

Juhlajulkaisu
Esko Hoppu
1935 – 15/1 – 2005

Toimittajat

Heikki Halila

Mika Hemmo

Lena Sisula-Tulokas

Tilausosoite

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. (09) 6120 300

f. (09) 604 668

sly@lakimies.org

www.lakimies.org

© 2005 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja kirjoittajat

Kannen ja taiton suunnittelu: Heikki Kalliomaa

Esko Hopun valokuva s. VII Atelier Nyblin

ISSN 0356-7222

ISBN 951-855-239-8

Gummerus Kirjapaino Oy, Jyväskylä 2005

Gustaf Möller

Todistelusta välimiesmenettelyssä

Johdanto

Välimiesoikeudessa tapahtuvaa menettelyä ei ole laissa yksityiskohtaisesti säännelty. Vielä muutama vuosikymmen sitten sellainen käsitys ei ollut kovinkaan harvainen, että välimiesmenettelyssä olisi pääsäännön mukaan noudatettava riita-asian oikeudenkäyntiä koskevia säännöksiä, jollei ollut toisin säädetty. Niinpä ei ollut mitenkään poikkeuksellista, että asian käsittely useamman kerran lykättiin istunnosta toiseen eikä suullista todistelua aina edes pyritty ottamaan keskitetysti vastaan yhdessä ja samassa istunnossa. Tämä johti siihen, että suullinen todistelu usein pöytäkirjattiin samaan tapaan kuin yleisissä alioikeuksissa tai, silloin kun suullinen todistelu äänitettiin, että äänitetty lausuma saatettiin kirjalliseen muotoon. Kun näin syntynyt asiakirja oli toimitettu asianosaisten asiamiehille, nämä laativat kirjallisen lop-pulausuntansa ja toimittivat sen välimiehille. Menettely muistutti näin ollen paljolti eräissä suurissa raastuvanoikeuksissa riita-asia-ain käsittelyssä noudatettua menettelyä.

Nykyisin lieene kuitenkin kaikille välimiehinä ja välimiesmenettelyssä asiamiehinä toimiville selvää, etteivät oikeudenkäymiskaaren säännökset riita-asian oikeudenkäynnistä koske välimiesmenettelyä. Eräänä välimiesmenettelyn etuna verrattuna oikeudenkäyntiin valtion tuomioistuimessa onkin pidetty juuri sitä, että välimiesmenettelyn järjestämisessä voidaan ottaa huomioon sekä asian erityislaatu että asianosaisten menettelyä koskevat toivomukset paremmin kuin valtion tuomioistuimissa. Niistä harvoista menettelyä koskevista säännöksistä, jotka sisältyvät VML:iin, suurin osa on tahdonvaltaisia. Niitä noudatetaan siis vain siinä tapauksessa, etteivät asianosaiset ole toisin sopineet.

Välimiesten on kuitenkin kaikissa tapauksissa noudatettava ns. *kontradiktorista periaatetta* (*audiatur et altera pars*). Lakiin sisältyy nimenomainen pakottava säännös, jonka mukaan välimiesten on varattava asianosaisille tarpeellinen tilaisuus ajaa asiaansa (VML 22 §) uhalla, että välitystuomio muussa tapauksessa voidaan asianosaisen kanteesta kumota (VML 41,1 §:n 4 kohta). Tämä tarkoittaa muun muassa sitä, että asianosaisille on suotava mahdollisuus esittää omat vaatimuksensa, niiden perusteet ja todisteet sekä lausua mielensä vastapuolen vaatimuksista, niiden perusteista ja todisteista. Säännöksestä seuraa myös, etteivät välimiehet saa tuomita muuta tai enempää kuin asianosainen on vaatinut ja ettei välitystuomiota saa perustaa seikkaan, johon asianosainen ei ole vaatimuksensa tai vastustamisensa tueksi vedon-

nut (vrt. OK 24:3). Säännöksestä seuraa myös, että välimiesten on kohdeltava asianosaisia tasapuolisesti. Säännöstä saatetaan ainakin joissakin tapauksissa katsoa rikatun myös silloin, kun välitystuomio on perustettu sellaiseen oikeudelliseen näkökohtaan, joka ei menettelyn aikana ole ollut esillä. Asianosaiselle ei näet voida katsoa varatun tarpeellista tilaisuutta ajaa asiaansa, jos hänelle ei ole varattu tilaisuutta esittää asian ratkaisemisen kannalta merkityksellisiä oikeudellisia argumentteja. Näin siitä huolimatta, että suomalaisessa välimiesmenettelyssäkin ainakin pääsäännön mukaan vallitsee *iura novit curia* -periaate.

Muutoin asianosaisilla on valta sopia asian käsittelyssä noudatettavasta menettelystä. Tämä onkin luonnollista, kun ottaa huomioon, että asianosaiset vastaavat kaikista välimiesmenettelyn kustannuksista. Silloin kun asianosaiset sopivat asian käsittelyssä noudatettavasta menettelystä, tämä tapahtuu usein siten, että asianosaiset ottavat välityssopimukseen määräyksen, jonka mukaan menettelyssä on noudatettava tiettyjä, esimerkiksi Keskuskauppakamarin tai UNCITRAL:in välimiesmenettelysääntöjä. Vaikka asianosaiset eivät olisi välityssopimuksessa sopineet mitään asian käsittelyssä noudatettavasta menettelystä, he voivat sen tehdä myöhemminkin, esimerkiksi riidan jo synnyttyä tai jopa asian käsittelyn alkamisen jälkeenkin. Asianosaisten välinen sopimus noudatettavasta menettelystä voidaan pätevästi tehdä myös suullisesti tai jopa hiljaisesti.¹ VML 3 §:n säännös, jonka mukaan välityssopimus on tehtävä kirjallisesti, ei siis koske näitä sopimuksia.

Sen varalta, etteivät asianosaiset ole sopineet asian käsittelyssä noudatettavasta menettelystä, välimiehillä on oikeus VML:n säännöksiä noudattaen ja ottaen huomioon tasapuolisuuden ja joutuisuuden vaatimukset päättää asian käsittelyssä noudatettavasta menettelystä (VML 23 §). Kun välimiesten tulee VML 27,1 §:n mukaan edistää riidan asianmukaista ja joutuisaa selvittämistä, ei kuitenkaan voida pitää selvänä, että välimiehet olisivat velvollisia noudattamaan mitä tahansa asianosaisten menettelyä koskevaa sopimusta. Näin varsinkin siinä tapauksessa, että asianosaiset ovat tehneet tällaisen sopimuksen vasta välimiesten tultua nimetyiksi tai välimiehet eivät ole tienneet eikä heidän olisi pitänytkaan tietää tällaisesta sopimuksesta ennen kuin he ottivat tehtävän vastaan.

Miten välimiesten tulisi menetellä esimerkiksi silloin, kun asianosaiset ilmoittavat sopineensa todistelun esittämisestä sellaisesta seikasta, jolla ei välimiesten mielestä ole asian ratkaisemisen kannalta merkitystä, sellaisen todistajan kuulustelusta, jonka kuulustelua välimiehet eivät pidä tarpeellisena, sellaisen teknisen asiantuntijalausunnon hankkimisesta, jota välimiehet pitävät tarpeettomana, tai sellaisesta asian käsittelyn lykkäämisestä taikka määräajasta kirjallisten loppulausuntojen antamista varten, jota välimiehet pitävät kohtuuttoman pitkänä? Tällaisissa ja eräissä muissakin tapauksissa, joissa asianosaisten sopima menettely voi tehdä VML 27.1:ssä säädetyn joutuisuuden vaatimuksen noudattamisen mahdottomaksi, välimiehet saattavat olla oikeutettuja luopumaan tehtävästään. Sitä vastoin on epäselvää, voivatko välimiehet jatkaa tehtävässään, mutta jättää noudattamatta asianosaisten menettelyä koskevaa

¹ Ks. tästä esim. *Mustill-Boyd*, *The Law and Practice of Commercial Arbitration in England* 2^e Edition (London and Edinburgh 1989) s. 283.

sopimusta, jos sopimuksen ei voida katsoa ottavan riittävästi huomioon menettelyn tasapuolisuuden tai joutuisuuden vaatimuksia.²

Itsestään selvänä tuskin voidaan pitää, että asianosaisten menettelyä koskevan sopimuksen noudattamatta jättäminen tällaisessa tapauksessa aina merkitsi sitä, että välimiesten olisi katsottava menneen toimivaltaansa ulommaksi ja että välitystuomio tämän vuoksi voitaisiin VML 41,1 §:n 1 kohdan nojalla kumota, jollei asianosaisten voida katsoa hyväksyneen välimiesten menettelyä. Jos välitystuomion tunnustamista tai täytäntöönpanoa joudutaan pyytämään vieraassa valtiossa eikä asianosaisten voida katsoa hyväksyneen välimiesten menettelyä, on kuitenkin olemassa vaara, että välitystuomion tunnustaminen tai täytäntöönpano evätään siellä ulkomaisten tuomioiden tunnustamista ja täytäntöönpanoa koskevan New Yorkissa vuonna 1958 tehdyn yleissopimuksen (207/1962) V,1 d kohdan nojalla sillä perusteella, ettei välimiesmenettely ole ollut asianosaisten välisen sopimuksen mukainen.

VML:n säännökset todistelusta

Välimiesten prosessinjohto todisteiden hankinnassa määräytyy sen mukaan, mitä asianosaiset ovat tästä sopineet. Niinpä asianosaiset voivat periaatteessa pätevästi sopia, ettei välimiesmenettelyssä saa käyttää tiettyä todistuskeinoa.³ Asianosaiset voivat myös sopia esimerkiksi siitä, etteivät välimiehet saa omasta aloitteestaan päättää todistajan kuulustelemisesta tai asian-tuntijalausunnon hankkimisesta. Toisinaan sovitaan jopa siitä, että välimiesten on ratkaistava asia ilman suullista käsittelyä välimiehille annetun asiakirja-aineiston perusteella. Tällainen rajoitus voi kuitenkin, ja varsinkin jos siitä on sovittu ennen riidan syntymistä, olla arveluttava ja saattaa yksittäistapauksessa jopa merkitä, että asiassa annettavan välitystuomion pätevyys on kyseenalainen sen johdosta, ettei asianosaiselle katsota varatun VML 22 §:ssä tarkoitettua tilaisuutta asiansa ajamiseen.

Jollei asianosaisten välisestä sopimuksesta muuta johdu, on noudatettava, mitä VML:ssä on säädetty prosessinjohdosta näytön hankinnassa. Välimiesten prosessinjohtovelvollisuuksista ja -oikeuksista asian selvittämisessä ja erityisesti näytön hankinnasta säädetään VML 27 §:ssä. Pykälän 1 momentissa on välimiehille annettu yleisluontoinen velvollisuus edistää riidan asianmukaista ja joutuisaa selvittämistä. Välimiesten aloiteoikeus asiaan vaikuttavien seikkojen todisteluun nähden ei ole samalla tavoin rajoitettu kuin mitä dispositiivisissa riita-asioissa on asianlaita OK 17:8:n mukaan. Välimiehet saavat näet VML 27,1 §:ään otetun nimenomaisen säännöksen mukaan kehottaa sekä asianosaista että muuta henkilöä saapumaan todistelu-

² Ks. tästä kysymyksestä *Kaufmann-Kohler* teoksessa *Liber Amicorum Claude Reymond "Autour de l'arbitrage"* (Paris 2004) 153 ss. Ruotsin vuodelta 1999 olevan välimiesmenettelylain (lag om skiljeförfarande) 21 §:n mukaan välimiesten on noudatettava, mitä asianosaiset ovat menettelystä sopineet, "om det inte finns något hinder mot det". Säännös oikeuttanee välimiehiä poikkeamaan asianosaisten menettelyä koskevasta sopimuksesta vain silloin, kun sopimus on lainvastainen tai sen noudattaminen on käytännöllisesti katsoen mahdotonta. Ks. *Heuman*, *Skiljemanarätt* (Stockholm 1999) s. 269 ss.

³ Näin myös vuoden 1928 VML:n mukaan *Tirkkonen*, *Välimiesmenettely* (Vammala 1943) s. 237.

tarkoituksessa kuulusteltavaksi tai esittämään hallussaan olevan asiakirjan tai esineen, jolla voi olla merkitystä todisteena.

Vaikka välimiehillä on tuomioistuinta laajempi oikeus päättää todisteiden hankkimisesta, heillä ei ole oikeutta asettaa uhkasakkoa eikä antaa määräyksiä muista pakkokeinoista (VML 27,2 § 1 virke). Näin on asianlaita riippumatta siitä, mitä asianosaiset ovat asiasta sopineet tai mitä menettelyyn sovellettavissa välimiesmenettelysäännöissä määrätään. Välimiehillä ei myöskään ole oikeutta ottaa vastaan valaa tai vakuutusta eikä totuusvakuutusta (VML 27,2 § 2 virke).

VML 29,1 §:n mukaan voidaan asianosaisen pyynnöstä tietyin edellytyksin oikeusaputeitse kuulustella tuomioistuimessa todistajaa tai asiantuntijaa taikka asianosaista totuusvakuutuksen nojalla. Saman lainkohdan mukaan tuomioistuin voi tietyin edellytyksin lisäksi velvoittaa asianosaisen tai kolmannen henkilön esittämään asiakirjan tai esineen, jolla voi olla merkitystä asiassa. Tuomioistuimen on VML 29,3 §:n mukaan noudattaen, mitä OK 17 luvussa säädetään todistelusta riita-asioissa, suoritettava hakemuksessa tarkoitettu toimenpide, jolle siihen ole estettä.

Käytännössä lieene kuitenkin vain harvoin tarvetta turvautua tällä tavoin tuomioistuimen apuun.⁴ Välimiesmenettelyn joustavat järjestelymahdollisuudet tarjoavat välimiehille tosiasioiden selvittämiseksi muita keinoja, jotka osin korvaavat valan, vakuutuksen ja muut pakkokeinot. Sen vuoksi ei jäljempänä juuri käsitellä valtion tuomioistuimen myötävaikutusta välimiesmenettelyä varten tapahtuvaan todisteluun.

Mitä sääntöjä on noudatettava välimiesoikeudessa tapahtuvassa todistelussa?

Vaikka käräjäoikeuden on VML 29,3 mukaan noudatettava OK 17 luvun säännöksiä silloin, kun se oikeusaputeitse myötävaikuttaa välimiesmenettelyssä tapahtuvaan todisteluun, tästä ei tietenkään seuraa, että noita säännöksiä myös muutoin olisi noudatettava välimiesmenettelyssä tapahtuvassa todistelussa. Eri asia on, että nämä todistelua tuomioistuimessa koskevat säännökset ja meillä tuomioistuimissa noudatettu käytäntö yleensä tosiasiallisesti vaikuttavat todisteluun välimiesmenettelyssä, varsinkin silloin kun kaikki välimiehet ja asianosaiset ovat Suomesta. Todistelussa on siis ensisijaisesti noudatettava, mitä asianosaiset ovat siitä sopineet, esimerkiksi sellaisten välimiesmenettelysääntöjen soveltamisesta, jotka sisältävät tarkempia määräyksiä todistelusta. Kun välimiesmenettelysääntöihin ei yleensä sisälly tällaisia määräyksiä eivätkä asianosaiset varsinkaan kotimaisissa menettelyissä sovi erikseen todistelusta, välimiesten asiana on yleensä päättää siitä.⁵ Missä määrin välimiesten tulisi tällöin vastaavasti noudattaa, mitä OK 17 luvussa on säädetty todistelusta tuomioistuimessa?

⁴ Näin myös esimerkiksi *Kaufmann-Kohler/Bärtsch*, SchidsVZ 2004 s. 21.

⁵ Asianosaiset saattavat kuitenkin esimerkiksi sopia siitä, että todistelussa on noudatettava IBA:n todisteiden vastaanottamista koskevia sääntöjä (IBA Rules on the Taking of Evidence in International Arbitration) vuodelta 1999, jäljempänä IBA:n todistelusäännöt. Näitä sääntöjä voidaan muutoinkin kokonaan tai osittain soveltaa siinäkin tapauksessa, ettei asianosaisten voida katsoa sopineen mitään todistelusta. Näin on asianlaita varsinkin silloin, kun

Selvänä voidaan ensinnäkin pitää, ettei mikään estä henkilötodistelun järjestämistä siten, että asianosaista, todistajaa tai asiantuntijaa kuulustellaan puhelimitse tai videota käyttäen siinäkin tapauksessa, ettei toinen asianosainen suostu siihen. Mikään ei myöskään estä käyttämästä todisteena yksityisluontoista kertomusta, jonka joku on vireille pannut tai alkavan välimiesmenettelyn varalta kirjallisesti antanut, tai OK 17:1,1:n 2 kohdassa tarkoitettua esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua asiakirjaa. OK 17:18:n todistajan esteellisyyttä, sen enempää kuin todistajan kieltäytyminen- tai vaitiolo-oikeutta koskevilla säännöksillä ei ole välimiesoikeudessa tapahtuvassa todistelussa samaa merkitystä kuin tuomioistuimessa tapahtuvassa todistelussa, koska välimiehet eivät voi pakko-keinoja käyttäen velvoittaa ketään todistamaan eivätkä ottaa vastaan valaa tai vakuutusta. Niinpä asianosaista tai asianosaisen edustajaa, jota kuullaan todistelutarkoituksessa, kohdellaan välimiesmenettelyssä usein samalla tavalla kuin todistajaa ja häneen sovelletaan näin ollen yleensä varsin pitkälle samoja sääntöjä kuin varsinaiseen todistajaan.⁶ Mahdollisia rajoituksia todistajan oikeuteen olla läsnä asian käsittelyssä enemmän kuin hänen kuulustelemisensa vaatii sovelletaan näin ollen joskus myös asianosaiseen tai tämän edustajaan ainakin silloin, kun jompi kumpi asianosainen sitä vaatii. Toisinaan asianosaiset sopivatkin, että näin on meneteltävä.

OK 17 luvun asiakirjan editiovelvollisuutta koskevien säännösten on katsottu edellyttävän, että editiota vaativan asianosaisen on yksilöitävä se asiakirja, jota hänen vaatimuksensa koskee, niin tarkoin, että asiakirjan esittämistä koskeva määräys voidaan sanktoida uhkasakolla ja viime kädessä panna täytäntöön ulosottomiehen toimesta.⁷ Tämä asiakirjan yksilöintiä koskeva vaatimus ei kuitenkaan ainakaan sellaisenaan koske välimiesmenettelyä. Niinpä lainsäädäntömme ei ole esteenä sille, että välimiehet velvoittavat asianosaisen hänen vastapuolensa vaatimuksesta tai jopa omasta aloitteestaan toimittamaan välimiesoikeudelle periaatteessa kaiken merkityksellisen todistusaineiston, joka on hänen saatavillaan. Näin on asianlaita varsinkin siinä tapauksessa, että niiden todistelua koskevien säännösten, jotka on sovittu noudatettavaksi, on katsottava sallivan tämän. Asianosaisen olisi tässä tapauksessa toimitettava välimiesoikeudelle muun muassa myös hänelle epäedullinen todistusaineisto, jollei se ole luonteeltaan sellainen, että asianosaisella voidaan sovellettavien oikeusohjeiden mukaan katsoa olevan oikeus olla toimittamatta sitä välimiehelle. Tällainen Amerikan Yhdysvaltojen oikeuden tuntema ”Pre-Trial Discovery -menettelyä”⁸ muistuttava menettely ei kuitenkaan ole suositeltavaa,

toinen asianosainen on ns. common law -valtiosta ja toinen ns. civil law -valtiosta, mutta myös puhtaasti kotimaisissa menettelyissä voidaan säännöistä saada johtoa päätettäessä todistelusta.

⁶ Ks. *Redfern/Hunter*, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, Third edition (London 1999) s. 336, *Heuman* (alav. 2) s. 444 ss. ja *Fouchard/Gaillard/Goldman*, *On International Commercial Arbitration* (Kluwer Law International 1999) s. 699 ss.

⁷ Ks. tästä lähemmin *Lappalainen*, *Siviiliprosessioikeus II* (Jyväskylä 2001) s. 194 ss. Yksilöintivaatimuksen osalta ks. myös *Heuman* JT 1989–1990 s. 3 ss.

⁸ Ks. *Redfern/Hunter* (alav. 6) s. 316 alav. 47, jossa todetaan seuraavaa: ”Discovery is an ambiguous term: to a civil lawyer it means nothing; to a US lawyer it encompasses production of documents and depositions of potential witnesses: to an English Lawyer it refers only to the production of documents”. – Englannin oikeuden tuntema ”Pre-trial discovery of documents”, sellaisena kuin se oli ennen vuonna 1999 voimaan tullutta lainmuutosta, poikkesi

elleivät välimiehet ja asianosaisten asiamiehet ole tottuneet tällaiseen menettelyyn. Näin lienee vain harvoin asianlaita, jolleivät asianosaiset ja ainakin yksi välimies tule sellaisesta valtiosta, jossa tämantapaista menettelyä noudatetaan myös tuomioistuimessa tapahtuvassa oikeudenkäynnissä.

Miten todistelu olisi järjestettävä?

Asianosaiset voivat tietenkin sopia, että todistelun on tapahduttava pääsäännön mukaan samalla tavalla kuin se tapahtui ainakin useimmissa alioikeuksissa ennen vuonna 1992 voimaan tullutta alioikeusuudistusta noudattaen tuolloin voimassa olleita oikeudenkäymiskaaren säännöksiä. Tämä tarkoittaa sitä, että suullista todistelua otetaan vastaan useassa erillisessä istunnossa, että äänitetty suullinen todistelu saatetaan kirjalliseen muotoon ja että se toimitetaan asianosaisille kirjallisen loppulausunnon antamista varten. Jos asianosaiset ovat näin sopineet, on tällaista sopimusta tietenkin noudatettava, jolleivät asianosaiset sittemmin sovi muusta. Tietävästi eräät välimiehinä tai asianosaisten asiamiehinä toimivat lakimiehet pitävät tällaista menettelyä ainakin joissakin tapauksissa kaikkein tarkoituksenmukaisimpana. Tähän viittaa jo se, että välimiesten palkkion määrää eräissä melko tavanomaisissa jutuissa edelleen perustellaan sillä, että asiassa on pidetty lukuisia istuntoja.

Mikään ei myöskään estä asianosaisia sopimasta, että todistelussa on noudatettava ainakin pääasiallisesti samoja sääntöjä kuin kärjäoikeudessa tapahtuvassa riita-asiaiden oikeudenkäynnissä. Tämä ei kuitenkaan aina ole tarkoituksenmukaisin tapa järjestää todistelu välimiesmenettelyssä. Välimiehet eivät siten voi ilman muuta lähteä siitä, että asianosaiset ovat sopineet tällaisesta menettelystä. Näin ollen välimiesten tulisi, jolleivät asianosaiset ole sopineet tai jollei heidän voida katsoa sopineen todistelussa noudatettavasta menettelystä, itse harkita, miten todistelu olisi tarkoituksenmukaisimmin järjestettävä, ja sen jälkeen päättää todistelusta.

Välimiesten tulisi yleensä kuulla asianosaisia ennen kuin he päättävät todistelusta. Tämä tapahtuu usein parhaiten erillisessä istunnossa, jossa käsitellään menettelyä koskevia ja mahdollisesti myös muita asian valmisteluun liittyviä kysymyksiä. Usein päästäänkin välimiesten tekemän ehdotuksen pohjalta asianosaisten asiamiesten kanssa sopimukseen välimiesmenettelyssä tapahtuvasta todistelusta.

Silloin kun välimiehet ja asianosaisten asiamiehet ovat samasta maasta tai maista, joissa todistelua koskevat säännökset ja todistelussa noudatettu käytäntö eivät oleellisesti poikkea

Yhdysvaltojen oikeuden tuntemasta "Discoverysta" paitsi siinä, ettei se koskenut mahdollisten todistajien kertomuksia ("depositions"), myös siten, ettei sen mukaan "discovery" ollut ainakaan samassa laajuudessa kuin Yhdysvalloissa sallittua sen selvittämiseksi, oliko jonkun hallussa asiakirjoja, joilla saattoi olla merkitystä todisteina asiassa ("Fishing expeditions", "Ausforschungsbeweis"). Tämä ilmenee muun muassa Yhdistyneen Kuningaskunnan vuoden 1970 Haagin sopimukseen todisteiden vastaanottamisesta ulkomailla siviili- ja kauppaoikeudellisissa asioissa (37/1976) ratifiointin yhteydessä tekemästä varaumasta. Vuoden 1999 Englannissa voimaan tulleen siviiliprosessi uudistuksen jälkeen "pre-trial discovery of documents" – menettelyn korvannut "disclosure of documents" on rajoittanut aikaisemman lain mukaista velvollisuutta esittää asiakirjoja. Ks. tästä *ibidem*. alav. 48.

toisistaan, kuten esimerkiksi Pohjoismaista, sopimukseen pääseminen todistelusta ei yleensä ole vaikeaa. Toisin saattaa sitä vastoin olla asianlaita varsinkin silloin, kun vain toisen asianosaisen asiamies tulee ns. common law -valtiosta. Silloin kun asianosaiset tai toinen heistä tulee valtiosta, jossa todistelua koskevat säännöt oleellisesti poikkeavat täällä yleensä noudatetusta käytännöstä, tulee välimiesten ottaa tämä huomioon päättäessään todistelusta. Edellä mainittua Amerikan Yhdysvaltojen oikeuden tuntemaa ”Discoverya” muistuttavaa menettelyä ei tulisi täällä tapahtuvassa välimiesmenettelyssä käyttää, jolleivät asianosaiset ole sopineet tällaisesta menettelystä, esimerkiksi ottamalla välityslausekkeeseen määräyksen, jonka mukaan ”American Rules of Evidence shall be applied” tai jollei heidän voida katsoa sopineen tällaisesta menettelystä, esimerkiksi valitsemalla asiamiehensä ja välimiehet sellaisista valtioista, joissa tämän tapainen menettely tunnetaan.⁹

Jäljempänä lähdetään, jollei muuta ilmene, siitä, että kummankin asianosaisen asiamiehet ovat joko Suomesta tai sellaisesta maasta, jonka todistelua koskevat säännökset ja todistelussa noudatettu käytäntö on samankaltainen kuin meillä, ettei menettely ole asianosaisten sopimuksen vastainen ja ettei noudatettu menettely jossakin yksittäistapauksissa merkitse sitä, ettei asianosasia ole kohdeltu tasapuolisesti.

Kun välimiehet päättävät asian käsittelyssä noudatettavasta menettelystä, heidän tulisi ottaa huomioon heidän ratkaistavakseen jätetyn riidan erityispiirteet sekä se, mistä valtiosta asianosaiset ovat. Tämä koskee myös todistelua. Nämä seikat saattavat edellyttää toisenlaista menettelyä kuin jäljempänä suositellaan.

Tässä lyhyehkössä kirjoituksessa ei ole mahdollista käsitellä kaikkia todistuskeinoja, jotka saattavat välimiesmenettelyssä tulla kysymykseen, vaan esitys rajoitetaan koskemaan kirjallisia todisteita ja todistajia. Niinpä katselmusta ja asiantuntijatodistelua ei tässä käsitellä lainkaan. Se, mitä jäljempänä esitetään asiakirjatodistelusta, soveltuu kyllä suurelta osalta *mutatis mutandis* katselmukseen ja se, mitä jäljempänä esitetään todistajista, soveltuu myös osittain asiantuntijoihin. Jäljempänä ei myöskään käsitellä todistelua sovellettavasta laista tai koke-mussäännöistä, vaan esitys rajoitetaan tosiseikkoja koskevaan todisteluun.

Kirjalliset todisteet

Jo siinä vaiheessa, kun välimiehet kehottavat kantajaa toimittamaan kannekirjelmänsä, on yleensä aiheellista kehottaa kantajaa liittämään siihen ne kirjalliset todisteet, joiden esittämisen hän jo tuolloin melko varmasti tietää olevan tarpeellista asiansa ajamista varten. Vastaavasti on yleensä aiheellista kehottaa vastaajaa liittämään tällaiset kirjalliset todisteet häneltä kannekirjelmän johdosta pyydettyyn vastineeseen. Tärkeintä on kuitenkin, että välimiehet asianosaisten kirjelmien vaihdon ja mahdollisesti pidetyn valmistavan istunnon jälkeen määräävät,

⁹ Eri asia on, että jonkin asteisen ”discoveryn” salliminen saattaa olla paikallaan varsinkin silloin, kun ainakin toinen asianosainen tulee common law -valtiosta. Ks. tästä tarkemmin *Kaufmann-Kohler*, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 2003 s. 1325 ss.

että asianosaisten on esitettävät kaikki ne kirjalliset todisteet, joita he pitävät tarpeellisina asiassa, hyvissä ajoin ennen kuin välimiesten ratkaistavaksi jätettyä riitakysymystä ruvetaan käsittelemään välimiesoikeuden istunnossa. Tämä tapahtuu usein parhaiten siten, että välimiehet määräävät tietyn päivämäärän, johon mennessä kummankin asianosaisen on toimitettava välimiehille kaikki ne kirjalliset todisteet, jotka he kanteensa tai vastineensa tueksi haluavat esittää. Välimiesten on kuitenkin tällaisessa tapauksessa määrättävä vielä toinen päivämäärä, johon mennessä asianosaisille varataan tilaisuus vastatodisteluna esittää sellaisia uusia kirjallisia todisteita, joihin vastapuolen esittämät todisteet antavat aiheen.¹⁰

Asiakirja, johon asianosainen haluaa nojautua todisteena, saattaa olla toisen asianosaisen tai kolmannen hallussa. Välimiehet voivat VML 27 §:n mukaisesti kehottaa asiakirjan haltijaa esittämään välimiehille asiakirjan, jos he katsovat, että sillä voi olla merkitystä todisteena.¹¹ Jos tämä ei kuitenkaan suostu esittämään asiakirjaa, välimiehet eivät voi velvoittaa asiakirjan haltijaa sakon uhalla esittämään asiakirjaa eivätkä myöskään antaa määräyksiä muista pakkokeinoista. Jos välimiehet pitävät tarpeellisena asiakirjan haltijan velvoittamista esittämään asiakirjan, jolla voi olla merkitystä todisteena asiassa, asianosainen voi, niin kuin edellä on mainittu, VML 29 §:n nojalla esittää tätä koskevan hakemuksen sille käräjäoikeudelle, jonka alueella asiakirjan haltija oleskelee. Käräjäoikeus voi saman pykälän 3 momentin nojalla tarvittaessa pakkokeinoja käyttäen velvoittaa asiakirjan haltijan esittämään asiakirjan.

Jos asiakirjan haltija ei oleskele Suomessa, ei VML 29 §:n säännöksistä kuitenkaan ole apua. Todisteiden vastaanottamisesta ulkomailla siviili- tai kauppaoikeudellisissa asioissa Haagissa vuonna 1970 tehty yleissopimus ei sovellu välimiesmenettelyyn.¹² Eräissä valtioissa tuomioistuimet voivat tosin kansallisen lainsäädännön nojalla antaa oikeusapua todisteiden vastaanottamisessa vieraassa valtiossa tapahtuvaa välimiesmenettelyä varten¹³, mutta useimpien valtioiden, muun muassa Suomen, lainsäädännössä ei ole säännöksiä, joiden mukaan tuomioistuimet voisivat antaa tällaista oikeusapua. Näin ollen välimiesten ei yleensä kannata pyytää tai varata asianosaisille tilaisuutta pyytää tällaista oikeusapua vieraan valtion tuomioistuimelta. Oikeusavun saaminen vieraan valtion tuomioistuimelta ei myöskään liene mahdollista ”epäsuorasti” siten, että asianosainen ensin pyytää VML 29 §:n nojalla oikeusapua joltakin käräjäoikeudelta, joka sitten edellä mainitun yleissopimuksen nojalla esittää oikeusapupyyynnön

¹⁰ Vastatodistelusta voi olla kyse todistelusta, jossa esitetään näyttöä päätodistustesteman vastakohdasta tai todistelusta, jossa tuodaan esiin päätodistelulla estettyjen todisteiden näyttöarvoa heikentäviä seikkoja. Ks. *Lappalainen* (alav. 7) s. 133 s.

¹¹ Tämä ja jäljempänä asiakirjan esittamisvelvollisuudesta esitetty koskee myös sellaisia käytännössä harvinaisia tapauksia, joissa asianosainen, vaikka nojautuu hallussaan olevaan asiakirjan, ei jostakin syystä halua esittää itse asiakirjaa. Ks. myös *Lappalainen* (alav. 7) s. 189. Toisin kuin Suomessa useassa Manner-Euroopan maissa ei oikeudenkäyntimenettelyssä voitane velvoittaa asianosaista esittämään asiakirjaa, jonka sisältö on hänelle vastainen. Saksassa tämä tuli mahdolliseksi vasta vuonna 2002 voimaan tulleen lain muutoksen johdosta, jolla § 142 ZPO muutettiin. Ks. esimerkiksi *Kaufmann-Kohler/Bärtsch* (alav. 4) s. 16 s.

¹² Näin myös esimerkiksi, *Redfern/Hunter* (alav. 6) s. 322 ja *Kaufmann-Kohler/Bärtsch* (alav. 4) s. 21. Ks. myös *Heuman* (alav. 2) s. 469.

¹³ Näin esimerkiksi Saksassa. Ks. ZPO § 1025 II ja § 1050 sekä *Schwab-Walter*, *Schiedsgerichtsbarkeit*. Kommentar. 6., neubearbeitete Auflage (München 2000) s. 188.

vieraan valtion tuomioistuimelle. Ensinnäkin VML 29,2 §:n mukaan saman pykälän 1 momentissa tarkoitettu hakemus tehdään sille käräjäoikeudelle, jonka alueella asiakirjan haltija oleskelee. Jos tämä ei oleskele Suomessa, ei siis ole toimivaltaista tuomioistuinta, jolle hakemus voitaisiin tehdä. Toiseksi ilmenee Haagin yleissopimuksen 1 artiklan 2 kappaleen englanninkielisestä alkuperäistekstistä, että todisteiden vastaanottamista voidaan pyytää ainoastaan todisteiden hankkimiseksi vireillä olevaa tai vireille pantavaa tuomioistuimessa tapahtuvaa oikeudenkäyntiä (*judicial proceedings*) varten.

Silloin, kun asiakirja on asianosaisen hallussa, ei sillä seikalla, voidaanko asiakirjan haltija pakkokeinoja käyttäen velvoittaa esittämään asiakirja, liene ainakaan kovin suurta merkitystä. Jos asianosainen on kieltäytynyt noudattamasta välimiesten kehotusta esittää halussaan oleva asiakirja, ei yleensä niissäkään tapauksissa, joissa tämä asianosainen oleskelee Suomessa, pyydetä oikeusapua VML 29 §:n nojalla käräjäoikeudelta. Asianosaisillahan ei ole oikeutta ilman välimiesten suostumusta esittää tällaista oikeusapupyyntöä käräjäoikeudelle. Se, että välimiehet ovat kehottaneet asiakirjan haltijaa esittämään asiakirjan, ei vielä merkitse sitä, että he pitävät henkilön velvoittamista esittämään asiakirja VML 29 §:ssä tarkoitetulla tavalla tarpeellisenä. Voivathan välimiehet yleensä silloin, kun asianosainen ei ole noudattanut heidän kehotustaan esittää asiakirja, samalla tavalla kuin tuomioistuin OK 17:5 §:n nojalla, harkita, mikä vaikutus asianosaisen laiminlyönnillä on todisteena.

Viimeksi mainittu voi merkitä muun muassa sitä, että välimiehet voivat asianosaisen laiminlyönnistä noudattaa välimiesten kehotusta esittää asiakirja päätellä, että asiakirjan sisältö on asianosaisen edun vastainen ja katsoa, että ne seikat, jotka asianosaisen vastapuoli on halunnut asiakirjalla todistaa, asianosaisen laiminlyönnin johdosta ovat tulleet näytetyiksi. Tällainen menettely on kansainvälisestikin yleisesti hyväksytty ja sisältyy myös edellä alaviitteessä 5 mainittuihin IBA:n todistelusääntöihin.¹⁴

Aina ei kuitenkaan voida katsoa, että asianosaisen laiminlyönnin noudattaa välimiesten hänelle antamaa kehotusta esittää asiakirja oikeuttaa näin pitkälle meneviin päätelmiin. Näin voi olla asianlaita esimerkiksi silloin, kun asianosainen ei ilman niitä asiakirjoja, jotka hän väittää olevan vastapuolensa hallussa, voi näyttää toteen vaatimustaan tai väitettään eikä hän ole näiden tueksi esittänyt mitään muuta selvitystä. Tällaisessakin tapauksessa asianosaisen laiminlyönti saattaa kuitenkin vaikuttaa hänen kannaltaan haitallisesti siihen, miten välimiehet arvioivat sen, minkä hän on asiassa muutoin esittänyt.

Asianosaisen laiminlyönti noudattaa välimiesten kehotusta esittää asiakirja voi myös johtaa siihen, että todistustaakka sellaisesta seikasta, joka hänen vastapuolensa asiana alun perin on ollut näyttää toteen, ”siirtyy” hänelle.¹⁵

¹⁴ Ks. IBA:n todistelusäännöt 9 artikla 4 kappale, joka kuuluu: ”If a party fails without satisfactory explanation to produce any document requested in a Request to produce to which it has not objected in due time or fails to produce any document ordered to be produced by the Arbitral Tribunal, the Arbitral Tribunal may infer that such a document would be adverse to the interests of that party.”

¹⁵ Näin myös esimerkiksi *Kaufmann-Kohler/Bärtsch* (alav. 4) s. 21.

Siinä tapauksessa, että asiakirja on kolmannen hallussa ja tämä jättää noudattamatta välimiesten kehotusta esittää asiakirja, eivät välimiehet tietenkään pääsäännön mukaan voi tämän johdosta tehdä mitään asiakirjan esittämistä vaatineen asianosaisen vastapuolen kannalta epäedullisia päätelmiä. Toisin voi kuitenkin olla asianlaita silloin, kun asiakirjan ei ehkä voida katsoa olevan asianosaisen hallussa, mutta asiakirja on sellaisen kolmannen hallussa, jonka asianosainen voi velvoittaa esittämään asiakirjan. Näin saattaa usein olla asianlaita, jos asiakirja on asianosaisena olevan yhtiön tytäryhtiön hallussa.¹⁶

Asiakirjan esittämistä vaativan asianosaisen on tietenkin nimettävä todistusteema, jonka toteennäyttämiseksi asiakirja halutaan esitettäväksi. Jotta vaatimukseen voidaan suostua, välimiesten on katsottava, että todistusteemalla on merkitystä jutun ratkaisemisen kannalta ja että asiakirjalla saattaa olla merkitystä näyttönä siitä, mitä sillä halutaan todistaa eli todistusteemasta.¹⁷

Lisäksi asianosaisen pitää osoittaa, että asiakirja on sen henkilön hallussa, johon vaatimus kohdistetaan. Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että asiakirjan on oltava fyysisesti tämän hallussa, vaan riittävänä on pidettävä, että asiakirja on tämän saatavilla. Sen vuoksi asianosaisen, joka vaatii asiakirjan esittämistä, olisi mainittava ne tosiseikat, joihin hän nojautuu väittäessään, että asiakirja on hänen vastapuolensa hallussa. Jos tämä kuitenkin väittää, ettei kysymyksessä olevaa asiakirjaa ole olemassa tai ettei asiakirja ainakaan ole hänen hallussaan, välimiesten asiana on arvioida tällaisen väitteen uskottavuutta. Tällaisen väitteen uskottavuuden arvioimiseksi voidaan tietenkin kuulustella asianosaisia suullisesti esimerkiksi menettelykysymyksiä varten järjestetyssä välimiesten istunnossa ja ottaa vastaan muuta näyttöä. Mikäli välimiehet eivät pidä väitettä uskottavana, he voivat tehdä samanlaisia päätelmiä asianosaisen käyttäytymisestä kuin niissä tapauksissa, joissa asianosainen ei ole noudattanut välimiesten kehotusta esittää asiakirja tai ainakin joissakin tapauksissa katsoa todistustaakan siirtyvän hänelle sellaisesta seikasta, jonka todistaminen on hänen vastapuolensa asiana.

Olisiko välimiesmenettelyssä syytä asettaa yhtä ankara asiakirjan yksilöintivaatimus kuin tuomioistuimessa tapahtuvassa oikeudenkäynnissä siinä tapauksessa, etteivät asianosaiset ole toisin sopineet? Tällaista yksilöintivaatimusta ei ole, niin kuin edellä olevasta ilmenee, esimerkiksi Amerikan Yhdysvaltojen, eikä myöskään tietävästi muidenkaan ns. common law -maiden siviiliprosessioikeudessa. Koska välimiehet eivät voi velvoittaa asiakirjan haltijaa sakon uhalla esittämään asiakirjaa eivätkä myöskään määrätä, että heidän antamansa asiakirjan esittämistä koskeva määräys on pantava täytäntöön ulosottomiehen toimesta, voitaisiin hyvin ajatella, ettei välimiesmenettelyssä vaadittaisi yhtä tarkkaa asiakirjan yksilöintiä kuin tuomio-

¹⁶ Vrt. esimerkiksi LCIA välimiesmenettelysääntöjen 22.1. artiklaa, jossa esittämisvelvollisuus koskee asiakirjoja, jotka asianosaisella on ”in possession, custody or power”.

¹⁷ Ks. myös edellä mainitut IBA todistelusääntöjen 3.3. (b) artikla, jonka mukaan asiakirjan esittämistä koskevan vaatimuksen tulee sisältää ”a description of how the documents requested are relevant and material to the outcome of the case”. Jotta asiakirja olisi ”relevant” sen tulee todennäköisesti näyttää toteen sellainen seikka, josta voidaan tehdä oikeudellisia päätelmiä. Asiakirja on vuorostaan ”material”, jos se on tarpeen välimiehille esitettyjen oikeudellisten kysymysten täydellistä arviointia varten. Ks. *Kaufmann-Kohler/Bärtsh* (alav. 4) s. 18.

istuinprosessissa. Tältä osin on kuitenkin otettava huomioon, että IBA:n edellä mainittujen todistelussääntöjen 3.3 (a) artiklan mukaan asiakirjan esittämistä koskevan vaatimuksen tulee sisältää ”a description of a requested document sufficient to identify it”. Tämä asiakirjan yksilöintiä koskeva vaatimus vastannee ainakin suurin piirtein meillä tuomioistuinprosessissa edellytettyä asiakirjan yksilöintiä. Saman kohdan mukaan yksilöintivaatimus kuitenkin täytyy, jos asiakirjan esittämistä koskeva vaatimus sisältää ”a description in sufficient detail (including subject matter) of a narrow and specific requested category of documents, that are reasonably believed to exist”. Esimerkkinä tällaisesta yksilöinnistä voidaan mainita seuraava tapaus:

Välimiesmenettelyssä, jossa on kysymys siitä, että toinen asianosainen on purkanut yhteistoimintasopimuksen, toinen asianosainen tietää, että ilmoitus sopimuksen purkamisesta on annettu tiettyinä päivinä, että toisen asianosaisen päättävän elimen on täytynyt tehdä sopimuksen purkamista koskeva päätös vähän ennen tuota ilmoitusta, että päätöksen on täytynyt perustua tiettyihin sitä ennen laadittuihin asian valmistelua tarkoittaviin asiakirjoihin ja että muistiinpanoja ilmeisesti on tehty tuosta päätöksestä. Asiakirjojen esittämistä pyytävä asianosainen ei osaa mainita päivämääriä, jolloin tällaiset asiakirjat on laadittu, eikä myöskään asiakirjojen laatijaa tai laatijoita, mutta voi kuitenkin tietyllä tarkkuudella mainita minkä tyyppisistä asiakirjoista on kysymys ja minkä ajanjakson sisällä asiakirjat on laadittu.¹⁸

Siinäkin tapauksessa, ettei tällainen yksilöinti olisi riittävä suomalaisessa tuomioistuinprosessissa, sitä on perusteltua pitää riittävänä välimiesmenettelyssä, vaikka asianosaisten ei voitaisiakaan katsoa sopineen IBA:n todistelussääntöjen soveltamisesta.¹⁹

Myös välimiesmenettelyssä on lähdettävä siitä, että asianosaisen velvollisuus esittää asiakirja ei voi ulottua laajemmalle kuin hänen velvollisuutensa antaa välimiesmenettelyssä lausuntoja asiakirjan sisältämistä seikoista.²⁰ Näin ollen välimiehet eivät voi yleensä asianosaisen laiminlyönnistä noudattaa heidän kehotustaan esittää asiakirja tehdä hänen kannaltaan epäedullisia päätelmiä, jos asiakirja sisältää sellaisia seikkoja, josta asianosainen on oikeutettu tai velvollinen vaikenemaan, eikä asiakirjaa voida esittää paljastamatta tällaisia seikkoja. Jäljempänä seuraavassa alajaksossa käsitellään asianosaisen velvollisuutta ja oikeutta olla ilmaisematta tiettyä seikkaa, johon kuuluu myös asianosaisen oikeus olla suostumatta siihen, että kolmas ilmaisee tällaisen seikan.

¹⁸ Tämän esimerkin esikuvana on käytetty IBA:n todistelussääntöjä valmisteleen työryhmän kommentaarissa olevaa lähes samanlaista esimerkkiä. Ks. *Commentary on the New IBA Rules of Evidence by the IBA Working Party* s. 5.

¹⁹ Kotimaisessa kirjallisuudessa on katsottu, että riittäväksi katsottava yksilöinti vaatii muun muassa asiakirjatyyppin ja laatimisajankohdan ilmoittamista. Ks. esim. *Lappalainen* (alav. 7) s. 194 ja siellä mainittu kirjallisuus. *Lappalainen*, joka toteaa asiakirjan hallinnan selvittelyn ja yksilöinnin olevan hankala ongelma, suosittelee kuitenkin ”pikemmin liberaalia ja joustavaa tulkintaa, jottei relevantin asiakirjamateriaalin saaminen oikeudenkäyntiin kaatuisi kohtuuttoon yksilöintivaatimuksiin.” Ks. *ibid.* s. 196. Ks. myös *Heuman* (alav. 2) s. 461, jossa muun muassa esitetään: ”*Skiljemännens bör acceptera yrkandens där en part begär att grupper eller typer av dokument skall utges avseende en viss tidsperiod. Handlingarna kan identifieras dels genom hänvisning till viss typ av affärstransaktion eller varugrupp, dels genom bevisemat.*”

²⁰ Luottamuksellisten asiakirjojen aiheuttamasta ongelmasta ks. *Heuman* (alav. 2) s. 463 s. ja *Fouchard/Gaillard/Goldman* (alav. 6) s. 693.

Silloin kun on kysymys asiakirjan esittämismenettelyistä, on usein käytännössä vaikeata ratkaista, sisältävätkö asiakirjat todella sellaista, jota vaitiolovelvollisuus tai oikeus koskee. Tätä ongelmaa ei ole mahdollista tässä kirjoituksessa tarkemmin käsitellä.²¹

Todistajat

Silloin kun välimiehet kehottavat kantajaa toimittamaan kannekirjelmänsä, on yleensä aiheellista kehottaa tätä ilmoittamaan myös ne henkilöt, joiden todistajankertomuksiin²² hän tietää jo siinä vaiheessa melkoisella varmuudella tulevansa nojautumaan. Vastaavasti on yleensä aiheellista kehottaa vastaajaa kannekirjelmän johdosta pyydytyssä vastineessaan ilmoittamaan tällaiset henkilöt. Jo tässä vaiheessa saattaa joskus olla tarkoituksenmukaista, että asianosaiselle ainakin huomautetaan mahdollisuudesta liittää todistelutarkoituksessa kuultavien henkilöiden kirjalliset kertomukset kannekirjelmään tai vastineeseen.

Yleensä lienee kuitenkin tarkoituksenmukaisinta kehottaa asianosaisia toimittamaan tällaiset kertomukset vasta sen jälkeen, kun asian käsittely on edennyt niin pitkälle, että asianosaiset voivat arvioida keiden henkilöiden kertomuksiin he haluavat nojautua, ja välimiehet voivat arvioida, onko sillä seikalla, joka kertomuksilla halutaan näyttää toteen, merkitystä asian ratkaisemisen kannalta, ja onko kertomuksella merkitystä näyttönä siitä, mitä sillä halutaan näyttää toteen. Näin on toisinaan asianlaita jo heti sen jälkeen, kun kannekirjelmä ja sen johdosta annettu vastine on toimitettu välimiehille ja toiselle asianosaiselle, mutta usein vasta sen jälkeen, kun kumpikin asianosainen on toimittanut kaksi kirjelmää. Tällainen kehoitus on usein tarkoituksenmukaisinta antaa menettelykysymysten käsittelyä varten järjestetyssä erillisessä istunnossa, jossa samalla sovitaan tai päätetään muun muassa muusta todistelusta ja, jollei sitä ole aikaisemmin tehty, koko välimiesmenettelyn kattavasta aikataulusta. Välimiehet määräävät silloin asianosaisia kuultuaan päivämäärän, johon mennessä kummankin asianosaisen on toimitettava välimiehille ja vastapuolelleen kaikkien niiden henkilöiden kertomukset, joihin he haluavat vedota.²³ Yleensä on tarkoituksenmukaista määrätä, että asianosaisten on toimitettava muutkin todisteet, joihin he haluavat nojautua, tuohon päivämäärään mennessä. Välimiesten on kuitenkin tällaisessa tapauksessa määrättävä vielä toinen päivämäärä, johon mennessä kummallakin asianosaiselle varataan tilaisuus vastatodisteluna toimittaa täydennettyjä tai uusia todistajankertomuksia. Näiden uusien kirjallisten todistajankertomusten tulee kuitenkin olla vain sellaisia, joihin vastapuolen esittämät todistajankertomukset ja muut

²¹ Ks. IBA:n todistelusaännöt 3.7 artikla, jonka mukaan välimiehet voivat poikkeustapauksessa nimetä puolueettoman asiantuntijan arvioimaan, sisältävätkö asiakirja sellaisia seikkoja, jota vaitiolovelvollisuus tai -oikeus koskee.

²² Todistajankertomuksella tarkoitetaan tässä myös asianosaisten ja heidän edustajiensa todistelutarkoituksessa antamia kertomuksia. Vastaavasti tarkoitetaan todistajalla jäljempänä, jollei muuta ilmene, myös asianosaisia ja heidän edustajia eikä siis vain asianosaissiirin ulkopuolisia henkilöitä.

²³ Asianosaisten tasapuolinen kohtelu puhuu vahvasti sen puolesta, että asianosaisia kehoitetaan toimittamaan kirjalliset todistajankertomukset samaan päivämäärään mennessä. Jos toinen asianosainen ei ole toimittanut näitä kertomuksia määräajassa, välimiesten ei tulisi antaa tälle hänen vastapuoleltaan saamia kertomuksia ennen kuin hän itse toimittaa nimeämiensä todistajien kirjalliset kertomukset. Näin myös *Heuman* (alav. 2) s. 450 s.

todisteet ovat antaneet aiheen eli toisin sanoen ”vastauksia” asianosaisen vastapuolen toimittamissa todistajankertomuksissa tai muissa todisteissa esitettyyn tai näistä todisteista ilmeneviin uusiin seikkoihin.

Edellä mainitut samoin kuin muutkin määrääajat välimiesmenettelyn aikataulussa, tulisi asettaa siten, että ne ovat riittäviä, mutteivät sen pitempiä. Välimiesmenettelyn aikatauluun sisältyviä määräaikoja tulisi voida pidentää vain äärimmäisissä poikkeustapauksissa, koska tietyn määrääjan pidentäminen aiheuttaa usein sen, ettei muitakaan koko välimiesmenettelyn kattavaan aikatauluun sisältyviä määräaikoja voida noudattaa.²⁴ Lisäksi olisi asianosaisille ilmoitettava, ettei muita todistajia kuulla suullisesti välimiesoikeuden istunnossa kuin niitä, jotka määräaikaan mennessä ovat antaneet kirjallisen kertomuksen.

Todistelutarkoituksessa kuultavien henkilöiden kertomusten toimittaminen näin kirjallisina on omiaan huomattavasti lyhentämään asian suullisen käsittelyn kestoa. Kun asianosaiset ja välimiehet ovat hyvissä ajoin ennen asian suullista käsittelyä istunnossa voineet tutustua näihin kertomuksiin, kumpikin asianosainen voi päättää ja ilmoittaa välimiehille, keitä hänen ja hänen vastapuolen nimeämistä henkilöistä on tarpeen kuulustella suullisesti istunnossa. Myös välimiehet voivat itse ilmoittaa asianosaisille, keiden he haluavat saapuvan henkilökohtaisesti kuulusteltaviksi. Lienee kuitenkin sängen harvinaista, että välimiehet vaativat jonkun henkilön saapumista kuulusteltavaksi, jos kumpikaan asianosainen ei sitä halua. Jos kumpikin asianosainen katsoo, ettei todistajaksi nimetyn henkilön tarvitse saapua henkilökohtaisesti kuulusteltavaksi, ei tästä kuitenkaan sinänsä voida päätellä, että asianosaiset ovat yhtä mieltä siitä, että kirjallisessa kertomuksessa esitetty pitää paikkansa.²⁵ Mikä merkitys todistajan kirjalliselle kertomukselle on annettava tällaisessa tapauksessa, on harkittava erikseen kussakin yksittäistapauksessa, ottaen huomioon muu asiassa esitetty näyttö.

Siinäkin tapauksessa, että todistajaa halutaan kuulla suullisesti välimiesoikeuden istunnossa, voi hänen etukäteen toimittamansa kirjallinen kertomus huomattavasti lyhentää asian suullisen käsittelyn kestoa. Kirjallinen kertomus korvaa näet ainakin suurimman osan pääkuulustelusta eikä todistajan nimenneen asianosaisen tule sallia ennen vastakuulustelua esittää kuin muutama kirjallista todistajankertomusta selventävä tai täydentävä kysymys.²⁶ Sitä vastoin todistajan nimenneen asianosaisen vastapuolella on tietenkin oikeus täydelliseen vastakuulusteluun, minkä jälkeen todistajan nimenneellä henkilöllä on oikeus uudelleenkuulusteluun, jossa pyritään selvittämään, onko todistajalla aihetta vielä muuttaa tai täydentää antamiaan lausumia. Kuitenkin myös vastakuulustelu saattaa kirjallisen kertomuksen johdosta sujua selvästi nopeammin, kun todistajan nimenneen asianosaisen vastapuoli hyvissä ajoin on saanut tietoonsa todistajan kertomuksen. Myös välimiehille on yleensä helpompaa esittää

²⁴ Ks. aikataulusta ja määräaajoista tarkemmin *Kaufmann-Kohler*, *The Journal of World Investment & Trade* 2004 s. 70 s.

²⁵ Ks. myös IBA:n todistelusaännöt 4.9 artikla.

²⁶ Termeistä pääkuulustelu, vastakuulustelu (cross examination) ja uudelleenkuulustelu ks. esim. *Lappalainen* (alav. 7) s. 249 ss. Uudelleenkuulustelu ei saa koskea uusia seikkoja, jolleivät välimiehet erityisestä syystä toisin määrää. Ks. tästä esim. *Heuman* (alav. 2) s. 450 alav. 380.

todistajalle tarpeelliseksi katsomiaan kysymyksiä, kun he ovat etukäteen voineet perehtyä todistajan antamaan kirjalliseen kertomukseen.

Miten välimiesten tulisi menetellä, jos kirjallisen kertomuksen antanut todistaja ei voi saapua tai ei suostu saapumaan henkilökohtaisesti kuulusteltavaksi? Jos asianosaiset sopivat, että kertomus todistajan poissaolosta huolimatta saadaan asiaa ratkaistaessa ottaa huomioon todisteena, välimiesten on tietenkin näin meneteltävä. Heidän asiansa on kuitenkin harkita, minkä todistusarvon he kertomukselle antavat. Sen varalta, etteivät asianosaiset sovi siitä, että kertomus todistajan poissaolosta huolimatta saadaan ottaa tällä tavalla huomioon, välimiesten tulisi kuitenkin jo asettaessaan määräpäivän kirjallisten todistajankertomusten toimittamista varten ilmoittaa, mitä seuraa siitä, ettei todistaja saavu kuulusteltavaksi suullisesti välimiesten istuntoon, vaikka jompikumpi asianosainen sitä vaatii. Välimiehet voivat esimerkiksi ilmoittaa, että kirjallinen todistajankertomus otetaan asiaa ratkaistaessa todisteena huomioon vain siinä tapauksessa, että kertomuksen antaja saapuu välimiesten istuntoon henkilökohtaisesti kuulusteltavaksi, jolleivät asianosaiset sovi toisin.

Niissä tapauksissa, joissa todistajalla on laillinen este saapua henkilökohtaisesti kuulusteltavaksi, saattaa kuitenkin olla kohtuutonta jättää hänen antamansa kirjallinen todistajankertomus kokonaan huomioon ottamatta. Lähinnä tällaisten tapausten varalta on ehkä syytä edellä mainitussa ilmoituksessa vielä mainita, että myös välimiehet voivat erityisestä syystä päättää, että todistajan kirjallinen kertomus otetaan huomioon hänen poissaolostaan huolimatta.²⁷ Lievempi vaihto on ilmoittaa asianosaisille, että todistajan poisjääminen vaikuttaa haitallisesti kirjallisen kertomuksen todistusarvoon ja saattaa jopa johtaa siihen, ettei todistajankertomusta oteta lainkaan huomioon.²⁸ Yleensä voidaan lähteä siitä, ettei kirjallisella kertomuksella ole samanlaista todistusarvoa kuin suullisesti annetulla kertomuksella silloin, kun todistaja ei ole ollut henkilökohtaisesti kuulusteltavana välimiesoikeuden istunnossa.

Silloin kun todistajankertomuksilla on tarkoitus näyttää toteen useampi seikka, saattaa joissakin tapauksissa olla tarkoituksenmukaisempaa jaksottaa todistajainkuulustelu teemoittain. Tällöin todistajainkuulustelu rajoitetaan koskemaan tiettyä teemaa kerrallaan eikä todistajia siis kuulustella vuorollaan kaikesta siitä, mistä heitä on kutsuttu todistamaan. Mahdollista on myös toimittaa todistajainkuulustelu teemoittain ns. todistajainkonferenssin muodossa eli siten, että kaikki tietyn seikan selvittämistä varten nimetyt todistajat yhtä aikaa saapuvilla ollen kuulustellaan vuorollaan. Näin on tietävästi joskus meneteltykin.²⁹

Jos todistelutarkoituksessa kuulusteltava kieltäytyy vastaamasta esitettyyn kysymykseen, jolla voidaan katsoa olevan asiassa merkitystä, välimiehet voivat tehdä päätelmiä, jotka ovat epäedullisia hänet todistajaksi nimenneelle asianosaiselle. Näin on varsinkin silloin, kun todistajaksi nimetty on asianosaisen, asianosaisen edustaja tai muuten asianosaiselle läheinen taikka todistajalla muuten on henkilökohtainen intressi asiassa. Tällaisen todistajan kertomuksella

²⁷ Ks. myös IBA:n todistelusäännöt 4.8 artikla.

²⁸ Näin LCIA: välimiesmenettelysäännöt. 20.4 artikla.

²⁹ Ks. tästä *Kaufmann-Kohler* (alav. 24) s. 71.

on tosin yleensä jo muutenkin heikompi todistusarvo kuin täysin ulkopuolisen todistajan kertomuksella. Muissakin tapauksissa saattaa todistajan kieltäytyminen vastaamasta todistajan nimenneen asianosaisen vastapuolen tai välimiehen kysymyksen oikeuttaa välimiehet tekemään tästä päätelmiä, jotka ovat todistajan nimenneelle asianosaiselle epäedullisia.

Jos todistajalla kuitenkin sovellettavien oikeusohjeiden mukaan on katsottava olevan kysymyksessä olevaa seikkaa koskeva vaitiolovelvollisuus tai -oikeus, ei todistajan kieltäytymisestä saa tehdä asianosaisen kannalta epäedullista päätelmää. Näin on asianlaita siinäkin tapauksessa, että asianosaisen suostumus poistaisi vaitiolovelvollisuuden. Silloin kun todistaja on Suomesta, on täällä tapahtuvassa välimiesmenettelyssä kysymys hänen vaitiolovelvollisuudestaan ja -oikeudestaan ratkaistava samalla tavalla kuin oikeudenkäynnissä OK 17:23:n ja OK 17:24:n mukaan. Jos sitä vastoin todistaja tulee vieraasta valtiosta ja itse menettelyä esimerkiksi asianosaisen kotipaikan tai muun seikan perusteella voidaan pitää kansainvälisenä, ei kuitenkaan näytä itsestään selvältä, että todistajan vaitiolovelvollisuutta tai -oikeutta tulisi arvioida yksinomaan Suomen lain mukaan, vaikka näin ilmeisesti olisi tehtävä siinä todistajankuulustelussa, joka toimitetaan käräjäoikeudessa VML 29 §:n nojalla. Tällaisessa tapauksessa näyttäisi kohutuulliselta, että todistaja voisi vedota myös sen valtion vastaaviin säännöksiin, jossa hänellä on kotipaikka. Tämäkään ratkaisu ei aina ole tyydyttävä, koska se saattaa johtaa siihen, ettei asianosaisia voida katsoa kohdellun tasapuolisesti välimiesmenettelyssä. Näin ollen välimiesten tulisi kussakin yksittäistapauksessa harkita, estääkö vieraan valtion laissa säädetty vaitiolovelvollisuus tai vaitiolo-oikeus välimiehiä tekemästä todistajan kieltäytymisestä asianosaisen kannalta epäedullisia päätelmiä.

Loppusanat

Edellä on ollut mahdollista käsitellä vain eräitä välimiesmenettelyssä tapahtuvaan todisteluun liittyviä kysymyksiä. Tarkoituksena on muun muassa ollut korostaa sitä, että todistelu välimiesmenettelyssä voidaan järjestää oleellisilta kohdin eri tavoin kuin valtion tuomioistuimessa. Sitä vastoin se, mitä edellä on esitetty, ei suinkaan kaikilta osin ole tarkoituksenmukaista jokaisessa Suomessa tapahtuvassa välimiesmenettelyssä. Todistelusta, niin kuin menettelystä yleensä, päätettäessä on otettava huomioon jutun erityispiirteet, asianosaisten toivomukset ja perustellut odotukset sekä asianosaisille aiheutuvat kustannukset. Todistelun järjestäminen mahdollisimman tarkoituksenmukaisella tavalla edellyttää ennen kaikkea, että sekä välimiehillä että asianosaisten asiamiehillä on hyvät teoreettiset tiedot ja riittävä käytännön kokemus. Tällaiset tiedot ja tällainen kokemus on Suomessa varsinkin sillä henkilöllä, jolle tämä kirja on omistettu.