisija valitsee tulkintametodin ja viime kädessä ne tulkintafaktat (tulkinta-argumentit), jotka esillä olevassa asiassa ohjaavat tiettyyn tulkintaan.⁵⁷ Objektiivisimmassakin tulkinnassa on subjektiivinen momentti mukana.⁵⁸

Tulkinta liittyy lähinnä ratkaisun justifiointiin. Tulkinnalla tavoitellaan oikeaa, hyväksyttävää ratkaisua. Tämä koskee myös Ekelöfin teleologista metodia. Tarkastelen sitä seuraavassa kuitenkin lähinnä ratkaisun keksimisen näkökulmasta. Tulkinta nimittäin liittää ratkaisun hyväksyttävyyden ratkaisun keksimistä koskevaan prosessiin. Tuomari pyrkii muodostamaan ratkaisun hyväksyttäväksi oikeuskysymysten osalta. Yleensä jopa yksinkertaisissa asioissa tehdään ainakin teknisluonteisia lakitekstin tarkistuksia: varmistetaan esimerkiksi se, että tapaukseen liittyvät konkreettiset tosiseikat voidaan kuvata laissa käytetyn terminologian avulla. Subsumptio on siten tulkintaa.⁵⁹

Ekelöfin teleologisen metodin merkitys on kasvamassa Suomessa.⁶⁰ Keskeistä siinä on kahtiajako kielen heikkoon ja vahvaan merkitykseen. Tavanomaisessa, arkipäiväisessä kielessä ja niin myös lainsäädännössä sanojen merkitykseen kuu-

⁵² Ks. tarkemmin *Aarnio* Laintulkinnan teoria s. 160–161.

⁵³ *Peczenik–Aarnio–Bergholtz* s. 181.

⁵⁴ *Makkonen* Oikeudellisen s. 102–119.

⁵⁵ *Jareborg* Brotten s. 59: »Rättstillämpning enligt lag förutsätter lagtolkning Tolkningen sker främst genom subordination, dvs lagens ord preciseras med den givna gärningen för ögonen.»

⁵⁶ Virallista tai voimassaolevaa tulkintametodia ei ole. Asiasta kirjoittaa *Lindblom* Festskrift till Welamson s. 466: »...troligen finns inte någon gällande mening på området. Tystnaden i lag och förarbeten kontrasterar skarpt mot en bullrig och djupt splittrad doktrin. Och det verkar inte lättare att få svar genom att studera praxis, ...»

⁵⁷ *Takki* s. 93–95.

⁵⁸ *Ekelöf–Boman* Rättegång I s. 73.

⁵⁹ *Jareborg* Brotten s. 59: »Subsumptionen förutsätter emellertid en annan sorts tolkning: tolkning av verkligheten på det sättet att den konkreta gärningen ges en viss beskrivning.»

⁶⁰ *Virolainen* LM 1991 s. 370.

luvut selvästi tietyt asiat ja tapahtumat. Tällaiset selvästi sanan ja lauseen sisältöön kuuluvat tapahtumat ja asiat ovat sanojen ydinaluetta, niiden vahva merkitys. Sanoilla on myös heikko merkityksensä. Tiettyjen asioiden kuuluminen sanojen merkitysisältöön ei ole käyttöyhteydestä ja käyttäjästä riippumatta selvää.⁶¹ Ekelöf sovelsi tätä semanttista kahtiajakoa ratkaisutoimintaan ja lainsäädäntöön. Lailla on tietty selvä käyttöalueensa, jolla sitä voidaan soveltaa sanamuodon mukaisesti.⁶² Ratkaisu tehdään sellaisessa tapauksessa aidon subsumption mukaisesti.⁶³ Puhutaan ratkaisijan näkökulmasta selvistä tapauksista, »klara fallen».⁶⁴ Lailla on myös käyttöalue, jolla sen soveltaminen on epäselvää. Puhutaan erityistapauksista, »säregna fallen».⁶⁵

Erityistapauksia ei voida ratkaista lain sanamuodon perusteella, koska lain säännökset kirjoitetaan tiettyä tyypikäyttäytymistä ajatellen. Selvät tapaukset muodostuvat tyypillisestä käyttäytymisestä. Lainsäätäjä ei voi ennakoita kaikkia niitä tapauksia, joissa lain soveltamista joudutaan harkitsemaan.⁶⁶ Näissä erityistapauksissa lainsäätäjä joutuu jättämään lain soveltamisen enemmän tai vähemmän ratkaisijan tulkinnasta riippuvaksi.

Teleologinen tulkintametodi liittyy tavoitteelliseen oikeusajatteluun. Lainsäädännön tavoitteena pidetään pyrkimystä vaikuttaa ihmisten käyttäytymiseen, saamaan aikaan muutoksia käyttäytymisasenteissa ja käyttäytymisessä. Lainsäädännöllä on siten tietty käyttäytymistä ohjaava funktio.⁶⁷ Se toteutuu vaikutuksina,

⁶¹ Ekelöf kirjoittaa käsitteiden ydinalueesta ja heikosta soveltamisalueesta (*Ekelöf-Boman Rättegång* I s. 70): »Där gjordes (i Tyskland) gällande att vardagsspråkets ord är vaga. Heck uttryckte detta så, att ordens betydelseområde ... innehöll en »Begriffskern» och en »Begriffshof». Härför använder jag beteckningarna stadgandets »kärnområde» och den »vaga» delen av stadgandets betydelse. Vardagsspråket – som ju lagstiftaren begagnar sig av...» Ks. asiasta tarkemmin Heck s. 66, *Prütting* Die Zulassung s. 109, *Bydinski* s. 118 ja *Esser* Vorverständnis s. 101.

⁶² Ekelöf (esimerkiksi *Vetenskapssamhällets årsbok* s. 38) korostaa lakitekstin merkitystä tulkinnan lähtökohtana. Ks. myös *Klami* SvJT 1990 s. 227.

⁶³ Ks. edellä s. 159 ja *Ekelöf* Teknik s. 27: »Inom den inre rektangeln falla sådana situationer vilka med säkerhet kunna subumeras under lagens med pq betecknade rättsfaktum.»

⁶⁴ *Lehrberg* I Aktiebolagens s. 24: »klara fall». *Ekelöf-Boman Rättegång* I s. 72: »Vid bedömning av de klara fallen måste domaren naturligtvis först skaffa sig en uppfattning om stadgandets språkliga innebörd.»

⁶⁵ *Ekelöf-Boman Rättegång* I s. 72, *Ekelöf* Teknik s. 27: »I mellanrummet mellan de båda rektanglarna däremot sådana fall om vilka detta ej med säkerhet kan påstås.» Selvien tapausten ja erityistapausten lisäksi on vielä tapauksia, joihin liittyviä tosiseikkoja ei varmuudella voi subsumoida normin tunnusmerkistöön. En tarkastele tässä niihin liittyviä ongelmia.

⁶⁶ Ekelöf on verrannut lainsäädännön abstrakteja normeja kalaverkkoon, jolla voidaan pyydystää vain selviä tapauksia. Erityistapausten vangitsemiseksi täytyy verkkoon kutoa lisälankoja. Ks. *Ekelöf-Boman Rättegång* I s. 77 ja *Lehrberg* s. 73.

⁶⁷ *Ekelöf-Boman Rättegång* I s. 71.

joita lailla on ihmisten käyttäytymiseen. Kun tuomioistuimen tehtävänä on viime kädessä toteuttaa lain käyttäytymistä ohjaava funktio, Ekelöfin mukaan on tärkeää, että se toteutetaan selvissä tapauksissa ja erityistapauksissa samalla tavoin.⁶⁸ Erityistapauksissa lain tulkintaa ohjaavat ne vaikutukset, jotka lain soveltamisella on selvässä tapauksessa. Ratkaisijan on sovellettava lakia erityistapauksissa niin, että ratkaisu toteuttaa samat yhteiskunnalliset vaikutukset kuin selvissä tapauksissa.⁶⁹

Ekelöfin teleologiseen metodiin liittyy kaksi vaikeasti hallittavaa kohtaa: (1) kuinka tunnistetaan selvä tapaus ja (2) kuinka tunnistetaan lain käyttäytymistä ohjaava funktio selvässä tapauksessa. Ekelöfin metodia on kritisoitu näistä syistä.⁷⁰ Ekelöf ei annakaan niihin yksiselitteisiä vastauksia. Hänen mukaansa tuomarin on tunnistettava selvä tapaus. Tärkeää on ratkaisujen ennustettavuus. Oikeusseuraamusten täytyy määräytyä samojen perusteiden mukaan sekä selvissä tapauksissa että erityistapauksissa. Tuomarin keskeisenä tehtävänä on selvittää se, kuuluuko erityistapaus selvän tapauksen tavoitteiden piiriin.⁷¹ Tämä ei kuitenkaan vielä opasta tuomaria löytämään selviä tapauksia. Ekelöfin mukaan lain sanamuoto on ensisijaisesti tuomarin ohjenuorana selvien tapausten löytämises-

⁶⁸ *Ekelöf-Boman Rättegång I s. 75*: »Vid bedömningen av ett säreget fall måste man alltså först fastställa ändamålet för ifrågavarande lagbud, tänkt såsom tillämpligt på de klara fallen.»

⁶⁹ Tuomari ei saa asettaa laintulkinnan perustaksi omia oikeuspoliittisia arvostuksiaan, vaan hänen tulee olla »solidaarinen voimassa olevalle oikeudelle». Tuomarin tulee selvittää lain sanamuodon perusteella sen tavoite selvissä tapauksissa ja toteuttaa se myös erityistapauksissa. Tämä näkemys tuomarin roolista on myös ns. »handlingsdirigering» -ajattelun ydin. »Persoonallisuuden jakaminen» on se keino, jolla tuomari kykenee estämään tai ainakin vähentämään omien henkilökohtaisten arvostustensa vaikutusta oikeudelliseen ratkaisuun. Ks. *Ekelöf-Boman Rättegång I s. 14–16, 74–75 ja Virolainen LM 1991 s. 371*. Vrt. *Lehrberg I Aktiebolagens s. 25*: »Avgörande för om ett lagstadgande bör tillämpas i ett problematiskt fall, är om en sådan tillämpning skulle bidra till att realisera samma helhetsresultat som då stadgandet tillämpas i de klara fallen. För att kunna avgöra om så är fallet kan man dock inte nöja sig med att försöka utröna vilken inverkan stadgandets tillämpning i de klara fallen har på folks beteende. Man måste också företa ett värderande ställningstagande, genom vilket man väljer ut de verkningar som skall tillmätas rättslig betydelse.»

⁷⁰ *Lindell s. 47, Peczenik s. 204*. Vrt. *Ekelöf-Boman Rättegång I s. 75*. Muun kritiikin osalta ks. *Peczenik-Aarnio-Bergholtz s. 204–205*. Ks. myös *Helin s. 136*.

⁷¹ *Ekelöf Teknik s. 30*: »Att undersöka vilka omständigheter som ha betydelse såsom ett »x» eller ett »y» framstår för mig som den juridiska doktrinens måhända allra viktigaste uppgift.» X on sellainen seikka, joka velvoittaa toteuttamaan lain tavoitteen mukaisen oikeusseuraamuksen, vaikka tapaukseen liittyvä tosiseikasto täyttää normin tunnusmerkistön vain osaksi. Y on vastaavasti seikka, joka merkitsee sitä, ettei lain tavoitteiden mukaista ratkaisua tehdä, vaikka normin tunnusmerkistö täyttyykin. Ks. tarkemmin *Ekelöf Teknik s. 27–29, Klami SvJT 1990 s. 227 ja Peczenik s. 164*.

sä.⁷² Sen ohella oikeustieteen tehtävä on antaa erityistapauksissa tulkintasuosituksia tuomareille.⁷³ Toisaalta Ekelöf yhdistää selvän tapauksen etsimisen ja säännöksen funktion selvässä tapauksessa. Tuomari löytää selvän tapauksen selvittämällä säännöksen tarkoituksen.⁷⁴ Selvän tapauksen ja erityistapauksen välillä ei ole mitään tarkkaa rajaa.⁷⁵

Kuinka ratkaisija tunnistaa säännöksen vaikutuksen tai funktion selvässä tapauksessa? Ekelöfin mukaan tuomarin on kyettävä päättämään säännöksen funktion sen käytännöllisen tarkoituksen perusteella.⁷⁶ Ekelöf pitää oikeusjärjestystä periaatteessa johdonmukaisena ja seikkaperäisenä, jolloin jokaisella normilla on siinä oma tehtävänsä.⁷⁷ Lehrbergin mukaan ratkaisija konstruoi mielessään tyyppitapaukset.⁷⁸ Ratkaisija miettii lainsäädäntöä ja muita oikeuslähteitä lukiessaan sitä, millainen on tyyppillinen tilanne, jossa lakia sovelletaan, ja mitkä vaikutukset lailla on tuossa tapauksessa.⁷⁹ Ratkaisija voi myös konstruoida useita tapauksia ja valikoida lain päämääristä ne, jotka parhaiten sopivat esillä olevaan

⁷² Ekelöf *Vetenskapssamhällets årsbok* s. 38: »I sådana fall utgår man naturligtvis som i exemplet med pappret, som jag fann i mitt rum, från vad dessa har för mening enligt vanligt och juridiskt språkbruk.» (s. 44:) »Att så är fallet sammanhänger med att man kan förstå innebörden av ett lagstadgande utan att fastställa gränserna för dess mening.» Ks. myös *Klami SvJT* 1990 s. 227.

⁷³ Ekelöf–Boman *Rättegång* I s. 73, *Klami SvJT* 1990 s. 228, *Helin* s. 135.

⁷⁴ Ks. *Klami SvJT* 1990 s. 227: »Enligt Ekelöf bör man med lagtexten såsom utgångspunkt fastställa, vilka subsumtionsfall som är klara och typiska och hör till stadgandets funktionsområde; dessa skall sedan jämföras med atypiska fall – med tanke på stadgandets syftemål, som man likaså utreder med hjälp av bl. a. lagtexten.» Vrt. *Lehrberg* s. 67. Voidaan jopa väittää, ettei tuomari voi löytää selvää tapausta ennenkuin lain tarkoitus on tunnettu.

⁷⁵ Tunnistamisvaikeudet ovat osittain seurausta siitä, että tulkintatilanteen ongelmallisuus voi johtua monesta syystä. (1) On tapauksia, joiden kohdalla on epäselvää, kattaako lain sanamuoto ne. Niiden kohdalla on valittava lain laajentavasta tai supistavasta tulkinnasta. (2) On myös tapauksia, jotka jäävät selvästi lain sanamuodon ulkopuolelle, mutta joiden kohdalla täytyy harkita analogista lain soveltamista tai vastakohtaispäätelmää. (3) On vieläpä lain sanamuotoon selvästi kuuluvia tapauksia, joihin lakia ei poikkeuksellisesti kuitenkaan sovelleta (reduktionsslut). Ks. *Lehrberg* s. 65.

⁷⁶ Ekelöf *Teknik* s. 23, 31 (s. 23:») »Vad som utmärker den teleologiska metoden är emmellertid att avgörande för ett lagstadgandes rätta tolkning icke är dess innebörd enligt vanligt – eventuellt juridiskt – språkbruk utan vad man kallar för stadgandets ändamål, den praktiska funktion detsamma fyller inom rättsordningens ram.» Ks. myös *Lehrberg* s. 66.

⁷⁷ Ekelöf–Boman *Rättegång* I s. 78. Tämä tekee ymmärrettäväksi kontekstin tärkeän merkityksen Ekelöfin ajattelussa. Ks. tarkemmin *Ekelöf Vetenskapssamhällets årsbok* s. 6–7, 13.

⁷⁸ *Lehrberg* s. 66–67.

⁷⁹ *Lehrberg* s. 66. *Klami SvJT* 1990 s. 227: »Det är fråga om en tankeprocess, där lagtextens mening inte behöver vara densamma som den konstruerade normen, dvs. »tolkningsresultatet.»»

tapaukseen.⁸⁰ Tuomari ratkaisee säännöksen funktion selvässä tapauksessa käytettävissään olevan kontekstin pohjalta lähinnä elämäkokemuksensa perusteella eli enemmän tai vähemmän intuitiivisella yleistyksellä.⁸¹ Tuomarin arvostusratkaisua ei kuitenkaan pidetä vapaana, vaan selvän tapauksen kautta lainsäätäjän tarkoitukseen sidottuna.⁸²

Olen itse sitä mieltä, että tuomari tunnistaa esiymmärryksen perusteella sekä selvän tapauksen että säännöksen funktion siinä.⁸³ Tuomari kykenee tavallisesti omasta kokemuksestaan konstruoimaan säännöksen tavanomaisen, tyypillisen ja selvän käyttöyhteyden. Hän on yleensä havainnut myös ne yhteiskunnalliset vaikutukset, jotka määrätyillä oikeusseuraamuksilla on ollut selvissä tapauksissa.⁸⁴ Ekelöf on itsekin korostanut aikaisemmissa kirjoituksissaan tuomioistuinkäytännön tuntemisen merkitystä.⁸⁵

Suomessa käytetään ratkaisun keksimistä koskevassa harkinnassa usein ns. *kokonaisharkintaa*. Jos lain sanamuoto jättää yksittäistapauksessa useita tulkintavaihtoehtoja, tuomari harkitsee eri tulkintavaihtoehtojen hypoteettiset vaikutukset asiassa. Näitä vaikutuksia voi olla useammanlaisia: tietty tulkinta esimerkiksi velvoittaa tulkitsemaan toista normia tietyllä tavalla. Joskus harkitaan oi-

⁸⁰ *Lehrberg* s. 68.

⁸¹ *Ekelöf-Boman Rättegång* I s. 77: »Vidare måste man genom värdering avgöra vilken av flera möjliga verkningar som är relevanta.»

⁸² *Ekelöf-Boman Rättegång* I s. 77, *Lehrberg* s. 68, *Helin* s. 138–139.

⁸³ *Klami SvJT* 1990 s. 228 ja vrt. *Peczenik* s. 162–163.

⁸⁴ *Klami SvJT* 1990 s. 231: »Denna »lagens teleologi», som enligt Ekelöf bör vara vägledande, när lagtillämparen konstruerar rättsnormer, består av de materiella rättsreglernas *handlingsdirigerande funktion*, bedömd på grundval av de s.k. klara fallen. Denna allmänna funktion är någonting annat än stadgandets genomslagskraft i klara fall. Ekelöf talar här om »ulti-mära ändamål»,...»

⁸⁵ *Ekelöf Teknik* s. 29. Olen jopa sitä mieltä, että Ekelöf hyväksyy tuomarin esiymmärryksen merkityksen. Ks. tarkemmin *Ekelöf Vetenskapssamhällets årsbok* s. 26, 29. Tuossa artikkelissa hän kritisoi hyvin ankarasti Gadamerin teoriaan liittyviä »vaikutushistoriallisen tietoisuuden» (*wirkungsgeschichtliches Bewusstsein*) ja »horisontaaliyhteyden» (*Horizontverschmelzung*) käsitteitä. Hän ei kritisoi niinkään tuomarin esiymmärryksen tai kokemussääntöjen merkitystä (s. 32–33). Gadamerin käsitteisiin kohdistunut kritiikki johtuukin ymmärtääkseni siitä, että tuomarin tehtävänä on Ekelöfin mukaan tulkita käytettävissä olevan materiaalin (kontekstin) puitteissa se, mitä lainsäätäjä (tai muu kirjoittaja) on tekstillään tarkoittanut, eikä – kuten hän väittää Gadamerin tarkoittavan – tulkita sitä, mitä teksti tulkitsijan mielestä tarkoittaa siinä tilanteessa, jossa tulkitsija on (s. 27–28). Ekelöf pitää näitä tulkitsijan omia käsityksiä enemmänkin »esteettisinä elämyksinä» (s. 13–14). Ks. myös *Ekelöf Teknik* s. 31 ja 35. Tämä tekee ymmärrettäväksi myös Ekelöfin vaatimuksen tuomarin persoonallisuuden jakamisesta (*Ekelöf-Boman Rättegång* I s. 75). Ekelöfin ja Gadamerin ajatusten ero on kai lähinnä tietoteoreettinen eikä vaikuta niinkään olennaisesti käytännön tulkintatyöhön (ks. *Ekelöf Vetenskapssamhällets årsbok* s. 29–31, 44). Gadamerin ajattelusta ks. *Wikström* s. 101 ss.

keusseuraamusten vaikutuksia. Erilaisista hypoteettisista vaikutuksista valitaan ne, jotka toteutetaan käsiteltävänä olevassa asiassa. Peczenik kutsuu kokonais-harkintaa klassisen tulkintatavan ja objektiivisteleologisen tulkintatavan yhdistelmäksi.⁸⁶ Se ei teloksen eli tavoitteen osalta eroa olennaisesti Ekelöfin teleologisesta metodista, sillä lainsäädännön käyttäytymistä ohjaavalla funktiolla on kokonaisharkinnassakin tärkeä merkitys.⁸⁷ Olennainen ero suhteessa Ekelöfin metodiin on sen sijaan siinä, että kokonaisharkinnassa teleologista harkintaa edeltää lain sanamuodon mukainen tulkinta ja lainsäätäjän tahdon selvittäminen. Oikeuslähdeoppi on tärkeämmässä asemassa kokonaisharkinnassa kuin Ekelöfin teleologisessa metodissa.⁸⁸

4.3 OIKEUDELLISISTA INFORMAATIOLÄHTEISTÄ

4.3.1 Oikeuslähdeoppi osana justifiointia

Esiymmärryksen vaikutus lainsoveltamisongelman ratkaisemisessa on näkyvämpi selvässä tapauksessa kuin erityistapauksessa. Selvät tapaukset ovat yleensä sel-laisia, joista tuomarilla on paljon kokemuksia. Esiymmärrykseen sisältyy hyvin jäsentynyt kuva sekä tunnusmerkistöstä että oikeusseuraamuksen määrittämisestä. Tällaisessa tilanteessa konkreettiset tosiseikat subsumoidaan kokemussään-nön alle. Lakikirjan lukemisella ja oikeusohjeiden tarkistamisella on enemmän tekninen, ratkaisun dokumentointiin liittyvä vaikutus. Myös kaikki rutiiniratkai-suun liittyvät vaarat ovat olemassa tällaisessa ratkaisutilanteessa.⁸⁹

⁸⁶ Peczenik–Aarnio–Bergholtz s. 202:

»–konsekvens x är bättre än y; och
–x utgör en följd av tolkning A medan y är en följd av B,
måste tolkning A föredras före tolkning B.»

⁸⁷ Ekelöfin teleologisen tulkinnan ja kokonaisharkinnan suhteesta ks. Klami SvJT 1990 s. 231–232 ja Peczenik s. 164–165.

⁸⁸ Oikeuslähdeopin asemasta Ekelöfin teleologisessa metodissa ks. Peczenik–Aarnio–Berg-holtz s. 207 ja Ekelöf–Boman Rättegång I s. 80.

⁸⁹ Saarenpää Oikeustiede 1984 s. 271. Rutiiniratkaisuihin liittyvät riskit syntyvät siksi, että tuomarinkin ajattelua leimaa pyrkimys yksinkertaistamiseen, rationalisointiin. Esimerkiksi maapallo käsitetään pyöreäksi, vaikka sen pinta on epäsäännöllisen rosainen. Yksinkertaista-misen tarve on välttämätöntä siksi, että ihminen tallentaa tietoa taloudellisesti muistinsa rajal-lisen kapasiteetin vuoksi (Saarenpää Oikeustiede 1984 s. 268–269). Tämän vuoksi usein tois-tuvat asiat nähdään toistensa kaltaisina. Tuomarin kokemus kertoo sen, millainen ratkaisu asi-assa annetaan, mutta yleensä myös sen, mitä esillä olevan kaltaisissa asioissa tavallisesti on tapahtunut. Tässä piilee rutiiniratkaisujen vaara. Kun yleistämisen merkitys ratkaisutoiminnassa kasvaa liian suureksi, ei merkitystä annetaakaan niille konkreettisille tosiseikoille, jotka erotta-

Tuomarilla on erityistapauksessa vähemmän kokemuksia, jotka helpottaisivat ratkaisun keksimistä. Ratkaisun keksiminen edellyttää silloin lain tulkintaa ja oikeuslähteisiin perehtymistä, normipremissin muodostamista. Oikeusohjeiden lukeminen ja tulkinta etenee kuitenkin koko ajan esiyymmärryksen ja kokemussääntöjen varassa. Esiymmärrys ohjaa sitä, mihin kysymyksiin oikeuslähteistä haetaan tietoa. Esiymmärrys ohjaa myös sitä, kuinka pitkälle »lain oikean sisällön» tutkimisessa mennään, ennen kuin saatu selvitys katsotaan riittäväksi asian ratkaisemiseksi »hyvällä, hovioikeudessakin pysyvällä»⁹⁰ tavalla. Esiymmärrys ohjaa tuomaria käyttämään niitä tulkintametoja ja informaatiolähteitä, joista on saatu hyviä kokemuksia.⁹¹

Olen edellä erottanut toisistaan ratkaisutoiminnan heuristisesta näkökulmasta ja justifioinnin näkökulmasta. Näillä tarkastelutavoilla on kuitenkin yhteys keskenään. Tuomari pyrkii tekemään asiassa oikean ratkaisun. Etsittävän ratkaisun on oltava sellainen, että sen pystyy perustelemaan hyväksyttävällä tavalla. Mutta yhteys vaikuttaa myös toisin päin. Päätöksen justifiointi on sidottu siihen ratkaisuun, johon on päädytty asian käsittelyssä. Tuomarin on perusteltava se päätös, jonka hän on julistanut asianosaisille käsittelyn päätteeksi.⁹²

Oikeuslähdeoppi ohjaa hyväksyttävää ratkaisun perustelemista.⁹³ Puhutaan auktoriteetilähteistä.⁹⁴ Oikeuslähdeoppi muodostuu säännöistä, joita noudatta-

vat käsiteltävänä olevan asian esiyymmärrykseen liittyvästä tyyppitapauksesta. Esiymmärrys johtaa asiassa väärään lopputulokseen (vrt. *Saarenpää* Oikeustiede 1984 s. 278–279). Nämä rutini ratkaisun vaarat on vältettävissä huolellisella konkreettisten tosiseikkojen selvittämällä jokaisessa asiassa.

⁹⁰ Eräässä kyselyssä yksi tuomari esitti huomautuksen: Lykkäyksiä aiheutuu siksi, että »taavoitteena on saada aikaan hyvä, hovioikeudessakin pysyvä päätös». Tuossa huomautuksessa näkyy käytännön tuomarin realistinen käsitys työnsä luonteesta. Asia pyritään ratkaisemaan sillä tavalla, että se kestää myös hovioikeudessa niin, ettei samaan asiaan tarvitse enää toistamiseen palata missään muodossa. Ks. myös *Bergholtz* Festskrift till Jacobsson s. 11.

⁹¹ Hyvät kokemukset liittyvät tässä yksinkertaisesti tuomarin saamaan palautteeseen aikaisempien ratkaisujen osalta. Palautteen perusteella syntyy heikkoja ja vahvoja kokemussääntöjä. Niistä kirjoittaa *Lindell* s. 219–224.

⁹² *Klami* Ihmisen säännöt s. 225: »...heuristinen prosessi on ymmärrettävissä ainoastaan, jos otetaan huomioon, että tarkoituksena on saada aikaan ... riittävästi justifioitu päätös. Toisin sanoen: perinteinen syllogistinen malli,... vaikuttaa siihen tapaan, jolla heuristiikka toimii.» Ks. myös *Wihuri* s. 7.

⁹³ Eri merkityksistä katso *Peczenik Rätten* s. 239, *Strömholm* s. 289–290 ja 296. Sivulla 296 *Strömholm* kirjoittaa: »Med rättskällor förstås dels samtliga de faktorer som vägleder domstolarna (eller andra myndigheter) vid valet eller uppställandet av de normer vilka skall tillämpas i konkreta fall, dels dessa normer själva.»

⁹⁴ *Peczenik Rätten* s. 238–239 (238:.) »Juridiska auktoritetsskäl är de satser som kan stödja en juridisk slutsats eftersom en viss auktoritet tillskrivs de personer vilka uttalar dem, dessa personers tjänsteställning, den procedur som använts då de uttalats eller andra omständigheter

malla päästään parhaaseen tai ideaaliin päätöksen perusteluun. Perusteleminen liittyy käsityksiin oikeasta ratkaisusta.⁹⁵ Oikean ratkaisun kriteereitä ei ole kuitenkaan asetettu yleispätevästi. Käytettävissä on useita oikeuslähdeoppeja.⁹⁶ Ne ovat aina kulttuurisidonnaisia.

Oikeuslähdeopin yhteys justifiointiin liittyy oikeustieteen tehtävään. Silloin korostetaan oikeustieteen ja oikeusvarmuuden yhteyttä. Oikeusvarmuuden toteutuminen ratkaisutoiminnassa edellyttää (1) oikeudellista, (2) päätöstä, joka suuressa määrin on (3) ennustettavissa ja (4) eettisesti hyväksyttävä.⁹⁷ On estettävä arvojen ja arvostusten vapaa vaikutus ratkaisutoiminnassa. Tämä tapahtuu noudattamalla argumentaatioissa oikeuslähdeoppia ja tulkintaa koskevia sääntöjä. Ratkaisussa korostuu eri oikeuslähteille annettava merkitys. Peczenik jakaa oikeuslähteet kolmeen luokkaan: sellaisiin, joita (1) pitää (skall), (2) tulee (bör) ja (3) saa (får) käyttää ratkaisussa.⁹⁸ Aarnio jakaa oikeuslähteet samalla tavoin vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin.⁹⁹

4.3.2 Oikeuslähdeopista informaatiolähdeoppiin

Ratkaisun justifiointiin liittyvien vaatimusten toteuttaminen edellyttää sitä, että asian käsittelyssä päädytään ratkaisuun, joka voidaan perustella hyväksyttävällä tavalla. Voidaan esittää vaatimus oikeuslähdeopin noudattamisesta asian käsittelyssä. Kirjallisuudessa on oikeuslähdeopilla tarkoitettu myös oppia siitä, mitä lähteitä tuomioistuimet tosiasiallisesti käyttävät tulkintaongelman ratkaisemi-

som *inte är beroende av dessa satsers innebörd.*» Ks. auktoriteettiargumenteista ja aineellisista argumenteista edellä s. 15 alav. 11.

⁹⁵ Ks. Aarnio LM 1989 s. 601–602: »Pakollisia oikeuslähteitä Suomessa ovat laki ja maantapa – viimeksi mainittu siinä tapauksessa, että lakia ei ole... Pakollisen oikeuslähteen sivuuttamisesta seuraa virkavirhe,...» Ehkä »virallinen oikeuslähdeoppi» on justifiointin näkökulmasta olemassa, kun oikeuslähdeoppi sidotaan parhaan mahdollisen tai ideaalisen perustelun tekemiseen (Aarnio LM 1989 s. 594). Virkasyytteiden ja niiden pelon osalta ks. Kemppinen s. 161–166.

⁹⁶ Ks. Lindblom Festschrift till Welamson s. 466. Vrt. esimerkiksi Ross s. 93: »Skemaet bliver herefter: (1) den fuldt objektiverede kildetype: de autoritative formuleringer (lovgivning i videste forstand); (2) de delvis objektiverede kildetyper: sædvane og præcedens; og (3) den ikke-objektiverede, fri kildetype: forholdets natur.» ja Eckhoff s. 18: »1. Lovtekster. 2. Lovforarbejder, annet bakgrunnsstoff og etterfølgende lovgiveruttalelser. 3. Rettspraksis (d v s domstolenes praksis). 4. Andre myndigheters praksis. 5. Privates praksis. 6. Rettsoppfattninger (særlig i juridisk litteratur). 7. Reelle hensyn (vurderingar av resultatets godhet).»

⁹⁷ Peczenik Rätten s. 48.

⁹⁸ Peczenik Rätten s. 240–241. Samaa kolmijakoa käyttää myös Jareborg Brotten s. 50: »skall (= har avgörande skäl att), bör (= har goda skäl att) och får (= har frihet att).

⁹⁹ Aarnio LM 1989 s. 601 ja Laintulkinnan teoria s. 220–221.

sessä.¹⁰⁰ Justifiointiin liittyvä oikeuslähdeoppi on tästä näkökulmasta hyödytön niiltä osin kuin sitä ei noudateta.¹⁰¹ Oikeuslähteitä ovat vain ne lähteet, jotka vaikuttavat tuomarin ratkaisuun.¹⁰² Teorioiden välillä on ristiriitoja, jotka eivät ole sovitettavissa yhteen.¹⁰³

Tämä erimielisyys perustuu kenties osittain siihen eroon, joka on ratkaisun etsimistä ja perustelemista koskevassa työssä. Ratkaisun perustelemistilanteessa on yleensä jo olemassa se ratkaisu, joka pitää perustella.¹⁰⁴ Sen sijaan asiaa käsiteltäessä työskentelyn päämääränä on keksiä oikea ratkaisu. Justifiointiin liittyvä oikeuslähdeoppi ei anna vastausta siihen, mistä oikea ratkaisu löytyy. Oikean ratkaisun etsiminen on *konkreettista oikeudellisten informaatiolähteiden käyttöä*.¹⁰⁵ Tuomari työskentelee löytääkseen tai muodostaakseen esillä olevaan asiaan sovellettavan normin.¹⁰⁶

Tuomarin, erityisesti alioikeustuomarin, työ on kasuistista, yksittäistapauksiin sidottua. Työpäivään kuuluu asioita koko elämän alueelta. Eräät asiat tois-

¹⁰⁰ Ross s. 91: »Det siger sig selv, at denne ideologi ikke kan søges noget andet sted end i domstolenes faktiske handlinger. Den er grundlaget for retsvidenskabens forudsigelser om, hvorledes domstolene vil reagere i fremtiden. Det eneste tænkelige grundlag for sådanne forudsigelser er et studium af, hvorledes domstolene faktisk hidtil har handlet. Retskildeideologien er den ideologi der faktisk besjæler domstolene, og retskildelæren en lære om, hvorledes de faktisk handler.» Aggen ajatuksia lainaa Strömholm s. 291: »Alla faktorer som faktiskt påverkar domstolarna (och andra myndigheter) att, medvetet eller omedvetet, uppställa och följa en viss modell för sitt handlande, äro att uppfatta som rättskällor.» Strömholm kirjoittaa omansa käsityksenään s. 295: »Ett viktigt element i varje rättskällelära, som vill infånga hela verkligheten, måste vara just studiet av samtliga de faktorer som övar inflytande på domaren i tillämpningssituationen fram till den punkt då han uppställer den rättsregel på vilken hans avgörande vilar.» Alanen LM 1958 s. 423. Timonen käyttäisi oikeuslähteistä tässä käyttämässäni merkityksessä ehkä nimitystä »tuomarin lähdeaineisto» (LM 1989 s. 668). Ks. myös Brusiin DL 1944 s. 204.

¹⁰¹ Ross s. 91.

¹⁰² Ross s. 92.

¹⁰³ Peczenik s. 48 ja 215 alav 2.10/2: Peczenik kritisoi Rossin näkemystä siksi, ettei oikeuslähteisiin voida lukea kaikkia niitä tekijöitä, jotka vaikuttavat tuomarin ratkaisutoimintaan. »Det finns ju många saker som faktiskt påverkar några domare, t ex fördomar mot politiska övänner, god eller dålig hälsa, domarens familjeförhållanden.» Asiasta käydyin keskustelun osalta ks. Strömholm s. 295.

¹⁰⁴ Klami Oikeustiede 1982 s. 19, 24–25.

¹⁰⁵ Seipel Finna Rätt s. 184 ss.

¹⁰⁶ Strömholm s. 296–297: »I praktiken kan verksamheten självfallet inte sönderdelas på detta sätt. Domaren letar sig efter vissa överväganden fram till en norm..., han testar den för sig själv, finner dess tillämpning mindre lämplig, går tillbaka till hanteringsreglerna och argumenterar vidare fram till en ny norm. Icke desto mindre tror jag, att man bättre förstår rättskällesystemets funktionssätt, om man skiljer mellan sekundära och primära rättsfenomen, hanteringsregler...och sakregler.»

tuvat lähes päivittäin, mutta usein ratkaisutilanne on ainutkertainen tai ainakin harvoin toistuva. Pyrkimys esillä olevan asian ratkaisemiseen ohjaa oikeudellisen informaation käyttöä.¹⁰⁷ Tuomarin esiymmärrys – tieto tai ehkä vain aavistus – ohjaa puolestaan sitä, mistä asian ratkaisemiseen tarvittavaa ohjetta etsitään.

Tuomarin työhön liittyy välttämättä työekonominen näkökulma.¹⁰⁸ Se heijastuu myös oikeudellisen informaation käyttöön. Esillä olevat asiat ratkaistaan työ-aikaa ja voimavaroja hukkaamatta.¹⁰⁹ Ratkaisut haetaan niistä lähteistä, joista on saatu hyviä kokemuksia.¹¹⁰ Informaatiolähteiden käyttö on eräs niistä ratkaisutoimintaan liittyvistä tehtävistä, jotka opitaan pääasiassa mallien kautta. Tuomarille opetetaan urakierron aikana tavanomainen tapa etsiä ratkaisuja. Tuomari oppii lisää kokemuksen kautta.¹¹¹

Tällainen informaatiolähteiden käyttö ei anna takeita siitä, että ratkaisut täytävät justifiointin vaatimukset. Puutteita on niin tietovarastoissa kuin kyvyssä käyttää niitä. Alioikeuksien kirjastojen kapasiteetti on perinteisesti ollut vaatimaton. Käytössä olevat tietovarastot rajaavat tehokkaasti mahdollisuuksia löytää tai tehdä asiassa oikea ratkaisu.¹¹²

Oikeuslähteet saavat »oljenkorsivaikutusta». Tarkoitan tällä sitä, että useissa ratkaisutilanteissa ajan puute, käytettävissä olevan kirjaston niukka kapasiteetti ja pyrkimys »ratkaista käsillä oleva tapaus vain hyvällä ja hovi-oikeudessakin pysyvällä tavalla» estävät optimaalisen ratkaisun keksimisen.¹¹³ Tuomari hyväksyy ensimmäisen tapaukseen sopivan oikeusohjeen miettimättä tarkemmin sen oikeuslähdeopillista arvoa.

¹⁰⁷ Tässä mielessä tuomarin ratkaisutoiminta on aina in casu toimintaa. Tämä ei kuitenkaan saa johtaa siihen, että oikeustiede unohtaisi säännönmukaisuuksia selittävän tehtävänsä ja muuttuisi »in casu – tieteenksi» tai »oikeustapausnumeroiden valintamyymäläksi». Ks. *Saarenpää* Tuomaripäivät 1991 s. 1, 16–20, 22, *Saarenpää* Tietohuolto ja juridiikka s. 110 ja *Zitting* Juhlajulkaisu Olsson s. 425–426.

¹⁰⁸ *Klami* DL 1980 s. 514.

¹⁰⁹ *Klami* Strömningar s. 44.

¹¹⁰ *Brusiin* s. 188: »Tuomarilla on harvoin aikaa omakohtaiseen tieteelliseen tutkimustyöhön; hän turvautuu – varsinkin aukkotapauksessa – toisten oikeustieteellisen ajattelun tuloksiin». Vrt. *Kemppisen* esitykseen esittelijän saamista taivaan lahjoista s. 229.

¹¹¹ *Kemppinen* s. 174: Tuomarit käyttävät mielellään aikaisempia samanlaista asiaa koskevia ratkaisujaan »malleina». Mallien käytön hyvä puoli on se, että ne yhdenmukaistavat lainkäyttöä samassa tuomioistuimessa. Kritiikitön mallien käyttäjä ei kuitenkaan kykene päättämään mallin hyvyttä. Malli voi sisältää väärän tai huonon ratkaisun.

¹¹² *Saarenpää* Nordic studies s. 60.

¹¹³ *Kemppinen* s. 234, *Klami* DL 1980 s. 515: »Kysymys on hyväksyttävyydestä tiettyssä auditoriossa, jollainen voidaan käsittää aivan konkreettisesti, tai abstraktisti...»

Informaatiolähteet jäsennetään ja niitä käytetään mallien ja saatujen kokemusten mukaisesti. Lakikirja on legalistisen kulttuurimme vuoksi tärkein informaatiolähde. Muiden oikeuslähteiden asema on jäsentymättömämpi. Jos lain lukeminen ei riitä ongelman ratkaisemiseen, riippuu ratkaisijasta, mihin informaatiolähteeseen hän tarttuu seuraavaksi. Lain esitöitä, oikeustapauksia ja oikeustieteellistä kirjallisuutta käytetään vaihtelevin painotuksin. Hyvä oikeustieteellinen kirja syrjäyttää paksun ja sekavan hallituksen esityksen. Toisaalta tiedossa oleva KKO:n ennakkotapaus tekee heuristiikan kannalta koko muun oikeuslähteistön merkitysettömäksi.¹¹⁴

Tullaan »käsivarrenmitanlakiin». Mallien myötä opittu informaatiolähteiden käyttö rutinoituu. Ratkaisuja haetaan niistä lähteistä, joista niitä on totuttu hakemaan. Nämä lähteet myös kootaan helposti tavoitettaviksi.¹¹⁵ Kaikki tarvittava on käden ojennuksen takana. Työhuoneen kirjahylly sisältää ne informaatiolähteet, joita tuomari käyttää ratkaisua etsiessään. Puhelin yhdistää kollegan kirjahyllyn tuomarin informaatiolähteisiin. Tuomareiden yhtenäinen kulttuurista antaa eräänlaiset takeet löytyvän ratkaisun oikeellisuudesta.¹¹⁶ Se ei anna kuitenkaan takeita informaatiolähteiden käytön optimaalisuudesta.¹¹⁷

4.3.3 Informaatiolähdeopista

Informaatiolähteiden käytön optimaalisuuden vaatimus liittyy *informaatiolähdeoppiin*.¹¹⁸ Informaatiolähteillä voidaan tarkoittaa aineistoja, joiden nojalla saadaan tietoa oikeuslähteiden sisällöstä.¹¹⁹ Aineiston tallentamiseen ja esittämistapoihin liittyvät kysymykset muodostavat osan informaatiolähdeopista: puhutaan *muodollisesta informaatiolähdeopista*.¹²⁰ Kun mielenkiinto kohdistuu oikeu-

¹¹⁴ Käytännön ennakkotapaushakuisuudesta kirjoittaa *Saarenpää* Tuomaripäivät 1991 s. 21.

¹¹⁵ *Seipel* s. 121: »Den första lagen, »armlängdslagen», innebär att den som söker efter rättsinformation tenderar att endast använda sig av material som kan nås genom att sträcka ut armen.» Ks. myös *Saarenpää* Asianajajan työkentältä s. 361–362.

¹¹⁶ *Saarenpää* Tuomaripäivät 1991 s. 26: »Taitava tuomari saattaa edelleenkin selviytyä ... ilman oikeuslähteiden kattavaa ajantasaista hallintaa. Hyvä tuomari ei taasen jätä oikeuslähteitä tarkistamatta. Hänelle kansalaisen oikeusturva merkitsee myös oikeuslähdeaineiston kattavaa hallintaa.»

¹¹⁷ *Saarenpää* Asianajajan työkentältä s. 362.

¹¹⁸ Käsitteen osalta ks. *Aarnio–Saarenpää* s. 26 ja *Saarenpää* Tietohuolto ja juridiikka s. 108: »informaatiolähdeoppi: oppi oikeudellisten informaatiolähteiden sisällöstä ja käytöstä.»

¹¹⁹ *Aarnio* Laintulkinnan teoria s. 219 ja *Aarnio* The Rational s. 77: »The source of information is only a technical tool, not a material source, for the interpreter.»

¹²⁰ *Aarnio–Saarenpää* s. 28.

dellisen tiedon hallintaan ja informaatiolähteiden käytön kehittämiseen, ollaan tekemisissä *sisällöllisen tai materiaallisen informaatiolähteopin* kanssa.¹²¹

Molemmat informaatiolähteopin osa-alueista kehittyvät voimakkaasti. Maanuaalinen tiedonhallinta – hyllyssä olevien kirjojen ja vanhojen mallien käyttötapa – korvautuu tietotekniikalla. Tekoäly, asiantuntijajärjestelmät ja hypertekstit korvaavat yhä kasvavassa määrin perinteiset informaatiovarastot.¹²² Yhä suurempi osa tiedosta säilytetään tietotekniikan avulla. Käsivarren mitan päässä – pöydällä olevalla tietokoneella saavutettavissa – on valtava määrä oikeudellista informaatiota. Jotta tuo tietomäärä olisi hallittavissa, tietovarastojen on oltava optimaalisesti järjestettyjä.¹²³ Tietovarastojen optimaalinen järjestäminen tukee sitä, että asian käsittelyssä päädytään ratkaisuihin, jotka ovat myös perusteltavissa. Yhteys muodollisen informaatiolähteopin ja muodollisen oikeuslähteopin välillä on kiinteä.¹²⁴

Kun tietovarastot alkavat saavuttaa optimaalisuuden tavoitteen, on selvää, että ne korvaavat perinteiset käden ulottuvilla olevat oikeuslähteet. Tuomari, joka pitää ammatillisia valmiuksiaan ajan tasalla, siirtyy käyttämään sellaisia tietovarastoja, jotka takaavat hänelle parhaiten menestymisen ammatissa. Olennaista on kuitenkin huomata se, että tietotekniikan vyöry oikeuslaitoksessa on jo tällä hetkellä sitä luokkaa, ettei tuomari enää selviä päivittäisistä töistään ilman tietotekniikan hyväksikäyttöä. Alioikeusuidistuksen myötä käräjäoikeuksissa on otettu käyttöön TUOMAS -asianhallintajärjestelmä. Tämä tarkoittaa sitä, etteivät vain oikeuslähteet ole tietotekniikkaan sidottuja, vaan koko menettely – koko asian hallinta – tapahtuu tietokoneen avulla.¹²⁵ Tuomarin rooli on informaatiolähteiden käytönkin osalta muuttumassa voimakkaasti. Tuomarin kyky käyttää optimaalisella tavalla informaatiolähteitä on osa hänen perusmetodiaan.¹²⁶

¹²¹ Aarnio–Saarenpää s. 28, Saarenpää Tuomaripäivät 1991 s. 29: »Siinä missä muodollinen oikeuslähteoppi kertoo meille oikeuslähteiden etusijajärjestyksestä, muodollinen informaatiolähteoppi tarkastelee oikeudellisen informaation erilaisia tallennus-, toimittamis- ja hakutapoja pitäen erityisesti silmällä niiden neutraalisuutta suhteessa oikeuslähteoppiin. Materiaalinen informaatiolähteoppi puolestaan on kiinnostunut tietovarastojen käyttöön vaikuttavista aineellisista, oikeudelliseen asiantuntemukseen liittyvistä tekijöistä. Sillä on puolestaan läheinen yhteys materiaalliseen oikeuslähteoppiin, joka tarkastelee oikeuslähteiden käytön edellytyksiä ja rajoja.»

¹²² Aarnio–Saarenpää s. 24.

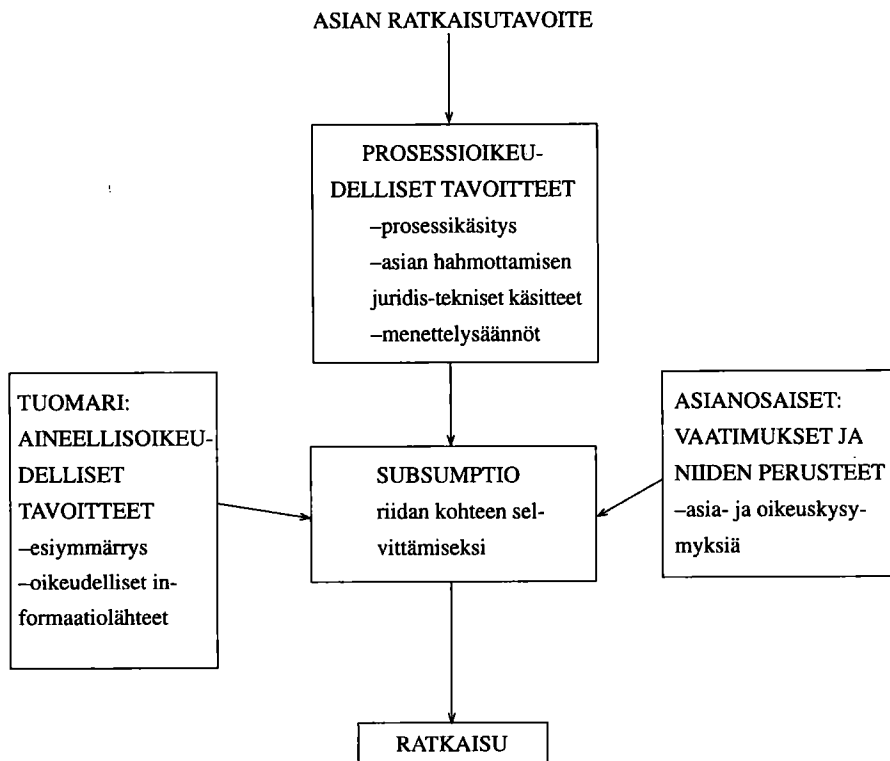
¹²³ Saarenpää Tietohuolto ja juridiikka s. 110 tarkoittaa optimaalisuudella (1) tietovarastojen ajan tasalla pitämistä, (2) luotettavuutta, (3) neutraalisuutta suhteessa oikeuslähteoppiin, (4) haettavuutta ja (5) luettavuutta.

¹²⁴ Aarnio–Saarenpää s. 27.

¹²⁵ Saarenpää Asianajajan työkentältä s. 348 ss.

¹²⁶ Aarnio–Saarenpää s. 30, Saarenpää Tietohuolto ja juridiikka s. 113.

Kuvio 14. Tuomarin tietorakenne riidan kohteen selvittämisessä. Kuvio havainnollistaa, kuinka erilainen informaatio ja erilaiset tavoitteet liittyvät subsumptiossa asian ratkaisutavoitteeseen.



III TUOMARIN PROSESSINJOHTO

1. YHTEISTOIMINTAPERIAATE RIIDAN KOHTEEN SELVITTÄMISESSÄ

1.1 VASTUUNJAON JA TEHTÄVIEN JAON NÄKÖKULMAT

Saksalainen periaatesystematiikka korostaa menettelyn asianosaiskeskeisyyttä eli asianosaisten vastuuta asian käsittelyssä. Periaatesystematiikan mukaista vastuunjakoa asian käsittelyssä voidaan kuvata seuraavalla kuviolla:

Kuvio 15. Vastuunjaon periaatesystematiikka.

Asianosaiset	Tuomioistuim	Vastuunjako
	Jura novit curia	Oikeuskysymyksistä määrääminen
Määräämisperiaate		Riidan kohteesta määrääminen (vaatimistaakka)
Käsittelyperiaate		Tosiseikoista määrääminen (väittämistaakka)

Saksalainen periaatesystematiikka kehitettiin vastuunjakoa silmällä pitäen. Liberalistisen prosessikäsitteen vapauspiirijattelun vuoksi vastuunjako merkitsi myös tehtävien jakoa. Tuomioistuim oli passiivinen asianosaisten vapauspiiriin kuuluvissa asioissa.¹ Puhutaan passiivisuussäännöistä.²

¹ Tämä ajattelu liittyy siihen Tirkkosen väitteeseen, että tuomioistuimen passiivisuus on leimaa antava piirre käsittelymenetelmässä. Ks. *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus* I s. 81.

² Ks. edellä s. 61 ss. *Möller Oikeus, demokratia, informaatio* s. 172: »Siviiliprosessin yk-

Myös oikeudenkäynnin informaattiosuhde oli passiivisuussääntöjen vuoksi kontradiktorinen. Kommunikointi oli asianosaisten välistä ja rajattu heidän tavoitteitaan palvelevaan informaatioon. Kantaja esitti kanteen ja repliikin, vastaaja vastineen ja dupliikin.³ Asianosaisilla oli vapauspiirinsä mukainen riski siitä, että riidan kohde määriteltiin ja asia selvitettiin heidän tavoitteitaan palvelevalla tavalla.⁴ Asianosaiset esittivät vaatimuksensa ja tosiseikastomateriaalin oma-toimisesti ilman vuorovaikutusta tuomioistuimen kanssa.⁵ Tuomioistuin vastasi vain normien soveltamisesta.⁶

Kontradiktorinen informaattiosuhde osoittautui ongelmalliseksi jo 1800-luvun Saksassa.⁷ Tuomioistuimen oli käytännössä välttämätöntä oikaista asianosaisten prosessitoimintaa.⁸ Syntyi tarve johtaa prosessia. Kyselyoikeuden kehittyminen merkitsi sitä, että *tuomioistuimella havaittiin olevan myös oma tiedonintressi*.⁹ Tässä hahmottui samalla vastuunjaon ja tehtävien jaon ero. Sitä voisi kenties nimittää myös vastuunjaon ja tiedollisten intressien erottamiseksi.

sityinen luonne merkitsi tämän käsityksen mukaan, paitsi asianosaisten oikeutta vapaasti disponoida oikeuksistaan myös sitä, että asianosaiset saivat varsin laajalti itse päättää oikeudenkäyntimenettelystä. Asianosaisten vallassa ei ollut ainoastaan päättää oikeudenkäynnin vireilepänosta ja oikeudenkäynnin kohteesta, vastata kanteeseen, hakea muutosta tuomioon ja päättää oikeudenkäynti tekemällä sovinnon. Asianosaisten vallassa oli myös päättää hyvin laajalti sellaisista teknisistä asioista kuin aikamääräyksistä, prosessitoimien muodosta ja tavasta, miten prosessin tuli edetä. Oikeudenkäynti oli siis täysin yksityinen asia. Laki salli asianosaisten pitkittää oikeudenkäyntiä miltei mielin määrin. Tuomioistuimella ei ollut minkäänlaisia mahdollisuuksia omasta aloitteestaan puuttua oikeudenkäynnin kulkuun tai nopeuttaa sitä. Tuomarin valta oikeudenkäynnissä oli näin ollen rajallinen ja vailla varsinaista merkitystä.» Roolijako toteutettiin asian käsittelyssä käsittelyperiaatteella, joka ymmärrettiin ranskalaisen mallin mukaan merkityksessä »nichts durch den Richter». Oikeuskysymyksissä tuomioistuimen roolia korosti »jura novit curia» -periaate. Ks. tarkemmin Wassermann s. 32–33 ja Hahn s. 4–5.

³ Loosli s. 5.

⁴ Weyers s. 200.

⁵ Hahn JA 1991 s. 322 puhuu asianosaisten tosiseikkoja koskevasta »materiaalinesittämiskompetenssista» (Stoffbeibringungskompetenz), jota kuvastaa käsittelyperiaate. Schmidt E. DRiZ 1988 s. 59 kuvaa käsittelyperiaatteen merkitystä sanalla asianosaisten »tosiseikastoylivalta» (Tatsachenherrschaft). Ks. myös Alternativkommentar s. 26: »faktayksinoikeus» (Faktenhoheit).

⁶ Hahn JA 1991 s. 322 puhuu oikeuskysymyksiin liittyvästä tuomioistuimen lainkäyttömonopolista (Rechtsbeurteilungsmonopol), jota kuvaa jura novit curia -periaate.

⁷ Bomsdorf s. 174.

⁸ Baur–Grunsky s. 24–26.

⁹ Saksalaisessa oikeudessa ei kuitenkaan ole haluttu lähteä muuttamaan määräämisperiaatteen vakiintunutta määrittelyä, vaan tuomioistuimen virallistoimintoisuus on kuvattu eri periaateilla. Parteibetrieb ja Amtsbetrieb ovat vastinpari, mutta Amtsbetriebin jatkuvasti lisääntyvä merkitys vähentää määräämisperiaatteen merkitystä. Rosenberg–Schwab s. 451: »Der Amtsbetrieb ist ein Teil der dem Gericht obliegenden Prozessleitung. Seine Erweiterung durch

1.1.1 Prosessitoimet riita-asian valmistelussa

Selitän näkemystäni hieman tarkemmin tarkastelemalla *prosessitoimia*. Asian hahmottamisen mallissa prosessitoimilla tarkoitettiin kaikkea asianosaisten ja tuomioistuimen toimintaa, jolla vaikutettiin tai pyrittiin vaikuttamaan asian käsittelyyn. Tämä ns. funktionaalinen prosessitoimen määritelmä kuvaa prosessitoimina hyvin laajasti kaiken sen toiminnan, jolla asianosaiset ja tuomioistuin pyrkivät tavoitteisiinsa oikeudenkäynnissä.¹⁰

Prosessitoimet määriteltiin aikaisemmin eri tavalla. Asianosaisten prosessitoimet ja tuomioistuimen prosessitoimet erotettiin toisistaan.¹¹ Asianosaisten prosessitoimilla tarkoitettiin lähinnä asianosaisten *selityksiä*, jotka toivat julki heidän pyrkimyksensä tiettyyn oikeusseuraamukseen. Selitykset oli jaettu tarkemmin määräyksiin, vaatimuksiin ja lausumiin.¹² Asianosaisen oikeus prosessitoimen tekemiseen johdettiin menettelyperiaatteista, erityisesti käsittelyperiaatteesta ja määräämisperiaatteesta.¹³ Tällainen määritelmä korosti vastuunjaon näkökulmaa. Prosessitoimet olivat tahdonilmaisuja, joihin liittyi laissa säännelty oikeudellinen vaikutus.¹⁴

Oikeudenkäyntiin ei kuulu oikeustieteen näkökulmasta oikeudellisesti merkityksetöntä toimintaa. Prosessitoimet ovat prosessioikeuden systematiikassa oikeudenkäyntimenettelyn pienimpiä tekijöitä.¹⁵ Oikeusseuraamuksia aiheuttavat selitykset ovat käytännössä kuitenkin vain pieni osa oikeudenkäyntiin kuuluvista

die Novellen zur ZPO hat...die sog. Parteiherrschaft über den Prozess stark eingeschränkt... Das Verfahren ist dadurch wesentlich vereinfacht und verbessert worden.» Tähän liittyi se, että käsitykset tuomioistuimen tehtävistä muuttuivat ajan myötä. Möller Oikeus, demokratia, informaatio s. 172: »Suullisen käsittelyn voitettua alaa Euroopassa ruvettiin myös mieltämään, ettei oikeudenkäynti voinut olla yksinomaan asianosaisten yksityisasia. Suullinen käsittely edellytti keskitettyä oikeudenkäyntiä, jotta tuomari pystyisi asianmukaisesti arvioimaan todisteluja. Tuomari ei enää voinut pysyä ulkopuolisena katselijana, joka esityksen jälkeen teki arvionsa.»

¹⁰ *Baumgärtel* s. 286 ss. Ks. myös *Halila* s. 31 ja *Ekelöf–Boman Rättegång* I s. 29. Ks. edellä s. 133. *Baumgärtel* s. 291 määrittelee asianosaistoimet: »Die Parteiprozesshandlung ist jedes äussere, auf einem bewussten Willen (Handlungswillen) beruhende Verhalten einer Partei, dessen charakteristische Wirkung entweder in der Gestaltung des Verfahrens oder in der Schaffung eines Tatbestands besteht, der sich auf ein Bestimmtes Verfahren bezieht und mit der Geltendmachung im Prozess eine Verfahrensgestaltung herbeiführt oder verhindert.»

¹¹ *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus* I s. 495.

¹² *Halila* s. 34. Ks. myös *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus* I s. 491–492, *Baumgärtel* s. 79 ss. ja *Bruns* s. 123 ss.

¹³ *Baur–Grunsky* s. 46–47, *Arens AcP* 173 (1973) s. 5–12, *Brüggemann* s. 103.

¹⁴ *Baumgärtel* s. 21 ss.

¹⁵ *Bruns* s. 119: »kleinste Einheiten als Bausteine des Verfahrens».

ta tapahtumista ja toiminnasta. Selitystä edeltää usein prosessitoimen kohteena olevan seikan valmisteleminen. Selityksiä voisi kuvata riita-asian valmistelun kiinnekohdiksi, joilla annetaan asian hahmottamisen ja ratkaisun etsimisen kannalta keskeisille kysymyksille oikeudellinen vaikutus. Tämän ajattelun mukaisesti esimerkiksi oikeustositseikkaan vetoamista edeltää konkreettisen tosiseikan yksilöiminen ja sen oikeudellisen merkityksen havaitseminen. Vaatimusta edeltää sen perusteena olevan normin selvittäminen. Tunnustamista edeltää tunnus-tetun seikan totuuden ja oikeudellisen vaikutuksen selvittäminen ja hyväksyminen. Jos prosessitoimi määritellään niin, että välittömiä oikeudellisia vaikutuksia aiheuttavia selityksiä pidetään oikeudenkäyntimenettelyn pienimpinä tekijöinä, jätetään tällöin huomiotta riita-asian valmistelu.

Riita-asian valmistelu ja siinä tapahtuva riidan kohteen selvittäminen ei ole vain prosessitoimilla operointia, vaan myös niiden tekemistä edeltävää asian valmistelua. Riita-asian valmistelussa on *selvitettävä* asianosaisten vaatimukset ja niiden perusteet sekä se, mistä asianosaiset ovat erimielisiä (OK 5:19.1,1-2).¹⁶ Riita-asiaa ei valmistella selitysten ja määräysten avulla, vaan keskustelu on vapaamuotoista.¹⁷ Riita-asian valmistelussa korostuu asianosaisten ja tuomioistui-men vuorovaikutus ja yhteistoiminta. Tätä tarkoitusta ajatellen suullisen valmistelun istunto on tärkein riita-asian valmistelun vaihe.

Riita-asian valmistelussa ei ole toiminnan tavoitteena välittömästi aineellis-oikeudellisen oikeusseuraamuksen määrittäminen, vaan asianosaisten erimielisyy-den kohteen selvittäminen. Valmistelussa selvitetään, mitä riita koskee eli liit-tykö asianosaisten erimielisyys tapahtumiin vai niiden oikeudelliseen arvotta-miseen ja miten osapuolten näkemykset asiassa eroavat. Valmistelun tavoitteena on selvittää, mitä vaatimuksia, väitteitä ja todisteita asiassa esitetään.¹⁸ Asian-osaisille selviää tavallisesti vasta valmistelun aikana vastapuolen suhtautuminen asiaan ja se, millä ehdoilla he voivat menestyä oikeudenkäynnissä. Asiaan liit-tyvien riskien ymmärtäminen vaikuttaa siihen, mitä selityksiä ja määräyksiä asianosaiset tekevät. Riita-asian valmistelussa pyritäänkin ensisijaisesti tähän teh-tävien jakamiseen. Asianosaiset täytyy itse saada ymmärtämään menestymismah-dollisuutensa asiassa.¹⁹

¹⁶ Ks. Virolainen Alioikeusuudistus s. 159–161.

¹⁷ Rosenberg–Schwab–Gottwald s. 351: »Bewirkungshandlungen sind alle anderen Partei-handlungen, die nicht eine bestimmte Entscheidung herbeizuführen bestimmt sind und sich nicht in deren Herbeiführung erschöpfen, sondern die innerhalb des Verfahrens, in dem sie vorgenommen werden, eine bestimmte Prozesssituation (Prozessrechtslage) begründen und zuweilen sogar über den Prozess hinaus wirken...»

¹⁸ HE 15/1990 vp. s. 23–24.

¹⁹ Ks. Halme–Hirvonen–Hirvonen s. 10.

Edellä esitetystä ilmenee se valmistelun tavoitteeseen välttämättä liittyvä piirre, että riita-asia hahmotetaan lopullisesti vasta valmistelun kuluessa. Tämä ei enää ihmetytä riita-asian valmistelussa mukana olleita. Kysymys ei ole nimitäin siitä, että asian yksilöintiä viivytettäisiin lain vastaisesti, vaan kyse on siitä, että rationaalisessakin oikeudenkäynnissä asianosaisen toimintaan vaikuttavat vastapuolen lausumat.²⁰ Ongelmaksi jää se, millä tavoin asianosaiset voivat muuttaa aikaisempia esityksiään vielä suullisen valmistelun istunnossa, ja millainen on tuomioistuimen rooli tässä riidan kohteen muotoilemisessa.

1.1.2 Ratkaisupakko

Tuomioistuimen tiedontarpeen aiheuttavat kaksi toisiinsa liittyvää tavoitetta: (1) *ratkaisupakko*, (2) *asian selvittämisvelvollisuus*. (3) *Materiaalinen prosessinjohto* on niitä täydentävää ja toteuttavaa menettelyä.

Ratkaisupakko tarkoittaa tuomioistuimen velvollisuutta ratkaista vireille pantu asiat. Laissa ei ole ratkaisupakosta nimenomaista säännöstä. Ratkaisupakkoa tarkoittava velvollisuus näkyy välillisesti tuomarINVALAA koskevassa säännöksessä (OK 1:7) ja tuomion perustelemista koskevassa säännöksessä (OK 24:3). Ratkaisupakko on lähinnä lain ja lainvalmistelutöiden tausta-ajatus, osa prosessikäsitystämme.²¹

Ratkaisupakko liittyy (1) *tuomioistuinten yhteiskunnalliseen palvelutehtävään*.²² Tuomioistuinten tehtävänä on ratkaista ihmisten välisiä riitoja. Jo kauan ennen kirjoitettua lakia valittiin laamaneja (lagman) ratkaisemaan niitä. Sellainen tuomari, joka ei ratkaise kaikkia vireille pantuja asioita, ei täyty häneen oikeusyhteisön taholta kohdistuvia odotuksia. Oikeusvarmuus edellyttää, että ihmiset saavat samanlaisten edellytysten vallitessa asiansa ratkaistuiksi tuomioistuimissa. Tässä mielessä Tirkkonen on oikeassa sanoessaan, että »tuomioistuimessa tapahtuva oikeudenkäyntimenettely on vain tuomion vuoksi olemassa».²³

²⁰ Vrt. *Ekelöf-Boman Rättegång* I s. 29. Laki lähtee siitä, että riita-asia yksilöidään mahdollisimman täydellisesti mahdollisimman aikaisessa vaiheessa. Asianajajien työn etupainotisuutta on korostettu myös alioikeusuudistuksen yhteydessä pidetyssä koulutuksessa. Ks. *HE 15/1990 vp.* s. 23, OK 5:2 ja *Heuman* s. 119. Asianajajan roolista ks. *Therman DL 1977* s. 166 ss. ja erityisesti riita-asian valmistelussa *Iivanainen* s. 7 ss.

²¹ Ratkaisupakosta eri aikakausina ks. *Brusiin* s. 75–90.

²² *Blume TfR 1991s.* 28 ja 30: »Generelt kan målsætningen siges at være at sikre, at borgerne løser deres retskonflikter på en fredelig og ordentlig måde. ... systemet i dag først og fremmest fungerer som en serviceydelse...» Perustuslaissa on säännöksiä tuomioistuimen tehtävästä yhteiskunnassa. Ks. HM V luku ja HM 91–93 §:t.

²³ *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus* I s. 498.

Toisaalta (2) *ratkaisupakko kuuluu tuomarin rooliin*. Ratkaisupakko on velvollisuus, joka merkitsee tuomarille työskentelyn tavoitetta. Tuomarille prosessin päämäärä on asian ratkaiseminen. Ratkaisujen ennustettavuus edellyttää tuomarikuntaa, joka tietää, millaisia ratkaisuja heiltä odotetaan.²⁴ Eräät tuomarin rooliin liittyvistä odotuksista ovat laissa sääntelemättömiä: asiallisuus, oikeusvarmuuden edistäminen ja humanisuus. Ratkaisupakko kuuluu erityisesti oikeusvarmuuden edistämiseen.²⁵

Saksalaisessa oikeudessa ratkaisupakosta säättää »oikeussuojan antamisesta kieltäytymistä koskeva kieltö» (Rechtsverweigerungsverbot).²⁶ Kieltö perustuu tavanomaiseen oikeuteen. Se otettiin saksalaiseen oikeuteen Ranskasta, jossa se oli ollut lakiin kirjattuna suuresta vallankumouksesta lähtien. 1800-luvun lainsäädäntöhankkeiden yhteydessä kieltö liitettiin myös saksalaisiin prosessilakeihin – ei kuitenkaan nimenomaisena säännöksenä, vaan sääntelyn tausta-ajatukseksi. Kiellon katsottiin liittyvän lainsäädännön aukottomuuden periaatteeseen. Tuomioistuimen piti epäselvissä tilanteissa selventää lain tarkoitusta, täydentää epäselvien lakien sisältöä, korjata lainsäädännöllisiä virheitä ja täydentää aukollista normistoa.²⁷ Nykyisessä saksalaisessa kirjallisuudessa ratkaisupakon olemassaolosta ollaan yksimielisiä ja ratkaisupakko liitetään osaksi jura novit curia-periaatetta.²⁸

1.1.3 Asian selvittämisvelvollisuus

Tutkimuksen alkujaksossa hyväksyttiin lainkäytön tavoitteeksi suhteessa aineelliseen oikeuteen ns. *käyttäytymistä ohjaava tavoite*: tuomioistuimen tehtävänä on ratkaista riidat niin, että aineellisen lainsäädännön käyttäytymistä ohjaava funktio toteutuu yksittäistapauksissa.²⁹

Voidaan sanoa, että tuomioistuimella on velvollisuus toteuttaa ratkaisupakkonsa aineellisoikeudellisesti hyväksyttävällä tavalla. Tuomioistuimen on nimitäin perusteltava tuomionsa (OK 24:15). Tuomio kirjoitetaan erilliseksi asiakir-

²⁴ *Brusiin* s. 90: »Tuomarin itsenäinen harkintaoikeus ja -velvollisuus, sellaisena kuin voimassaoleva oikeutemme sen tunnustaa, edellyttää ammattitaitoisen tuomarikunnan.»

²⁵ *Jareborg Brotten* s. 52.

²⁶ *Schumann ZZP* 81 (1968) s. 90–93.

²⁷ *Schumann ZZP* 81 (1968) s. 80.

²⁸ *Münchener Kommentar I* s. 1761: »Eine weitere wichtige Folgerung aus der alleinigen richterlichen Verantwortung für das anzuwendende Recht ist der in jedem Einzelfall bestehende Entscheidungszwang. Dieser Entscheidungszwang besteht sowohl bei der Feststellung wie bei der Auslegung und der Anwendung des Rechts.» Ks. myös *Prütting* s. 122 ss.

²⁹ *Ekelöf–Boman Rättegång I* s. 14–15, *Virolainen Lainkäyttö* s. 82 ss.

jaksi, jossa on oltava mm. selostus asianosaisten vaatimuksista perusteineen, tuomiolauselma ja tuomion perustelut (OK 24:18). Tuomion perusteluista on käytävä ilmi, mihin seikkoihin ja oikeudelliseen päättelyyn ratkaisu perustuu (OK 24:15). Tuomioistuimen on perusteltava, millä seikoilla sen mielestä on ollut merkitystä asiaa ratkaistaessa ja millä oikeudellisella perusteella tuomioistuin on päättänyt tuomiosta ilmenevään ratkaisuun.³⁰ Oikeuskysymysten osalta tuomioistuimen on selitettävä (1) säännön valinta tai muodostaminen ja (2) säännön tulkinta ja soveltaminen.³¹

Aineellisoikeudellisesti oikean ratkaisun saavuttamista tukee mahdollisimman täydellinen tieto asiaan liittyvistä tosiseikoista ja oikeuskysymyksistä. Asianosaiset eivät kuitenkaan aina tiedä, mitä aineistoa jutussa pitäisi esittää, vaan oikeudenkäyntiaineisto voi jäädä puutteelliseksi heidän tietämättömyydestään tai huomaamattomuudestaan johtuen.³² Asianosaisten kannalta kohtuuttomien lopputulosten välttämiseksi on *tuomioistuimen pyrittävä selvittämään asia* niin, että aineellisoikeudellisesti oikean ratkaisun tekeminen on mahdollista.³³ Käyttäytymistä ohjaavan tavoitteen toteuttamisen kannalta on siten tärkeää, että tuomioistuin tavoittelee informaation kannalta *ideaalista ratkaisutilannetta*.³⁴ Sen vuoksi tuomioistuimella on muun muassa velvollisuus valvoa, että asia tulee perusteellisesti käsitellyksi (OK 6:2a.2).³⁵ Tämä tuomioistuimen tiedontarve kohdistuu olennaiselta osin niihin kysymyksiin, joiden liittämisen oikeudenkäyntiaineistoon ratkaisevat asianosaiset. Tuomioistuimen tiedonintressi on dispositiivisissa asioissa yleensä selvästi alisteinen asianosaisten määräämismahdollisuudelle (välttämistäakka, vaatimistaakka). Eräissä tilanteissa käyttäytymistä ohjaava funktio on kuitenkin vahvempi tavoite kuin asianosaisten määräämisvallan suo-

³⁰ HE 154/1990 vp. s. 30.

³¹ HE 154/1990 vp. s. 30.

³² Virolainen Materiaalinen s. 29.

³³ Virolainen Materiaalinen s. 29. Pidän asian selvittämistä yhtenä käyttäytymistä ohjaavan funktion liittyvänä tavoitteena ja aineellista prosessinjohtoa keinona tämän tavoitteen saavuttamiseen. Selvittämistäintressistä ks. *Jonkka* s. 211 ss.

³⁴ Ideaalisen ratkaisutilanteen tunnusmerkkejä voisivat olla 1) täydellinen informaatio konkreettisista tosiseikoista, 2) täydellinen informaatio oikeuskysymyksistä sekä 3) objektiivinen ja johdonmukainen tuomari. Ks. *Alkio* LM 1960 s. 469: »Objektiivisuus on viileää, kiihкотonta, tuomarin omista subjektiivisista mielipiteistä ja arvostuksista riippumatonta, ennakkoluulotonta suhtautumista asioihin ja ihmisiin.»

³⁵ Virolainen Materiaalinen s. 29. Saksalaisessa oikeudessa asian selvittämisvelvollisuus liittyy Saksan Liittotasavallan perustuslain 103 artiklassa säädettyyn perusoikeuteen, oikeuteen tulla oikeudenkäynnissä kuulluksi (Recht auf rechtliches Gehör). Tästä perusoikeudesta ks. *Rosenberg-Schwab* s. 484 ja *Arens-Lüke* s. 24–29. Ks. myös edellä s. 92 ja myöhemmin s. 202 ja 282.

jaaminen – ajatellaan esimerkiksi valeprosesseja.³⁶ Näihin rajanvetokysymyksiin palataan myöhemmin, mutta pitää huomata, ettei tuomioistuimen tarvitse luopua asian selvittämistavoitteesta ennen kuin asianosainen määräämismahdollisuutensa puitteissa velvoittaa tuomioistuimen siitä luopumaan.

Uusi laki merkitsi tuomarin tiedonhankinnan kannalta suurta muutosta.³⁷ Suullis-pöytäkirjallisessa menettelyssä tuomioistuimen täytyi tuomiossa huomioida todellisuuskuvauksena sellaisena kuin se oli pöytäkirjattu.³⁸ Pöytäkirja paisui menettelyn kuluessa niin yltäkylläiseksi, että siihen sisältyivät suurella todennäköisyydellä myös aineellisoikeudellisesti oikean ratkaisun edellyttämät tosiseikat ilman, että tuomari välttämättä oli käsittelyn aikana ollenkaan tietoinen sovellettavasta normistosta. Tuomari saattoi käsittelyn jälkeen kansliassa perehtyä siihen, mikä oli asian relevantti tosiseikasto. Asiakysymykset tulivat annettuina subsumptioon.

Nyt on siirrytty suulliseen menettelyyn, jossa ei laadita tapahtumien kuvausta säilyttävää pöytäkirjaa. Tuomarin on sen vuoksi hankittava oikeaan ratkaisuun tarvitsemansa tiedot asian valmistelun aikana. On tärkeää, että tuomari pyrkii saamaan mahdollisimman täydellisen informaation asiasta jo valmistelussa, koska *preklusiosäännöt* asettavat tarkat rajat sille, mitä tietoa ja missä muodossa voidaan esittää oikeudenkäynnin myöhemmissä vaiheissa tai muutoksenhakutuomioistuimessa. Uudella lailla ei pyritty siihen, että tuomarilla olisi vähemmän tietoa käytettävissään ratkaisua tehdessään. Haastehakemuksen tarkoilla yksilöintisäännöillä pyrittiin siihen, että tuomari saisi koko asiaan liittyvän informaation heti oikeudenkäynnin alussa selkeästi jäsennettyssä muodossa.³⁹

1.1.4 Aineellinen prosessinjohto

Aineellinen eli materiaallinen prosessinjohto on tuomioistuimen konkreettista työtä, jota se tekee ratkaisupakon ja asian selvittämisvelvollisuuden vuoksi. Van-

³⁶ *Ellilä* s. 261 ss., erityisesti s. 269.

³⁷ Sen sijaan uusi laki ei muuttanut erityisen merkittävästi aineellista prosessinjohtoa koskevaa sääntelyä. Ks. myöhemmin s. 221 ja 247 ss.

³⁸ *Kosonen* Oikeus, demokratia, informaatio s. 150–152. Suullisten lausumien pöytäkirjaamisesta yleisesti ks. *Halila* DL 1977 s. 49–50.

³⁹ Vrt. sivun 137 esimerkkiin. Jos asianosaiset ajavat asiaa perusteettoman edun palautuksena ja tuomari tyytyy sitä koskevan normiston täyttäviin tosiseikkoihin, mutta havaitsee päätyösharkinnan yhteydessä, että asiassa onkin kyse toisen omaisuuden pannun työpanoksen korvaamisesta, on todennäköistä, etteivät seikat riitä siitä johtuvan oikeusseuraamuksen määräämiseen, koska ei ole vedottu sopimukseen, sen ehtoihin tms. Asianosaiset eivät voi lähtökohteisesti vedota uusiin seikkoihin enää hovioikeudessa (OK 25:14.2). Asian selvittämistavoitteen laiminlyönti voi aiheuttaa oikeudenmenetyksen eikä ratkaisu välttämättä toteuta aineellisen lainsäädännön tavoitteita. Ks. myös *HE 154/1990 vp.* s. 29–30, *Möller* Oikeus, demokratia, informaatio s. 173, *Virolainen* Materiaalinen s. 30–31 ja *Lindblom* SvJT 1984 s. 789.

hemmassa kirjallisuudessa materiaallinen prosessinjohto kuvattiin osaksi tuomioistuimen prosessitoimia eli tuomioistuintoimia.⁴⁰ Materiaallinen prosessinjohto ei kuitenkaan pääsääntöisesti muodostu tarkkarajaisista tuomioistuimen prosessitoimista, vaan se on suhteellisen vapaamuotoista prosessitoimintaa – informaatiotosuhteen toimintaa.

Meillä erotetaan useita erilaisia prosessinjohtoon funktioita.⁴¹ (1) Selventävän funktion mukaan tuomarin on selvitettävä asianosaisen esityksissä olevat epäselvyydet.⁴² (2) Muuntavan funktion tarkoituksena on asianosaisten lausumien tai selitysten oikaiseminen ja korjaaminen asianmukaiseen, tuomioistuimissa yleensä käytössä olevaan muotoon.⁴³ Prosessinjohtoon (3) rikastavan funktion perusteella tuomioistuin pyrkii tuottamaan kokonaan uutta oikeudenkäyntiaineistoa joko hankkimalla sitä omasta aloitteesta tai määräämällä asianosaiset sitä esittämään.⁴⁴ (4) Informatiivisen funktion mukaan tuomioistuin voi ehkäistä yllätyksratkaisuja ja niistä aiheutuvia haittoja.⁴⁵ Tässä tutkimuksessa tarkastellaan materiaalista prosessinjohtoa vain tiettyjä riidan kohteen selvittämiseen liittyviä yksityiskohtia silmällä pitäen.

Prosessinjohtoon informatiivinen funktio paljastaa kuitenkin uuden näkökulman informaatiotosuhteeseen. Tuomari ei pyri vain oman tiedon tarpeensa tyydyttämiseen, vaan hänellä on velvollisuus kontrolloida sitä, että myös asianosaisten prosessitoiminta on aineellisoikeudellista normistoa ajatellen rationaalista.⁴⁶ Tämä ei ole liberalistisen prosessikäsityksen tavoitteiden mukaista, vaan pikemminkin määräämisperiaatteen vastaista. Perinteiset saksalaiset menettelyperiaatteet eivät siten näyttäisi olevan uuden lain tavoitteena olevan informaatiotosuhteen periaatteita. Informaatiotosuhteessa korostuu vuorovaikutus, yhteistoiminta. Asianosaisten aktiivisuus perustuu heidän haluunsa voittaa asia ja pyrkimykseen esittää siihen johtava selvitys. Tuomioistuimen aktiivisuus taas pohjautuu ratkaisupakkoon ja tarpeeseen saada asiassa esille ratkaisun tekemiseen tarvittava materiaali.⁴⁷ Tuomioistuimen on tutkittava asia ja muodostettava kuva sekä asiasta oikeuskysymyksistä. Tuomioistuimen on myös huolehdittava siitä, että asia

⁴⁰ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 495.

⁴¹ Virolainen Materiaalinen s. 60 ss.

⁴² Virolainen Materiaalinen s. 61–62.

⁴³ Virolainen Materiaalinen s. 65.

⁴⁴ Virolainen Materiaalinen s. 68.

⁴⁵ Virolainen Materiaalinen s. 76.

⁴⁶ Tässä on kysymys kontradiktorisen periaatteen uudesta tulkinnasta. Ks. siitä Virolainen Lainkäyttö s. 217–218. Ks. myös Virolainen Materiaalinen s. 75–79.

⁴⁷ Weyers s. 206–207, Virolainen Materiaalinen s. 30–31: »Vaikka asianosaisella onkin päävastuu asian selvittämisestä ja aineiston hankkimisesta, on tuomioistuimille monissa pro-

tulee perusteellisesti selvitetynksi ja että väärinkäsitysten aiheuttama haitta minimoidaan.⁴⁸ Asian käsittely informaationsuhteena on prosessi, jossa asianosaiset ja tuomioistuin työskentelevät yhdessä asian selvittämiseksi. Periaate, joka velvoittaa tällaiseen asian käsittelyyn, on *yhteistoimintaperiaate* (Kooperationsmaxime).⁴⁹

1.2. YHTEISTOIMINTAPERIAATTEEN INSTITUTIONAALINEN TUKI

Periaatteet ovat päteviä, jos niillä on merkitystä kysymyksessä olevan oikeudenalan normisysteemissä.⁵⁰ Tämä merkitys johtuu osittain periaatteen sisällöstä eli sen edustaman arvon tärkeydestä tai painosta, mutta toisaalta myös siitä, että periaatteelle on löydettävissä institutionaalista tukea oikeusjärjestyksen rakenteista, kuten säädettyistä normeista, lakien esitöistä tai tuomioistuinkäytännöistä.⁵¹ Tarkastelen tässä yhteistoimintaperiaatteen institutionaalista tukea eli niitä piirteitä oikeusjärjestyksessämme, joiden perusteella yhteistoimintaperiaatteen hyväksyttävyys määräytyy. Vertauskohtana esittelen niitä saksalaisen oikeusjärjestyksen toimintoja, joiden perusteella *Saksan vaihtoehtoinen koulukunta* muotoili yhteistoimintaperiaatteen osaksi prosessioikeuden yleisiä oppeja.⁵²

1.2.1 Perustuslain taso

Vaihtoehtoisen koulukunnan kritiikin lähtökohta oli uusi perustuslain tulkinta. Lainsäätäjät oli perustellut ZPO 278 § Abs. III:n säätämistä sillä, että *yllättävien*

sessijärjestyksissä asetettu erinäisiä, asianosaisten toimintaa täydentäviä velvoitteita ... Asianosaisilla ja tuomioistuimella voidaan siten sanoa olevan yhteinen vastuu jutun tosiasiaapuolen selvittämisestä.» Ks. myös *Holtzhammer* s. 127–128.

⁴⁸ *Virolainen* Lainkäyttö s. 218: »Kontradiktorisen periaatteen soveltamisessa eivät viran puolesta huomioon otettava aineisto ja lainsoveltamiskysymykset ole missään erityisasemassa, vaikka oikeuskäytännössä usein näytetään niin ajateltavan. Asianosaisen on saatava myös sanottu aineisto tietoonsa, jotta hänellä olisi tilaisuus antaa sen johdosta lausumansa; ...» *Bettermann ZJP* 91 (1978) s. 391: »Die weitgehende Selbstverantwortung für Streitgegenstand und Rechtsschutzform, Streitstoff und Beweisführung können die meisten Parteien ohne anwaltliche Vertretung gar nicht tragen.» *Lindblom SvJT* 1984 s. 793: »Syntesen kommer nu; den relativt kraftiga materiella processledningarna vinner allt fler anhängare.»

⁴⁹ *Virolainen* Materiaalinen s. 31. Yhteistoiminnasta informaationsuhteena ks. *Arndt NJW* 1959 s. 7, *Pawlowski ZJP* 80 (1967) s. 380–381.

⁵⁰ *Pöyhönen* s. 30.

⁵¹ *Tolonen* Juhlajulkaisu Huttunen s. 188.

⁵² Ks. *Tolonen* Juhlajulkaisu Huttunen s. 178: »Yleiset opit ovat oikeusjärjestyksen ja -järjestelmän sisällön runko,...»

ratkaisujen kieltoa koskeva perustuslain 103 artiklan mukainen perusoikeus saatiin siten säädetyksi osaksi siviiliprosessilakia. Tämä perustuslain (Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland) 103 artiklassa säädetty perusoikeus kansalaisten »oikeudesta tulla oikeudenkäynnissä kuulluksi» (Recht auf rechtliches Gehör)⁵³ vastasi aikaisemmin lähinnä kontradiktorista periaatetta, mutta vaihtoehtoinen koulukunta antoi sille uuden tulkinnan. Perusoikeuteen liitettiin (1) asianosaisten oikeus esittää tuomioistuimessa täydellisesti kaikki haluamansa tosiseikat, (2) oikeus ottaa kantaa vastapuolen lausumiin,⁵⁴ ja (3) tuomioistuimen velvollisuus kuunnella ja huomioida ratkaisussa kaikki asiassa esitetyt väitteet ja vaatimukset.⁵⁵ Vaihtoehtoinen koulukunta määritteli perusoikeudella enemmänkin oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin sisältöä.

Yleisesti oli jo hyväksytty se, että perusoikeus edellytti asianosaisten ja tuomioistuimen yhteistoimintaa. Se velvoitti tuomioistuinta *selittämään* asianosaisille tosiseikastoa ja riitakysymystä niiltä osin, kuin väitetyn tosiseikaston täydentämiseksi ja tarvittavan näytön esittämiseksi oli välttämätöntä tai siltä osin, kuin asianosaiset eivät olleet huomioineet relevantteja asia- tai oikeuskysymyksiä.⁵⁶

Vaihtoehtoinen koulukunta johti perusoikeudesta tuomioistuimen velvollisuuden muotoilla asian tosiseikasto ja oikeuskysymykset yhteistoiminnassa asianosaisten kanssa. Yhteistoimintaperiaate syrjäytti käsittelyperiaatteen asiakysymyksissä.⁵⁷ Oikeuskeskustelua (Rechtsgespräch) koskeva vaatimus taas syrjäytti jura novit curia -periaatteen oikeuskysymyksissä.⁵⁸

Meillä Suomessa perusoikeusuudistus on kesken. Uusi hallitusmuodon 16 §:än kirjoitettu oikeus »oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin» vastaa kuitenkin tuomioistuimen ja asianosaisten yhteistoiminnan osalta Saksan perustuslain 103 §:n uutta tulkintaa. Oikeudenmukainen oikeudenkäynti edellyttää tuomioistuinten aktiivista toimintaa.⁵⁹ Erikseen on sen sijaan harkittava se, miten laajaa hallitusmuodon tarkoittama yhteistoiminta voi olla.

⁵³ Arens-Lücke s. 25.

⁵⁴ Arens-Lücke s. 26–27.

⁵⁵ Rosenberg-Schwab s. 483.

⁵⁶ Rosenberg-Schwab s. 483, Thomas-Putzo s. 349, Schneider MDR 1977 s. 969.

⁵⁷ Alternativkommentar s. 20–23, Hahn JA 1991 s. 326.

⁵⁸ Hahn JA 1991 s. 322, Laumen s. 108: »Reagieren die Parteien auf die Offenlegung der Rechtsauffassung des Gerichts ihrerseits mit Ausführungen zur rechtlichen Seite des Streitverhältnisses, ist es nur noch ein kleiner Schritt bis zu einer gemeinsamen Rechtsfindung aller Verfahrensbeteiligten.» Oikeuskeskustelu (Rechtsgespräch) tarkoittaa jyrkimpien näkemysten mukaan tuomarin velvollisuutta alistaa kaikki oikeuskysymyksiä koskevat näkemyksensä asianosaisten kanssa keskusteltaviksi. Ks. siitä Laumen s. 260–261.

⁵⁹ Perusoikeuskomitea s. 117–118.

1.2.2 Prosessilainsäädännön kehitys

Tuomarin aktiivisuuden ja tuomioistuinten virallistoimintoisuuden lisääntyminen on ollut Saksan siviiliprosessilainsäädännön kehityksen suunta.⁶⁰ Nämä muutokset olivat seurausta siitä, että Itävallan siviiliprosessilakiin omaksuttu sosiaalinen prosessikäsitteys vaikutti saksalaisessakin keskustelussa jo ZPO:n säätämisen aikana.⁶¹ ZPO sisälsi jo vuonna 1877 säädetyssä muodossa rajoitetun tuomarin kyselyoikeuden.⁶² Myöhemmin laki oli toistuvien uudistusten kohteena.⁶³

Vuoden 1977 yksinkertaistamis uudistus muodostui vaihtoehtoisen koulukunnan kannalta tärkeimmäksi uudistukseksi. Koulukunta tulkitsi ZPO 278 § Abs. III uudistamisen merkinneen sosiaalisen oikeudenmukaisuuskäsityksen omaksumista siviiliprosessilakiin.⁶⁴ Siihen liittyi 1) *sosiaalisen oikeusvaltio-käsitteen* omaksuminen. Käsite merkitsi sitä, että yhteiskunnan sosiaalisten päämäärien (sosiaalipoliittisen ohjelman) täytyi olla tulkintaohjeena myös siviiliprosessissa. Tuomari oli sidottu sosiaalipoliittiseen ohjelmaan.⁶⁵ Toisaalta 2) siviiliprosessia oli pidettävä sosiaalisen *oikeusvaltion konkretisoitumistilanteena*. Libe-

⁶⁰ *Rosenberg-Schwab* s. 253.

⁶¹ *Münchener Kommentar I* s. 10–11. Ks. myös *Honkasalo* DL 1924 s. 305–307.

⁶² *Rosenberg-Schwab* s. 453. *Bruns* s. 98–99 kirjoittaa käsittelyperiaatteen historiasta.

⁶³ Sosiaalisen prosessikäsitteen vaikutusta lisäsivät muun muassa seuraavat lainuudistukset:

1) Vuoden 1909 uudistuksella vahvistettiin tuomarin prosessinjohtoa, lisättiin tuomioistuimen valtaa asian valmistelun ja ulkoisen kulun järjestämisen osalta (Amtsbetrieb formuloi-tiin) ja laajennettiin alioikeuden (Amtsgericht) toimivaltaa.

2) Vuoden 1924 uudistuksella toteutettiin keskityspäätös ja otettiin käyttöön yhden tuomarin istunnot. Yhteistoimintaperiaatteen kannalta merkittävä ZPO 139 § sai nykyisen muotonsa (Hinweis- und Aufklärungspflicht).

3) Myöhempään keskusteluun ja vuoden 1977 Vereinfachungs novellen säätämiseen vaikutti paljon vuonna 1931 tehty siviiliprosessin keskittämistä, nopeuttamista ja yksinkertaistamista koskeva lakiehdotus. Siihen sisältyi myös ehdotus asianosaisten totuudessapysymisvelvollisuudeksi. Ehdotus raukesi lainsäädäntöprosessin aikana.

4) Vuoden 1933 uudistuksella korostettiin keskityksen merkitystä ja lisättiin tuomarin prosessinjohtovaltaa. Totuudessapysymisvelvollisuus säädettiin.

5) Vuoden 1950 lainuudistuksella yhdenmukaistettiin lainkäyttöä Saksan alueella ja kansallissosialististen muutosten jälkeen säädettiin uudelleen monet vuoden 1933 uudistuksen ajatuksista voimaan.

6) Vuoden 1977 Vereinfachungs novelle on toistaiseksi ollut tämän kehityssuunnan merkittävin lainsäädäntötyö. Ks. näistä uudistuksista tarkemmin *Münchener Kommentar I* s. 11–12, *Rosenberg-Schwab* s. 453, *Hahn* JA 1991 s. 320, *Bettermann* ZZP 91 (1978) s. 378.

⁶⁴ *Schmidt E.* DRiZ 1988 s. 60, *Birk* NJW 1985 s. 1489.

⁶⁵ *Wassermann* s. 74–76.

realistiseen prosessiajatteluun sisältyvän idealistisen tuomarin roolin sijasta täytyi tuomareiden kääntää huomionsa niihin konkreettisiin ihmisiin ja asioihin, joiden parissa he työskentelivät. Kolmanneksi 3) sosiaalivaltiollisten päämäärien täytyi näkyä myös konkreettisessa päätöksenteossa ja ratkaisutoiminnassa. Ratkaisutoiminnassa tämä tarkoitti ns. *sosiaalista kompensaaatiota* eli tuomarin velvollisuutta prosessinjohtolla toteuttaa se periaate, että sosiaalisesti (koulutukseltaan, tiedoiltaan) heikomman asianosaisen oikeudet toteutuisivat yhdenvertaisesti.⁶⁶

Saksassa ollaan jokseenkin yksimielisiä siitä, että lain uudistukset korostivat sosiaalisten näkökohtien merkitystä siviiliprosessissa, mutta yleensä uudistusten katsotaan merkitsevän vain tuomioistuimen *myötävaikutusvelvollisuuden* omaksumista.⁶⁷

Meillä Suomessa ei voida esittää vastaavaa uudistusten sarjaa, koska prosessilainsäädännön kokonaisuudistuksessa epäonnistuttiin pitkin 1900-lukua. Ositaisuudistukset eivät myöskään merkinneet sosiaalisten arvojen hyväksymistä. Sen sijaan Itävallan siviiliprosessilain mukaiset arvot olivat ainakin osittain kokonaisuudistuksiin tähänneiden lainvalmistelutöiden taustalla.⁶⁸

Uusi riita-asiain menettelyä koskeva lainsäädäntökään ei selvästi »säätänyt» sosiaalista oikeudenmukaisuuskäsitystä voimaan, vaan lainsäätäjät suhtautui jopa kielteisesti eräisiin sosiaalisen kompensaation muotoihin, kuten opastus- ja neuvontavelvollisuuteen.⁶⁹ Toisaalta lainsäätäjän selvä tarkoitus oli, että tuomarin tulee sovittaa aineellinen prosessinjohto asianosaisen taitoa ja kykyä vastaavaksi.⁷⁰ Tämä näyttäisi tukevan sitä tavoitetta, että asianosaiset olisivat tosiasialli-

⁶⁶ *Alternativkommentar* s. 549, *Wassermann* s. 155. Tiivistetysti – tosin eri näkökulmasta – nämä vaatimukset kokosi *Münchener Kommentar I* s. 6: »Ihm (Kleinille – SL) ging es um den Schutz der sozial Schwachen; er sah im Prozess eine unentbehrliche staatliche Wohlfahrtseinrichtung, die sowohl den Schutz des Einzelnen als auch die Interessen der Allgemeinheit zu berücksichtigen habe.» Ks. *Nousiainen* s. 520: »Hyvinvointivaltion prosessioikeudelle on ominaista se, että tuomioistuimen vahvan muodollisen ja aineellisen prosessinjohtoon nähdään suojelevan heikompa asianosaista.»

⁶⁷ *Rosenberg-Schwab* s. 453.

⁶⁸ *Lainvalmistelukunta 1909* s. 173, *Lainvalmistelukunta 1937* s. 77 ss., jossa mm. korostettiin sovintopyrkimystä ja tuomarin materiaalista prosessinjohtoa.

⁶⁹ *HE 15/1990 vp.* s. 30. Ratkaisua perusteltiin (perinteisellä) käsityksellä tuomioistuimen riippumattomuudesta ja puolueettomuudesta. Passiivisuussääntöihin tukeutuvasta puolueettomuuskäsityksestä ks. *LaVM 6/1960 vp.* s. 1: »että tuomarin puolueettomuus saatetaan vaaranalaiseksi, jos hänelle asetetaan velvollisuus antaa neuvoja siitä, millä tavalla puutteellinen haastakemus on täydennettävä.»

⁷⁰ *HE 15/1990 vp.* s. 28. Ks. myös *Fitger* s. 42:30: »Enligt vad departementschefen vidare uttalade måste domaren hela tiden göra avvägningen mellan den hjälpbehövande partens intresse att få ut så mycket som möjligt av rättegången, å ena sidan, och hänsynen till motpartens intres-

sesti yhdenvertaisia oikeusturvan saavutettavuuden eli menettelysääntöjen suhteen. Heikomman suojelu aineellisoikeudellisessa tarkoituksessa (kuluttajansuoja, työvoiman suojelu) määräytyy vastaavasti lähinnä aineellisen lainsäädännön perusteella ja tulee osaksi menettelytavan valintaa tuomioistuimen käyttäytymistä ohjaavan funktion kautta. Sosiaalisella prosessikäsitteellä on siis institutionaalista tukea uudessa laissa.

Tällaista tulkintaa tukee myös se, että uuden lainsäädännön esikuvana pidettiin Ruotsin lainsäädäntöä. Suomi siirtyi tavallaan toiseen viitekehykseen. Uusi laki muodostaa sellaisen oikeusjärjestyksen, jonka yleisiksi opeiksi sopivat paremmin sosiaalisen prosessikäsitteen mukaiset teoriat kuin aikaisemmat liberalistiset teoriat.⁷¹

1.2.3 Prosessioikeuden metodin uudistaminen

Vaihtoehtoinen koulukunta kiinnitti huomiota myös prosessioikeuden metodiin. Se kritisoi näkemystä tuomioistuinratkaisusta loogisena syllogismina.⁷² Mikäli fakta- ja normipremissit erotetaan syllogismin kuvaamalla tavalla, siitä aiheutuu tai se edellyttää koulukunnan mukaan myös käsittelyperiaatteen ja jura novit curia-periaatteen kahtiajaon. Tuomioistuin oli tästä kahtiajaosta johtuen sidottu asianosaisten konkreettisia tosiseikkoja koskeviin prosessitoimiin ja siihen tosiseikastomateriaaliin, jonka he kykenivät esittämään. Tuomioistuimella ei ollut oikeutta käyttää itsenäisesti asiakysymyksiä koskevia informaatiolähteitä.⁷³ Jura novit curia -periaate taas antoi tuomioistuimelle yksinoikeuden oikeuskysymyksissä.

se, till hans förlitan på domstolens objektivitet och till intresset av att hålla rättegången inom rimliga gränser, å den andra sidan. ... Departementschefen tog avstånd från tanken att göra processledningens omfattning formellt beroende av om parterna företräds av rättsbildade ombud eller inte. Förekomsten av ombud och ombudets skicklighet utgör naturligtvis ... omständigheter som automatiskt reglerar behovet av en processledning.»

⁷¹ Sosiaalisen prosessikäsitteen mukaista kehitystä osoittaa myös eurooppalaisen siviili-prosessioikeuden harmonisointipyrkimys, joka tarjoaa osaltaan institutionaalisen tuen yhteistoimintaperiaatteelle.

⁷² *Schreiber Juristische Ausbildung* 1989 s. 87.

⁷³ *Alternativkommentar* s. 20: »In Reinform besagt die Verhandlungsmaxime, dass das Gericht ausschliesslich an den Sachvortrag der Parteien und an dasjenige Tatsachenmaterial gebunden sei, das diese zur Konkretisierung jenes Vortrags in den Prozess einführen. Negativ gewendet meint sie, dass der Richter von sich aus keine zusätzlichen Informationsquellen anzapfen und auch keinen Zweifeln nachgeben dürfe, solange und soweit die Parteien übereinstimmend oder auch nur qua Nichtbestreiten von einem bestimmten Geschehensverlauf ausgehen.»

Vaihtoehtoinen koulukunta hyväksyi Esserin näkemykset ja lähti siitä, että asia- ja oikeuskysymykset eivät olleet toisistaan tarkkarajaisesti erotettavia oikeudellisen ratkaisun osia.⁷⁴ Käytännön merkityksen antaminen asiakysymyksille riippui siitä merkityksestä, joka annettiin oikeuskysymyksille. Loogisen syllogismin ylä- ja alalause eivät olleet toisistaan riippumattomia.⁷⁵ Sen vuoksi myös menettelyperiaatteiden kuvaama roolijako oli aikansa elänyt.⁷⁶

Tutkimuksen ratkaisumallissa on tarkasteltu riidan kohteen selvittämismenettelyä. Vaihtoehtoisen koulukunnan kritiikki on tältä osin osuvaa, joten ratkaisumallin osoittama metodi näyttäisi myös tukevan yhteistoimintaperiaatetta.

1.2.4 Käsittelyperiaatteen arvottomuus

Vaihtoehtoinen koulukunta kiisti myös väitteen, jonka mukaan käsittelyperiaate olisi olemassa *asianosaisten yksityisautonomian* vuoksi.⁷⁷ Tällä tavalla vaihtoehtoinen koulukunta pyrki murentamaan käsittelyperiaatteen arvoperustan. Schmidtin mukaan *määräämisperiaate* toteutti asianosaisen riidan kohteeseen liittyvän yksityisautonomian. Sen sijaan aineellisoikeudellisesta sopimusvapaudesta ei voinut seurata asianosaisen oikeutta sitoa tuomioistuinta asianosaisten esittämään todellisuuskäsitykseen.⁷⁸

Käsittelyperiaatteella ei ollut institutionaalista eli valtion olemuksesta, poliittisesta rakenteesta tai prosessilainsäädännöstä johtuvaa perustaa.⁷⁹ Kyse oli

⁷⁴ *Alternativkommentar* s. 25. Loogis-käsitteellisestä erosta kirjoittaa Henke s. 138–142 ja Prütting *Die Zulassung* s. 196–198.

⁷⁵ Esser *Vorverständnis* s. 50–51: »Die für den Syllogismus massgeblichen Begriffe müssen sowohl vom Gesetzgeber als auch vom Rechtsanwender in einer für die Ordnungsbedeutung angemessenen Form »zugerichtet« werden, damit die Subsumtion ein normgemässen Resultat erbringen kann. Die Tatbestandsmerkmale werden nicht am Anfang, sondern erst im Verlaufe des Entscheidungsprozesses fest profiliert, in welchem auf beiden Seiten, der Sachverhaltsseite und der Normseite, die Frage nach der vernünftigen Einordnung gestellt wird. Die Verbindlichkeit der Tatbestandskriterien ist ebenso wie die Relevanz der Sachverhaltsmerkmale ganz in der Hand des Rechtsanwenders.« Ks. myös Wikström s. 126.

⁷⁶ *Alternativkommentar* s. 25.

⁷⁷ Väite, johon kritiikki kohdistuu, esiintyy silloin tällöin vanhemmassa kirjallisuudessa, mutta se on perinteisessäkin keskustelussa kiistanalainen. Ks. *Alternativkommentar* s. 21 ja myös *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I* s. 82.

⁷⁸ Schmidt E. DRiZ 1988 s. 60: »Es ist nachgerade peinlich, immer wieder lesen zu können, dass sich die Verhandlungsmaxime auch durch die Verifikationshoheit der Parteien auszeichne, und hernach darüber informiert zu werden, dieses Prinzip sei mittlerweile jedoch »durchbrochen.« Ks. myös Hahn JA 1991 s. 324 ja Pawlowski DRiZ 1988 s. 334.

⁷⁹ *Alternativkommentar* s. 20–21. Tavoitteen saavuttamiseksi pyrittiin osoittamaan, ettei

vain lainsäätäjän tarkoituksenmukaisuusratkaisusta: koska asianosaiset tuntevat parhaiten riidan taustalla olevat tapahtumat, käsittelyperiaate on tarjonnut asianosaisten vastakkaisten intressien vuoksi halvimman ja tehokkaimman keinon saada ratkaisun kannalta tarpeellinen prosessiaineisto kootuksi.⁸⁰

Tämä näkemys käsittelyperiaatteesta lainsäätäjän tarkoituksenmukaisuusratkaisuna ei ole meilläkään uusi, vaan sitä on käsitelty useissa tuomioistuimen tehtäviä koskeneissa keskusteluissa.⁸¹ Oikeusjärjestykseemme ei koskaan omaksuttu käsittelyperiaatteen osalta liberalistista prosessikäsitystä, vaan meillä puhuttiin ns. sovitellusta tai modifioidusta käsittelymenetelmästä.⁸² Modifiointi tarkoitti tässä yhteydessä erityisesti laajojen prosessinjohtovaltuuksien antamista tuomarille.⁸³ Se johtui oikeudenkäyntimenettelymme kansallisista erityispiirteistä, erityisesti asianajajakakon puuttumisesta ja kihlakunnanoikeuksissa vanhastaan noudatetusta menettelystä.⁸⁴

1.2.5 Yhteistoimintaperiaate aineellisena prosessinjohtona

Vaihtoehtoinen koulukunta liitti yhteistoimintaperiaatteen prosessilainsäädännön tasolla ZPO 139 §:ään ja ZPO 278 § Abs. III:iin. Konkreettisessa oikeudenkäynnissä yhteistoimintaperiaate toteutui tuomarin prosessinjohtossa.⁸⁵ Tavoitteena oli tosiseikaston mahdollisimman täydellinen selvittäminen.⁸⁶ Prosessinjohtoon liittyi myös ns. sosiaalinen kompensatio,⁸⁷ joka tarkoitti tuomarin velvollisuutta prosessinjohtolla (kysymyksillä, selityksillä ja johdattelulla) huolehtia siitä, että sosiaalisesti heikompi (vähemmän oikeuksistaan tietävä) osapuoli oli oikeuksiinsa nähden samanarvoisessa asemassa vahvemman (enemmän oikeuksistaan

käsittelyperiaate ollut alkuperäisiä ZPO:n periaatteita. Ks. *Hahn JA* 1991 s. 320: »...dass der Beibringungsgrundsatz in der Zivilprozessordnung nirgends »ausdrücklich festgeschrieben« worden ist.», *Weyers* s. 197: »...der eigentliche Geltungsgrund der Verhandlungsmaxime liege nicht im Gesetz, sondern in der Meinung vor allem der gelehrten Prozessualisten.« Ks. myös *Bomsdorf* s. 281.

⁸⁰ *Weyers* s. 200.

⁸¹ Ks. meillä käydystä keskustelusta *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I* s. 82 ja yksityiskohdaisesti *Nousiainen* s. 517–519. Ks. myös *Rosenberg–Schwab* s. 453, ja vrt. *Arens–Lüke* s. 14, *Jauernig* s. 74 ja *Jauernig Verhandlungsmaxime* s. 5–7.

⁸² *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I* s. 83.

⁸³ *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I* s. 84–85, *Nousiainen* s. 520.

⁸⁴ Ks. esim. *Lainvalmistelukunta 1909* s. 174–175, *Korkein oikeus LM 1920* s. 209 ja *Nousiainen* s. 520.

⁸⁵ *Alternativkommentar* s. 556.

⁸⁶ *Alternativkommentar* s. 556.

⁸⁷ *Alternativkommentar* s. 549, 556.

tietävän) osapuolen kanssa.⁸⁸ Prosessinjohtoon oli oltava sitä aktiivisempaa, mitä enemmän apua asianosainen tarvitsi.⁸⁹

Tutkimuksen tässä pääjaksossa tarkastellaan sitä, miten aktiivista prosessinjohtoa voi suomalaisessa tuomioistuimessa olla, kun huomioidaan asian käsitteilyä ohjaavat säännöt. Se on myös Saksassa kysymys, josta vallitsee suuri erimielisyys.⁹⁰ Lähtökohtana on kuitenkin oltava, että suomalaisen siviiliprosessi-oikeuden sosiaalisten arvojen sisältö selvitetään ensisijaisesti oikeusjärjestyksen sisäältä eikä sovelleta sokeasti muiden oikeusjärjestysten perusteella muotoiltuja periaatteita. Tässä mielessä suomalaisen yhteistoimintaperiaatteen painavina ja merkittävinä tavoitteina näyttäisivät olevan (1) oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin edellyttämä asianosaisten *tosiasiallinen yhdenvertaisuus* oikeussuojan saatavuutteen suhteen ja (2) käyttäytymistä ohjaavan tavoitteen edellyttämä ai-neellisoikeudellisia *intressejä suojaava menettelytavan valinta*.⁹¹

1.3. YHTEISTOIMINTAPERIAATTEEN RELEVANSSI DISPOSITIIVISEN RIITA-ASIAN VALMISTELUSSA

Periaatteiden relevanssi voidaan erottaa niiden pätevyydestä. Periaatteiden paino ja merkitys ilmenevät enemmän tai vähemmän voimakkaina eri tilanteissa.⁹² Soveltamistilanne eli soveltamistilanteessa konkretisoituvien normien ja muiden soveltamistilanteelle tyypillisten piirteiden konteksti vaikuttaa siihen, millainen paino ja merkitys periaatteella on.⁹³ Voidaan esimerkiksi ajatella, että yhteistoimintaperiaate toteutuu eri tavalla riita-asian valmistelussa ja pääkäsittelyssä.

⁸⁸ Pawlowski ZZP 80 (1967) s. 346. Tässä toteutuu sosiaalisen prosessikäsitteen mukainen todellinen asianosaisten tasa-arvoisuus oikeuden edessä (Waffengleichheit). Wassermann s. 155: »Der Richter muss..., namentlich die mit dem richterlichen Fragerecht verbundenen Möglichkeiten, in dem Sinne ausüben, dass er durch angemessene Belehrung, Unterstützung, Anleitung der sozial schwachen Partei ein Gegengewicht gegen etwaiger sozialer Übermacht des Gegners schafft.»

⁸⁹ Wassermann s. 155.

⁹⁰ Verrattakoon tässä vaikka Jauernigin jyrkkää linjaa Rosenberg-Schwabissa esitettyyn myöntäväisyysslinjaan. Rosenberg-Schwabin linjoilla on Arens-Lüke ja Baur-Grunsky. Ks. Jauernig s. 77–79, Rosenberg-Schwab s. 483–484, Arens-Lüke s. 16–17, Baur-Grunsky s. 27–28. Hahn JA 1991 s. 327: »Wer allerdings schon zur Erkenntnis über die »Arbeitsgemeinschaft« im Zivilprozess gelangt ist, der befindet sich bereits in unmittelbarer Nähe der Kooperationsmaxime.» Ks. myös Bern s. 122–124.

⁹¹ Painosta ja merkityksestä ks. mm. Tolonen Oikeustiede 1989 s. 347–349 ja Tolonen Juhlajulkaisu Huttunen s. 188.

⁹² Tolonen Juhlajulkaisu Huttunen s. 188.

⁹³ Tolonen Oikeustiede 1989 s. 349.

1.3.1 Hallitseva mielipide Saksassa

Saksassa on erilaisia käsityksiä yhteistoimintaperiaatteen relevanssista. »Hallitseva mielipide» pitää kiinni perinteisestä periaatesystematiikasta, johon kuuluu käsittelyperiaatteen, määräämisperiaatteen ja jura novit curia -periaatteen selvä erottaminen.⁹⁴ Sen mielestä yksinkertaistamisuudistus merkitsi asiakysymysten osalta vain kyselyoikeuden muodossa toteutuvan tuomioistuimen *myötävaikutusvelvollisuuden omaksumista*.⁹⁵

Hallitseva mielipide ei hyväksy myöskään oikeuskeskustelua (Rechtsgespräch).⁹⁶ Liberalistinen prosessikäsitys on edelleen siviiliprosessioikeuden normatiivisena viitekehysenä.⁹⁷ Sen vuoksi jopa *yhteistoimintaperiaatteen käsitteeseen* suhtaudutaan varauksellisesti. Käsitettä ei käytetä johtavissa oppikirjoissa. Münchener Kommentar toteaa käsitteen tarpeettomaksi, koska »*jo modifioitu käsittelyperiaate tarpeellisessa määrin huomioi prosessin sosiaaliset päämäärät*».⁹⁸ Periaatesystematiikassa yksinkertaistamisuudistuksen vaikutukset kuvataan poikkeuksina periaatteista.⁹⁹

Hallitseva mielipide kieltää siten yhteistoimintaperiaatteen relevanssin ohella myös sen pätevyyden. Sillä ei katsota olevan hyväksyttävää painoulottuvuutta eikä institutionaalista tukea oikeusjärjestyksen rakenteissa.

1.3.2 Vaihtoehtoinen koulukunta

Yhteistoimintaperiaate kuuluu Saksassa vaihtoehtokirjallisuuteen. Koulukunnan kirjoittajat ovat pääosin käytännön lakimiehiä. Siksi hallitsevan mielipiteen ja vaihtoehtoisen koulukunnan keskustelussa on osittain kyse myös teorian ja käytännön erosta. Vaihtoehtoisen koulukunnan kirjoittajat pitävät perinteistä periaatekäsitystä käytäntöön soveltumattomana idealismina. Sen jatkuva puolustaminen tekee periaatesystematiikan hyödyntämisen käytännössä yhä vaikeammaksi, koska perinteisen periaatesystematiikan mukainen oikeudenkäynti ei tyydytä enää asianosaisten oikeusturvaodotuksia. Toisaalta sosiaalinen oikeudenmukaisuusajattelu etenee prosessioikeuden periaatesystematiikasta riippumatta.¹⁰⁰

⁹⁴ »Hallitsevan mielipiteen» (joka sinänsä on hajanainen) muodostavat tässä johtavat kommentaarit eli Münchener Kommentar, Stein-Jonas, Zöller, Baumbach-Lauterbach, Thomas-Putzo ja johtavat oppikirjat, Rosenberg-Schwab, Jauernig, Baur-Grunsky ja Arens-Lüke.

⁹⁵ Rosenberg-Schwab s. 456, Münchener Kommentar I s. 1005–1006.

⁹⁶ Münchener Kommentar I s. 1641.

⁹⁷ Münchener Kommentar I s. 5.

⁹⁸ Münchener Kommentar I s. 38 – 39.

⁹⁹ Baur-Grunsky s. 25, 27–28.

¹⁰⁰ Terävimmin tämän teorian ja käytännön eron ovat tuoneet esiin Birk NJW 1985 s. 1489–

Menettelyperiaatteita koskeva keskustelu on ollut viime vuosina suhteellisen vähäistä. Hahn kirjoitti menettelyperiaatteista artikkelin vuonna 1991,¹⁰¹ mutta vuosien 1987 (vaihtoehtokommentaari) ja 1991 välillä keskustelua ei juurikaan käyty.¹⁰² Keskustelun taukoaminen johtuu ehkä osittain siitä, että aika tekee työtä vaihtoehtoisen koulukunnan puolesta.¹⁰³ Sosiaalinen prosessikäsitys ei ole missään vaiheessa murtunut, ja vaikuttaa siltä, että yhteistoimintaa korostavat ajatukset kehittyvät erityisesti tuomioistuinjuristien keskuudessa.¹⁰⁴

Vaihtoehtoinen koulukunta ei ole kuitenkaan yhtenäinen yhteistoimintaperiaatteen relevanssin osalta, vaan keskustelussa on esitetty erilaisia näkemyksiä siitä, miten sitä pitää soveltaa. Voidaan erottaa (1) yhteistoimintaperiaate tutkintamenetelmänä, (2) yhteistoimintaperiaate yhteisenä vastuuna ja (3) yhteistoimintaperiaate informaationsuhteeseen liittyvänä yhteistoimintana.

1.3.3 Yhteistoimintaperiaate tutkintamenetelmänä

Yhteistoimintaperiaatteella voidaan tarkoittaa *tutkintamenetelmää*.¹⁰⁵ Kyse on silloin tuomarin vastuuseen kuuluvasta velvollisuudesta johtaa prosessia niin, että aineellinen totuus saadaan esille ja kootuksi oikeudenkäyntiaineistoon. Tuomarilla on oikeus pyrkiä tavoitteeseensa johdattelemalla, ohjaamalla ja tarvittaessa korjaamalla asianosaisten prosessimateriaalia ja todistelua koskevia prosessitointia.¹⁰⁶

Bettermann pitää yhteistoimintaperiaatetta tutkintamenetelmän kaltaisena. Hän kuvaa yhteistoimintaperiaatteella Itävallan siviiliprosessissa sovellettavaa kokoamis- tai keräämisperiaatetta (*Sammelmaxime*).¹⁰⁷ Kokoamisperiaate tarkoittaa sitä, että asianosainen ja tuomioistuin kokoavat yhdessä oikeudenkäyntiaineiston.

1491 ja *Schneider* DRiZ 1980 s. 220–221. Saksassa juristien kouluttamisessa on suuri merkitys ensimmäisen ja toisen valtionututkinnon välissä suoritettavalla kaksivuotisella käytännön harjoittelulla (*Referendarzeit*). Opiskelijat saavat opintojensa aikana siten vaikutteita molemmista prosessikäsitksistä, liberalistisesta yliopistoissa ja sosiaalisesta auskultointiaikana.

¹⁰¹ Hahn JA 1991.

¹⁰² Tosin Schmidt, Herr ja Pawlowski kävivät lyhyen keskustelun prosessiperiaateista vuonna 1988. Samoin Schreiber kirjoitti 1988–1989 kaksi kai lähinnä opiskelijoille suunnattua artikkelia.

¹⁰³ Selvää muutosta ilmentää tässäkin suhteessa *Rosenberg–Swab–Gottwaldin* uusin painos s. 458, jossa hyväksytään oikeuskeskustelu. Vrt. *Rosenberg–Schwab* s. 483.

¹⁰⁴ Tämän suuntaisen vaikutelman saa erityisesti Hahnin viimeisestä artikkelista. Ks. Hahn JA 1991 s. 326–327.

¹⁰⁵ *Bettermann* JBl. 1972 s. 63, *Bettermann* ZJP 91 (1978) s. 391, *Stürner* Festschrift für Baur s. 657, Hahn s. 88.

¹⁰⁶ *Bettermann* JBl. 1972 s. 63, *Bettermann* ZJP 91 (1978) s. 391.

¹⁰⁷ *Bettermann* JBl. 1972 s. 63.

Asianosaisilla on aloiteoikeus tosiseikaston esittämisessä, mutta heidän vapautaan rajoittaa totuudessapysymisvelvollisuus ja täydellisyysperiaate (Wahrheits- und Vollständigkeitspflicht).¹⁰⁸

Tuomioistuimella on kokoamisperiaatteen mukaan velvollisuus viran puolesta tutkia aineellista totuutta. Sillä on tavoitteeseen päästäkseen velvollisuus »sopi-vaan vallankäyttöön» (diskretionären Gewalt), joka tarkoittaa velvollisuutta kysymyksillä tai »muilla sopivilla keinoilla» vaikuttaa niin, että aineellisen totuus tulee selvitetynksi.¹⁰⁹ Tuomioistuimella on myös oikeus viran puolesta hankkia todisteita jo ennen asian suullista käsittelyä. Tuomioistuin ei ole sidottu asianosaisten määräksiin.¹¹⁰

On helppo vastata kieltävästi kysymykseen, olisiko yhteistoimintaperiaate tällä tavoin relevantti dispositiivisen riita-asian valmistelussa Suomessa. Relevanttius on ratkaistava suomalaisen oikeusjärjestyksen muodostaman kontekstin perusteella. Meillä sovellettava vaatimistaakka ja väittämistaakka merkitsevät asianosaisen vastuuta vaatimusten ja tosiseikkojen suhteen. Tutkintamenetelmä ei sovi näihin kehyksiin.¹¹¹

1.3.4 Yhteistoimintaperiaate yhteisenä vastuuna

Yhteistoimintaperiaatteella voidaan tarkoittaa myös asianosaisten ja tuomioistuimen yhteistä velvollisuutta selvittää aineellinen totuus. Tällaista käsitystä näyttävät kannattavan Wassermann, Laumen, Schneider ja ehkä myös Hahn. Tämä lienee myös Wassermannin muotoileman »sosiaalisen siviiliprosessin» tavoite. Sosiaalisessa oikeusvaltiossa siviiliprosessin tehtävänä on ratkaista yhteiskunnassa esiintyvät sosiaaliset konfliktit lain ja yhteiskunnan sosiaalipoliittisen ohjelman mukaisesti.¹¹²

Wassermannin mukaan sekä tuomioistuimen että asianosaisten on tavoiteltava yhteiskunnan sosiaalista päämäärää.¹¹³ Sen vuoksi asianosaisen määräämisvaltaa rajoitettaisiin ja tuomioistuimella olisi viran puolesta velvollisuus huolehtia siitä, että asia tulee selvitetynksi ja että asianosaiset ovat oikeudenkäyn-

¹⁰⁸ Holzhammer s. 127–128.

¹⁰⁹ Holzhammer s. 128.

¹¹⁰ Holzhammer s. 128.

¹¹¹ Tutkintamenetelmää ei ole vaadittu dispositiivisiin asioihin pitkään aikaan. Heinonkoski kysyi vuonna 1918 (LM 1918 s. 299): »Mutta miksi ei tuomarilla olisi valtaa pyrkiä totuuteen köyhän orvon ainoata omaisuutta koskevassa riitajutussa yhtä hyvällä syyllä kuin 10 mk:lla sakotettavaa juopunutta tutkiessaan?»

¹¹² Wassermann s. 54–57.

¹¹³ Wassermann s. 55, 57, 74–77.

nissä yhdenvertaisessa asemassa. Heikomman osapuolen kohdalla käytettäisiin tavoitteen saavuttamiseksi *sosiaalista kompensatiota*. Tuomioistuimella olisi velvollisuus auttaa heikompaa osapuolta.¹¹⁴ Tuomarin aktiivinen prosessinjohto korostuisi.¹¹⁵

Olisiko tällaisella yhteistoimintaperiaatteella relevanssia dispositiivisen riita-asian valmistelussa? Oikeudenkäymiskaaren eräät säännökset kuvastavat tuomioistuimen ja asianosaisten yhteistä vastuuta. OK 17:8:n nojalla tuomioistuin on käytännössä lähes yhtä laaja oikeus hankkia todisteita kuin asianosaisella. Kun ajatteluun liitetään ratkaisupakko ja lain käyttäytymistä ohjaavan funktion kontrolloiminen, voidaan puhua myös tuomioistuimen velvollisuudesta todisteiden hankkimiseen.¹¹⁶

Wassermannin ja Laumenin käsityksissä olevat ongelmat liittyvätkin lähinnä siihen, että heidän ajatteluunsa liittyy tavoitteita, joilla ei ainakaan vielä näytä olevan oikeusjärjestyksessä painoa tai merkitystä eikä institutionaalista tukea. Tällaisia tavoitteita ovat mm. sosiaalipoliittisen ohjelman hyväksikäyttö ja »ra-jaton» sosiaalinen kompensatio.¹¹⁷

Se, mitä Wassermann tarkoittaa sosiaalipoliittisella ohjelmalla, jää myös epä-määräiseksi. Oikeuslähteopillisesti jäsentymättömän, sisällöltään epämääräisen ja yhteiskunnalliselta merkitykseltään kontrolloimattoman ohjelman käyttö vahvasti velvoittavana oikeuslähteenä ei liene mahdollista.¹¹⁸

Sosiaalinen kompensatio on myös ongelmallinen velvollisuus.¹¹⁹ Jokaisessa oikeudenkäynnissä on kyse jonkinasteisesta sosiaalisesta kompensatiosta, kos-

¹¹⁴ *Alternativkommentar* s. 549.

¹¹⁵ *Schneider MDR* 1977 s. 969 – 970, *Laumen* s. 254 – 261.

¹¹⁶ *Virolainen Alioikeusudistus* s. 88: »Tuomioistuimella ei ts. ole nimenomaista velvollisuutta todisteiden hankkimiseksi, vaan sen toiminta on po. suhteessa asianosaisten toimintaa täydentävää. Tuomioistuin ei voi kuitenkaan pysytellä täysin passiivisena todistusaineiston hankkimisen suhteen, vaan sillä on osavastuu siitä, että asia tulee todisteidenkin osalta perusteellisesti käsitellyksi. Voidaan siis puhua eräänlaisesta yhteistoimintaperiaatteesta,...»

¹¹⁷ *Wassermann* s. 76.

¹¹⁸ *Brusiin Der Mensch* s. 45: »Die Tagespolitik ist nach Brusiin kein Interpret der Wertordnung. Die vorläufigen politischen Entscheidungen reflektieren nicht immer die herrschende Wertewirklichkeit. Der Entscheidende darf niemals vor den wirtschaftlichen und politischen Nützlichkeitsüberlegungen des Augenblicks kapitulieren. Die Selektivität des Wertesystems ist etwas Stabileres, etwas Dauerhafteres.» *Havansi LM* 1980 s. 661–662, *Alanen LM* 1942 s. 175–176: »..., on lainkäyttäjän tuomiota tehdessään yhteiskunnassa vakaantuneen tai vakaantuvan käsityskannan ja suunnan sitoma... Mutta luonnollista tietenkin on, että tuomari harkitessaan tätä kysymystä ensi kädessä nojautuu omaan välittömään oikeustajuunsa, joka on siitä syystä, että hän on asianomaisen yhteiskunnan ja kulttuuripiirin jäsen, samalla myöskin indissio vallitsevan oikeusvakaumuksen kannasta.» Ks. myös *Brusiin DL* 1944 s. 197 ja kokonais-harkinnasta Brusiinin tarkoittamassa muodossa *Aarnio Laki*, teko ja tavoite s. 155.

¹¹⁹ *Alternativkommentar* s. 556.

ka tuomari yleensä tuntee parhaiten käsiteltävän asian eri ratkaisumahdollisuudet. Kun tuomari kyselyoikeuttaan käyttäen selventää tai rikastaa oikeudenkäyntiaineistoa, on kyse sosiaalisesta kompensaatiosta. Asianosaiset hyötyvät tuomarin asiantuntemuksesta.

Ongelmalliseksi asia muuttuu, jos tuomarille asetetaan velvollisuus huolehtia siitä, että asianosaiset ovat oikeudenkäynnissä täysin yhdenvertaisessa asemassa.¹²⁰ Asianosaisten kyky hoitaa asioitaan tuomioistuimessa vaihtelee niin paljon, ettei tuomari voi aina huolehtia asianosaisten yhdenvertaisuudesta ja puolueettomasta riidan ratkaisemisesta yhtä aikaa. Sosiaalisen kompensaation kohdalla on *olennaista tehtävien jaon ja vastuunjaon erottaminen*. Asianosaisten yhdenvertaisuuden toteuttaminen ei onnistu tuomioistuimen vastuuseen kuuluvana velvollisuutena. Sosiaalinen kompensaatio on sen sijaan hyväksyttävissä tuomioistuimen materiaaliseen prosessinjohtoon kuuluvana, vastuunjaosta riippumattomana aktiivisuutena. Sitä tapahtuu jokaisessa oikeudenkäynnissä.

1.3.5 Yhteistoimintaperiaate informaatiosuhteen yhteistoimintana

Yhteistoimintaperiaatteen tavoitteeksi on selitetty myös konkreettinen, vastuunjaosta riippumaton yhteistoiminta asian käsittelyssä. Tällaisena sitä pitävät Arndt, Birk ja Schmidt (vaihtoehtokommentaarissa) sekä eräin varauksin Weyers. Yhteistoimintaperiaate konkreettisena, vastuunjaosta riippumattomana yhteistoimintana tarkoittaa tuomarin aktiivista, keskustelevaa työskentelytapaa ja avoimuutta prosessiaineiston suhteen. Tavoitteena on mahdollisimman hyvä informaation kulku tuomarilta asianosaisille ja päinvastoin, niin, että tuomioistuimen ja asianosaisten velvollisuudet ja pyrkimykset tavallaan täydentävät toisiaan.¹²¹ Eri-laiset tiedonintressit konkretisoituvat aktiivisena yhteistoimintana aikaisemman passiivisuuden sijasta.

Keskustelun syynä ei ole asianosaisten tai tuomioistuimen pakko, velvollisuus keskustella, vaan sitä pidetään keinona saavuttaa paras tulos oikeudenkäynnissä.¹²² Vaatimukset ja tosiseikasto tulevat mahdollisimman täydellisesti selvitetyiksi ja tuomioistuimen käsitys riidasta vastaa asianosaisten tarkoitusta. Toisaalta taas asianosainen tietää, mitkä normin valintaan ja käyttöön liittyvät ongelmat asiassa on otettava huomioon.¹²³

¹²⁰ Wassermann s. 155.

¹²¹ Birk NJW 1985 s. 1491, Arndt NJW 1959 s. 6–7.

¹²² Weyers s. 200, Gomard s. 191.

¹²³ Birk NJW 1985s. 1491, Alternativkommentar s. 25.

Vastuunjaosta riippumattomuus tarkoittaa myös sitä, että yhteistoimintaan liittyvien sosiaalipoliittisten etujen vuoksi ei muuteta vanhojen periaatteiden mukaista vastuunjako.¹²⁴ Asianosaiset kantavat edelleen riskin siitä, ettei johonkin ratkaisun kannalta relevanttiin seikkaan vedota tai ettei jotakin seikkaa saada näytetyksi. Tuomioistuim ei vastaavasti toimi tutkintamenetelmän mukaisesti, vaan sen on oltava valmis ratkaisemaan asia myös puutteellisen tosiseikaston perusteella. Asianosaisten tahto on ratkaiseva siltä osin kuin heillä on vastuu prosessitoimien suhteen.¹²⁵

Jos mietitään, millä tavoin Suomessa voitaisiin pyrkiä toteuttamaan asianosaisten tosiasiallista yhdenvertaisuutta oikeuksiinsa pääsyssä, vapaamuotoinen keskustelu vaikuttaa riita-asian valmistelua ajatellen sovelialta menettelyltä. Sellaisella työskentelytavalla on monenlaisia etuja verrattuna perättäisistä monologeista muodostuvaan menettelyyn. Aktiivinen, keskusteleva ja osallistuva tuomari herättää luottamusta. Asianosaiset kokevat, että heidän asiansa tulee hyvin käsitellyksi, jos tuomari tutkii sitä huolellisesti ja asiallisesti. Vaatimukset hylkääväkin tuomio on ehkä helpompi hyväksyä, jos asianosainen tuntee, että hänen näkemyksensä on otettu siinä huomioon. Aktiivinen työskentelytapa parantaa ihmisten luottamusta tuomioistuinten työtä kohtaan. Se on nykyaikaisen tuomioistuimen auktoriteetin perusta.¹²⁶

Vastuunjako on erotettava tuomioistuimen aktiivisesta työskentelytavasta. Määräämisvapaudesta pitää tehdä määräämismahdollisuus, mutta niissä tilanteissa, joissa yhteistoiminta ei suju, asian käsittelyssä on voitava palata vastuunjaon mukaiseen toimintaan.¹²⁷ Vastuunjako on siten keino, joka mahdollistaa prosessiekonomisesti kelvollisen asian ratkaisemisen niissäkin tilanteissa, joissa keskusteleva työskentelytapa ei johda sellaiseen.¹²⁸

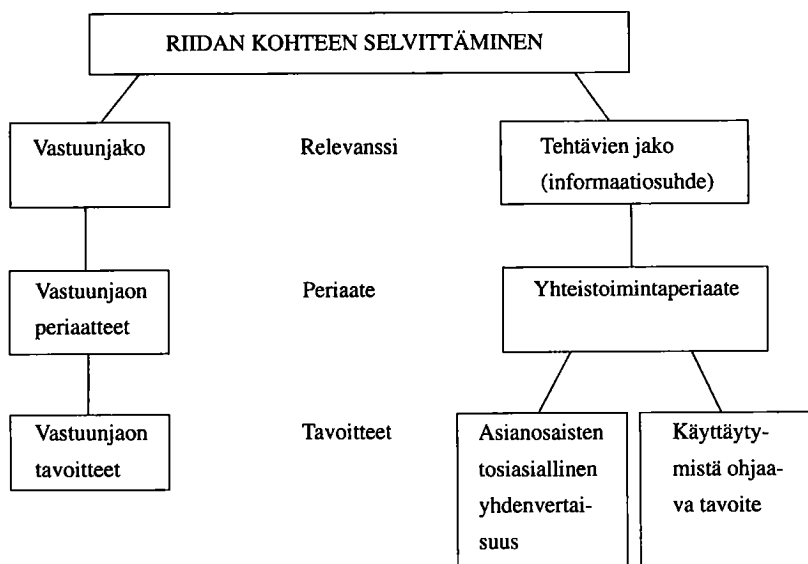
¹²⁴ Weyers s. 194–195.

¹²⁵ *Alternativkommentar* s. 26.

¹²⁶ Asiasta kirjoitti jo *Heinonkoski* LM 1920 s. 154: »Asianlaita on nimittäin se, että vasta tuomarien ja asianajajien sopusuhtaisesta yhteistyöstä voipi syntyä hyvä oikeudenjako.»

¹²⁷ *Lindell* Partsautonomi s. 22.

¹²⁸ Materiaaliseen prosessinjohtoon kuuluvan palveluvelvollisuuden rajoja on kysynyt mm. *Huttunen* DL 1989 s. 346. Tarkkoja rajoja ei voida asettaa, vaan käyttäytymistä ohjaa asiakysymyksissä OK 5:19:n mukainen selvittämisvelvollisuus, pyrkimys tosiasialliseen yhdenvertaisuuteen ja vastuunjaon mukaiset rajat. Päätöksenteko vastuunjaon piiriin liittyvissä kysymyksissä on siis eri asia kuin se, miten asiat tulevat keskustelun kohteeksi. Vrt. *Virolainen* DL 1989 s. 576–578.

Kuvio 16. Yhteistoimintaperiaatteen merkitys riidan kohteen selvittämisessä.

2. VAATIMUSTEN SELVITTÄMINEN

2.1 VAATIMISTAAKKA VASTUUNJAKONA

OK 5:2:n mukaan haastehakemuksessa on ilmoitettava kantajan yksilöity vaatimus. Vaatimus tarkoittaa kantajan pyyntöä siitä, että tuomioistuin antaisi pääasian ratkaisuna tuomion, joka vastaisi vaatimuksessa kuvattua oikeusseuraamusta.¹ Vaatimus on siis *pääasiassa määrättävää aineellisoikeudellista oikeusseuraamusta koskeva vaatimus*.²

Oikeussuojapyyntöteorian mukaisesti vaatimuksella yksilöitiin riidan kohde.³ Subjektiiviset oikeudet merkitsivät prosessioikeudessa oikeutta esiintyä kantajana. Oikeudenkäynti oli subjektiivisten oikeuksien toteuttamiseen tähtäävää menettelyä. Kantajan oikeussuojan tarpeen täytyi olla olemassa jo ennen oikeudenkäyntiä. Sen vuoksi riidan kohde piti yksilöidä jo haastehakemuksessa. Oikeudenkäynnissä hyvitetiin vain menneisyydessä tapahtuneita oikeudenloukkauksia. Kantajalla oli aloitevalta oikeudenkäynnissä: Wo kein Kläger, da kein Richter. Vaatimuksen esittäminen liitti asianosaisen yksityisautonomiata tarkoittavan määräämisperiaatteen oikeussuojapyyntöteoriaan. Tuomioistuin oli sidottu asianosaisten vaatimuksiin (ne eat judex ultra petita partium).

Asianosainen kantaa uudessakin riita-asiaain menettelyssä riskin siitä, että hän vaatii sitä oikeusseuraamusta, jonka hän haluaa toteutettavan tuomiolla.⁴ Tätä vaatimistaakkaa koskeva sääntö on kirjoitettu OK 24:14.1:än: Tuomioistuin ei saa tuomita riita-asiaassa muuta tai enempää kuin mitä asianosainen on vaatinut.⁵

¹ Virolainen Alioikeusuudistus s. 128.

² Ks. *Ekelöf Grundbegrepp* s. 55, *Rosenberg-Schwab* s. 584: »Notwendig ist ein bestimmter Antrag (§ 253 II Nr. 2 ZPO). Der Antrag ist bestimmt, wenn er erkennen lässt, welchen Rechtsschutz der Kläger begehrt.»

³ *Ellilä* DL 1941 s. 39.

⁴ *Virolainen Materiaalinen* s. 170.

⁵ Vaatimustaakan käsitteen osalta ks. meillä *Virolainen Materiaalinen* s. 170. Nykyisin puhutaan vaatimistaakasta. Ks. siitä *Virolainen Lainkäyttö* s. 270 ja *Havansi* Asianajajan työkentältä s. 92–93. Ruotsin laissa vastaava sääntö on RB 17:3 ja Saksassa ZPO 308 §.

Asianosaisen kannalta vaatimistaakka ei määrittele vain hänen riskiään, vaan se myös suojaa asianosaista siltä, ettei tuomioistuिन ratkaise muita vaatimuksia kuin asianosaisten esittämät vaatimukset.⁶ Tämä suoja johtuu kantajan yksityisautonomiasta, sillä kantaja määrää, missä laajuudessa valtiolla on oikeus toimia hänen vapauspiirinsä alueella.

Vaatimistaakka on oikeussuojaa koskevan *vastuunjaon perussääntö*. Sitä perustellaan oikeusvarmuusnäkökohdilla. *Muodollinen oikeusvarmuus* edellyttää tuomioiden ennustettavuutta. OK 24:14.1:n merkitys on siinä, että sen perusteella asianosaiset tietävät, ettei tuomioistuिन mene asiassa heidän esittämiensä vaatimusten ulkopuolelle. Se vähentää yllättäviä ratkaisuja. Toisaalta asianosaiset voivat luottavaisin mielin osallistua oikeudenkäyntiin.⁷

Aineellisoikeudelliseen oikeusvarmuuteen liittyy pääasiaratkaisun sisältöä koskeva asianosaisten odotus. Tämä tuomioon kohdistuva odotus voi olla vain epävarma toivomus. Rationaalisessa oikeudenkäynnissä asianosaisella on kuitenkin hyvin jäsentynyt näkemys asiassa tehtävästä pääasiaratkaisusta. Vaatimistaakka konkretisoituu asianosaisen riskinä siitä, että hän vaatii oikeaa oikeusseuraamusta eli liittää oikeustositseikkoihin oikean vaatimuksen. Rationaalisessa oikeudenkäynnissä OK 24:14.1 on tavallaan tae aineellisoikeudellisesti oikeasta ratkaisusta. Toisaalta OK 24:14.1 voi asianosaisten määräämisvallan vuoksi myös estää tuomioistuinta tekemästä asiassa oikeaa ratkaisua. Vaatimukset sitovat tuomioistuinta, vaikka asianosainen ei kykenekään esittämään »oikeaa» vaatimusta. Tuomioistuिन ei voi tehdä vaatimuksia viran puolesta, vaan asianosainen vastaa niiden liittamisestä oikeudenkäyntiaineistoon.⁸ Tällaisessa tilanteessa tuomio ei aina täytä asianosaisten oikeusturvaodotusta. Nämä tilanteet muodostavat prosessinjohtollisen ongelman. Palaan siihen vähän myöhemmin.

Tuomioistuimen kannalta OK 24:14.1 merkitsee kieltoa tuomita *enempää* tai *muuta* kuin mitä asianosainen on vaatinut. Enempää ja muuta ovat monimerkityksisiä yleiskielen sanoja. Kirjallisuudessa on yleensä oltu sitä mieltä, että ne merkitsevät oikeussuojan antamisen *määrällistä ja laadullista rajoitusta*. Sanat tarkoittavat tuomioon kuuluvien aineellisoikeudellisten oikeusseuraamusten laatua ja ulottuvuutta (omfattning).⁹ Vaatimistaakka on siten oikeusseuraamuksen määräämiseen vaikuttava tekijä. Se ei korostu riita-asian valmistelussa, jossa vaa-

⁶ Ks. Virolainen Alioikeusuudistus I s. 94 ja siinä mainitut lähteet.

⁷ Westberg s. 92–94.

⁸ Jauernig s. 144, Rosenberg–Schwab s. 375, Westberg s. 92–94.

⁹ Westberg s. 65–66 kirjoittaa kiellon merkityksestä. Tuomioistuिन ei saa tutkia ja tuomita sellaisia aineellisoikeudellisia kysymyksiä, joita koskevia vaatimuksia asianosainen ei ole esittänyt. Kun asianosainen on esittänyt jostakin aineellisoikeudellisesta kysymyksestä vaati-

timusten selvittäminen on toiminnan tavoitteena. Riita-asian valmistelussa ongelma ei ole siinä, saako tuomioistuin esimerkiksi tuomita hinnanalennusta irtaimen kauppaa koskevassa riidassa, jos vaaditaan kaupan purkamista. Selvittämisen kohteena on se, vaatiiko asianosainen hinnanalennusta vai kaupan purkamista.¹⁰

2.2 VAATIMUKSEN SELVITTÄMISEN TARPEESTA JA RAJOISTA

OK 5:2 velvoittaa kantajaa *yksilöimään* vaatimuksensa jo haastehakemuksessa. Uudella lailla haastehakemuksen sisällölle asetettuja vaatimuksia on tiukennettu.¹¹ Lain pääsääntö on ankara. Vaatimuksen täytyy osoittaa, millaisen tuomion asianosainen haluaa asiassa annettavan.¹² Vaatimuksen perusteella tuomioistuimen on voitava päätellä, minkä *lajista kannetta* kantaja aikoo ajaa ja *minkä lajista tuomiota* hän tavoittelee.¹³ Jos kanteessa vaaditaan vain vahvistustuomiota, ei sellaisen asemesta voida antaa suoritustuomiota. Sen sijaan vaaditun suoritustuomion asemesta voidaan antaa vahvistustuomio, koska vaatimistaakka ei estä tuomioistuinta tuomitsemasta vähemmän kuin on vaadittu ja suoritustuo-

muksen, ei tuomioistuin saa laadullisesti poiketa vaaditusta aineellisoikeudellisesta oikeusseuraamuksesta. Kun asianosainen on esittänyt jotakin aineellisoikeudellista kysymystä koskevan vaatimuksen, ei tuomioistuin saa määrällisesti tuomita enempää kuin mitä asianosainen on vaatinut. Jos vaaditaan 8000 markkaa vahingonkorvausta, sitä ei voida sen enempää tuomita. Määrällisiä ja laadullisia rajoituksia on täsmennetty oikeuskäytännössä. Ks. KKO 1990:1 ja *Virolainen* LM 1990 s. 1050–1056: Rikosasiassa tuomioistuin ei voinut viran puolesta velvoittaa vastaajaa luontoissuoritukseen, koska häneltä oli vaadittu ainoastaan rahakorvausta. KKO 1990:148: Tuomioistuin oli voinut kohtuullistaa takaussitoumusta, vaikkei sitä oltu kanteen kiistämisen yhteydessä nimenomaisesti vaadittu, koska takaussitoumuksen kohtuuttomuutta koskevia seikkoja oli oikeudenkäynnin aikana tullut esille. Vrt. kuitenkin *Virolainen* LM 1991 s. 379–384 ja KKO 1992:12, jossa asia on hahmotettu Virolaisen näkemystä tukevalla tavalla. Ks. niistä tarkemmin edellä s. 148 alav. 22. Ks. myös Helsingin HO S1986/931, jossa kanteen perusteena olleen maksuviivästyksen kiistäminen ei merkinnyt vaatimusta sopimuksen tietyn ehdon sovittelemiseksi tai kaupan pätemättömäksi julistamiseksi.

¹⁰ Vrt. Vaasan hovioikeus S86/145, jossa tuomioistuin ei voinut viran puolesta tuomita hinnanalennusta irtaimen kauppaa koskevassa riidassa, jossa oli vaadittu kaupan purkamista.

¹¹ Vrt. OK 11:3.1,3 (L 12.8.1969/362).

¹² *HE 15/1990 vp.* s. 49, *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 129, *Lappalainen* Alioikeusuudistus s. 58–59.

¹³ *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 129, *Virolainen* Materiaalinen s. 202–203. Individualisoimisteoria ja substantioimisteoria määrasivät, miten vaatimus piti yksioida. Ks. *Ellilä* DL 1941 s. 39 ss. ja *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 450. Ks. niistä edellä s. 112 ss.

mioon sisältyy aina myös oikeuden vahvistaminen.¹⁴ Jos kantaja vaatii suoritus-tuomiota, hänen on ilmoitettava *suorituksen laji ja määrä* mahdollisimman tarkoin jo haastehakemuksessa.¹⁵ Asia on yksilöitävä haastehakemuksessa niin hyvin, ettei minkäänlaiseen riidan kohteen selvittämiseen pitäisi olla myöhemmin tarvetta.¹⁶ Tuomioistuimen velvollisuutena on kuitenkin prosessinjohtoon avulla selvittää ja oikaista asianosaisten epäselvästi muotoilemia tai puutteellisesti yksilöityjä vaatimuksia.¹⁷

Vaatimuksen yksilöiminen on tärkeää, jotta *vireilläolovaikutuksen ulottuvuus* voitaisiin tarvittaessa ratkaista. Lis pendens vaikutus liittyy ne bis in idem -säännön (ei kahdesti samassa asiassa) mukaisesti koko asiaan. Vaatimuksen osoittama oikeusseuraamus on kuitenkin kysymyksen ratkaisemisen kannalta keskeisessä asemassa.¹⁸

Kantajan on yksilöitävä vaatimuksensa haastehakemuksessa tarkasti myös sen vuoksi, että *vastaaja voisi vastata* kanteeseen.¹⁹ Vaatimuksen yksilöiminen on tärkeää kontradiktorisen periaatteen toteuttamiseksi.²⁰ Uudessa laissa korostetaan samasta syystä myös vastaajan kirjallisen vastauksen yksityiskohtaisuutta (OK 5:10). Vastaaja voi periaatteessa esittää kahdenlaisia vaatimuksia. Hän voi joko myöntää kanteen oikeaksi tai vastustaa kannetta osittain tai kokonaan.²¹ Kanteen vastustaminen voi sen sijaan tapahtua useilla perusteilla.²²

¹⁴ Virolainen Materiaalinen s. 202.

¹⁵ Virolainen Materiaalinen s. 206–207. Vrt. KKO 1975 II 37, jossa näyttelijätär vaati elokuvan tuottajan ja ohjaajan velvoittamista suorittamaan hänelle oikeuden »kohtuulliseksi harjoitsemien korvauksen menetyksestä, kärsimyksestä ja muusta haitasta». KKO katsoi, että korvausvaatimus oli riittävän täsmällisesti yksilöity. KKO 1982 II 61, jossa kantaja ilmoitti haastehakemuksessa tulevansa vaatimaan lakiosan täydennyksenä oikeudenkäynnissä yksilöitävän määrän. Haastehakemus katsottiin riittävästi yksilöidyksi, mutta koska kantaja ei ollut heti oikeudenkäynnin alussa voinut selittää, mitä rahamäärää lakiosavaatimus tarkoitti, kanne jätettiin tutkimatta. Prosessinjohtoa koskevan ajattelutavan muutoksen osalta ks. KKO 1993:89, jossa KKO palautti edellisen kaltaisen asian alioikeuteen, koska tuomioistuin ei ollut kehottanut kyselyoikeutta käyttämällä kantajaa ilmoittamaan heti oikeudenkäynnin alussa lakiosan täydennyksenä vaatimaansa rahamäärää. Ks. Virolainen Alioikeusuudistus s. 129.

¹⁶ Gomard s. 170.

¹⁷ Virolainen Materiaalinen s. 225.

¹⁸ Ks. Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 379 ja Lappalainen DL 1993 s. 4.

¹⁹ KKO:n perustelut tapauksessa 1993:89.

²⁰ Ekelöf Rättegång II s. 127 ja Virolainen Materiaalinen s. 210. Vastaajan intressin huomioiminen palvelee myös asian käsittelyn keskittämistä ja parantaa tuomioistuimen mahdollisuuksia prosessinjohtoon. Ks. Tirkkonen Siviiliprosessioikeus I s. 449, Lappalainen DL 1993 s. 3 ja Lindell Preklusion s. 45.

²¹ Virolainen Materiaalinen s. 222–223.

²² Ks. edellä s. 132.

Vaatimuksen yksilöiminen haastehakemuksessa voi kuitenkin olla vaikeaa erityisesti määräaikaan sidottujen kanteiden kohdalla.²³ Rationaalinen kantaja ei aina kykene muodostamaan lopullista *kanneperuste – kannevaatimus-relaatiota* ennen oikeudenkäynnissä saamaansa selvitystä.²⁴ Oikeudenkäynti on välttämättä myös väline asian selvittämiseen. Oikeussuojapyyntöteorian mukainen idea prosessista (olemassa olevien) subjektiivisten oikeuksien toteuttamisena ei aina vastaa todellisuutta. Sen vuoksi on kysyttävä, missä määrin tuomioistuimien voi käyttää prosessinjohtovaltuuksiaan sen selvittämiseksi, haluaako asianosainen esittää uuden, aiemmin esitetystä vaatimuksesta poikkeavan vaatimuksen.

Uusia vaatimuksia ovat *lisävaatimukset* (kumulatiiviset vaatimukset) ja *vaihtoehtoiset vaatimukset* (alternatiiviset vaatimukset).²⁵ Kumulatiivisesta uudesta vaatimuksesta on kyse, kun asianosainen joko 1) laajentaa alunperin esittämänsä vaatimusta tai 2) esittää alkuperäisen vaatimuksen lisäksi kokonaan uuden vaatimuksen.²⁶ Vaatimuksen laajentamisesta on kyse, kun kantaja esimerkiksi korottaa alkuperäisen vaatimuksen suuruutta. Lisävaatimuksesta on varsinaisesti kysymys silloin, kun kantaja esittää kokonaan uuden vaatimuksen ja vaatii sekä sitä että alkuperäistä vaatimusta hyväksyttäväksi.²⁷ Tyypillisiä lisävaatimuksia ovat sivuvaatimukset, esimerkiksi oikeudenkäyntikuluja koskeva vaatimus. Pää-

²³ Ks. *Aarnio–Kangas* s. 406–407.

²⁴ Vrt. KKO 1982 II 61, jossa kantaja ilmoitti asian ensikäsittelyssä, »ettei vaatimusta voitu vielä silloinkaan esittää yksilöitynä». Vrt. KKO 1983 II 55, jossa kantaja luovuttajan rintaperillisenä vaati määräraalan luovutuksen johdosta 60 000 mk kauppahintana sillä perusteella, että luovutus oli kauppa ja että kauppahinta oli maksamatta. Oikeudenkäynnin aikana kantaja vaati samaa suoritusta myös lakiosan täydennyksenä sillä perusteella, että luovutus ei ollutkaan kauppa, vaan testamenttiin rinnastettava lahja, ja että tämä lahja loukkasi kantajan oikeutta lakiosaan. KKO katsoi, että asia oli muuttunut toiseksi maksuvaatimuksen tueksi esitetyn uuden perusteen johdosta ja että kannetta oli lainvastaisesti muutettu. Sitä ei olisi saanut tutkia. Kantaja oli saanut tiedon kaikista oikeustoimen ehdoista ja lakiosakysymyksen ratkaisuun vaikuttavista seikoista vasta RO:n istunnossa kuulusteltaessa erästä todistajaa. Sama tapahtumien kulku voitiin kuitenkin käsitellä eri oikeudenkäynnissä lakiosan täydennysvaatimuksen perusteena. Ks. siitä KKO 1987:29. Vuoden 1983 tapauksessa KKO näyttäisi tarkoittaneen perusteella lähinnä subjektiivisen oikeuden yksilöllisyyttä. Tämän esityksen näkökulmasta kyse on saman tapahtumien kulun erilaisesta oikeudellisesta arvottamisesta, joka liittyy lähinnä jura novit curia -periaatteeseen. Tätä kysymystä käsitellään myöhemmin, mutta ks. ajattelutavan muutoksesta KKO 1990:83, jossa kantaja vaati vastaajalta kiinteistönkaupan ehdon nojalla osuuttaan veronpalautuksesta. Kielletynä kanteen muuttamisena ei pidetty sitä, että A vaati oikeudenkäynnin aikana osuuttaan myös lain nojalla kuolinpesän osakkaana. Linjamuutoksesta Suomessa ks. *Virolainen* DL 1990 s. 576.

²⁵ *Virolainen* Materiaalinen s. 225.

²⁶ *Virolainen* Materiaalinen s. 228.

²⁷ *Virolainen* Materiaalinen s. 229.

vaatimuksen kaltaisesta lisävaatimuksesta on kyse silloin, kun kantaja tekee haastehakemuksessa esitetyn vaatimuksen kanssa olennaisesti samasta perusteesta johtuvan uuden vaatimuksen.²⁸ Sellainen tilanne on esimerkiksi huoneenvuokrajutussa, jossa vuokranantaja vaatii suoritusta myös oikeudenkäynnin aikana erääntyneistä vuokrista.

Vaihtoehtoinen vaatimus eroaa kumulatiivisesta lisävaatimuksesta niin, että kantajan tarkoituksena on saada hyväksytyksi vain toinen vaihtoehtoista vaatimuksista.²⁹ Esittäessään vaihtoehtoisen vaatimuksen kantaja voi samalla luopua alkuperäisestä vaatimuksestaan. Tavallisempaa on kuitenkin se, että asianosainen esittää vaihtoehtoisen vaatimuksen siltä varalta, ettei hänen alkuperäistä vaatimustaan hyväksyttäisi.³⁰ Tyypillinen vaihtoehtoisen vaatimuksen tilanne esiintyy irtaimen kaupan liittyvissä asioissa, joissa ostaja vaatii tavaran virheen vuoksi ensisijaisesti kaupan purkua ja toissijaisesti hinnanalennusta.

Prosessinjohton laajuutta koskeva lähtökohta on, että jonkinlainen kanteen kehittäely, kanteen muuttaminen on oltava mahdollista, jotta oikeudenkäynti voisi täyttää oikeussuojan antamista ja oikeusvarmuuden edistämistä tarkoittavan funktion.³¹ Asianosaisten välisten riitojen ratkaiseminen oikeusyhteisöä tyydyttävällä tavalla edellyttää, että asianosaiset voivat dispositiivisessa asiassa määrätä siitä, millainen riita tuomioistuimen on ratkaistava.³² Tämä on yksi määräämisperiaatteen tavoitteista. Vastapuolen lausumat vaikuttavat kuitenkin asianosaisten vaatimuksiin ja väitteisiin. Niiden lopullinen sisältö paljastuu ehkä vasta suullisen valmistelun istunnossa.

Uusi lainsäädäntö ei olennaisesti muuttanut vaatimuksien selvittämiseen tähtäävää prosessinjohtoa. OK 14:1:ssä (L 12.8.1960/362) säännelty velvollisuus riitakysymysten selvittämiseen siirrettiin OK 6:2a.2:in. Uutena pykälänä säädettiin vaatimusten selvittämisvelvollisuutta koskeva OK 5:19.1,1. Sen edellyttämän prosessinjohton ulottuvuutta ohjaa kuitenkin OK 6:2a. Sen vuoksi aikaisemman lain aikaan esitetyt kannanotot ovat edelleen ajan tasalla. Tuomarin tulee siten olla lisävaatimusten esittämistä koskevassa prosessinjohtossa suhteellisen varovainen. Hänellä ei ole oikeutta selvittää, mitä kaikkia vaatimuksia asianosainen voisi asiassa esittää. Sen sijaan hänellä on oikeus ottaa esille ne lisävaatimukset, jotka oikeudenkäyntiaineiston perusteella ilmeisesti asiaan liittyvät ja estää siten asianosaisten tietämättömyydestä, huomaamattomuudesta tai erehdyksestä

²⁸ Virolainen Materiaalinen s. 229.

²⁹ Virolainen Materiaalinen s. 234.

³⁰ Virolainen Materiaalinen s. 234.

³¹ Ekelöf Rättegång II s. 128.

³² Ratkaisulle tulevan oikeusvoiman vaikutuksesta tässä kysymyksessä ks. *Fitger* s. 13:29.

johtuvat oikeudenmenetykset.³³ Niin kauan kuin tuomari toimii asian selvittämistarkoituksessa, eivät myöskään hänen esiyymäryksestään johtuvat kysymykset käytännössä vaaranna hänen puolueettomuuttaan.

Tuomioistuimien ei voi viran puolesta tehdä vaihtoehtoisen vaatimuksen mukaista tuomiota, jos asianosainen ei ole sellaista vaatinut. Mahdollisuus esittää vaihtoehtoinen vaatimus selviää joskus asian käsittelyn aikana ja joskus sellainen aktualisoituu oikeudenkäynnin aikana tapahtuneiden olosuhteiden muutosten johdosta.³⁴ Usein kuitenkin tilanne on se, että tuomari paremman laintuntemuksensa ansiosta havaitsee, että asiassa olisi mahdollista esittää myös vaihtoehtoinen vaatimus. Uusi riita-asia menettely on osoittanut, etteivät maallikot pelkää aikaisempaa monimuotoisempaa oikeudenkäyntiä, vaan ajavat hyvin usein itse asioitaan. Erityisen mielellään maallikot näyttävät omatoimisesti vastaavan kanteeseen. Heidän kykynsä eivät kuitenkaan aina yllä asian yksilöimiseen lain edellyttämälle tasolle. Kun tuomari kiinnittää asianosaisten huomion tiettyyn vaihtoehtoiseen vaatimukseen, hän harjoittaa lähinnä informatiivista prosessinjohtoa. Tähän häntä velvoittaa OK 5:19.1,1 tulkittuna lainkäytön käyttäytymistä ohjaavan tavoitteen mukaisesti: tuomarilla on oltava oikeus tavoitella asiaa selvittäessään aineellisoikeudellisesti oikeaa lopputulosta eikä prosessioikeudellisen sääntelyn tavoitteena ole suojata tietämättömyydestä tai ymmärtämättömyydestä johtuvaa asianosaisten eriarvoisuutta.³⁵ Riitasuhteen perusteellisella käsittelemisellä samassa oikeudenkäynnissä saavutetaan myös tärkeitä prosessiekonomisia etuja.

Prosessinjohtoa rajoittaa kanteenmuutoskielto. Perinteisesti riita-asian kanteita ei ole saanut muuttaa oikeudenkäynnin aikana. Kanteenmuutoskiellosta säättävä OK 14:2 on ollut absoluuttista prosessioikeutta: tuomioistuimella on ollut velvollisuus kontrolloida viran puolesta, ettei kantaja syyllisty luvattomaan kanteen muuttamiseen.³⁶

2.2.1 Uusia vaatimuksia koskeva kanteenmuutoskielto

a)

Riita-asian valmistelu muuttaa jossain määrin kanteenmuutoskiellon merkitystä. Valmistelun tavoitteena on selvittää se, mistä asianosaiset ovat erimieli-

³³ Virolainen Materiaalinen s. 231–233.

³⁴ Virolainen Materiaalinen s. 236.

³⁵ Virolainen Lainkäyttö s. 100–103.

³⁶ Lappalainen DL 1993 s. 3, Virolainen Materiaalinen s. 228 ja Ovaskainen s. 29.

siä (OK 5:19.1). Erimielisyyden selvittämiseen kuuluu niin vaatimusten, tosi-seikkojen kuin oikeuskysymystenkin selvittämistä. Laki lähtee siitä, että myös riidan kohdetta voidaan käsitellä asian valmistelussa.³⁷ Suurin osa tuomarin työajasta kuluu oikeudellisesti ongelmattomalla tavalla asianosaisten lausumien kielelliseen korjaamiseen ja lausumien tarkoituksen selvittämiseen.³⁸ Sivuutan nämä kysymykset tässä ja keskityn riidan kohteeseen.

Riidan kohteen »eläminen» on uudessa menettelyssä pienempi ongelma kuin aikaisemmin. Esimerkiksi vastaajan oikeusturva ei enää aseta haastehakemukselle yhtä tiukkoja vaatimuksia kuin aikaisemmin, koska monivaiheinen valmistelu mahdollistaa kanteeseen vastaamisen myös silloin, kun riidan kohde täsmen tyy vasta oikeudenkäynnin kuluessa. Toisaalta tuomioistuimenkaan toiminta ei edellytä riidan kohteelta ehdotonta stabiilisuutta, koska uudessa menettelyssä tuomarilla on paremmat mahdollisuudet valmistautua myös valmistelun aikana muuntuvan asian ratkaisemiseen. Preklusiosäännöt taas rajoittavat tehokkaasti asianosaisten mahdollisuuksia muuttaa riidan kohdetta valmistelun jälkeen. Ne estävät sekä taktisen keinottelun että shikaaninomaisen riidan kohteen sotkemisen. Ne voivat myös aiheuttaa oikeudenmenetyksiä asian valmistelun laiminlyönteelle asianosaiselle.

Kanteen kehittämisen ja kanteen kielletyn muuttamisen raja on eräs prosessioikeustieteen peruskysymyksistä. Suomessa ratkaisumallit ovat muuttuneet riidan kohteen yksilöinnin myötä, mutta yhtenäisen käytännön luominen voi olla vaikeaa myös uuden riita-asian hahmottamistavan perusteella.³⁹ Tästä huolimatta kanteenmuutoskielto on myös uuden riita-asia menettelyn lähtökohta. Asiaa valmisteleva tuomari joutuu siten miettimään, missä määrin kanteenmuutoskielto rajoittaa riidan kohteen »elämistä».

b)

Tarkastelen vaatimuksia koskevien kanteenmuutosten osalta vain *pääasia-vaatimukseen* liittyviä kysymyksiä huomioiden OK 14:2.1,3:ssä säännellyn uuden vaatimuksen ongelman; kantajalla on oikeus tehdä uusikin vaatimus mikäli se johtuu olennaisesti samasta perusteesta. Tätä sääntöä joudutaan tulkitsemaan lähes kaikissa pääasiavaatimuksen selvittämistä koskevissa ongelmissa:

³⁷ Vaatimusten kehittämismahdollisuus on myös laissa huomioitu valmistelun ja pääkäsitelyn tarkoitusta koskevissa säännöksissä OK 5:19 ja OK 6:2. Ks. myös HE 15/1990 vp. s. 64. Vastapuolen kannanotot ja myös tuomioistuimella oleva käsitys erityisesti oikeuskysymyksistä (lähinnä tunnusmerkitön täytymisen edellytyksistä) vaikuttavat asianosaisten tapaan kuvata tosiseikat ja vaatimukset. Ks. riidan kohteesta myös Ekelöf ZJP 85 (1972) s. 145 ss.

³⁸ Westberg s. 564 ss.

³⁹ Virolainen DL 1990 s. 576 ss.

poikkeuksen muodostavat OK 14:2.1,1:n perusteella ratkaistavat olosuhteiden muutoksesta johtuvat vaatimukset.

Uuden vaatimuksen ongelmat voivat esiintyä käytännössä monella tavalla:

1) Kantaja vaatii haastehakemuksessa vahingonkorvausta kivusta ja särystä, mutta esittää suullisen valmistelun istunnossa vaatimuksen myös pysyvästä kosmeettisesta haitasta.⁴⁰

2) Kantaja vaatii haastehakemuksessa vuokrasuhteesta johtuvana saatavana joulukuun ja tammikuun vuokran osalta yhteensä 2000 mk, mutta esittää suullisen valmistelun istunnossa 1000 mk:n suuruisen vaatimuksen myös helmikuun vuokran osalta.⁴¹

3) Kantaja vaatii haastehakemuksessa vahingonkorvausta 10 000 mk, mutta esittää suullisen valmistelun istunnossa 20 000 mk:n suuruisen korvausvaatimuksen.⁴²

4) Voidaan myös ajatella, että kantaja luopuu osasta vaatimuksiaan suullisen valmistelun istunnossa: hän vaatii vahingonkorvausta vain kivusta ja särystä haastehakemuksessa vaatimansa kivun ja säryn sekä kosmeettisen haitan sijasta tai hän vaatii vahingonkorvausta vain 10 000 mk haastehakemuksessa esittämänsä 20 000 mk:n sijasta tai hän luopuu vaatimasta helmikuun vuokraa.

5) Kantaja vaatii haastehakemuksessa tavarán virheen johdosta irtaimen kaupan purkua, mutta esittääkin suullisen valmistelun istunnossa vaatimuksen hinnanalennuksesta.

6) Kantaja velkoo haastehakemuksessa 1.10.1993 tehdyn autokaupan perusteella maksamatonta kauppahintaa 10.000 mk, mutta hän vaatii suullisen valmistelun istunnossa 10.000 mk:n kauppahintaa 1.12.1993 tehdyn autokaupan perusteella.

Ensimmäinen tapaus on lain sanamuodon mukainen selvä tapaus. Siinä on sama teko tai tapahtumien kulku perusteena sekä kipua ja särkyä koskevalle vaatimukselle että pysyvää kosmeettista haittaa koskevalle vaatimukselle. Pysyvää kosmeettista haittaa koskevan vaatimuksen saa esittää vielä suullisen valmistelun istunnossa, mutta ei pääsääntöisesti kuitenkaan enää sen jälkeen.⁴³ Kantaja kumuloi uuden vaatimuksen haastehakemuksessa esittämänsä vaatimuksen yhteyteen.⁴⁴ Tarkoitus on se, että hän saa korvauksen sekä kivusta ja särystä että kosmeettisesta haitasta.⁴⁵

⁴⁰ *Gärde* s. 136.

⁴¹ *Gärde* s. 136.

⁴² *Ekelöf Rättegång* II s. 132–133.

⁴³ OK 14:2.2: Jos vaatimus tehdään vasta pääkäsittelyssä, on se jätettävä tutkimatta, jos sen tutkiminen viivyyttää asian käsittelyä.

⁴⁴ *Ekelöf Rättegång* II s. 129.

⁴⁵ *Lindell Preklusion* s. 50.

Kohdan kaksi tapauksessa on itse asiassa kysymys kahden olennaisesti samasta perusteesta johtuvan jutun kumuloimisesta.⁴⁶ Sama vuokrasopimus on molempien vaatimusten perusteena. Eroa on vain erääntymisajankohdassa. Tällainen kanteen laajentaminen on sallittua erityisesti prosessiekonomisten syiden vuoksi, koska samaa oikeudenkäyntiaineistoa voidaan hyödyntää molempien vaatimusten ratkaisemisessa.⁴⁷ Uuden vaatimuksen esittäminen ei olennaisesti vaikeuta vastaajan mahdollisuutta puolustautua, vaikka täytyy huomata, että hän voi vastustaa vaatimuksia eri perusteilla. Hän voi esimerkiksi vastustaa tammikuun vuokraa vetoamalla näyttöväitteeseen ja helmikuun vuokraa vetoamalla vastatosisekkaan. Tällaisen uuden vaatimuksen sallimista puolustaa sekin, että vaatimukset pitäisi OK 18:1:n mukaisesti käsitellä samassa oikeudenkäynnissä, vaikka ne olisi pantu vireille samanaikaisesti eri kanteilla.

Kohdassa kolme korotetaan vaatimuksen rahamäärää. Tällainen vaatimuksen muuttaminen johtuu tavallisesti muuttuneista olosuhteista ja ratkaistaan OK 14:2.1,1:n perusteella. Ruotsissa on kuitenkin katsottu, että vaatimuksen korottaminen voidaan käsitellä myös uutena vaatimuksena, jolloin se voidaan sallia, jos se johtuu olennaisesti samasta perusteesta kuin alkuperäinen vaatimus.⁴⁸ Prosessin keskittämisen, kontradiktorisen periaatteen ja vastaajan oikeusturvan kannalta tällainen mahdollisuus on vaarallinen, mutta se on vastaavasti kantajan oikeusturvan kannalta tärkeä, koska vaatimuksen uusi käsittely toisessa oikeudenkäynnissä ei välttämättä ole mahdollista tuomion oikeusvoimavaikutuksen vuoksi.

Kohdassa neljä kantaja vähentää vaatimuksiaan eri tavoin. Se on mahdollista kaikissa muodoissaan.⁴⁹ Asiassa on kuitenkin selvitettävä tarkasti, luopuuko kantaja vaatimuksestaan vai peruuttaako hän ne. Kanteesta luopuminen merkitsee sitä, että kantaja luopuu vaatimuksesta lopullisesti.⁵⁰ Silloin vaatimukset hylätään.⁵¹ Peruutetut vaatimukset sen sijaan jäävät pääsääntöisesti sillensä, joten kantaja voi ajaa niitä uudessa oikeudenkäynnissä.⁵² Jos vaatimukset peruutetaan

⁴⁶ Ks. *Fitger* s. 13:36, *Ekelöf Rättegång* II s. 132.

⁴⁷ *Ekelöf Rättegång* II s. 132.

⁴⁸ *Fitger* s. 13:36, *Ekelöf Rättegång* II s. 133.

⁴⁹ *Lindell Preklusion* s. 44.

⁵⁰ *HE 15/1990 vp.* s. 71, *Virolainen Alioikeusuudistus* s. 320. Kanteesta luopuminen on kantajan prosessitoimi. Ks. ZPO 306 §: »Verzichtet der Kläger bei der mündlichen Verhandlung auf den geltend gemachten Anspruch...». Myöntämisen ja kanteesta luopumisen suhteesta ks. *Virolainen LM* 1993 s. 1065.

⁵¹ *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus* II s. 65, *Ekelöf-Boman Rättegång* IV s. 44.

⁵² Suomessa asiasta kirjoittaa *Virolainen Alioikeusuudistus* s. 179. *HE 15/1990 vp.* määrittelee kanteen peruuttamisen näin (s. 71): »Kanteen peruuttamisella taas tarkoitetaan sitä, että

sen jälkeen, kun vastaaja on vastannut, voi hän kuitenkin saada asian ratkaisuksi (OK 14:5). Vastaajaa ei siis voi enää uhata samaa asiaa koskevilla uusilla oikeudenkäynneillä.⁵³

Kohdan viisi tapaus on ns. vaihtoehtoisen vaatimuksen ongelma. Kantaja vaatii saman tapahtumien kulun perusteella toista, haastehakemuksessa esitetyn vaatimuksen kanssa vaihtoehtoista vaatimusta. Joskus tällainen uusi vaatimus merkitsee sitä, että samalla luovutaan alkuperäisestä vaatimuksesta. Tavallisesti uusi vaatimus esitetään alkuperäisen vaatimuksen vaihtoehtona. Tällaisen vaatimuksen esittäminen on mahdollista.⁵⁴ Usein tämän tyyppiset ongelmat johtuvat muutuneista olosuhteista ja ne ratkaistaan OK 14:2.1,1:n perusteella.

Kohdan kuusi ongelman ratkaisu riippuu siitä, esitetäänkö tapauksessa kaksi kertaa sama vaatimus vai kaksi vaatimusta. Muutos on luonnollisesti mahdollinen, jos kyse on alkuperäisestä vaatimuksesta ja muutos johtuu siitä, että kaupan tekopäivä oli ilmoitettu haastehakemuksessa väärin. Uusi päivämäärä on vain uusi seikka, joka ei muuta asiaa toiseksi. Jos sen sijaan 1.12.1993 tehty kauppa oli eri tapahtuma kuin 1.10.1993 tehty kauppa ja jos uusi 10 000 mk:n vaatimus tarkoittaa tästä uudesta kaupasta johtuvaa saatavaa, uusi vaatimus ei johdu olenkaan samasta perusteesta kuin alkuperäinen vaatimus. Kyseessä on kaksi täysin erillistä asiaa, joissa vain sattumalta on samansuuruinen vaatimus. Tällainen kanteen muuttaminen ilman erillistä haastetta ei ole sallittua.⁵⁵

2.2.2 Vaatimusten ja seikkojen yhteys

Esimerkkitapaukset osoittavat, että vaatimuksia voidaan riita-asian valmistelussa muuttaa kanteenmuutoskiellosta huolimatta niin kauan, kun ne johtuvat olennaisesti haastehakemuksessa esitetystä perusteesta. Toisaalta esimerkkitapauk-

kantaja ei halua, että asian käsittelyä siinä oikeudenkäynnissä enää jatketaan.» Saksalaisessa ja ruotsalaisessa oikeudessa kanteen peruuttaminen selitetään samalla tavoin kuin Suomessa. Saksassa asiaa varten on oma säännöksensä, ZPO 269 §. Ks. *Rosenberg-Schwab* s. 802 ja *Ekelöf Rättegång* II s. 137–138. Ks. myös *Ellilä* DL 1939 s. 391 ja *Halila* DL 1972 s. 89.

⁵³ *Halila* DL 1972 s. 89, *HE 15/1990 vp.* s. 71, 103: »Tätä (kanteen peruuttamista yksipuolisen tuomion välttämiseksi – SL) ei kuitenkaan vastaajan kannalta voida pitää hyväksyttävänä sen vuoksi, että hänellä tulisi riita-asiassa, jossa sovinto on sallittu, olla aina oikeus saada asia ratkaistuksi.» Ks. myös *Ellilä* DL 1972 s. 311. Vastaava sääntely sisältyy myös Saksan ja Ruotsin oikeuteen. ZPO 269 § Abs. I säättää vastaajan myötävaikutuksesta: »Die Klage kann ohne Einwilligung des Beklagten nur bis zum Beginn der mündlichen Verhandlung des Beklagten zur Hauptsache zurückgenommen werden.» Ruotsissa vastaava säännös on RB 13:5. Asiasta kirjoittaa *Ekelöf Rättegång* II s. 138.

⁵⁴ *Ekelöf Rättegång* II s. 129.

⁵⁵ *Ekelöf Rättegång* II s. 131.

set kuvaavat tilanteita, joita ei esiinny käytännössä usein. Pelkän vaatimuksen muuttaminen riita-asian valmistelussa on suhteellisen harvinaista ja yleensä ongelmatonta. Tavallisimmin muutetaan aineellisoikeudellisia ja prosessioikeudellisia sivuvaatimuksia eli esimerkiksi oikeudenkäyntikuluja tai korkoa koskevia vaatimuksia. Ne on mahdollista esittää vielä asian valmistelussa.⁵⁶ Pääasiavaatimusten muuttaminen sen sijaan johtuu tavallisesti siitä, että vastapuolen lausumista aiheutuu tarve esittää kanteen perusteeksi uusia seikkoja muuttaen samalla vaatimuksia. Silloin ongelmana ei ole enää ainoastaan uusi vaatimus, vaan sen kysymyksen ratkaiseminen, johtuuko uusi vaatimus olennaisesti samasta perusteesta kuin alkuperäinen vaatimus. Mitä siis tarkoitetaan samalla perusteella?⁵⁷

Meillä viime aikoina sovelletun tulkinnan mukaan perusteella tarkoitetaan niitä konkreettisia tosiseikkoja, joihin kantaja vetoaa haastehakemuksessa esittämänsä vaatimuksen perusteeksi.⁵⁸ Tätä tulkintaa tukee OK 5:2:n sanamuoto. Perusteen identiteettiä ja muuttamista koskeva kysymys ratkaistaan sen vuoksi OK 14:2.3:n perusteella. Perustetta muutetaan vetoamalla uusiin konkreettisiin tosiseikkoihin. Kanteen tueksi saa esittää uusia seikkoja, ellei asia sen johdosta muutu toiseksi.⁵⁹

Teoriassa on ongelmallista se, voiko kantaja ensin muuttaa perustetta vetoamalla uusiin seikkoihin ja sen jälkeen esittää uuden vaatimuksen. Johtuuko uusi vaatimus silloin olennaisesti samasta perusteesta kuin alkuperäinen vaatimus?

⁵⁶ OK 14:2.1.3 ja *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 452.

⁵⁷ Lainsäätäjät kuvaa samaa perustetta esittämällä esimerkin objektiivista kumulaatiota koskevan OK 18.1:n kohdalla, jossa käytetään samaa ilmausta kuin OK 14:2.1.3:ssa. Ks. *HE 15/1990 vp.* s. 121: »Kun kantaja nostaa saman urakkasopimuksen perusteella useita vahingonkorvauskanteita urakoitsijaa vastaan urakkasopimuksen täyttämistä tapahtuneiden eri laiminlyöntien johdosta». Kanteenmuutoskieltoa ajatellen esimerkki jättää kuitenkin kysymyksiä avoimeksi. Onko olennaisesti sama peruste urakkasopimus, urakkasopimuksen täyttämistä tapahtuneet laiminlyönnit vai aikaisemmat vahingonkorvauskanteet? Oikeuskirjallisuudessa on samalla perusteella laajimmillaan tarkoitettu sitä samaa tapahtumien kulkua, joka on haastehakemuksessa esitettyjen vaatimusten perusteena. Uusi vaatimus johtuu silloin olennaisesti samasta perusteesta, jos se, mitä esitetään uuden vaatimuksen tueksi, vain täydentää haastehakemuksessa kuvattua tapahtumien kulkua. Ks. *Hassler* Civilprocessrätt s. 174. Tämä määritelmä sijoittaa perusteen identiteettikriteerin käsiteltävänä olevan kanteen ulkopuolelle. Esimerkkitapauksessamme tämä määritelmä sallisi paitsi uusien vahingonkorvausvaatimusten esittämisen, myös kaikkien muiden oikeusseuraamusten vaatimisen, jotka tapahtumien kulun perusteella voidaan vaatia. Olennaisesti sama peruste mahdollistaa siten kanteen laajentamisen koskemaan eri seikkoja, eri normeja ja eri oikeusseuraamuksia.

⁵⁸ *Ekelöf* Grundbegrepp s. 63.

⁵⁹ *Olivecrona* JFT 1954 s. 321–322, *Fitger* s. 13:37 ja *Lappalainen* DL 1993 s. 5.

Esimerkki tapauksesta KKO 1992:133 muotoiltuna:

Kantajat olivat vaatineet lakiosan täydennystä seikkojen a, b, ja c perusteella. Asian käsittelyn aikana he vetosivat lisäksi seikkoihin d ja e ja esitivät niiden perusteella uuden lakiosavaatimuksen.

a + b + c → vaatimus 1

d + e → vaatimus 2

Tämä ongelma on ratkaistu nykyisen näkemyksen mukaan uusien seikkojen esittämistä rajoittavan asian identiteettikriteerin perusteella (OK 14:2.3). Asian identiteettikriteeriksi on omaksuttu *oikeusseuraamuksen identiteetti*.⁶⁰ Jos seikkojen d + e perusteella määrättävä oikeusseuraamus ei ole se sama oikeusseuraamus, jota on vaadittu seikkojen a + b + c perusteella, uusiin seikkoihin ei saa vedota. Lappalainen päätyi esimerkkitapauksen arvioinnissa siihen, että seikoista d + e johtuva vastaajan suoritusvelvollisuus ei tarkoita sitä samaa oikeusseuraamusta kuin seikoista a + b + c johtuva velvollisuus lakiosan täydennykseen, vaan ainoastaan samanlaista (samanlajista ja saman normin perusteella tuomittavaa) oikeusseuraamusta.⁶¹ Tämän Ekelöfin teorian mukaan uusiin seikkoihin d + e vetoaminen ei siten olisi ollut mahdollista. Jos asiaa tarkastellaan kääntäen, näyttäisi siltä, ettei asian valmistelussa saa ottaa tutkittavaksi vaatimusta 2, jonka tuomitseminen edellyttäisi myös seikkoihin d + e vetoamista, koska uusi vaatimus ei johdu samasta perusteesta kuin vaatimus 1.⁶² Tämä saattaa olla riita-asian valmistelun kannalta ongelmallinen tulkinta.

2.2.3 Oikeusseuraamuksesta ongelman ratkaisukriteerinä

Jos palataan riita-asian valmisteluun ja tuomarin rooliin, keskeinen käytännön ongelma tuomarin näkökulmasta on se, osaavatko asianosaiset perustella oikeudellisesti vaatimuksensa. Esittävätkö he tapahtumien kulusta oikeat tosiseikat vaatimuksensa perusteeksi tai muotoilevatko he vaatimuksensa oikein? Ongelma koskee konkreettisten tosiseikkojen ja vaatimusten oikeudellista luonnehdintaa.⁶³ Asianosaisillahan ei ole mitään velvollisuutta vedota sovellettavaan nor-

⁶⁰ Ekelöf Grundbegrepp s. 77, Lappalainen DL 1993 s. 4, Virolainen DL 1990 s. 576–577.

⁶¹ Lappalainen DL 1993 s. 5: »Sama oikeusseuraamus» synonyymina ... ilmaisulle »asia ei muutu toiseksi» tarkoittaa siis nimenomaan juuri in concreto samaa oikeusseurausta, ei sen sijaan toista samanlaista oikeusseurausta.». Ks. tapausselostus s. 230 alav. 70.

⁶² Lappalainen DL 1993 s. 5: »Näin ollen eri kanneperusteet kuuluvat ... »samaan asiaan», jos yhden perusteen hyväksyminen tekee muut perusteet tarpeettomiksi siten, etteivät ne enää voi johtaa mihinkään uuteen »omaan» seuraukseen.»

⁶³ Lappalainen LM 1983 s. 837.

mistoon, vaan tuomioistuimien soveltaa lakia viran puolesta jura novit curia -periaatteen mukaisesti.⁶⁴ Tuomioistuin voi siten asian valmistelussa viran puolesta kiinnittää asianosaisten huomion uuteen normiin. Asianosaisten prosessitoimien juridisten perusteiden selvittäminen on nimittäin olennaisen tärkeää, jotta asian käsittely keskittyisi oikeudellisesti olennaisiin kysymyksiin. Siten välttytään myös yllättäviltä ratkaisuilta.⁶⁵

Esimerkki KKO 1983 II 55:

Kantaja vaati luovuttajan rintaperillisenä määrälän luovutuksen perusteella 60.000 mk, haasteen nojalla sillä perusteella, että luovutus oli kauppa ja kauppahinta oli maksamatta, sekä oikeudenkäynnin aikana ilman eri haastetta myös lakiosan täydennyksenä sillä perusteella, että luovutus ei ollutkaan kauppa vaan lahja ja että lahja loukkasi kantajan oikeutta lakiosaan.

Tapauksessa oli kysymys siitä, että oikeudenkäynnin aikana kantajalle selvisi, ettei kyseessä ollut kauppa, vaan lahja, jolloin hänelle tuli tarve luonnehtia vaatimuksensa oikeudellinen (normi)peruste eri tavalla kuin haastehakemuksessa ja esittää kanteensa tueksi uusia seikkoja, jotka täyttivät uuden normin soveltamisen edellytykset. Tilanne oli riita-asian valmistelua silmällä pitäen hyvin tavanomainen.⁶⁶ Kahdella normilla ei nimittäin ole yleensä samaa tunnusmerkistöä, vaan uuteen normiin vetoaminen edellyttää usein myös uusiin konkreettisiin tosiseikkoihin vetoamista. Asianosainen ei voi velvoittaa tuomioistuinta soveltamaan uutta normia, ellei hän samalla osoita, että se on välttämätöntä uusien tai asiassa jo esitettyjen tosiseikkojen perusteella.⁶⁷

Oikeusseuraamuksen identiteettiä korostava teoria osoittautuu näissä kanteenmuutostilanteissa kuitenkin jossain määrin ongelmalliseksi. Kantajan mahdolli-

⁶⁴ *Olivecrona JFT* 1954 s. 313.

⁶⁵ Ks. *HE 15/1990 vp.* s. 64, *Virolainen Materiaalinen* s. 306, 312, *Lappalainen Alioikeus uudistus* s. 125, *Westberg* s. 184–187.

⁶⁶ Aikaisemmin nämä kanteenmuutostilanteet ratkaistiin individualisointiteorian perusteella. Tarkastelu lähti vaatimuksesta (petitum) ja sen perusteena olevasta subjektiivisesta oikeudesta. Uuden asian (vaateen) kanssa oltiin tekemisissä heti, kun vaatimuksen perusteeksi vedottiin eri syntyperusteeseen kuin haastehakemuksessa oli esitetty. Siten myös esimerkkitapauksemme ratkaistiin: lakiosan täydennystä koskeva vaatimus ei johtunut olennaisesti samasta perusteesta kuin kauppahinnan maksamista koskeva vaatimus. Tällainen ratkaisu oli monella tavalla epätydyttävä. Se johti aineellisoikeudellisesti vääriin lopputulokseen ja kääntyi koko kanteenmuutostilanteen tarkoitusta (so. aineellisoikeudellista oikeusvarmuutta) vastaan. Individualisointiteoria johti myös erilaiseen tulkintaan eri asioissa. Esimerkkitaapauksemme kantaja pääsi kuitenkin oikeuksiinsa myöhemmin. Ks. *Virolainen DL* 1990 s. 567, *Lappalainen LM* 1983 s. 838 ja *KKO* 1987:29.

⁶⁷ *Halila H. LM* 1988 s. 703.

suus esittää kanteen tueksi uusia seikkoja riippuu siitä, johtavatko ne eri oikeusseuraamukseen kuin aikaisemmin esitetyt seikat. Tämä on johtanut käytännössä seuraaviin tilanteisiin:

Kuvio 17. Kanteenmuutostilanteita havainnollistava kuvio.

	Seikat	Normit	Oikeusseuraamus
1) KKO 1983 II 55 ⁶⁸ :	a + b + c	I	1
	d + e	II	1
2) KKO 1990:83 ⁶⁹ :	a + b + c	I	1
	d + e	II	1
3) KKO 1992:133 ⁷⁰ :	a + b + c	I	1
	d + e	I	2
Lisäksi voidaan vielä ajatella ainakin seuraavaa tilannetta			
4) Esimerkki:	a + b + c	I	1
	d + e	II	2

⁶⁸ Kuviossa ylärivin (a + b + c ...) seikat on esitetty haastehakemuksessa, alarivi taas asian käsittelyn aikana. Ks. tapauksen kuvaus edellisellä sivulla. Ks. myös KKO 1988:37, jossa kanteen kiellettyä muuttamisena ei pidetty sitä, että kantaja, vaatiessaan liiton päätöksen kumoamista, oli vedonnut ensin moitteenalaisen päätöksen lain ja liiton sääntöjen vastaisuuteen sekä sen jälkeen kannetta kehittäessään siihen, että päätös loukkasi kantajan yhdenvertaisuutta muihin liiton jäseniin nähden. Samanlainen kanteenmuutos on tapauksessa KKO 1972 II 20, jossa omistusoikeutta asunto-osakkeeseen koskevassa jutussa A oli haastehakemukseen pohjautuvassa kanteessaan nojautunut perusteeseen x, jonka mukaan hänen tyttärensä B oli heidän välisellään sopimuksella luovuttanut osakkeen A:lle. Alioikeuskäsittelyssä A esitti myös perusteen y, jonka mukaan hän oli sanottua sopimusta noin 10 vuotta aikaisemmasta ajankohdasta alkaen, jolloin hän oli omilla varoillaan ostanut osakkeen silloin alaikäisen B:n nimiin koulunkäynti- ja opiskeluajan asunnoksi lahjoittamatta osaketta B:lle, jatkuvasti omistanut tuon osakkeen. RO ja HO, lausumatta perusteesta y, hylkäsivät kanteen perusteella x ajettuna. KKO hyväksyi kanteen perusteella y ja julisti A:n omistavan tuon osakkeen.

⁶⁹ KKO 1990:83: A vaati B:ltä kiinteistökaupan ehdon nojalla osuuttaan veronpalautuksesta, joka oli maksettu A:n ja B:n kuolinpesän osakkaina harjoittaman maatalouden tulosta suoritetun ennakoveron johdosta. Kiellettyä kanteen muuttamisena ei pidetty, että A oikeudenkäynnin aikana vaati osuuttaan myös lain nojalla kuolinpesän osakkaana. Ks. myös KKO 1972 II 20.

⁷⁰ KKO 1992:133: Kantajat olivat kanteessaan vaatineet lakiosan täydennystä sillä perusteella, että lahjanluontoinen kiinteistökauppa oli tarkoittanut ennakoperintöä tai suosiolahjaa vastaajalle. Oikeudenkäynnin aikana kantajat olivat lakiosavaatimuksiaan määrällisesti korottamatta kanteensa tueksi lisäksi vedonneet siihen, että myös eräät vastaajalle kiinteistön luovutuksen jälkeen lahjoitetut varat olivat olleet kuolinpesän varoihin lisättävää ennakoperintöä tai suosiolahjaa. Vetoamista rahalahjoihin ei pidetty kanteen kiellettyä muuttamisena. *Lappalainen* DL 1993 s. 5–6 on katsonut, että uudet seikat johtavat eri oikeusseuraamukseen kuin alkuperäiset kanteen tueksi esitetyt seikat.

Tapauksissa 1 ja 2 uusiin seikkoihin vetoaminen ja uusien normien esittäminen olisi mahdollista. Sen sijaan tapauksissa 3 ja 4 uusiin seikkoihin vetoaminen ei ole mahdollista. Tilanne on prosessinjohtoa ajatellen hankala. Tuomarin täytyy toisaalta huolehtia siitä, että asian valmistelussa selvitetään asianosaisten vaatimukset ja niiden perusteet (OK 5:19.1,1), ja siitä, että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota (OK 5:21.3). Samaan aikaan tuomarin pitää kuitenkin ennustaa asianosaisten esittämien uusien seikkojen oikeudelliset vaikutukset ja estää sellaisten seikkojen esittäminen, jotka muuttavat asian identiteettiä.

Kantajat joutuvat eriarvoiseen asemaan siinä suhteessa, että toisissa asioissa oikeudenkäynnin aikana tullut selvitys oikeuttaa kantajaa vetoamaan uusiin oikeustositseikkoihin (KKO 1983 II 55 Lappalaisen tulkinnan mukaan), mutta toisinaan se on kiellettyä (KKO 1992:133 Lappalaisen tulkinnan mukaan).⁷¹ Asianosaisten välinen oikeussuhde (riita) voi kuitenkin olla hyvin samankaltainen. Tapausta KKO 1992:133 ajatellen tulkinta on myös siinä mielessä tyyli, että tuomioistuimien joutuisi kieltämään viran puolesta kantajalta hänen vaatimansa oikeussuojan, jonka tutkimista vastapuoli ei kuitenkaan ole vastustanut.⁷² Kanteenmuutoskielto kääntyy tarkoitustaan vastaan: sillä estetään asian keskittäminen, riidan kokonaisvaltainen käsitteleminen ja materiaalsen lainsäädännön tavoitteiden toteuttaminen.

Asianosaiset eivät ole myöskään keskenään samanarvoisessa asemassa. Vastaja voi hyödyntää kaikki asian valmistelussa selviävät puolustautumiskeinot

⁷¹ Lindell Preklusion s. 234: »Enligt det andra alternativet föreligger en ny omständighet så fort en ny faktisk omständighet tillkommer, oavsett om rättsgrunden förändras eller ej. Detta synsätt, som tillämpas i svensk processrätt, är betydligt strängare än det förstnämnda alternativet och stämmer enligt min mening bättre överens med principen iura novit curia än alternativet 1.» Lindell tarkoittaa ensimmäisellä vaihtoehdolla individualisoimisteorian mukaista käsitystä, jonka mukaan uusiin seikkoihin vedotaan vasta siinä tapauksessa, että subsumptio liittyy uusien seikkojen vuoksi toiseen normiin (tunnusmerkistöön) kuin alkuperäisten seikkojen johdosta. Kuten edellä olevat esimerkkitapaukset osoittavat, Suomessakaan ei päätellä sovelletavan normin tunnusmerkistön perusteella sitä, onko uusiin seikkoihin vedottu. Asianosaisten ei myöskään tarvitse vedota tiettyyn normiin vaatimuksensa perusteena.

⁷² Vrt. HO:n ratkaisu ko. asiassa. Jos vireilläolovaikutusta ja oikeusvoimavaikutuksen objektiivista ulottuvuutta pidetään systemaattisesti toistensa paralleeli-ilmiöinä, kuten tapana on ollut (ks. esim. Lappalainen DL 1990 s. 554), olisi kanteenmuutoskysymyksiä ratkaistaessa mietittävä myös oikeusvoimavaikutuksen merkitystä asianosaisten näkökulmasta. Oikeusvoimavaikutuksen objektiivisen ulottuvuuden hypoteettista testaamista voidaan pitää kanteenmuutoskiellon ratkaisuperusteena, kuten Olivecrona s. 371 ja Lindell Preklusion s. 53 tekevät. Asiaan ei ole mahdollista paneutua tässä yhteydessä yksityiskohtaisesti. Ks. myös Ekelöf Rättegång II s. 132–133, Boman Deldom s. 65–66. Ekelöfin oikeusvoimateoriaa on kritisoinut mm. Larsson Festschrift till Thornstedt s. 460–462.

ja esittää haluamansa vastatositteet ja oikeusväitteet valmistelun aikana. Kanteenmuutoskieltohan ei koske häntä.⁷³ Sen sijaan kantajalla on erityisesti määrääkoihin sidottujen kanteiden kohdalla ankara vastuu siitä, että hän ehtii selvittää ennen haastehakemuksen jättämistä sen, mistä seuraamuksesta hänen täytyy ajaa kannetta.⁷⁴ Hän ei voi myöskään hyödyntää asian valmistelussa saamaansa selvitystä samalla tavoin kuin vastaaja. Näiden näkemysten perusteella korkeimman oikeuden ratkaisu tapauksessa KKO 1992:133 johti parempaan lopputulokseen kuin Ekelöfin teorian mukainen tulkinta.⁷⁵

2.3 KANTEENMUUTOSKIELLON MUUTTUVA TULKINTA

Lappalainen on kuitenkin kommentissaan selittänyt uuden tulkintatavan, jolla päästään tapauksessa KKO 1992:133 korkeimman oikeuden enemmistön mukaiseen lopputulokseen. Voidaan nimittäin ajatella, että kantajan oikeudenkäynnin aikana esittämiin uusiin seikkoihin »kätkeytyy» myös uusi, vaihtoehtoinen lakiosavaatimus. Tämän uuden vaatimuksen esittäminen on OK 14:2.1,3:n perusteella mahdollista, jos se johtuu *olennaisesti* samasta perusteesta kuin alkuperäinen vaatimus.⁷⁶

Tuomarin pitää siis asiaa selvittäessään kontrolloida, johtavatko kantajan esittämät uudet tosiseikat uuteen oikeusseuraamukseen. Jos ne johtavat uuteen oikeusseuraamukseen, tuomarin on selvittettävä, esittääkö kantaja myös tätä oikeusseuraamusta tarkoittavan vaatimuksen. Uuden vaatimuksen esittäminen olisi valmistelun kuluessa mahdollista, jos se johtuu olennaisesti samasta perusteesta kuin alkuperäinen vaatimus.

2.3.1 Identiteettikriteerien arviointia

Mikä on sitten *olennaisesti* sama peruste? Lappalainen puhuu ennakkoperintö- ja lakiosan täydennysvyyhden selvittämisestä samassa oikeudenkäynnissä.⁷⁷ Tällä

⁷³ Virolainen DL 1990 s. 565: »...OK 14:2,3:n säännös koskee vain kantajan kannetta, ei vastaajan kannetta eli vastinetta.»

⁷⁴ Virolainen DL 1990 s. 573.

⁷⁵ KKO 1992:133: Oikeudenkäynnin aikana kantajat olivat lakiosavaatimuksiaan määrällisesti korottamatta kanteensa tueksi vedonneet siihen, että myös eräät vastaajalle kiinteistön luovutuksen jälkeen lahjoitetut varat olivat olleet kuolinpesän varoihin lisättävää ennakkoperintöä tai suosiolahjaa. Vetoamista rahalahjoihin ei pidetty kanteen kiellettynä muuttamisena. Ks. Lappalainen DL 1993 s. 6. Ekelöfin teoriasta ks. edellä s. 228.

⁷⁶ Lappalainen DL 1993 s. 6.

⁷⁷ Lappalainen DL 1993 s. 6.

tavalla ymmärrettynä »olennaisesti sama peruste» on laajempi käsite kuin »sama peruste». ⁷⁸ Jos esimerkkitapauksessa mahdollistetaan koko ennakkoperintö- ja lakiosan täydennysvyöhyden käsitteleminen samassa oikeudenkäynnissä, muodostavat eri tosiseikat »olennaisesti saman perusteen» kuin alkuperäisen vaatimuksen perusteen. ⁷⁹ Tällainen tulkinta on ristiriidassa Ekelöfin teorian kanssa. ⁸⁰

Tulkinta on kuitenkin saman suuntainen kuin Olivecronan tulkinta. Hänen mukaansa kyseessä on olennaisesti sama peruste, jos uudet seikat merkitsevät vain lisäystä siihen tapahtumien kulkuun (saksammanhanget), johon on vedottu alkuperäisen vaatimuksen perusteeksi. ⁸¹ Niin sanotut »vapaat tapahtumien kulu» (fristående saksammanhang tai fristående händelseförlopp) eivät siis kuulu olennaisesti samaan perusteeseen. ⁸² Olivecrona tarkoittaa vapailla tapahtumien kuluilla niitä konkreettisia tosiseikkoja, joihin kantaja ei voi vedota vaatimansa oikeussuojan perusteeksi. Olennaisesti sama peruste määrätään siten kanneperuste – kannevaatimus -relaation osoittaman oikeussuhteen perusteella. ⁸³ Oikeussuhdetta ei kuitenkaan saa ymmärtää subjektiivisten oikeuksien perusteella, vaan tietyn oikeudellisesti merkittävän tapahtumien kulun perusteella. ⁸⁴ Olivecronan käsitystä oikeussuhteesta havainnollistavat asian hahmottamisen mallissa kuvatut todellisuuden tason tapahtumat ja riidat. ⁸⁵

Oikeussuhteen merkitystä korostava tulkinta johtaa aikaisemmasta poikkeaviin ratkaisuihin uusiin seikkoihin vetoamista koskevissa kanteenmuutostilanteissa. Vaatimuksen ja sen perusteen osoittama oikeussuhde nimittäin merkitsee niitä ulommaisista rajoja, joiden puitteissa myös »asian» (OK 14:2.3) identiteetti on

⁷⁸ Vrt. *Fitger* s. 13:37 ja *Ekelöf Rättegång* II s. 159–160.

⁷⁹ Vrt. *Ekelöf Grundbegrepp* s. 44–46.

⁸⁰ Vrt. *Ekelöf Rättegång* II s. 159–160, joka liittyy »olennaisuuskriteerin» siihen, että samat konkreettiset tosiseikat voivat olla usealla tavalla riittäviä eli toimia perusteena useammille vaatimuksille. Olennaisuuskriteeri ei tarkoita sitä, kuinka suuri osa alkuperäisistä seikoista on perusteena myös uudelle vaatimukselle. *Olivecrona* s. 263–264 kritisoi Ekelöfin käsitystä. Uusi tulkinta voi aiheuttaa ainakin sen, että laissa käytettyjen sanojen »asia» ja »olennaisesti sama peruste» juridis-tekninen merkitys täytyy määritellä uudelleen. Juridis-teknisestä merkityksestä ks. *Ekelöf Grundbegrepp* s. 8–10 ja *Strömberg TfR* 1993 s. 51.

⁸¹ *Olivecrona JFT* 1954 s. 315, *Hassler Civilprocessrätt* s. 174.

⁸² *Olivecrona JFT* 1954 s. 315, *Olivecrona* s. 320, *Lindell Preklusion* s. 56.

⁸³ *Olivecrona JFT* 1954 s. 315.

⁸⁴ *Olivecrona* s. 260–264. Olivecrona erottaa toisistaan RB 13:3:n alkuperäisen merkityksen (idéinnehållet) ja sen juridis-teknisen käytännön merkityksen. Asia-sana viittaa alkuperäisessä merkityksessään individualisointiteorian mukaiseen prosessin kohteeseen. Sen sijaan juridis-teknisessä merkityksessä oikeussuhde tarkoittaa vain vaatimuksia ja niiden perusteena olevia tapahtumien kuluja (saksammanhang). Ks. myös *Lindell Preklusion* s. 53, *Olivecrona JFT* 1954 s. 320, *Grunsky* s. 27 ss., *Bruns Festschrift till Ekelöf* s. 170 ss. ja *Hov* s. 120 ss.

⁸⁵ *Olivecrona* s. 261 ja ks. edellä s. 126.

määrättävä.⁸⁶ Kantaja vetoaa kanteen nostaessaan tiettyyn tapahtumien kulkuun, joka osoittaa, että hänelle on syntynyt tietty oikeus suhteessa vastaajaan. Sen perusteella hän *vaatii* tiettyä tuomiota. Kantaja muodostaa kuvauksen oikeussuhteesta (rättsförhållande), joka tulee tuomioistuimen käsiteltäväksi vaatimuksen ja sen perusteena olevien tosiseikkojen relaationa. Vaatimus ja tapahtumien kulku muodostavat yhdessä »asian identiteettikriteerin».⁸⁷ Uusien tosiseikkojen esittäminen ei siten merkitse asian muuttumista toiseksi, mikäli kysymys on vain tapahtumien kulun täydentämisestä tai modifioinnista.⁸⁸

Asian identiteetin osalta Olivecronan teoria on eräissä tapauksissa väljempi kuin Ekelöfin teoria. Ne johtavat kuitenkin useimmissa kanteenmuutostilanteissa samaan lopputulokseen.⁸⁹ Siten voidaan esimerkiksi hyväksyä tapauksessa KKO 1990:83 tehty ratkaisu, samoin Lappalaisen kritiikki tapauksessa KKO 1983 II 55. Erojakin kuitenkin on. Korkeimman oikeuden enemmistön tulkinta tapauksessa KKO 1992:133 näyttäisi olevan Olivecronan teorian mukaan oikea.⁹⁰ Mikäli olen tulkinnut Olivecronaa oikein, uusiin tosiseikkoihin vetoaminen on tähdännyt kaikissa näissä tapauksissa tietyn tapahtumien kulun täydentämiseen.

2.3.2 Kanteenmuutoskiellon ehdottomuuden uusi tulkinta

Olivecronan teoria ei kuitenkaan ole yhtä tarkkarajainen kuin Ekelöfin teoria. Vaatimuksen ja sen perusteen muodostama oikeussuhde ei useinkaan sisällä yhtä yhtenäistä tapahtumien kulkua. Vapaiden tapahtumien kulkujen erottaminen kanneperusteeseen liittyvistä tapahtumista voi osoittautua vaikeaksi. Tarkka tulkinta voi lisäksi aiheuttaa sen, ettei prosessinjohto riitä asian valmistelussa suinkaan vapaudu, vaan päinvastoin muuttuu entistä rajoittuneemmaksi.⁹¹ Olivecronan teorialla on myös se huono puoli, että sen vuoksi joudutaan luopumaan Ekelöfin tarkkarajaisesta teoriasta, jolla identiteettiongelmat hallitaan suhteellisen hyvin.

⁸⁶ *Bruns* s. 10.

⁸⁷ *Olivecrona* JFT 1954 s. 332, *Olivecrona* s. 260 ja *Lindell* Preklusion s. 53.

⁸⁸ *Olivecrona* JFT 1954 s. 322 ss. Sivujen 325 ja 334 esimerkit osoittavat, että jo vähäinenkin liittymäkohta alkuperäiseen kanneperusteeseen aiheuttaa sen, ettei asia muutu uusien tosiseikkojen johdosta toiseksi.

⁸⁹ *Lindell* Preklusion s. 54, *Fitger* s. 13:40.

⁹⁰ Vrt. *Lappalainen* DL 1993 s. 4.

⁹¹ Tarkoitan kanteella tuomioistuimelle haastehakemuksessa esitettyjen vaatimusten ja niiden perusteen osoittamaa pyyntöä saada tietyn sisältöistä oikeussuojaa. Ks. *Virolainen* Lainkäyttö s. 30.

Kanteenmuutoskieltoa voidaan arvioida uudelleen myös identiteettikriteeriä muuttamatta. Identiteettikriteerin uudelleenarviointi liittyy nimittäin »suljetun systeemin ideaan» eli ajatukseen kanteenmuutoskiellon ehdottomuudesta. Kanteenmuutoskieltoa on pidetty absoluuttisena prosessioikeutena, minkä vuoksi tulkinnan vapauttaminen edellyttäisi käsitteiden väljempää juridis-teknisiä merkityksiä ja identiteettikriteereitä. On kuitenkin olemassa myös toinen lähestymistapa, joka sopii ajan henkeen paremmin kuin identiteettikriteerin uudistaminen.⁹² Kanteenmuutoskieltoa voidaan nimittäin tulkita sen tavoitteiden perusteella ja väljentää kanteenmuutoskiellon ehdottomuutta luopumatta kuitenkaan Ekelöfin sinänsä käyttökelpoisista ja vähitellen vakiintuvista identiteettikriteereistä. Voidaan nimittäin ajatella, ettei tuomioistuimella ole velvollisuutta puuttua kanteen muuttamiseen *ex officio*, jos kanteenmuutoskiellolla suojattavat intressit (vastaajan vastausmahdollisuus ja tuomioistuimen ratkaisumahdollisuus) eivät vaarannu.⁹³

Uusi riita-asia-in menettely muuttaa olennaisesti niitä syitä, joiden vuoksi kanteenmuutoskielto on ollut ehdoton. Monivaiheinen valmistelu mahdollistaa eri osapuolille asiaan valmistautumisen, vaikka riidan kohde täsmentyy lopullisesti vasta asian käsittelyn aikana. *Preklusiosääntöjen merkitys korostuu*. Sitä voidaan pitää hyvänä, koska preklusiosääntöjen keskeiset käsitteet eli vaatimus, seikka ja todiste kyetään valmistelun jälkeen tarkasti konkretisoimaan esillä olevassa tapauksessa.

Vaatimukset ja seikat palautuvat tavallaan prosessitoimiksi. Asian yksilöinnissä on hyvin pitkälle kysymys asianosaisten ratkaisusta, joka heidän on tehtävä viimeistään suullisen valmistelun istunnossa. *Vaatis- ja väittämistaakka korostuvat*. Preklusiosäännöt sitovat myöhemmän asian käsittelyn valmistelussa sovittuun tai päätettyyn asian yksilöintiin.⁹⁴ Pääsääntöisesti pääkäsitelyssä ei saa tehdä uutta vaatimusta (OK 14:2.2) tai vedota uuteen seikkaan (OK 6:9).

⁹² *Approximation* s. 39, *Aarnio* LM 1994 s. 280–281.

⁹³ Tällöin voitaisiin esimerkiksi verrata käsitteiden »asia» ja »olennaisesti sama peruste» juridis-teknistä merkitystä niiden merkitykseen yleiskielessä. Vaikka uusien seikkojen esittäminen johtaisi eri oikeusseuraamukseen (= asian juridis-tekninen identiteettikriteeri), ei asia ole muuttunut toiseksi, jos vastaaja kykenee siihen vastaamaan (asia yleiskielen merkityksessä). Ks. näistä eri merkityksistä *Strömberg* TfR 1993 s. 51–57, (s. 57:) »Den inre aspekten på juridiska termer är nödvändig för förståendet av rättssystemets struktur och tankeinhåll. Den yttre aspekten bör uppmärksammas, emedan ett från rättspolitisk synpunkt ändamålsenligt val av terminologi i lagtexter och annat juridiskt språk befördrar rättsordningens förmåga att påverka människorna, dess genomslagskraft.»

⁹⁴ *Lappalainen* DL 1993 s. 4, *HE 15/1990 vp.* s. 77: ».... oikeudenkäymiskaaren 14:2:ssä tarkoitettua kanteen muuttamista koskevasta kiellosta seuraa, ettei kantaja sanotun lainkohdan vastaisesti voi vasta pääkäsitelyssä muuttaa valmistelussa esittämiään vaatimuksia.» Tans-

Tämä tulkinta merkitsee sitä, että riidan kohde muotoutuu lopullisesti vasta suullisen valmistelun istunnossa. Tuomioistuimen tekemän *yhteenvedon merkitys* korostuu (OK 5:24). Riita-asia sidotaan sillä raameihinsa. Yhteenvedoa on helppo hyödyntää myös pöytäkirjan laatimisessa, jolloin suullisen valmistelun istunnon pöytäkirjakin on riidan kohteen dokumentti.

Tällainen laillisen menettelyn absoluuttisuudesta luopuminen saattaa houkuttaa asianosaisia ja ehkä myös joitakin tuomareita laiminlyömään »etupainotteen» asian valmistelun. Asianosaisille on huomautettava, että laissa säädetään heille haastehakemuksen laatimiseen ja kirjalliseen valmisteluun liittyviä velvollisuuksia, joita on noudatettava. Preklusiouhkaus (OK 5:22) ja kulusanktio (OK 21:5–6) ovat niitä äärimmäisiä keinoja, joilla tuomioistuin voi huolehtia siitä, että menettelysääntöjen mukaiset tavoitteet saavutetaan.⁹⁵ Toisaalta tuomareillekin on huomautettava, ettei kanteenmuutoskiellon vapaampi tulkinta saa merkitä sitä, että jutun voisi vapaasti jättää ajalehtimaan, vaan se päinvastoin edellyttää entistä aktiivisempaa prosessinjohtoa. Tämä vaatimus jopa korostuu, jos meillä omaksutaan Ekelöfin käsitys *laajasta oikeusvoimavaikutuksesta*: kantajalla ei ole oikeutta vedota uudessa oikeudenkäynnissä vaihtoehtoihin kanneperusteisiin, jos hänellä olisi ollut tilaisuus vedota niihin jo ensiprosessissa.⁹⁶ Tuomarin on siten huolehdittava asian valmistelussa siitä, että kantaja vetoaa kaikkiin niihin vaihtoehtoihinkin kanneperusteisiin, joihin hän haluaa vedota, samoin kuin siitä, että vastaaja vetoaa kaikkiin vastatosisekkoihin (OK 5:21.3), jotka

kassa on vallalla tässä kuvattu preklusiosääntöjen merkitystä korostava menettely. Aikaisemmin Tanskan oikeudenkäyntilaissa oli Suomen, Ruotsin ja Norjan lakia vastaava sääntely, mutta sitä muutettiin vuoden 1979 lainuudistuksella, koska kanteenmuutoskiellon tulkinta oli jo käytännössä muuttunut hyvin liberaaliksi. Nykyisessä laissa valmistelun tavoitteita koskeva Retsplejelov § 355 Stk. 4 on hyvin samankaltainen kuin Suomen lain OK 5:19. Valmistelun tavoitteissa ei siis ole eroa. Tanskan laissa ei sen sijaan näytä olevan valmistelua koskevaa kanteenmuutoskieltoa, vaan asianosaisten mahdollisuuksia esittää oikeudenkäyntiaineistoa valmistelun jälkeen rajoitetaan preklusiosäännöillä (Rpl §§ 357, 363). Kanteenmuutos näissä myöhemmissäkin oikeudenkäynnin vaiheissa on lähinnä dispositiivinen kysymys. Jos vastapuoli vastustaa uuden oikeudenkäyntiaineiston esittämistä, tuomioistuin voi sen silti sallia, jos vastapuolelle jää riittävästi aikaa ja mahdollisuus puolustaa intressejään (Rpl § 363 Stk. 1/2). Huomattakoon vielä, että Tanskassa haastehakemuksen sisällölle asetetut vaatimukset eivät ole niin tarkat kuin Suomessa (Rpl § 348 Stk. 2), joten siellä asian valmistelulla näyttää olevan suurempi merkitys riidan kohteen täsmentämisessä, kuin Suomessa. Riita tulee Tanskassa tuomioistuimen käsiteltäväksi »hahmottomammassa» tilassa. Ks. *Gomard* s. 192 ss. Ks. myös Norjan laki Tvistemålsloven § 58, § 59 ja § 62 ja § 300 sekä Saksan ZPO 263 §. Ks. myös *Hov* s. 68 ss., 490 ja *Münchener Kommentar I* s. 1512 ss.

⁹⁵ Prosessinjohtoon tehokeinoja tarkastelee mm. *Lindell* Preklusion s. 16–17.

⁹⁶ Ks. *Virolainen* Materiaalinen s. 176 alaviite 40 ja yksityiskohtaisesti *Virolainen* DL 1990 s. 71–77.

hän tahtoo puolustukseksseen esittää.⁹⁷ Asianosaisten oikeusturvan kannalta on tärkeää, että tuomari on asiaa selvittäessään sellainen menettelyn koossapitävä keskeishahmo, jollaisena sosiaalinen prosessikäsitys hänet kuvaa.

Perusteellisen asian selvittämisen tavoitteena on edelleen se, ettei tuomioistuimen tarvitse miettiä enää tuomiota kirjoittaessaan, missä määrin se voi tehdä asianosaisen vaatimuksista tai väitteistä poikkeavan tuomion.⁹⁸ Uudessa menettelyssä pöytäkirja ei enää pelasta tuomaria, joka valmistelee asian välinpitämättömästi.⁹⁹

Minun mielestäni kanteenmuutoskielto sinänsä tarvitaan myös tulevaisuudessa, mutta sitä koskevia poikkeuksia voidaan tulkita aikaisempaa väljemmin. Kanteenmuutoskiellolla ei saa estää asianosaisia käymästä oikeutta asioissaan.¹⁰⁰ Tuomioistuimellakaan ei liene omasta puolestaan erityistä tarvetta rajoittaa prosessitoimintaa (dispositiivisessa asiassa), mikäli kantajan oikeusturvaodotuksen täyttyminen edellyttää vaatimuksen tai sen perusteeksi väitettyjen tosiseikkojen muotoilemista eikä vastapuoli sitä vastusta. Myöskään sitä ei voida hyväksyä, että vastaajaa suojattaisiin erityisellä prosessioikeudellisella kiellolla, joka saattaa estää aineellisen lainsäädännön tavoitteiden toteuttamisen. Menettelyhän on muuttunut niin, että vastaaja ei enää tarvitse kanteenmuutoskiellon tarkoittamaa suojaa siinä määrin kuin aikaisemmin.

Kanteenmuutoskiellolle on uudessa menettelyssä vaikea löytää tuomioistuinten omista tehtävistä johtuvia syitä. Antaahan valmistelu myös tuomioistuimelle mahdollisuuden perehtyä muuttuvien vaatimusten ratkaisemiseen. Prosessikulttuurimme on ollut tältä osin liian absoluuttinen. Ruotsissa on sen sijaan vallalla vapaampi perusasennoituminen.¹⁰¹ Sellainen on syytä omaksua myös Suomes-
sa.¹⁰²

2.4 MYÖNTÄMINEN

Myöntäminen on asian selvittämistä nopeuttava ja prosessinjohtoa ajatellen hyvin käyttökelpoinen prosessitoimi. Vaatiminen ja myöntäminen muodostavat samaan tapaan vastakkaiset prosessitoimet kuin tosiseikkaan vetoaminen ja tun-

⁹⁷ Asiaa on tarkastellut tämän tutkimuksen painatusvaiheessa ilmestyneessä artikkelissa *Möller JFT* 1995 s. 139, 141–143.

⁹⁸ *Virolainen LM* 1991 s. 382–383.

⁹⁹ Ks. *KKO* 1990:148, *Virolainen LM* 1991 s. 382. Prosessinjohtoon liittyvän ajattelutavan muutoksen osalta ks. *KKO* 1993:89.

¹⁰⁰ *Lindell Preklusion* s. 45.

¹⁰¹ *Ekelöf Rättegång II* s. 128, *Lindell Preklusion* s. 45.

¹⁰² Ks. *Lappalainen DL* 1993 s. 6.

nustaminen. Oikeudenkäymiskaaressa ei ole myöntämisen määritelmää.¹⁰³ Myöntäminen mainitaan monessa säännöksessä, mutta edelleenkin sen merkitys jää kirjallisuudessa ja oikeuskäytännössä esitettyjen määritelmien varaan.¹⁰⁴

Myöntäminen tarkoittaa asianosaisten lausumaa siitä, että hän hyväksyy vastapuolen esittämän vaatimuksen.¹⁰⁵ Myöntäminen voi koskea sekä pääasia-vaatimusta että sivuvaatimusta. Jos kaikki kanteen vaatimukset tai ainakin pääasia-vaatimus myönnetään, voidaan puhua kanteen myöntämisestä. Tällainen määritelmä huomioi sen, että myöntämisen syy voi johtua myös kanteen perusteesta eli konkreettisista tosiseikoista.¹⁰⁶ Kanteen osittaisesta myöntämisestä on kyse silloin, kun vain osa vaatimuksista myönnetään, tai kun jokin vaatimus myönnetään osittain.¹⁰⁷

Riita-asian valmistelussa on selvitettävä asianosaisten vaatimukset. Myöntäminen koko kanteeseen kohdistuvana prosessitoimena on asianosaisten erimielisyyden selvittämistä ajatellen liian laaja prosessitoimi. Lain mukaiseen asian hahmottamiseen päädytään, jos myöntämisen kohteena pidetään lähinnä vaatimuksia. OK 5:2:n perusteella asia nimittäin hahmotetaan vaatimusten ja sen perusteena olevien seikkojen avulla. Tässä rakenteessa myöntäminenkin on vaatimus.¹⁰⁸ Sillä tähdätään tietyn oikeusseuraamuksen määräämiseen.

Myöntämisellä on tarkoitettu yleensä vastaajan prosessitoimea, jota vastaa kantajan kanteesta luopuminen.¹⁰⁹ Myöntäminen on vastaajan oikeusseuraamus-

¹⁰³ OK 14:1:än kirjoitettiin »myöntäminen» vuonna 1960. Oikeuskäytännössä myöntäminen oli omaksuttu jo aikaisemmin. Vrt. esim. KKO 1954 II 54.

¹⁰⁴ Ks. *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus II s. 107, *Lappalainen* Alioikeusuudistus s. 133, *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 330, KKO 1993:57: »Oikeudenkäynnissä tapahtunut kanteen myöntäminen merkitsee sitä, että vastaaja suostuu siihen, että asiassa annetaan kanteen mukainen tuomio.» KKO:n tapauksen johdosta ks. *Virolainen* LM 1993 s. 1062.

¹⁰⁵ *Ekelöf-Boman* Rättegång IV s. 43.

¹⁰⁶ *Halila* katsoo myöntämisen koskevan »kanteessa väitettyä oikeutta» s. 118 ja 147. Viimeaikaisessa suomalaisessa kirjallisuudessa puhutaan myös vaatimuksen myöntämisestä, ks. *Virolainen* Materiaalinen s. 54 ja *Virolainen* LM 1993 s. 1062. Lainsäätäjä käyttää kumpaa-kin määrittelyä: OK 5:27 »kanne on myönnetty» ja OK 24:16,1 »vaatimuksen sen osan, joka on myönnetty». *Olivecrona* s. 184: »Medgivandet står nära erkännandet. Skillnaden ligger däri, att medgivandet hänför sig till käromålet under det att erkännandet hänför sig till motpartens uppgifter om faktiska omständigheter.» Vrt. kuitenkin *Olivecronan* analyysin lopputulos sivulta 191. Ks. myös *Lindell* Partsautonomi s. 50.

¹⁰⁷ *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 320. Meille on omaksuttu alioikeusuudistuksen yhteydessä osatuomio (OK 24:16), jolla tarkoitetaan mm. vaatimuksen myönnetyn osan ratkaisemista erikseen. Osatuomion problematiikasta myöntämisen yhteydessä ks. *Halila* s. 119 ja *Boman* Deldom s. 59 ss.

¹⁰⁸ *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 94.

¹⁰⁹ *Halila* s. 118, *Ekelöf-Boman* Rättegång IV s. 43: »Käranden kan efterge sitt yrkande liksom detta kan medges av svaranden.»

ta koskeva lausuma, joka voidaan rinnastaa lähinnä vaatimuksiin.¹¹⁰ Saksalaisessa oikeudessa myöntämisellä tarkoitetaan »päävaatimuksen» myöntämistä. Saksassa myöntäminen kohdistuu siten riidan kohteeseen, pääasiaan.¹¹¹

Kun vastaajalla on ilman vastakannetta vain rajoitettu mahdollisuus esittää muita kuin kanteen hylkäämiseen tähtääviä vaatimuksia, on luontevaa puhua myöntämisestä vastaajan prosessitoimena. Jos kantaja nimittäin itse tiedostaa pääasiaa koskevan vaatimuksensa vääryyden, hänen käytettävissään on kanteesta luopuminen.¹¹² Ei ole kuitenkaan mielekästä sanoa, että kantaja ei voi myöntää, koska molemmilla asianosaisilla on dispositiivisissa asioissa yhtä laaja määräämisvalta. Ainoastaan oikeudenkäynnin rakenteesta johtuu se, että myöntäminen on tavallisesti vastaajan prosessitoimi.¹¹³

2.4.1 Myöntämisen selvittäminen

Myöntäminen *sitoo tuomioistuinta dispositiivisissa asioissa*.¹¹⁴ Perinteisesti on oltu sitä mieltä, että myöntäminen merkitsee oikeussuhteeseen liittyvää dispoimista, minkä vuoksi se sitoo vain, jos asianosainen voi määrätä riidan kohteesta.¹¹⁵ Koska myöntäminen merkitsee muodollisen tuomion perusteen asettamista, se on mahdollista vain sellaisessa oikeudenkäynnissä, jossa asianosaisilla on valta määrätä riidan kohteesta. Myöntäminen on sidottu kiinteästi määräämisperiaatteeseen.¹¹⁶

Myöntäjä suostuu siihen, että tuomioistuin hyväksyy vastapuolen vaatimuksen tuomiossaan.¹¹⁷ Myöntämisen jälkeen kanneperustetta ei enää tutkita, vaan myönnetty vaatimus muuttuu riidattomaksi. Vaatimuksen hyväksymisen perusteena on pelkkä myöntäminen, joka voidaan sellaisenaan kirjata tuomion pe-

¹¹⁰ Virolainen Alioikeusuudistus s. 94.

¹¹¹ Rosenberg–Schwab s. 841.

¹¹² Näin myös saksalaisessa oikeudessa, jossa lisäksi vedetään tarkka raja aineellisoikeudellisen myöntämisen (BGB 781 §) ja prosessitoimena esiintyvän prosessuaalisen myöntämisen välillä. Ks. siitä Rosenberg–Schwab s. 847. Ruotsissa asiasta kirjoittaa Olivecrona s. 185–186.

¹¹³ Lainsäätäjä on oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista koskevassa lainsäädännössä liittänyt myöntämisen vastaajan prosessitoimiin: vastaajan vastaukseen (OK 5:10), asian ratkaisemiseen valmistelussa (OK 5:27, jossa näkyy myöntämisen ja kanteesta luopumisen suhde) ja vastaajan lausumaan pääkäsittelyssä (OK 6:2). Myöntämisen ja kanteesta luopumisen välistä suhteesta ks. HE 15/1990 vp. s. 70–71.

¹¹⁴ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus II s. 108, Ekelöf–Boman Rättegång IV s. 43–44.

¹¹⁵ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus II s. 108.

¹¹⁶ Rosenberg–Schwab s. 842.

¹¹⁷ Virolainen LM 1993 s. 1062, Strömberg Tfr 1993 s. 54–55.

rusteluihin: »vastaaja on myöntänyt kantajan vaatimuksen X».¹¹⁸ Samalla on kuitenkin korostettava tuomioistuimen velvollisuutta *informoida asianosaista* siitä, mikä merkitys myöntämisellä on. Myöntämisen tulee olla tietoinen ratkaisu.

Myöntämisen motiiveja ei tavallisesti tutkita, joten se voi sisältää hyväksyvän suhtautumisen myös vaatimuksen perusteena oleviin seikkoihin.¹¹⁹ On kuitenkin tilanteita, joissa myöntämisen perusteen tutkiminen ja jopa perusteleminen tuomioissa on tarpeellista. Ensimmäinen tilanne on se, jossa (1) *myöntämisen peruutetaan*. Myöntäminen on peruutettavissa yksipuolisesti, mutta peruutettu myöntäminen jää voimaan todisteena. Tuomioistuimella on velvollisuus tutkia peruuttamisen syiden ja muiden asianhaarojen perusteella sitä, mikä merkitys peruutetulla myöntämisellä on todisteena.¹²⁰

Riita-asian valmistelussa tehdään myös (2) *selvästi aineellisoikeudellista laattaa olevia myöntämisiiä*. Tällainen myöntäminen sisältyy useimpiin riitoihin, joissa vastaaja kiistää kanteen vastatosiseikkaan vetoamalla. Vastaaja tavallaan »hiljaisesti» myöntää kantajan kanteen oikeaksi eikä edellytä kantajan esittävän vaatimukselleen lisänäyttöä tai -perusteita, vaan kiistää kanteen vetoamalla sellaiseen vastatosiseikkaan, joka kumoaa kantajan vaatimuksen osoittaman »oikeus-seuraamusolettaman».¹²¹

Ajatellaan, että kantaja on vaatinut, että A velvoitetaan maksamaan velkakirjan n:o 1 perusteella velkakirjan pääomaa 100.000 markkaa sillä perusteella, että vastaaja on 27.1.1991 antanut omavelkaisen takauksen vel-

¹¹⁸ Myöntämisen kohdalla on keskusteltu siitä, onko se oikeustoimi vai tahdonilmaisu tai onko kyse prosessioikeudellisesta vai aineellisoikeudellisesta toimesta. Tämä keskustelu on johtanut siihen kaksijakoiseen lopputulokseen, joka esitetään *Tirkkosen* oppikirjassa Siviili-prosessioikeus II s. 108: »...tuomioperusteena ...on itse myöntäminen.... Seikkoihin täytyy kuitenkin tuomioperusteissa viitata». Tirkkosen näkemykseen osaltaan vaikuttaa hänen käsityksensä kanteesta, sillä seikkoihin on hänen mielestään viitattava siksi, jotta tiedettäisiin, mikä vaatimus hyväksytään. Toisaalta Tirkkonen pitää aineelliseen totuuteen pyrkimistä siviiliprosessin peruserätyksenä. Uudemmassa kirjallisuudessa myöntäminen määritellään asianosaisen tekemäksi prosessitoimeksi, joka merkitsee vastapuolen vaatimuksen hyväksymistä muodollisella perusteella. Ks. vanhemmasta keskustelusta *Olivecrona* s. 192–200. Uudempia näkemyksiä esittävät *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 330, *Lappalainen* Alioikeusuudistus s. 133, *Ekelöf–Boman* Rättegång IV s. 44: »Eftersom saken är otvistig, sker detta utan någon som helst prövning av den materiella frågan. Liksom vid utevaro meddelas dom på formell grund.» *Rosenberg–Schwab* s. 847: »Das prozessuale Anerkenntnis ist daher nur Prozesshandlung und hat keine Doppelnatur.»

¹¹⁹ *Virolainen* LM 1993 s. 1062 kirjoittaa vuorovaikutuksesta myöntämisen ja tunnustamisen välillä.

¹²⁰ *Virolainen* LM 1993 s. 1064 ja 1066, *Halila* s. 157–158.

¹²¹ *Virolainen* LM 1993 s. 1064.

kakirjan mukaisten velvoitteiden maksamisesta. Luotto on irtisanottu 26.1.1994, mutta se on edelleen maksamatta.

Vastaaja vastustaa kannetta vedoten siihen vastatosiseikkaan, että hänen antamansa takaus on määrääikainen eli puoli vuotta antamispäivän jälkeen voimassa oleva takaus.

Esimerkkitapauksessa vastaaja hyväksyy kantajan vaatimuksen määrältään ja perusteeltaan oikeaksi ja lainmukaiseksi, mutta vetoaa vastatosiseikkaan suoritusselvollisuutensa kumoamiseksi. Kantajan vaatimus perusteineen osoittautuu tuossa tilanteessa riidattomaksi. Se on tärkeää huomata riita-asian valmistelussa, koska sillä on merkitystä pääkäsitteilyn toimittamisen ja todistelun kohdistamisen kannalta. Riidattomuus ei kuitenkaan perustu tunnustamisen kaltaiseen hyväksymiseen, koska vastaaja hyväksyy myös vaatimuksen määrän ja laadun. Toisaalta kyseessä ei ole myöntäminen prosessitoimen merkityksessä, koska vastaaja kiistää suoritusselvollisuuden eikä missään nimessä määrää muodollista perustetta tuomiolle. Kyseessä on lähinnä *kanteen aineellisoikeudellinen myöntäminen*, mikä tarkoittaa sitä, että vastaaja hyväksyy sen, ettei kantajan tarvitse esittää lisänäyttöä vaatimuksensa tueksi siinä tapauksessa, että vastaaja itse ei kykene näyttämään vastatosiseikkaa toteen.¹²² Tuomarin on luonnollisesti tiedusteltava asianosaisilta, onko hänen tulkintansa kantajan kanteen tällaisesta riidattomuudesta yksittäistapauksessa oikea.

Kolmas tilanne on se, jossa (3) *vastaaja nimenomaan perustaa myöntämisen tiettyihin seikkoihin* ja ilmoittaa sen tuomioistuimelle. Sellaiset tilanteet ovat tavallisia, joissa asianosaiset ovat yksimielisiä siitä, mikä on oikea riidan ratkaisu, mutta erimielisiä siitä, millä perusteella. Tällaisessa tilanteessa on tärkeää, että tuomioistuin kuvaa tuomiossaan sen, miltä osin asianosaiset ovat kanteen perusteesta yksimielisiä. Sillä saattaa nimittäin olla merkitystä myöhemmin tuomion tosiasiallisten vaikutusten vuoksi.

Ajatellaan, että kantaja vaatii osituksen ja perinnönjaon kumoamista sillä perusteella, että 1) pesänjakaja on soveltanut avioliittolakia väärin avio-osuuksia laskettaessa ja sisällyttänyt lesken osuuteen sellaista omaisuutta, jota hän ei omista, 2) pesänjakaja ei ole varannut kuolinpesän osakkeille mahdollisuutta lausua mielipidettään siitä, miten leskelle tuleva tasingo maksetaan, 3) pesänjakaja ei ole osituksen laskennallisessa osassa ottanut huomioon tiettyä kuolinpesään kuuluvaa omaisuutta, 4) pesänjakaja ei ole suorittanut perinnönjakoa ollenkaan ja 5) pesänjakaja ei ole todennut, miten tietyt kuolinpesäosuuksien kaupat vaikuttavat luovutuksen saajien osuuksiin kuolinpesässä eikä hän ole suorittanut reaalista perinnönjakoa.

¹²² Ekelöf–Boman Rättegång IV s. 44–45.

Vastaajat myöntävät osituksen ja perinnönjaon kumoamisen ensimmäisen perusteen (1) nojalla, mutta he ovat eri mieltä kantajan kanssa muista kanteen perusteeksi esitetyistä seikoista. Tulevan pesänselvityksen ja perinnönjaon kannalta on tärkeää, että tuomioistuin selittää tuomiossaan sen, mihin seikkoihin myöntäminen perustuu, jottei tuomiota oteta perinnönjaon perusteeksi siltä osin, jolta asiaa ei ole edes tosiasiallisesti tutkittu.

Myöntäminen on kuitenkin lähtökohtaisesti *asianosaisten prosessitoimi eli määräys*, joka dispositiivisessa asiassa lopettaa vaatimuksen perusteiden tutkimisen ja tekee vaatimuksen riidattomaksi. Sen vuoksi on mahdollista, että myös perusteeton tai lakiin perustumaton vaatimus myönnetään.¹²³ Valeprosesseja ei pidä hyväksyä, mutta käytännössä on mahdollista, että myöntäminen voi tulla tuomion perusteeksi asiassa, jossa vaatimus ei perustu lakiin, tai jossa vaatimuksen perusteena esitettävät seikat eivät ole tosia. Tämä johtuu kuitenkin vain siitä käytännöllisestä tosiasiasta, ettei tuomioistuin tiedä asianosaisten välisestä oikeussuhteesta enempää kuin oikeudenkäyntiaineistossa on esitetty. Jos myöntäminen kohdistuu vaatimukseen, joka näyttäisi olevan oikeudenkäyntiaineiston perusteella tosiseikkoihin perustumaton tai peräti ristiriidassa tuomarin kokemusperäisen todellisuuden kanssa, tuomarin on informoitava asianosaista myöntämisen merkityksestä. Tuomarin tulisi pysäyttää mielettömät ja järjen vastaiset vaatimukset selvästi perusteettomina jo ennen haasteen lähettämistä vastaajalle (OK 5:5–6).

Epäselvemmissä tilanteissa lähtökohta on se, että tuomioistuimella on myös myöntämistä arvioidessaan velvollisuus soveltaa normeja viran puolesta ja valvoa, ettei valeprosesseja käydä.¹²⁴ Se voi kuitenkin olla vaikeaa asian valmistelun aikana, koska selvästi lainvastaisia vaatimuksia ei käytännössä myönnetä eikä vaatimusten lainvastaisuus ole vaikeissa tapauksissa vielä asian valmistelussa selvillä. Koska myöntäminen päättää myös kanteen enemmän tutkimisen myönnettyiltä osilta, ei lainvastaisuus välttämättä aina paljastu.¹²⁵

¹²³ *Rosenberg–Schwab* s. 844, *Virolainen* LM 1993 s. 1062–1063 ja siinä mainitut lähteet.

¹²⁴ Tämä asia ratkaistaan punnitsemalla oikeusjärjestyksemme ristiriitaisia arvoja. Toisaalta asianosaisilla on määräämismahdollisuus, mutta toisaalta tuomioistuimen toimintaa ohjaa käyttäytymistä ohjaava tavoite, johon liittyy yhteiskuntamoraalia ja yhteiskuntarauhaa ylläpitävä funktio. Viimeksi mainitut syrjäyttävät asianosaisten määräämismahdollisuuden kollusiotilanteessa, jos sellainen paljastuu. Ks. *Ellilä* s. 269, *Olivecrona* s. 194: (»oikeudellinen näytelmä»), *Boman* s. 60, ja vrt. *Lindell* Partsautonomi s. 54–55. Asiaan liittyvästä shikaanikiellosta ja kollusiivisesta prosessista kirjoittaa *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus I s. 388 ja *Virolainen* LM 1993 s. 1063 ja siinä mainitut tapaukset.

¹²⁵ *Boman* s. 60–61.

3. VAATIMUSTEN PERUSTEIDEN SELVITTÄMINEN

Riita-asian valmistelussa tuomarin on huolehdittava siitä, että asianosaisten vaatimusten perusteet selvitetään (OK 5:19.1,1). Lainsäätäjä on tarkoittanut perusteilla lähinnä oikeustositseikkoja.¹ Hallituksen esitystä kirjoitettaessa on siten ajateltu kantajan vaatimusten perusteita, jotka muodostuvat yleensä oikeustositseikkoista. Sen sijaan vastaajan vaatimusten perusteena voivat olla vastatositseikkojen lisäksi näytöväite tai oikeusväite. Myös ne on selvittävä OK 5:19.1,1:n sanamuodon perusteella. Tarkastelen tässä kuitenkin tosiseikkojen selvittämistä ja palaan oikeuskysymyksiin seuraavassa luvussa.²

Lain lähtökohta on se, että asianomaiset vetoavat oikeustositseikkoihin heti liityessään oikeudenkäyntiin. Kantajan on esitettävä jo haastehakemuksessa yksityiskohtaisesti ne seikat, joihin vaatimus perustuu ja mahdollisuuksien mukaan ne todisteet, jotka hän aikoo esittää (OK 5:2.1,2-3). Jos vastaaja kiistää kanteen, hänen on esitettävä jo vastauksessaan sellaiset kiistämisen perusteet, joilla voi olla merkitystä asian ratkaisemisen kannalta (OK 5:10.1,2). Vaikka lainsäätäjä tarkoittaa OK 5:19:ssä »perusteella» konkreettisia tosiseikkoja eikä vaatimusten oikeudellisia perusteita, ei riita-asian valmistelussa selvitetä vain tapahtumien kulkuja, vaan normit ohjaavat tuomaria kohdistamaan asian selvittämisen oikeudellisesti merkittäviin seikkoihin.³ Oikeustositseikoilla tarkoitetaan juuri eräitä niistä.

¹ HE 15/1990 vp. s. 63–64.

² Riidan kohde yksilöitiin aikaisemmin individualisointiteorian mukaisesti. Sen mukaan ei eroteltu seikkoja, todistustositseikkoja ja oikeustositseikkoja, vaan käsitteitä voitiin käyttää sekaisin ilman, että siitä aiheutui käytännölle suurempaa haittaa. Seikoilla tarkoitettiin yleisesti niitä *syitä* (vrt. OK 11:3.1,3 (L 1960/362) ja OK 24:3), joihin kanne tai tuomio perustui. Ks. *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus* II s. 243.

³ *Engisch* s. 14–15: »Handelt es sich hier nicht um einen Zirkel? Einerseits werden nur diejenigen Momente in den Obersatz einbezogen, für die der konkrete Lebensfall die Heranziehung anregt, andererseits soll ja der konkrete Lebensfall erst anhand der juristischen Obersätze beurteilt, innerhalb seiner das Wesentliche vom Unwesentlichen geschieden werden... Für der Obersatz ist wesentlich, was auf den konkreten Fall Bezug hat, am konkreten Fall ist wesentlich, was auf den Obersatz Bezug hat.» Ks. myös *Virolainen Materiaalinen* s. 171.

Tuomioistuimen on huolehdittava asian valmistelussa siitä, että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota (OK 5:21.3). Tämä sääntö osoittaa lainsäätäjän huomioineen sen käytännöllisen tosiasian, ettei riita-asian valmistelu ole tosiseikkojenkaan osalta oikeusvaikutuksia omaavilla prosessitoimilla (vetoamisilla) operointia, vaan suurelta osin prosessitoimien tekemistä edeltävää tai niistä johtuvaa tosiseikkojen selvittämistä.⁴

Kantaja ei voi enää riita-asian valmistelussa vedota kaikkiin tosiseikkoihin, joihin hän haluaisi vedota. Tämä johtuu kanteenmuutoskiellosta, jota on tarkasteltu edellä vaatimisen yhteydessä. Vastuunjakoon liittyy se, ettei tuomioistuin voi viran puolesta huolehtia siitä, että kaikki asianosaisten mainitsevat seikat myös liitetään oikeudenkäyntiaineistoon, vaan siitä määräävät asianosaiset. Ellei johonkin relevanttiin tosiseikkaan ole vedottu, tuomioistuin ei voi panna sitä tuomion perusteeksi.⁵ Väittämistaakka tarkoittaa muun muassa tätä.⁶

3.1 VÄITTÄMISTAAKKA VASTUUNJAKONA

a)

Väittämistaakka koskee oikeustositseikkoja eli esitetyn vaatimuksen hyväksymisen kannalta välittömästi relevantteja seikkoja.⁷ Todistustositseikat tuomioistuin voi huomioda viran puolesta.⁸ Väittämistaakka merkitsee asianosaisten vastuuta siitä, että hän on vedonnut kaikkiin vaatimuksensa hyväksymisen kannalta relevantteihin seikkoihin.⁹

⁴ Gomard s. 171: »Sagsøger vil ofte først efter at have læst svarskriftet vide, hvad han (yderlige) bør anføre af anbringender og beviser.»

⁵ Virolainen LM 1985 s. 974.

⁶ OK 24:14,2, Virolainen Alioikeusuudistus s. 97, Virolainen LM 1985 s. 975 ja Virolainen LM 1991 s. 378: »vetoamistaakka». Väittämistaakan käsitteen osalta ks. Ovaskainen s. 5 ss. sekä Lappalainen Alioikeusuudistus s. 98 ja alaviitteessä 90 mainitut lähteet. Käytän tässä väittämistaakan käsitettä, joka ei ole niin osuva termi kuin vetoamistaakka, mutta kuitenkin »jo ilmeisen ratkaisevasti» vakiintunut. Ks. siitä Havansi Asianajajan työkentältä s. 94.

⁷ Virolainen Alioikeusuudistus s. 86, Boman s. 10.

⁸ Virolainen Materiaalinen s. 171: »Todistustositseikatkin on kyllä tuotava prosessissa jollakin tavalla esille tai tulee niiden olemassaolo voida päätellä oikeudelle esitettävästä muusta aineistosta. ... Mutta vetoamista... ei todistustositseikan osalta edellytetä.»

⁹ Virolainen LM 1985 s. 974, Rosenberg-Schwab s. 724: »Für jede Partei müssen diejenigen konkreten Behauptungen aufgestellt sein, die die abstrakten Voraussetzungen der ihr günstigen Normen ergeben.» Ks. myös Lappalainen Alioikeusuudistus s. 106, Ovaskainen s. 60 ss., Virolainen Materiaalinen s. 317 ja Gomard s. 171.

Väittämistaakasta säättää OK 24:14,2.¹⁰ Saksassa väittämistaakasta ei ole laissa nimenomaista säännöstä, vaan se johdetaan käsittelyperiaatteesta.¹¹ Ennen alioikeusuudistusta tilanne oli samanlainen myös Suomessa, joskin jo 1980-luvun kuluessa oikeuskäytäntö teki väittämistaakan ainakin periaatetasolla tehokkaaksi.¹²

OK 24:14,2 merkitsee *subjektiivista väittämistaakkaa*.¹³ Asianosaisten esittämiä vaatimuksia ratkaistaessa ei tuomiota saa perustaa seikkoihin, joihin vaatimuksen esittänyt asianosainen ei ole vedonnut.¹⁴ Tällä tavoin lainsäätäjä on myös jakanut väittämistaakkaa asianosaisten kesken.¹⁵ Subjektiiivisesta väittämistaakasta on erotettava objektiivinen väittämistaakka, mikä merkitsee sitä, että tuomioistuimien saa panna tosiseikan tuomion perusteeksi riippumatta siitä, kumpi asianosainen on siihen vedonnut.¹⁶

Dispositiivisissa riita-asioissa *asianosaiset vastaavat* tosiseikkojen liittämisestä tuomioistuimen päätösharkintaan. Se tapahtuu vetoamalla tosiseikkaan.¹⁷ Vetoaminen on oikeudellisia vaikutuksia aiheuttava prosessitoimi.¹⁸ Se on mää-

¹⁰ Ruotsissa on vastaava sääntely kuin Suomessa. Ks. RB 17:3.

¹¹ *Rosenberg-Schwab* s. 724.

¹² *Virolainen* Materiaalinen s. 174–175. Ks. KKO 1982 II 126, KKO 1983 II 11, KKO 1985 II 44, KKO 1986 II 163, KKO 1987:25, KKO 1989:105 ja KKO 1992:12.

¹³ Ks. esim. *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 97, *Lappalainen* Alioikeusuudistus s. 106, *Lappalainen* LM 1990 s. 251 ja *Havansi* Asianajajan työkentältä s. 95.

¹⁴ Vrt. KKO 1989:105 ja KKO 1992:12. Vastaajan väittämistaakan osalta ks. *Lappalainen* Alioikeusuudistus s. 105–106, *Lappalainen* LM 1990 s. 251 ss., *Virolainen* Materiaalinen s. 175–176, *Virolainen* LM 1985 s. 986–988 sekä *Virolainen* LM 1991 s. 384–385: vastaajalla on väittämistaakka vain niistä vastatosisekoista, joiden perusteella hän aikoo vastustaa kannetta.

¹⁵ Ks. väittämistaakan jakautumisesta asianosaisten kesken sekä väittämistaakan ja todistustaakan suhteesta *Virolainen* LM 1985 s. 991–993. Ks. myös *Boman* s. 78 ss., 196 ss. ja 260 ss. ja saksalaisen oikeuden osalta *Rosenberg-Schwab* s. 725–726.

¹⁶ *Virolainen* Materiaalinen s. 172, *Virolainen* LM 1985 s. 993: »Väittämistaakkaa tarkastellaan tällöin tuomioistuimen ja molempien asianosaisten välisenä työnjakokysymyksenä...» Kahtiajaolla on erityisesti merkitystä ns. ennakkotunnustamisen ja ennakkokiistämisen yhteydessä. Ks. niistä tarkemmin *Halila* s. 271 ss. ja *Virolainen* LM 1985 s. 994–995.

¹⁷ OK 5:2 mukaan kantajan on haastehakemuksessaan ilmoitettava yksityiskohtaisesti ne seikat, joihin hänen vaatimuksensa perustuu. OK 5:10 mukaan taas vastaajan on kirjallisessa vastauksessaan esitettävä kiistämislleen (vaatimukselleen) perusteet. *HE 15/1990 vp.* s. 56 mukaan »perusteilla, joilla voi olla merkitystä asian ratkaisemisen kannalta» tarkoitetaan sitä syytä, jonka vuoksi vastaaja kiistää kanteen. Syillä tarkoitetaan perinteisesti OK 24:3:n mukaisesti vaatimuksen perusteena olevaa tapahtumien kulkua tuomarin yksityisten tietojen (mielivallan) vastakohtana. Ks. myös *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 174. Faktaperustelujen ja »syiden» osalta ks. *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus II s. 243–244 ja *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 320–321.

¹⁸ *Virolainen* LM 1991 s. 378.

räys, joka toisaalta *oikeuttaa* tuomioistuimen perustamaan tuomion tiettyyn seikkaan, mutta toisaalta myös *velvoittaa* tuomioistuinta perustelemaan, jos oikeusseuraamusta ei määrätä sellaisen seikan perusteella, johon on vedottu. Vetoaminen on siten se prosessitoimi, jolla asianosainen pyytää, että tuomioistuin panisi tietyn seikan tuomionsa perusteeksi.¹⁹ Tällä tavoin tietty konkreettinen seikka erottuu muusta asiaan liittyvästä tapahtumien kuvauksesta.²⁰ Vetoaminen on erotettava muista tavoista tuoda tosiseikka oikeudenkäynnissä esille. Seikka voi nimittäin tulla esille esimerkiksi katselmuksen tai asianosaisen todistelutarkoituksessa esittämän lausuman yhteydessä. Sellainen esille tuominen ei kuitenkaan saa aikaan vetoamisen oikeusvaikutuksia.²¹

Väittämistäakka merkitsee sitä, että asianosainen kantaa viime kädessä *ris-kin* siitä, että kaikkiin hänen vaatimuksensa hyväksymisen kannalta relevantteihin tosiseikkoihin on vedottu.²² Asianosainen vastaa siten siitä, että hänen väittämänsä tosiseikat »täyttävät» sen normin tunnusmerkistön, jonka perusteella hänen vaatimuksensa mukainen oikeusseuraamus määrätään.²³ Tämä sääntö on asianosaisiin nähden niin ehdoton, että he vastaavat periaatteessa tietämättömyydestä, erehdyksestä, välinpitämättömyydestä tai unohtamisesta johtuvista oikeudenmenetyksistä.²⁴ Riskiä pienentää kuitenkin tuomioistuimen velvollisuus aktiiviseen materiaalliseen prosessinjohtoon, jota uusi laki entisestään korostaa.²⁵

Väittämistäakka merkitsee asianosaiselle myös *suoja*a tuomioistuimen yllättäviä ratkaisuja vastaan.²⁶ Väittämistäakan perusteella asianosainen tietää, mihin seikkoihin ratkaisu perustuu. Tämä funktio liittyy väittämistäakan oikeuspoliittisiin perusteisiin. Asianosaisen yksityisautonomiaan kuuluvissa asioissa

¹⁹ Virolainen LM 1985 s. 988–989, HE 15/1990 vp. s. 67: »Vaikka tuomioistuimen puheenjohtajan ja asianosaisen välisessä keskustelussa tulee esille jokin uusi seikka, jää siihen vetoaminen tai vetoamatta jättäminen kuitenkin aina asianosaisen omaksi asiaksi.» Ks. myös Bomsdorf s. 37, Stein s. 74 ss., Virolainen LM 1991 s. 378.

²⁰ Tapahtumien kuvaus voi olla kuitenkin ns. relevanttia taustaa. Ks. Klami Föreläsningar s. 96.

²¹ Virolainen LM 1985 s. 989.

²² Virolainen Materiaalinen s. 172, Virolainen LM 1985 s. 974.

²³ Asianosaisen subsumption yhteydessä olen kuvannut sitä harkintaa, kuinka konkreettisesti tosiseikasta muodostuu oikeustositseikka. Ks. edellä s. 138 ss. Ks. myös Havansi Asianajajan työkentältä s. 93.

²⁴ Ks. Virolainen Alioikeusuudistus s. 98.

²⁵ Asianosaisen riskin ja prosessinjohtoon suhteesta ks. esim. KKO 1984 II 115, jossa vastaaja oli velkomisjutussa velvoitettu suorittamaan kantajalle tunnustamansa haltijavelkakirjan sisältö. Kun vastaajan kiistämisenänsä tueksi esittämien seikkojen vuoksi olisi asianosaisten henkilökohtainen kuuleminen ja asian perusteellinen käsitteleminen ollut tarpeellista, juttu palautettiin alioikeuteen.

²⁶ Virolainen Materiaalinen s. 171.

lainsäätäjä on halunnut jättää asianosaisen ratkaistavaksi sen, missä laajuudessa hänen vapauspiiriinsä kuuluvia asioita käsitellään oikeudenkäynnissä.²⁷ Toisaalta väittämistaakka yhdistettynä aktiiviseen materiaaliseen prosessinjohtoon edistää kontradiktorisen periaatteen toteutumista. Sillä on myös tärkeä prosessiekonominen funktio.²⁸

3.2 TOSISEIKKOJEN SELVITTÄMINEN

Riita-asian valmistelussa *selvitetään* asianosaisten vaatimusten perusteet. Perusteet muodostuvat tavallisesti konkreettisista tosiseikoista, joiden selvittämistä koskee lisäksi OK 5:21.3:n erityissäännös: tuomioistuimen on huolehdittava siitä, että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota. Riita-asian valmistelussa ei ole niinkään ongelmallista se, saako tuomioistuin perustaa tuomionsa tiettyyn seikkaan, vaan sen selvittäminen, vetoaako asianosainen tiettyyn seikkaan vaatimuksensa perusteeksi. Tavallisimmat tilanteet ovat niitä, joissa (1) asianosainen vetoaa seikkaan epäselvästi tai epätäydellisesti, tai niitä, joissa (2) seikka näkyy oikeudenkäyntiaineistossa tai asianosainen ottaa sen esille, mutta ei huomaamattomuudesta tai tietämättömyydestä johtuen vetoa siihen.²⁹ Tyypillinen esimerkki epätäydellisesti vedotusta tosiseikasta on irtaimen kaupan liittyvä kaupan purkuvaatimus, jonka perusteeksi ei vedota sellaisiin seikkoihin, jotka osoittaisivat, että sopimusrikkomuksella on ollut ostajalle olennainen merkitys. Kysymys on epätäydellisestä kanteen perustosiseikastosta.³⁰ Tosiseikka voi myös nousta esille oikeudenkäynnissä monella tavalla ilman, että siihen olisi nimenomaisesti vedottu. Seikka voidaan esittää esimerkiksi kirjallisissa todisteissa tai asianosainen voi sen mainita.

Epätäydellisesti tai epäselvästi vedottuun tosiseikkaan kohdistettava prosessinjohto ei aiheuta mitään erityisiä riskejä esimerkiksi tuomioistuimen puolueettomuuden suhteen.³¹ Kysymys on OK 5:19.1,1:n soveltamiskentän ydinalueesta: valmistelussa on selvitettävä asianosaisten vaatimusten perusteet. Epätäydellinen tai epäselvä vetoaminen johtuu yleensä asianosaisen huomaamattomuudesta tai tietämättömyydestä, joten prosessinjohtovelvollisuutta näissä tilanteissa ko-

²⁷ Virolainen Materiaalinen s. 172–173.

²⁸ Ks. tarkemmin Virolainen Materiaalinen s. 173–174 ja Virolainen LM 1985 s. 983.

²⁹ Virolainen Materiaalinen s. 250 ss., HE 15/1990 vp. s. 67.

³⁰ Virolainen Materiaalinen s. 252.

³¹ Virolainen Materiaalinen s. 253.

rosta myös OK 5:21.3. Sen perusteella tuomioistuimen on huolehdittava, että asianosaiset mainitsevat kaikki seikat, joihin he haluavat vedota.³²

Sen sijaan oikeudenkäyntiaineistossa esiintyvään seikkaan kohdistettava prosessinjohdo merkitsee usein uuden tosiseikan ottamista esille. Tällainen tosiseikka voi olla 1) vaihtoehtoinen peruste tai 2) kokonaan uutta perustetta merkitsevä seikka.³³ Tyypillinen tilanne on sellainen, että vastaaja kiistää kanteen näyttöväitteen perusteella, mutta tuomari havaitsee käytyjen keskustelujen tai kirjallisen materiaalin perusteella, että vastaaja voisi vedota puolustukseensa myös tiettyyn vastatosiseikkaan. Ennakkokiistäminen ja ennakkotunnustaminen ovat myös tilanteita, joissa asianosainen ottaa esille seikan ilman, että siihen olisi vedottu subjektiivisen väittämistäkin edellyttämällä tavalla.³⁴ Oikeuskirjallisuudessa suhtauduttiin jo vanhan lain aikaan myönteisesti tuomarin oikeuteen selvittää prosessinjohdon keinoin se, vedotaanko tällaiseen uuteen seikkaan.³⁵ Kannanotot olivat kuitenkin suhteellisen pidättyväisiä erityisesti uuden kanneperusteen tai vastatosiseikan kohdalla.³⁶ Uusi menettely muuttanee eräiltä osin näitä kannanottoja. OK 5:21.3 edellyttää sitä, että tuomari selvittää jossain määrin myös asianosaisten tahtoa eli sitä, haluavatko he vedota seikkaan, joka on noussut oikeudenkäynnissä esille. Toisaalta menettely jaetaan nyt valmisteluun ja pääkäsittelyyn ja seikkojen selvittämiseen tähtäävää prosessinjohdo harjoitetaan valmistelussa. Valmistelun tavoitteena on pääkäsittelyn keskittämisen turvaaminen (OK 5:17). Valmistelun aikana esille nouseva uusi tai vaihtoehtoinen peruste ei siten vaaranna oikeudenkäynnin keskittämistä siinä määrin kuin aikaisemmassa menettelyssä. Se pikemminkin palvelee pääkäsittelyn keskittämistä ja vähentää

³² Virolainen Materiaalinen s. 253–255, 263–264, HE 15/1990 vp. s. 67. Laki jättää avoimeksi sen, miten pitkälle tuomioistuin voi tutkia sitä, haluaako asianosainen vedota tiettyyn seikkaan. Oikeuskirjallisuudessa tällaiseen asianosaisten tahdon selvittämiseen on suhtauduttu myönteisesti. Oikeudenkäyntimenettelyn muuttuminen ja asian selvittämisenäkökulman erottaminen vastuunjaosta tukevat näitä näkemyksiä. Ks. Virolainen Materiaalinen s. 267, 274–275, Lappalainen Alioikeusuudistus s. 121–122. Oikeuskäytännössä käsitykset prosessinjohdovelvollisuudesta ovat kehittyneet kohti yhä aktiivisempaa prosessinjohdo. Ks. esim. KKO 1993:89, jossa lakiosan täydennystä koskeva haastehakemus oli puutteellisesti yksilöity, kun siinä ei ollut ilmoitettu täydennyksenä vaadittavaa rahamäärää. Oikeuden olisi tullut kyselyoikeutta käyttämällä kehottaa kantajaa korjaamaan puute.

³³ Virolainen Materiaalinen s. 255–256.

³⁴ Ks. näistä prosessinjohdotilanteista ratkaisuihin Virolainen Materiaalinen s. 264–265. Ennakkokiistämisestä on kysymys silloin, kun asianosainen kiistää ennakkolta seikan, johon vastapuoli ei ole vedonnut, vaikka hänellä on siitä väittämistäkään. Ennakkotunnustamisesta taas on kysymys silloin, kun asianosainen ilmoittaa todeksi sellaisen itselleen haitallisen seikan, johon hänen vastapuolensa ei ole vedonnut, vaikka hänellä on siitä väittämistäkään.

³⁵ Virolainen Materiaalinen s. 256, 263–264, 274–276.

³⁶ Virolainen Materiaalinen s. 256.

muutoksenhakuriskiä.³⁷ Riitasuhteen mahdollisimman täydellinen käsittely eli myös vaihtoehtoisten kanneperusteiden ja kaikkien vastatosiseikkojen selvittäminen jo ensiprosessissa on myös asianosaisten oikeusturvan kannalta ensiarvoisen tärkeää, mikäli meille hyväksytään ns. laaja oikeusvoimavaikutus.³⁸

Edellä mainitut tilanteet ovat käytännössä tavallisimpia tosiseikkojen selvittämiseen liittyviä prosessinjohtotilanteita. Vähän harvinaisemman uuden toiseikan ongelman muodostavat ne tilanteet, joissa seikka ei ilmene oikeudenkäyntiaineistosta, vaan tuomari ottaa sen omasta aloitteestaan esille. Kysymys on nousut yhä uudelleen esille alioikeusuudistuksen yhteydessä pidetyssä koulutuksessa. Virolainen on käsitellyt ongelmaa oikeuskirjallisuudessa.³⁹ Tässä tilanteessa on pidetty riskinä sitä, että tuomioistuimen puolueettomuus vaarantuu.⁴⁰ Tämä prosessinjohtotilanne ei ole käytännössä kuitenkaan aina samanlainen.

Aikaisemmin on perusteltu jo se, että uudessa menettelyssä tuomarin on muodostettava itselleen oikeudenkäynnin aikana käsitys niin jutun tosiseikoista kuin asian ratkaisemiseen sovellettavista normeista. Tosiseikastomateriaali ei tule enää ratkaisuun annettuna (niin kuin suullis-pöytäkirjallisessa menettelyssä), vaan uudessa menettelyssä oikeudenkäyntiaineisto ennemminkin tiivistyy kuin laajentuu asian valmistelun aikana. Asian valmistelussa tuomarin tavoitteena on saada muodostettua itselleen käsitys siitä riitaisesta oikeussuhteesta, joka hänen pitää ratkaista. Tuomion perustelemisselvollisuus ja ratkaisupakko aiheuttavat asian hahmottamiseen tähtäävän tavoitteen. Tuomari ei pääse ratkaisua tehdessään tajuutansa ulkopuolelle. Hän on välttämättä sidottu siihen kuvaan tapahtumien kuluista, jonka hän kykenee muodostamaan itselleen asianosaisten ja todistajien lausumien perusteella.⁴¹ Asianosaisilla taas on asiassa omat intressinsä, kuten jutun voittaminen. He pyrkivät sen vuoksi vakuuttamaan tuomarin oman asian

³⁷ Virolainen Materiaalinen s. 256.

³⁸ Virolainen DL 1990 s. 71 ss.

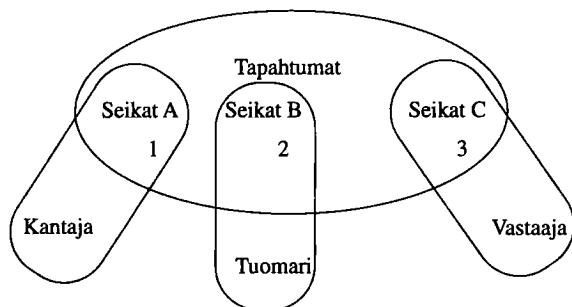
³⁹ Virolainen Materiaalinen s. 279 ss.

⁴⁰ HE 15/1990 vp. s. 67: »... Tuomioistuimen puheenjohtajan tehtävänä ei momentin perusteella tietenkään ole ryhtyä kuulustuttamalla asianosaista selvittämään kaikkia mahdollisia seikkoja, joilla ehkä saattaa olla asiassa merkitystä, vaan hänen tulee pysytellä asianosaisten esitysten puitteissa.», Lappalainen Alioikeusuudistus s. 121–122: »Toimiiko tuomari puolueettomuutensa rajoissa vai sitä loukaten, jos hän kohdistaa kyselytoimenpiteensä sen selvittämiseksi, haluavatko asianosaiset »laajentaa prosessin kohdetta»? ... Yksimielisiä on oltu rajauksesta, ettei tuomari saa ryhtyä varsinaisiin tutkimuksiin sen selvittämiseksi, tarjoaisiko juttu aihetta lisävaatimuksiin tai lisäperusteisiin, vaan kyselyoikeuden käytön tulee pohjautua käsitillä olevaan prosessiaineistoon.», Virolainen Alioikeusuudistus s. 91: »..., ei puheenjohtajan tehtävänä ole kuitenkaan ryhtyä selvittämään kaikkia mahdollisia seikkoja, joilla ehkä saattaisi olla asiassa merkitystä, vaan hänen tulee pysytellä asianosaisten esitysten ja todisteista ilmenevien seikkojen puitteissa.»

⁴¹ Aarnio LM 1977 s. 334: »Esiymmärtäminen määrää tapaa, jolla kohteen yksityiskohtia

hahmottamistapansa oikeellisuudesta. Rationaalisessakin oikeudenkäynnissä esiintyy erilaisista tiedonintresseistä johtuen erilaisia käsityksiä relevanteista tosiseikoista.⁴²

Kuvio 18. Tosiseikkojen selvittämiskenttää havainnollistava kuvio. Prosessisubjektien käsityksiä kuvaavat ympyrät voivat myös leikata toisensa eri tavoin.



- 1) Ne seikat, joihin kantaja vetoaa.
- 2) Ne seikat, joiden tuomari tietää liittyvän asiaan.
- 3) Ne seikat, joihin vastaaja vetoaa.⁴³

Väittämistaakka tarkoittaa sitä, että tuomari saa perustaa tuomionsa vain niihin seikkoihin, joihin asianosaiset ovat vedonneet (seikat A ja C). Tuomiota ei saa perustaa seikkoihin B. *Objektiivinen väittämistaakka* tarkoittaa sitä, että kummankin asianosaisten vaatimuksen hyväksymisen perusteena saadaan käyttää kaikkia asianosaisten väittämiä seikkoja; esimerkiksi kantajan vaatimus voidaan hyväksyä seikkojen A ja C perusteella. *Subjektiiivinen väittämistaakka* taas tarkoittaa sitä, ettei tuomioistuimien saa käyttää toisen osapuolen väittämiä seikkoja toisen osapuolen vaatimuksen hyväksymiseksi; esimerkiksi kantajan kannetta ei saa hyväksyä seikkojen C perusteella, ellei myös hän ole vedonnut niihin. Meille on OK 24:14,2:ssä säädetty subjektiivinen väittämistaakka.⁴⁴

jäsennetään, tämä tapa heijastuu siihen käsitykseen, joka tulkitsijalla on yksityiskohtien muodostamasta kokonaisuudesta, kokonaisuus vaikuttaa yksityiskohtien tulkintaan jne. Olennaista on hermeneutiikan mukaan se, että tulkitsija ei voi murtautua ulos tästä kehästä, vaan ymmärtäminen on nimenomaan tulosta kehässä liikkumisesta.»

⁴² Loosli s. 6, 11–15.

⁴³ Yleensä prosessin osapuolten näkemykset ovat yhtenevät ainakin joidenkin seikkojen osalta. Vrt. Loosli s. 37. Tällä kuviolla voidaan selittää myös väittämistaakkaa.

⁴⁴ Virolainen Alioikeusudistus s. 87.

Mitä ovat seikat B eli tuomarin tiedossa olevat seikat? Tuomari voi tietää asiaan liittyvistä konkreettisista tosiseikoista monella tavalla. Hän on voinut (1) esimerkiksi lukea lehdistä riidan perustana olevista tapahtumista tai kuulla asiaan liittyviä keskusteluja. Toinen mahdollisuus on se, että (2) tuomari tietää kokemuksensa perusteella asian ratkaisemiseen käytettävän normin ja tuntee normin tunnusmerkistön, johon kuuluu kolme abstraktista tosiseikkaa eli tunnusmerkistötekijää (esimerkiksi A1, B1 ja C1). Jos asianosaiset vetoavat seikkoihin A ja C, jotka täyttävät tunnusmerkistötekijät A1 ja C1, on hyvin tavallista, että tuomari kysyy, onko asiassa myös sellaisia seikkoja, jotka täyttävät tunnusmerkistötekijän B1. Kolmas (3) tyypillinen tilanne on se, että tuomari on käsitellyt samanlaisia asioita myös aikaisemmin ja tietää kokemuksensa perusteella, että kaikissa aikaisemmissa asioissa, joissa on vedottu seikkoihin A ja C, on esiintynyt myös seikka B.

3.2.1 Tuomarin henkilökohtaiset tiedot prosessinjohtossa

Näitä tilanteita koskeva normi on meillä ilmaistu tavallisesti niin, että oikeudenkäyntiaineiston täytyy ohjata tuomarin prosessinjohtoa.⁴⁵ Tuomari ei siten saa käyttää prosessinjohton perustana henkilökohtaisia tietojaan asiaan liittyvistä tapahtumista.⁴⁶ Tämä sääntö on peräisin jo pandektitieteestä. Kysymys on käsittelyperiaatteen soveltamisesta *judex secundum allegata et probata judicare debet* -säännön muodossa. Tuomari ei saa omilla henkilökohtaisilla tiedoillaan täydentää oikeudenkäyntiaineistoa, vaan tosiseikkojen liittäminen siihen on asianosaisten tehtävä. Tähän liittyy väittämistaakka, joka sitoo tuomioistuinta: *quod non est in actis, non est in mundo*.

Jo 1800-luvun keskustelussa erotettiin tuomarin yksityishenkilönä hankkimat tiedot ja toisaalta tuomarin ammattiin perustuvat tiedot. Tuomari rinnastettiin yksityishenkilönä todistajaan ja häntä kiellettiin käyttämästä yksityishenkilönä hankkimiaan tietoja tuomioiden perusteena. Poikkeuksen muodostivat ns. notoriset eli yleisesti tunnetut tosiseikat, joihin tuomion sai perustaa.⁴⁷ Niitä koskeva erityissääntö on myös Suomen laissa (OK 17:3.1). Väittämistaakkaa koskeva velvollisuus (OK 24:14.2) edellyttää kuitenkin nykyisin sitä, että asianosai-

⁴⁵ HE 15/1990 vp. s. 67.

⁴⁶ Virolainen Materiaalinen s. 247.

⁴⁷ Stein s. 77.

nen vetoaa myös notoriseen oikeustositseikkaan ennen kuin tuomioistuin voi perustaa siihen tuomionsa.⁴⁸ Stein käsitteli tuomarin ammattiin perustuvia tietoja kokemussääntöinä. Hän kielsi tuomion perustamisen niihin, koska hän piti todisteita ja asianosaisten lausumia ainoina tuomioistuimen tiedonlähteinä.⁴⁹

1800-luvun keskustelussa ei ymmärrettävästi tarkasteltu prosessinjohtoa, koska koko kyselyoikeus oli vasta kehityksessä. Menettely oli suurelta osin kirjallista ja yleissaksalaisen prosessioikeuden perinteen mukaisesti asianosaisilla oli määräämis- ja käsittelyperiaatteiden mukainen vapauspiiri. Tuomioistuimen kyselyoikeutta pidettiin kovin ongelmallisena.

Uuden riita-asiaiden menettelyn tavoitteet muuttavat tätä asetelmaa. Tuomioistuimella on velvollisuus kontrolloida normien käyttäytymistä ohjaavan funktion toteutumista (handlingsdirigering).⁵⁰ Tuomioistuimen on siten pyrittävä aineellisoikeudellisesti oikeisiin ratkaisuihin myös dispositiivisissa riita-asioissa.⁵¹ Uudessa laissa asian selvittämistä koskevat säännöt edellyttävät sitä, että tuomioistuimella on aikaisempaa kyselyoikeutta laajempi asian selvittämismahdollisuus.⁵²

Vastuunjakoa koskevan väittämistaakan vuoksi on kuitenkin hyväksyttävä se, ettei tuomari saa ottaa viran puolesta esille sellaisia seikkoja, joiden hän tietää liittyvän juuri käsiteltävänä olevaan riitasuhteeseen (esimerkiksi seurattuaan asianosaisten naapurina riidan kehittymistä tai luettuaan asiasta lehdistä olleita tietoja). Tällaisessa tilanteessa prosessinjohto muodostuisi sillä tavoin tietoa valikoiduksi, että tuomari menettäisi puolueettomuutensa. Tuomarin henkilökohtaiset tiedot käsiteltävänä olevasta asiasta ovat siten seikkoja, joihin prosessinjohtoa ei saa perustaa.⁵³

Prosessinjohtoon laajuutta koskevassa keskustelussa ei ole aikaisemmin huomioitu tuomarin *esiymmärryksen* merkitystä. Tuomari oppii säännönmukaisuuksia käsittelemistään asioista. Hän rutinoituu ratkaisutoiminnassa. Käsiteltävä asia, joka ehkä asianosaisille on ainutkertainen, voi olla tuomarille rutiiniasia, jonka kaltaisia hän on käsitellyt 50 kertaa aikaisemmin. Tapauksista kertyvä kokemus eli kokemussäännöt ja esiymmärrys kuuluvat tuomarin tajuntaan myös hänen kä-

⁴⁸ Virolainen LM 1985 s. 988 ja Ovaskainen s. 87.

⁴⁹ Stein s. 72.

⁵⁰ Ekelöf-Boman Rättegång I s. 14.

⁵¹ Möller Oikeus, demokratia, informaatio s. 174.

⁵² Lindell Partsautonomi s. 22: »Dispositionsrätten påverkas således inte av en kraftfull materiell processledning, men däremot kan dispositionsmöjligheten påverkas av en slapp materiell processledning.» Ks. myös Möller Oikeus, demokratia, informaatio s. 174 ja Lappalainen Alioikeusuudistus s. 119–120.

⁵³ Stein s. 83.

sittellessään uutta samanlaista asiaa. Saako hän käyttää kokemustietoaan prosessinjohtoon perustana (tapaukset 2–3 edellä kuvatussa kuviossa)?

Periaatteessa vastaus on myöntävä. Voiko tuomari edes välttää esiymmärryksen vaikutusta? Tuomarin aikaisemmat kokemukset vaikuttavat siihen, miten hän ymmärtää käsiteltävän asian. Kun tuomari kokemuksensa perusteella tietää, että esitetyn vaatimuksen hyväksyminen normin I perusteella on aina edellyttänyt konkreettista tosiseikkaa B, hän saa kysyä tuota seikkaa myös esillä olevassa asiassa. Vastaavasti, jos tuomari kokemuksen perusteella tietää, että tosiseikkojen A ja C esiintyessä on aina esiintynyt myös tosiseikka B, hän saa tiedustella tämän säännönmukaisuuden toistumista myös esillä olevassa asiassa.

Perustelen näkemystäni sillä, ettei *esiymmärrys* tarkoita samaa »tuomarin henkilökohtaista tietämystä», jota säännöt *judex secundum allegata et probata judicare debet* ja *quod non est in actis, non est in mundo* tarkoittavat, ja jonka käytön Stein kieltää.⁵⁴ Tuomarin tietämys ei perustu esillä olevan asian tosiseikoista tehtyihin havaintoihin. Siitä, että tuomari näin toimiessaan olisi toisen asianosaisten puolella ja puolueellinen, ei saa olla kysymys, vaan lähtökohtana on oltava se, että tuomari ottaa seikan esille spontaanisti huomioimatta sitä, kummalle asianosaiselle se on edullinen.⁵⁵

Tavallisimmin näissä tilanteissa on kysymys siitä, että tuomari huomaa, ettei asianosaisten tarkoittaman normin tunnusmerkitö täyty vedottujen tosiseikkojen perusteella. Tuomioistuimen käyttäytymistä ohjaava tehtävä edellyttää sitä, että tuomari selvittää mahdollisuudet oikean ratkaisun tekemiseen. Asian selvittämistavoitteen ja tuomitsemisen raja ei ole tarkka, mutta se on psykologisesti ilmeisen tärkeä.⁵⁶ Toisaalta myös asianosaisten oikeusvarmuus ja yllättävien

⁵⁴ Stein s. 75–76.

⁵⁵ Lindell Partsautonomi s. 22: »Att vara partisk innebär att man avsiktligt gynnar någon på bekostnad av en annan. En domare kan därvid i realiteten vara partisk genom att förhålla sig passiv utan att därvid riskera att bli betraktad som partisk.» Ks. myös Virolainen Materiaalinen s. 280, Ekelöf Rättegång V s. 74, Taksøe-Jensen s. 527 ss.

⁵⁶ Virolainen Materiaalinen s. 272–274. Esimerkiksi kysymys, »onko tämä saatava vanhentunut», on muotoiltu tavalla, jossa sekoitetaan nämä kaksi ratkaisutoiminnan tavoitetta. Kun puhutaan saatavan vanhentumisesta, puhutaan jo oikeudellisesti arvioidusta tosiseikasta. Kysymys ei siten kohdistu vain tosiseikkaan, vaan ilmoittaa osan tuomioistuimen oikeudellisesta harkinnasta. Tässä mielessä tuomioistuin ennakoii asianosaisten toimenpiteitä eli ottaa osan asianosaisten roolista hoitaakseen ilman, että asianosaisella on mahdollisuus ilmaista tahtoaan asian suhteen (= inkvisitorinen tai tutkintamenetelmä). Siksi kysymys tuntuu tunkeilevalta. Oikeampaa olisi kysyä: »Milloin tämä velka on otettu?» Sitä kautta päädytään epäilemättä samaan lopputulokseen kuin suoralla kysymykselläkin, mutta ero on siinä, että tuomioistuin toimii asian selvittämistarkoituksessa ja asianosaisten esittää mahdollisen vanhentumisväitteen oman tahtonsa mukaisesti. Merkitystä on myös sillä, mistä syystä tuomari epäilee saatavaa vanhentuneeksi. Ks. myös Aalto LM 1962 s. 569–570: »Lainsäätäjän omaksuma kannanotto mer-

ratkaisujen välttäminen edellyttävät sitä, että tuomari selittää asianosaisille, että hänen mielestään normin soveltaminen edellyttää myös seikkaan B vetoamista.⁵⁷

3.2.2 Tehtävien jaon ja vastuunjaon erottaminen

Prosessinjohtotavalla on olennainen merkitys tuomarin puolueettomuuden kannalta. Asia on valmisteltava niin, että tuomioistuin pysyy puolueettomana. Tuomari ei siten saa erityisesti ryhtyä kuulustelemaan asianosaisia eli tutkimaan asiaa.⁵⁸ Sen sijaan tuomari voi ottaa keskustelussa esille seikkoja, joihin asianosaisilla on hänen kokemuksensa mukaan tapana samanlaisissa asioissa vedota. Uusi menettely suosii tuomarin aktiivisuutta. Riita-asian valmistelu voidaan toteuttaa vapaamuotoisena keskustelutilanteessa, jossa tuomioistuimen kyselyoikeus ei toteudu oikeudellisia vaikutuksia omaavina prosessitoimina, vaan asianosaisen välisen erimielisyyden selvittämiseen tähtäävänä keskusteluna.⁵⁹ Tältä osin voidaan puhua yhteistoiminnasta asian selvittämiseen liittyvän informaattiosuhteen periaatteena.⁶⁰ Informaattiosuhteesta käytetään saksalaisessa kirjallisuudessa myös nimitystä tehtävien jako tai työnjako (Arbeitsteilung).⁶¹

Vastuunjako ja informaattiosuhde on erotettava toisistaan. Asianosainen päättää sen, liitetäänkö tuomioistuimen esille ottama seikka oikeudenkäyntiaineistoon.⁶² Voihan olla niin, ettei seikka kuulu asian tapahtumiin. Asianosainen voi myös tietää, ettei seikka ehkä olekaan relevantti: on voinut tulla uusi ennako-

kitsee ennen muuta sitä, että asianosaisen mahdollinen kyvyttömyys jutun ratkaisulle relevanttien seikkojen selvittämisessä ei nykyisen prosessikäsitteen mukaan saa muodostua etsittävän totuuden esteeksi.»

⁵⁷ Ks. *Ekelöf–Boman Rättegång* I s. 61, *Lindell Partsautonomi* s. 42–43, *Lappalainen Alioikeusuudistus* s. 114–116, *Virolainen Materiaalinen* s. 255–280, *Virolainen DL* 1989 s. 58 ja *Virolainen Alioikeusuudistus* s. 93. Saksalaisen oikeuden osalta ks. *Baur–Grunsky* s. 28: kirjassa suositellaan saman tyyppistä prosessinjohtoa kuin pohjoismaisessa kirjallisuudessa. Saksan oikeudessa kysymys liittyy neuvontavelvollisuuteen (Frage- und Hinweispflicht). Saksassa näyttää olevan niin, että vanhemman polven kapea-alaisempaa neuvontaa kannattavat tutkijat puhuvat Frage- und Aufklärungspflicht-velvollisuudesta tai pelkästään Fragepflicht velvollisuudesta. Uudemmissa kirjoissa puhutaan Frage- und Hinweispflicht-velvollisuudesta. Edellisten osalta ks. *Jauernig* s. 77, *Rosenberg–Schwab* s. 456 ja jälkimmäisen osalta *Baur–Grunsky* s. 25.

⁵⁸ *HE 15/1990 vp.* s. 67, *Virolainen Materiaalinen* s. 279, *Lappalainen Alioikeusuudistus* s. 120–121.

⁵⁹ *Rosenberg–Schwab* s. 456 ss., *Bomsdorf* s. 173–176, *Peters* s. 114–115.

⁶⁰ Vuorovaikutuksesta ks. myös *Jokela LM* 1994 s. 158.

⁶¹ *Birk NJW* 1985 s. 1496, *Brehm AnwBl.* 1983 s. 193, 195, *Vollkommer* s. 45–47.

⁶² *Virolainen LM* 1985 s. 983. Väittämistäakka on oikeuspoliittinen valinta. Kyse ei ole

tapaus, joka ei ole tuomioistuimen tiedossa. Tuomarilla ei ole oikeutta sitoutua esillä olevassa asiassa johonkin aikaisemman tapauksen perusteella kuvittelemaansa tosiseikastoon.⁶³ Käsiteltävät asiat sisältävät rutiinijuttuinakin omat erityispiirteensä ja seikkansa, joihin tuomioistuin voi perustaa tuomionsa vasta, kun asianosainen on niihin vedonnut.

Tosiseikkaan vetoamisen sitovuus tarkoittaa sitä, että vetoaminen on määräys eli tavallaan normi tuomioistuimelle. Myös asianosaisen tietoinen ratkaisu olla vetoamatta tiettyyn tosiseikkaan on normi, joka rajoittaa tuomioistuimen tutkimismahdollisuuksia. OK 24:14,2 merkitsee sitä, että vastuu tosiseikan liittämistä tai liittämättä jättämisestä oikeudenkäyntiaineistoon on jätettävä asianosaiselle.⁶⁴ Tämän prosessitoimen (vetoamisen tai vetoamatta jättämisen) täytyy kuitenkin olla asianosaisen tietoinen ratkaisu. Jos asianosainen ei ymmärrä velvollisuuttaan vedota tosiseikkoihin, ei vetoamatta jättäminen merkitse sitä, että hän olisi määrännyt jotain. Hän voi vaikuttaa asian käsittelyyn vasta, kun hän ymmärtää vastuunsa ja tekee mahdollisuuksiaan harkiten ratkaisun siitä, vetoaako hän tiettyyn tosiseikkaan vai ei. *Tämä ratkaisu sitoo tuomioistuinta.*⁶⁵

asianosaisen toimimisvelvollisuudesta, johon hänet voitaisiin pakottaa, vaan passiivisuudesta aiheutuvasta epäedullisesta seurauksesta. Virolainen LM 1985 s. 974: »Asianosaiset saavat toimia mielensä mukaisesti, mutta omalla vastuullaan.» Ks. myös Virolainen Materiaalinen s. 173–174.

⁶³ Engeström–Haavisto–Pihlaja s. 120 kuvaa esiyymärryksen vaikutusta prosessinjohtoon: »Puheenjohtaja mainitsee useassa yhteydessä varautuvansa todistajien kuulusteluun mielessään ennalta muodostamansa ajatuskehikko. ... Puheenjohtaja kertoo myös, että ajatuskehikko on hänellä mielessä päätöstä muokattaessa. ... Puheenjohtajan haastattelu: »Kyllähän minä tarkkaan seurasin ja analysoin sitä, että minkälaisia kysymyksiä on tulossa. Ja myöskin minulla oli se kehikko mielessä, että mitä todistajilta täytyy irti saada. Ja kun en mennyt hätäilemällä, minusta ne aina tuli siinä,...» Tämä puheenjohtajan »prosessinjohtosuunnitelma» on käyttökelpoinen niin kauan, kuin se merkitsee vain esiyymärryksen ohjaavaa vaikutusta prosessinjohtoa koskevassa työssä. Silloin, kun prosessinjohtosuunnitelma merkitsee sitä, että tuomari mielikuvituksensa perusteella muodostaa kuvan käsiteltävästä asiasta ja käy sitä todistelussa toteennäyttämään, on tuomari ylittänyt vastuunjaon mukaisen asianosaisautonomian rajan. Asianosaiset päättävät siitä, millaisia faktoja asiassa todistetaan. Jos näkemykset tuomioistuimen ja asianosaisten välillä eroavat tuomarin »prosessinjohtosuunnitelman» vuoksi, on käsityserot selvitettävä materiaalisella prosessinjohtolla.

⁶⁴ Ks. Lindell Partsautonomi s. 11 ja Virolainen Alioikeus uudistus s. 93: voidaan puhua asianosaisautonomiasta.

⁶⁵ Tätä tarkoittaa Lindell vaatiessaan, että asianosaisen määräämisvapaudesta on prosessinjohtolla kehitettävä määräämismahdollisuus. Ks. Lindell Partsautonomi s. 22. Lappalainen DL 1989 s. 97: »Jos jonkin tosiseikan huomioon ottaminen edellyttää, että siihen asianosaisten taholta vedotaan, merkitsee vetoamatta jättäminen, ettei tosiseikka tule tuomioistuimen tutkinnan piiriin.» Carlson DL 1939a s. 299: »... on huomattava, että prosessiaineiston täydellisyys ja sen mukaan tuomion perustuvaisuus tosioihin suureksi osaksi riippuu siitä, että asianosaiset ovat, joko omasta aloitteestaan tai oikeuden kysymyksestä, lausuneet mielensä kaik-

3.3 TUNNUSTAMINEN

3.3.1 Tunnustaminen riita-asian valmistelussa

Tarkastelen tunnustamista riidan kohteen selvittämiseen liittyvänä prosessitoimena. Sitä voidaan nimittäin pitää riita-asian valmistelussa käyttökelpoisena keinona erottaa riidattomia seikkoja riitaisista. »Jos asianosainen on asiassa, jossa sovinto on sallittu, oikeudessa tunnustanut jonkin seikan, niin tunnustus on hänen osaltaan sitova.»⁶⁶ Tunnustaminen on asianosaisen prosessitoimi, jolla hän hyväksyy sen, että jokin vastapuolen väittäjä, tunnustajan kannalta kielteisiä oikeudellisia vaikutuksia aikaan saava seikka otetaan tuomion perusteeksi.⁶⁷

Asianosainen *vastaa* tunnustamisen vaikutuksista. Joskus ajatellaan, että tunnustaminen on vastaajan prosessitoimi. Tämä voi johtua siitä, ettei tunnustamista ja myöntämistä ole aina käytännössä osattu erottaa toisistaan. Myöntäminenhan on lähinnä vastaajan prosessitoimi. Tunnustaa voivat sen sijaan molemmat asianosaiset.⁶⁸

Tunnustamistaakkaa ei voida jakaa esimerkiksi todistustaakan tapaan, vaan molemmat asianosaiset voivat tunnustaa itselleen kielteisiä seikkoja.⁶⁹ Tunnustamista onkin pidettävä asianosaisen mahdollisuutena määrätä myös itselle kielteisistä seikoista.⁷⁰ Tunnustamisen sitovuus on siten johdonmukainen lisä väittämistäakalle. Saksalaisessa oikeudessa molemmat prosessitoimet johdetaankin käsittelyperiaatteesta.⁷¹

Kirjallisuudessa on keskusteltu siitä, mikä on tunnustamisen oikeudellinen luonne. Onko kyse tahdonilmaisesta (Willenserklärung), kokemusperäiseen tietoon perustuvasta määräyksestä (Wissenserklärung) vai ei-kokemusperäiseen tie-

kien niiden ilmoitusten todenperäisyydestä, jotka voivat vaikuttaa asian ratkaisuun, ja että, kuten ylempänä jo lausuin, nykyään tässä suhteessa rikotaan niin paljon, että oikean käytännön luominen näissä asioissa on pakottavan tarpeen vaatima.»

⁶⁶ OK 17:4.1.

⁶⁷ Halila s. 67, Tirkkonen Siviiliprosessioikeus II s. 103.

⁶⁸ Ekelöf-Boman Rättegång IV s. 46.

⁶⁹ Todistustaakan ja tunnustamisen suhteesta ks. Halila s. 66–69.

⁷⁰ Tunnustamisen kielteisen vaikutuksen ja todistustaakan liittymäkohdista ks. Halila s. 69–71.

⁷¹ Arens-Lüke s. 165. Ekelöf kirjoittaa tunnustamisen oikeuspoliittisesta perusteista samaan tapaan kuin väittämistäakan perusteista (Rättegång IV s. 50): »Civilprocessen skulde illa fullgöra sin uppgift i ett samhälle, där det råder avtalsfrihet och fri företagsamhet, såvida inte parterna kunde disponera över sina angrepps- och försvarsmedel. Liksom en part kan underlåta att åberopa ett för honom fördelaktigt rättsfaktum, måste han även kunna erkänna ett sådant som är till fördel för motparten.»

toon perustuvasta määräyksestä (Wollenserklärung)?⁷² Tämän esityksen perusteeksi riittää lyhyt määritelmä: tunnustaja hyväksyy sen, että tunnustettu tosiseikka asetetaan tunnustetussa muodossa tuomion perusteeksi.⁷³

3.3.2 Tosiseikat tunnustamisen kohteena

Tunnustamisella tarkoitetaan yleensä vaatimusten perusteena olevien konkreettisten tosiseikkojen tunnustamista.⁷⁴ Tunnustamisen kohteena pidetään tavallisesti sellaisia konkreettisia tosiseikkoja, jotka ovat relevantteja ja vaikuttavat tunnustajan kannalta kielteisesti.⁷⁵ Tosiseikkojen relevanttiuden vaatimus liittyy käsitteekseni siihen, että tunnustamisen oikeuspoliittiset edut konkretisoituvat siinä, ettei tunnustetuista tosiseikoista enää tarvitse esittää muuta näyttöä. Näytön kohteena taas ovat vain ne seikat, joilla on merkitystä asianosaisten vaatimusten hyväksymisen kannalta, so. relevantit tosiseikat eli oikeustositseikat.⁷⁶ Riita-asian valmistelun kannalta en kuitenkaan korostaisi tunnustettavien seikkojen välitöntä relevanttiutta, sillä valmistelussa käydään varsin vapaamuotoista keskustelua riidan taustalla olleista tapahtumien kuluista, jotka jo sinänsä ovat tuomarin kannalta merkityksellistä tausta-aineistoa.⁷⁷ Usein vielä valmistelussa jotkut noista seikoista osoittautuvat välittömästäkin relevanteiksi. Tunnustaminen on myös tätä relevantin taustan selvittämistä ajatellen – eli siis prosessinjohtollisesta näkökulmasta – käyttökelpoinen prosessitoimi, jolla on tuomarin itseymmärrystä, kertoelman kirjoittamista ja aineellista totuutta palveleva vaikutus. On tietenkin perusteltua kysyä, olisiko tässä yhteydessä puhuttava jostakin muusta »asianosaisten hyväksyvistä suhtautumisesta» kuin tunnustamisesta.⁷⁸

⁷² Tästä problematiikasta ratkaisulineen kirjoittaa *Rosenberg-Schwab* s. 709.

⁷³ Tirkkonen kirjoittaa kvalifioidusta tunnustamisesta silloin, kun tunnustaja liittää tunnustukseen tunnustetun oikeustositseikan muotoamista. Kun muotoaminen tapahtuu väitteitä teke-mällä, voidaan Tirkkosen kanssa olla samaa mieltä siitä, että kvalifioitu tunnustaminen voi sisältää tunnustamisen ohella kiistämisen tai muita asiaväitteitä. Tosiseikkaa ei saa tunnustamisen perusteella ottaa laajemmin tuomion perusteeksi kuin mitä tunnustaminen koskee. Ks. myös *Ekelöf-Boman Rättegång* IV s. 46.

⁷⁴ *Halila* s. 80–81: »Abstraktisten oikeus- ja kokemuslauseiden vastakohtana tosiasian käsitteelle onkin oleellista konkreettisuus: tosiasioita ovat lähinnä ulkomaailman esineet, oliot, ilmiöt ja tapahtumat sekä niiden ominaisuudet. Tosiasioihin on lisäksi luettava myös ns. sisäiset tosiasiat, nimittäin sielun tilat ja tapahtumat, kuten esimerkiksi henkilön tietoisuus jostakin määrätystä asianhaarasta.»

⁷⁵ Ks. *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus II s. 103–104, *Ekelöf-Boman Rättegång* IV s. 48, *Halila* s. 66–67.

⁷⁶ *Halila* s. 74.

⁷⁷ *Klami* Föreläsningar s. 96: den relevanta bakgrunden.

⁷⁸ Asiasta kirjoittaa indisioiden tunnustamiseen syventyen *Halila* s. 214–220.

Riita-asian valmistelun kannalta en korostaisi myöskään tunnustettavien seikkojen kielteisiä (haitallisia) vaikutuksia. Tunnustaminen on riidan kohdetta selvitetessä prosessiekonomisesti edullinen keino erottaa riitaisia seikkoja riidattomista. Yleensä valmistelussa ei vielä tiedetä, miltä osin tai millä tavoin seikat ovat edullisia tai haitallisia.⁷⁹

Jos tunnustamiseen liitetään tuomioistuinta sitova vaikutus, ei tunnustaminen voi koskea muita kuin konkreettisia tosiseikkoja. Ei nimittäin voida varauksetta hyväksyä sitä, että asianosainen voisi sitoa tuomioistuimen todistusharkinnan tiettyyn kokemussääntöön tai tulkinnan tiettyyn oikeuslauseeseen.⁸⁰ Asia- ja oikeuskysymykset ovat kuitenkin tunnustamistilanteessa usein niin läheisesti toisiinsa kietoutuneita, että asianosaisten hyväksyvä suhtautuminen ja sitä koskeva lausuma (tunnustaminen asianosaisten näkökulmasta) voi koskea myös kokemussääntöjä ja oikeuslauseita.⁸¹ Koska konkreettiset tosiseikat tulevat tuomarin tietoon asianosaisten välityksellä, ne ovat yleensä tuloksia asianosaisten arvostelmista, joiden muodostumiseen ja muodostamiseen vaikuttavat kokemussäännöt ja oikeuskäsitykset. Normit esimerkiksi ohjaavat kanneperusteena esitettävien konkreettisten tosiseikkojen valintaa ja muodostamisesta.⁸² Konkreettiset tosiseikat esitetään oikeudenkäynnissä yhdessä niiden perusteella vaaditun oikeusseuraamuksen kanssa, joten tosiseikan tunnustaminenkin merkitsee yleensä hyväksyvää suhtautumista myös tosiseikan oikeudelliseen vaikutukseen.⁸³

Millainen merkitys tällaisille asianosaisten eri tavoin värittyneille lausumille tulee antaa?⁸⁴ Suomen oikeustieteen lähtökohta on se, että tuomioistuin vastaa kokemussääntöjen ja oikeusnormien soveltamisesta. Asianosaisten niitä kos-

⁷⁹ Ks. tarkemmin *Halila* s. 70.

⁸⁰ *Halila* s. 82: »Tieteisopissa ollaan näet suurin piirtein yksimielisiä siitä, että kokemuslauseita ei käy tunnustaminen. (s. 83:) Mitä olemme lausuneet tosiasiaihin suhteesta kokemuslauseisiin, pitää mutatis mutandis paikkansa myöskin ensiksi mainittujen ja oikeuslauseiden väliseen suhteeseen nähden.»

⁸¹ *Lindell* Partsautonomi s. 49.

⁸² *Lindell* Partsautonomi s. 116. Vrt. KKO 1993:98, jossa näkyy konkreettisten tosiseikkojen rajaamisen vaikutus normin valintaan ja soveltamiseen.

⁸³ *Ekelöf-Boman Rättegång* IV s. 48.

⁸⁴ *Rosenberg-Schwab* s. 706 puhuu juridisesti väritettyjen tosiseikkojen tunnustamisesta, *Baur-Grunsky* s. 115 oikeuskäsitteiden tunnustamisesta. *Halila* s. 83 kirjoittaa eri tavalla värittyneistä lausumista: »Jostakin tosiasiaista annetulla lausumalla voi näet olla paitsi kokemuslauseen, myöskin oikeuslauseen värittämä asu.» Tämä tarkoittaa sitä, että joskus me rationalisoimme havaintojamme kokemussääntöjen perusteella, joskus taas oikeuskysymyksistä olevan käsityksen vuoksi. Esiymmärryksen vaikutuksesta tosiseikkojen värittämiseen kirjoittaa *Esser Vorverständnis* s. 42: »In der Tat bewirkt die soziale, wirtschaftliche, technische und industrielle Entwicklung unmittelbar oder über das von ihr veränderte Bewusstsein, dass den gesellschaftlichen Einrichtungen neue Bedeutung gibt, ständig unvorhergesehene Veränderungen der Kon-

kevat lausumat eivät sido tuomioistuinta ja siksi tuomarin on kyettävä erottamaan tosiseikat kokemussäännöistä ja oikeuslauseista ja nostamaan viime mainitut tarvittaessa tarkemman selvittämisen kohteeksi.⁸⁵ Riita-asian valmistelussa tämä ei ole kuitenkaan keskeinen ongelma, vaan ongelma on pikemminkin se, voiko tuomari sitoutua asianosaisen tunnustamaan kokemussääntöön tai oikeuslauseeseen. Kysymys ratkeaa sen perusteella, millaisena informaatiolähteenä tuomari pitää asianosaisen lausumia.⁸⁶ Ammattimiesten omalta alaltaan antamat lausumat ovat yleensä kokemussääntöjen osalta luotettavia.⁸⁷ Vastaavasti oikeudellisia käsitteitä käytetään usein niin vakiintuneesti ja huomaamattomasti oikeudenkäyntiin liittyvässä keskustelussa, ettei kaikkien niiden erillinen selvittäminen ole mielekästä, vaan tuomarin mielenkiinto kiinnittyy yleensä niihin oikeuskysymyksiin, joista asianosaiset ovat erimielisiä tai joita asianosaiset eivät ole ymmärtäneet oikein.⁸⁸

Asia- ja oikeuskysymysten vuorovaikutus aiheuttaa siten sen, että asianosaisen tunnustaminen voi koskea konkreettisten tosiseikkojen ohella myös oikeuskysymyksiä (tosiseikkojen oikeudellisia vaikutuksia). Tästä johtuen raja myöntämisen ja tunnustamisen välillä hämärtyy. Myöntäminen on nimittäin yleensä se prosessitoimi, jolla tuomioistuin sidotaan tiettyyn oikeusseuraamukseen.⁸⁹ Voidaan kuitenkin havaita, että myös seikan tunnustamisella on saman suuntaisia vaikutuksia.⁹⁰

fliktssituationen und ihres Verständnisses.» Ks. myös *Ekelöf–Boman Rättegång* IV s. 48, *Lindell Partsautonomi* s. 47, *Lappalainen JFT* 1993 s. 37 ja institutionaalisista faktoista *Helin LM* 1978 s. 658.

⁸⁵ *Halila* s. 82–83. Ulkomailla oikeuskysymyksiä ja kokemussääntöjä koskevien lausumien merkitys on ollut viime aikoina kuitenkin vilkkaan keskustelun aiheena. Ks. *Rosenberg–Schwab* s. 708: »Die Beschränkung auf Tatsachen hindert aber nicht, Geständnisse über juristische Beurteilungen zuzulassen, wenn solche Beurteilungen einer eindeutigen und unzweifelhaften Subsumtion zu entnehmen sind (juristisch gefärbte Tatsachen). Dies gilt insbesondere für Rechtsbegriffe des täglichen Lebens wie Kauf, Schenkung, Miete, Darlehen.» sekä *Rosenberg–Schwab–Gottwald* s. 426: »Ausschaltungsbefugnis». Nimitystä »yksinkertaisten oikeuskysymysten ongelma» (Erklärungen zu einfachen Rechtsfragen) käyttää *Würthwein* s. 74. *Münchener Kommentar I* s. 1743 kirjoittaa »oikeudellisten tosiseikkojen tunnustamisesta» (juristische Tatsachen). Ks. myös *Baur Festschrift für Bötticher* s. 10. Kokemussääntöjen osalta ks. *Edelstam* s. 109–111.

⁸⁶ *Halila* s. 83: »Asianosaisten lausumien punnitseminen vaatiikin tuomioistuimelta tervettä arvostelukykä, eikä sen tule suinkaan välttää kyselyoikeuden käyttämistä, jotta asianosaisten tarkoitus saataisiin selville.»

⁸⁷ *Halila* s. 83.

⁸⁸ *Halila* s. 83–84.

⁸⁹ Ks. KKO 1993:57: »... myöntäminen merkitsee sitä, että vastaaja suostuu siihen, että asiassa annetaan kanteen mukainen tuomio.»

⁹⁰ *Halila* s. 83.

3.3.3 Tunnustamisen sitovuus

a)

Perättömiä tosiseikkoja ei yleensä tunnusteta. Tunnustetun tosiseikan totuuden pohdiskelu ei käytännön tuomioistuintyössä ole kuitenkaan tavallista, sillä dispositiivisessa asiassa *tunnustaminen on prosessitoimi*, joka periaatteessa sitoo tuomioistuinta.⁹¹ Tosiseikalle on ratkaisussa annettava (vähintään) tunnustettu merkitys.⁹² Tunnustaminen ei siten välttämättä tarkoita sitä, että tunnustettu tosiseikka olisi totta. Se saa vain tuomioistuinta ja tunnustajaa sitovan merkityksen.⁹³ Niillä motiiveilla, joiden vuoksi asianosainen tunnustaa jonkin tosiseikan, ei ole yleensä merkitystä. Tunnustaminen päättää tunnustetun seikan tutkimisen, ellei ole ilmennyt erityistä syytä jatkaa sitä.

Tirkkonen toteaa, ettei tunnustaminen kuitenkaan saa sisältää mitään sellaista, mikä notorisesti ei ole totta tai on ilmeisesti mahdotonta.⁹⁴ Tämä käsitys, johon yhdyin, tarkoittaa sitä, että oikeuden ymmärretään olevan sidoksissa moraalin kanssa ja että tuomioistuimilla on oikeuden toteutumista kontrolloiva tehtävä. Tilanne on samanlainen kuin kollusiivisen myöntämisen yhteydessä. Tuomioistuimen legitimiisyys on tärkeämpi arvo kuin asianosaisten rajaton määräämisvapaus tosiseikkojen suhteen. Jos asianosainen tunnustaa olleensa New Yorkissa ja Pariisissa yhtä aikaa, ei sellaista seikkaa saa ottaa tuomion perusteeksi, vaan tunnustamista voidaan käsitellä tosiseikkaan vetoamisen tavoin.⁹⁵ Epätotuuden täytyy kuitenkin olla selvää, sillä lähtökohta on se, ettei tunnustettua seikkaa sen enempää tutkita tai selvitetä.⁹⁶

⁹¹ Laki käyttää käsitettä »tunnustus» (OK 17:4.1), samoin *Lappalainen* Alioikeusuudistus s. 89–90.

⁹² OK 17:4.1, *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus II s. 104.

⁹³ *Ekelöf–Boman* Rättegång IV s. 50.

⁹⁴ *Tirkkonen* Siviiliprosessioikeus II s. 104. Valeprosesseista laajemmin ks. *Ellilä* s. 261 ss.

⁹⁵ *Weyers* s. 205: »Ich kann mir – rundheraus gesagt – schwer einen Richter vorstellen, der ein Parteivorbringen zur Grundlage seines Urteils macht, von dessen Unwahrheit er überzeugt ist.» Ks. myös *Bernhardt* JZ 1963 s. 245.

⁹⁶ *Ellilä* DL 1972 s. 309. Väärän tunnustamisen ongelmasta ei kuitenkaan olla oikeustieteessä yksimielisiä. Esimerkiksi *Lindell* hyväksyisi myös selvästi epätodet tunnustamiset. Hän perustelee näkemystään sillä, että kun tuomioistuin kieltää tunnustamisen sitovuuden, se samalla asettuu epätäsmällisillä oikeuspoliittisilla perusteilla asianosaisille lainsäädännössä suodun vapauden yläpuolelle. Sellainen menettely voi olla oikeusvarmuuden kannalta vahingollisempaa kuin epätodet tunnustamisen hyväksyminen. Ks. asiasta tarkemmin *Lindell* Partsautonomi s. 55–56 ja vrt. *Ellilä* s. 269 ja *Boman* s. 60: »Skulle kollusionavsikt bli styrkt, bör väl domstolen icke vara bunden av erkännandet. Men i övrigt bör detta vara bindande oavsett syftet därmed.», *Olivecrona* s. 194: »Dels får det icke vara uppenbart, att sakuppgifterna äro oriktiga».

Tunnustettu tosiseikka ei kaipaa todistelua. Tuomioistuimella on tunnustamisen perusteella lupa pitää tunnustettua tosiseikkaa selvitettyinä. Siihen sillä on myös velvollisuus, jos seikka on välittömästi relevantti.⁹⁷ Tunnustaminen on siis tuomioistuimelle lupa ottaa tietty seikka tuomion perusteeksi. Tunnustamisella on tärkeä prosessiekonominen funktio.⁹⁸ Koska asianosaiset maksavat näytön hankkimisesta ja esittämisestä aiheutuvat kulut, he voivat tunnustamalla vähentää tarpeettomia kuluja. Lisäksi tunnustaminen nopeuttaa asian käsittelyä.

Tuomioistuin ratkaisee viime kädessä sen, mitkä seikat ovat tuomiossa määrättävän oikeusseuraamuksen kannalta välittömästi relevantteja. Siksi voi käydä niin, ettei asianosaisen tunnustama tosiseikka tulekaan lopulliseen subsumptioon.⁹⁹ Yllättävien ratkaisujen välttämiseksi on tärkeää, että tuomioistuin perustelee tuomiossaan selvästi sen, mitkä seikat ovat relevantteja ja minkä vuoksi. Lisäksi on muistettava se, että mm. preklusio ei koske niitä tuomioistuimen näkemyksen mukaan ei-relevantteja seikkoja, joihin asianosainen on kuitenkin valmistelussa vedonnut. Siksi on korostettava tuomioistuimen velvollisuutta kaikkien seikkojen kirjaamiseen suullisen valmistelun istunnon pöytäkirjaan.

Saksassa ZPO 138 § Abs. III sisältää määräyksen ns. *kiistämistaakasta*. Selalaisia tosiseikkoja, joita ei riitauteta oikeudenkäynnissä, pidetään tunnustettuina. Ne otetaan tuomion perusteeksi samalla tavoin kuin tunnustetut seikat.¹⁰⁰ Tämä tarkoittaa sitä, että asianosaisen on kiistettävä ne seikat, joita hän ei pidä oikeina. Suomen oikeuden osalta on todettava, ettei suomalaisessa lainsäädännössä ole uudistuksen jälkeenkään säännöksiä kiistämistaakasta. Siksi tuomioistuimen kuuluu prosessin johdolla huolehtia siitä, että molemmat asianosaiset ottavat kantaa kaikkiin vastapuolen väitteisiin.¹⁰¹

ga. Äro ej dessa förutsättningar uppfylla, skulle domstolen komma att låna sin medverkan till en rättslig komedi,...». Ks. myös *Larsson* Partshandlingar s. 15 ss.

⁹⁷ *Rosenberg-Schwab* s. 708: »Die Wirkung des Geständnisses besteht darin, dass die zugestandene Tatsache nicht beweisbedürftig ist und vom Richter als wahr im Urteil berücksichtigt werden muss, selbst wenn er von ihrer Wahrheit nicht überzeugt ist, ausser wenn er sie für unmöglich, d.h. jeder Erfahrung zuwider hält oder ihm das Gegenteil offenkundig ist. Ein Geständnis hat auch keine Wirkung, wenn das Gericht davon überzeugt ist, dass es auf einen Betrug hinzielt.»

⁹⁸ *Ekelöf-Boman Rättegång* IV s. 50.

⁹⁹ *Lindell* Partsautonomi s. 48.

¹⁰⁰ *Baur-Grunsky* s. 115: »Das Gericht hat also die nicht bestrittene Tatsache dem Urteil ebenso zugrunde zu legen, wie wenn sie zugestanden worden wäre.» Ks. myös ZPO 138 § Abs. III ja sitä koskevat *Thomas-Putzon* kommentit s. 347–348.

¹⁰¹ *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 87: »Em. kiistämistaakka ei kuitenkaan Suomessa perustu lakiin eikä vakiintuneeseen oikeuskäytäntöönkään, eikä alioikeusuudistus aiheuta siinä suhteessa muutosta.» Ks. myös *Lappalainen* Alioikeusuudistus s. 105, *Halila* s. 170–171 sekä *Havansi* Asianajajan työkentältä s. 95 ja siinä mainitut lähteet.

4. OIKEUSKYSYMYSTEN SELVITTÄMINEN

4.1 JURA NOVIT CURIA -PERIAATE VASTUUNJAON NÄKÖKULMASTA

Ratkaisumallin yhteydessä tarkasteltiin asia- ja oikeuskysymyksiä sekä niiden erottamista. Asiakysymyksillä tarkoitettiin väitteitä, jotka koskevat konkreettisia, aikaan ja paikkaan nähden määrättyjä, menneeseen tai tämän hetkiseen todellisuuteen kuuluvia ulkomaailman tai sielunelämän tapahtumia.¹ Asiakysymykset tulevat subsumptioon todistusharkinnan kautta.²

Oikeuskysymyksillä tai oikeuslauseilla (Rechtssätze) tarkoitetaan yleisesti oikeusjärjestyksen muodostavia sääntöjä, joissa määritellään konkreettisiin tosiseikkoihin liitettävät oikeusseuraamukset.³ Ratkaisumallissa tarkastelu keskittyi normin tunnusmerkistöön eli siihen osaan normista, joka määrittelee sen soveltamisen edellytykset. Sitä nimitetään myös abstraktiseksi tosiseikastoksi ja rekvisiitaksi.⁴ Subsumptiossa oikeuskysymyksillä tarkoitettiin ratkaisuja, jotka tehdään soveltamalla sääntöä.⁵ Oikeuskysymyksen käsitettä havainnollistaa se, että ne rinnastetaan ratkaisussa käytettävään normiin, kuten lain säännökseen, oikeusperiaatteeseen, ennakkotapaukseen, maan tapaan tai muuhun oikeusohjeeseen.⁶

¹ Rosenberg-Schwab s. 702, *Münchener Kommentar I* s. 1743, Larenz s. 307 ss., Lappalainen JFT 1993 s. 37: »...»vad som har hänt, de s.k. rena fakta,...», Broggin AcP 155 (1956) s. 480, Stein-Jonas vor § 128 B VI Nr. 107.

² Lindell s. 19.

³ Larenz s. 250–251.

⁴ Lindell s. 27, Guldener s. 156, *Engisch* Konkretisierung s. 1: »Rechtsnormen gelten meist als abstrakt. Dabei spricht man bald von »kunstvollen« und »sinnreichen«, bald von »künstlichen«, »blutleeren«, welt- und lebensfremden Abstraktionen.»

⁵ Lindell s. 25, Zippelius s. 83–84.

⁶ Pawlowski s. 54–55: »Das Recht wird dabei bestimmt durch Gesetze oder Rechtsnormen – kurz durch »Normen«. Diese werden als »Imperative« oder als »hypothetische Urteile« begriffen.« Ks. myös *Engisch* Einführung s. 85–90. Problemaattiseksi rajauksen tekee se, että myös kokemussäännöillä on vaikutusta oikeuskysymyksiin. Ks. niiden osalta Granfelt Valda juridiska uppsatser 1944b s. 59, Lindell s. 261.

»Tuomioistuin tuntee lain» -periaate, jota yleisesti Suomessakin kutsutaan jura novit curia -periaatteen, liittyy oikeusohjeisiin. Periaate tarkoittaa tuomioistuimen velvollisuutta tuntea jutun ratkaisemiseksi relevantit oikeusohjeet ja soveltaa niitä omasta aloitteesta.⁷

Jura novit curia -periaate on ollut alkuperäiseltä merkitykseltään *todistusoi-keudellinen maksiimi*. Asianosaisilla ei ole väittämistaakkaa sen suhteen, miten konkreettisia tosiseikkoja tulee arvioida juridisesti.⁸ Asianosaisten ei myöskään tarvitse todistaa oikeuskysymyksiä.⁹ Meillä Suomessa tämä periaatteen ulottuvuus on kirjattu OK 17:3,1:ään: »Näyttö siitä, mitä laki säättää, ei myöskään ole tarpeen.» Koska asianosaisten ei tarvitse todistaa oikeuskysymyksiä, siitä on johdettu sääntö, että *tuomioistuimen pitää tuntea laki*.¹⁰ Tuomioistuin ei voi jättää asiaa ratkaisematta sillä perusteella, ettei sovellettavaa normia ole tai ettei sitä kyetä selvittämään.¹¹ Tuomari vastaa riidan ratkaisemisesta oikeuskysymysten osalta.¹²

⁷ *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus II* s. 81: »Oikeusohjeiden osalta meillä on voimassa *jura novit curia* -periaate.»

⁸ *Lappalainen Alioikeusuudistus* s. 101–102, 115, *Virolainen Alioikeusuudistus* s. 93. Käsitteyperiaatetta ja jura novit curia -periaatetta yhdessä on tarkastellut *Meier*. Sen osalta ks. *Schlosserin* arvostelua ZZP 90 (1977). Ks. myös *Broggini* AcP 155 (1956) s. 477: »..., dass die Unterscheidung zwischen ius und factum und daraus folgend die Maxime iura novit curia einerseits und quod non est in actis andererseits grundlegende und unersetzliche Elemente des modernen Zivilprozesses darstellen.» Jura novit curia koskee perinteisesti kotimaista oikeutta. OK 17:3,1:n perusteella asianosaisen on oikeuden kehotuksesta esitettävä näyttöä ulkomaisesta oikeudesta siltä osin, kuin tuomioistuin ei sitä tunne. Vastaavan saksalaisen säännön osalta ks. ZPO 293 § ja *Thomas–Putzo* s. 619–620: »Der Richter braucht nicht zu kennen a) ausländisches Recht, b) Wohnheitsrecht, c) Statuten.» Oikeustieteessä on keskusteltu siitä, onko ulkomainen oikeus tosiseikka vai normi silloin, kun se on todistelun kohteena. Ks. siitä myös *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus II* s. 81; *Broggini* AcP 155 (1956) s. 405 ja *Münchener Kommentar I* s. 1760.

⁹ *Baur Festschrift für Bötticher* s. 4, *Würthwein* s. 88, *Goldsmith* s. 135, *Hellwig* s. 677, *Lindell* Partsautonomi s. 33, *Seiter Festschrift für Baur* s. 578.

¹⁰ *Münchener Kommentar I* s. 1761, *Lindell* Partsautonomi s. 33–34.

¹¹ *Brusiin* (s. 128) liittyy ratkaisupakon OK 24:3:än ja perustelee sitä seuraavasti: »OK 24:3 säättää ainoastaan, että tuomari on velvollinen ratkaisemaan jokaisen asianmukaisesti vireille-pannun, hänen kompetenssiinsa kuuluvan jutun, antamaan lausunnon jokaisesta esitetystä vaatimuksesta, ...Tuomitsemispakko on järjestyneen oikeusyhteisön rakenteesta johtuva käytännöllinen välttämättömyys: se on nykyisenkin valtiosääntöoikeuden perusperiaatteja ... Jos yhteisön jäseniä kielletään turvautumasta väkivaltaan, ja heidät veloitetaan oikeuksiensa toteuttamiseksi kääntymään julkisen viranomaisen, tuomioistuimen, puoleen, on oikeusyhteisön myös annettava jäsenilleen takeet siitä, että tuomioistuin todella kaikissa tapauksissa jakaa heille oikeutta.» *Münchener Kommentar I* s. 1761: »Dieser Entscheidungszwang besteht sowohl bei der Feststellung wie bei der Auslegung und der Anwendung des Rechts. Ein non liquet kann es hierbei im Ergebnis also nicht geben.»

¹² *Granfelt* Valda juridiska uppsatser 1944b s. 62.

Tuomioistuimen velvollisuus tuntea laki on liitetty myös *lakisidonnaisuuden periaatteeseen*. Tuomioistuimen täytyy noudattaa lakia ratkaisuisaan.¹³ Suomessa lainkäytön legaliteettiperiaate on säädetty hallitusmuodon 92 §:ssä ja ratkaisutoiminnan osalta erityisesti OK 24:3:ssä: »Jokainen tuomio perustettakoon syihin ja lakiin eikä mielivaltaan.» Lakisidonnaisuuden periaate ei enää tarkoita sitä, ettei tuomioistuin saisi käyttää muita oikeus- tai informaatiolähteitä kuin lakikirjaa.¹⁴ Periaatteesta ei siten selviä se, miten lain sisältö on käytännössä selvitettävä.¹⁵ Lakisidonnaisuuden periaatetta on pidettävä ensisijaisesti oikeuskulttuurin osana ja erona esimerkiksi anglo-saksisen ja mannermaisen oikeuskulttuurin välillä. Englantilaisessa oikeudessa *jura novit curia* -periaate on voimassa vähintään yhtä vankkana periaatteena kuin mannermaaisessakin oikeudessa, mutta englantilaisessa oikeudessa siitä puuttuu lakisidonnaisuus.¹⁶ Ratkaisutoimintaa pidetään meillä laissa säädettyjen normien konkretisoimisena.¹⁷

Jura novit curia -periaatteella voidaan korostaa myös tuomarin itsenäistä oikeutta lainkäyttöön. Silloin *jura novit curia* liittyy käsitykseen *tuomarin riippumattomuudesta*.¹⁸ Tuomarin ja tuomioistuinlaitoksen riippumattomuus on ensisijaisesti valtiosääntöoikeudellinen käsite, mutta sillä on tarkoitettu saksalaisessa oikeudessa myös tuomarin riippumattomuutta suhteessa asianosaisiin. Oikeus-

¹³ Würthwein s. 89.

¹⁴ Ks. HE 154/1990 vp. s. 30.

¹⁵ Würthwein s. 89: »Die erwähnten Normen sagen unmittelbar lediglich, dass der Richter an Gesetz und Recht gebunden ist, nichts hingegen darüber, was Inhalt dieses Rechtes ist und wie es beschaffen ist.»

¹⁶ Cohn Erinnerungsgabe für Grünhut s. 40 – 41. Lakisidonnaisuuden puuttuminen heijastuu myös tuomarin tehtävään. Tuomari ei ratkaisussaan niinkään selitä sitä, mikä on oikein, vaan pikemminkin vain sen, kumpi osapuolista on enemmän oikeassa. Englantilaista prosessia voidaan pitää vahvemmin retoriseen oikeudenmukaisuuteen tähtäävänä prosessina kuin mannermaista, dogmaattista oikeutta. Ruotsalainenkin tuomioistuintoiminta on historiallisesti tarkastellen pidemmän aikaa perustunut enemmän tapaoikeudellisiin kodifikaatioihin kuin säädettyyn lakiin: *Jareborg* Brotten s. 50: »Domarens väsentliga rättskälla var ursprungligen dock inte lagstiftning, utan landsed. Och långt efter uppkomsten av moderna statsbildningar med någorlunda väldefinierade lagstiftarroller har domarna sett sig oförhindrade att döma efter regler som skapats utanför landets gränser...».

¹⁷ Engisch Konkretisierung s. 93: »Das Recht soll aus der »papierenen« Existenz der Ideen, Ziele, Pläne, Proklamationen, gesetzlichen Verlautbarungen heraustreten und sich realisieren (verwirklichen), es soll das Leben gestalten. Da diese Gestaltung des Lebens im Wege Rechts nur durch Anbefehlung menschlicher Handlungen und Unterlassungen möglich ist,..., so bedeutet diese »Konkretisierung« letztlich Realisierung der Rechtsbefehle durch die Normadressaten, durch die Rechtsgenossen im allgemeinen und die Staatsorgane im besonderen.»

¹⁸ Würthwein s. 89, Baumann s. 69, Habscheid-Schlosser s. 241: »Sachliche Unabhängigkeit bedeutet, dass die richterliche Entscheidung frei von Weisungen eines anderen Staatsorgans und nur dem Gesetz verpflichtet zu ergehen hat. Verboten sind nicht nur förmliche

kysymyksissä tällainen riippumattomuus tarkoittaa tuomioistuimen »lainkäyttömonopolia» (Rechtsprechungsmonopol).¹⁹ Asianosaisten oikeuskysymyksiä koskevat määräykset eivät sido tuomioistuinta.²⁰ Asianosaisia on jopa kielletty tekemästä oikeuskysymyksiin liittyviä prosessitoimia.²¹ Tämä kiello kyseenalaistettiin eräässä 1970 -luvulla Saksassa käydyssä keskustelussa.²² Nykyisin asianosaisilla on oikeuskysymyksissä myötävaikutusmahdollisuus.²³

Kaikki nämä jura novit curia -periaatteen tulkinnat liittyvät tuomioon. Periaate on nähty normina, joka liittyy moniin hyväksyttävän tuomion tekemistä koskeviin sääntöihin. Se on siten tuomion *justifiointiin* liittyvä *periaate*. Hyväksyttävän tuomion edellytyksenä on pidetty sitä, että tuomioistuimet huolehtivat lain oikeasta soveltamisesta. Kysymys on perusperiaatteesta, joka koskee vastuunjakoa oikeuskysymyksissä.²⁴

Jura novit curia -periaate merkitsee ratkaisun keksimistä koskevaan prosessiin (process of discovery) ja asian selvittämiseen liitetynä sääntöä, jonka mukaan tuomioistuimen on oikeuskysymysten osalta muodostettava sellainen ratkaisu, joka voidaan perustella oikeudellisesti hyväksyttävällä tavalla.²⁵ Jura novit curia -periaate liittyy ratkaisun perusteltavuusvaatimuksen osaksi riidan kohteen selvittämistä.²⁶

Weisungen an die rechtsprechende Gewalt, die seit vielen Jahrzehnten nicht mehr vorgekommen sind, sondern alle Arten von vermeidbaren Einflussnahmen auf die rechtsprechende Gewalt.»

¹⁹ Baur Festschrift für Bötticher s. 4.

²⁰ Schlosser s. 24, Schlosser Einverständliches Parteihandeln s. 33, Stein-Jonas vor § 128 B VI Nr. 107, Münchener Kommentar I s. 1761.

²¹ Würthwein s. 88.

²² Keskustelua kävivät Baur Festschrift für Bötticher, Häsemeyer ZZP 85 (1972), Schlosser Einverständliches Parteihandeln ja Würthwein. Keskustelun taustalla oli korkeimman oikeuden (Bundesgerichtshof) vuonna 1968 tekemä ratkaisu, jossa tuomioistuin viran puolesta tuomitsi mitättömäksi erään sopimuksen, jota molemmat asianosaiset pitivät pätevänä. Keskustelun tuloksena Baur, Würthwein ja Schlosser olivat sillä kannalla, että asianosaisten yksimielisyyss tällaisessa tilanteessa sitoo tuomioistuinta. Häsemeyer oli sitä mieltä, ettei yksimielisyyss sido. Eräänlainen yhteenvedo keskustelusta on Schlosserilla ZZP 91 (1978) s. 361 – 362. Vuonna 1977 lailla säädetty neuvontavelvollisuus (ZPO 278 § Abs. III) vei perustan tältä keskustelulta. Kyse on yllättävästä lain soveltamisesta, joka ei ole luovallista vuoden 1977 uudistuksen jälkeen. Meillä Suomessa ei ole erityistä, yllättäviltä ratkaisuilta suojaavaa säännöstä.

²³ Münchener Kommentar I s. 1761.

²⁴ Meier s. 3, 24, Rosenberg-Schwab s. 838–839, Hellwig s. 418, Blomeyer s. 85.

²⁵ Ekelöf-Boman Rättegång IV s. 49, alav. 40 c, Aarnio Laintulkinnan teoria s. 249–250.

²⁶ Wihuri s. 7.

4.1.1 Asianosaisten määräysten sitovuuden arviointia

Oikeustieteessä on käsitelty kysymystä tuomarin ja asianosaisten roolista oikeuskysymyksissä lähinnä vastuunjaon näkökulmasta. Voimavaroja on uhrattu sen selvittämiseen, sitovatko asianosaisten oikeuskysymyksiä koskevat määräykset tuomioistuinta. Erilaisia mielipiteitä on perusteltu tuomioistuimen yhteiskunnalliseen funktioon liittyvillä argumenteilla.

Käyttäytymistä ohjaavasta näkökulmasta asianosaisten oikeuskysymyksiä koskevat määräykset eivät sido tuomioistuinta.²⁷ Tuomioistuimen on tehtävä riita-asioissakin lain käyttäytymistä ohjaavan funktion mukainen tuomio, koska niillä vaikutetaan ihmisten yhteiskuntamoraaliin eli haluun käyttäytyä laissa ilmaistujen ohjeiden mukaisesti.²⁸ Jos asianosaiset voisivat määrätä oikeuskysymyksistä, olisi vaarana, (1) ettei lainkäyttö enää toimisi lainkuuliaisuutta lisäävänä sanktiomekanismina, (2) etteivät tuomiot olisi ennustettavia, (3) etteivät korkeimman oikeuden tapaukset voisi toimia ennakkotapauksina ja (4) etteivät tuomioistuimet voisi ylläpitää asemaansa oikeusjärjestystä vaalivina auktoriteetteina.²⁹

Riidanratkaisunäkökulma johtaa päinvastaiseen tulkintaan. Dispositiivisessa asiassa tuomioistuimen ensisijainen tehtävä on antaa asianosaisten vaatimaa oikeussuojaa. Koska asianosaiset voivat ratkaista riitansa haluamallaan tavalla oikeudenkäynnin ulkopuolella, sen on oltava mahdollista myös oikeudenkäynnissä. Riita-asiasa tehtävän tuomion vaikutukset rajoittuvat asianosaisiin eikä niillä vähäisestä julkisuudesta johtuen ole yleistä yhteiskunnallista merkitystä. Asianosaisten tulisi tästä näkökulmasta sallia määrätä myös oikeuskysymyksistä, koska he voivat päätyä samaan lopputulokseen myös muilla prosessitoimilla.³⁰

²⁷ Ekelöf Rättegång I s. 64 alav. 139.

²⁸ Ekelöf-Boman Rättegång I s. 54, 70 ss., Ekelöf Teknik s. 21 ss., Ekelöf De lege s. 14, Ekelöf Vänbok till Boman s. 78–79, Ekelöf Festschrift till Welamson s. 121. Ekelöfin kanssa samoille linjoille asettuu Carbell SvJT 1989 s. 61–65. Ks. myös Lappalainen Alioikeusuudistus s. 122 alav. 148.

²⁹ Lappalainen JFT 1993 s. 42, Baumgärtel ZZP 87 (1974) s. 127: »Ein ausgeglichenes Verhältnis von Richtermacht und Parteifreiheit entspricht dem schon angedeuteten Zweck des Zivilprozesses. Es ist nicht nur in der Ausübung der einzelnen subjektiven materiellen Rechte, sondern auch in der Bewährung des objektiven Rechts zu sehen. Bei der Entscheidung der streitigen Grenzfragen im Prozesshandlungsbereich ist daher vor allem immer der Gesichtspunkt des Funktionierens des Rechtspflegeapparates, der für alle Staatsbürger gleichmäßig zur Verfügung steht, mit zu berücksichtigen.« Häsemeyer ilmaisee saman ajatuksen epäsuoremmin ZZP 85 (1972) s. 228: »Die Gefahren einer unrichtigen, d.h. mit dem materiellen Recht nicht in Einklang stehenden und gleichwohl rechtskräftigen Entscheidung werden durch den kurzlebigen Vorteil der Verfahrensbeschleunigung nicht aufgewogen.«

³⁰ Lindell Partsautonomi s. 21,81–83, 90–91,116118, Baur Festschrift für Bötticher s. 10, Würthwein s. 129.

Ongelmaan ei ole yhtä oikeaa vastausta, vaan ongelman ratkaisemisessa on kyse kahden prosessijärjestelmäämme kuuluvan, mutta ristiriitaisen tavoitteen yhteensovittamisesta.³¹ Sekä riidanratkaisunäkökulma että käyttäytymisen ohjaaminen kuuluvat uuteen oikeudenkäyntimenettelyyn, esimerkiksi osana sovintoehdotusta. Se, kumpaa näistä tavoitteista pidetään ensisijaisena, riippuu siitä, mikä prosessikäsitely otetaan tuomarin toiminnan perusteeksi. Sosiaaliseen prosessikäsitelyyn kuuluu tuomioistuimen käyttäytymistä ohjaava tehtävä. Sillä perusteella jura novit curia -periaate on ensisijainen vastuunjaon periaate oikeuskysymyksissä.

Käytännössä on kuitenkin olemassa tilanteita, joissa tuomioistuin tulee sidotuksi oikeuskysymykseen asianosaisen tahtomalla tavalla, vaikkei asianosainen voi siitä tuomioistuinta sitovasti määrätä.³² Sitä käsiteltiin jo tunnustamisen ja myöntämisen yhteydessä. Riita-asian valmistelun ja oikeuskysymysten selvittämisen kannalta vastuunjaon näkökulma ei myöskään ole kovin hedelmällinen. Riita-asian valmistelussa ei korostu se, kuka viime kädessä määrää oikeuskysymyksistä, vaan se, millaisen toiminnan tuloksena oikeuskysymykset selvitetään.

4.2 TEHTÄVIEN JAKO

Tuomioistuimella on velvollisuus selvittää (feststellen) ja tulkita (auslegen) oikeusohjeita tarvittaessa ilman asianosaisten myötävaikutusta.³³ Velvollisuus liittyy tuomioistuimella olevaan ratkaisupakkoon (Entscheidungszwang).³⁴ Vastuu

³¹ Kysymys on arvojen punnitsemisesta. Siitä kirjoittaa mm. *Jonkka* DL 1992 s. 66: »Kollisiota voidaan lähteä ratkaisemaan kiinnittämällä huomiota yhtäältä intressien taustalla olevien arvojen/tavoitteiden prima facie-etusijaan ja toisaalta niihin konkreettisesti tapauksessa esiintyviin tekijöihin, jotka voivat tämän prima facie-järjestyksen kääntää. Kolmantena tekijänä on otettava huomioon muodollinen punnintalaki: mitä enemmän toista intressiä loukataan, sitä tärkeämpää pitää toisen toteutumisen olla, jotta tämä olisi perusteltua.» Ks. myös *Wihuri* s. 71 ss. ja *Kivimäki* DL 1952 s. 353–355. Lainkäytön tavoitteita välittävästä kannasta ks. *Virolainen* Lainkäyttö s. 85 ss., *Lindblom* Vänbok till Boman s. 259–260 ja *Edelstam* s. 29–30. Ks. edellä s. 33–34.

³² Vrt. Saksan ns. Ausschlussbefugnis – rajoittamisoikeus. Ks. siitä *Baur* Festschrift für Bötticher s. 1 ss., *Rosenberg–Schwab–Gottwald* s. 426, 790, *Münchener Kommentar I* s. 1392: Asianosainen voi tuomioistuinta sitovasti määrätä, ettei tiettyjä oikeuskysymyksiä oteta subsumption tai rajata subsumption tietyn normin tunnusmerkistöön.

³³ *Münchener Kommentar I* s. 1761.

³⁴ *Münchener Kommentar I* s. 1761.

oikeuskysymysten selvittämisestä on järjestetty da mihi factum, dabo tibi ius-säännöllä.³⁵ Sitä voi hyvin verrata määräämisperiaatteeseen ja käsittelyperiaatteeseen. Se on merkinnyt oikeuskysymyksiä koskevaa passiivisuussääntöä, joka tällä kertaa kohdistuu asianosaisiin.

Ratkaisupakko muodostaa tuomioistuimen tiedonintressin myös oikeuskysymyksissä. Tuomioistuimen on selvittettävä oikeuskysymykset, jotta ratkaisun antaminen olisi ylipäätään mahdollista.³⁶ Edellä ratkaisumallin yhteydessä on tarkasteltu informaatiolähteiden käyttöä eli tuomioistuimen työskentelyä oikeusohjeiden selvittämiseksi. Mutta tiedonintressi ei ole oikeuskysymyksissäkään yksipuolinen.

Aikaisemmin ehkä ajateltiin, että asianosaiset saavat tuomion yhteydessä selvityksen sääntöjen valinnasta ja soveltamisesta. Asianosaisilla on kuitenkin tarve jo asian käsittelyn aikana olla selvillä asiaan sovellettavista normeista, jotta he voisivat kohdistaa oman prosessitoimintansa oikein eli asian ratkaisemisen kannalta merkittävällä tavalla.³⁷ Heillä on intressi osallistua oikeuskysymysten selvittämiseen, koska aineellisoikeudelliset normit vaikuttavat olennaisesti riidan kohteen selvittämiseen. Asianosaiset voivat periaatteessa vaikuttaa oikeuskysymysten selvittämiseen kahdella tavalla: (1) määräyksillä tai (2) oikeuskysymyksiä koskevilla lausumilla.

³⁵ Lappalainen JFT 1993 s. 37. Ks. edellä s. 47.

³⁶ Esser Grundsatz s. 20–25, Esser Wertung s. 14: »Zum zweiten müssen wir im Auge behalten, dass sich längst nicht für jeden zu entscheidenden Fall sofort und unmittelbar ein subsumptionsfähiger Tatbestand anbietet – sehr oft müssen wir ihn erst »konstruieren«.» *Bru-siin* s. 124–125, *Klami* DL 1980 s. 515: »Oikeudellisten ratkaisujen kohdalla ei voida puhua ehdottomasta oikeudesta tai totuudesta. Kysymys on ... faktaväitteiden, normiväitteiden ja niistä tehtävien ratkaisupäätelmien hyväksyttävyydestä tiettyssä auditoriossa, jollainen voidaan käsitellä aivan konkreettisesti (tietty tuomioistuin, jossa asia on vireillä ja argumentaatiota esitetään) tai abstraktisesti, ajatellaan esimerkiksi tietyn oikeuskulttuurin piirissä toimivaa lakimieskuntaa ja sen arvoja ja käsityksiä yleisesti (puhutaan paradigmasta, sääntöjoukosta, joka määrittää mm. erilaisten väitteiden hyväksytyksi tuleminen ehtoja).» *Ekelöf* kirjoittaa käsitteiden heikosta soveltamisalueesta ja ydinalueesta *Rättegång* V s. 76. Sen osalta ks. myös *Heck* s. 156. Uudemmassa saksalaisessa kirjallisuudessa on esitetty näkemys, ettei mitään ydinaluetta olekaan – on vain heikko alue. Ks. *Prütting* Die Zulassung s. 109 ja *Henke* s. 70 ss.

³⁷ Ks. KKO 1992:73, jossa syytettyä ei voitu tuomita rangaistukseen törkeästä pahoinpitelystä, kun hänellä ei ollut syytteeseen vastatessaan yksityiskohtaista tietoa häneen kohdistetun syytteen sisällöstä. Korkein oikeus katsoi, että rikoksesta syytetyn on saatava tietää syytteen perusteena olevan teon tapahtumakulun kuvauksen lisäksi myös oikeudellinen arviointi siitä. Ks. tapauksesta *Lappalainen* JFT 1993 s. 41 ja *Virolainen* DL 1992 s. 81: »Ts. tuomioistuimella on kyllä valta soveltaa tekoon soveltuvia säännöksiä viran puolesta, mutta se voi tapahtua vasta sen jälkeen kun syytetylle on varattu tilaisuus lausua mainitusta lainsoveltamiskysymyksestä käsityksensä.»

Asianosainen ei voi esittää suoranaisesti oikeuskysymystä koskevaa määräystä, joka sitoisi tuomioistuinta.³⁸ On kuitenkin mahdollista, että tuomioistuin tulee konkreettista tosiseikkaa tai vaatimusta koskevalla prosessitoimella sidotuksi tiettyyn normikannanottoon.³⁹ Asianosaiset valikoivat aineellisoikeudellisten normien perusteella tapahtumien kulusta relevantit tosiseikat. He esittävät myös vaatimuksensa normeissa säädettyjen oikeusseuraamusten mukaisesti. Tuomioistuin ei saa sivuuttaa mitään asianhaaraa, jonka asianosaiset tuovat asiassa esille (OK 24:3.1).⁴⁰ Tuomioistuin ei myöskään saa tuomita muuta tai enempää kuin mitä asianosainen on vaatinut (ne eat judex ultra petita partium).⁴¹ Asianosaisten esittämät *vaatimukset* ja niiden perusteeksi *vedotut tosiseikat* ohjaavat tuomarin työtä, kun hän selvittää oikeuskysymyksiä.

Asianosaiset vaikuttavat oikeuskysymysten selvittämiseen myös *myöntämisellä* ja *tunnustamisella*. Vaatimuksen myöntäminen merkitsee sitä, että asianosainen hyväksyy vastapuolen vaatiman oikeusseuraamuksen asian lopulliseksi ratkaisuksi. Myöntäessään vaatimuksen asianosainen *sitoo tuomioistuimen toisen asianosaisen suorittamaan oikeusharkintaan*. Tällä tavoin myöntäminen sisältää oikeuskysymyksiä koskevan määräyksen, joka sitoo tuomioistuinta. Tämän ei kuitenkaan ole katsottu olevan ristiriidassa jura novit curia -periaatteen kanssa, koska myöntämisellä on tarkoitettu oikeusseuraamuksesta tai riidan kohteesta määräämistä.⁴² Tunnustamisen vaikutusta oikeuskysymysten selvittämiseen on tarkasteltu tunnustamista koskevassa jaksossa.

Riita-asian valmistelussa asianosaiset eivät yleensä yritä »määrätä» oikeuskysymyksistä tai »sitoa» tuomioistuinta tiettyyn oikeuskysymykseen, vaan he esittävät valmistelussa määräyksiä vapaamuotoisempia, oikeuskysymysten selvittämiseen tähtääviä lausumia. Rationaalisessa oikeudenkäynnissä asianosaiset

³⁸ Häsemeyer ZZP 85 (1972) s. 216, Baumgärtel ZZP 87 (1974) s. 135.

³⁹ Lindell Partsautonomi s. 48, Ekelföf-Boman Rättegång I s. 47, Schlosser Einverständliches Parteihandeln s. 34: »Im Bereich des disponiblen Rechts können die Parteien zweifellos eine materiellrechtliche Vereinbarung dahin treffen, sie wollten sich so stellen, wie wenn der Tatbestand einer Rechtsnorm erfüllt bzw. nicht erfüllt wäre.» Ks. myös Schlosser ZZP 91 (1978) s. 361–362.

⁴⁰ Ks. myös OK 24:14,2 ja Ruotsin RB 17:3.

⁴¹ Lappalainen JFT 1993 s. 37, Westberg s. 67–68 ja Virolainen Alioikeusuudistus s. 84. Ks. myös Habscheid s. 264–265: »Das Gericht hat das Recht zu kennen und es ex officio im Rahmen der gestellten Anträge auf den Lebenssachverhalt anzuwenden. Die Angabe von Gesetzen und Rechtsregeln durch die Parteien stellt daher nur Anregungen an das Gericht dar. Sie befreien nicht von einer vollständigen, lückenlosen Gesetzesanwendung.» Lainsäädännön osalta ks. ZPO 308 § ja RB 17:3. Ne eat judex ultra petita partium –säännöstä kirjoittaa Melissinos s. 15. Ks. myös Thomasson SvJT 1952 s. 148–149, Carbell SvJT 1989 s. 63, Prütting s. 308–309, 321 ja Guldener s. 156.

⁴² Rosenberg-Schwab s. 842, Münchener Kommentar I s. 1906.

haluavat vakuuttaa tuomioistuimen oman normitulkintansa oikeellisuudesta, mikä saattaa vaikuttaa olennaisesti heidän menestymiseensä oikeudenkäynnissä. Tämä vaikuttaminen tapahtuu riita-asian valmistelussa vapaamuotoisena oikeuskysymyksiä koskevana keskusteluna. Jura novit curia -periaate ei lausu mitään siitä, millä tavoin tuomioistuimen tulisi selvittää oikeuskysymykset. Siksi jura novit curia -periaate ei myöskään kiellä *vuorovaikutusta ja kommunikointia* asianosaisten ja tuomioistuimen välillä.⁴³ Tarkastelen seuraavassa näitä oikeuskysymysten selvittämiseen liittyviä asianosaisten vapaamuotoisia vaikutusmahdollisuuksia.

4.2.1 Asianosaisten oikeuskysymyksiä koskevat lausumat

Asianosaisten menestyminen oikeudenkäynnissä edellyttää sitä, että hänen vaatimuksensa on lainmukainen. Hänen on kyettävä näyttämään, että hänellä on vaatimuksensa osoittama oikeus suhteessa vastapuoleen. Näyttäminen liittyy tavalisesti konkreettisiin tosiseikkoihin, mutta asianosaisella voi olla yhtä hyvin tarve vakuuttaa tuomioistuin ja vastapuoli suorittamansa normin valinnan ja tulkinnan oikeellisuudesta.⁴⁴ Vastuunjako oikeuskysymyksissä aiheuttaa sen, ettei asianosaisten voi määrätä oikeuskysymyksistä. Oikeustieteessä on sen sijaan hyväksytty asianosaisten mahdollisuus lausua näkemyksensä oikeuskysymyksistä ja ns. yllättävien ratkaisujen kieltö, mikä tarkoittaa, että tuomioistuimen pitää varata asianosaisille tilaisuus lausua oikeuskysymyksistä.⁴⁵

Asianosaisten tarve lausua oikeuskysymyksistä korostuu käytännössä kahdessa tilanteessa. (1) On olemassa sellaisia riitoja, joissa asianosaiset ovat tapahtumien kulusta yksimielisiä, mutta erimielisiä siitä, miten riita on luonnehdittava oikeudellisesti.⁴⁶ Tällaisessa tilanteessa asiassa tehtävä ratkaisu riippuu siitä merkityksestä, joka annetaan oikeuskysymyksille. Toiseksi (2) tuomari on usein – jura novit curia -periaatteesta huolimatta – riita-asian valmistelussa epävarma siitä, miten esillä oleva asia on ratkaistava. On myös tavallista, että asianosaisten ja tuomarin käsitykset oikeuskysymyksistä eroavat toisistaan. Koska tuomioistuin joutuu selvittämään epätietoisuuden jollakin tavoin, on korostettava

⁴³ Halila LM 1954 s. 214: »...tuomarin on virkansa puolesta tunnettava kotimaansa säädännäinen oikeus. Se ei mainitse mitään lain tulkimisesta ja soveltamisesta.» *Würthwein* s. 79–82, *Laumen* s. 51–58, (s. 52): »Ein Verbot von Rechtsausführungen enthalten sie jedoch nicht.»

⁴⁴ Halila LM 1954 s. 215 puhuu tässä yhteydessä kanteen juridisesta kehittämisestä.

⁴⁵ Lappalainen JFT 1993 s. 40–41, *Lindell* Partsautonomi s. 38 ss., *Lappalainen* s. 426: »OK 14:4:ssä tuomioistuimelle säädetty velvollisuus huolehtia jutun perusteellisesta selvittelystä koskee tietysti paitsi näyttökysymystä, myös oikeuskysymystä.»

⁴⁶ *Virolainen* Materiaalinen s. 55–56, *Lappalainen* Alioikeusudistus s. 101.

kontradiktorista periaatetta ja tuomioistuimen oikeutta käyttää yhtenä *informaatiolähteenä* asianosaisten oikeuskysymyksistä esittämää selvitystä.⁴⁷

Oikeuskysymysten selvittäminen kuuluu riita-asian valmisteluun osana riidan kohteen selvittämistä. Oikeusväitteet voivat olla kiistämisen perusteena. Toisaalta oikeuskysymykset vaikuttavat olennaisesti vaatimiseen ja tosiseikkoihin vetoamiseen, joten ne kuuluvat kontradiktorisen periaatteen piiriin. Lain soveltaminen voi olla myös eräs keskeinen erimielisyyden kohde, joten velvollisuus oikeuskysymysten selvittämiseen saa myös suoraa tukea lainsäädännöstä (OK 5:19.1,2).⁴⁸

Asianosaisten oikeuteen lausua oikeuskysymyksistä liittyy läheisesti se kysymys, voidaanko oikeuskysymyksistä esittää näyttöä. Lainsäätäjän lähtökohta on *jura novit curia* -periaate, jonka mukaan tuomioistuimen on tunnettava laki eikä oikeuskysymyksiä koskeva todistelu saa olla tarpeen kuin poikkeustilanteissa (OK 17:3).⁴⁹ Meillä ei ole säännöksiä siitä, millaista todistelua oikeuskysymyksistä voidaan esittää ja millaisessa menettelyssä se voi tapahtua. Selvää on, ettei tuomioistuin voi vaatia asianosaisia esittämään näyttöä oikeuskysymyksistä. Toisaalta näyttää myös siltä, että tuomioistuin voi kieltäytyä vastaanottamasta oikeuskysymyksistä tarjottua näyttöä.⁵⁰ Tämä ei ole kuitenkaan sopusoinnussa jutun perusteellista käsittelemistä koskevan tavoitteen kanssa.⁵¹

4.2.2 Oikeuskysymysten näyttämiseen liittyviä ongelmia

OK 17:3 säättää, että »jos vieraan valtion lakia on sovellettava, eikä oikeus tunne sen sisällystä, tulee oikeuden kehottaa asianosaista esittämään siitä näyttöä.»

⁴⁷ *Halila* LM 1954 s. 215–216: Asianosaisten lausumilla on tässä tilanteessa samanlainen vaikutus, kuin tuomarin virkaveljien neuvoilla, jotka on nähty tuomareille sallittuina itseymmärryksen kehittämiskeinoina. Edes vastuunjaossa ei ole eroa: tuomari ei voi jättää vastuuta oikeuskysymysten selvittämisestä asianosaisille, mutta sitä ei voi siirtää virkaveljellekään. *Halila* LM 1954 s. 214 lähtee siitä, että *jura novit curia* ei koske tulkintaa ja normin käyttöä. Toisaalta kirjallisuudessa *jura novit curia*an on liitetty niin normin valinta, tulkinta kuin sen käytökin. Ks. asiasta *Hellwig* s. 677, *Münchener Kommentar I* s. 1761. *Lindell* kirjoittaa *jura novit curia*n absoluuttisesta tulkinnasta *Partsausonomi* s. 34–36. *Westberg* s. 327: »Domstol får alltså tillämpa en viss regel, även om part inte har åberopat regeln i fråga. Rätten får också tolka bestämmelsen på ett visst sätt, oavsett om detta tolkningsresultat står i strid mot eller täcks av part framförd åsikt i rättsfrågan.»

⁴⁸ Ks. myös OK 14:4. Vrt. kuitenkin *HE 15/1990 vp.* s. 64.

⁴⁹ *Westberg* s. 326–327, *Virolainen* *Alioikeusuudistus* s. 93, *Edelstam* s. 133.

⁵⁰ Ks. kuitenkin *Halila* LM 1954 s. 219–220, *Lindell* *Partsausonomi* s. 45, *Granfelt* *Valda juridiska uppsatser 1944b* s. 72, *Ekelöf–Boman* *Rättegång IV* s. 240: »Å andra sidan bör så icke ske utan att parterna beretts tillfälle att uttala sig om regelns tillämplighet.

⁵¹ Ks. OK 14:4 ja *Lappalainen* s. 426.

Kansainvälisessä yksityisoikeudessa asianosaiset voivat disponoida (esimerkiksi sopia) sovellettavasta laista ja sen soveltamistavastakin. Heillä on käytettävissään kaikki todistusoikeudelliset keinot lain sisällön selvittämiseksi.⁵² Oikeuskysymysten todistaminen ei ole siten tekniikaltaan erityisen ongelmallista. Ongelma muodostuu lähinnä siitä, ettei meillä ole säädetty minkäänlaista menettelyä, jolla oikeuskysymyksiä koskevien lausumien painoarvoa voitaisiin lisätä.⁵³

Käytännössä asianosaiset tukevat oikeuskysymyksiä koskevia lausumiaan viittauksilla oikeuskirjallisuuteen, ennakkotapauksiin ja muihin oikeuslähteisiin.⁵⁴ Tavallista on myös käydä keskustelua käsitteiden merkityksistä ja säännösten tavoitteista.⁵⁵ Tällainen menettely sopii hyvin riita-asian valmisteluun ja erityisesti suullisen valmistelun istuntoon. Oikeuskysymyksiä koskevan näytön ongelma korostuu kuitenkin niissä tilanteissa, joissa normin soveltaminen on tulkinnanvaraista ja joissa oikeuslähteistä ei löydy suoranaista tukea. Asianosaisilla on silloin tarve esittää muuta näyttöä näkemyksensä tueksi. Tarkastelen seuraavaksi sitä, mitä se voi olla.

⁵² *Jäterä–Jareborg* s. 334–339. Tästä on Saksassa ollut seurauksena keskustelu, jossa on pohdittu sitä, onko ulkomaista lakia koskeva todistelu asia- vai oikeuskysymys. Ks. tästä *Münchener Kommentar I* s. 1760: »Dementsprechend bleiben die nach § 293 ZPO ermittelten ausländischen Rechtsnormen für den deutschen Richter Rechtssätze, sie werden nicht zu Tatsachen.»

⁵³ Sen vuoksi jopa tämän alajakson otsikko on ongelmallinen. Oikeuskysymyksiä ei nimittäin voida yleensä todistaa samassa merkityksessä kuin konkreettisia tosiseikkoja, vaan kyse on arvostuksiin liittyvästä vakuuttamisesta. Oikeustieteessä on perinteisesti puhuttu kanteen juridisesta argumentoinnista ja kehittämisestä (*Granfelt* Valda juridiska uppsatser 1944b s. 72, *Halila* LM 1954 s. 215, *Halila* DL 1954 s. 221 alav. 41, *Gärde* s. 477). Olen kuitenkin sitä mieltä, että »kanteen kehittäminen» prosessioikeudellisena ilmiönä on muuttunut lainmuutoksen (vrt. OK 14:1 L 12.8.1960/362) ja individualisointiteoriasta luopumisen myötä. Oikeuskysymysten näyttäminen on tuomioistuimen vakuuttamista esitetyn normin valinnan/muodostamisen sekä tulkinnan/soveltamisen oikeellisuudesta.

⁵⁴ *Ekelöf Rättegång IV* s. 239 käyttää käsitettä lainsoveltamisfakta (rättstillämpningsfaktum) niistä seikoista, joiden perusteella vakuutetaan tietyn normin soveltamistavan oikeellisuudesta. *Bolding* s. 47 ja *Bergholtz* s. 359 kutsuvat niitä oikeuslähefaktoiksi (rättskällefakta). *Lindell* s. 406 puhuu tulkintafaktoista (tolkningsfakta) ja *Peczenik* s. 65 tulkinta-argumenteista. *Klami Sanningen* s. 163 käyttää ilmausta päätösargumentti (beslutsargument). Tulkintafaktat toimivat ratkaisuihin sekä auktoriteettiargumentteina että aineellisina perusteina (authoritative reasons/substantive reasons). Ks. myös seuraava alaviite ja edellä s. 15 ss. ja 147.

⁵⁵ *Bergholtz* s. 359 erottaa tulkintafaktoista (rättskällefakta) semanttiset faktat (semantiska fakta), joilla vakuutetaan tietystä tavasta käyttää kieltä (esimerkiksi käsitteiden juridis-tekniset merkitykset), ja oikeuspoliittiset faktat (rättspolitiska fakta), jotka toimivat ratkaisujen tavoiteperusteina. Ks. edellä s. 15 ss.

Todistajan roolista säättää OK 17:29,2: hän kertoo kaiken totuuden esillä olevassa asiassa. Totuus tarkoittaa tässä konkreettisia tosiseikkoja eli sitä havaintotietoa, mikä todistajalla on oikeudenkäynnin taustalla olevista tapahtumista.⁵⁶ Todistaja ei voi siten kertoa oikeuskysymyksistä muissa kuin kansainvälisen yksityisoikeuden alaan liittyvissä riidoissa, joissa oikeuslähteitä koskeva todistelu on tarpeen esimerkiksi kielivaikeuksien vuoksi. Sen sijaan kotimaisen oikeuden osalta tällaista todistajaa ei voida kuulla (OK 17:3).

Ensi silmäyksellä tuntuisi luontevalta pitää oikeuskysymyksistä kertovaa henkilöä *asiantuntijana*. Hänhän tuo valaistusta kysymyksiin, joiden arvosteleminen tarvitaan erityisiä ammattitietoja (OK 17:44). Toisaalta OK 17:3 säättää, ettei sellaisia oikeuskysymyksiä saa olla, joiden selvittämiseen eivät riitä tuomioistuimen ammattitiedot. Asiantuntijan käyttö liittyykin konkreettisiin tosiseikkoihin. Asiantuntija on henkilö, jolla on sellaisia erityisiä taitoja, jotka eivät kuulu tuomarin koulutuksen tai elämäkokemuksen piiriin.⁵⁷ Hän voi kertoa asiasta tehdyistä havainnoista enemmän verifioitavissa olevaa tietoa kuin mihin tuomari pystyy.⁵⁸

Asiantuntija on siten henkilö, joka 1) antaa tietoja kokemussääntöjen sisällöstä, tai 2) soveltaen tuntemaansa kokemussääntöä esittää arvostelman jostakin konkreettisesta tosiseikasta, tai 3) erityisen asiantuntemuksensa nojalla tekee oikeudenkäyntiaineistosta sellaisia havaintoja, joita tuomioistuin ei kykene tekemään.⁵⁹

⁵⁶ *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus* II s. 222.

⁵⁷ RB 40:1: »Finnes för prövning av fråga, vars bedömande kräver särskild fackkunskap, nödigt att anlita sakkunnig, äge rätten över frågan inhämta yttrande av...», *Ekelöf-Boman Rättegång* IV s. 227.

⁵⁸ *Edelstam* s. 22, *Ekelöf-Boman Rättegång* IV s. 236: Asiantuntija on mm. lääkäri, joka määrittelee verikokeen perusteella veren alkoholipitoisuuden, tekniikan ammattilainen, joka kertoo luodista tehtyjen havaintojen perusteella, millä aseella luoti on ammuttu, biologi, joka kertoo männyn neulasen mikroskooppisen tutkimuksen nojalla, mikä aine sitä on vahingoittanut ja patologi, joka selvittää ruumiinavauksessa kuoleman syyn. Saksalaisessa oikeudessa asiantuntijan käyttö sidotaan jo laissa asiakysymyksiin. ZPO 414 §: »Insoweit zum Beweise vergangener Tatsachen oder Zustände, zu deren Wahrnehmung eine besondere Sachkunde erforderlich war, sachkundige Personen zu vernehmen sind, kommen die Vorschriften über den Zeugenbeweis zur Anwendung.» Jura novit curian ehdottomuudesta tässä yhteydessä kirjoittaa *Rosenberg-Schwab* s. 704–705. Ks. myös *Münchener Kommentar* I s. 1766.

⁵⁹ Ks. *Tirkkonen Siviiliprosessioikeus* II s. 223 ja kokemussääntöjen ja faktojen välisestä erosta silmällä pitäen tunnustamista *Halila* s. 81–82 sekä *Honkasalo* DL 1928 s. 343, 354–358 ja *Virolainen* DL 1989 s. 69.

4.2.3 Oikeustieteelliset asiantuntijalausunnot

Jäljelle jäävät oikeustieteelliset asiantuntijat ja asiantuntijalausunnot.⁶⁰ Suomes-
sa käytetään asiantuntijalausuntoja yleisesti, samoin kuin Ruotsissa.⁶¹ Ne eivät
kuitenkaan kuulu prosessioikeuden systematiikkaan. Sen vuoksi oikeustieteelle
on tuottanut vaikeuksia selittää oikeustieteellisen asiantuntijan asema. Heitä pi-
detään yleensä *asianosaisten avustajina*.⁶² Kyseessä on oikeustieteellinen konst-
ruktio, joka on kuitenkin monella tavalla ongelmallinen.

Rinnastus avustajaan on tehty kai lähinnä siksi, että voitaisiin määritellä, ke-
nen velvollisuus on maksaa asiantuntijalausunnosta aiheutuvat kulut. Ne on oi-
keuskäytännössä rinnastettu asianosaisen oikeudenkäyntikuluihin samaan tapaan
kuin avustajan palkkio tai todistelukustannukset. Oikeustiede on tosin perinteis-
esti suhtautunut kielteisesti siihen, että hävinnyt osapuoli voitaisiin velvoittaa
niitä korvaamaan.⁶³

Oikeustieteellisiin asiantuntijalausuntoihin liittyy tuomarin näkökulmasta lä-
hinnä kolme ajankohtaista kysymystä: 1) onko tuomioistuimella oikeus päättää,
ottaako se vastaan oikeustieteellisen asiantuntijalausunnon, 2) missä vaiheessa
oikeudenkäyntiä asiantuntijalausunto täytyy antaa tuomioistuimelle ja 3) voidaan-
ko hävinnyt asianosainen velvoittaa korvaamaan vastapuolelle oikeustieteellisestä
asiantuntijalausunnosta aiheutuneet kulut?

Näitä kysymyksiä ei ole säännelty lainsäädännössä, vaan niitä koskevia kan-
nanottoja on esitetty oikeustieteessä, minkä lisäksi käytäntö lienee muovannut
omia ratkaisumallejaan. Tarkastelen kysymyksiä lähinnä oikeustieteen ja voimas-

⁶⁰ Halila LM 1954 s. 217: »Ennen kaikkea on tärkeä todeta, ettei hän ole todistaja eikä
liioin asiantuntija OK 17 luvun mielessä. Hänen antamiinsa lausuntoihin eivät siis sovellu mai-
nitun luvun säännökset. Täten on laita myös OK 17:11:ssä olevan kiellon suhteen käyttää to-
disteena yksityisluontoista kertomusta.»

⁶¹ Ekelöf-Boman Rättegång IV s. 239–241. Niiden historiasta ks. Halila LM 1954 s. 213
alav. 1 ja Kivimäki DL 1952 s. 348–349. Ks. niiden käytöstä Saksassa Rosenberg-Schwab-
Gottwald s. 716 ss.

⁶² Halila LM 1954 s. 217, Tirkkonen Siviiliprosessioikeus II s. 224, Granfelt Valda juri-
diska uppsatser 1944b s. 72.

⁶³ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus II s. 499 alav. 20, Halila DL 1954 s. 221 alav. 41 ja
siinä mainitut lähteet. Ks. tarkemmin Jokela Oikeudenkäyntikulut s. 99. Ks. myös Edelstam
s. 132–135 ja KKO 1989:152, jonka perusteella oikeustieteellisen asiantuntijalausunnon hank-
kimisesta aiheutuneita kustannuksia ei pidetty maksuttomasta oikeudenkäynnistä annetun lain
8 §:n 1 momentissa tarkoitettuina asian selvittämisen kannalta tarpeellisina todistelukuluina.
Vastaava tapaus on Ruotsissa NJA 1952 s. 434, jossa korkeimman oikeuden enemmistö to-
tesi: »HD:s majoritet konstaterade, dels att utlåtandet inte var att anse som bevisning i målet,
dels att det inte var av den art att kostnaden för det var ersättningsgill enligt lagen om fri
rättegång.»

sa olevan lain normatiivisen viitekehysten puitteissa. Esitetyistä kysymyksistä on viime aikaisessa oikeustieteessä tarkastelun kohteena ollut lähinnä oikeustieteellisten asiantuntijalausuntojen korvattavuuteen liittyvät kysymykset. Yksityiskohtien osalta viittaa Jokelan monografiaan.⁶⁴

Kahden ensimmäisen kysymyksen osalta on syytä tarkastella aluksi oikeustieteellisten asiantuntijalausuntojen merkitystä ratkaisutoiminnassa. Ekelöf on nimittäin omassa oppikirjassaan luopunut (ilmeisesti) Granfeltilta periytyvästä avustajarinnastuksesta ja vertaa oikeustieteellisiä asiantuntijalausuntoja lähinnä asianosaisten loppupuheenvuoroihin.⁶⁵ Ekelöf ei pyri etsimään vastausta siihen, mikä oikeustieteellinen asiantuntijalausunto on voimassa olevan lain systematiikassa.⁶⁶ Tämä tavoitehan oli Granfeltin konstruktion syynä. Ekelöf sen sijaan tarkastelee *asiantuntijalausuntojen merkitystä*. Hänen mielestään oikeustieteelliset asiantuntijalausunnot vaikuttavat ratkaisutoimintaan samalla tavalla kuin asianosaisten loppupuheenvuorojen (pledeerauksen) oikeuskysymyksiä koskeva osa.⁶⁷ Erotuksena loppupuheenvuoroista Ekelöf edellyttää asiantuntijoilta kuitenkin jonkinlaista objektiivisuutta.⁶⁸

⁶⁴ Monografia ilmestyi käsikirjoituksen valmistuttua. Ks. *Jokela Oikeudenkäyntikulut* s. 99: Lainsäätäjä ei kiinnittänyt erityistä huomiota oikeustieteellisiin asiantuntijalausuntoihin, kun OK 21 lukua uudistettiin. Sen sijaan niidenkin korvattavuutta harkittaessa on sovellettava uuden normiston tavoitteita. Tuomioistuimella on sen vuoksi valta harkita, ovatko oikeustieteellisestä asiantuntijalausunnosta aiheutuvat kulut OK 21:8.3:n mukaisesti olleet kohtuuden mukaan aiheellisia asianosaisten oikeuden valvomiseksi. Vaikka uuden lain tavoitteena on täyden korvauksen turvaaminen, oikeustieteelliset asiantuntijalausunnot ovat sitä tavoitetta ajatellen erityisasemassa. Johtavana, oikeuskysymyksiä koskevana periaatteena on meillä nimittäin jura novit curia-periaate, mikä tässä yhteydessä tarkoittaa sitä, että oikeuskysymysten selvittäminen ja niitä koskeva ratkaisu kuuluu siihen suoritteeseen, jonka tuomioistuin on velvollinen tekemään viran puolesta (ks. *Halila LM* 1954 s. 216). Asianosaiset ylläpitävät tätä palvelutoimintaa verotuksen kautta. Voidaanpa jopa vaatia, ettei sellaisia oikeuskysymyksiä saa olla olemassa, joiden ratkaisemiseen eivät tuomioistuimen ammattitiedot riitä. Toisaalta on selvää, että ao. asiantuntijalausunnot ovat jo osoittaneet tarpeellisuutensa vakiintumalla oikeuskulttuurimme. Sen vuoksi tuomioistuimen on jokaisen tapauksen kohdalla harkittava erikseen, onko jutussa esiintyvä oikeudellinen ongelma sellaista laatua, että lausunto on asianosaisten oikeuden valvomiseksi kohtuuden mukaan aiheellinen. Nähtäväksi jää se, miten oikeusturvavakuutusten ehtojen suunniteltu muuttaminen vaikuttaa asiantuntijalausuntojen käyttöön. Ks. tarkemmin *Jokela Oikeudenkäyntikulut* s. 473 ja yleensä korvattavuuteen liittyen *Jokela DL* 1994 s. 142.

⁶⁵ *Ekelöf-Boman Rättegång IV* s. 241.

⁶⁶ *Edelstam* s. 133.

⁶⁷ Vrt. *Gärde* s. 477: »Syftet att påverka domarens uppfattning i rättsfrågan tillgodoses i allmänhet icke genom bevisningen utan genom parternas rättsliga utveckling av talan.»

⁶⁸ *Ekelöf-Boman Rättegång IV* s. 241, *Edelstam* s. 133.

Ekelöfin näkemys on käsitykseni mukaan oikea tapa tarkastella oikeustieteellisiä asiantuntijalausuntoja. Oikeustieteellisen asiantuntijalausunnon kirjoittaja ei ole asianosaisen avustaja, vaan *oikeustieteellisen asiantuntijalausunnon kirjoittaja*.⁶⁹ Oikeustieteellinen asiantuntijalausunto on eräs oikeudellinen *informaatiolähde*, jota tuomioistuin voi käyttää selvittäessään oikeuskysymyksiä. Asiantuntijalausunnot vaikuttavat oikeuskysymysten selvittämiseen samalla tavalla kuin kärjäoikeuden kirjastossa olevat kirjat, mallit tai muu tuomarin »itsensä kehittämiseksi» hankkima informaatio.⁷⁰ Erotuksena muihin informaatiolähteisiin on kuitenkin käytännössä se, että oikeustieteelliset asiantuntijalausunnot ovat asianosaisten tilaamia tapauskohtaisia tulkintoja, jotka annetaan tuomioistuimelle vain, jos ne ovat asianosaiselle edullisia. Tämän vuoksi ne eivät ole niin luotettavia, että tuomari voisi siirtää vastuun oikeuskysymysten ratkaisemisesta asiantuntijalausunnon kirjoittajalle. Asiantuntijalausunnoilla on kuitenkin painoarvoa ja voimakas institutionaalinen tuki.⁷¹ Ne eivät sen vuoksi läheskään aina kevennä tuomarin »ratkaisutaakkaa», vaan lisäävät sitä avaamalla soveltamisongelman entistä syvällisemmin ja korostamalla oikeuskysymysten perustelemisen tarvetta.

Edellä mainitun vuoksi olen sitä mieltä, että tuomioistuin ratkaisee viime kädessä sen, ottaako se lausunnon vastaan vai ei. Samalla on kuitenkin korostettava, että niiden käyttö on tavanomaisoikeudellisesti vakiintunutta. Asian perusteelliseen käsittelemiseen kuuluu perusteellisuus myös oikeuskysymysten osalta (OK 6:2a.2 ja OK 14:4). Jos tuomioistuin ei ota vastaan tarjottua lausuntoa, ratkaisun täytyy olla perusteltavissa. Tavallisin syy on se, että lausunto on oikeudellisen ongelman laadun kannalta tarpeeton.⁷² Riita-asian valmistelussa tulee kuitenkin yllätysten välttämiseksi keskustella myös asiantuntijalausunnon tarpeel-

⁶⁹ Lehtimaja LM 1981 s. 594.

⁷⁰ Halila LM 1954 s. 215–216.

⁷¹ Lehtimaja LM 1981 s. 594–595: »Vaikka oikeuskirjallisuudessa myönnetään, että oikeustieteelliset asiantuntijalausunnot ovat oikeudelliselta luonteeltaan vain avustajankirjelmia, käytännössä niihin suhtaudutaan huomattavasti kunnioittavammin: tuomari pitää niitä tieteenä, kun taas asianajajan oma teksti on vain advokattyriä. Mielestäni tällainen erottelu on periaatteelliselta kannalta tarpeeton ... (s. 595:) tällöinkin on kysymyksessä vain aste-ero, joka on täysin analoginen kahden ammattitaidoltaan eritasoisen asianajajan työpanosten välillä olevaan eroon. Mielestäni olisi parempi puhua oikeustieteellisestä konsultaatiosta...»

⁷² Halila kuvaa »näytön» tarpeellisuutta ja korvausperustetta LM 1954 s. 222: »Jos näet jutussa on kysymys erikoisen arvokkaista intresseistä ja jos siinä lisäksi on esillä poikkeuksellisen vaikeita juridisia erikoisongelmia, niin lienee paikallaan, että jutussa hankittua juridista asiantuntijalausuntoa voidaan pitää tarpeellisena myös oikeudenkäyntikulujen korvaamisen kannalta.» *Edelstam* s. 134: »För att responsa skall tillåtas bör det rimligen räcka med att rättsläget är av en rätt låg oklarhets- eller svårighetsgrad.» Ks. myös *Gärde* s. 477.

lisuudesta ja niihin liittyvistä korvauskysymyksistä; voivathan oikeuskysymykset olla jutun keskeinen erimielisyyden kohde.⁷³

Säätelemättä on myös kysymys, missä oikeudenkäynnin vaiheessa ao. lausunto tulisi antaa tuomioistuimelle. Asiantuntijalausunnot eivät ole todisteita, joita OK 5:3.1:ssä tai OK 5:19.1,3:ssa tarkoitetaan.⁷⁴ On myös epätodennäköistä, että lainsäätäjä olisi tarkoittanut OK 5:25:ssä säännellyillä »muilla valmistavilla toimenpiteillä» oikeustieteellisiä asiantuntijalausuntoja.⁷⁵ Käsitykseni mukaan kysymys onkin prosessioikeudellisesti kiperä tapaus, jossa vastausta on haettava sääntöjen sijasta periaatteista. Niistä tulee tässä kyseeseen oikeudenkäyntiaineiston esittämisen aikaa ja paikkaa koskeva *keskitysperiaate* ja *kontradiktorinen periaate*.⁷⁶ Oikeustieteellinen asiantuntijalausunto on annettava tuomioistuimelle sellaisessa oikeudenkäynnin vaiheessa, että vastapuoli voi varautua sen edellyttämiin toimiin eikä asian yhtäjaksoinen pääkäsittely lausunnon vuoksi vaarannu.⁷⁷ Käytännössä tämä tarkoittaa sitä, että lausunnot on toimitettava tuomioistuimelle niin varhaisessa valmistelun vaiheessa kuin mahdollista.⁷⁸

4.3 TUOMARIN OSALLISTUMINEN YHTEISTOIMINTAAN

Yhteistoimintaperiaate tarkoittaa tuomioistuimen velvollisuutta *selvittää myös oikeuskysymykset* yhteistoiminnassa asianosaisten kanssa. Käytännössä se edellyttää keskustelevaa työskentelytapaa riita-asian valmistelussa.⁷⁹ Oikeuskysymyksistä käytävässä keskustelussa tuomari voi (1) neuvoa ja selittää asianosaisille oikeuskysymysten sisältöä ja (2) antaa heille myötävaikutusmahdollisuuden oikeuskysymysten selvittämisessä.

⁷³ Kysymykseen, voiko tuomioistuin määrätä viran puolesta hankittavaksi tässä tarkoitettua lausunnon, vastaa *Halila* LM 1954 s. 216 kieltävästi.

⁷⁴ *Halila* LM 1954 s. 222, *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 162.

⁷⁵ *HE 15/1990 vp.* s. 70, vrt. *LaVM 16/1990 vp.* s. 5–6.

⁷⁶ Suullisuusperiaatetta ei ole sovellettu näiden asiantuntijalausuntojen kohdalla. Ks. *Ekelöf-Boman Rättegång IV* s. 242 ja *Gärde* s. 477.

⁷⁷ *Ekelöf-Boman Rättegång IV* s. 242.

⁷⁸ Tämä käsitys on oikeustieteessä vakiintunut. Jos kysymystä lausunnon jättämisen »viimeisestä hetkestä» tarkastellaan keskitysperiaatteen näkökulmasta, on lausunnon jättäminen ainakin erillisen pääkäsittelyn yhteydessä käytännössä mahdollista vielä valmistelun ja pääkäsittelyn välillä, jos asia on otettu esille valmistelussa ja prosessisubjektit voivat siihen varautua. Oikeustieteessä esitetyistä kannanotoista ks. *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 162 ja *Halila* LM 1954 s. 219, joka ennakoii tämän vastauksen jo vuonna 1954. Ks. myös *Ekelöf-Boman Rättegång IV* s. 242.

⁷⁹ Keskusteleavan työskentelytavan käsitteestä ks. *Vereinfachungsnotelle* BT-Drucksache 7/2729 s. 34: »Die mündliche Verhandlung ist als dialektischer Prozess nicht nur ein hervor-

4.3.1 Neuvonta- ja selittämismvelvollisuus

Meillä Suomessa tuomarin neuvonta- ja selittämismvelvollisuus liittyy *informatiiviseen prosessinjohtoon*.⁸⁰ Saksan laissa ZPO 278 § Abs. III ja ZPO 139 § Abs. I muodostavat yhdessä ns. *tuomarin neuvonta- ja selittämismvelvollisuuden* (Hinweis- und Aufklärungspflicht).⁸¹ Sääntöjen suhde on tulkittu niin, että ZPO 278 § Abs. III koskee tuomioistuimen neuvontaa ja selittämistä oikeuskysymyksissä, kun taas ZPO 139 § Abs. I velvoittaa tuomioistuinta aktiiviseen materiaalliseen prosessinjohtoon asiakysymyksissä.⁸² Neuvonta- ja selittämismvelvollisuuden ensisijainen tavoite on se, ettei kukaan menettäisi oikeuttaan muodollisen menettelyvirheen vuoksi. Tuomarin on neuvottava asianosaista, jos hänen määräyksensä on virheellinen, asian käsittely epätäydellistä tai jos asianosainen ei tiedä tai huomaa jotakin oikeudenkäynnin kannalta merkityksellistä seikkaa.⁸³

Suomessa informatiivisella prosessinjohtolla tarkoitetaan ZPO 278 §:än verrattavissa olevaa ja samaa tavoitetta palvelevaa tuomarin aktiivista materiaalis-

ragendes Mittel zur schnellen Sachaufklärung und Heraussschälung der gegenseitigen Standpunkte.», *Rosenberg-Schwab* s. 456 ja *Wassermann* s. 87. Tällaisesta menettelystä kirjoittaa *Birk NJW* 1985 s. 1491: »ZPO 139 § (joka säättää tuomioistuimen selittämismvelvollisuudesta) on – oikein käytettynä – ideaali kommunikaatioväline asianosaisille ja tuomarille. Tuomari voi kysyä, mitä asianosainen tarkoittaa ja asianosainen voi kuulla, miten tuomari on asian ymmärtänyt. Tämä pätee niin asia- kuin oikeuskysymyksissäkin. Tätä täydentää vielä ZPO 278 § Abs. III. Sen myötä ZPO on mahdollistanut avoimen ja yllätyksettömän oikeudenkäynnin, jossa asianosaisten ja tuomioistuimen vastakkaiset oikeudet ja velvollisuudet täydentävät toisiaan (suomenno – SL).» *Birk* puhuu tehtävien vuorovaikutuksesta (Wechselwirkung), joten hän yhdistää ratkaisutoiminnan subsumtionmallin myös itse ratkaisutoimintaan. Ajatus yhteistoinnasta oikeuskysymyksissä ei ole Saksassa uusi, vaan tämän keskustelun lähtökohtana voidaan pitää *Arndtin* artikkelia *NJW* 1959 s. 7: »Das Gericht und die Parteien sollen sich zu einer »Arbeitsgemeinschaft« vereinigen.»

⁸⁰ Ks. siitä yksityiskohtaisesti *Virolainen Materiaalinen* s. 75–77. Ks. myös *Lappalainen Alioikeusuudistus* s. 123–125.

⁸¹ *Arens-Lüke* s. 146–147, *Baur-Grunsky* s. 28, *Jauernig* s. 77.

⁸² Vapaasti suomennettuna ZPO 139 § Abs. I kuuluu: Tuomarin on johdettava prosessia niin, että asianosaiset voivat lausua kaikista relevanteista tosiseikoista ja esittää asiaan liittyvät vaatimuksensa. Erityisesti tuomarin tulee huolehtia epätäydellisestä esille tuotujen tosiseikkojen täydentämisestä ja todisteiden selvittämisestä. Näiden tavoitteiden saavuttamiseksi hänen on selvitettävä asianosaisten välistä riitasuhdetta (Sach- und Streitverhältnis) ja käytettävä kyselyoikeutta. Ks. ZPO 278 Abs III:n käännös edellä s. 91 alav. 128. Ks. myös *Jauernig* s. 79: »Die Parteien müssen sich zu den rechtlichen Gesichtspunkten, auf die das Gericht seine Entscheidung stützen will, äussern können. Überraschungsentscheidungen sollen auf diese Weise vermieden werden. Das verlangt ganz allgemein bereits § 139 (Erörterung des Sach- und Streitverhältnisses »nach der rechtlichen Seite«).»

⁸³ *Rosenberg-Schwab-Gottwald* s. 439.

ta prosessinjohtoa oikeuskysymyksissä.⁸⁴ Niiden selvittäminen voi edellyttää samanlaista oikeudenkäyntiaineiston selventävää, muuntavaa, rikastavaa ja rajoitettavaa työstämistä kuin asiakysymystenkin selvittäminen.⁸⁵ Ero on vain siinä, että oikeuskysymykset ovat seikkoja, jotka kuuluvat tuomioistuimen vastuun piiriin, kun taas asiakysymykset kuuluvat asianosaisten vastuulle.⁸⁶

Informatiivinen prosessinjohto tarkoittaa tuomarin velvollisuutta *selittää* asianosaisille *omaa käsitystään oikeuskysymyksistä*.⁸⁷ Se ei suinkaan tarkoita tuomion julistamista asianosaisille ennen aikojaan. Eihän se ole riita-asian valmistelussa tavallisesti mahdollistakaan. Riidan kohteen selvittämisen kannalta on tärkeää oikean normin keksiminen ja sen tunnusmerkistön muotoileminen eli normien soveltamisedellytysten selvittäminen.

Normien soveltamisedellytysten selvittämistä palvelee (1) *normin valinnan tai muodostamisen* selittäminen ja niistä keskusteleminen. Tämä on erityisen tärkeää, jos asianosaisilla ei ole selvää käsitystä sovellettavasta normistosta.⁸⁸ Jos asianosaiset pyrkivät väitteillä ja todistelulla täyttämään väärän tunnusmerkistön, tietämättömyyden korjaaminen on välttämätöntä sen vuoksi, että asiassa ei tehtäisi yllättävää ratkaisua. Asianosaiset kokevat helposti, ettei heillä ole ollut mahdollisuutta vedota kaikkiin käytettävissä olleisiin tosiseikkoihin, jos tuomio-

⁸⁴ Virolainen Materiaalinen s. 77–78 (77:) »Informatiivisen funktion merkitys ei rajoitu vain oikeuskysymysten selvittämiseen sinänsä, vaan sitä voidaan käyttää myös tosiasiapuolta selvitettäessä.» Lappalainen Alioikeusuudistus s. 117: »Materiaalinen prosessinjohto kohdentuu siten oikeudenkäyntiaineistoon (vaatimukset, perusteet, todistusaineisto, normimateriaali).»

⁸⁵ Virolainen Materiaalinen s. 60, Virolainen Alioikeusuudistus s. 94, Virolainen LM 1983 s. 149, Lappalainen s. 425–426. Materiaalisesta prosessinjohdosta oikeuskysymyksissä ks. yksityiskohtaisesti Virolainen Materiaalinen s. 305 ss.

⁸⁶ Lappalainen Alioikeusuudistus s. 102 on perustanut oikeuskysymyksiä koskevan keskustelun kontradiktoriseen periaatteeseen: »Myös oikeudenkäynnin perusteellisuuden, mm. kontradiktorisen prinssiin toteutumisen kannalta on suotavaa, että asianosaiset ilmaisevat oikeudellisen käsityksensä asiasta heti, kun siihen tulee tilaisuus... (s. 125:) Asian perusteellisen käsittelyn kannalta on kuitenkin tärkeää, että myös jutun oikeuskysymys tulee oikeudenkäynnissä keskustelun alaiseksi.» Sama ajatus on Virolaisella Alioikeusuudistus s. 94. Tässä esitetty idea keskusteleavasta prosessista ei mitenkään liity retoriikkaan; en ainakaan ole harkinnut esitystäni suhteessa siihen. Johdattelevasti retoriikasta kirjoittaa Persson. Ks. myös Lappalainen JFT 1993 s. 39–40.

⁸⁷ Virolainen Lainkäyttö s. 218, Lappalainen Alioikeusuudistus s. 125: »Yllätysratkaisut (= ratkaisun perustaminen asianosaisille yllätykselliseen oikeusnormiin) tuomioistuimen tulisi pyrkiä jo valmisteluvaiheessa eliminoimaan asian oikeudellista puolta valottavalla informatiivisella prosessinjohdolla.»

⁸⁸ Lappalainen Alioikeusuudistus s. 125: »..., koska normisto lopulta määrää, mitkä faktat ovat oikeustositseikkojen asemassa.» Virolainen Materiaalinen s. 309: »Onhan jutun tosiasiapuoli kiinteässä yhteydessä oikeuskysymykseen viimeksi mainitun määrätessä, mitkä seikat ovat konkreettisesti tapauksessa juridisesti relevantteja.»

istuin vasta tuomiossaan määrää ne relevanteiksi.⁸⁹ Selittämällä tähdätään asianosaisten *määräämismahdollisuuksien avaamiseen* niissäkin kysymyksissä, joissa he eivät ole ymmärtäneet voivansa vaikuttaa.⁹⁰

Normin soveltamisedellytyksiä koskevassa keskustelussa voidaan ottaa esille myös (2) *normin tulkinta*.⁹¹ Tuomari voi selittää, millaisesta tulkinnanvaraisuudesta asiassa on kysymys.⁹² Keskustelu voi koskea myös tulkintafaktoja eli lähinnä niitä informaatiolähteitä, joiden avulla tietty tulkintatuloks voidaan perustella.⁹³ Päämääränä on saada esille tältäkin osin se materiaali, joka asianosaisten ja tuomarin käsitysten mukaan vaikuttaa asiassa tehtävään ratkaisuun.⁹⁴ Sen sijaan asiassa tehtävän tuomion sisältöä tai argumentoimista (justifiointia) ei tässä vaiheessa tarvitse käsitellä, koska normien soveltaminen ei voi siltä osin olla riippuvainen asianosaisten hyväksymisestä.⁹⁵ Tuomioistuin ei nimittäin voi jättää vastuuta asian aineellisoikeudellisesta ratkaisemisesta asianosaisille (*jura novit curia*).⁹⁶

4.3.2 Asianosaisten myötävaikutusmahdollisuus

Tuomarin neuvonta- ja selittämisvelvollisuuden käänttöpuolena on *asianosaisten mahdollisuus vaikuttaa* oikeuskysymysten selvittämiseen.⁹⁷ Tuomioistuimen tulee varata asianosaisille tilaisuus lausua käsityksensä oikeuskysymyksistä.⁹⁸

⁸⁹ Virolainen Materiaalinen s. 310. Ajatellaan sivun 137 esimerkkiä, jossa asianosainen ajaa suorituskannetta perusteettoman edun palautuksena, mutta tuomari tietää, että asia ratkaistaan toisen omaisuuden sijoitetun työsuorituksen korvaamista koskevan normin perusteella, joka edellyttää sopimuskonstruktion väittämistä ja näyttämistä.

⁹⁰ Lindell Partsautonomi s. 22.

⁹¹ Asiasta kirjoittaa yksityiskohtaisemmin Virolainen Materiaalinen s. 313.

⁹² Tulkinnanvaraisuudesta ks. Aarnio Laintulkinnan teoria s. 169.

⁹³ Aarnio Laintulkinnan teoria s. 217–218.

⁹⁴ Virolainen Materiaalinen s. 309.

⁹⁵ Virolainen Materiaalinen s. 313. Tuomioistuin täyttää käyttäytymisen ohjaamista tarkoittavan funktionsa parhaiten kantamalla konkreettisesti vastuun tuomion oikeudellisesta perustelemisesta (process of justification). Tällä perusteella en hyväksy sitä Laumenin näkemystä, että tuomioistuin ja asianosaiset suunnittelevat ja laativat yhteistoiminnassa myös tuomion oikeusseuraamuksia koskevan osan. Ks. siitä Laumen s. 109.

⁹⁶ Ekelöf Rättegång V s. 44–45, Henckel s. 57: »Dem Richter obliegt es, die Argumente beider Seiten zu hören, zu prüfen und sich für das rechtlich Richtige zu entscheiden.»

⁹⁷ Virolainen Materiaalinen s. 316, Lappalainen Alioikeusuudistus s. 125, Virolainen Alioikeusuudistus s. 94, Ekelöf–Boman Rättegång IV s. 240, Lindell Partsautonomi s. 40. Tanskan Retsplejeloven sisältää asiaa koskevan säännön (339,2 §): »Retten kan opfordre en part til at tilkendegive sin stilling såvel til faktiske som til retlige spørgsmål, som synes at være af betydning for sagen.»

⁹⁸ Virolainen Materiaalinen s. 307, 312.

Tuomioistuimen tulisi myös *tutustua asianosaisten tarjoamaan oikeuskysymysten selvittämistä koskevaan materiaaliin*. Se kuuluu asian perusteelliseen käsittelemiseen. Sen sijaan tuomarilla ei ole velvollisuutta sitoutua oikeuskysymyksistä esitettyyn näyttöön. Näyttöön tutustuminen voi kuitenkin merkitä velvollisuutta perustella se, miksi tuomioistuin on päättänyt ratkaisussaan erilaiseen normin valintaan tai tulkintaan (OK 24:15,1).

Asianosaisten myötävaikutusmahdollisuus on tärkeä niissä riidoissa, joissa oikeuskysymykset ovat vaikeita. Monimutkainen normatiivinen konstruktiio voi aiheuttaa sen, etteivät oikeuskysymykset ole riita-asian valmistelussa tuomarille selviä. Silloin paljastuu asianosaisten rooli yhteistoiminnassa. Tuomari ei voi selittää oikeuskysymyksiä asianosaisille, vaan asianosaiset toimivat informaatiolähteenä.⁹⁹ Asianosaisten vaatimukset ja niiden perusteet eivät nimittäin aina kerro sitä, *miten* asianosainen on päättänyt tiettyjen konkreettisten tosiseikkojen perusteella esittämäänsä vaatimukseen. Heillä ei ole väittämistaakkaa normien suhteen.¹⁰⁰ Heillä täytyy kuitenkin olla jonkinlainen käsitys oikeuskysymyksistä, koska he joutuvat harkitsemaan riitansa juridisen merkityksen ennen kuin ryhtyvät oikeudenkäyntiin.¹⁰¹ Asianosaiset voivat siten olla oikeuskysymysten selvittämistä ajatellen arvokas informaatiolähde, jos heille annetaan vaikutusmahdollisuus.¹⁰²

Asianosaisilla ei ole kuitenkaan velvollisuutta vaikuttaa oikeuskysymysten selvittämiseen. Jos asianosainen toteuttaa laissa hänen tehtävikseen määrätty prosessitoimet, hänellä on oikeus odottaa, että tuomioistuin ratkaisee asian oikeuskysymysten osalta. Vastuunjaon peruseriaate, *jura novit curia*, tarkoittaa sitä, että tuomioistuin selvittää ja ratkaisee oikeuskysymykset *tarvittaessa* ilman asianosaisten myötävaikutusta.¹⁰³

4.3.3 Yllättävien ratkaisujen kieltö

Yhteistoiminnalla oikeuskysymysten selvittämisessä pyritään estämään yllättäviä ratkaisuja. Yllättävä ratkaisu voi johtua sekä asia- että oikeuskysymyksistä.

⁹⁹ Laumen s. 48, Arndt NJW 1959 s. 8, Ekelöf Rättegång V s. 42–43.

¹⁰⁰ Lappalainen Alioikeusuudistus s. 101–102.

¹⁰¹ Henckel s. 57.

¹⁰² Virolainen Materiaalinen s. 316: »..., että asianosaistenkin tulee saada sanansa myös oikeuskysymyksistä sanotuksi...» Informatiivisen prosessinjohtoon edellyttämästä kontradiktorisesta periaatteen aikaisempaa laajemmasta tulkinnasta ks. Virolainen Lainkäyttö s. 217–219 ja Liljenfeldt–Kuusimäki–Latvala DL 1995 s. 261 (Kuusimäki): »Voidaankin sanoa, että kontradiktorisuuden periaatteen »eurooppalainen» noudattaminen merkitsee meilläkin »yllätyksetömyyden» periaatteen toteutumista.» Vrt. perinteiseen tulkintaan Tirkkonen LM 1964 s. 1007.

¹⁰³ Lappalainen Alioikeusuudistus s. 125.

Asiakysymyksissä väittämistaakka kuitenkin estää ratkaisun perustamisen asianosaiset yllättävään seikkaan. Vaatimusten osalta vaatimistaakka merkitsee samanaista suojaa. Suomen lakiin ei sen sijaan sisälly yllättävältä lain soveltamiselta suojaavaa säännöstä, toisin kuin eräissä muissa maissa.¹⁰⁴

Yllättävien ratkaisujen kiellolla on kaksi ulottuvuutta. Toisaalta se ohjaa tuomion oikeudellista perustelemista. Toisaalta se on selvästi riita-asian valmistelua ja oikeuskysymysten selvittämistä ohjaava sääntö. Suomessa yllättävä lain soveltaminen olisi edelleen mahdollista absoluuttisen jura novit curia -periaatteen tulkinnan mukaisesti.¹⁰⁵ Sellainen tulkinta on kuitenkin ristiriidassa yhteis-toimintaperiaatteen ja asian selvittämistä koskevien sääntöjen kanssa. Yllättävien ratkaisujen välttäminen on oikeuskysymysten selvittämisen ja jutun perusteellisen käsittelemisen tavoite (OK 5:19, OK 5:21.3, OK 6:2a.2 ja OK 14:4).¹⁰⁶

Saksassa yllättävien ratkaisujen kieltö perustuu perustuslain 103 artiklassa säänneltyyn kansalaisen oikeuteen tulla oikeudenkäynnissä kuulluksi (Recht auf rechtliches Gehör).¹⁰⁷ Perusoikeus tarkoittaa asianosaisen oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin, vaikka se nimensä puolesta vastaa lähinnä kontradiktorista periaatetta.¹⁰⁸ Sen mukaan tuomioistuimella on muun muassa *velvollisuus huolehtia*, ettei asiassa tehtävä tuomio yllätä asianosaisia.¹⁰⁹ Perusoikeuden vastainen toiminta on menettelyvirhe, joka aiheuttaa jutun palauttamisen.¹¹⁰

Perusoikeuden tarkoittamaa tavoitetta toteuttavat siviiliprosessissa neuvonta- ja selittämisvelvollisuutta koskevat säännöt, ZPO 139 § Abs. I ja ZPO 278 § Abs. III.¹¹¹ Oikeustieteessä vallitsee erimielisyys siitä, kuinka voimakasta prosessinjohtoa yllättävien ratkaisujen kieltö ja asianosaisten oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin edellyttää. Hallitseva mielipide (johtavat oppikirjat ja

¹⁰⁴ Saksan ZPO 139 § ja ZPO 278 § Abs. III, Tanskan Retsplejelov § 339 stk 2.

¹⁰⁵ Lindell Partsautonomi s. 34 kirjoittaa jura novit curian absoluuttisesta merkityksestä. Suljetun ratkaisun illuusiosta kirjoittaa Makkonen Oikeudellisen s. 238–243. Ks. myös Aarnio Laki, teko ja tavoite s. 122–123 ja Brusiin s. 7–15. Tuomareiden roolista ks. Brusiin DL 1934 s. 243, Carlson DL 1935 s. 450, Kemppinen K. DL 1977 s. 97, Habscheid Festschrift till Ekelöf s. 286 ja Virolainen DL 1989 s. 577–578.

¹⁰⁶ Lappalainen s. 426.

¹⁰⁷ Honkasalo s. 22 määrittelee saksalaisen käsitteen näin: »kanteen tekemisen johdosta kantajalle syntyvä oikeus kanteen prosessilakien mukaiseen käsittelyyn (Recht auf rechtliches Gehör).»

¹⁰⁸ Ks. tarkemmin edellä s. 202.

¹⁰⁹ Rosenberg–Schwab–Gottwald s. 430, Münchener Kommentar I s. 21: »Sie bedeutet, dass jedem, der von einer gerichtlichen Entscheidung betroffen ist, die Möglichkeit eingeräumt werden muss, in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Stellung zu nehmen und so die Entscheidungsfindung zu beeinflussen.»

¹¹⁰ Rosenberg–Schwab–Gottwald s. 852.

¹¹¹ Münchener Kommentar I s. 1014, Rosenberg–Schwab s. 484.

kommentaarit) on pidättyväinen selittämisen ja neuvonnan suhteen. Se lähtee siitä, että tuomioistuimella on velvollisuus lähinnä *selventävään, muuntavaan ja rajoittavaan prosessinjohtoon*.¹¹² Tuomarin *kyselyvelvollisuus korostuu* eikä tuomioistuimella ole oikeutta viran puolesta ottaa esille uusia tosiseikkoja.¹¹³

ZPO 278 § Abs. III:n mukaista neuvontavelvollisuutta rajoittaa liberalistinen vapauspiiri-ajattelu.¹¹⁴ Asianosaisten ja tuomioistuimen välinen *vastuunjakko merkitsee myös tehtäväjakoa*. Tuomioistuimella on säännöksen sanamuodon mukaisesti neuvontavelvollisuus vain pääasiavaatimukseen liittyvissä oikeuskysymyksissä. Neuvontavelvollisuus koskee vain sellaista *»oikeudellista näkökohdtaa»*, jonka asianosainen on jättänyt huomioimatta tai johon hän on suhtautunut ylimalkaisesti.¹¹⁵ Tuomarilla *ei ole yleistä velvollisuutta alistaa näkemyksiään asianosaisten hyväksyttäväksi*, vaan neuvontavelvollisuus merkitsee tuomioistuimen *sanktioimatonta velvollisuutta varata asianosaiselle tilaisuus lausua* käsityksensä asiaan liittyvissä oikeuskysymyksissä.¹¹⁶

Arndt tulkitsi kuitenkin jo 1950-luvulla perustuslain 103 § Abs. I:n mukaisen perusoikeuden ja ZPO 139 § Abs. I:n mukaisen tuomioistuimen kyselyvelvollisuuden toisella tavalla. Hänen mukaansa säännöt merkitsivät tuomioistuimen *velvollisuutta ns. oikeuskeskusteluun (Rechtsgespräch)*.¹¹⁷ Sillä hän tarkoitti tuomioistuimen velvollisuutta toimia niin, että asianosaisilla oli *tosiasiallinen mahdollisuus ottaa kantaa kaikkiin asiaan liittyviin asia- ja oikeuskysymyksiin*.

4.3.4 Oikeuskeskustelu

Oikeuskeskustelu on eräs keskeisistä vaihtoehtoisen koulukunnan teeseistä. Sen mukaan tuomioistuimella on velvollisuus toimia aktiivisesti niin, että perustuslain 103 artiklassa taatut asianosaisen oikeudet toteutuvat. Tuomioistuimen on toteutettava asianosaisen (1) *oikeus informaatioon*, (2) *oikeus lausua asiassa* ja (3) *oikeus vaikuttaa asian ratkaisemiseen oikeuskysymysten osalta*.¹¹⁸ Tavoitteena

¹¹² Prosessinjohtoon funktioiden osalta ks. Virolainen Materiaalinen s. 60 ja edellä s. 200.

¹¹³ Prütting NJW 1980 s. 363.

¹¹⁴ Saksassa puhutaan yhdenvertaisuudesta muodollisessa merkityksessä. Ks. siitä mm. Holopainen LM 1977 s. 3.

¹¹⁵ Münchener Kommentar I s. 1642–1644.

¹¹⁶ Münchener Kommentar I s. 1644–1646, Arens-Lüke s. 146–147.

¹¹⁷ Arndt NJW 1959 s. 8.

¹¹⁸ Alternativkommentar s. 37–38. Informaatiovelvollisuudesta kirjoittaa Wassermann s. 88: »Die Forderung nach einem Rechtsgespräch hat das Bild des schweigenden Richters überwunden und ebenso den Typ des monologisierenden Richters in Misskredit gebracht, für den die Gerichtsverhandlung eine Szene ist, auf der er seine Rolle spielt, zu der ihm die anderen Verfahrensbeteiligten nur die Stichwörter reichen dürfen.»

on avoin ja argumentatiivinen kommunikaatio, jonka on ajateltu toteuttavan asianosaisen oikeuden informaatioon ja mahdollistavan yhteistoiminnassa tapahtuvan ratkaisun keksimisen.¹¹⁹

Oikeuskeskustelu on eräs keino toteuttaa asianosaisten tosiasiallista yhdenvertaisuutta. Vaihtoehtoinen koulukunta kiinnitti huomiota siihen, että oikeudenkäynnissä menestymiseen vaikuttaa se, kuinka hyvin ihminen on koulutettu ja kuinka hyvin hän tuntee oikeutensa. *Siksi muodollinen yhdenvertaisuus merkitsee tosiasiallista eriarvoisuutta*. Sen vuoksi tuomioistuimen tehtävänä olisi huolehtia siitä, että asianosaiset ovat oikeudenkäynnissä mahdollisimman samantasoisesti perillä oikeuksistaan.¹²⁰ Oikeuskeskustelu on siten yksi sosiaalisen kompensaation muodoista. Tavoitteena on se, ettei asianosainen kärsi oikeudenmenetyksiä ymmärtämättömyyden, tietämättömyyden tai erehdyksen vuoksi.¹²¹ Maltillisesti ajateltuna oikeuskeskustelu ei tarkoita muuta kuin tuomarin johtamaa, oikeuskysymyksiä koskevaa keskustelua, jolla mahdollistetaan asianosaisten myötävaikeus asian selvittämisessä.¹²² Keskusteleva prosessinjohtotapa ulotetaan myös oikeuskysymyksiin.

¹¹⁹ Wassermann s. 88.

¹²⁰ Laumen s. 121 ss., Wassermann s. 90: »Da die fehlende Chancen- und Waffengleichheit ein grundsätzlicher Mangel des liberalen Prozessmodells war, das eben durch die Hinnahme solcher Ungleichheiten gekennzeichnet wurde, ist es geradezu ein zentrales Anliegen des sozialstaatlichen Prozesses, dafür Sorge zu tragen, dass in ihm die Waffen der Prozessgegner möglichst gleich sind: Der Ausgang des Rechtsstreits soll nicht mehr von der Gewandtheit oder sozialen Macht einer Partei abhängen.« Ks. aineellisen totuuden periaatteesta *Alternativkommentar* s. 38–39.

¹²¹ *Alternativkommentar* s. 89–90.

¹²² Laumen s. 284: »Im Rahmen der Wahrheits- und Rechtsfindung des Gerichts sowie der richterlichen Rechtsfortbildung erfüllt das Rechtsgespräch die Aufgabe, die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen der gerichtlichen Entscheidung sicherer zu machen, den Einfluss irrationaler Elemente auf die richterliche Willensbildung so weit wie möglich auszuschalten und die Grundlage zu schaffen für eine gemeinsame Wahrheits- und Rechtsfindung aller Verfahrensbeteiligten als Bestandteil eines dialektischen Erkenntnisprozesses in der mündlichen Verhandlung.«

5. SOVINNOSTA

Sovinto ei tarkoita suoranaisesti riidan kohteen selvittämistä, niin kuin tarkoittivat vaatimusten, niiden perusteiden ja oikeuskysymysten selvittäminen. Sovinto vaikuttaa kuitenkin asian hahmottamiseen ja käsittelyyn. Sovinto on uudessa menettelyssä myös eräs sosiaalisen prosessikäsityksen konkretisoitumistilanteista. Se on siten tutkimuksen teemaa ajatellen keskeinen prosessioikeuden ilmiö, jossa prosessikäsityksen mukana muuttuvat periaatteet ja siviiliprosessin tavoitteet konkretisoituvat uudenlaisena menettelynä ilman, että normijärjestelmän tarkkarajaisimpia sääntöjä olisi perinpohjaisesti muutettu. Sovintoneuvottelu on nimenomaan uusien tavoitteiden ja periaatteiden konkretisoitumistilanne.

Tuomioistuimelle on säädetty velvollisuus pyrkiä saamaan asianomaiset sopimaan dispositiiviset riita-asiat (OK 5:26.1). Sovintopyrkimys liittyy riita-asian valmisteluun, jossa on selvitettävä, onko asiassa olemassa edellytyksiä sovinnolle (OK 5:19.1,4).¹ Sovinnon vahvistaminen on eräs ja riitaisissa asioissa tärkein niistä keinoista, joilla asia voidaan ratkaista jo valmistelun aikana (OK 5:27.1,2). Sovintoja tehdään erityisesti suullisen valmistelun istunnossa.

Sovintopyrkimys ohjaa asian selvittämistä, koska tuomarin pitää valmistella asia niin, että valmistelu mahdollistaa sovinnon tekemisen.² Tuomarin on kehitettävä itselleen sellainen prosessinjohtotapa eli asian valmisteluun liittyvä ratkaisumalli, että sovintojen tekeminen on mahdollista. Käytäntö on osoittanut, että sovinnolle otollinen ilmapiiri syntyy asian huolellisesta ja perinpohjaisesta valmistelusta.³ Tarkoitin tällä asianosaisten vaatimusten ja niiden perusteiden sekä niistä muodostuvan asianosaisten erimielisyyden huolellista selvittämistä. Asian

¹ Sovinto on siten yksi riita-asian valmistelun keskeisistä tavoitteista pääkäsittelyn keski-tyksen turvaamisen (OK 5:19.1) ja asian lainmukaisen selvittämisen (OK 5:19) ohella. Lain-sääätäjä ei käytä käsitettä »sovintopyrkimys», vaan puhuu tässä merkityksessä »sovinnon edis-tämisestä». Ks. HE 79/1993 vp. s. 30 ja *Koulu Oikeus* 1995 s. 25.

² *LaVM* 16/1990 vp. s. 7.

³ *Liljenfeldt–Liljenfeldt* DL 1993 s. 295, *Eyben* Dommertilkendegivelser s. 136–137, *Ar-ponen Oikeus* 1995 s. 41.

hahmottaminen laissa määrättyjen käsitteiden avulla selkeyttää riidan kohdetta niin, että asianosaiset kykenevät itse harkitsemaan omia menestymismahdollisuuksiaan oikeudenkäynnissä.⁴ Silloin sovinnolle on olemassa hyvät edellytykset. Sovinnolle otollista ilmapiiriä lisää se, että asianosaiset saavat suullisen valmistelun istunnossa tuoda näkemyksensä esille puolueettoman tuomarin läsnäollessa ja hänen valvomassaan keskustelutilanteessa.

5.1 SOVINTO RIITA-ASIAN RATKAISUNA

Oikeustieteessä sovintoa ei ole tavallisesti tarkasteltu sovintopyrkimyksen tai sovintoneuvottelun näkökulmasta, vaan sitä on tarkasteltu asianosaisten tekemänä sopimuksena riidan sovinnollisesta ratkaisemisesta. Sovinnolla on tarkoitettu prosessioikeudellista sovintoa eli asianosaisten sopimusta vireillä olevassa asiassa.⁵ Kirjallisuudessa on keskusteltu siitä, onko sovinto yksityisoikeudellinen sopimus vai prosessioikeudellinen sopimus eli sopimus oikeudenkäynnin lopettamisesta. Saksassa sovinnolla katsotaan olevan molempien sopimusten luonne, ns. *Doppelnatur*. Vireillä olevassa asiassa tehdyssä sovinnossa yhtyvät aineellisoikeudellinen sopimus riidan kohteena olevan oikeussuhteen järjestämisestä ja prosessioikeudellinen sopimus oikeudenkäynnin lopettamisesta.⁶

Sovinnolla on kaksoisluonteesta johtuen sekä aineellisoikeudellisia että prosessioikeudellisia vaikutuksia. Aineellisoikeudellisista vaikutuksista tärkein on se, että sopimus järjestää asianosaisten välisen oikeussuhteen sovitulla tavalla.⁷ Prosessioikeudellinen vaikutus on se, että sovinto päättää oikeudenkäynnin. Jos

⁴ Halme–Hirvonen–Hirvonen s. 10, Liljenfeldt–Liljenfeldt DL 1993 s. 296.

⁵ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus II s. 59. Saksalaisessa oikeudessa säädetään, että sovinto on tehtävä saksalaisen tuomioistuimen edessä (ZPO 279 § Abs II ja 141 § Abs II). Meilläkin oikeuden edessä tehtävä sovinto on ollut sovinnon perustyyppi. Mikäli asianosaiset ovat OK 20:1:n mukaisesti päätyneet sovintoon oikeudenkäynnin ulkopuolella, heillä on ollut ja on edelleen velvollisuus ilmoittaa tuomioistuimelle tekemästään sovinnosta. Ilmoituksen laiminlyönnistä seuraa sakkorangaistus. Kun näitä sakkorangaistuksia ei käytännössä ole tuomittu, meillä on vakiintunut käytäntö, että asianosaiset asian sovittuaan jäävät pois oikeudenkäynnistä ja antavat asian jäädä sillensä. Viimeksi mainitun kaltainen sovinto on mahdollinen myös indispositiivisissa asioissa, sillä tutkintamenetelmä ei yllä kontrolloimaan sitä, millaisilla sopimuksilla ihmiset järjestävät asiansa oikeudenkäynnin ulkopuolella. Ks. Virolainen Alioikeus uudistus s. 154.

⁶ Baur–Grunsky s. 124–125, Rosenberg–Schwab s. 816: »Nach der h. M., die auch vom Bundesgerichtshof und vom Bundesarbeitsgericht vertreten wird, hat der Prozessvergleich *Doppelnatur*. Er ist zugleich privatrechtlicher Vertrag und Prozessvertrag.»

⁷ Baur–Grunsky s. 123.

tuomioistuimien vahvistaa sovinnon, se on täytäntöönpanokelpoinen.⁸ Sopimuksen aineellisoikeudellista pätevyyttä voidaan kaksoisluonteesta johtuen joutua arvos-telemaan eri kriteereillä kuin prosessioikeudellista pätevyyttä.⁹

Sovinnolla ratkaistaan riita kokonaan tai osittain. Sillä on eräitä etuja suhteessa tuomioon. (1) Asiassa ei ole välttämättä voittajaa eikä häviäjää. Tämä psykologinen vaikutus ei kuitenkaan edellytä sitä, että sovinnon pitäisi olla kompromissi. Asianosaiset ratkaisevat ne ehdot, joilla sovinto tehdään. (2) Sovinnossa asianosaiset voivat käsitellä keskinäisiä suhteitaan *kokonaisvaltaisemmin* kuin oikeudenkäynnissä. Oikeusseuraamuksen kannalta relevantit tosiseikat ovat vain osatotuus asiassa. Usein asialla on myös muita kuin oikeudellisia ulottuvuuksia.¹⁰ (3) Oikeudenkäynnin *ulkopuolinen henkilö* voi osallistua sovinnon tekemiseen. Sovinto voi siten ratkaista riidan kokonaisvaltaisemmin kuin tuomio. (4) Asianosaiset voivat sovinnolla muotoilla oikeussuhteensa *täsmällisemmin* ja kenties paremmin toiveitaan vastaavalla tavalla kuin mitä tuomioistuin tekee tuomiossaan.¹¹

Uusi menettely on myös osoittanut sen, etteivät kaikki sovinnolliset ratkaisut pääty sovittoon, vaan hyvin merkittävä osa yksipuolisista tuomioista, sillensä jääneistä jutuista ja myönnettyistä kanteista on onnistuneen sovintoneuvottelun tulosta. Sovinnossa on siten huomattava ratkaisun lisäksi myös sovintoneuvottelu, joka onnistuessaan voi saada monenlaisia lopullisia ilmenemismuotoja.

5.2 SOVINTONEUVOTTELU

Lainsäätäjä on uudessa laissa avannut uuden näkökulman sovintoon *korostamalla* asian sovinnollisen ratkaisemisen etuja ja *velvoittamalla* tuomioistuimen *pyrkimään* sovintoon dispositiivisessa riita-asialla (OK 5:26.1). Jo aikaisemmassa laissa (OK 20:2, 1734-vuoden laki) lainsäätäjä kannusti asian sovinnolliseen ratkai-

⁸ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus II s. 59, Rosenberg–Schwab s. 814: »a) Die prozessualen Wirkungen des Prozessvergleichs bestehen zunächst darin, dass er den Rechtsstreit und die Rechtshängigkeit beendet.... b) Eine weitere prozessuale Wirkung ist die, dass der Prozessvergleich einen Vollstreckungstitel bildet, sofern er einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat.»

⁹ Tirkkonen Siviiliprosessioikeus II s. 61, Rosenberg–Schwab s. 816.

¹⁰ Ekelöf SvJT 1979 s. 557–558: prosessiekonomiset syyt, muu taloudellinen intressi ja sukulaisuuden vaikutukset. Liljenfeldt–Liljenfeldt DL 1993 s. 302.

¹¹ Näistä ja muista eduista ks. Baur–Grunsky s. 121–122, Tirkkonen Siviiliprosessioikeus II s. 59, HE 15/1990 vp. s. 64–65, Liljenfeldt–Liljenfeldt DL 1993 s. 302 ss., Eyben Dommer-tilkendegivelser s. 18–20, SOU 1982:26 s. 140: »Förlikningens fördelar ... kan sägas vara av i huvudsak två slag, nämligen kostnadsmässiga och vad som kan kallas relationsmässiga.»

semiseen, mutta asia oli näkymättömämmin säännelty eikä sovintopyrkimys sopinut feodaalisiin läänityksiin pohjautuvaan tuomioistuinkulttuuriin.¹² Käytäntö onkin osoittanut, että vasta menettelyn rakenteellinen jakaminen valmisteluun ja pääkäsittelyyn on mahdollistanut sovintoneuvottelujen käymisen. Samalla on kuitenkin huomautettava siitä, että aktiivinen sovintoneuvottelu edellyttää myös tuomareilta asennemuutosta.¹³

Sovinto informaation suhteena eli *sovintoneuvottelu* jaetaan laissa kahteen osaan: (1) *sovintopyrkimykseen* (OK 5:26.1) ja (2) *sovintoehdotukseen* (OK 5:26.2).¹⁴ Sovintopyrkimys merkitsee sitä, että tuomioistuimen täytyy ottaa viiran puolesta sovintomahdollisuus esille kaikissa dispositiivisissa asioissa.¹⁵ Sovintopyrkimys ei riipu asianosaisten tahdosta. Tuomarin täytyy kehittää itselleen prosessijohtotapa, joka mahdollistaa sovinnon tekemisen.¹⁶ Kyse on kulttuurin muutoksesta.

Sovintoehdotuksen tekeminen jätettiin aluksi tuomioistuimen harkinnan varaan (OK 5:26 L 1052/1990). Säännöstä kuitenkin muutettiin ennen lain voimaantuloa (OK 5:26.2 L 595/1993). Sovintoehdotuksen tekeminen riippuu nyt asianosaisten tahdosta. Virolainen on tulkinnut, ettei toisen asianosaisten vastustus estä sovintoehdotuksen tekemistä. Molempien asianosaisten vastustus estää sen.¹⁷ Jos asianosaiset vastustavat sovintoehdotuksen tekemistä, tuomioistuimen on luovutettava siitä ja tähdättävä valmistelulla nimenomaan pääkäsittelyn toimittamiseen ja asian ratkaisemiseen tuomiolla.¹⁸ Näkökulmaero voi vaikuttaa asian hahmotamiseen ja muuttaa eri seikkojen painoarvoa. Tuomioistuimen ei sen sijaan tarvitse luopua sovintopyrkimyksestään, vaan se voi tarttua myöhemmin ilmenevään sovintomahdollisuuteen.¹⁹

¹² *Liljenfeldt–Liljenfeldt* DL 1993 s. 294. Tuomarikulttuurista ks. *Ylikangas* LM 1993 s. 1148.

¹³ *Ervastin* kirjassa s. 88 olevat tuomareiden kommentit kuvaavat heidän herkästi luuttua suhtautumistaan uuden opiskelemiseen. Ks. myös *Engeström–Haavisto–Pihlaja* s. 229. Vertailu Tanskaan osoittaa, että suomalaisten tuomareiden asenteissa on vielä korjaamisen varaa. Tanskassa sovitaan tuomarin johdolla noin kolmasosa jutuista, vaikka prosentit vaihtelevatkin tuomioistuimittain. Ks. *Eyben* Dommertilken degivelser s. 38. Tanskalaisen ja suomalaisen sovintoinstituutin eroihin palataan myöhemmin. Ks. s. 294 alav. 41 ja s. 298 alav. 57.

¹⁴ Systematiikan osalta ks. *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 383, *Jokela* LM 1994 s. 154 ja *LaVM 11/1993* vp. s. 3–4, *HE 79/1993* vp. s. 20.

¹⁵ *Lappalainen* Alioikeusuudistus s. 126–127.

¹⁶ *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 383–384, *LaVM 11/1993* vp. s. 3–4.

¹⁷ *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 384. Vrt. *Koulu Oikeus* 1995 s. 25–26 ja *LaVM 11/1993* vp. s. 4.

¹⁸ *HE 79/1993* vp. s. 20 ja vrt. *LaVM 11/1993* vp. s. 3.

¹⁹ *LaVM 11/1993* vp. s. 3–4. *Koulu Oikeus* 1995 s. 25–26 on tulkinnut lainsäätäjän tarkoi-

5.2.1 Sovintopyrkimys

Tarkastelen tässä sovintopyrkimystä erityisesti suullisen valmistelun istunnossa, jossa sovintoneuvottelu varsinaisesti käydään. Käytännössä on olemassa tuomareita, jotka saavat asioita aktiivisesti sovittua jo kirjallisen valmistelun aikana, mutta siltä osin menettely on siinä määrin hajanainen ja vähän säännelty, että keskityn suullisen valmistelun istuntoon.

Riita-asia on siis valmisteltava niin, että menettely palvelee sovinnon aikaansaamista. Muodollisessa prosessinjohtossa on kiinnitettävä huomiota ensinnäkin sopivaan valmistelusaliiin, jollaisia on jo rakennettu käräjäoikeuksiin. Niissä asianosaiset ja tuomari istuvat saman pöydän ääressä samanarvoisina informaatio-suhteen osapuolina.²⁰ Suullisen valmistelun istunnolle on varattava riittävästi aikaa. Sopiva määrä on käytännössä ollut 1–2 riitaisen asian valmisteluis-tuntoa päivässä. Kiireetön ilmapiiri mahdollistaa paikalla olevien maallikoidenkin osallistumisen asian selvittämiseen. Asianosaisten eli ns. päämiesten kutsu-minen suullisen valmistelun istuntoon on myös tärkeää, koska se tukee toisaalta asianosaisten erimielisyyden hahmottamista ja toisaalta sovinnon aikaansaamista. Onhan sovinto nimenomaan asianosaisten ratkaisu.

Tuomarin rooliin sovintoneuvottelussa liittyy Ekelöfin ja Lindellin keskustelu tuomioistuinten yhteiskunnallisesta funktiosta. Ekelöf korostaa tuomioistui-men velvollisuutta kontrolloida lainsäädännön käyttäytymistä ohjaavan funk-tion toteutumista (handlingsdirigering).²¹ Lindellin mielestä tuomioistuimella on

tusta HE 79/1993 vp. (s. 20) perusteella niin, että yksikin asianosainen voi kiellollaan torjua kokonaan tuomioistuimen toiminnan sovinnon edistämiseksi. Sovintoehdotuksen tekeminen tulisi kysymykseen tämän lisäksi vain silloin, kun molemmat asianosaiset ilmoittavat tuomio-istumelle haluavansa sitä. Olen itse sitä mieltä, että lain sanamuoto on tulkinnan lähtökohta. Sen mukaan tuomioistuimen toiminta sovinnon edistämiseksi (sovintopyrkimys OK 5:26.1) ei riipu asianosaisten tahdosta. Lain sanamuodon ja HE 79/1993 vp. s. 20 perustelujen ristiriita selittyy, kun todetaan, ettei OK 5:26:ä säädetty hallituksen esityksessä ehdotetussa muodossa, vaan lakivaliokunnan muotoilemassa muodossa. Lakivaliokunta (LaVM 11/1993 vp. s. 3–4) jakoi pykälän kahteen momenttiin ja poisti asianosaisten tahtoa koskevan edellytyksen sovintopyrkimyksen kohdalta (OK 5:26.1). HE 79/1993 vp. mukaisen pykäläehdotuksen katsottiin kaventavan tuomioistuimen mahdollisuuksia saada aikaan sovinto ja passiivoivan prosessinjohto-a. LaVM 11/1993 vp. s. 3–4: »Tällaisen vaikutelman välttämiseksi pykälätekstissä on valio-kunnan mielestä syytä ehdotettua selkeämmin erottaa toisistaan sovintoon kannustaminen ja sovintoehdotuksen tekeminen. ... Valiokunta katsoo, ettei tätä (sovintoon kannustamista/so-vintopyrkimystä – OK 5:26.1 – SL) koskevassa säännöksessä ole tarpeen hallituksen esityk-sessä ehdotetulla tavalla korostaa asianosaisten tahdon ja asian laadun ja muiden olosuhteiden merkitystä.»

²⁰ LaVM 16/1990 vp. s. 3.

²¹ Ekelöf SvJT 1979 s. 559 ss., Ekelöf–Boman Rättegång I s. 14, Lappalainen Alioikeus-

riita-asioissa lähinnä riidanratkaisuvollisuus (konfliktlösning).²²

Käyttätymisen ohjaaminen (handlingsdirigering) tarkoittaa tuomioistuimen vullisuusua huolehtia siitä, että asian käsittely ja asiassa tehtävät ratkaisut ovat lainsäädännön käyttäytymistä ohjaavan funktion mukaisia. Tuomioistuimen tulee toiminnallaan pyrkiä ehkäisemään uusien riitojen syntymistä. Toiminnan täytyy olla yhteiskunnallista oikeusvarmuutta edistävää.²³ Oikeusvarmuus liittyy yhteiskuntamoraaliin, jolla Ekelöf tarkoittaa ihmisten vullisuusudentunnetta ja käyttäytymisasennetta eli halua käyttäytyä normien mukaisesti. Yhteiskuntamoraalia kehitetään, jos riita-asioisakin tehdään lainmukaisia ratkaisuja.²⁴

Riidanratkaisunäkökulma (konfliktlösning) liittyy nimenomaan dispositiivisiin asioihin. Lainsäätaja on jaolla indispositiivisiin ja dispositiivisiin asioihin osoittanut ne asiat, joissa tuomioistuin on *yhteiskunnallisten etujen valvojana* ja toisaalta ne asiat, joissa asianosaisilla on *täysi vapaus määrätä* oikeudenkäynnistä. Lindell kuvaa tämän vapauden yksityisautonomiana, joka tarkoittaa sitä, ettei tuomioistuimella ole oikeutta viran puolesta vaatia asiassa tehtäväksi lainmukaista ratkaisua. Asianosaiset määräävät lopputuloksen ohella siitä, mitkä moraaliset, sosiaaliset ja tosiasialliset seikat liitetään ratkaisuun.²⁵

Tuomari pyrkii valmistelussa hahmottamaan asian sillä tavalla, että lainmukaisen ratkaisun tekeminen olisi mahdollista.²⁶ Ekelöfin teorian mukainen käyttäytymisen ohjaaminen on siten riidan kohteen selvittämisen lähtökohtainen tavoite.²⁷ Kompromissi on huono tavoite asiassa, jossa toinen asianosaisista on selvästi oikeassa.²⁸ Meillä ei ole kuitenkaan pakkosovintoa, vaan sovinto on aina asianosaisten ratkaisu. He määräävät viime kädessä sen ehdot.²⁹

Huolellisen asian valmistelun jälkeen menettely ajaantuu itsestään lainmukaista ratkaisua edistävään sovintoneuvotteluun.³⁰ Valmistelua ei siten kannata aloittaa varsinaisella sovintoneuvottelulla, vaan se sopii luontevaksi jatkoksi tuo-

uudistus s. 127: »...prosessi toimii sanktiomekanismina sen turvaamiseksi, että yksityisoikeudellisten normien mukainen käyttäytyminen toteutuu yhteiskunnassa.»

²² Lindell Partsautonomi s. 86 ss. Kahtiajaosta sovinnon yhteydessä ks. *SOU 1982:26* s. 138.

²³ Ekelöf-Boman Rättegång I s. 13–15.

²⁴ Ekelöf De lege s. 14, Lappalainen Alioikeusuudistus s. 127.

²⁵ Lindell Partsautonomi s. 86–95.

²⁶ Liljenfeldt-Liljenfeldt DL 1993 s. 301.

²⁷ Virolainen Alioikeusuudistus s. 383–384, Lappalainen Alioikeusuudistus s. 126–127, *SOU 1982:26* s. 142–144.

²⁸ Liljenfeldt-Liljenfeldt DL 1993 s. 305–306.

²⁹ Liljenfeldt-Liljenfeldt DL 1993 s. 304. Vrt., mitä Persson s. 75 kirjoittaa »pakkosovittelijoista».

³⁰ Liljenfeldt-Liljenfeldt DL 1993 s. 297, Eyben Dommertilkendegivelser s. 136–137.

marin tekemälle OK 5:24:n mukaiselle yhteenvedolle.³¹ Suullisen valmistelun istunnon alkuun sopii korkeintaan yleinen, sovintopyrkimystä ja sovinnon etuja käsittelevä puheenvuoro, jossa ei kuitenkaan erityisesti oteta kantaa asianosaisten väliseen riitaan.

Sovintopyrkimykseen eli siihen sovintoneuvottelun osaan, joka tuomarin on käytävä jokaisessa asiassa viran puolesta (OK 5:26.1), kuuluu *sovinnon halun herättäminen*. Tarkoitan tällä sitä, että suullisen valmistelun istuntoon tulisi liittää erityinen vaihe, sovintoneuvottelu, jossa tuomari tiedustelelee asianosaisten halua sovintoon. Hän voi sovinnon halun herättämiseksi ottaa esille myös joitakin asianosaisten riitaan ja sovinnolliseen ratkaisuun liittyviä seikkoja.³² Niitä ovat (1) *prosessiekonomiset syyt*, kuten sovinnon nopeus, varmuus ja halpuus, (2) *sovinnon erityispiirteet*, kuten kokonaisvaltaisuus, lopullisuus ja »normittomuus» eli mahdollisuus ratkaista asia asianosaisten haluamalla tavalla, (3) *sovinnon sovinnollisuus*, joka on etenkin perhe- ja perintöoikeudellisissa jutuissa merkittävä seikka ja usein myös (4) *tapauskohtaisesti vaihtelevat tekijät*, kuten esimerkiksi asianosaistilasta huomaamatta jääneen normin vaikutus asiaan.³³

³¹ Testasin tätä eräässä asian valmistelussa, jossa sukupolven vaihdokseen ja ositukseen liittyvät kanteet muodostivat yhden laajan riidan. Selitin asianosaistilalle heti suullisen valmistelun istunnon alussa tavoitteenani olevan saada aikaan sovinto asiassa. Tämä aiheutti sen, että vahvasti riitaantuneet asianosaiset tavallaan linnoittautuivat asenteisiinsa ja väärässä paikassa aloitettu sovintoneuvottelu vaaransi valmistelun tärkeämmän tavoitteen eli riitakysymysten selvittämisen. Aloitin sovintoneuvottelun myöhemmin yhteenvedon jälkeen uudelleen ja silloin menestys oli parempi.

³² *LaVM 11/1993 vp. s. 3:* »Sovinnon edistämiseen kuuluu asianosaisten prosessitilanteen selvittäminen, asian tosiseikaston selvittäminen ja sen jälkeen tarvittaessa sovintomahdollisuuksien tunnusteleminen ja asianosaisten kehottaminen asian sopimiseen.»

³³ (1) Sovinnon nopeus herätti sovinnon halun asiassa, jossa A ja B velkoivat C:ltä maksamatta olevaa kiinteistön kauppahintasaatavaa ja C vastaavasti vaati hänen ja D välisen osituksen kumoamista rauenneen edellytyksen eli A:n ja B:n kauppahintavelkomuksen perusteella. Sovinnonhaluun vaikutti myös sovinnon sovinnollisuus ja sovinnon kokonaisvaltaisuus eli mahdollisuus käsitellä samassa sovinnossa useista kanteista muodostuvaa laajahkoa riitaa. Asiassa vahvistettiin sovinnot kuitenkin kannekohtaisesti. (2) Sovinnon lopullisuus, nopeus ja kokonaisvaltaisuus herättivät sovinnonhalun asiassa, jossa A velkoi B:ltä velkakirjaan perustuvaa saatavaa, jota vastaan B esitti A:n omaisuuteen panemastaan työsuorituksesta syntyneeseen perusteettomaan etuun perustuvan kuitausvaatimuksen. Suullisen valmistelun istunnossa perusteettomaan etuun ja sen kiistämiseen liittyvät näyttökysymykset osoittautuivat saatavan määrä huomioon ottaen niin laajoiksi ja hankaliksi, että A ja B katsoivat parhaaksi sopia asian. Tässä asiassa erityisesti asian huolellinen valmistelu palveli sovinnonhalun heräämistä, koska asianosaiset ymmärsivät menestymismahdollisuutensa sekä todistelun laajuuden ja siihen liittyvät riskit. (3) Sovinnon nopeus ja normittomuus taas herättivät sovinnonhalun asiassa, jossa A velkoi B:ltä velkakirjaan perustuvaa saatavaa ja B vastusti kannetta tosiasiallisesti

Usein sovinnon halun herättäminen riittää niin, että asianosaiset avustajineen muotoilevat sovinnon tuomarin ollessa poissa paikalta. Avustajien läsnäolo onkin osoittautunut tärkeäksi sovinnon tekemisen kannalta, koska heidän kykynsä harkita rationaalisesti päämiehensä etua vapauttaa myös tuomarin prosessinjohtoa. Jos maallikot ovat paikalla yksin, on olemassa suuri vaara, että tuomari johdattelee asianosaisia niin pitkälle, että vastuunjaon raja ylittyy. Se ylittyy silloin, kun tuomari ottaa kantaa siihen, kannattaako asianosaisen ryhtyä prosessitoimeen vai ei. Asianosaisia voi neuvoa hankkimaan itselleen avustajan suullisen valmistelun istuntoon, jos asia on sellainen, että sovinnon etuihin liittyvä harkinta edellyttää juridiseen koulutukseen perustuvaa tietämystä.

Kirjallisuudessa on lueteltu juttuja, joissa sovintoa ei pitäisi tehdä. Niitä ovat olleet mm. jutut, joissa toinen osapuoli on selvästi oikeassa, jutut, joissa erimielisyys liittyy puhtaasti oikeuskysymykseen ja jutut, joissa ratkaisu riippuu näytöstä, jonka toinen osapuoli on selvästi velvollinen esittämään.³⁴ Tämä käsitys liittyy käyttäytymistä ohjaavaan tavoitteeseen, mutta on lainvastainen. Asianosaisilla on nimittäin oikeus sopia kaikenlaiset dispositiiviset asiat ja tuomarin velvollisuutena on lain mukaan pyrkiä saamaan asianosaiset ne sopimaan (OK 5:26.1). Käytännössä ei ole ilmennyt syitä koko sovintoneuvottelun hylkäämiselle näissäkin tilanteissa. Jokaisen tapauksen erityispiirteet vaikuttavat asia-sa tehtävän sovinnon sisältöön ja sovintoehdotukseen, mutta eivät estä sovinnon halun herättämistä.

5.3 SOVINTOEHDOTUS

Tuomioistuin voi, huomioon ottaen asianosaisten tahdon, asian laadun ja muut seikat, tehdä asianosaisille ehdotuksensa asian sovinnolliseksi ratkaisemiseksi (OK 5:26,2). Sovintoehdotuksen tekeminen edellyttää asianosaisten suostumusta, mutta toisen asianosaisen vastustus ei välttämättä estäne tuomioistuinta tekemästä sovintoehdotusta.³⁵ Käytännössä on kuitenkin hyvin hankala päästä so-

vain maksukyvyttömyyden perusteella. A ja B kykenivät tekemään sovinnon, jossa B sai tarvitsemansa maksuajan.

³⁴ *SOU 1982:26* s. 148, johon myös *Liljenfeldt–Liljenfeldt DL 1993* s. 298 viittaa. Ks. myös *Koulu Oikeus 1995* s. 25: »Toivottomia ovat jutut, joissa asianosaisten välit ovat niin kärjistyneet, että sovinto ei yleisen elämäkokemuksen mukaan ole luultava.» *Eyben Dommertilken degivelser* s. 164: »Hvis sagen angår et *principielt spørgsmål*, som ikke er løst i retspraksis, bør der afsiges *dom*, selv om parterne er enige i at få rettens tilkendegivelse.»

³⁵ *Virolainen Alioikeusuudistus* s. 384: »..., sen sijaan toisen osapuolen vastustus ei välttämättä estäne sovintoesitystä tekemästä.» Vrt. kuitenkin *Koulu Oikeus 1995* s. 26, *HE 79/*

vintoon tilanteessa, jossa toinen asianosaisista vastustaa sovintoehdotusta.³⁶ Sovintoehdotuksen tekemistä ei kuitenkaan yleensä vastusteta.

Asianosaisten tahto on ensisijainen edellytys sovintoehdotuksen tekemiselle.³⁷ Jos asianosaiset haluavat, että asia ratkaistaan sovinnolla, on vaikeaa keksiä asiasta tai muista seikoista johtuvia syitä sovintoehdotuksesta pidättäytymiselle. Sovintoehdotusta ei nimittäin tule pitää pelkästään oikeusseuraamusta koskevana tokaisuna, vaan siinäkin on erotettava useampia vaiheita.

Tuomioistuimen rooli on sovintoehdotuksen tekemisessä monipuolisempi kuin sovintopyrkimyksessä. Tämä johtuu siitä, että asianosaisilla on oikeus sopia asia haluamallaan tavalla. Myös normien käyttäytymistä ohjaavan funktion vastainen ratkaisu on mahdollinen.³⁸ En kuitenkaan tarkoita riidanratkaisunäkökulman (konfliktlösning) hyväksymistä siinä merkityksessä, että tuomioistuimen pitäisi pyrkiä sovintoihin millä ehdoilla tahansa vain sen vuoksi, että ne ovat vähätoisin tapa ratkaista vireillä olevia asioita.³⁹ Mutta yhtä kestävä ajatus on inkvisitoriseksi menettelyksi kärjistyvä käyttäytymisen ohjaaminen (handlingsdi-

1993 vp. s. 20 ja *LaVM 11/1993 vp. s. 4*: »Sovintoehdotus voi tulla kysymykseen ainoastaan silloin, ..., kun kumpikin asianosainen sitä toivoo, ...»

³⁶ *Eyben Dommertilkendegivelser s. 71, 163*: »Tilkendegivelse bør ikke afgives, medmindre begge parter ønsker det.»

³⁷ *Liljenfeldt-Liljenfeldt DL 1993 s. 301*.

³⁸ *Nousiainen LM 1995 s. 64–65, Koulun Oikeus 1995 s. 32*.

³⁹ Ks. tästä vähemmän kärjistetystä *Lindell* Partsautonomi s. 55–56 ja 90 sekä *Luterkort SvJT 1980 s. 379–381. Koulun* (Oikeus 1995 s. 26) on ottanut esille panos-tuotos -ajattelun sovintoehdotuksen kohdalla harkittaessa ehdotuksen tarkoituksenmukaisuutta: »tuomioistuin saa luopua ehdotuksesta aina, kun sen vaatima työmäärä ei ole järkevä suhteessa sovinnon syntymisen todennäköisyyteen.» Omastakin puolestani kiinnittäisin huomiota kustannuksiin menettelytavan valintaa ja tuomarin roolia ohjaavana seikkana. Sovintomenettelystä käydyssä keskustelussa on sovinnon etuna mainittu se, että sovinto on tuomioistuimen kannalta edullisin tapa ratkaista riita-asia. Tämä koskee kuitenkin vain lainkäytön välittömiä kustannuksia eli ajan ja työmäärän säästöä. Tällaisia kustannuksia *Bayles Law and philosophy 1986 s. 41* kutsuu välittömiksi kustannuksiksi (direct costs – DC). Jos lainkäyttö nähdään tavoitteellisenä toimintana, siihen liittyy myös muita kustannuksia. Lainsäädännön tavoitteiden vastainen väärä ratkaisu aiheuttaa virhekustannuksia (s. 41 error cost – EC). Ratkaisuun liittyy myös moraalisia kustannuksia (s. 45 moral costs – MC); esimerkiksi syyttömän virheellinen tuomitseminen aiheuttaa suuremmat moraaliset kustannukset kuin syyllisen virheellinen vapauttaminen. Kun lainkäytön tavoitteeksi asetetaan välittömien kustannusten, virhekustannusten ja moraalisten kustannusten minimoiminen, näyttäytyy sovinnon edullisuus vähän eri valossa: sovinto vähentää välittömiä kustannuksia, mutta voi lisätä virhekustannuksia ja moraalisia kustannuksia (ks. *Bayles Law and philosophy 1986 s. 43*). Menettelytavan valintaa harkitsevan tuomarin täytyy siten verrata sovinnollisen ratkaisun etuja (s. 53 process benefits – PB) siitä aiheutuviin kustannuksiin: (DC+EC+MC-PB). Lähtökohtana tuomarilla on sovinnonkin yhteydessä oltava va- kuuttaminen eikä suostuttelu.

rigering), jolloin tuomioistuिन estää asianosaisia sopimasta asiaa haluamallaan tavalla.⁴⁰ Asiassa on kehitettävä molemmat näkökohdat huomioiva ratkaisumalli.⁴¹

Koska asianosaiset voivat sopia asian haluamallaan tavalla, on oltava mahdollista, että tuomioistuिन ehdottaa sellaista sovintoa, joka oikeudenkäyntiaineiston perusteella näyttää olevan asianosaisten tahdon mukainen, vaikkei se toteutakaan lain aineellisoikeudellista tavoitetta. Toisaalta jos tuomioistuिन omasta aloitteestaan pyrkii ratkaisemaan tietyn asian tai vaatimuksen sovinnolla, olisi suotavaa, että sovintoehdotus tehdään lainsäädännön käyttäytymistä ohjaavan funktion puitteissa.⁴² Tällä perusteella jaan sovintoehdotuksen kahteen vaiheeseen. Ensimmäistä vaihetta kutsun *sovintoon ohjaamiseksi* ja toista vaihetta *sovintoehdotukseksi*.

5.3.1 Sovintoon ohjaaminen

Tarkoitan sovintoon ohjaamisella tuomarin toimintaa sovinnon ehtojen etsimiseksi ja esittämiseksi. Tällaisen neuvottelun tuomari voi käydä vain asianosaisten siihen suostuessa.⁴³ Heti tämän vaiheen aluksi tuomarin on selitettävä asianosaisille, että sovintoneuvottelussa esitetyt lausumat (tarjoukset ja luopumiset) liittyvät vain sovintoon, eivätkä sido asianosaisia asian käsittelyn myöhemmissä vaiheissa, jos sovintoon ei päästä. Toisaalta tuomarin täytyy heti selittää asianosaisille myös se, että tuomarin lausumat perustuvat puutteelliseen asian selvittämiseen ja sen hetkiseen käsitykseen, jonka muodostumiseen vaikuttaa osittain

⁴⁰ Vrt. *Ekelöf Vänbok till Boman* s. 78–79. Ks. myös *SOU 1982:26* s. 140.

⁴¹ *Liljenfeldt–Liljenfeldt DL 1993* s. 303 jakaa tuomioistuimen funktiot oikeudenkäyttöön (rättskipning) ja riidanratkaisuun (konfliktlösning) ja liittää sovinnot lähinnä viimeksi mainittuun. Vrt. *Koulu Oikeus 1995* s. 30. Tanskassa käytetään sääntelemätöntä, mutta käytännössä vakiintunutta sovintomenettelyä, »tuomarinneuvoa» (dommertilkendegivelser), jossa yhdistyvät nämä molemmat tavoitteet. *Eyben Dommertilkendegivelser* s. 16: Tuomarinneuvo on suullinen tai kirjallinen, asianosaisten esityksiin perustuva tuomioistuimen lausuma siitä, miten asia pitäisi ratkaista joko oikeudenmukaisuusnäkökohtien tai tarkoituksenmukaisuusnäkökohtien (billighedshensyn) vuoksi. Lausuma toimii perusteena asianosaisten sovinnolle.

⁴² *Virolainen* kuvaan sovintopyrkimyksen jokseenkin samalla tavalla (Alioikeusuudistus s. 155): »Tuomarin ei tule kuitenkaan painostaa asianosaista sovintoa tekemään, jos asianosainen katsoo saavuttavansa tuomiolla itselleen edullisemman tuloksen. Sovintoehdotuksen tulee rakentua mahdollisimman pitkälle voimassa olevan oikeuden sisällön varaan eikä pelkästään kohtuullisuuteen ja kompromissiajatteluun.»

⁴³ *Liljenfeldt–Liljenfeldt DL 1993* s. 301.

myös se tilanne, jossa sovintoneuvottelua käydään.⁴⁴ Se, mitä tuomari sanoo, ei välttämättä implikoi myöhemmin tehtävää tuomiota.⁴⁵

Tähän sovintoneuvottelun vaiheeseen liittyy tuomarin pyrkimys (1) selvittää eri osapuolten tavoitteita, (2) oikaista asianosaisten virheellisiä luuloja ja (3) jakaa riskiä todistelun suhteen. Tuomari voi myös (4) valottaa omaa käsitystään asiaan todennäköisesti sovellettavasta normistosta. Hän voi kertoa sen, minkä säännösten perusteella hänen mielestään tämä asia olisi ratkaistava, millaisia ennakkotapauksia saman kaltaisissa asioissa on annettu tai kuka kysymyksistä on kirjoittanut.

Asianosaisten tavoitteiden selvittäminen tarkoittaa sen selvittämistä, mitä asianosaiset odottavat oikeudenkäynniltä. Näin tuomari voi saada tietoonsa asian relevanttia taustaa, johon liittyvät nekin asianosaisten erimielisyyden perusteet, jotka eivät ilmene oikeudenkäyntiaineistosta. Samalla tuomarille hahmottuvat mahdollisen sovinnon ehdot, millä voi olla vaikutusta sovintoehdotukseen. Tässä sovintoneuvottelun vaiheessa tuomarilla on myös sopiva tilaisuus oikaista asianosaisten väärinkäsityksiä ja virheellisiä näkemyksiä tosiseikoista tai niiden oikeudellisesta merkityksestä.⁴⁶

Tämä sovintoneuvottelun vaihe voi edellyttää erityistä muodollista prosessinjohtoa. Pääsääntö on se, että menettelyn täytyy tältäkin osin olla *kontradiktorista, julkista ja välitöntä*, mutta tuomari voinee keskustella asianosaisten kanssa heidän suostumuksellaan myös erikseen.⁴⁷ Näihin tilanteisiin liittyy kuitenkin se ehdoton edellytys, ettei tuomari saa lausua, saati luvata, toiselle asianosaiselle mitään sellaista, jota ei voisi ottaa esille myös toisen asianosaisen läsnäollessa tai mikä ei todennäköisesti tulisi esille myöhemmin asian käsittelyssä. Pääsään-

⁴⁴ Bayles Law and philosophy 1986 s. 53–55. Menettelyn täytyy kuitenkin tässäkin vaiheessa täyttää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset ja tarjota asianosaisille heidän vapaaehtoisuuteensa perustuva keino saada riita rauhanomaisesti tuomioistuimessa ratkaistuksi. Tuomari ei saa tässäkään yhteydessä ryhtyä suostuttelemaan asianosaisia. Aarnio Lain-tulkinnan teoria s. 145: »Käytännöllinen päättely ei ole suostuttelua tai manipulointia. Sen tarkoitus on tehdä epäilijä vakuuttuneeksi kannanoton oikeutuksesta. Sen vuoksi Perelman erottaa toisistaan tehokkaat ja pätevät argumentit. Edellisiä käytetään suostutteluun, jälkimmäisiä vakuuttamiseen.»

⁴⁵ Tällaisella lausumalla on Eybenin mukaan tärkeä merkitys tuomarin puolueettomuuden kannalta. Ks. Eyben Dommertilken degivelser s. 133.

⁴⁶ Eyben Dommertilken degivelser s. 29: Tanskassa on omaksuttu käsitys, ettei tuomari saa sovintoneuvottelussa ottaa viran puolesta esille uusia oikeustositseikkoja. Myös meillä väittämistäkin soveltaminen johtaa samanlaiseen tulkintaan.

⁴⁷ Koulun Oikeus 1995 s. 27: »Asia muuttuu jossain määrin arveluttavaksi, jos tuomari käy sovintokeskustelua ei-julkisesti, toisin sanoen vain yhden asianosaisen kanssa.» Ks. kuitenkin käytännön soveltamistilanteista Arponen Oikeus 1995 s. 41. Oikeudenkäynnin julkisuutta asianosaisten oikeusturvan kannalta tarkastelee Jokela DL 1986 s. 38, 42.

tö on myös se, ettei asianosaiselta saa evätä oikeutta käyttää avustajaa, joten päämiesten kuuleminen erossa avustajistaan voi olla vain asianosaisten suostumuksella toteutettu poikkeus.

Riskien jakaminen tai oikeuskysymyksiä valottava informointi eivät merkitse missään nimessä vielä lopullisen tuomion julistamista, niin kuin alioikeusuu-distuksen yhteydessä pidetyssä koulutuksessa epäiltiin. Eihän tuomari vielä tässä vaiheessa tavallisesti tiedä, mitä tosiseikkoja asiassa kyetään näyttämään, samalla, kun näkemys myös sovellettavasta normistosta on epätarkka. Jos taas asia on niin selvä, että toisella asianosaisella näyttäisi tuomarin mielestä olevan vain hypoteettiset mahdollisuudet voittaa, minusta ei ole ongelmallista se, jos tuomari kertoo asianosaisille, millä edellytyksillä he näyttäisivät voivan voittaa asian. Tämä riskien jakaminen ei merkitse tuomion julistamista, vaan asianosainen joutuu sen perusteella itse miettimään, kannattaako oikeudenkäyntiä jatkaa.

Sovintoon ohjaaminen toteutuu siinä neuvottelun vaiheessa, jossa tuomari tekee yhteenvedon siihen mennessä käydystä sovintoneuvottelusta ja ottaa esille ja ehdottaa niitä suuntaviivoja, joiden puitteissa sovinnolle näyttäisi olevan edellytyksiä. Yleensä tuomari voi tämän jälkeen jättää asianosaiset avustajineen muotoilemaan lopullisen sovinnon.

Sovintoon ohjaamisessa tuomari toteuttaa riidanratkaisunäkökulmaa (konflikt-lösning). Se näyttää siten sopivalta toiminnan tavoitteelta niissä tilanteissa, joissa sovinnon ehtojen muodostamista *ohjaa asianosaisten tahto*.⁴⁸ Tällainen tilanne on kyseessä silloin, kun tuomari havaitsee oikeudenkäyntiaineiston ja prosessitoimien perusteella, että asianosaisten intressit ovat sovittavissa yhteen. Sovinto ei tässä tilanteessa ole välttämättä lain käyttäytymistä ohjaavan tavoitteen mukainen.⁴⁹ Tällaiset sovinnot ovat usein jonkinlaisia kompromissejä.⁵⁰

⁴⁸ Vrt. *Jokela LM 1994 s. 156.*

⁴⁹ *Koulu Oikeus 1995 s. 32:* »Näyttää siltä, että siirtymä konfliktinratkaisumalliin olisi perusteltua sekä menettelyekonomisesti että oikeusturvasyistä.» Ks. myös *Nousiainen LM 1995 s. 64–65.* Asianosaisia ei saa kuitenkaan painostaa tällaiseenkaan sovintoon. Ks. siitä *SOU 1982:26 s. 140:* »Vissa domare sägs bedriva en alltför aktiv förlikningsverksamhet och utöva väl starka påtryckningar på parterna. Domaren tjarar om förlikning och mer eller mindre vägrar att företa målet till dom. En del domare sägs också sätta in förlikningsförsöken på ett alltför tidigt stadium av målet,...» ja *HE 15/1990 vp. s. 64–65:* »..., kun asianosainen on ilmoittanut, että hän haluaa saada asian ratkaistuksi tuomiolla, tuomioistuimen tulee luopua yrityksestä saada sovinto aikaan. Silloin tuomioistuimen tulee jatkaa asian käsittelyä niin, että se voidaan ratkaista tuomiolla. Tämä johtuu siitä, että asianosaisella on katsottava olevan oikeus saada asiansa oikeudellisesti tutkituksi ja tuomioistuimen perusteltu ratkaisu asiassa.» Eyben tutkimuksessa tuomareiden tapaa painostaa asianosaisia sovintoon pidettiin menettelyn suurimpana epäkohtana. Ks. *Eyben Dommertilken degivelser s. 21 ss.*

⁵⁰ *Ekelöf SvJT 1979 s. 559, Engström SvJT 1980 s. 376–377, Luterkort SvJT 1980 s. 380, Sterner SvJT 1980 s. 383, SOU 1982:26 s. 137, Lappalainen Alioikeusudistus s. 127–128,*

Toisaalta tämän vaiheen jälkeen monet oikeudenkäynnit päättyivät myös muunlaiseen sovinnolliseen ratkaisuun kuin vahvistettuun sovintoon. Monissa selvissä asioissa kanne myönnetään ja osa jutuista jää sillensä suullisen valmistelun istunnon ja pääkäsittelyn välillä.

5.3.2 Sovintoehdotuksen tekeminen

Tuomioistuimen tekemä sovintoehdotus, jonka tuomioistuin muotoilee riita-asian ratkaisuksi, on tuomioistuimen prosessitoimi.⁵¹ Sovintoon ohjaaminen ei ole tällaisessa jutussa yleensä onnistunut, ja tuomioistuin on päättänyt – asianosaisten suostumuksella – tehdä ehdotuksen asian sovinnolliseksi ratkaisemiseksi. Tässä tilanteessa tuomioistuimen täytyy harkita, onko sovintoehdotuksen tekeminen asian laatu ja muut seikat huomioon ottaen sovinnon edistämiseksi aiheellista (OK 5:26.2). Käytäntö on osoittanut, ettei tällaista tuomioistuimen muotoilemaa ehdotusta läheskään aina hyväksytä, mikä voi johtua myös siitä, ettei sovintoehdotusta aina harkita ja valmistella tarpeeksi, vaan se jää puutteelliseksi.⁵² Tuomioistuimen oma-aloitteisten sovintoehdotusten täytyy kaiken viranomaistoiminnan lailla perustua lakiin. Sovintoehdotuksella tulisi tavoitella aineellisoikeudellisesti oikeaa lopputulosta.⁵³ Sovintoehdotus ei ole kuitenkaan tuomion tavoin justifioitu, vaan tuomioistuin tekee sovintoehdotuksen sen oikeudenkäyntiaineiston perusteella, joka sillä on sillä hetkellä käytettävissään.⁵⁴

Eyben Dommertilken degivelser s. 164: »Retten kan vælge at framkomme med forslag til en billighedsløsning, men dette må klart fremgå af tilkendegivelsen.»

⁵¹ Ks. tästä *Ekelöf SvJT* 1979 s. 561.

⁵² *Eyben Dommertilken degivelser* s. 27 ss. on tarkastellut yksityiskohtaisesti sovintoehdotusten epäkohtia: Ehdotukset tehdään puutteellisen harkinnan jälkeen, ne ovat ympäröityä sisällöltään ja joskus ne osoittavat, että tuomioistuin on kiinnostuneempi menettelyn jouduttamisesta kuin asianosaisten oikeusturvasta.

⁵³ *Ekelöf SvJT* 1979 s. 554, *SOU* 1982:26 s. 137: »En förlikning innebär vanligen någon form av kompromiss mellan parternas ståndpunkter, men kan också betyda att den ena parten, t.ex. efter att ha blivit övertygad av motpartens argumentation, går med på att uppfylla den begärda prestationen eller avstår från sitt krav.»

⁵⁴ *Eyben Dommertilken degivelser* s. 75 ss., 96 ss., 164 on tutkinut sovintoehdotuksen muotoa. Tanskassa ovat tavallisia suulliset sovintoehdotukset, jollaisten käyttöä istunnoissa myös Eyben suositaa (s. 165). Tuomion muutosäännöt eivät siten koske sovintoehdotusta. Toisaalta erityisesti asianajajat toivovat Tanskassa kirjallisia sovintoehdotuksia (s. 77), mikä osoittaa, että tuomion funktio rationaalisena ratkaisuna koskee myös sovintoehdotusta. Tanskassa sovintoehdotus jäsenetään (kun se tehdään oikeudenmukaisuusnäkökohtien perusteella) tuomion tapaan kuitenkin niin, ettei kertoelmaa esitetä, vaan asianosaisten vaatimuksiin ja väitteisiin otetaan kantaa sovintoehdotuksen perusteluna. Ehdotukseen muotoillaan tosiseikkojen lisäksi myös tuomioistuimen normatiiviset kannanotot ja esitetään konkreettinen ratkaisuehdotus.

Tällaisen sovintoehdotuksen tavoitteena on käyttäytymisen ohjaaminen (handlingsdirigering). Sellainen ehdotus tehdään tavallisesti tilanteessa, jossa (1) *tuomioistu*n jo asian valmistelun päättyessä »tietää» asian lainmukaisen ratkaisun.⁵⁵ Se on tavallista rutiiniasioissa. Tuomari tietää esiyymmärryksensä perusteella, että esillä olevan kaltaiset asiat on aiemmin ratkaistu tietyllä tavalla ja ehdottaa sellaista sovintoa. Tällainen sovintoehdotus ei ole välttämättä kompromissi.⁵⁶ On kuitenkin tavallista, että näissäkkin tilanteissa tehdään jonkinlainen kompromissi sivuvaatimuksissa.

Asianosaiset hyväksyvät tai hylkäävät sovintoehdotuksen. Ratkaisu kuuluu asianosaisten vastuun piiriin. Tähän liittyy kuitenkin *rationaalisen asianosaisten oletus*. Asianosaiset eivät yleensä hylkää sovintoehdotusta, ellei heillä ole jollakin tavoin rationaalisesti perusteltu käsitys siitä, että he lopullisessa tuomiossa pääsevät parempaan lopputulokseen kuin sovinnolla. Syynä oikeudenkäynnin jatkamiseen voi olla asianosaisten tietoisuus siitä, ettei vastapuoli kykene näyttämään väitteitään toteen, tai varmuus siitä, että asianosainen kykenee itse todistamaan epätoivoisimmatkin tosiseikat, tai vaikkapa tuomioistuimen näkemyksestä poikkeava käsitys oikeasta lain soveltamisesta. Tuomari ei myöskään saa sitoutua sovintoehdotukseensa. Tuomiossa lopputulos ei muutu, jos ratkaisun tekijät (konkreettisia tosiseikkoja ja normeja koskevat kuvaukset) eivät muutu. Sen sijaan on todennäköistä, että väitteiden jääminen todistamatta ja uudet normitulkinnat johtavat sovintoehdotuksesta poikkeavaan tuomioon.⁵⁷

Joskus (2) *tuomioistu*n tekee sovintoehdotuksen puutteellisen selvityksen perusteella esimerkiksi jouduttaakseen vaikean asian ratkaisemista. On kyseenalaista, onko sovintoehdotuksen tekeminen tällaisessa tilanteessa suotavaa. Ovat-han asia- ja oikeuskysymykset vielä kovin jäsentymättömiä ja ehdotus puutteellisesti valmisteltu.⁵⁸ Ehkä joissakin tilanteissa (esimerkiksi vaikean prosessin jouduttamiseksi) tällainenkin sovintoehdotus voidaan tehdä. Sovintoehdotuksen riittämätön harkinta ja lopputuloksen mahdollinen lainvastaisuus on kuitenkin selvästi kerrottava myös asianosaisille. Tällainen sovintoehdotus tehdään sormituntumalta, kokemuksen viestittämän aavistuksen perusteella. Voimassaolevan oikeuden kanta ja asian tosiseikastokin jäävät oletuksiksi.

⁵⁵ Koch SvJT 1981 s. 33.

⁵⁶ Liljenfeldt–Liljenfeldt DL 1993 s. 306.

⁵⁷ Tanskassa on tavallista, että tuomiot ovat sovintoehdotuksen mukaisia, mutta siellä sovintoehdotus tehdään myöhemmässä oikeudenkäynnin vaiheessa todisteiden vastaanottamisen jälkeen. Kompromissiehdotukset eroavat sielläkin lopullisesta tuomiosta, samoin jutut, joissa korostuvat näytön harkinta tai oikeuskysymyksiin liittyvät ongelmat. Ks. Eyben Dommertilkendegivelser s. 120 ss.

⁵⁸ Ekelöf Festskrift till Welamson s. 124–125: »Han bör ej medla, då rättsfrågan är tvistig och inte uttala sig om målets utgång för den händelse huvudförhandling kommer att hållas.»

Tuomioistuini ei saa sitoutua tällaiseen sovintoehdotukseen, jos se hylätään. Tarkoitan sitä, ettei tällainen ehdotus saa toimia myöhemmän asian käsittelyn »prosessinjohtosuunnitelmana» tai »ajatuskehikkona».⁵⁹ Ehdotuksessa pitäytymiselle ei ole mitään perusteita.⁶⁰ Käytäntö on osoittanut, ettei hylätty sovintoehdotus mitenkään hallitse tuomarin ajattelua myöhemmin tuomiota tehtäessä, koska sovintoehdotus tehdään aivan eri tilanteessa kuin tuomio. Tuomiota kirjoitettaessa ei sovintoneuvottelu myöskään näy oikeudenkäyntiaineistossa, vaan tuomion perusteena on pääkäsittelyssä esitetty oikeudenkäyntiaineisto.

5.3.3 Sovintoneuvottelun ongelmia

Lainvalmistelun aikaisessa keskustelussa pidettiin toistuvasti ongelmana sitä, miten tuomioistuimen puolueettomuus ja sovintoneuvottelu voidaan sovittaa yhteen.⁶¹ Voiko tuomioistuin jatkaa puolueetonta riidan käsittelyä epäonnistuneen, ei-kompromissia merkinneen sovintoehdotuksen jälkeen?

Tuomioistuimen puolueettomuus ja asianosaisten käsitykset tuomioistuimen puolueettomuudesta ovat kaksi eri näkökulmaa. Tuomari on subjektiivisessa mielessä puolueeton suhteessa asianosaisiin niin kauan, kuin hän asennoituu asianosaisiin puolueettomasti eli ei toimi toisen asianosaisten hyväksi.⁶² Myös periaatteellinen lähtökohta on se, että tuomari toimii puolueettomasti.⁶³ Siitä huolimatta asianosaiset voivat pitää tuomaria puolueellisena.⁶⁴ Puolueettomuuden kri-

⁵⁹ Engeström–Haavisto–Pihlaja s. 120–121.

⁶⁰ Ekelöf SvJT 1979 s. 562: »Jag menar att domaren då bör kunna upplysa parterna om att han nu under förberedelsen inte har någon bestämd uppfattning härom. ... Det slags medling, som här berörts, är jämte den därav föranledda förlikningen ett slags summarisk process inom ramen för den ordinära civilrättskipningen.» Sterner SvJT 1980 s. 383, Koch SvJT 1981 s. 34: »Sakfrågorna är dunkla, dokumentationen saknas ofta och parterna har en absolut tro på sin egen rätt samtidigt som de obetingat litar på att domstolen skall hjälpa dem.»

⁶¹ Tätä ongelmaa käsittelee Virolainen Alioikeusuudistus s. 154–155. Ks. myös *SOU* 1982:26 s. 140 ja *Larsson* s. 88 ss.

⁶² Lindell Partsautonomi s. 22, Brusiin Der Mensch s. 45: »Die eigentliche, realistisch aufgefasste Unparteilichkeit bedeutet, ..., dass sich der Richter auf den Boden der faktischen Struktur der Gesellschaft stellt. Brusiin fasst damit die Unparteilichkeit als Beachtung der Legitimität der Rechtsordnung auf. Es ist dem Richter nicht erlaubt, sein eigenes Weltbild der Entscheidung zugrunde zu legen, solange es nicht konkretisiert wurde, sich also in der sozialen Wirklichkeit in Fleisch und Blut verwandelt hat. Als Richter kann daher nur eine Person fungieren, die eigene weltanschauliche Überzeugungen mit der geschichtlich gewachsenen Rechtsordnung korrelieren kann.», Virolainen Lainkäyttö s. 381–382. Ks. myös *Ylöstalo* DL 1975 s. 122.

⁶³ Virolainen Lainkäyttö s. 382.

⁶⁴ Alkio LM 1960 s. 469.

teerinä on tällaisessa tilanteessa ns. objektiivinen testi, joka ratkaistaan ulkoisten seikkojen perusteella: onko asianosaisilla perusteltu syy pitää tuomaria puolueellisena?⁶⁵ Tuomarin pitää olla tarkkana siitä, että hän käy sovintoneuvottelun niin, etteivät asianosaiset saa vaikutelmaa puolueellisesta tuomarista.⁶⁶ Puolueettomuuden kriteerinä ovat kuitenkin asianosaisten tunteita yleisemmät seikat ja perusteet, koska valitettavan usein hävinnyt osapuoli pitää tuomaria puolueellisena.⁶⁷ Tässä mielessä asianosaisten avustajat ovat avainasemassa. Heillä on nimittäin taito tarkastella tuomarin toimintaa myös objektiivisesti ja arvioida, onko todella syytä epäillä, että tuomari pyrki suosimaan toista asianosaista oikeudenkäynnissä.⁶⁸

Tuomarille itselleen ei sovintoehdotus saa olla kannanotto toisen asianosaisten puolesta ja toista vastaan, vaikka se onkin kannanotto tietyn aineellisoikeudellisen lopputuloksen puolesta.⁶⁹ Jos asianosaisten luottamus asiaa valmistelevalle tuomarin puolueettomuuteen perustellusta syystä järkkyy, voi asianosainen olla suostumatta välittömään pääkäsittelyyn. Erillisen pääkäsittelyn järjestämiseen liittyvät käytännön hankaluudet ovat myös tuomarille sovintoneuvottelun käymistä ohjaavia sanktioita.

Toinen sovintoneuvotteluun liittyvä ongelma on ns. »hihaässä»-ajattelu. Tarkoitan sillä tilannetta, jossa asianosaiset eivät avoimesti esitä kaikkea näyttöään ja tuomari on vastaavasti varovainen esittäessään käsityksiään oikeuskysymyksistä.⁷⁰ Etenkään tuomioistuimen hihaässä -ajattelu ei ole perusteltua.⁷¹ Se mahdollistaa yllättävän lain soveltamisen ja on ristiriidassa oikeudenkäynnin välittömyyden ja keskityksen kanssa. Pikemminkin tavoitteena tulee olla *prosesioikeudellinen avoimuus*. Se, mitä oikeudenkäynnissä tehdään, on julkista ja avointa.⁷² Tällainen perusasenne palvelisi myös käyttäytymistä ohjaavaa tavoitetta.

⁶⁵ Virolainen Lainkäyttö s. 382.

⁶⁶ Brusiin Der Mensch s. 45–46, Virolainen Alioikeusuudistus s. 155, Halme–Hirvonen–Hirvonen s. 10, Eyben Dommertilken degivelser s. 133. Ks. myös, mitä Koch SvJT 1981 s. 36 kirjoittaa »psykologisesta taituruudesta».

⁶⁷ Lindell Partsautonomi s. 22–23. Ks. myös Virolainen DL 1989 s. 59.

⁶⁸ Honkasalo DL 1924 s. 314: »Tuleeko oikeudenkäyntireformilla luotava lainkäyttö tyydyttämään kansamme oikeussuojantarvetta, riippuu suuresta määrin myös siitä, missä määrin asianajajakunta kykenee omaksumaan uuden prosessilain periaatteet ja niiden toteuttamista edistämään.»

⁶⁹ Bayles Law and philosophy 1986 s. 54–55, Virolainen LM 1983 s. 168–169.

⁷⁰ Hihaässä-ajattelusta en tiedä kenenkään aiemmin kirjoittaneen, mutta Ekelöf SvJT 1979 s. 550 ajatukset ovat hyvin samansuuntaiset »kuurupiilo»-vertauksessa. Ks. myös Virolainen LM 1983 s. 168.

⁷¹ Ks. Virolainen DL 1989 s. 62–63, jossa kuvataan näytön varaamista hovioikeutta varten.

⁷² Engström SvJT 1980 s. 376: »Vad nu sagts gäller fullt ut endast under förutsättning att

Ongelmaksi jää se, että asianosaiselle voi olla etua tietojen salaamisesta. Koko totuuden esille tulo ei ole aina asianosaiselle eduksi. Tämän hihaässä -ajattelun kieltää periaatteessa OK 14:1:ssä säädetty totuudessapysymisvelvollisuus.⁷³ Hihaässä -ajattelun kanssa on ristiriidassa myös uuteen menettelyyn liittyvä tavoite saada asia perusteellisesti selvitetyn mahdollisimman aikaisessa vaiheessa. Preklusiosääntöjen vuoksi voidaan epäillä, ettei tietojen salaamisesta ole enää mitään hyötyä, koska uusiin seikkoihin vetoaminen ei ole myöhemmissä oikeudenkäynnin vaiheissa sallittua. Voidaan kai lähteä siitä, ettei asian käsittelyssä saa erityisesti suojata hihaässä -ajattelua, vaan asiaa käsitellään siinä laajuudessa, jossa prosessinjohtoa koskevat säännöt sen sallivat.

man uppfattar domaren enbart som ett samhällets verktyg för att slita tvister och att man inte tror, att domaren på grund av sin befattning måste ha överlägsna egenskaper när det gäller klokhet, lärdom och erfarenhet.»

⁷³ *Liljenfeldt–Liljenfeldt* DL 1993 s. 294.

6. TUOMARIN ROOLI KEHITTYVIEN MENETTELYPERIAATTEIDEN VALOSSA

6.1 YHDENVERTAISUUS YHTEISTOIMINNAN TAVOITTEENA

Yhteistoimintaperiaatteella on kaksi tavoitetta: (1) asianosaisten tosiasiallinen yhdenvertaisuus ja (2) käyttäytymistä ohjaavan tavoitteen edistäminen.¹ Niihin on suhtauduttu suomalaisessa oikeustieteessä myönteisesti. Sen sijaan perinteiset menettelyperiaatteet estävät näiden tavoitteiden saavuttamisen. Jura novit curia on este oikeuskeskustelulle, kun taas käsittelymenetelmä ja määräämisperiaate estävät periaatteessa kaikenlaisen riidan kohteen muotoilemisen oikeudenkäynnin aikana. Menettelyperiaatteet ovat siten perinteisessä merkityksessään ristiriidassa asian selvittämiseen velvoittavien lain säännösten kanssa.

Menettelyperiaatteet ovat olleet myös passiivisuussääntöjä.² Käytännössä on kuitenkin hyvin vähän sellaisia seikkoja, joita ei voitaisi käsitellä riita-asian valmistelussa sen vuoksi, että sillä vaarannettaisiin tuomioistuimen puolueettomuus tai mahdollisuus ratkaista riita aineellisoikeudellisen lainsäädännön tavoitteiden mukaisesti. On päinvastoin tavallista, että *ratkaisu kehittyy, hahmottuu, kypsyy ja muotoutuu asian käsittelyn aikana*.³ Aineellisoikeudellisten tavoitteiden saavuttamista palvelee se, että ratkaisun keksiminen perustuu mahdollisimman monipuoliseen informaatioon.⁴ Jura novit curia -periaate on johtanut siihen väärinkäsitykseen, että oikeuskysymyksistä keskustelemista on pidetty ratkaisun enenaikaisena paljastamisena. Perinteinen suomalaisen tuomarin ratkaisumalli ei ole sisältänyt rakenteita, joiden avulla voitaisiin tiedostaa oikeuskysymysten selvittämisen monipuolisuus.

¹ Ks. edellä s. 98–100, 207.

² Ks. edellä s. 61 ss.

³ Ks. edellä s. 119 ss. ja s. 169 alav. 91.

⁴ Ks. edellä s. 198.

Avoimuus ei vaaranna tuomarin puolueettomuutta eikä tuomioistuimen luotettavuutta.⁵ Tuomarilta odotetaan ratkaisua pääkäsittelyn jälkeen, mutta aktiivinen ratkaisun keksimisen tavoite saa ohjata myös tuomarin toimintaa niin kauan, kun asiaa tutkitaan ja selvitetään. Yhtä oikeaa ratkaisua ei useinkaan ole tässä menettelyn vaiheessa olemassa. Toisaalta tuomarilla ei ole olemassa järkeviä syitä salata asian selvittämiseen liittyvää epätietoisuutta tai estää sen vuoksi asianosaisia osallistumasta asian selvittämiseen.⁶

Asia- ja oikeuskysymyksiä ei voi erottaa subsumptiossa toisistaan. Ei ole mahdollista, että tuomioistuin olisi aktiivinen vain oikeuskysymyksissä ja passiivinen asiakysymyksissä, koska oikeuskysymykset ohjaavat aina asiakysymysten selvittämistä ja päinvastoin.⁷ Jos hyväksytään tuomioistuimen aktiivisuus, se merkitsee myös asianosaisten vaikutusmahdollisuuden eli yhteistoimintaperiaatteen hyväksymistä. Oikeuskysymyksissä se merkitsee suppeampaa tai laajempaa oikeuskeskustelua.

Kaikkia vaihtoehtoisen koulukunnan käsityksiä ei mielestäni voida kuitenkaan hyväksyä juuri sen vuoksi, että alioikeusuudistus säilyttää liberalistisen prosessikäsityksen vastuunjaon arvona.⁸ Määräämisperiaate ja jura novit curia-periaate eivät siltä osin muutu. Siksi yhteistoimintaa on pidettävä vastuunjaos-

⁵ Aalto LM 1962 s. 593: »Dynaaminen ja ulospäin suuntautuva tuomioistuimen puheenjohtaja omaksunee ... voimakkaamman materiaalsen prosessinjohton. ... Staattisen henkisen perusrakenteen omaava puheenjohtaja taas näkee mieluiten, että asianosaiset toimivat oikeudenkäynnin dynaamisina eteenpäinviejinä. Kun aikaisemman liberaalisen valtiokäsityksen valitessa oli ihannekuvana lähinnä viimeksi mainittu tuomarihahmo, näyttäisi nykyinen sosiaalinen oikeusvaltio paremminkin olevan halukas asettamaan etusijalle edellisen.» Ellilä LM 1961 s. 40: »Nykyajan prosessilta vaaditaan eräänä tunnuksena, että sen tulee tyydyttää myös sosiaalisessa suhteessa oikeudenmukaisia vaatimuksia. ... Tässä suhteessa tarjoaa varteenotettavaa ja miettimisen arvoista esikuvaa etenkin Itävallan ja Sveitsin prosessioikeus ja viime aikoina pääpiirteittäin samoilte peruslinjoille suuntautunut Saksan prosessioikeus.» Asianosaisten osallistumismahdollisuuden merkitystä prosessioikeuden periaatteena on tarkastellut Bayles Law and philosophy 1986 s. 53–55.

⁶ Tietämättömyys ja ratkaisutoiminnan epärationaalisuus ovat eri asioita. Alkio kuvaa sen todellisuuden, jossa auktoriteetin pönkittämiseen voi olla tarvetta LM 1960 s. 467: »Voidakseen olla riippumaton tuomari tarvitsee tietoja ja selkärankaa. Tiedot sivuutan vähällä: jokainen lakimies tietää, miten niitä hankitaan. Mainitsen vain, että ammatti edellyttää opiskelua, aktiivista opiskelua 70. ikävuoteen asti. Rutiini kyllä lisääntyy vuosien mukana, mutta se ei saa merkitä pysähtymistä. Harmaassa todellisuudessa kuitenkin yksi ja toinen pysähtyy jo verrattain nuorella iällä. Liika työ usein estää tuomaria seuraamasta aikaansa: kehitys kulkee ohitse, ajatus väsähtää ja stereotyyppioituu. Suurin osa tapauksista menee rutiinilla, vaikeammat pannaan menemään jonkinlaisella kohtuudentajulla; uudet lait pyrkivät jäämään vähälle tutustumiselle ja tieteen saavutukset kokonaan vieraiksi. Mitä suppeampi on sitten näkökulma, sitä suurempi on varmuus.» Ks. myös Bayles Law and philosophy 1986 s. 55.

⁷ Ks. edellä s. 158 ss.

⁸ Ks. edellä s. 103 ss., 208 ss.

ta riippumattomana keskustelevana ja avoimena työskentelytapana, jossa tuomari pyrkii asianosaisten näkemykset huomioimaan, hyvään ja lain käyttäytymistä ohjaavan funktion toteuttavaan menettelyyn ja tuomioon.

Pyrkimys asian perusteelliseen selvittämiseen keskustelevalle prosessilla edellyttää asianosaisten määräämismahdollisuuksien avaamista myös niissä kysymyksissä, joissa asianosainen ei tiedä voivansa määrätä.⁹ On erotettava yhdenvertaisuus muodollisessa ja tosiasiallisessa merkityksessä.¹⁰ Tuomioistuimen tulee pyrkiä kaventamaan asianosaisten tosiasiallista eriarvoisuutta. Samalla tuomarin on kuitenkin oltava varovainen sosiaalisen kompensaation kanssa. Tuomari ei saa vaarantaa puolueettomuuttaan eikä tehdä asianosaisten vastuuseen liittyviä prosessitoimia.¹¹

Prosessinjohtosta ei voida antaa yleispäteviä, mutta samalla yksityiskohtaisia ohjeita. Asiat ja asianosaiset ovat niin erilaisia. Jonkinlainen raja ja ohjenuora on tuomioistuimen yhteiskunnallinen palvelufunktio, jolla tarkoitetaan tuomioistuinten velvollisuutta ratkaista yhteiskunnassa esiintyviä erimielisyyksiä. Sellaista prosessinjohtoa, jonka seurauksena asianosaiset menettävät luottamuksensa tuomioistuihin kohtaan ja ryhtyvät ratkaisemaan riitojaan omatoimisesti, ei voida hyväksyä. Kuitenkin minusta on paljon todennäköisempää se, että luottamus menetetään sellaisissa oikeudenkäynneissä, joita meillä on perinteisesti pidetty. Uskon, että pelotusvaikutukseen perustuva tuomioistuinten auktoriteetti horjuu. Keino, jolla minun mielestäni voidaan parantaa tuomioistuinten legitimitettiä, on pyrkimys sellaiseen oikeudenkäyntiin, jossa ihmiset havaitsevat heidän asioidensa käsiteltävän hyvin ja huolellisesti.¹² Tällaisen käsityksen saa asianosainen, jota kuunnellaan ja joka voi vaikuttaa asiansa käsittelyyn mahdollisimman paljon, mutta jolla kuitenkin säilyy oikeus ratkaista ne kysymykset, joista hän kantaa vastuun.

6.2 ABSOLUUTTISESTA PROSESSIOIKEUDESTA INTRESSIEN VALVONTAAN

Prosessikäsitys vaikuttaa tuomarin tapaan tarkastella siviiliprosessia. Ajattelumme on stereotyyppistä. Prosessikäsitys muodostaa sen ajattelun rakenteen – ne ajat-

⁹ *Sevón* DL 1989 s. 21: »Keskitetty, välitön ja suullinen käsittely on mahdollinen vain, jos tuomioistuimen ote prosessin johtamiseen muuttuu nykyisestä.»

¹⁰ *Alternativkommentar* s. 39, *Laumen* s. 121–123 liittyy formaalisen yhdenvertaisuusajattelun liberalistiseen prosessikäsitykseen.

¹¹ *Brusiin* DL 1944 s. 197–198 ja *Brusiin* DL 1935 s. 31.

¹² Oikeudenmukaisen menettelyn tärkeyttä ja sisältöä käsittelee *Virolainen* Lainkäyttö s. 18–19.

telun elementit – joiden avulla siviiliprosessi jäsennetään ja hallitaan. Meillä Suomessa ratkaisumalli on ollut perinteisen liberalistinen.¹³ Liberalistinen prosessikäsitys on kehitetty systemaattiseksi teoriaksi, jonka rakenteiden avulla arvioidaan oikeudenkäynnin tapahtumia. Olennainen erotetaan prosessikäsitksen muodostaman ratkaisumallin avulla epäolennaisesta. Liberalistisen prosessikäsitksen rakenteet (mm. kaksiasianosaissuhde ja yksityisautonomia sekä määräämisperiaate ja käsittelyperiaate) tuntuvat luontevilta siviiliprosessin rakenteilta. Vastaavasti inkvisitorisuus, tutkintamenetelmä ja virallisperiaate tuntuvat vastenmielisiltä käsitteiltä dispositiivisten riita-asioiden yhteydessä.¹⁴ Ne kuuluvat johonkin toiseen prosessikäsitkseen.¹⁵ Virallisperiaatetta ja tutkintamenetelmää ei tutkita eikä käytetä, vaikka suomalainen siviiliprosessi on aina sisältänyt piirteitä, jotka tukevat enemmän virallisperiaatteen ja tutkintamenetelmän modifiointia kuin käsittelyperiaatteen modifiointia.¹⁶ Suomalainen siviiliprosessi on liitetty saksalaiseen käsiteparajaan.

Ratkaisumalli osoittautuu ongelmalliseksi silloin, kun oikeudelliset ilmiöt muuttuvat niin, ettei niitä hallita aikaisemmalla prosessikäsitksellä tai sen mukaisella ratkaisumallilla. Valaisen näkemystäni tarkastelemalla jakoa dispositiivisiin ja indispositiivisiin asioihin. Jo Wreden komitea erotti omiin lukuihinsa ne oikeudenkäymiskaaren säännöt, joita oli sovellettava asioihin, joilla oli yhteiskunnallista merkitystä. Niitä olivat avioliiton purkamista koskevat asiat ja holhousasiat.¹⁷ Ne olivat asioita, jotka eivät kuuluneet asianosaisen yksityisautonomiaan, vaan niissä julkinen intressi edellytti asianosaisen määräämisvallan rajoittamista.¹⁸ Avioeroasioiden käsittelyyn oli jo aikaisemmin liittynyt erityistä sääntelyä, joka korosti avioliiton merkitystä yhteiskunnallisena instituutiona ja velvoitti tuomioistuinta avioeroasioissa tutkimaan viran puolesta avioerooperusteen olemassaolon.¹⁹ Wreden komiteassa tiedostettiin se, että Suomessa on samalla oikeudenkäymiskaarella käsiteltävä asianosaisen yksityisautonomiaan kuuluvien asioiden lisäksi myös avioliiton purkamista ja holhousta kos-

¹³ Ks. edellä s. 35 ss., 56 ss. ja 65 ss.

¹⁴ Vrt. *Jonkka* Rikosprosessioikeuden s. 8 ja LM 1992 s. 700.

¹⁵ *Prütting* NJW 1980 s. 362–363, *Meier-Ottomann* s. 85, 89. Saksassa tällaiseen ajatteluun on myös syy, sillä kuvasihan tutkintaperiaate alkuperäisessä, Gönnerin muotoilemassa merkityksessä nimenomaan preussilaista siviiliprosessia. Se erosi yleissaksalaisesta prosessista asianosaisen määräämisvallan osalta. Ks. siitä *Gönner* s. 175–176.

¹⁶ Ks. *Granfelt* JFT 1912 ja JFT 1915.

¹⁷ *Wreden komitean mietintö* II s. 304–308.

¹⁸ *Wreden komitean mietintö* II s. 305.

¹⁹ *Wreden komitean mietintö* II s. 305 viittaa vuoden 1686 kirkkolakiin ja kuninkaalliseen asetukseen (kungörelsen) vuodelta 1798.

keviä asioita ja niiden lisäksi vielä rikosasioita.²⁰ Wreden komitea toteutti erilaiset menettelyt tekemällä oikeudenkäymiskaareen kahdet menettelysäännöt.²¹

Jako dispositiivisiin ja indispositiivisiin asioihin on dikotomia, jonka merkitys korostuu alioikeusuudistuksen myötä. Uudessa laissa dispositiivinen asia voidaan ratkaista useissa käsittelyn vaiheissa muodollisella perusteella myöntämisen, kanteesta luopumisen tai asianosaisen passiivisuuden vuoksi (OK 5:13, OK 5:27, OK 12:10–13). Koska näitä ratkaisuja voidaan tehdä jo valmistelun kuluessa, tuomioistuimen on puutteellisen selvityksen perusteella kyettävä päättämään se, onko asia indispositiivinen vai dispositiivinen. Jako ei kuitenkaan ole yksiselitteinen.²²

Tarkempi tarkastelu, johon tässä ei ole syytä mennä, osoittaisi, ettei meillä ole vain kahdenlaisia asioita, vaan monella tavalla indispositiivisia ja monella tavalla dispositiivisia asioita.²³ Käytännön ratkaisutoiminnassa ei kuitenkaan kyseenalaisteta ratkaisumallia. Tuomari ratkaisee yksittäisiä riitoja. Ratkaisumalli muodostaa käsitejärjestelmän ja tietorakenteen, jonka avulla se on hyväksyttävällä tavalla mahdollista.²⁴ Tuomari on ratkaisumallinsa vanki.²⁵ Asiat hahmotetaan, käsitellään ja ratkaistaan ratkaisumallin avulla. Koska riita-asiat ovat lain-

²⁰ Wrede JFT 1886 s. 80–81.

²¹ Wreden komitea sijoitti avioliiton purkamista ja holhousta koskevat menettelysäännöt omiin (27.–28.) lukuihinsa. Niissä ei toistettu kaikkia menettelysääntöjä, vaan tuomioistuimet veloitettiin viittaussäännöksellä soveltamaan indispositiivisiin asioihin – ottaen huomioon niitä koskevat erityissäännöt – oikeudenkäymiskaaren yleisiä säännöksiä. (Ks. *Wreden komitean mietintö* II s. 306 ja § 356). Niiltä osin kuin yksityisautonomian puuttuminen edellytti erilaista asian käsittelyä, kirjoitettiin oikeudenkäymiskaareen eri säännöt asioille, joista asianosaiset saavat sopia, ja asioille, joista asianosaiset eivät saa sopia. Tämä käytäntö jatkui vielä vuonna 1937 annetussa hallituksen esityksessä. (Ks. *Lainvalmistelukunta 1937*. Lainsäädäntöhankeista yleisesti ks. *Lainvalmistelukunta 1909* s. 208, *Granfelt* Prosessiehdotus 1923 ja *Komitean mietintö 1925* sekä *Lainvalmistelukunta 1937* s. 103.) Meilläkin »avioasioiden» käsittelyä pidettiin »erityisenlaatuksena oikeudenkäyntinä». Nämä kaksijakoiset menettelysäännöt liitettiin osittaisuudistustuksilla oikeudenkäymiskaareen. Sen sijaan avioliiton purkamista, isyyttä ja holhousta koskevia asioita varten suunnitellut erityisluvut jäivät säätämättä.

²² *Virolainen* Materiaalinen s. 325. Ks. myös *SOU 1982:26* s. 113, *Lindblom* SvJT 1984 s. 793 ja *Roth* ZJP 103 (1990) s. 5 ss. Kun Wrede kehitti kahdet eri menettelysäännöt, asiat olivat joko absoluuttisesti dispositiivisia tai absoluuttisesti indispositiivisia. Esimerkiksi avioliiton purkamista koskevissa asioissa virallinen syyttäjä valvoi julkista etua ja hänellä oli oikeus ajaa tietynlaisia kanteita samoin kuin valittaa tuomioistuimen päätöksistä. Avioeroasiat eivät ole enää absoluuttisesti indispositiivisia. Ks. *Lainvalmistelukunta 1909* s. 97–99.

²³ Ks. tarkemmin *Virolainen* Materiaalinen s. 323–330, *Lehtonen* s. 8–10, *Möller* Juhla-julkaisu Olsson s. 258 ja *Lappalainen* Alioikeusuudistus s. 139 alav. 188. Pohjoismaisista esityksistä ks. *SOU 1982:26* s. 111–116, *Hov* s. 289–291 ja *Gomard* s. 216–218.

²⁴ Ks. edellä s. 108.

²⁵ Ks. edellä s. 175 ss.

säädännön mukaan joko indispositiivisia tai dispositiivisia, asiat jaetaan uskollisesti kahteen ryhmään. Sitähän laillinen menettely (legis actio) ja menettelysääntöjen absoluuttisuus tarkoittavat.

Jakoa dispositiivisiin ja indispositiivisiin asioihin voidaan kuitenkin pitää myös oman aikakautensa teoriana. Se liittyi liberalistiseen oikeusajatteluun, johon yksityisautonomia ja tahdonvapaus kuuluivat pääsääntöinä. Indispositiiviset asiat olivat harvalukuisia poikkeuksia pääsäännöstä: asioita, joissa asianosaisella ei poikkeuksellisesti ollut tahdonvapautta.²⁶

Ajan kuluessa on kuitenkin syntynyt uusia juttutyppejä ja vanhatkin ovat muuttaneet muotoaan. Nykyisin on melko vaikeaa luokitella riita-asiat vain kahteen ryhmään sen perusteella, onko niissä sovinto sallittu vai ei. Erityisiä ongelmia tämä kahtiajako aiheuttaa niissä uudenlaisissa asioissa, jotka jo *peruskanteiltaan eroavat kontradiktorisesta prosessista*. Koulu havaitsi tämän ongelman tutkiessaan sitä, sovelletaanko *hakemusasioihin* dispositiivisten vai indispositiivisten asioiden menettelysääntöjä (HakKäsL 20§).²⁷ Vastaavat ongelmat kohtaa tutkija, joka selvittää, ovatko *yksityishenkilön velkajärjestelyä* tai *ryhmäkanteita* koskevat asiat dispositiivisia vai indispositiivisia.²⁸

6.2.1 Virallistoimintoisuus intressien valvontana

Riita-asioiden jakamista indispositiivisiin ja dispositiivisiin asioihin voidaan pitää paitsi ongelmallisena myös asian käsittelyn kannalta vähämerkityksisenä.²⁹ Siitä, että jokin kysymys todetaan indispositiiviseksi, ei useinkaan seuraa yhtä määrättyä menettelyä.³⁰ Yleisesti on nimittäin hyväksytty se, että samassa asiassa voi-

²⁶ Tirkkonen s. 10.

²⁷ Koulu s. 31 ja alaviite 91.

²⁸ Yksityishenkilön velkajärjestelyn osalta asia on käsikirjoituksen valmistuttua jo ratkaistu. Ks. Niemi–Kiesiläinen s. 100 ss. Ryhmäkanteiden osalta ks. Wihuri Ryhmäkanne s. 15 ss. ja Ryhmäkannetyöryhmä s. 17 ss. ja 52 ss.

²⁹ Sen sijaan erottelulla voi olla merkitystä esimerkiksi välimiesmenettelyn kannalta. Vrt. Möller Juhlajulkaisu Olsson s. 257–258.

³⁰ Virallisperiaatetta ja tutkintamenetelmää ei yleensä sovelleta koko laajuudessaan. Indispositiiviset asiat tulevat tavallisesti vireille asianosaisten aloitteesta. Tuomioistuimien on sidottu annettavan oikeussuojan laadun ja laajuuden osalta asianosaisten esittämään vaatimukseen (= vaatimistaakka OK 24:14.1). Asianosaiset voivat poissaolollaan jättää asian sillensä (OK 12:9.1). Toisaalta asianosaisten esittämä näyttö muodostaa keskeisen osan myös indispositiivisissa asioissa esitettävästä näytöstä, eikä ole mitään takeita sille, että tuomioistuimien pääsis lähemmäs aineellista totuutta hankkimalla todisteita viran puolesta (pakolla). Asianosaisten prosessitoimet, kuten myöntäminen ja tunnustaminen, eivät myöskään ole merkityksettömiä indispositiivisissa asioissa. Ks. Virolainen Materiaalinen s. 328–329, Virolainen Alioikeusuu-distus s. 95 ja Boman s. 27.

daan joutua soveltamaan yhtäältä määräämisperiaatetta ja toisaalta virallisiperiaatetta ja tutkintamenetelmää.³¹ Oikeuskirjallisuudessa on hyväksytty myös se, ettei asiaan sovelleta virallisiperiaatetta ja tutkintamenetelmää enempää kuin on välttämätöntä.³² Käyttäytymistä ohjaavan tavoitteen toteuttaminen edellyttää menettelyltä joustavuutta.

Tästä lähtökohdasta voisi ollakin hyödyllisempää lähestyä menettelytavan valintaa koskevaa ongelmaa sillä tavoin kuin Westberg tekee.³³ *Tuomioistuimen virallistoimintaisuus (officialprövning) on keino valvoa niitä intressejä, jotka asian käsittelyssä tai asiassa tehtävällä ratkaisulla täytyy toteuttaa.*³⁴ Voidaan puhua virallistoimintaisuudesta intressien valvontajärjestelmänä. Virallistoimintaisuus on asianosaisten prosessitoimintaa täydentävää tai sille vaihtoehtoista toimintaa. Ero perinteiseen dikotomiaan on siinä, ettei oikeudenkäymiskaari säädä vain kahta absoluuttista menettelyä, vaan menettelysäännöt muodostavat laajan arsenaalin, jota tuomioistuimella on oikeus käyttää asiaan liittyviä tavoitteita palvelevalla tavalla.³⁵

³¹ Virolainen Materiaalinen s. 327. Se, mitä virallisiperiaate ja tutkintaperiaate tarkoittavat, on oikeustieteessä kiistanalaista. Yleensä virallisiperiaateella tarkoitetaan määräämisperiaatteen vastakohtaa eli sitä, että määräämisvaltaa riidan kohteen osalta käyttävät viranomaiset, ei asianosainen. Oikeudenkäynti alkaa viran puolesta (ei sovelleta ne procedat judex ex officio -sääntöä), tuomioistuin määrää annettavan oikeussuojan laajuuden (ei sovelleta ne eat judex ultra petita partium -sääntöä), riidan kohdetta koskevat asianosaisen määräämistoimet, kuten myöntäminen ja kanteen peruuttaminen, eivät sido. *Tutkintaperiaate taas on yleisesti käsittelyperiaatteen (meillä -menetelmän) vastakohta:* tuomioistuin hankkii oikeudenkäyntimateriaalin viran puolesta sekä tosiseikastomateriaalin että oikeuskysymysten osalta eivätkä asianosaisen tosiseikastoon liittyvät prosessitoimet, kuten tunnustaminen ja väittäminen, sido. Oikeustieteen hajanaisuudesta tässä kysymyksessä ks. Meier-Ottomann s. 80 ja Ekelöf Grundbegrepp s. 227–230.

³² Hov s. 292.

³³ Ks. myös edellä s. 88.

³⁴ Westberg s. 37. Prosessioikeuden määrämuotoisuuden kyseenalaistavasta kehityksestä eri oikeusjärjestelmissä ks. vertailevaa esitystä Cappelletti s. 9 ss. Selvimmät tätä pyrkimystä ilmaisevat säännökset siviiliprosessin alalla ovat Italian siviiliprosessilain (Codice di procedura civile) Art. 156: »La nullità non può mai essere pronunciata, se l'atto ha raggiunto lo scopo a cui é destinato», ja Belgian siviiliprosessilain art. 867: »s'il est établi que l'acte a réalisé le but que la loi lui assigne...». Niiden mukaan oikeussuojan antamisen saa kieltää prosessioikeudellisen säännön perusteella vain, jos sillä suojattu asianosaisen intressi ei muuten toteudu. Menettelysääntöjen tavoitteet ohjaavat niiden soveltamista. Ks. myös Lindblom SvJT 1984 s. 793.

³⁵ »Absoluuttinen prosessioikeus» ja »laillinen menettely» voivat johtaa dispositiivisissa asioissa asianosaisten oikeusturvaodotuksen kannalta erikoisiin tilanteisiin. Ajatellaan esimerkiksi hovioikeuden ratkaisua asiassa KKO 1992:133, jossa kantajat olivat kanteessaan vaatineet lakiosan täydennystä sillä perusteella, että lahjanluontoinen kiinteistönkauppa oli tarkoitettu ennakkoperintöä tai suosiolahjaa vastaajalle. Oikeudenkäynnin aikana kantajat olivat la-

Virallistoimintaisuus konkretisoituu eri tilanteissa eri tavoin.³⁶ Joskus asiaan liittyvien intressien valvominen edellyttää, että (1) *tuomioistuim ottaa viran puolesta tutkittavaksi kysymyksen tai seikan*, joka on jäänyt asianosaisten prosessitoiminnassa huomiotta. Tällöin virallistoimintaisuus on samanlaista vastuunkantoa kuin virallisperiaatteen ja tutkintamenetelmän mukainen toiminta. Usein intressien valvomiseksi kuitenkin riittää se, että (2) *tuomioistuim kiinnittää asianosaisten huomion seikkaan*, jota sen harkinnan mukaan on käsiteltävä tarkemmin.³⁷ Tällöin virallistoimintaisuus on tehtävien jakamiseen liittyvää toimintaa. Asianosaiset päättävät edelleen siitä, millaisella prosessitoiminnalla seikkaa korostetaan.

6.3. MENETTELYPERIAATTEIDEN PUNNINTA

Myös menettelyperiaatteet on aikaisemmin nähty absoluuttisena prosessioikeutena. Ne ovat olleet ehdottomia normeja, joiden suora vaikutus ratkaisutoiminnassa on aikaisemmin jopa korostunut, koska menettelyä ohjaavia tarkempia sääntöjä ei ole ollut. Tältä osin tilanne on muuttunut. Uusi riita-asiaim menettelyä koskeva laki sisältää suhteellisen tarkat asian selvittämistä ja käsittelemistä koskevat säännöt. Niistä on käsitelty tässä tutkimuksessa muita tarkemmin OK 5:19:ä. Säännöt kuvastavat vastuunjaon osalta liberalistista prosessikäsitystä ja tehtävien jaon osalta sosiaalista prosessikäsitystä.³⁸ Menettelyperiaatteet eivät voi

kiosavaatimuksiaan määrällisesti korottamatta kanteensa tueksi lisäksi vedonneet siihen, että myös eräät vastaajalle kiinteistön luovutuksen jälkeen lahjoitetut varat olivat olleet kuolinpesän varoihin lisättävää ennakopperintöä tai suosiolahjaa. Hovioikeus jätti – täysin voimassa olevan oikeuden mukaisesti – kanteen muutetuilta osiltaan tutkimatta. Ratkaisu oli varmasti yllättävä asianosaisille, jotka eivät olleet esittäneet väitettä kielletystä kanteen muuttamisesta. Hovioikeuden ratkaisu oli kuitenkin myös aineellisoikeudellisten tavoitteiden vastainen. Kantajallahan oli todennäköisesti oikeus siihen suoritukseen, jota hän uusien seikkojen perusteella vaati. Mitä oikeushyvää hovioikeuden ratkaisu suojasi? Vrt. KKO 1985 II 24, jossa tuomioistuim ei saanut ratkaista dispositiivista riitajuttua viran puolesta huomioon otettavalla puhevallan menetystä koskevalla perusteella varaamatta asianosaiselle tilaisuutta selvityksen esittämiseen, vaikka väitettä puhevallan menetyksestä ei ollut tehty.

³⁶ Tulkintaa ohjaavat myös lainkäytön tavoitteet: (1) menettelytavan valinnan täytyy palvella lain käyttäytymistä ohjaavan funktion toteuttamista (2) menettely ei saa vaarantaa oikeudenkäynnin ulkopuolisen tahon intressejä ja (3) toiminnan on täytettävä oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin vaatimukset. Ks. *Ekelöf–Boman Rättegång* I s. 14: »Rättskipningen är till för att ge de materiella reglerna genomslagskraft ute i samhällslivet.» Oikeudenmukaisesta oikeudenkäynnistä ks. Euroopan neuvoston ihmisoikeussopimuksen 6. artikla (ks. asetus 1990/439, SopS 19).

³⁷ *Westberg* s. 37.

³⁸ Ks. edellä s. 103 ss.

enää ensisijaisesti toimia absoluuttisina, menettelyä suoraan ohjaavina normeina, vaan lain sääntöjä tarkentavina ja täsmentävinä ohjenuorina, jotka ohjaavat säännön soveltamista tiettyyn tavoitteeseen.³⁹ Nämä tavoitteet ovat erilaiset vastuunjaon ja tehtävien jaon osalta ja jättävät sijaa vielä tarkemmallekin *punninnalle*.⁴⁰

Dispositiivisissa riita-asioissa sovellettava väittämistaakka, vaatimistaakka ja muodollisen perusteen hyväksikäyttö kuvastavat *liberalistista vastuunjakoa*. Asianosainen kantaa riskin passiivisuutensa seurauksista ja siitä, että jokin oikeustositseikka jää käsittelemättä tai näyttämättä; samoin siitä, jos vaatimukset hyväksyvä tuomio ei tyydytä hänen oikeussuojan tarvettaan. Vastuunjaon osalta *määräämisperiaate* (asianosaisen vastuu oikeussuojan vaatimisen ja sen laajuuden ja laadun osalta) ja *käsittelyperiaate* (asianosaisen vastuu tosiseikastomateriaalin osalta) ovat uudessakin laissa ensisijaisia arvoja ja tavoitteita.⁴¹ *Tältä osin lakiin on omaksuttu liberalistinen perusasenne*.⁴² Asianosaisten vapauspiiriä rajoittaa kuitenkin tuomioistuimen velvollisuus virallistoimintoisuuteen eli velvollisuus kontrolloida prosessitoimia. Lainkäytön tärkeämmät funktiot aiheuttavat sen, ettei esimerkiksi väärä tunnustaminen sido ja selvästi perusteeton vaatimus hylätään haastetta antamatta. Virallistoimintoisuus muodostaa siten parin määräämisperiaatteelle ja käsittelyperiaatteelle (-menetelmälle) vastuunjakoa koskevassa punninnassa.

Virallistoimintoisuus on oikeudenkäynnin ulkoisen kulun osalta ensisijainen periaate. Se on oikeudenkäynnin ulkoista kulkua koskevassa punninnassa osittain jopa dispositiivisiin asioihin liittyvässä vastuunjaossakin painavampi kuin asianosaistoimintoisuuden periaate, mikäli viimeksi mainittua periaatetta halutaan saksalaisen systematiikan mukaisesti käyttää tässä yhteydessä. Vastuunjakoa oikeuskysymyksissä ohjaavaa jura novit curia -periaatetta voidaan niin ikään pitää virallistoimintoisuuden osana.

Lainkäytön tavoitteeksi asetetut 1) lainsäädännön käyttäytymistä ohjaavan funktion toteuttaminen, 2) yhteiskuntamoraalin ylläpitäminen ja 3) oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin liittyvä asianosaisten tosiasiallisen yhdenvertaisuuden toteuttaminen aiheuttavat tuomarin näkökulmasta sen, että virallistoimintoisuudesta muodostuu keskeinen periaate myös dispositiivisissa riita-asioissa.⁴³ Oikeudenkäyntiä ei voida edes niiden osalta pitää enää pelkästään asianosaisten

³⁹ Ks. esimerkiksi *Laakso* s. 128.

⁴⁰ Ks. edellä s. 33 ss., 242 alav. 124, 267 ja 290.

⁴¹ Ks. edellä s. 33.

⁴² *Virolainen* Alioikeusuudistus s. 366–367. Ks. edellä s. 103–104.

⁴³ Ks. lainkäytön tavoitteista edellä s. 18 ss., 69 ss., 102, 196 ss., 266 ja 290.

yksityisasiana, vaikka heillä tärkeiltä osin määräämisvalta oikeudenkäynnissä onkin.⁴⁴

Virallistoimintoisuuden keskeistä merkitystä tukee myös se, että riita-asian valmistelu on uudessa laissa rakennettu selvästi vuorovaikutuksen (keskustelun, dialogin) varaan.⁴⁵ Riidan kohde selvitetään asianosaisten ja tuomarin yhteistoiminnalla. Ei ole ajateltavissa, että esimerkiksi OK 5:26:ssä säädetty sovinto saataisiin aikaan perättäisistä prosessitoimista rakennetulla menettelyllä. Sovinto edellyttää neuvottelua (informaationsuhdetta), jossa asianosaisten on hyväksyttävä sovintoehdotus.⁴⁶

Informaationsuhteen periaatteet poikkeavat vastuunjakoja ohjaavista periaatteista, sillä passiivisuussäännöistä on selvästi luovuttu. Määräämisperiaate ja käsittelymenetelmä eivät ole informaationsuhteen periaatteita. Saksalaisessa oikeudessa informaationsuhdetta pidetään *sosiaalisen prosessikäsityksen ilmentymänä*.⁴⁷ Sillä perusteella informaationsuhdetta koskevien sääntöjen soveltamista ohjaavaksi periaatteeksi sopii *yhteistoimintaperiaate*. Yhteistoimintaperiaatteesta voitaisiin erottaa oikeuskeskustelu informaationsuhteen oikeuskysymyksiä koskevaksi periaatteeksi, mutta sillä ei voitaisi selittää mitään uutta säännönmukaisuutta.⁴⁸ Oikeuskeskustelukin on riidan kohteen ja asianosaisten erimielisyyden selvittämiseen tähtäävää toimintaa.

Kun vastuunjako ja tehtävien jako yhdistetään Westbergin virallistoimintaisuutta koskeviin näkemyksiin, jäsentyy OK 5:19:n taustalla oleva periaatteiden systematiikka lähinnä seuraavalla tavalla:

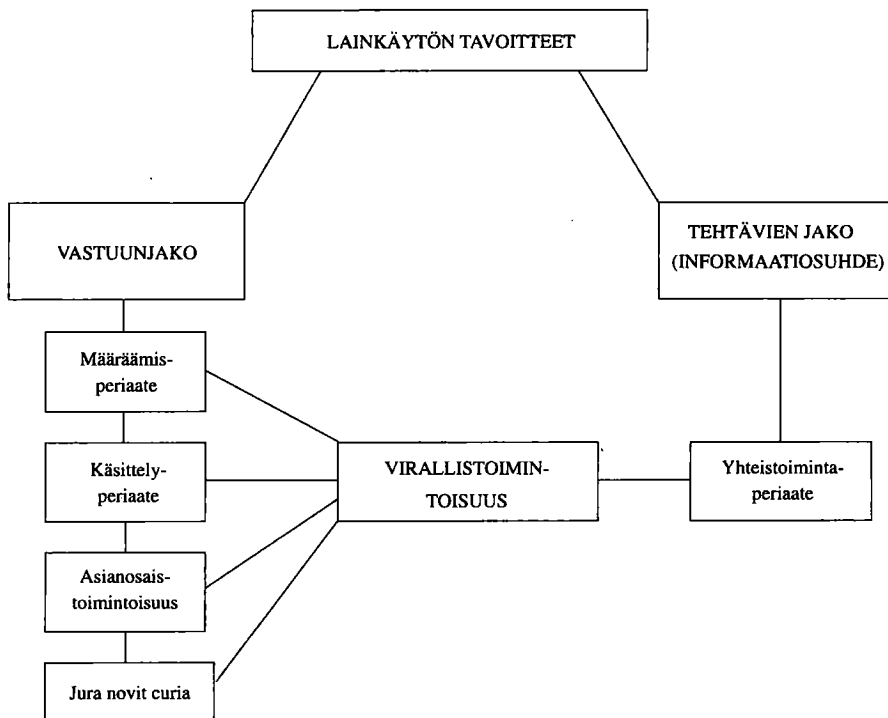
⁴⁴ Möller Oikeus, demokratia, informaatio s. 172. Lainkäytön tavoitteisiin liittyvän punninnan osalta ks. Virolainen Lainkäyttö s. 85 ss. sekä edellä s. 266 ja 290.

⁴⁵ Ks. edellä s. 103–104.

⁴⁶ Loosli s. 17. Retoriikan keinoista kirjoittaa Persson s. 18 ss.

⁴⁷ Rosenberg–Schwab s. 456–457.

⁴⁸ Ks. edellä s. 283.

Kuvio 19. Sosiaalisen prosessikäsityksen mukainen menettelyperiaatteiden systematiikka.

ZUSAMMENFASSUNG

DIE SICH VERÄNDERNDE ROLLE DES FINNISCHEN AMTSRICHTERS IN HINBLICK AUF DIE VORBEREITUNG EINER ZIVILSACHE

1. DIE ENTWICKLUNG DES FINNISCHEN PROZESSRECHTS

1.1. Die Anfänge

Das Verfahren erster Instanz hat in Finnland weit zurückreichende nationale Traditionen. Schon seit dem 10. Jahrhundert n. Chr. wurden die Streitsachen der schwedischen Gaue auf Gaugerichtstagen entschieden. Finnland war bis zum Jahre 1809 eine der Provinzen Schwedens, aber über die Durchführung von Gerichtsversammlungen im Mittelalter in Finnland ist nichts Genauereres bekannt. Dagegen waren die Gerichtsversammlungen ein wichtiger Ausgangspunkt auch für die finnische Gesetzgebung. Die Gerichtsversammlung eines Gaus leitete der von der Versammlung gewählte Richter, finn. laamanni, schwed. lagman, der das bei den Gerichtsversammlungen entstandene Gewohnheitsrecht sammelte, entwickelte, auslegte und anwendete. Diese Richter bewahrten das Gewohnheitsrecht zunächst in Versform im Gedächtnis, aber kodifizierten es, als die Kunst des Schreibens sich verbreitete. Auf diese Weise entstanden die ersten Gesetze, Gausgesetze, die zum Teil auch in Finnland angewendet wurden.

Die Provinzen Schwedens vereinigten sich im 13. Jahrhundert zum schwedischen Königreich. Die Gausgesetze wurden ersetzt durch Landesordnungen der Könige (Landesordnung des Magnus Eriksson aus dem Jahre 1357 und Landesordnung des Königs Kristoffer aus dem Jahre 1442), deren Vorschriften jedoch aus den Gausgesetzen zusammengestellt wurden. Die gewohnheitsrechtliche Tradition der Gesetzgebung endete erst im Jahre 1734, als nach fünfzigjähriger Vorbereitungsarbeit des Gesetzbuch der Schwedischen Reiche erlassen wurde, das in seinem Umfang und in seiner Bedeutung mit den grossen mitteleuropäischen

Kodifikationen verglichen werden kann, dem französischen Code Civile aus dem Jahre 1803 oder dem deutschen BGB aus dem Jahre 1896. Das Gesetzbuch des Schwedischen Reiches aus dem Jahre 1734 ist in Finnland immer noch gültig, soweit es nicht aufgehoben ist. Das bedeutet, dass zum Beispiel der Abschnitt über Gerichtswesen und Prozess in jenem Gesetzbuch (im Folgenden nennen wir ihn Finnische Prozessordnung, Abk. OK) immer noch das finnische Prozessgesetz ist – allerdings an vielen Stellen revidiert.

Es gibt viele Gründe dafür, dass das Gesetz von 1734 bezüglich des Prozessrechts schon so lange gültig ist. Finnland war in den Jahren 1809–1917 ein Grossfürstentum Russlands. Zu der Zeit waren die alten schwedischen Gesetze Mittel in dem Kampf, in dem die Finnen ihre nationale Identität gegen die Russifizierungsbestrebungen verteidigten. Ein anderer Grund hängt mit den Plänen zur Gesamtreform der Prozessgesetzgebung zusammen.

1.2. Die Zeit der Gesamtreform

Die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts war ein wichtiger Zeitraum für die wissenschaftliche Entwicklung des finnischen Prozessrechts. Der als »Vater« des finnischen Prozessrechts bekannte R.A. Wrede studierte in Deutschland bei Oscar Bülow und Adolf Wach. Durch ihn kam ins finnische Prozessrecht die deutsche Theorie: ihre Grundsätze, Begriffe und auch ihr Verfahren, soweit es im Gesetz von 1734 mangelhaft geregelt war. Es entstand die eigenartige Situation, die bis in die 1970er Jahre andauerte, dass bei Anwendungsproblemen der alten nationalen Gesetzgebung Hilfe im deutschen Prozessrecht gesucht wurde.

Mit der Entwicklung der Rechtswissenschaft erkannte man schon im 19. Jahrhundert, dass die finnische Prozessgesetzgebung in vielen Teilen veraltet war. Man verfolgte die deutsche (ZPO 1877) und die österreichische (ÖZPO 1895) Entwicklung und begann 1892 die Gesamtreform der Prozessgesetzgebung in dem sog. Wrede-Komitee. Das veröffentlichte 1901 seinen ausführlichen Bericht, aber wegen der politischen Unsicherheit infolge der Russifizierungsbestrebungen kam die Arbeit des Komitees nicht über den Vorschlag hinaus.

Nach Erlangen der Selbständigkeit im Jahre 1917 wurde die Gesamtreform des Gerichtswesens erneut in Angriff genommen, und es wurden in den 1920er Jahren insgesamt vier Reformvorschläge ausgearbeitet. Der erste war der Vorschlag von Professor O. Hj. Granfelt (Wredes Nachfolger) aus dem Jahre 1923, der von einem besonderen Komitee 1925 überprüft wurde. Ausgehend von diesem Vorschlag wurden 1927 und 1929 noch zwei Vorschläge ausgearbeitet. Diese Entwürfe wurden aber der drohenden globalen Depression wegen nicht beim Reichstag eingebracht und die Pläne zur Gesamtreform scheiterten aufs neue.

In den 1930er Jahren, als der Höhepunkt der Depression schon überschritten war, wurde wieder ein Vorschlag zur Gesamtreform des Gerichtswesens ausgearbeitet (1937), der von einem Komitee 1939 überprüft wurde. Die Vorlage wurde aber des Krieges wegen nicht beim Reichstag eingebracht.

Nach dem Kriege wurde keine Gesamtreform des Gerichtswesens versucht und man ging zu Teilreformen über. Die Beweisgesetzgebung wurde 1948 erneuert, wobei die legale Beweistheorie durch die freie Beweiswürdigung ersetzt wurde. Das Mahnverfahren für unstreitige Ansprüche auf Zahlung wurde 1954 in Gebrauch genommen. Die Vorschriften über Ladung und ihre Zustellung, über die Verhandlung sowie über Prozesseinwendungen und Stillstand wurden 1960 geändert und einige Vorschriften über die Parteien 1972.

1.3. Erneuerung des Verfahrens in Zivilsachen

Die vom Standpunkt des Richters wichtigste Änderung wurde durch die Erneuerung des Verfahrens der streitigen Zivilgerichtsbarkeit erreicht, die am 1.12.1993 in Kraft trat. Diese umfangreiche Reform begann Mitte der 1980er Jahre zunächst mit der Erneuerung des uralten, auf feudalen Lehen beruhenden Gerichtssystems und des Ernennungsverfahrens der Richter. Die Erneuerung des Verfahrens wurde begonnen mit den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit im Jahre 1987. Die Arbeitsgruppenvorschläge zur Erneuerung des Verfahrens der streitigen Gerichtsbarkeit wurden 1990 fertiggestellt und die darauf beruhenden Regierungsvorlagen im selben Jahr dem Reichstag zugeleitet. Der Präsident der Republik fertigte die Gesetze der Reform 1991 aus, und sie traten am 1.12.1993 in Kraft.

Die neue Gesetzgebung bedeutete eine Gesamtreform des Verfahrens in Zivilsachen. In Finnland ist traditionell in ein und demselben Gesetz das Verfahren sowohl der streitigen Zivilgerichtsbarkeit als auch der Strafgerichtsbarkeit geregelt worden, aber diese Reform betraf nur den Zivilprozess; die Reform des Strafprozesses ist zur Zeit im Gange. Nach jahrhundertlangem Stillstand ist das Prozessrecht in Finnland heute der Rechtsbereich, der sich am schnellsten entwickelt.

Die grösste Veränderung, die die Reform mit sich brachte, war der Übergang vom mündlich-protokollierten Verfahren zum mündlichen, unmittelbaren und konzentrierten Verfahren. Erst durch diese Gesetzesänderung wurde das Verfahren in zwei Phasen aufgeteilt: die Vorbereitung und die Hauptverhandlung. Das Fehlen der Vorbereitung war denn auch schon im Wrede-Komitee als grösster Missstand unseres Prozesses erkannt worden. Deswegen war der Zivilprozess sehr ineffektiv gewesen – die Fälle wurden immer wieder vertagt, und

wegen des immer dicker werdenden Protokolls war die Möglichkeit überraschender Entscheidungen gross. Das Verfahren war auch sehr formell, sowohl was die Zusammensetzung des Gerichts als auch das Verfahren selbst betrifft. Das hatte u.a. zur Folge, dass die einfachen und nichtstreitigen Forderungssachen in einem genau so schwerfälligen Verfahren behandelt wurden wie die schwierigsten Streitigkeiten.

Die Missstände wurden beseitigt, indem für den Anfang des Verfahrens eine zweiteilige (schriftliche/mündliche), aber dennoch je nach Fall flexible Vorbereitung vorgeschrieben wurde. Die normale Vorbereitung verläuft jetzt so, dass nach dem Austausch der Schriftstücke die Parteien zu einem Termin der mündlichen Vorbereitung geladen werden, bei dem die nichtstreitigen und streitigen Fragen getrennt werden. Der Haupttermin bleibt dem Prozess über vor allem streitige Fragen vorbehalten. Bei der Vorbereitung können auch Sachen aus mehreren, vor allem formellen Gründen entschieden werden, und nichtstreitige und einfache Forderungssachen kommen im allgemeinen nicht mehr bis zum Haupttermin. Ebenso ist die Anzahl der während der Vorbereitung geschlossenen Vergleiche erheblich gestiegen. Die grösste Veränderung in der Rolle des Richters betrifft seine Pflichten bei der Vorbereitung. Der Richter kann nämlich die Zwecke der Vorbereitung nicht erreichen, wenn er passiv bleibt.

2. DIE PROZESSAUFFASSUNGEN

Ich prüfe die Veränderung der Rolle des Richters mit Hilfe der Prozessauffassungen. Die *Prozessauffassungen* sind normative Bezugssysteme, in denen Vorschriften, Grundsätze (Prinzipien) und Prozesszwecke (Funktionen) als konsequente Ganzheit beschrieben werden. Innerhalb dieses Rahmens verteilen sich die Normen auf drei Ebenen: Vorschriften sind die am schärfsten umrissenen Normen und werden gewöhnlich in der Gesetzgebung ausgedrückt, während die Grundsätze und Zwecke lockere *Optimierungsgebote* und *Richtungsbegriffe* sind. Die Prozesszwecke und Grundsätze unterscheiden sich insofern, als die Prozesszwecke in erster Linie zur sozialpolitischen Diskussion gehören, während die nach den Grundsätzen gefällten Entscheidungen nur nach den Kriterien eines bestimmten rechtlichen Bezugssystems gutzuheissen sind (sog. Generalpräventionsthese). In der kontinentalen prozessrechtlichen Tradition sind deutlich zwei Prozessauffassungen zu unterscheiden: 1) die liberale Prozessauffassung und 2) die soziale Prozessauffassung. Beide sind für diese Untersuchung von Bedeutung.

2.1. Die liberale Prozessauffassung

2.1.1. *Über die Verfahrensgrundsätze*

Unter dem Einfluss der deutschen Rechtswissenschaft begann man auch in Finnland die deutschen Begriffe und die deutschen Verfahrensgrundsätze anzuwenden. Bei den Verfahrensgrundsätzen bestehen jedoch einige Unterschiede zwischen dem finnischen und dem deutschen Recht. Die Verfahrensgrundsätze entwickelten sich in Deutschland im Laufe von Jahrhunderten zu einem systematischen Gerüst der prozessrechtlichen Ordnung. Ihre Bedeutung war besonders gross in der Zeit des Pandektenrechts, und sie lenkten offensichtlich teilweise auch die Kodifizierung der deutschen Zivilprozessordnung (ZPO 1877). Als die deutschen Verfahrensgrundsätze Ende des 19. Jahrhunderts nach Finnland gebracht wurden, wurde hier die damals schon 150 Jahre alte Prozessordnung von 1734 angewendet. Die deutschen Verfahrensgrundsätze konnten dieses gültige finnische Prozessrecht nicht ändern. Die Grundsätze hatten also keine das Prozessrecht systematisierende Bedeutung, und sie erhielten eher eine besondere, vor allem heuristische Bedeutung. Insoweit die alte schwedische Gesetzgebung mangelhaft war, hatte die Rechtsprechung in Finnland die Gewohnheiten geformt, die im Prozess befolgt wurden. Häufig betrafen diese festen Gewohnheiten die Prozessleitung des Richters und die Rolle des Richters überhaupt. In der Rechtswissenschaft der Jahrhundertwende wurden die Gewohnheiten jenen deutschen Verfahrensgrundsätzen zugeordnet, zu denen sie am besten passten.

Die finnische Rechtswissenschaft übernahm sowohl den Dispositionsgrundsatz als auch den Verhandlungsgrundsatz und entsprechend die Oficialmaxime und die Untersuchungsmaxime. Ihre Bedeutung gestaltete sich der besonderen Züge unseres Prozessrechts wegen jedoch etwas anders als in Deutschland. Im finnischen Prozessrecht gibt es zum Beispiel keinen Anwaltszwang, und ausserhalb der grossen Städte ist es auch heute noch üblich, dass die Leute vor Gericht ihre Sache selbst führen. Der Richter hat in Finnland keine so passive Rolle spielen können, wie der Dispositionsgrundsatz und der Verhandlungsgrundsatz es ursprünglich voraussetzten. Deshalb hat man in Finnland statt vom Verhandlungsgrundsatz immer von der Verhandlungsmethode gesprochen, die in ihrer Bedeutung dem im deutschen Recht in letzter Zeit gebrauchten »modifizierten Verhandlungsgrundsatz« entspricht.

In Skandinavien sind auch traditionell in ein und demselben Prozessgesetz die Verfahren sowohl in allen möglichen Rechtsstreitigkeiten als auch in Strafsachen geregelt. Deshalb gehört zum Lehrbereich eines finnischen Professors des Prozessrechts weiterhin sowohl der Zivil- als auch der Strafprozess. Die zentra-

le Zweiteilung der Prozessordnung von 1734 ist die Einteilung in Sachen, in denen ein Vergleich erlaubt ist (dispositive Sachen) und in Sachen, in denen ein Vergleich nicht erlaubt ist (indispositive Sachen). Zu den letztgenannten gehören Sachen von allgemein öffentlichem Interesse – zum Beispiel die Bestätigung der Vaterschaft und die Auflösung der Ehe. Die Vorschriften über diese verschiedenen Rechtsstreitigkeiten und Strafsachen stehen jedoch in denselben Kapiteln und Paragraphen des Gesetzes, und sie sind also nicht so deutlich systematisch unterschieden wie in den deutschen Zivilprozessgesetzen. Deshalb sind auch die Zweiteilungen von Dispositionsgrundsatz/ Offizialmaxime und Verhandlungsgrundsatz/Untersuchungsmaxime in Finnland etwas anders gelagert als in Deutschland.

2.1.2. Die Bedeutung der liberalen Prozessauffassung in Finnland

Die ins finnische Zivilprozessrecht übernommenen Verfahrensgrundsätze spiegeln die liberale Prozessauffassung wider. Der typische Prozess dieser Art ist kontradiktorisch, retrospektiv und isoliert. Das Verfahren ist angeordnet als Wettbewerb zwischen den beiden Parteien, bei dem die entgegengesetzten Interessen nach dem Prinzip »winner takes all« entschieden werden. Die Parteien lenken den Verlauf des Prozesses, und die Rechtsfolgen des Urteils betreffen nur die Parteien. Die Tätigkeit des Richters wird geleitet von dem Gesichtspunkt der Konfliktlösung (The Conflict Resolution Model, schwed. konfliktlösning). Aufgabe des Gerichts ist es, den Rechtsstreit zu entscheiden, den die Parteien, in vorgeschriebener Weise definiert, dem Gericht zur Entscheidung vorlegen.

Hinter der liberalen Prozessauffassung steht der Freiheitsbegriff der Aufklärung. Freiheit ist das Fehlen von vorgeschriebenen Normen – Privatautonomie. Die Privatrechte bilden einen vom Handeln der Staatsgewalt geschützten Freiheitsbereich, in dem das Rechtssubjekt selbständig Gewalt ausübt. Das liberale Rechtsdenken war Ende des 19. Jahrhunderts auch in Finnland weit verbreitet, und es ist immer noch erkennbar in den Begriffen des Eigentumsrechts, des Grundrechts und des Vertragsrechts.

Der Dispositionsgrundsatz ist die deutlichste prozessrechtliche Dimension des die Privatautonomie betonenden Rechtsdenkens. Das Privatautonomiedenken ist im Prozessrecht als Verbindung von Risikoteilung und Arbeitsteilung zu erkennen. Im Prozess ist der aktiv, der das Risiko der negativen Folgen trägt, wenn er die Prozesshandlung nicht vornimmt. Die Teilung des Risikos nach den Verfahrensgrundsätzen bestimmt somit die Bedingungen der Arbeitsteilung und des Informationsverhältnisses zwischen den Parteien und dem Gericht. Unter Infor-

mationsverhältnis verstehe ich den Kommunikationsprozess, den die Bestrebungen der Parteien und des Gerichts voraussetzen. Die Beteiligung des Gerichts daran dient in erster Linie dem Zweck, die Sache zu klären. Aufgrund der liberalen Verfahrensgrundsätze bleibt das Gericht passiv in den zum Risiko der Parteien gehörenden Dingen, und es spielt dabei keine Rolle, ob die Parteien wirklich ihre Rechte und Pflichten verstehen. Die Gleichstellung der Parteien ist formell.

Die Auswirkungen der Verfahrensgrundsätze auf das Informationsverhältnis werden in der skandinavischen Rechtswissenschaft Passivitätsregeln genannt. Der Dispositionsgrundsatz bedeutet als Passivitätsregel, dass die Partei den Streitgegenstand bestimmt, der Verhandlungsgrundsatz wiederum, dass die Partei über die Beibringung des Tatsachenmaterials bestimmt. Die Passivitätsregeln wurden auch ins finnische Prozessrecht übernommen. Mit den Novellen des Jahres 1960 wurden die Vorschriften über die Klageerhebung in der Prozessordnung von 1734 geändert. Bei der Ausarbeitung der Gesetze wurde die die Passivitätsregeln betonende Auslegung verteidigt. Die Passivitätsregeln haben auch sonst in der Rechtsordnung Unterstützung gefunden; zum Beispiel wurde die im finnischen Grundgesetz vorgeschriebene Gleichstellung vor dem Gesetz früher in erster Linie als ein Grundrecht ausgelegt, das formelle Gleichstellung bedeutet. Die aktive materielle Prozessleitung des Richters ist denn auch erst in den 1980er Jahren zum Gesprächsthema im finnischen Prozessrecht geworden – also wesentlich später als in Deutschland.

2.2. Die soziale Prozessauffassung

Zur Tradition des kontinentalen Prozessrechts gehört auch die soziale Prozessauffassung. Ich meine damit die im österreichischen Prozessrecht entwickelte, grossenteils von Franz Klein zugeschnittene Prozessauffassung. Eine entsprechende Zweiteilung der Prozessauffassungen ist auch in den USA in der Diskussion über gemeinschaftliche Klagen aufgetaucht. In jener Diskussion sind mehrere typische Züge der liberalen Prozessauffassung in Frage gestellt worden. So hält man es für möglich, das Zweiparteienverhältnis aufzugeben und eine je nach dem Fall sich rankende Parteienstruktur zu erlauben, und man sieht im Prozess eine stark in die Zukunft gerichtete Zweckhaftigkeit: durch Klärung der Tatbestände versucht man die Zukunft vorwegzunehmen und durch die Rechtsfolgen das künftige Verhalten zu lenken. Es ist die Pflicht des Richters, den das Verhalten lenkenden Zweck der Gesetzgebung im einzelnen Fall zu verwirklichen (The Behavior Modification Model, schwed. handlingsdirigering). In Franz Kleins Theorie

ist die soziale Seite damit verglichen recht gemässigt. Er betont vor allem die wirkliche Gleichstellung der Parteien und das Prinzip der materiellen Wahrheit, sowie als Mittel zu deren Verwirklichung die aktive materielle Prozessleitung des Richters.

Kleins Gedanken verbreiteten sich ziemlich schnell überall in Europa. Seine Gedanken wurden auch in Finnland im Wrede-Komitee und sonst in der Rechtswissenschaft geprüft. Auch in Deutschland hat die Entwicklung der Gesetzgebung zu einer immer aktiveren Rolle des Richters geführt. Zu der deutschen Entwicklung gehört die in den 1950er Jahren begonnene Diskussion über die sozialen Zwecke des Prozessrechts, die auf mehreren Foren und unter verschiedenen Namen geführt worden ist. Gewisse Anhaltspunkte bieten meiner Meinung nach die frühen Artikel über die Rolle des Richters (Baur, Arndt), die Forderung nach humaner Justiz, der soziale Zivilprozess und als gesetzgeberischer Markstein die Vereinfachungsnovelle von 1976. Als Folge der Entwicklung sind auch die Verfahrensgrundsätze in Verbindung mit der Rolle des Richters erneuert worden (Kooperationsmaxime, Rechtsgespräch, Beibringungsgrundsatz).

Für das erneuerte gerichtliche Verfahren in Finnland hat die soziale Prozessauffassung insofern Bedeutung, als der schwedische Professor Per Olof Ekelöf seine Vorstellungen von der sozialen Bedeutung des Prozessrechts gerade von Franz Klein übernahm. Als Vorbild für die neue finnische Gesetzgebung wiederum galt die schwedische Prozessgesetzgebung. Dort wurde die entsprechende Gesamtreform des gerichtlichen Verfahrens schon im Jahre 1948 durchgeführt. Per Olof Ekelöf beeinflusste in den letzten 50 Jahren in bemerkenswerter Weise die Entwicklung des schwedischen Prozessrechts, und auch in Finnland begann man die Theorie der neuen Gesetzgebung auf der Grundlage der Lehren Ekelöfs zu entwickeln. Man kann somit karikierend sagen, dass die finnische Rechtswissenschaft beim Kopieren der schwedischen Gesetzgebung von einem prozessrechtlichen Bezugssystem zu einem anderen überging: von der liberalen Prozessauffassung zu einer mehr sozialen.

2.2.1. Die Hauptzüge der Theorie Ekelöfs

Ekelöf erneuerte schon in den 1950er Jahren die Systematik der Verfahrensgrundsätze. Auch in Schweden waren bis dahin die deutschen Verfahrensgrundsätze angewendet worden. Er löste die Verfahrensgrundsätze von ihrer systematischen und normativen Bedeutung und machte sie vor allem zu *darstellungstechnischen Hilfsmitteln*, mit denen in einfacher Weise die Invarianzen der Gesetzgebung beschrieben werden können. Die Offizialmaxime beschreibt somit die Regeln,

die dem Gericht das Bestimmungsrecht beim Prozess geben. Der Verhandlungsgrundsatz beschreibt die Regeln, nach denen die Parteien das Recht haben, beim Prozess aus eigener Initiative zu handeln. Der Dispositionsgrundsatz wiederum beschreibt die durch dispositive Normen geregelten Fragen, bei denen das Gericht nur auf Veranlassung der Parteien handeln soll oder darf.

Ekelöfs Grundsätze unterscheiden sich vor allem in doppelter Hinsicht von den deutschen Verfahrensgrundsätzen. Einmal gibt es Unterschiede *bei den einzelnen Grundsätzen*. Ekelöfs Grundsatzsystem folgt nicht der deutschen Einteilung in Prozesshandlungen betreffend den Streitgegenstand, das Tatsachenmaterial und den äusseren Ablauf des Verfahrens, sondern ist von dieser Dreiteilung unabhängig. Deshalb gehören zum Beispiel die Behauptungslast und die Wirkung des Geständnisses in Ekelöfs Darstellungen zum Dispositionsgrundsatz. Der wichtigere Unterschied betrifft jedoch *die rechtliche Bedeutung* der Verfahrensgrundsätze. Ekelöf überlässt die Zielsetzung und die Wertungen des Prozessrechts dem Gesetzgeber, so dass die Grundsätze in den gesetzlichen Normen des positiven Rechts formuliert werden und ihr Inhalt und ihre Bedeutung sich mit der Gesetzgebung verändern, während die deutschen Verfahrensgrundsätze deutlicher an bestimmte Werte gebunden sind und die Grundlage ihrer Gültigkeit in der Rechtsüberzeugung suchen, in der Gesellschaftsmoral, in der Natur der Dinge oder sonst in einer ideologischen Wertgrundlage.

In Ekelöfs Denken ist die soziale Prozessauffassung erkennbar in den Theorien (1) von der das Verhalten lenkenden Funktion der Gesetze, (2) von der Gesellschaftsmoral und (3) vom Richter als dem Verwirklicher der das Verhalten lenkenden Funktion der Gesetze. Ekelöfs Ansicht nach ist die Gesetzgebung zweckbestimmt. Der Gesetzgeber versucht durch Vorschriften das Verhalten der Menschen in einer bestimmten Weise zu lenken. Diese Auffassung wird gestützt von seiner teleologischen Methode, in der er den Anwendungsbereich der Vorschriften in ein Kerngebiet (klare Fälle) und ein schwaches Gebiet (Sonderfälle) aufteilt. In dieser Theorie nutzt er Philipp Hecks berühmte Theorie von den zwei Bedeutungen der Begriffe. Die Gesellschaftsmoral wiederum erklärt in Ekelöfs Theorie, warum das Befolgen der Normen in der Gesellschaft die Regel ist. Auf der Stufe des Individuums ist die Gesellschaftsmoral mit dem Pflichtgefühl der Menschen verbunden. Die Pflicht des Richters wiederum ist es, in einzelnen Fällen die das Verhalten lenkende Funktion der Gesetzgebung zu verwirklichen (schwed. *handlingsdirigering*). Ekelöf ist also der Ansicht, dass auch die in Rechtsstreitigkeiten gefällten Entscheidungen das Verhalten der Menschen lenken und sich auf die Gesellschaftsmoral auswirken. Die Rechtsfolgen wirken also auch in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten als Sanktionen, die allgemeine gesellschaftliche Bedeutung haben.

2.2.2. *Beurteilung der sozialen Dimension des finnischen Verfahrens in Zivilsachen*

In welcher Weise sind die sozialen Werte im finnischen Prozessrecht zu sehen? Die Antwort ist vielfältig. Die soziale Rolle des Richters hat einen fernen Anknüpfungspunkt in der Urgeschichte der Gerichtsversammlungen, in der Zeit, als sich die Versammlungsteilnehmer selbst einen Richter (*laamanni*) wählten, der auch als Vertreter der Versammlungsteilnehmer gegenüber der aufkommenden Staatsgewalt fungierte. Die besonderen Züge unseres Prozessrechts, das Fehlen des Anwaltszwangs, die gewohnheitsrechtliche Grundlage der Rechtsordnung, die lange Geschichte der zentralen Stellung der Laienbeisitzer und eine gewisse Volkstümlichkeit des Verfahrens haben auch die Aktivität des Richters und das Ziel der materiellen Wahrheit betont. Hier ist allerdings hervorzuheben, dass im finnischen Prozessrecht niemals solche Strukturen Aufnahme gefunden haben, wie sie in den sozialistischen Volksdemokratien entwickelt wurden. Reformvorschläge in dieser Richtung wurden zwar in den 1970er Jahren gemacht, führten aber zu keinen Gesetzgebungsmassnahmen. Die skandinavische Volkstümlichkeit ist etwas ganz anderes.

Die soziale Prozessauffassung stand seinerzeit auch im Hintergrund der Bestrebungen um eine Gesamtreform unserer Gesetzgebung. Wenn die Gesetzgebung damals auch nicht erneuert wurde, lebten die sozialen Werte in der Rechtswissenschaft weiter, wenn sie auch in der Literatur nach dem Kriege nicht hervorgehoben wurden. Als ganz neuen Faktor kann man die zur Zeit in Finnland im Gang befindliche Reform der Grundrechte nennen, in der u.a. das Recht auf faires Verfahren als Grundrecht anerkannt wird. Diese Reform betont für ihren Teil die aktive Prozessführungspflicht des Gerichtes und die wirkliche Gleichstellung der Parteien.

Welches sind nun die Werte, die der neuen Gesetzgebung über das Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten zugrundeliegen? Zunächst kann man sagen, dass die neuen Lebensformen die liberale Prozessauffassung widerspiegeln. Das Verfahren ist kontradiktorisch und es wird eingeleitet durch den Ladungsantrag (OK 5:1). Das Erkenntnisverfahren ist retrospektiv und der Kläger ist bestrebt, eine Entschädigung für eine in der Vergangenheit erlittene Rechtsverletzung zu bekommen. Die Rechtsfolgen sind beschränkt auf die Parteien. Die Parteien tragen die Behauptungslast und die Antragslast (OK 24:14). Die Sache kann entschieden werden aus formellem Grund wegen Passivität, Anerkenntnis oder Verzicht (OK 5:13, OK 5:27, OK 12:10–13). Die Behauptungslast, die Antragslast und die Möglichkeit, aus einem formellen Grund zu entscheiden, spiegeln *die liberale Risikoteilung* wider. Die Partei trägt das Risiko für die Folgen ihrer

Passivität und dafür, dass irgendeine juristische Tatsache nicht behandelt oder bewiesen wird; ebenso dafür, dass das die Forderungen anerkennende Urteil nicht seinen Rechtsschutzbedarf befriedigt.

In das neue Gesetz sind aber auch Züge der sozialen Prozessauffassung aufgenommen. In dem Verfahren wird Flexibilität vorausgesetzt, denn dieselben Vorschriften sind ausser auf rechtliche Streitigkeiten u.a. auch auf Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit anzuwenden, von denen ein Teil nicht die Ausgangspunkte des kontradiktorischen Verfahrens erfüllt, nicht einmal bezüglich der Risikoteilung. In dem neuen Gesetz ist auch *die Aktivität des Gerichts* betont. Das Gericht hat den Kläger aufzufordern, einen Mangel im Ladungsantrag zu korrigieren (OK 5:5), das Gericht hat in der Vorladung den Beklagten bei der Erwidierung anzuleiten (OK 5:10-11), das Gericht hat von Amts wegen für die Zustellung der Vorladungen und Einberufungen zu sorgen (OK 11. Abschnitt). Das Gericht ist also für *den äusserlichen Verlauf* des Prozesses verantwortlich.

Die Aktivität des Gerichts *in den materiellen Fragen* des Streits betrifft besonders die Vorbereitung. Das Gericht hat die Vorbereitung so durchzuführen, dass die Sache beim Haupttermin in einem Zuge behandelt werden kann (OK 5:17); in der Vorbereitung des Rechtsstreits sind die Ansprüche der Parteien und ihre Begründungen zu klären sowie die streitigen Sachen (OK 5:19); das Gericht hat bei der Vorbereitung dafür zu sorgen, dass die Parteien alle die Tatsachen nennen, auf die sie sich berufen wollen (OK 5:21.3); das Gericht hat zu überwachen, dass die Sache gründlich behandelt wird. Wenn das von einer Partei Vorgebrachte als unklar oder unvollständig erkannt wird, hat das Gericht ihr die für die Klärung der Streitfragen erforderlichen Fragen zu stellen (OK 6:2a.2).

Das Gesetz drückt somit bezüglich der Rolle des Richters zweierlei Ziele aus. Soweit zur Behandlung der Sache das Operieren mit Prozesshandlungen mit Rechtsfolgen, wie Behauptung oder Antrag, gehört, sind die Werte des Gesetzes deutlich liberal. Man kann sagen, dass *die Werte der Risikoteilung* liberal sind. Wenn andererseits die Klarstellung des Streitgegenstands im Beseitigen von Unklarheiten und Mängeln bei Ansprüchen, Tatsachen und Rechtsfragen besteht, betont der Gesetzgeber die Aktivität des Richters. Die Passivitätsvorschriften sind somit aufgehoben.

In den Vorschriften über die Vorbereitung der Zivilsache ist zu erkennen, wie wichtig *die Kommunikation* zwischen Gericht und Parteien ist. Das Gericht ist verpflichtet dafür zu sorgen, dass die Parteien sich auf alle Tatsachen berufen, auf die sie sich berufen wollen (OK 5:21.3). Entsprechend haben die Parteien das Recht auf Einflussnahme darauf, wie die Vorbereitung der Sache durchgeführt wird (OK 5:18.2). In der Vorbereitung der Sache klären die Parteien und

das Gericht die Ansprüche der Parteien, ihre Begründungen und die Punkte, in denen die Parteien verschiedener Ansicht sind (OK 5:19). Die Klärung der Sache setzt voraus, dass keine Privatautonomie gemäss der Risikoteilung die Kommunikation verhindert. Die Werte und Ziele der Arbeitsteilung und des Informationsverhältnisses entsprechen somit in erster Linie der sozialen Prozessauffassung.

3. NEUE GESICHTSPUNKTE IM ENTSCHEIDUNGSMODELL DES RICHTERS

Entscheidungsmodelle sind Begriffe, die vor allem ins Gebiet der Psychologie fallen. Damit meint man mit gelernten Handlungsreihen entwickelte begriffliche Erkenntnisstrukturen, die die Gliederung der Information und die Auswahl des Wissens steuern. Das Entscheidungsmodell bestimmt die zur Sache gehörigen Umstände, auf die sich die Aufmerksamkeit richtet. Man kann mit gutem Grund sagen, dass das Entscheidungsmodell des finnischen Richters – die Auffassung von der rechtlichen Entscheidung – altmodisch war. Die finnische Rechts-theorie steht zwar auf sehr hohem Niveau und wird geschätzt in der Welt, aber in unserem Prozessrecht wurde lange als Lehrbuch ein Anfang der 1950er Jahre geschriebenes Werk benutzt, das nicht mit der rechtstheoretischen Entwicklung Schritt hielt. Andererseits ist die finnische Rechtskultur – schon aus den vorge-nannten Gründen der staatlichen Verselbständigung – sehr legalistisch. In unse-
rer Gerichtskultur ist immer noch sehr deutlich die Idee der gebundenen Ent-scheidung und in der Entscheidungshandlung selbst ein stark deduktiver Haupt-ausgangspunkt zu erkennen: die Sach- und Rechtsfragen sind in betonter Weise voneinander getrennt. In diesem Sinne treffen die in der deutschen Literatur gemachten Hinweise auf »Subsumtionsautomaten« auch auf den finnischen Richter zu.

Wichtig für die Rolle des Richters ist die Zweiteilung in *Finden* der Ent-scheidung und in *Begründen* der Entscheidung (process of discovery/process of justification). Bei der Vorbereitung einer Zivilsache ist der Kontext des Findens der Entscheidung (context of discovery) besonders wichtig. Der Richter ist näm-lich bei der Vorbereitung der Zivilsache bestrebt, die richtige Entscheidung zu finden oder zu umreissen. In der Arbeit des Richters lassen sich Sach- und Rechts-fragen nicht scharf voneinander trennen, sie stehen vielmehr in Wechselwirkung. Der Richter ist an den Geschehnissen im Hintergrund des Streites nur insoweit interessiert, als sich etwas rechtlich Signifikantes ereignet hat. Im Prozess wer-den die Geschehnisse als Behauptungen beschrieben, die so formuliert werden,

dass es leicht ist festzustellen, wie sich die konkreten Tatsachen und der Tatbestand der Norm sprachlich entsprechen.

Andererseits sind die Normen im finnischen Zivilrecht ihrem Tatbestand nach oft ungenau und von der Rechtsprechung bestimmt. Die Parteien und der Richter entwickeln auch die Normen durch Auslegungen in einzelnen Fällen. Auch für den finnischen Richter ist es also wichtig, den in der deutschen Rechtswissenschaft entwickelten Gedanken von der Wechselwirkung zwischen Sach- und Rechtsfragen zu kennen. Er hat jedoch vom Standpunkt der die Rolle des Richters betreffenden Grundsätze die wichtige Bedeutung, dass sich wegen der Wechselwirkung die Grenze zwischen dem Verhandlungsgrundsatz und dem Grundsatz *jura novit curia* verwischt. Das ist ein Grund, der ihre Anwendung auf das Informationsverhältnis zwischen Parteien und Gericht erschwert: Kann dem Richter in Sachfragen eine andere Handlungspflicht auferlegt werden als in Rechtsfragen?

Das Entscheidungsmodell des Richters wird auch durch die sich entwickelnde Auffassung von den Informationsquellen des Richters verändert. Die Idee des geschlossenen Systems ging davon aus, dass die Rechtsordnung ein System von festen, ausführlichen und umfassenden Gesetzen war, in dem die Tätigkeit der Bürger vollständig normiert war. Der Richter wurde als an logische Deduktionsregeln gebundene mechanische Deduktionsmaschine betrachtet, der aus den als vollständig gedachten Gesetzen Entscheidungen für Einzelfälle herleitete. Ein solches Denken herrschte auch in Finnland vor, aber es entspricht nicht dem wirklichen Bild von der Arbeit des Richters. Um ein realistisches Bild zu bekommen, habe ich das Vorverständnis des Richters untersucht und die sich entwickelnde Informationsquellenlehre.

Die Prozessleitung des Richters wird gelenkt von seinem *Vorverständnis*. Dem liegen seine Ausbildung und Erfahrung zugrunde. Der Richter behandelt eine Zivilsache nicht frei von Voraussetzungen, sondern ordnet die anstehende Sache in eine nach der Erfahrung entwickelte Systematik ein. Die früheren Erfahrungen lenken die Auswahl der Information, das Stellen der Fragen und das Trennen der interessanten Umstände von den uninteressanten. Die Bedeutung des Vorverständnisses ist besonders gross in den typischen Fällen. In den schwierigen Fällen dagegen ist die *Verwendung rechtlicher Informationsquellen* von grosser Bedeutung. In dieser Hinsicht ist die Rolle des finnischen Richters einem starken Wandel unterworfen. Die manuelle Informationsbeherrschung – Gebrauch der Bücher im Regal und der alten Modelle – wird durch die Informationstechnik ersetzt. Künstliche Intelligenz, Sachverständigensysteme und Hypertexte ersetzen in steigendem Masse die traditionellen Informationsträger. In den finnischen Gerichten erster Instanz wurde zusammen mit der Veränderung des Ver-

fahrens in Zivilsachen ein computergestütztes Sachbehandlungssystem in Gebrauch genommen. Das bedeutet, dass nicht nur die Rechtsquellen an die Computertechnik gebunden sind, sondern dass das ganze Verfahren – die ganze Behandlung der Sache vom Ladungsantrag bis zum Schreiben des Urteils – mit Hilfe des Computers erledigt werden kann.

4. EINZELNE NEUHEITEN IN DER ROLLE DES RICHTERS

4.1. Die Kooperationsmaxime im finnischen Zivilprozess

Im finnischen Prozessrecht ist die neuerliche Entwicklung des deutschen Prozessrechts nicht sehr genau verfolgt worden, der Schwerpunkt hat eher auf der Untersuchung des modernen skandinavischen Prozessrechts gelegen. Die skandinavische Prozessrechtswissenschaft eignet sich wegen der Übereinstimmungen in Gesetzgebung und Kultur gut auch als Theorie des finnischen Prozessrechts. Die Ausrichtung der Forschung nach Skandinavien hat jedoch dazu geführt, dass die in Deutschland geführte rege Diskussion über den sozialen Zivilprozess in Finnland nur wenig erforscht worden ist und die Ergebnisse der Diskussion sich vor allem auf Hinweise beschränken. In meiner hier vorliegenden Arbeit habe ich versucht, die Bedeutung der in der Diskussion entwickelten Grundsätze (Bebringungsgrundsatz, Kooperationsmaxime, Rechtsgespräch) für das neue finnische Verfahren in Zivilsachen zu erörtern.

Die rechtlichen Grundsätze gelten, wenn sie im Normensystem des Rechtsbereichs von Bedeutung sind. Diese Bedeutung erklärt sich zum Teil aus dem Inhalt der Grundsätze, d.h. aus der Wichtigkeit oder dem Gewicht der von ihnen vertretenen Werte, aber andererseits auch daraus, dass für den Grundsatz *institutionelle Stützen* in den Strukturen der Rechtsordnung zu finden sind, wie in den vorgeschriebenen Normen, in den Vorarbeiten zu Gesetzen oder in der Gerichtspraxis.

Es ist klar, dass die traditionellen Grundsätze der Risikoverteilung, der Dispositionsgrundsatz und der Verhandlungsgrundsatz, die mit dem neuen Gesetz veränderten Grundwertungen der Rolle des Richters nicht in der rechten Weise wiedergeben, weil die Passivitätsregeln aufgegeben worden sind. Das neue Gesetz hat in Finnland weitgehend die gleiche Wirkung, wie sie die Novelle von ZPO 278, Abs. 3 im Jahre 1976 in Deutschland hatte. Auch die finnische Grundsatzsystematik verlangt Erneuerung.

Wie könnte die finnische Kooperationsmaxime beschaffen sein? Das neue Gesetz über das Verfahren in Zivilsachen setzte nicht »den sozialen Gerechtig-

keitsbegriff» in Kraft, sondern der Gesetzgeber stand einigen Formen der sozialen Kompensation deutlich ablehnend gegenüber. In Finnland ist zum Beispiel keine ausdrückliche Hinweis- und Aufklärungspflicht vorgeschrieben. Andererseits setzte der Gesetzgeber jedoch voraus, dass der Richter seine Prozessleitung dem Können und Verständnis der Partei anzupassen habe. Das scheint dem Ziel zu dienen, dass die Parteien wirklich gleichgestellt sind, was den Zugang zum Rechtsschutz (access to justice) bzw. die Verfahrensregeln betrifft. Der Schutz des Schwächeren im materiellrechtlichen Sinne (Verbraucherschutz, Schutz der Arbeitskraft) bestimmt sich entsprechend in erster Linie aufgrund der materiellen Gesetzgebung und wirkt mit bei der Auswahl der Verfahrensweise, weil das Gericht die Zwecke der materiellen Gesetzgebung verwirklichen muss. Die im neuen Gesetz vorgeschriebenen Grundwertungen der Rolle des Richters betonen somit die Aktivität der Prozessleitung und entsprechen als solche vor allem der sozialen Prozessauffassung. Die Kooperationsmaxime wird institutionell durch die neue Gesetzgebung gestützt.

Von der Gültigkeit der Grundsätze zu unterscheiden ist ihre *Relevanz*. Das Gewicht und die Bedeutung der Grundsätze zeigen sich mehr oder weniger stark in verschiedenen Situationen. Der Kontext der sich in der Anwendungssituation konkretisierenden Normen und der sonstigen für die Anwendungssituation typischen Züge wirkt sich darauf aus, was für ein Gewicht und was für eine Bedeutung der Grundsatz hat. Gibt es also verschiedene Kooperationsmaximen? In der deutschen Diskussion habe ich drei verschiedene Interpretationen unterscheiden können. Das sind (1) die Kooperationsmaxime als Untersuchungsmaxime, (2) die Kooperationsmaxime als gemeinsame Verantwortung und (3) die Kooperationsmaxime als Kooperation im Zusammenhang mit dem Informationsverhältnis.

Wie ich oben feststellte, bewahrt die finnische Gesetzgebung die liberale Risikoteilung: In Finnland wird Behauptungslast und Antragslast angewendet. Deshalb ist ein inquisitorischer Zivilprozess, wie ihn zum Beispiel das Preussische Prozessgesetz (AGO von 1793) darstellte, in Finnland im Rahmen des Gesetzes nicht möglich. Mit der Kooperationsmaxime als gemeinsame Verantwortung verweise ich auf Wassermanns Gedanken, dass es die Pflicht sowohl der Parteien als auch des Gerichts wäre, im Prozess den sozialen Zweck der Gesellschaft anzustreben, wobei das Gericht die Pflicht hätte, soziale Kompensation zu betreiben. Der Gesetzgeber sagte sich in Finnland von einigen Formen der sozialen Kompensation los, und ich halte auch eine solche Norm für schwierig, nach der das Gericht der sozial schwächeren Partei helfen soll oder muss. Das ist zwar allgemeine Praxis im finnischen Prozess, schon wegen der vorgenannten volkstümlichen Besonderheiten unseres Prozessrechts, aber die Aktivität des Richters ist in der Praxis viel leichter zu beherrschen und mit der Neutralität in Überein-

stimmung zu bringen denn als normative Pflicht. Deshalb hat die Kooperationsmaxime im finnischen Zivilprozess nur in ihrer mildesten Form Relevanz: Die Kooperationsmaxime ist ein vom Grundsatz der Risikoteilung zu unterscheidender Grundsatz des Informationsverhältnisses und verpflichtet den Richter nur zur *aktiven materiellen Prozessführung*.

4.2. Probleme der Harmonisierung von Informationsverhältnis und Risikoteilung

Es ist klar, dass sich Risikoteilung und Arbeitsteilung (Informationsverhältnis) nicht scharf voneinander trennen lassen und dass der Richter durch Handeln im Bereich des Informationsverhältnisses die Risikoteilung beeinflusst. Die zentralen Probleme sind in Finnland – um nur zwei von ihnen zu nennen – dieselben wie auch in Mitteleuropa: Was darf der Richter im Rahmen der Prozessleitung fragen? Darf der Richter von Amts wegen eine neue Tatsache in den Prozess einführen? Von diesen Harmonisierungsproblemen greife ich hier nur die Auswirkung des Klageänderungsverbots bei der Vorbereitung einer Zivilsache auf.

Das Verbot der Klageänderung schreibt vor, in welchem Umfang die Klage während des Prozesses geändert werden kann. Die Regelung des Klageänderungsverbots weicht in Finnland in dem Masse von der deutschen ab, dass es nicht sinnvoll wäre, in Einzelheiten zu gehen. Ein allgemeineres Problem dagegen ist die Absolutheit des Klageänderungsverbots, die die Prozessleitungsgewalt des Richters einschränkt. Das Klageänderungsverbot (OK 14:2) gilt in Finnland als unbedingte Regel und der Richter hat von Amts wegen darauf zu achten, dass während des Prozesses keine verbotene Klageänderung erfolgt. Üblich ist auch, dass die höheren Instanzen von Amts wegen das Klageänderungsverbot aufgreifen, obwohl die unteren Instanzen oder die Parteien nichts davon gesagt haben. Deshalb sind auch die bei der Regelung des Klageänderungsverbots gebrauchten Begriffe »Antrag«, »wesentlich gleicher Grund« und »Sache« in Skandinavien zentrale Forschungsobjekte der Auslegungsjurisprudenz – etwa wie der Streitgegenstandsbegriff in Deutschland.

Ich habe Möglichkeiten zum Verzicht auf die Unbedingtheit des Klageänderungsverbots vor allem aus drei Gründen entwickelt: (1) Bei der Erneuerung des Verfahrens traten in Finnland die sog. Präklusionsregeln in Kraft, die den Zweck des Klageänderungsverbots bezüglich einer Konzentration der Hauptverhandlung verwirklichen. (2) Dank der zweiseitigen Vorbereitung haben der Beklagte und das Gericht wesentlich bessere Möglichkeiten als zuvor, sich auf die Verhandlung der Sache vorzubereiten, wenn sich auch die Klage während der Vorbereitung noch verändern sollte. (3) Bei der Entwicklung des finnischen Prozessrechts

ist heute auch das Bestreben der Europäischen Union im Auge zu behalten, das Zivilprozessrecht der Mitgliedstaaten zu harmonisieren. Ein Thema der sog. Arbeitsgruppe Storm war ein Abbau der formalen Seite des Verfahrens: die Gewährung des Rechtsschutzes dürfte aus prozessrechtlichem Grund nur abgelehnt werden, wenn die durch die Verfahrensregeln geschützten Zwecke sonst gefährdet werden. Das Gericht hätte deshalb von Amts wegen und auf eigene Initiative nur solche Klageänderungen zu verbieten, die die Verteidigungsmöglichkeiten des Beklagten gefährden oder die Möglichkeit des Gerichts, die Sache zu entscheiden.

Die absolute Auslegung des Klageänderungsverbots lässt sich meiner Auffassung nach in zweierlei Weise relativieren. Zunächst ist es möglich, die juristisch-technische Bedeutung der bei der Regelung des Klageänderungsverbots gebrauchten Begriffe stärker zu lockern. Eine solche Änderung hätte den Nachteil, dass man dann die von Ekelöf entwickelten und sehr präzisen Begriffsdefinitionen aufgeben müsste, mit denen die Klageänderungsverbote gut im Griff sind. Als zweite Alternative, die ich befürworte, könnte man sich neben der juristisch-technischen Auslegung dieser Begriffe eine auf den alltäglichen Bedeutungen der Begriffe beruhende teleologische oder finalistische Auslegung zu eigen machen. Das Gericht sollte eine erkannte Klageänderung nur dann von Amts wegen beanstanden, wenn die Änderung so wesentlich ist, dass die Verteidigung des Beklagten oder die Entscheidungsbereitschaft des Gerichts gefährdet wird. Dann würden die im Gesetz gebrauchten Begriffe »Sache« und »wesentlich gleicher Grund« zuerst in der juristisch-technischen Bedeutung ausgelegt werden und dann bei der finalistischen Auslegung in der alltäglichen Bedeutung.

5. ZUM ABSCHLUSS: DAS FINNISCHE PROZESSRECHT IM INTERNATIONALEN RAHMEN

Ich habe die wesentlichen Züge der sich verändernden Rolle des finnischen Richters der ersten Instanz dargestellt. Wie der Leser bemerken konnte, hat die Entwicklung des finnischen Prozessrechts viele Dimensionen. Ausser der langen und ereignisreichen nationalen Geschichte haben mehrere ausländische Rechtskulturen das finnische Prozessrecht beeinflusst. Der Einfluss des schwedischen und deutschen Rechts war am grössten. Ausserdem verfolgt man in Finnland die Entwicklung in den Common-law-Kulturen und die englischsprachige Diskussion.

Meine Entscheidungen wurden geleitet vom Begriffsapparat und der Theorie des finnischen Prozessrechts, die bezüglich der Rolle des Richters zur Untersuchung des schwedischen Prozessrechts und des mitteleuropäischen, vor al-

lem deutschen Rechts führten. Für das finnische Prozessrecht hat man auch früher Impulse aus Deutschland geholt, und in meiner Untersuchung kam der Einfluss aus derselben Richtung. Die Bedeutung der Wechselwirkung wird jedoch betont durch die Harmonisierungsentwicklung des europäischen Zivilprozessrechts im Rahmen der Europäischen Union, an welcher Entwicklung Finnland und Schweden jetzt teilnehmen können. Finnland kann in diesen Entwicklungsprozess auch etwas einbringen, wofür meine Untersuchung hoffentlich ein konstruktives Beispiel ist.

OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO

KKO 1954 II 54	s. 237	KKO 1990 1	s. 218
KKO 1972 II 20	s. 230, 231	KKO 1990 83	s. 220, 230, 234
KKO 1975 II 37	s. 219	KKO 1990 148	s. 148, 218, 237
KKO 1982 II 61	s. 219, 220	KKO 1991 84	s. 98
KKO 1982 II 126	s. 245	KKO 1992 12	s. 148, 218, 245
KKO 1982 II 163	s. 245	KKO 1992 73	s. 98, 268
KKO 1983 II 11	s. 245	KKO 1992 133	s. 11, 228, 230, 231, 234, 308
KKO 1983 II 55	s. 220, 229, 230, 231, 234	KKO 1992 140	s. 98
KKO 1984 II 115	s. 246	KKO 1993 57	s. 238, 259
KKO 1985 II 24	s. 309	KKO 1993 89	s. 148, 219, 237
KKO 1985 II 44	s. 245	KKO 1993 98	s. 258
KKO 1987 25	s. 245	KKO 1995 53	s. 153
KKO 1987 29	s. 220, 229		
KKO 1988 27	s. 12, 137, 165	Helsingin HO S 1986/931	s. 218
KKO 1988 28	s. 137, 165	Vaasan HO S 1986/145	s. 218
KKO 1988 37	s. 163, 230	Vaasan HO T: 238/87	s. 9
KKO 1989 105	s. 245	Rovaniemen HO 145/95	s. 104
KKO 1989 152	s. 274		

ASIAHAKEMISTO

Absoluuttinen prosessioikeus 99, 236, 304 ss.
 Abstrakti tosiseikasto ks. tunnusmerkistö
 AGO ks. Preussin prosessioikeus
 Apud judicem -menettely ks. roomalainen oikeus
 Arvoperiaate 15 ss.
 Asia (OK 14:2.3) 228, 234, 235 alav. 93
 Asiakysymys 145 ss., 149, 150, 158, 165, 177, 259
 Asianajajakapako 46, 63–64
 Asian hahmottaminen 2, 115, 118, 126 ss.
 Asianosaisautonomia 88
 Asianosaistoimintoisuus 23, 34, 51, 52, 53, 57, 64, 88, 310
 Asiantuntija 172, 273
 – ks. oikeustieteellinen asiantuntija
 Asiaväite 133, 144

 CJP ks. Preussin prosessioikeus
 Cognito ks. roomalainen oikeus
 Corpus juris civilis ks. roomalainen oikeus

 Da mihi factum, dabo tibi ius ks. pandekti-oikeus
 Dupliikki 43, 45, 147

 Edikti 39, 42
 Epätäydellinen vetoaminen ks. vetoaminen
 Erimielisyys 2, 128–129
 Erityistapaus 180
 – ks. teleologinen metodi
 Esiintuomisperiaate 54, 56
 Esitystekninen merkitys 5, 27, 84, 115
 – ks. periaate
 Esiymmärrys 28, 162, 175 ss., 252 ss.

 Formula ks. roomalainen oikeus
 Funktionaalinen malli ks. malli

Handlingsdirigering ks. käyttäytymistä ohjaava tavoite
 Henkilökohtaiset tiedot ks. tuomarin henkilökohtaiset tiedot
 Heuristinen tarkastelu 27, 29, 31, 120 ss., 144, 185
 Heuristinen malli ks. malli
 Humanisoimispyrkimys (siviiliprosessin) 89

 Identiteettikriteeri 116, 181 alav. 71, 228, 232
 Individualisoimisteoria 112 ss., 229 alav. 66
 Informaatiolähde (oikeudellinen) 145, 187 ss., 276
 Informaatiosuhde ks. tehtävien jako
 Informatiivinen prosessinjohto 200, 222, 240, 254, 278 ss.
 In jure -menettely ks. roomalainen oikeus
 Institutionaalinen fakta 132, 151 ss.
 Institutionaalinen tuki 28, 201
 Integraatio (Euroopan) 98
 Intentionaalinen selittäminen 123 ss.
 Intressien valvonta 99, 204–205, 208, 307 ss.
 Itävallan prosessioikeus 78 ss., 96
 Iudex 40

 Jura novit curia -periaate 22, 24, 78, 156, 169, 202, 229, 262 ss., 265, 267, 270
 Juridis-tekninen merkitys 5, 115 ss., 128, 235 alav. 93
 Justifiointi ks. ratkaisun perusteleminen

 Kanoninen oikeus 44 ss.
 Kanteenmuutoskielto 222 ss., 232, 234, 244
 Kanteen peruste ks. vaatimuksen peruste
 Keksminen ks. ratkaisun keksminen
 Kiistäminen 132, 219
 Kiistämisen peruste ks. vaatimuksen peruste
 Kiistämistaakka 261

- Kokemussääntö 162, 172 ss., 251
 Kokonaisharkinta 183
 Kokonaisuudistus 66, 96 ss.
 Konfliktlösning ks. riidanratkaisutavoite
 Konkreettinen tosiseikka ks. seikka
 Konteksti 115, 183
 – ks. teleologinen tulkinta
 Kontradiktorinen periaate 100, 170, 200 alav.
 46, 201 alav. 48, 219, 277, 281
 Kuittausväite 7, 137, 148
 Kuvaileva malli ks. malli
 Kyselyoikeus 25, 92
 Käsittelymenetelmä 57, 63, 80, 87, 97, 209
 Käsittelyperiaate 49, 52, 54, 57, 60, 63, 75,
 76, 79, 84 ss., 86–87, 94, 97, 149, 169, 206,
 305
 Käyttäytymistä ohjaava tavoite ks. lainkäytön
 tavoitteet
 Lainkäytön tavoitteet
 – käyttäytymisen ohjaaminen 19, 70–71, 78,
 89, 102, 170, 180, 197, 205, 222, 242, 252,
 266, 289 ss., 293, 298, 302
 – riidanratkaisu 37, 65, 78, 266, 290, 293,
 296
 – tavoitteet 14 ss., 17, 18 ss.
 Lakisidonnaisuuden periaate 264
 Legis actio ks. roomalainen oikeus
 Liberalistinen prosessikäsitely ks. prosessikä-
 sitely
 Lisävaatimus 220
 Maakuntalaki 95
 Maanlaki 95
 Malli
 – funktionaalinen malli 108
 – heuristinen malli 119 ss., 124
 – kuvaileva malli 107
 – normatiivinen malli 107
 Menettelyperiaatteet
 – heuristisina periaatteina 27 ss.
 – hyväksyttävyys ja tehokkuus 32
 – määritelmä ja merkitys 22 ss., 31 ss., 305,
 309
 – normatiivisessa viitekehyksessä 20 ss.
 – punninta ks. periaate
 – systemaattisina periaatteina 24, 52, 56, 79,
 81–82
 – yleistyksinä lain säännöistä 26 ss., 83–84,
 87
 Muodollinen peruste 103, 239, 310
 Muodollinen prosessinjohto 23–24, 277
 Myöntäminen 103, 132, 219, 237 ss., 269
 Määrämuotoisuus ks. absoluuttinen prosessi-
 oikeus
 Määräämismahdollisuus 214, 255, 280
 Määräämisperiaate 10, 47, 49, 51–52, 53, 55,
 57, 60, 62, 80, 84 ss., 88, 94, 169, 206, 214,
 239, 305
 Ne bis in idem 5, 219, 236
 Ne eat judex ultra petita partium -sääntö ks.
 pandektioikeus
 Nemo judex sine actore -sääntö ks. pandek-
 tioikeus
 Neuvontavelvollisuus 92, 278
 Normatiivinen malli ks. malli
 Näyttökysymys 146
 – ks. asiakysymys
 Näyttöväite 133, 144
 Objektiivinen väittämistaakka 245, 250
 Ohjenuora ks. optimointikäsky
 Oikeudellinen informaatiolähde ks. informaa-
 tiolähde
 Oikeudenkäynnin ulkoinen kulku 23, 51–53,
 57, 64, 104, 193
 Oikeudenkäyntikulut 275 alav. 64
 Oikeudenmukainen oikeudenkäynti 92, 98,
 202
 Oikeuskeskustelu 99, 202, 209, 283, 303
 Oikeuskysymys 12, 77–78, 139, 145, 147,
 153, 158, 162, 164, 177, 259, 262, 271
 Oikeuslähdeoppi 185
 Oikeusseuraamus 115, 136, 146, 217, 228
 Oikeussuhde 19, 129, 233
 Oikeussuojapyyntö 60, 65
 Oikeustieteellinen asiantuntija 274 ss.
 Oikeustosiseikka ks. seikka
 Oikeusvarmuus 196, 217
 Oikeusvoimavaikutus ks. ne bis in idem
 Oikeusväite 133
 Optimointikäsky ks. periaate
 Pandektioikeus 38, 46, 76
 – da mihi factum, dabo tibi ius 47, 150, 268
 – ne eat judex ultra petita partium 47, 216,
 269

- *nemo iudex sine actore* 47, 65, 216
- *quod non est in actis, non est in mundo* 47, 253
- Passiivisuussääntö 61 ss., 65 ss., 77, 105, 192
- Periaate
 - ks. menettelyperiaate
 - normatiivisessa viitekehityksessä 17, 20 ss.
 - optimointikäskynä 27, 31, 34
 - punninta 33, 309
 - *prima facie* -periaate 33
 - voimassaolo 31
- Perusoikeus 97
 - ks. oikeudenmukainen oikeudenkäynti
- Peruste ks. vaatimuksen peruste
- Perusteleminen ks. ratkaisun perusteleminen
- Preklusio 199, 235
- Preussin prosessioikeus 38, 49, 72 ss. 118
- Prima facie* ks. periaate
- Prosessikäsitys
 - liberalistinen prosessikäsitys 35–36, 37, 58, 103, 117
 - normatiivisena viitekehityksenä 2, 14, 19 ss.
 - sosiaalinen prosessikäsitys 69, 72, 93, 95, 96, 203, 304, 311
- Prosessinjohto ks. tuomarin prosessinjohto
- Prosessin kohde 4 ss., 55 ss., 109 ss., 114
- Prosessioikeuden uudistushankkeet ks. kokonaisuudistus
- Prosessitoimi 122, 133, 194 ss., 242, 261
- Punninta 33, 267, 309
 - ks. periaate
- Puolueettomuus ks. tuomarin puolueettomuus
- Pääasiavaatimus 223, 227, 239
- Quod non est in actis, non est in mundo* ks. pandektioikeus
- Ratkaisumalli 3, 108 ss., 118 alav. 70, 285, 288, 305
- Ratkaisun keksiminen 120, 158, 179, 185, 265
- Ratkaisun perusteleminen 120, 143, 162, 179, 184, 198, 265
- Ratkaisupakko 121, 159, 176, 196 ss., 267
- Recht auf rechtliches Gehör* 202, 282
- Rekvisiitta ks. tunnusmerkistö
- Repliikki 43, 45, 147
- Riidan kohde 2, 4 ss., 39, 51, 53, 55 ss., 61, 115, 119, 122, 135, 195, 217 ss.
- Riidanratkaisutavoite ks. lainkäytön tavoitteet
- Riippumattomuus ks. tuomarin riippumattomuus
- Rooliperiaate 23
- Roomalainen oikeus 38 ss., 72
 - *apud iudicem* -menettely 39–40, 42
 - *cognitio* 42, 45
 - *corpus juris civilis* 38
 - formula 41
 - *in iure* -menettely 39–40, 42
 - *legis actio* 40, 307
- Rutiiniasia 184, 298
- Sanktoteoria ks. käyttäytymistä ohjaava tavoite
- Seikka 114, 115, 126 ss., 130, 131, 133, 143
 - konkreettinen tosiseikka 52, 54, 63, 113, 127, 131, 140, 158, 227, 233, 243
 - oikeustositseikka 115, 127–128, 135–136, 152, 168, 195, 243, 247 ss., 250, 257
 - todistustositseikka 135
- Selvittämistavoite (-intressi) 8, 70, 102, 135, 142, 157, 163, 193 ss., 197, 220 ss., 253
- Selvä tapaus 180
 - ks. teleologinen metodi
- Sidotun ratkaisun idea 117 ss., 136, 157
- Sosiaalinen kompensatio 204, 212, 304
- Sosiaalinen prosessikäsitys ks. prosessikäsitys
- Sovinto 285 ss.
 - ratkaisuna 286
 - sovintoehdotus 288, 292 ss., 297 ss.
 - sovintoneuvottelu 287 ss.
 - sovintoon ohjaaminen 294 ss.
 - sovintopyrkimys 285, 287–288, 289 ss.
- Subjekttiivinen väittämistaakka 245, 250
- Subsumptio 77, 109, 118–119, 138, 142, 155 ss., 158 ss., 163 ss., 176, 179
- Subsumptiofakta 147
- Suljetun systeemin idea 117
- Suullinen menettely 90, 122, 156
- Suullis-pöytäkirjallinen menettely 122, 155, 199
- Säännöt 18, 29 ss.
- Tapahtumien kulku ks. seikka
- Tausta-aineisto 128 alav. 15, 167, 257
- Tavoite ks. lainkäytön tavoitteet
- Tavoiteperiaate 15

- Tehtävien jako 61, 105–106, 170, 193, 195, 198 ss., 213, 254, 311
 Teleologinen metodi 103, 115, 179 ss.
 Todistaminen ks. ratkaisun perusteleminen
 Todistustositseikka ks. seikka
 Tositseikka ks. seikka
 Tulkinta 179
 Tulkintafakta 147, 179, 272 alav. 54–55
 Tunnusmerkistö 136–137, 158, 162
 Tunnustaminen 63, 149, 256 ss., 269
 Tuomarin henkilökohtaiset tiedot 47, 251 ss.
 Tuomarin prosessinjohto 2, 63, 68, 72, 74, 77–79, 80, 83, 98, 100, 104–105, 123, 196, 199 ss., 207, 218 ss., 247 ss., 304
 Tuomarin puolueettomuus 67, 248, 252, 299 ss.
 Tuomarin (tuomioistuimen) riippumattomuus 65, 264
 Tutkintaperiaate 49, 52, 54, 74, 76 ss., 84, 86, 210, 305
 Työnjako ks. tehtävien jako
 Täydellisyysperiaate 45, 75
 Vaatimistaakka 47, 103, 192, 216 ss., 235
 Vaatimuksen peruste 2, 10, 104, 131–132, 219, 227, 243
 – ks. seikka, näyttöväite, oikeusväite, vastatositseikka
 Vaatimus 2, 9, 47, 104, 113, 115, 126, 131, 132, 139, 145, 216, 218, 220, 223
 Vaihtoehtoinen peruste 248
 Vaihtoehtoinen vaatimus 220–221, 226
 Valeprosessi 199, 242, 260
 Vapaat tapahtumien kulut 233
 Vapausoikeus 15–16, 48, 51, 58, 98
 – ks. yksityisautonomia
 Vastatositseikka 133, 144, 164, 240, 248
 Vastuunjako 61, 103, 169, 192 ss., 198, 213, 254, 310
 Vetoaminen 133, 149, 244–245, 247, 255
 Virallisperiaate 52, 53, 79 ss., 84, 86, 305
 Virallistoimintaisuus 22, 34, 51–52, 53, 86, 88, 307
 Vireilläolovaikutus ks. ne bis in idem
 Väittämistaakka 63, 103, 128, 132, 133, 158, 195, 235, 244 ss., 250, 252
 Vuorovaikutus ks. subsumptio
 Yhdenvertaisuus 34, 62, 66, 78, 99, 204, 208, 302, 307
 Yhteistoimintaperiaate
 – institutionaalinen tuki 201 ss.
 – kehitys 89 ss.
 – käsite 92, 209
 – oikeuskysymyksissä 277 ss.
 – osana integraatiota 99
 – relevanssi 208, 303, 311
 Yksinkertaistamis uudistus 90 ss.
 Yksityisautonomia 58 ss., 64, 206, 217, 305
 Yllättävät ratkaisut 125, 202, 253, 281 ss.