

TOIVO MIKAEL
KIVIMÄKI

1886 · 5 · 6 · 1956

Juhlajulkaisu

SUOMALAINEN LAKIMIESYHDISTYS

TÄTÄ JULKAISUA ON PAINETTU
1400 NUMEROIMATONTA JA 100
NUMEROITUA KAPPALETTA



ISBN 978-951-855-880-7 (PDF)

SUOMALAISEN
LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA
C-SARJA N:o 4

TOIVO MIKAEL KIVIMÄKI

Juhlajulkaisu

TOIMITUSKUNTA

AARNE REKOLA

A. R. HEIKONEN A. K. IKKALA

REINO ERMA

Bruno A. Salmiala

Oikeusvarmuus ja vapaa todistusten harkinta nykyisessä prosessimenettelyssämme erittäinkin rikosasioita silmällä pitäen

Vuoden 1734 lain OK 17 luvun todistamista koskevat säännökset rakentuivat, kuten tunnettua, oleellisesti legaalisen todistusteorian periaatteille. Ilmauksena tästä teoriasta olivat mm. säännökset todistustaa-kan jaosta (OK 17 luv. 33 §), todistajan esteistä (OK 17 luv. 7 §) ja todistajain kertomuksen merkityksestä (OK 17 luv. 29 §). Legaalisen todistusteorian mukaisten periaatteiden omaksuminen vanhemmassa prosessilainsäädännössä johtui lainsäätäjän tarkoituksesta saada sen kautta turvatuksi totuus oikeudenkäynnissä. Kyllä legaalisen todistusteorian omaksuneet lainsäätäjätkin ovat olleet täysin tietoisia niistä monista heikkouksista, jotka liittyvät sanottuun teoriaan. Mutta he ovat olleet tietoisia myös niistä vaaroista, jotka aiheutuvat legaalisen todistusteorian syrjäyttämisestä. He ovat ratkaisseet ristiriidan vertaamalla niitä haittoja, jotka aiheutuvat legaalisen todistusteorian soveltamisesta, niihin vaaroihin, oikeusvarmuutta silmällä pitäen, jotka syntyvät sanotun teorian vastaisten periaatteiden soveltamisesta. Tässä arvioinnissa he ovat ennen kaikkea ottaneet realistisesti huomioon, että paraskin tuomari on aina samanlainen ihminen kuin muutkin, ihmisen persoonaan säännön mukaan liittyvine rajoituksineen ja heikkouksineen, antipatioineen ja sympatioineen, ennakkokäsityksineen jne. He ovat rakentaneet todistajana kuultavan henkilön todistuksen luotetta-

vuusarvostelun kokemusperäiselle pohjalle, joka kiistämättömästi osoittaa, että mm. viha, veriheimolaisuus, taloudellisten tai muitten etujen yhteisyys jne. tekevät varsin usein — ehkä todellisuudessa useimmiten — asianomaisen sekä kyvyn että tahdon esittää asiat objektiivisesti sangen kyseenalaiseksi. Realistisesti harkiten ovat legaalisen todistus-teorian kannattajat aikoinaan katsoneet, että oikeusvarmuutta silmällä pitäen sanotun teorian soveltamisesta aiheutuvat edut ovat sen mukanaan tuomia haittoja suuremmat ja että viimeksimainitut ovat joka tapauksessa pienemmät kuin ne vaarat, mitkä syntyvät oikeusvarmuudelle siitä, että legaalinen todistusteoria hyljätään. Nykyajan prosessualisti ja lainsäätäjä on tietenkin tietoinen siitä, että vuoden 1734 lain legaaliseen todistusteoriaan sidottuja säännöksiä ei semmoisinaan enää voida hyväksyä. Mutta sen sijaan voitaneen olla vakaasti eri mieltä siitä, missä määrin ja ennen kaikkea millä edellytyksillä niistä voidaan luopua vaarantamatta oikeusvarmuutta.¹

Vuoden 1734 lain OK 17 luv. 33 §:ssä oli säädetty todistustaakan jaosta: »Kantajan tulee laillisesti näyttää kanteensa toteen, muuten olkoon vastaaja vapaa. Jos vastaaja tuopi esiin jonkin asianhaaran sillä itseään puolustaaksensa, tulee hänenkin vahvistaa se todistuksella». Kun Ruotsissa säädettiin uusi oikeudenkäymiskaari 18 p:nä heinäk. 1942 ei siihen enää otettu säännöstä todistustaakan jaosta. Prosessikommis-sion mietinnössä vuodelta 1926 lausuttiin: »Endast genom att behandla alla olika privaträttsliga rättsförhållanden och undersöka de olika lägen som i tvister om dem kunna uppkomma, kan en uttömmande redogörelse för frågan om bevisbördans fördelning åvägbringas. — Det torde enligt processkommissionens mening ej föreligga skäl att i lag bibehålla en dylik allmänt hållen regel om bevisbördans fördelning och att söka giva mera ingående regler skulleva helt säkert vara fruktlöst».²

¹ Englannissakaan ei ole katsottu voitavan hyväksyä täydellistä vapautta todistusten esittämisen ja harkinnan suhteen. *Theodor Petersen* huomauttaa teoksessaan *Retsliv og Retspleje i England* (s. 117): »Den almindelige tillid til domstolene menes nemlig for en stor del at have sin årsag i de barrierer for bevisfriheden, som domstolene har sat». Ks. tarkemmin main. teos, s. 116 ss.

² Processkommissionens betänkande angående rättegångsväsendets ombildning III, s. 143.

Tämän käsityksen hyväksyi, kuten sanottu, Ruotsin vuoden 1942 oikeudenkäymiskaaren säätäjä.

Meillä Suomessa sen sijaan päädyttiin toiseen tulokseen. Heinäk. 7 p:nä 1942 ann. lailla uudistettuun OK 17 lukuun otettiin 1 §:ään seuraavat todistustaakan jakoa koskevat yleiset säännökset: »Riita-asiassa kantajan tulee näyttää toteen ne seikat, jotka tukevat kannetta. Jos vastaa-ja edukseen tuo esiin jonkin seikan, on hänenkin vahvistettava se todisteilla. Rikosasiassa kantajan tulee näyttää toteen ne seikat, joihin hänen vaatimuksensa nojautuu».³

On tyydytyksellä todettava, että OK 17 luv. 1 §:n säännökset todistustaakan jaosta saatiin hyväksytyksi lakiin. Erityisesti on tämä lausuttava sen johdosta, että säännökset nyt selvästi koskevat myös rikosprosessia.

Säännöksien hyväksymistä vastaan on meilläkin esitetty ne samat jo edellä mainitut syyt, mitkä Ruotsin prosessikomissioni toi esille mietinnössään. Lisäksi on katsottu, että nuo lakiin otetut yleissäännökset itsestään selvinä ovat muka tarpeettomia.⁴ Mitä viimeksisanottuun väitteeseen tulee, niin käytäntö on valitettavasti osoittanut, että ns. itsestään selviä oikeusperiaatteita, johon kansalaiset voisivat oikeusturvan saamiseksi nojata, vaikkei niitä ole laissa julkilausuttukaan, ei ole olemassa taikka että niitä ei ainakaan aina tunnusteta olemassa oleviksi tai sito-

³ Vuonna 1908 julkaistu komitean ehdotus oli sillä kannalla, että vuoden 1734 lain OK 17 luv. 33 §:n mukainen säännös oli lakiin otettava. Se sisällytettiin komitean ehdotuksen 108 §:ään. Samalle periaatteelliselle kannalle asetettiin lainvalmistelukunnan ehdotuksessa riita-asiain oikeudenkäyntilaiksi vuodelta 1909 (110 §) ja niin ikään professori *Granfelt'in* vuonna 1925 julkaistussa ehdotuksessa riita-asiain oikeudenkäyntilaiksi (8 luv. 1 §) sekä lainvalmistelukunnan ehdotuksissa vuodelta 1927 (87 §) ja 1937 (88 §). Toiselle kannalle oli asetettu vuonna 1933 annetussa hallituksen esityksessä laiksi OK:n eräiden kohtien mm. 17 luvun muuttamisesta. Siinä, ilmeisesti Ruotsin prosessikomitean mietinnön vaikutuksesta, oli katsottu tarpeettomaksi todistustaakan jakoa koskevien säännösten ottaminen lakiin. Korkein oikeus esitti ehdotuksesta antamassaan lausunnossa kuitenkin, että yleissäännös todistustaakan jaosta olisi otettava lakiin. Vuoden 1939 luonnos hallituksen esitykseksi oikeudenkäyntilaitoksen uudistamisesta oli kuitenkin samalla kannalla kuin vuoden 1933 esitys. Siinä hallituksen esityksessä, joka johti edellä mainittuun vuoden 1948 lakiin OK 17 luv. muuttamisesta, oli jälleen todistustaakan jakoa koskeva yleissäännös (1 §). Se hyväksyttiin lakiin huolimatta sitä vastaan tehdyistä huomautuksista.

viksi. Ankara todellisuus on monasti antanut ymmärtää, että oikeusperiaatteisiin voidaan varmimmin nojata vain silloin, kun ne on selvästi laissa esille tuodut — eikä silloinkaan aina menestyksellisesti. Kansalaisten oikeussuojan turvaaminen vaatii nykyisin ehdottomasti, että kansalaisten oikeussuojaa koskevat oikeusperiaatteet ovat »lailla kiinni naulattavat», jotta niillä voidaan katsoa olevan jotain käytännöllistä merkitystä.

Se seikka, että yksityiskohtaisten säännösten laatiminen on käytännöllisesti ylivoimainen tehtävä, ei ole pätevä syy itse pääperiaatteen sisältävän säännöksen poisjättämiselle laista. Elävä elämä vaatii yleensä aina lainsäädännön tulkintaa, jotta sen soveltaminen olisi mahdollista niihin lukemattomiin erilaisiin tapauksiin, joita arkinen todellisuus aina synnyttää. Kunhan pääperiaate on laissa selvästi mainittu, tarjoaa tulkinta säännöllisesti keinon ja mahdollisuuden sen soveltamiselle erilaisiin yksityistapauksiin.⁴

Oikeusvarmuuden kannalta on tulevaisuutta silmällä pitäen varsin arveluttavaa, että lainopillisessa kirjallisuudessa yhä useammin tuodaan esille ajatuksia, että jonkin oikeusvarmuuden kannalta merkityksellisen kysymyksen ratkaisu, josta aikaisemmassa lainsäädännössä on ollut nimellinen säännös, olisi jätettävä tuomarin tai jonkun muun viranomaisen harkinnasta riippuvaksi. Jos tuomari tai muu viranomainen todellisessa elämässä vastaisivat sitä ihannetta, minkä voimme mielesämme luoda silloin kun ajattelemme häntä esikuvallisena, niin voisi tällainen järjestely olla onnellinen eikä aiheuttaisi mitään oikeusvaaraa. Mutta todellisuus varoittaa lähtemästä tälle tielle, jolla kansalaisten laki-

⁴ Eräät tutkijat ovat esittäneet sen käsityksen, että legaalisen todistusteorian hylkääminen on tehnyt samalla todistustaakan jakamista koskevat säännökset tarpeettomiksi ja että kysymys siitä, kenelle todistustaakka kuuluu, on ratkaistava kussakin yksityistapauksessa erittäin siinä kulloinkin vallitsevien olosuhteitten mukaan. Ratkaisu ts. riippuisi tuomarin harkinnasta in concreto. Tällainen on esim. *Boldingin* esittämä ns. »överbiktsprincipen». (*P. O. Bolding: Bevisbördan och den juridiska tekniken*, s. 92 ss.) Ks. tarkemmin esitystä tämän teorian johdosta teoksessa *Jouko Halila: Todistustakaan jaosta*, s. 58 ss.

Tirkkonen huomauttaa: »Vapaa todisteiden harkinta ei — — — merkitse sitä, että todistamisvelvollisuutta koskevat säännökset kävisivät käytännössä tarpeettomiksi.» *Uusi todistuslainsäädäntö*, s. 24.

sääteinen oikeusvarmuus jätetään viranomaisten — vaikkapa sitten tuomarienkkin — ehdon vallan ja harkinnan varaan. Silloin on vaara tarjolla, että kansalaisten oikeusturva jää todellisuudessa mielivallan varaan. Nykyaikaisella ns. valistuneella yhteiskunnalla on suuri taipumus de facto ignoroida yksilön persoonallisuus, oikeudet ja vapaus — kaikesta sanahelinästä huolimatta, jolla, kuten joskus näyttää, ikään kuin yritetään salata se mitä todellisuudessa tapahtuu. Valitettavasti käsitteet sosiaalisuus ja oikeellisuus eivät ns. peitä toisiaan. Puutteellinenkin ja tulkinnan varainen lakisääteinen oikeussuoja on yksilölle verrattomasti parempi kuin kokonaan harkinnan varainen.

Vuoden 1948 lain tekemistä muutoksista vuoden 1734 lain OK 17 lukuun oli käytännöllisesti katsoen merkityksellisin todistajan esteellisyyttä koskevien säännösten muuttaminen, huomioon ottaen, että samalla omaksuttiin oikeudenkäynnissä esitettävän todistusaineiston arvostamiseen nähden vapaa todistusteoria koko laajuudessaan.

Uuden lainsäädännön mukaan voidaan jokaista muuta paitsi jutun asianosaista tai sitä, joka on ollut siinä asianosaisena, kuulustella todistajana. Rikosasiassa ei asianomistajaa kuitenkaan voida kuulustella todistajana silloinkaan, kun hän ei käytä puhevaltaa eikä myöskään sitä, joka jo on tuomittu rangaistukseen samasta rikoksesta, tai jonka hyväksi tai jota vastaan annettava tuomio tulee voimaan, niinkuin se olisi annettu oikeudenkäynnissä, jossa hän on ollut asianomistajana (17 luv. 18 §). Alkuperäisen OK:n absoluuttisetkaan jäävit eivät enää ole millään kohdalla voimassa, vaan voi oikeus vapaan harkintansa mukaan kuulustella todistajana 15-vuotta nuorempaa ja henkisesti vaja-vaistakin samoin kuin kansalaisluottamusta vailla olevaakin (17 luv. 21 §). Kaikki ns. relatiiviset jäävit ovat lakanneet olemasta voimassa, joten esim. läheinen sukulaisuus tai lankous, ilmeinen vihamielisyys, odotettavissa oleva suurikin hyöty tai vahinko eivät ole esteinä henkilön kuulemiselle todistajana.

Vuoden 1948 laki antaa siis tuomarille legaalisin säännöin rajoittamattoman vallan vapaan harkintansa mukaan arvioida ja punnita todistajana kuulustellun henkilön todistuksen todistusvoiman. Mitään minimivaatimusta ei laki aseta todistusten määrään nähden, jotta jokin

seikka saadaan katsoa selvitetynksi.⁵ Vaikka asetuttaisiinkin sille periaatteelliselle kannalle, että vapaan todistusteorian vallitessa — kuten *Tirkkonen* lausuu⁶ — on pääsäännöksi asetettava, että ainoastaan täysi näyttö käy riittävästä näytöstä, niin se ei suinkaan poista vapaan todistusteorian tuomarille suomaa periaatteellisesti ja tosiasiallisesti rajatonta valtaa todistusten todistusarvon punnitsemisessa ja mittaamisessa, koska ydinkysymykseksi jää edelleen, mikä on katsottava täydeksi todistukseksi ja vastaus tähän kysymykseen riippuu tuomarin vapaasta harkinnasta in casu.⁷ Tietenkin on selvää, ettei tuomari ole tällöinkään oikeutettu arvioimisessaan toimimaan mielivaltaisesti. Vapaan todistusharkinnan soveltaminen ei merkitse, kuten Ruotsin prosessikomissionin mietinnössä korostetusti lausutaan, »att domarens godtycke blivit satt i de äldre reglernas ställe eller att domaren skall kunna grunda sin dom på ett instinktivt försanthållande. Meningen är, att domaren, med noggrant beaktande och överbäggande av allt vad i målet förekommit, skall söka bilda sig en objektivt giltig övertygelse om vad som är sant».⁸ Mutta vaikka lähdetäänkin tässä sitaatissa esitetyltä pohjalta, niin tosiasialliseksi lopputulokseksi tulee muodostumaan, että todistuksen arvon määrittäminen jää riippumaan tuomarin vapaasta harkinnasta eli ts. hänen subjektiivisesta käsityksestään, joka määräytyy mm. hänen tunteitensa, antipatiojensa ja sympatiojensa, sekä ennakkoluulojensa samoin kuin hänen psykologisen asiantuntemuksensa tai asiantuntemattomuutensa ja ennen kaikkea hänen intelligenssinsä mukaan. Rajat ovat todistuksien arvoa ja merkitystä vapaasti harkittaessa eri yksilöitä silmällä pitäen ainakin monessa tapauksessa kuvaannollisesti puhuen yhtä laajaa kuin aavan valtameren rannat.

Kokemukset alioikeuksista siltä lyhyeltä ajalta, jonka uusi todistuslainsäädäntömme on ollut voimassa, tarjoavat jo verraten runsaasti ai-

⁵ *Tauno Tirkkonen*: Uusi todistuslainsäädäntö, s. 24.

⁶ Esim. Englannissa ei ainakaan määrätyissä tapauksissa voida ketään tuomita vain yhden todistajan todistuksen perusteella. Sylliseksi tuomitseminen edellyttää ehdottomasti syyllisyyteen nähden »no resonable doubt». Ks. *Th. Petersen*: Retsliv og Retspleje i England, s. 103.

⁷ *Tirkkonen*: Uusi todistuslainsäädäntö, s. 25.

⁸ Ed. m. Processkommissionens betänkande III, s. 141 s.

hetta arvostelulle vapaan todistusharkinnan eduista ja varjopuolista. Minulla on se käsitys, että alioikeuksien vapaaseen harkintaan nojautuvat arvioinnit todistusten luotettavuudesta ja merkityksestä ovat useasti olleet yllättäviä ja arvoituksellisia. Monesti on hämmästyneinä saatu kuulla, kun tuomioistuimen puheenjohtaja on ilman enempiä perusteluja julistanut, että oikeus katsoo selvitetynksi, että asia on niin ja niin, vaikka todistukset sanotun asianlaidan puolesta ovat olleet hyvin hatarat.

Eräs kaikkein arveluttavimpia piirteitä tuomioistuinten asennoitumisessa todistusten arvoa harkittaessa on, että sellaistenkin henkilöiden todistuksille annetaan hyvin usein täysi arvo, jotka siinä tapauksessa, että he eivät todistaisi niin kuin todistavat, voisivat itse joutua syytteen rikoksesta tai ainakin vahingonkorvausvelvollisiksi. Monesti on vain tällaisten todistusten perusteella syytetty tuomittu häpeällisestäkin rikoksesta. Niin ikään on usein unohdettu tuo vanha oikeusperiaate *in dubio pro reo* ja tuomittu liian heikoilla perusteilla. Syytetyn menneisyys on monesti katsottu seikaksi, jonka perusteella on tingitty siitä oikeusvaltion perusperiaatista, että syyte on aina näytettävä toteen ennen kuin syytetty voidaan syylliseksi tuomita.

Vapaaseen todistusten harkintaan, sellaisena kuin se nykyisin ilmenee monissa alioikeuksissamme, liittyvän oikeusvaaran valaisemiseksi pyydän saada lyhyesti selostaa pari oikeustapausta.

1. Virallinen syyttäjä vaati RO:ssa rangaistusta kultaseppä O. R. S:lle siitä, että tämä oli, kuten syyttäjä väitti, 12/8 1949 anastanut H. A:lle kuuluneen polkupyörän Munkkiniemen pallokentän polkupyörätelineestä. Oikeudelle esitetystä rikosrekisteriotteista ilmeni, että O. R. S. oli aikaisemmin tuomittu RL 36 luv. 1 §:n nojalla petoksesta 6 kuukaudeksi vankeuteen, mikä rangaistus oli armahdustoitse muutettu ehdolliseksi.

RO:lle jätetystä poliisikuulustelupöytäkirjasta kävi selville, että asianomistaja H. A. oli kertonut seuraavan: Hän oli 12/8 1949 pannut polkupyöränsä edellä mainittuun telineeseen, josta se oli samana päivänä kadonnut. 22/8 1949 oli hän saanut kuulla, että rouva M. H. ajeli samanlaisella polkupyörällä, joka häneltä oli anastettu. Otettuaan yhteyden rouva M.

H:in oli hän todennut, että M. H:lla ollut pyörä oli juuri se, joka oli häneltä anastettu. M. H. oli kertonut hänelle ostaneensa sen aikaisemmin tuntemaltaan kultaseppä O. R. S:ltä 14 000 markalla. Sitten toimitetussa poliisikuulustelussa oli M. H. samalla tavoin kertonut ostaneensa ko. polkupyörän edellä mainitusta hinnasta O. R. S:ltä tämän eräänä päivänä tullessa kauppaamaan sitä hänelle. M. H:n lanko O. R. L. oli poliisikuulustelussa lisäksi kertonut, että M. H. oli hänelle maininnut ostaneensa polkupyörän O. R. S:ltä, mutta, että hän oli joutunut antamaan sen pois, koska se oli todettu varastetuksi.

O. R. S., joka oli vangittuna oikeudessa, väitti, ettei hän ollut varastanut polkupyörää ja ettei hän myöskään ollut koskaan myynyt mitään polkupyörää M. H:lle.

RO:ssa toistivat A. H. ja M. H. asianomistajina poliisikuulustelussa esittämänsä kertomukset. M. H:n lanko O. R. L. kertoi todistajana sen, mitä hän oli edellä esitetyn mukaan maininnut poliisikuulustelussa.

Kun asiaa seuraavan kerran käsiteltiin RO:ssa, esitti virallinen syyttäjä lisäksi Norrköpingin kaupungin poliisilaitoksella laaditun kuulustelupöytäkirjan, josta selvisi, että opiskelija L. G., jonka kuulustamista oli Suomesta pyydetty, oli kertonut olleensa saapuvilla siinä tilaisuudessa, jossa M. H. oli ostanut ko. polkupyörän O. R. S:ltä, joka oli tullut tarjoamaan sitä ostettavaksi. Syytetty O. R. S. kiisti puolestaan edelleen jyrkästi syyllisyytensä ja väitti, että hän ei varkauden tapahtuessa edes ollut Munkkiniemessä. Hän esitti kolmen Ruotsissa silloin oleskelleen henkilön C. D:n, J. D:n ja A. S:n valahtoisen todistuksen siitä, että hän oli koko sen päivän, jolloin anastus oli tapahtunut, ollut sanottujen henkilöiden seurassa ja pyysi saada kuulustella näitä henkilöitä valallisesti Tukholman raastuvanoikeudessa.

RO katsoi 30/11 1951 julistamassaan päätöksessä, ettei pyydettyyn todistajain kuulusteluun voitu suostua sekä että esitetty aineisto riitti todistamaan O. R. S:n syylliseksi väitettyyn rikokseen, minkä vuoksi O. R. S. tuomittiin RL 28 luv. 1 §:n mukaan varkaudesta viideksi kuukaudeksi vankeuteen samalla kuin aikaisempi ehdollinen rangaistus määrättiin täytäntöönpantavaksi.

Se todistusaineisto, jonka perusteella RO oli ko. tapauksessa katsonut täysin todistetuksi, että syytetty oli syyllistynyt väitettyyn rikokseen, on objektiivisesti katsoen mahdollisimman minimaalinen. Eihän asiassa de facto oltu esitetty muita valan nojalla annettuja todistuksia kuin asianomistajan M. H:n langon O. R. L:n lausunto siitä, mitä asianomistaja M. H. oli itse kertonut todistajalle. Norrköpingissä kuulustelun opiskelija L. G:n todistusta ei oltu annettu valan nojalla. M. H. oli, kuten sanottu, asianomistaja ja vain sellaisena häntä oikeudenkäynnissä olikin kuultu. Ilmeisesti vaikutti ko. tapauksessa syytetyn vahingoksi hänen meneisyytensä. Muuten ei saata ymmärtää RO:n käsitystä, että O. R. S:n syyllisyydestä oli olemassa täysi selvitys.

Tämä päätös, joka saavutti lainvoiman, osoittautui sittemmin kohtalokkaaksi. O. R. S. kärsi hänelle tuomitut rangaistukset. Sen jälkeen saatiin kuitenkin selville, että ko. polkupyörän olivatkin anastaneet edellä mainitut rouva M. H. ja opiskelija L. G. He tunnustivatkin rikoksensa ja heidät tuomittiin RO:n päätöksellä 12/2 1953 rangaistukseen RL 28 luv. 1 §:n ja 26 luv. 2 §:n mainitsemista rikoksista. KKO purki 5/11 1952 RO:n edellä mainitun 30/11 1951 annetun päätöksen, jolla ratkaistussa asiassa vapaa todistusten harkinta oli osoittautunut vaaralliseksi oikeusvarmuudelle.

2. Äskettäin ratkaistiin eräässä kihlakunnanoikeudessa seuraavanlainen rikosasia: Syytetty, joka oli vartiomiehenä valtion metsätyömaalla, oli esimieheltään saanut määräyksen tunnustodisteeksi takavarikoida rapumerrat, jotka oli laittomasti laskettu erään kylän jakamattomalle vesialueelle, johon valtiolla metsämaiden omistajana oli osuus. Laitonta ravustusta harjoittanut henkilö asui kaukana toisessa kylässä. Syytetyn ollessa parhaillaan takavarikoimassa veneellä noita laittomasti laskettuja pyydyksiä ja otettuaan veneeseensä jo noin 10 pyydyistä, tuli veneellään paikalle tuo laitonta ravustusta harjoittanut mies. Hän vaati pois pyydyksiään ja kun syytetty ei ollut antanut niitä, oli hän, kuten hän itse on poliisi kuulustelupöytäkirjan mukaan kertonut, ottanut käsin kiinni syytetyn veneestä ja ryhtynyt ottamaan pois kertojaan, syytetyn koettaessa työntää venettään rantaan ts. pyrkiessä pakenemaan. Näin ku-

rottaessaan syytetyn veneeseen ja syytetyn koettaessa työntää venettä erilleen oli tuo mertojen omistaja pudonnut veneiden väliin kainaloitaan myöten veteen ja saanut tällöin joitakin pieniä vammoja.

Laitonta ravustusta harjoittanut oli ilmiantanut syytetyn pahoinpitelystä, josta virallinen syyttäjä ryhtyikin vaatimaan vartiomiehelle rangaistusta. Syyttäjä väitti, että vartiomies oli airolla lyönyt asianomistajaa. Syytetty vartiomies puolestaan kiisti jyrkästi, että hän olisi lyönyt asianomistajaa. Hän sanoi vain käyttäneensä airoa saadakseen veneensä irti asianomistajan kynsistä.

Ainoana silminnäkijänä kuulusteltiin todistajana asianomistajan l a n k o a, joka kertoi nähneensä syytetyn lyövän airolla tai muulla sen tapaisella asianomistajaa. Todistaja itse kertoi olleensa silloin kun syytetty ja asianomistaja olivat alkaneet riidellen huutaa rannalla, onkimas- sa veneellä eräällä matalikolla ja että hän huudot kuultuaan oli lähtenyt soutamaan pahoinpitelypaikkaa kohden.

Syytetty kiisti todistuksen todenperäisyyden. Hän osoitti kartta- piirroksin, että se matalikko, missä todistaja oli onkinut rähinän alkaessa, oli tekopaikalta puolen kilometrin päässä ja että tekopaikan ja tuon matalikon välillä oli saari, joka esti näkyvyyden. Hän ihmetteli, miten todistaja oli ehtinyt sieltä päästä näkemään tapahtumaa, joka kuitenkin kesti vain hetken. Hän huomautti lisäksi, että näkyvyys oli ollut erittäin huono, koska tapahtumapaikka oli metsän varjossa ja todistajasta katsoen päin aurinkoa, jota paitsi aamu oli autereinen. Syytetty halusi sen todistajan kautta, joka oli ollut toisella veneellä matalikolla ongella, saada kysymyksiin selvitetyn, miten tuo asianomistajan lanko oli menetellyt voidakseen päästä näkemään tapahtuman. Tähän ei hänelle annettu tilaisuutta. Hän pyysi lykkäystä, voidakseen paikan päällä toimitettavan tarkastuksen avulla selvittää asianomistajan langon todistuksen epäluotettavuuden. Tämäkin pyyntö evättiin ja syytetty tuomittiin törkeätä lievemmästä pahoinpitelystä rangaistukseen ja suureen vahingonkorvaukseen.

Tässä tapauksessa, jossa syytetty oli mitä jyrkimmin kiistänyt syyllisyytensä väitettyyn pahoinpitelyyn, ja jossa asianomistaja oli itse tunustanut käyneensä käsiksi syytetyn veneeseen ottaakseen pois tämän

tunnustodisteeksi haltuunsa ottamat rapumerrat, on tuomioistuिन katsonut mahdolliseksi vapaata todistusteoriaa soveltaen tuomita syytetyn syypääksi rikokseen vain yhden ainoan todistajan, asianomistajan langon, kertomuksen perusteella. Se on katsonut tämän sukulaisen todistuksen riittävän täydeksi näytöksi vaikka tuon todistuksen luotettavuutta vastaan esitettiin inhimillisesti ja kokemuseräisesti arvostellen mitä vakavimpia huomautuksia. Ja mikä merkillisintä, todistuskysymys katsottiin niin selvitetyn, ettei syytetylle annettu edes tilaisuutta esittää lisäselvitystä. Syyttäjä ja tuomioistuिन eivät sitäpaitsi varmaankaan tulleet ajatelleeksikaan sellaisia lainkohtia kuin voimassa olevan kalastuslain 91 §:ää ja RL 33 luv. 17 §:ää. Tämä lyhyesti selostamani tapaus on vavahduttava todistus siitä, mitä nykyisin voi tapahtua todistusten harkinnan kohdalla.

On tunnettu tosiasia, että todistajan lausunto voi olla asiallisesti varsin virheellinen silloinkin kun ei ole vähintäkään epäilystä siitä, että todistaja vakaasti pyrkii esittämään totuuden mukaisen lausunnon. Ihmisen huomiokyky on nimittäin usein hyvin puutteellinen. Yksilöllisistä ominaisuuksista ja harjaantumisesta riippuen saattaa toinen havaita sen, mitä toinen ei lainkaan huomaa. Asianomaisen havaintokyvyn erilainen nopeus semmoisenaan saattaa saada aikaan sen, että toisen saama kuva jostain tapahtumasta muodostuu aivan erilaiseksi kuin toisen, vaikka kummatkin pyrkivät antamaan näkemästään totuuden mukaisen kuvan. Ihmisen muisti säättää niinikään suuresti vaikuttaa siihen miellemakuvaan, jonka mukaan todistaja antaa lausuntonsa. Se, jolla on heikko muisti, voi usein bona fide antaa todistuksen, jossa asioita ei esitetä sellaisina kuin ne ovat tosiasiallisesti tapahtuneet. Mitä pitempi aika on kulunut siitä tapahtumasta, jota todistajan kertomus koskee, sitä suuremmaksi tulee tietenkin mahdollisuus, että muistikuva on virheellinen. Monet muutkin seikat, kuten esim. assosiatiovirheet, voivat aikaan saada sen, että todistajan kertomus tulee todellisuuden kanssa ristiriitaiseksi, vaikka todistaja pyrkiikin esittämään asiat totuuden mukaisesti. Määrätynlaiset tunnepohjaiset psykologiset seikat voivat niin ikään todistajan itse aavistamatta vaikuttaa siihen, minkälaisena hän näkee tapahtuman, josta hänen on todistajana kerrottava.

Tavallista suuremmaksi kasvaa mahdollisuus, että todistajan kertomus ei ole tosiasiaa mukainen silloin, kun todistaja on sellaisessa sukulaisuus- tai lankoussuhteessa jompaankumpaan asianosaiseen, joka vuoden 1734 lain OK:n 17 luv. 7 §:n mukaan muodosti todistajan esteen. Samoin on asianlaita silloin, kun todistajan suhteen on muuten olemassa sellainen seikka, joka sanotun lainkohdan mukaan konstituoii relatiivisen jäävin.

Vuoden 1948 todistuslainsäädännön mukaan voidaan, kuten sanottu, todistajana kuulla jokaista muuta henkilöä kuin asianosaista tai sitä, joka on ollut jutussa asianosaisena, jota paitsi rikosasiassa ei todistajana voida myöskään kuulla asianomistajaa eikä sitä, joka jo on tuomittu rangaistukseen samasta rikoksesta (17 luv. 18 §).

Käytännössä on kehitys arveluttavassa määrässä kulkenut siihen suuntaan, että tuomioistuimet usein antavat schablonimaisesti jokaiselle todistajalle melkein saman arvon silloin kun vastapuoli ei kykene näyttämään aivan poikkeuksellisia, erikoisen painavia syitä — nimenomaan muita kuin vuoden 1734 lain tarkoittamia esteperusteita —, jotka välttämättömästi horjuttavat todistajan luotettavuutta. Vapaan todistusteorian perusteella katsovat tuomioistuimet usein olevansa ei vain oikeutetut, vaan myös velvolliset näin menettelemään. Tuomioistuimen jäsenet — hän tuntevat nykyisin suhteellisesti harvoin — ainakin kaupungeissa ja suuremmissa yhdyskunnissa — tarkemmin niitä henkilöitä, joita todistajina kuulustellaan. Sama on asianlaita kasvavassa mitassa maaseudullakin. He eivät sitä paitsi mielellään ryhdy ilman aivan pakottavia syitä tarkemmin punnitsemaan todistajan luotettavuutta esim. sellaisten henkilöiden seikkain perusteella, jotka aikaisemmin konstituoivat todistajan jäävin, koska tällainen harkitseminen muka helposti — varsinkin maaseudulla — voi johtaa todistajan persoonaa loukkaavaan arviointiin. Usein käy lisäksi niin, että tuomioistuin jää kokonaan tietämättömäksi niistä tosiasiallisista seikoista, jotka psykologisesti arvostellen ja kokemusperäisesti ovat omiaan vähentämään todistajan luotettavuutta, sillä yleensä suhteellisesti harvoin yrittää oikeuden puheenjohtaja omasta

alotteestaan saada kyselemällä selvyttä näihin seikkoihin,⁹ sukulaisuutta lukuunottamatta. Kaikesta tästä on ollut seurauksena, että oikeudenkäynnissä on oikeusvarmuutta alkanut uhata vaara todistajainstituutin taholta sen nykyisessä muodossa. Tämä vaara kasvaa mitä enemmän vala menettää merkityksensä ja ihmisten uskonnolliset periaatteet heikentyvät. Vaaran torjumiseksi on välttämätöntä, että oikeusjärjestys luo kiireellisesti riittävät takeet todistajan kertomuksen luotettavuuden asianmukaiselle selvittämiseksi ja arvioimiselle oikeudenkäynnissä ja ennen kaikkea, että tällöin asianosaiselle — joka tietenkin parhaiten tuntee asian — tarjotaan tehokas mahdollisuus myötävaikuttaa siihen, että todistajain kertomuksen summittaisuus ja mielivaltainen punnitseminen voidaan estää.¹⁰

Yleensä onkin kaikkialla tajuttu, että todistajan esteiden poistaminen ja vapaan todistusteorian soveltaminen välttämättömästi vaatiikin vastapainokseen jotain, jonka avulla on mahdollisuus tarkistaa todistajan kertomuksen totuudenmukaisuus ja luotettavuus niin ettei se yksinomaan jää tuomioistuimen enemmän tai vähemmän epämääräisen ja kontrolloimattoman harkinnan varaan. Esikuvaksi keinoja suunniteltaessa on tässä suhteessa yleensä periaatteellisesti otettu Englannin prosessioikeus. Kuten tunnettua, joutuu todistaja englantilaisessa prosessissa säännön mukaan asianosaisten asianajajain toimittaman perusteellisen kuulustelun kohteeksi, joka useimmassa tapauksessa kokemuksen mukaisesti armottomasti paljastaa, jos todistaja poikkeaa totuudesta. Tämä kuulustelu on niin prosessuaalisessa kuin psykologisessakin suhteessa sekä asianajajalta että tuomarilta paljon taitoa ja suurta tahdikuutta vaativa toimitus.¹¹ Mutta oikein suoritettuna se antaa tuomarille

⁹ OK 17 luv. 28 § säättää, että oikeuden puheenjohtaja tiedustelkoon myös, milloin aihetta on, — — — sellaista, mikä voi vaikuttaa todistajan uskotavuuteen.

¹⁰ Ks. T. Ellilä: Oikeudenkäyntivalheen rankaisemisesta. Helsingin yliopiston rikosoikeuden seminaarin kirjoitelmia omist. Brynolf Honkasalolle, s. 42 ss.

¹¹ Erityisen selväpiirteisen esityksen englantilaisesta todistajan kuulustelusta tarjoaa John H. Munkman: The technique of advocacy ja F. J. Wrottesley: The examination of witnesses in court. Ks. myös G. Fahlerantz: Om rättegångsväsendet i England, s. 245 ss.

hyvän kuvan siitä kuinka luotettavia todistaja ja hänen kertomuksensa ovat. Englantilainen todistajan kuulustelujärjestelmä on kuitenkin niin erikoislaatuinen, että sitä on tuskin missään omaksuttu semmoisenaan anglosaksilaisen maailman ulkopuolella. Sen sijaan on se modifioidussa muodossa yleensä hyväksytty kaikkialla, missä vapaa todistusteoriakin on saatettu voimaan laajemmassa tai suppeammassa muodossa. Niinpä on monien prosessilakien mukaan koko todistajain kuulustelu jätetty ensi sijaisesti asianosaisten tehtäväksi.

Ruotsin uusi Rättegångsbalken säätää tästä 36 luv. 17 §:ssään:

»Vittne höres av rätten. Med rättens tillstånd må dock vittne höras av parterna; härvid höres vittnet först av den part, som åberopat vittnet, och därefter av motparten.

Vittnet bör uppmanas att i ett sammanhang avgiva sin berättelse. Sedan denna avgivits, må rätten och parterna ställa frågor till vittnet. Vittnet bör, om det ej framgår av vittnets berättelse, tillfrågas, huru vittnet erhållit kännedom om det, varom vittnet yttrat sig.

Frågor, vilka genom sitt innehåll, sin form eller sättet för deras framställande inbjuda till visst svar, må ej ställas, med mindre särskilda skäl föranleda därtill. Rätten skall avvisa frågor, som uppenbart ej höra till saken eller som äro förvirrande eller eljest otillbörliga».

Tätä lainkohtaa on asianosaisten kyselyoikeutta silmällä pitäen kommentoitu seuraavasti:

»Det ankommer på rättens ordförande att tillse att vittnesförhöret skötes på ett ur alla synpunkter tillfredsställande sätt. Frågor, som uppenbart ej höra till saken eller som äro förvirrande eller eljest otillbörliga, skola avvisas. Då det emellertid ofta kan vara svårt att på förhand bedöma, om en viss fråga är sakligt berättigad, bör rättens ordförande vara försiktig vid avvisandet av en fråga såsom onödig eller ovidkommande; den kan måhända vara ägnad att på en omväg leda till en värdefull upplysning. Föreligga mera väsentliga brister i parts förhørsledning, bör rätten dock ingripa och överta förhöret».¹²

¹² Gärde—Engströmer—Strandberg—Söderlund: Nya rättegångsbalken (1949), s. 511.

Suomen voimassa olevassa oikeudessa ovat todistajan kuulustelua koskevat säännökset OK 17 luv. 33 §:ssä. Tämä lainkohta kuuluu nykyisin seuraavasti:

»Todistajan kuulustelee oikeuden puheenjohtaja. Kuulustelun toimittamisen oikeus voi kuitenkin, mikäli harkitsee soveliaaksi, jättää asianosaisille, jolloin todistajan kuulustelee ensiksi se asianosainen, joka on todistajan nimennyt, ja sitten vastapuoli.

Todistajaa kehoitettakoon esittämään kertomuksensa yhtäjaksoisesti. Sitten kuin todistaja on esittänyt kertomuksensa, voivat oikeuden puheenjohtaja ja sen muut jäsenet sekä asianosaiset tehdä todistajalle kysymyksiä.

Sellaisia kysymyksiä, jotka sisältönsä, muotonsa tai esittämistapansa puolesta johtavat määrätynlaiseen vastaukseen, alkoon tehtäkö, elleivät erityiset syyt sitä aiheuta. Puheenjohtajan tulee evätä ilmeisesti asiaan kuulumattomat taikka eksyttävät tai muuten sopimattomat kysymykset.

Milloin asiassa on useita todistajia, kuulusteltakoon heidät kukin erikseen. Jos todistajain kertomukset ovat epäselvät tai ristiriitaiset tahi jos muutoin havaitaan erityisiä syitä olevan olemassa todistajain kuulustelemiseen vastakkain olkoon se sallittu.

Henkilö, joka on nimetty todistajaksi, alkoon olko saapuvilla asian käsittelyssä enempää, kuin hänen todistajana kuulustelemisensa vaatii.»

Tämän lainkohdan mukaan on siis pääsääntönä, että todistajan kuulustelun toimittaa oikeuden puheenjohtaja. Tuomioistuimella on kuitenkin valta uskoa se asianosaisille edellyttäen, että heillä kummallakin on siihen tarvittava kyky ja taito. Tässä kohden on tuomioistuimella vapaa harkintavalta. Ruotsissa, jossa RB 36 luv. 17 §:n mukaan asiantilaita on samoin kuin meillä, on kehitys kulkenut siihen suuntaan, että tuomioistuin varsin laajassa mitassa uskoo todistajan kuulustelun asianosaisille silloin, kun heitä kummallakin puolella edustaa lainoppinut asianajaja.¹³ Rikosasiasassa on niin ikään katsottu, että silloin kun syyttä-

¹³ J. Lagus, Defensor legis 1949, s. 95.

jänä on virallinen syyttäjä ja syytetyllä on lainoppinut puolustaja, todistajan kuulustelu voidaan uskoa heille. Tällä tavoin toimitettuun todistajan kuulusteluun on yleensä oltu Ruotsissa tyytyväisiä. Sen on katsottu edistäneen totuuden esille saamista todistajan kuulustelussa. Meillä sen sijaan uskovat tuomioistuimet aniharvoin todistajan kuulustelun asianosaisille, vaikka näillä olisikin edustajanaan tai avustajanaan lainoppinut asianajaja. Syyksi tähän on sanottu, että meidän lainoppineetkaan asianajajamme eivät osaa toimittaa todistajan kuulustelua. Tämä huomautus voikin moneen nähden pitää paikkansa, sillä valitettavasti ei meillä vielä ole asianajajien omassa piirissä kiinnitetty mitään huomiota koulutuksen ja harjaantumisen hankkimiseksi todistajan oikein kuulustamisen vaikeasti opittavassa taidossa. Mutta saman huomautuksen voi kohdistaa myös suureen osaan tuomarikuntaakin. Meillä ei ole suoritettu sen enempää tuomarien kuin asianajajienkaan kohdalla sellaista valmennustyötä kuin todistajan kuulustelutaitoon perehtyminen välttämättömästi vaatisi.

Vaikka todistajan kuulustelemisen uskominen asianosaisille voimassa olevassa oikeudessa onkin jätetty tuomioistuimen harkinnasta riippuvaiseksi, niin toiselta puolen on laki selvä siinä suhteessa, että asianosaisella on ehdoton oikeus saada esittää todistajan vastattavaksi sellaisia kysymyksiä, joiden avulla voidaan saada varmistetuksi ja selvitettyksi, mikä on totuus asiassa.¹⁴ Tietenkin on oikeuden puheenjohtajan asiana valvoa, että kysymykset eivät ole sopimattomia. Jos hän havaitsee kysymyksen sopimattomaksi tai ilmeisesti asiaan kuulumattomaksi, on hänen evättävä sen tekeminen.

Tämä asianosaiselle laissa annettu kysymysten esittämisoikeus on — kuten kaikissa moderneissa prosessilaeissa — tarkoitettu mm. turvaamaan todistajan kertomuksen luotettavuuden tarkistuksen. Se onkin, huomioon ottaen että asianosainen säännön mukaan parhaiten tuntee asian

¹⁴ Tirkkonen lausuu tulkittessaan OK 17 luv. 33 § 2 momia: »asianosaisilla on oikeus täydentävien kysymysten tekemiseen, ja tätä oikeutta ei puheenjohtaja yhtä vähän kuin tuomioistuin sellaisenaan voi heiltä riistää». Uusi todistuslainsäädäntö, s. 160 s.

ja tietää mikä siinä on totuuden esille saamisen kannalta merkityksellistä, tietenkin varsin tehokas keino selvittämään, onko todistajan kertomus täydellinen, totuuden mukainen ja luotettava. Niinpä asianosainen, joka rikosasiassa tarkalleen tuntee olosuhteet rikoksen tekoaikana ja tekopaikalla, saattaakin joskus yhdellä ainoalla kysymyksellä ja todistajan antamalla vastauksella osoittaa, että todistajan kertomus ei olekaan luotettava.

Mainitsen asian valaisemiseksi seuraavanlaiset tapaukset:

Eräässä rikosjutussa todistaja, joka ilmoitettiin ainoaksi tapauksen näkijäksi, kertoi nähneensä syytetyn pahoinpitelevän asianomistajaa tämän kodin pihalla. Todistajalta kysyttiin hänen lopetettuaan kertomuksensa, millainen ilma oli pahoinpitelyn tapahtuessa ts. satoiko silloin vai paistoiko ehkä aurinko. Todistaja sanoi, että silloin satoi. Sen jälkeen kysyttiin häneltä, oliko pihalla »pyykkiä» kuivumassa. Todistaja vastasi, ettei hän ainakaan ollut sitä huomannut. Muilla todistajilla selvitettiin, että silloin kun pahoinpitelyn väitettiin tapahtuneen, oli vallinnut kirkas auringon paiste ja että tuolloin oli talon seinään kiinnitetyllä yli pihan kulkevalla nuoralla ollut mm. lakanoita kuivumassa. Sittenkin kävikin ilmi, että todistaja ei ollut omin silmin nähnytäkään tapahtumaa, josta hän todisti. Hänen virheelliset vastauksensa antoivat aiheen ryhtyä perusteellisesti selvittämään hänen todistustaan.

Eräässä toisessa tapauksessa todistaja kertoi nähneensä, että syytetty oli pahoinpidellyt asianomistajaa, jonka kanssa todistaja, joka oli ollut asianomistajan vieraana, oli mennyt eräälle suosaarelle ampumaan lintuja. Syytetty väitti, ettei todistaja ollut ollut lainkaan saarella. Todistajaa kehoitettiin kertomaan, miten hän oli tullut asianomistajan kanssa suosaarelle ja häneltä kysyttiin erityisesti, mitä esteitä oli ollut suosaarelle pääsyssä. Hän sanoi, että saarelle hän oli kävellyt hyvin vaikeakulkuisen suokaistan yli. Jatketun kyselyn kautta päästiin selville, että todistaja oli tietämätön, että suosaarelle saattoi päästä vain ylittämällä eräät suosilmät tukinojan avulla kaatuneita puita myöten kulkemalla. Todistajan kertomus osoittautuikin sittemmin kokonaan tekaistuksi. Asian perille päästiin sen kautta, että hänen selostuksensa

suosaarelle pääsemisestä oli kokonaan tosiasiaa vastainen ja selvitti, ettei hän todellisuudessa koskaan ollut käynytäkään sulan aikana väitetyn rikoksen tekopaikalla.

Varsin mielenkiintoinen on seuraava tapaus: Haulikon anastamista koskevassa jutussa kuulusteltu todistaja kertoi olleensa syytetyn asunnossa edellisessä kuussa määrättynä päivänä tunnin ajan kello 14—15 välillä ja silloin kuulleensa, kuinka syytetty oli viereisessä huoneessa puhelimesta neuvotellut jostain haulikosta ja lopuksi myynyt sen. Syytetty väitti, ettei hän ollut koskaan omistanut tai myynyt haulikkoa ja ettei todistaja ollut ko. aikaan hänen huoneustossaan. Todistaja puolestaan sanoi selvästi kuulleensa ko. keskustelun eteisen kautta, jonne ovet olivat kummastakin huoneesta auki. Syytetty pyysi kysyttäväksi todistajalta, voisiko tämä kertoa, kuuliko hän ehkä jotain erikoista ääntä ollessaan ko. huoneessa tuona tunnin aikana, jolloin keskustelun väitettiin tapahtuneen. Todistaja sanoi, ettei hän voinut muistaa asiaa, koska ei varmaan ollut siihen huomiota kiinnittänyt. Uudelleen häneltä asiaa tiedusteltaessa ja viitattaessa siihen, että tilaisuudesta oli kulunut vain pari viikkoa, hän vastasi samalla tavoin. Sen jälkeen todisti kaksi saman huoneen ohuen lautaseinän takana asuvaa, että ko. päivänä kello 13—16 välillä oli sirkkelisaha ollut viereisessä huoneessa yhtämittaisessa toiminnassa. Oli mahdotonta kuvitella, että todistaja ei olisi kuullut tätä keskeytymätöntä korvia särkevää sahan ääntä, jos hän olisi ollut sinä aikana mainitsemassaan huoneessa. Tämä seikka antoi pätevästi aiheen katsoa, ettei todistajan kertomusta voitu pitää luotettavana.

Edellä esitetyt tapaukset ovat tietenkin varsin suoraviivaisia ja ns. yksinkertaisia esimerkkejä siitä, miten sellaisiakin seikkoja koskevat kysymykset, jotka eivät suorastaan koske sitä tosiasiaa, josta todistaja varsinaisesti todistaa, ovat omiaan selvittämään todistajan ja hänen kertomuksensa luotettavuutta. Voitaisiin esittää paljon »hienorakenteisempia» tapauksia, joissa nuo todistajan kertomuksen luotettavuutta selvittämään tarkoitettut kysymykset ovat koskeneet ns. kauvempana olevia seikkoja kuin edellä esitetyissä esimerkeissä, mutta joiden kautta on kuitenkin saatu reaalin perusta todistuksen luotettavuuden harkitse-

miseksi. Tämän kirjoituksen suppeissa puitteissa ei siihen kuitenkaan ole mahdollisuutta. Mainittakoon vain, että juuri sanotunlaisissa tapauksissa voi asiaan tarkemmin perehtymätön tai tottumaton ja psykologisesti kouluuntumaton helposti erehtyä luulemaan luotettavuuden selvittämisen kannalta varsin asiallisiakin kysymyksiä asiaan kuulumattomiksi.

Sellaisten, todistajan kertomuksen luotettavuuden ja totuudenmukaisuuden selvittämistä ja tarkistamista tarkoittavien kysymysten tekeminen todistajalle, joista edellä on ollut puhe, on, kuten sanottu kaikkien modernisten prosessilakien mukaan sallittu. Rikosprosessissa erityisesti katsotaan kaikkialla, että syytetyn puolustaja on oikeusvarmuuden turvaamiseksi suorastaan velvollinenkin niiden kautta tarkastamaan todistajan kertomuksen luotettavuuden silloin, kun se ei ole inhimillisesti katsoen kiistaton. Tällaisten kysymysten esittämisestä on tietenkin seurauksena, että todistajan kuulustelu venyy ja vie aikaa. Se saattaa joskus kysyä sekä todistajan että tuomarin kärsivällisyyttäkkin. Mutta kaikkialla — kuten esim. Skandinavian maissa — on tähän ilman muuta alistuttu. Se on todettu ja tunnustettu välttämättömäksi vapaan todistusharkinnan soveltamisen edellytykseksi oikeusvarmuuden turvaamiseksi.

Yllä on jo todettu, että Suomenkin prosessioikeuden — OK 17 luv. 33 §:n — mukaan, sanotunlaisten, todistajan kertomuksen totuudenmukaisuuden ja luotettavuuden selvittämistä ja tarkistamista tarkoittavien kysymysten tekeminen todistajalle on oikeutettua ja luvallista. Evätä voidaan mainitun lainkohdan perusteella vain »ilmeisesti asiaan kuulumattomat taikka eksyttävät tai muuten sopimattomat kysymykset». Asiaan kuulumattomina ei yllä tarkoitettuja kysymyksiä voida tietenkään pitää silloin, kun niiden avulla voidaan mahdollisesti saada merkityksellistä aineistoa todistajan kertomuksen totuudellisuuden ja luotettavuuden punnitsemiseksi. Erikoisesti on syytä mainita, että OK 17 luv. 33 §:n mukaan saadaan evätä asiaankuulumattomina vain »ilmeisesti asiaankuulumattomat» kysymykset. Lainsäätäjä on tahtonut täten korostaa, että asianosaisen oikeutta kysymysten tekemiseen ei saa supistaa ilman erittäin pätevää aihetta, koska monesti voi, kuten sanottu, todistajalle tehty kysymys näyttää sen mielestä, joka ei täysin hallitse

aineistoa; asiaankuulumattomalta; vaikka se asiallisesti koskee totuus- ja luotettavuuskysymyksen selvittämiseksi hyvinkin tärkeää seikkaa.¹⁵

On katsottava riidattomaksi, ettei sellaisia kysymyksiä, joista edellä on ollut puhe, voida sinänsä pitää myöskään, kuten usein mainituissa lainkohdassa sanotaan, »muuten sopimattomina» elleivät ne ole suggestiivisia tai jostakin muusta asiallisesta syystä evättäviä. Huomattava on, että laki nimenomaan sallii jopa suggestiivistenkin kysymysten tekemisen, milloin erityiset olosuhteet sitä vaativat. Näin on asianlaita juuri silloin kuin pyritään selvittämään todistajan kertomuksen totuudellisuutta ja luotettavuutta.¹⁶ Mutta on tunnustettava, että suggestiivisten kysymysten käyttäminen sanotussakin tarkoituksessa edellyttää suurta varovaisuutta ja harkintaa. Tässä yhteydessä ei ole mahdollista tarkemmin pohtia tätä vaikeaa probleemaa.

Miten sitten on meillä käytännössä sovellettu lain asianosaisille myöntämää oikeutta po. kysymysten esittämiseen todistajille? On heti väärinkäsityksen välttämiseksi sanottava, että monissa tuomioistuimissa annetaan asianosaisten käyttää heille kuuluvaa kyselyoikeutta totuuden selville saamiseksi. Mutta varsin valitettavaa on, että hyvin useissa tuomioistuimissa oikeuden puheenjohtaja ei anna asianosaisen tai hänen

¹⁵ Jotta oikeutta kysymysten tekemiseen voitaisiin tehokkaasti käyttää totuuden ja luotettavuuden selvittämiseksi, on välttämätöntä, että oikeuden puheenjohtaja, luottaen siihen, että esim. asianosaisen lainoppinut asianajaja ei tee asiatomia kysymyksiä, ei heti, kun hän ei ole voinut varmistua siitä, että kysymys on asiaankuuluva, ryhdy vaatimaan kysyjältä selvitystä siihen, minkä vuoksi tämä tahdo tehdä esittämänsä kysymyksen, koska kysymyksen tarkoituksen selvittäminen todistajan kuullen usein kokonaan tekee sen tekemisen arvottomaksi.

Ks. Processnämnden. Underrättsförfarandet enligt nya rättegångsbalken (1947) s. 93: »Frågor, som uppenbart icke höra till saken eller som äro förvirrande eller eljest otillbörliga, skola avvisas. Det kan emellertid ofta vara svårt att på förhand bedöma, huruvida en viss fråga är sakligt berättigad; parten vill måhända ogärna på förhand avslöja vad han vill vinna med frågan. Ordföranden bör för den skull med försiktighet använda möjligheten att avvisa en fråga såsom onödig eller målet ovidkommande».

¹⁶ Tirkkonen sanoo: »Esimerkkinä tilanteesta, jolloin erityisten syitten voidaan katsoa oikeuttavan suggestiivisten kysymysten tekemiseen, on vastakuulustelu, jossa tuollaisten kysymysten avulla pyritään osoittamaan todistajankertomuksen epäluotettavuus. Suggestiivisia kysymyksiä voitaneen tehdä silloinkin, kun tahdotaan saada selville, onko todistaja erityisen helposti johdettavissa». (Uusi todistuslainsäädäntö, s. 161; Suomen rikosprosessioikeus II, s. 371).

laillisen edustajansa tehdä todistajalle sanotunlaisia kysymyksiä. Välitömästi *factum probandum*'ia koskevia kysymyksiä ei tietenkään evätä, mutta sitä useammin sellaiset, jotka vain tarkoittavat saada todistajan kertomuksen luotettavuuden tarkistetuksi. Niitä pidetään varsin yleisesti ilmeisesti asiaankuulumattomina ja tarpeettomina. Näin varsinkin silloin kun oikeuden puheenjohtaja itse luulee jo saaneensa täyden selvyiden asiassa — usein juuri sen todistajan kertomuksen perusteella, jonka totuuden mukaisuutta asianosaisella on ehkä pätevä aihe epäillä ja jonka epäluotettavuuden hän haluaisi tekemiensä kysymysten avulla tuomarille paljastaa. Oikeuden puheenjohtajan saama vakaumus, joka monesti voi perustua inhimillisesti ymmärrettävään ennakkokäsitykseen, ei tietenkään lain mukaan anna hänelle mitään oikeutta evätä kosketeltujen kysymysten tekemistä todistajalle. Todistajien kuulustamisen ja siihen liittyvän kyselyoikeuden tarkoituksenahan juuri on totuuden selvittäminen tuomarille. Hänellä on oikeus luoda lopullinen käsityksensä asiasta vasta sitten kun mm. todistajain kuulustaminen lain sallimissa puitteissa on päättynyt. Sitäpaitsi todistuskysymyksen ratkaisuun osallistuu lopullisesti myös lautakunta tai oikeuden muut jäsenet, joten oikeuden puheenjohtajan olisi näille varattava tilaisuus sen lisäselvityksen saamiseen, minkä kyselyoikeuden käyttäminen voi tarjota.

Käytännössä kielletään asianosaisilta usein kysymysten esittämis-oikeus silloinkin, kun sellainen ei pitäisi asian laadun vuoksi millään muotoa tulla kysymykseen. Tiedän tapauksia, joissa kihlakunnantuumari on evännyt asianosaisilta oikeuden tehdä todistajalle hänen kertomuksensa luotettavuuden selvittämistä tarkoittavia hyvin asiallisia kysymyksiä jopa silloin, kun väitetyn rikoksen todistajana on ollut vain yksi henkilö, jonka kertomus sitä paitsi on ollut, huomioon ottaen ne olosuhteet, joissa hän oli havaintonsa tehnyt, melkein arvoituksellinen. Eräässäkin tällaisessa syyteasiassa katsoi oikeus kuitenkin voivansa tuomita syytetyn syylliseksi rikokseen tuon ainoan todistajan kertomuksen perusteella. Ei ole lupa ihmetellä, jos tuomittu tällöin puhui »oikeusmurhasta». On selviö, että oikeuden puheenjohtaja on sanotussa tapauksessa menetellyt lain kirjaimen ja hengen vastaisesti.

Niin kuin aikaisemmin on jo usein mainittu, on asianosaisen oikeus tehdä todistajille kysymyksiä hänen kertomuksensa luotettavuuden selvittämiseksi ja tarkistamiseksi vapaan todistusteorian soveltamisen välttämätön ehto ja edellytys, jotta todistajan kertomusten todistusarvon punnitseminen ja harkitseminen voisi nojautua asialliselle pohjalle. On vakavasti toivottava, että kaikki tuomioistuimet ryhtyisivät po. suhteessa soveltamaan voimassa olevan lain selvää säännöstä, joka on otettu lakiin totuuden turvaamiseksi oikeudenkäynnissä. Nykyisin tässä kohden ilmenevät puutteellisuudet prosessimenettelyssämme uhkaavat oikeusvarmuutta ja horjuttavat arveluttavasti luottamusta oikeuslaitokseemme.

Jotta vapaan todistusteorian perustalle rakennettu tuomioistuimen harkintavalta ei johtaisi mielivaltaan ja oikeusvarmuuden heikentymiseen on ehdottoman välttämätöntä myöskin, että tuomioistuin tuomiossaan esittää ne perusteet, joiden nojalla se on muodostanut käsityksensä jostakin riidanalaisesta seikasta. Oikeudenkäyntikomitean jo vuonna 1908 julkaistun ehdotuksen ¹⁷ perusteluissa lausuttiin:

»Todistuksien tutkimiseen nähden on ehdotus pääasiallisesti rakennettu n.s. vapaan todistusteorian periaatteelle. Tarvinnee tuskin huomauttaa, että tämän kautta myönnetty vapaus lakisääntöisistä todistamisohjeista ei käsitä sitä, että tuomion perustukseksi saisi panna tuomarin subjektiivisen mielivallan eli yleispäteviin perusteihin nojautumattoman totenapitämisen. Ne objektiiviset syyt ja perusteet, joihin tuomari nojaa vakaumuksensa, ovat tuomiossa mainittavat, ja tämän kautta saavutetaan samalla mahdollisuus pitää silmällä miten hän on tutkimisoikeuttansa käyttänyt». Näin menetelläänkin yleensä niissä maissa, joissa on omaksuttu vapaa todistusteoria, kuten esim. Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa. Tällöin on todellakin mahdollisuus kontrolloida tuomioistuimen harkintavaltaa ja tuomioistuin itse tietäessään, että sen kannanottoja on perustelujen vuoksi mahdollista arvoitella, toimii harkitusti ja huolellisesti. Siten todistuskysymyksen ratkaisun perustelujen esittäminen tuomiossa lisää suuresti oikeusvarmuutta.

¹⁷ Ehdotukset oikeudenkäyntilaitoksen uudistamiseksi II. Ehdotus laiksi riita-asiajn oikeudenkäynnistä ynnä perustelmat, 1908, s. 138 s.

Mutta miten onkaan asianlaita ko. suhteessa meillä Suomessa? Ainakin alioikeuksissa on, ani harvoja poikkeuksia lukuun ottamatta, sääntönä, että tuomioistuin ei mainitse millä perusteilla se on määrännyt kantansa johonkin lopputulokseen nähden ratkaisevankin todistuskysymyksen suhteen. Tavallisesti sanotaan päätöksessä tai tuomiossa vain: tuomioistuin »katsoo selvitetyn», että asianlaita on niin ja niin, ilman että sanallakaan mainitaan niitä syitä, jotka ovat saaneet tuomioistuimen omaksumaan sanotun vakaumuksen. Näin menetellään silloinkin, kun tuomioistuin nojautuu oleellisesti vain indiisioihin tai kun jotakin todistusaineiston osaa vastaan on esitetty vakavia huomautuksia. Tällaisissa tapauksissa jää asianosaiselle suuri epätietoisuus siitä, mihin oikeus on ratkaisunsa perustanut. Hänessä voi syntyä epäily, että tuomioistuin on ehkä nojannut ratkaisunsa oikeudenkäynnissä esitettyyn hyvin epäluotettavaan todistukseen. Tällainen epätietoisuus ja epäily tietenkin horjuttaa luottamusta tuomioistuimeen ja oikeusjärjestykseen. Sen johdosta, että tuomioistuin ei mainitse tuomiossa tai päätöksessä perusteita kannanotolleen todistuskysymyksissä, tulee sitä paitsi muutoksenhaun perustelu todistuskysymystä silmällä pitäen usein käytännöllisesti melkein mahdottomaksi, kun ei tuomioistuimen ratkaisu anna minkäänlaista viitettä siitä, mihin tuomioistuin on nojautunut. Tämä epäkohta esiintyy huutavana varsinkin rikosasiassa silloin, kun on esitetty paljon ja monenlaista todistusaineistoa. Syytetty tuomitaan meillä sangen usein hyvinkin ankaraan rangaistukseen, ilman että hänelle päätöksessä sanotaan, millä perusteella hänet on katsottu — vastoin hänen kieltoaan ja mahdollisia vastatodistuksiakin — syypääksi rikokseen. Tällainen menettely ei saata olla oikeusvaltion arvon mukaista. OK 24 luv. 3 § säättää sitä paitsi: »Jokainen tuomio perustettakoon syihin ja lakiin eikä mielivaltaan ja pantakoon siihen selvästi ne pääsyyt ja se lainkohta, joihin päätös perustuu». Rikosasiassa täytyy pääsyinä pitää mm. niitä perusteita, joiden nojalla syytetty tuomitaan syypääksi.

Meillä on lainsäädännöllisessä reformityössämme tullut yhä yleisemmäksi tavaksi lainata ulkomailta modernisia periaatteita. Nuo uudet periaatteet saattavat olla esikuvina olevissa maissa tarkoitustaan vas-

taavia ja kaikin puolin puollettavia, kun siellä on myöskin luotu ne oleelliset asialliset edellytykset, joiden olemassaoloa noiden periaatteiden soveltaminen välttämättömästi kaipaa, jotta ne johtaisivat käytännössä myönteiseen tulokseen. Tuo edellytys olisi tietenkin tarkasti varteen otettava lainsäädännöllistä lainatavaraa maahan tuotaessa. Mutta meillä ei ole aina kiinnitetty riittävää huomiota tähän. Ei ole huolehdittu siitä, että ensin olisi luotu tarpeellinen perusta uutta rakennelmaa varten. Näin on valitettavasti tapahtunut mm. silloin, kun vapaa todistusteoria otettiin käytäntöön siinä erityisessä laajuudessa kuin vuoden 1948 laki säättää. Se horjuttaa nyt arveluttavasti oikeusvarmuutta varsinkin rikosprosessissa. Meidän oikeudenkäyntilaitoksessamme on liian paljon sellaisia peruspuutteita, jotka estävät vapaan todistusteorian soveltamisen sillä tavoin, että sen kautta ei vaarannettaisi oikeusturvallisuutta.¹⁸ Pahin epäkohta todistajan kuulustelua silmällä pitäen on ennen kaikkea siinä, että tuomioistuinelaitostamme ei ole järjestetty sillä tavoin, että *tuomarilla olisi riittävästi aikaa* sanotun tehtävän suorittamista varten sillä perusteellisuudella, jota oikeusvarmuus oikeusvaltiossa välttämättömästi edellyttää. Valtiovallalla on vihdoinkin korkea aika herätä tajuaamaan, että sen on uhrattava riittävästi varoja myös oikeuslaitoksemme järjestämiseksi niin, että tuomioistuimet voivat toimia siten, että oikeusturvallisuus taataan. Maamme maine oikeusvaltiona on tässä asiassa kysymyksessä.

¹⁸ Tuo vaara piilee samasta syystä eräiden toistenkin osittaisuudistusten kohdalla. Osittaisuudistusten tie ei ole loputtomasti käytettävissä peruskorjauksia tekemättä.