



Jurkka Jämsä

OIKEUDELLISET  
TODISTELUNRAJOITTEET  
RIKOSASIASSA

## OIKEUDELLISET TODISTELUNRAJOITTEET RIKOSASIASSA



SUOMALAISEN LAKIMIESYHDISTYKSEN JULKAISUJA  
A-sarja N:o 343

---

Jurkka Jämsä

OIKEUDELLISET  
TODISTELUNRAJOITTEET  
RIKOSASIASSA

Yliopistollinen väitöskirja, joka Helsingin yliopiston oikeustieteellisen tiedekunnan suostumuksella esitetään julkisesti tarkastettavaksi perjantaina 22. tammikuuta 2021 kello 12.

WITH AN ENGLISH ABSTRACT

*Tilausosoite*

Suomalainen Lakimiesyhdistys

Kasarmikatu 23 A 17

00130 Helsinki

p. 09 6120 300

toimisto@lakimiesyhdistys.fi

www.lakimiesyhdistys.fi

Verkkokirjan ISBN 978-951-855-427-4

© 2020 Suomalainen Lakimiesyhdistys ja Jurkka Jämsä

ISSN-L 0356-7206

ISSN 0356-7206

ISBN 978-951-855-385-7

Taitto: Taittopalvelu Yliveto Oy

Oy Nord Print Ab, Helsinki 2020

---

# Alkusanat

Väitöstutkimukseni on monella tapaa jatkoa Helsingin yliopiston Conflict Management Institutun julkaisemalle maisterintutkielmalleni. Kiinnostukseni todistelunrajoitteita kohtaan heräsi seminaarissa, jonka aiheena oli todistus oikeus. Laatiessani itsekriminointisuoja käsitellyttä harjoitusainetta jouduin ensimmäisen kerran pohtimaan, mitä oikeastaan tarkoittaa, ettei syyksilukevaa tuomiota voida perustaa ”yksin tai pääasiassa” tiettyyn todisteeseen. Pohdintani laajenivat alaviitteestä ensin maisterintutkielmaksi ja nyt väitöskirjaksi. On aika esittää kiitokset niille, jotka ovat myötävaikuttaneet työn valmistumiseen eri tavoin. Valitettavasti tässä ei ole mahdollista mainita kaikkia heistä.

Ensiksi haluan kiittää työnohjaajiani professori emeritus Risto Koulua ja dosentti, OTT Pasi Pölöstä. Risto on suhtautunut projektiin kannustavasti jo siitä lähtien, kun uskaltauduin ensi kerran ajattelemaan jatkotutkimintoa ääneen maisteriseminaarin jälkeen. Seminaarin vetäjänä ja prosessioikeuden vastuuopettajana hän oli luonteva valinta työnohjaajaksi. Lisäksi Ristosta on ollut suuri apu erilaisissa yliopistobyrokratian käänneissä. Ilokseni myös Pasi oli hankkeesta kiinnostunut ja suostui toiseksi työnohjaajaksi. Hänen asiantuntemuksensa todistus oikeuden kysymyksistä ylipäättään sekä ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännöstä ja todistelunrajoitteista on ollut korvaamattoman tärkeää. Kiitän molempia varsin rakentavasta palautteesta tutkimustyön eri vaiheissa.

Suostumisesta väitöskirjan esitarkastajiksi kiitän professori emeritus Antti Jokelaa ja dosentti, OTT Antti Tapanilaa. Heiltä olen saanut tarkkaa ja rakentavaa palautetta, joka on johtanut moniin tarpeellisiin tarkennuksiin ja korjauksiin vielä työn loppuvaiheessa. Kiitän heitä myös siitä, että lopullinen esitarkastuslausunto ehti valmiiksi varsin lyhyessä aikataulussa, joka johtui väittelijästä. Antti Tapanila on antanut käsikirjoituksesta hyvin yksityiskohtaista palautetta, joka on ollut erityisen arvokasta erityisesti sen vuoksi, että hän tuntee perusteellisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntöä. Lisäksi hän on ystävällisesti suostunut vastaväittäjän aikaa vievään tehtävään, mistä myös lausun kiitokseni.

Tutkimus on kirjoitettu käytännössä kokonaan päivätyön ohessa. Kiitän sen vuoksi kaikkia työnantajiani ja esimiehiäni joustavuudesta työn ja tutkimustyön yhteensovittamisessa. En ole pitänyt sitä itsestään selvänä. Akateemiset pyrkimykseni ovat saaneet osakseen ymmärrystä ensin Asianajotoimisto Kalasatamassa, sen jälkeen Kainuun käräjäoikeudessa ja viimeksi runsaan kolmen vuoden ajan Vaasan hovioikeudessa. Kiitän tästä erityisesti asianajaja Uula

Nordenswania, käräjätuomari Anne Moilasta, hovioikeuden presidentti Tapani Vasamaa sekä osaston johtajia Eija-Liisa Heliniä ja Petteri Korhosta.

Vaasan hovioikeuden henkilöstö ansaitsee kollektiivisesti kiitokset, koska niin monet työtoverit ovat eri tavoin edistäneet tutkimustyötäni. Erityiskiitokset osoitan hovioikeudenneuvos, OTT Timo Saranpäälle ja osaston johtaja Petteri Korhoselle, joilta saatu kriittinen palaute on parantanut työni laatua merkittävästi. Kummankin osaamisessa yhdistyvät syvälliset teoreettiset tiedot sekä monivuotinen käytännön kokemus tuomioistuintyöstä. Kanssani hovioikeuden esittelijöinä työskennelleistä kollegoista kiitän OTM, KTL Matti Vaattovaaraa, OTM Mari Tikkalaa ja OTM Heidi Grönholmia. Vaasan oikeustieteellisen koulutuksen doktorandikollegoista kiitän OTM Annina Wahlbeckiä lukuisista käytännön neuvoista, joista on ollut suuri apu.

Taloudellisesta tuesta osoitan kiitokseni Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiölle, joka on myöntänyt minulle vuodeksi tutkimusapurahan. Säätiön hallitus on ystävällisesti joutanut siten, että olen voinut käyttää apurahan puoliaikaisesti kahden vuoden aikana. Tänä aikana olen hoitanut puoliaikaisesti hovioikeuden esittelijän virkaa. Olga ja Kaarle Oskari Laitisen säätiö on myöntänyt apurahan myös väitöskirjan kustantamiseen. Suomalaista Lakimiesyhdistystä kiitän väitöskirjan hyväksymisestä perinteikkääseen A-sarjaan ja kustannustoi-  
mittaja, OTM Raisa Uljasta laadukkaasta toimitustyöstä.

Lopuksi kiitän vanhempiani, jotka ovat aina kannustaneet minua eteenpäin, mutta antaneet minun päättää suunnan ja vauhdin. Jatko-opintoihin kuuluneesta metodiseminaarista löysin yllättäen elämänkumppanin, joka on ollut korvaamaton tuki tutkimustyön loppusuoralla. Tästä kiitän lämpimästi Mehrnooshia.

Vaasan hovioikeudessa loppusyksyllä 2020

*Jurkka Jämsä*

---

# Sisällys

ALKUSANAT.....	V
1 JOHDANTO .....	1
1.1 Tutkimustehtävä .....	1
1.2 Metodi .....	7
1.3 Rikosprosessin vaiheet .....	13
2 TODISTELU OSANA RIKOSPROSESSIA.....	19
2.1 Rikosprosessin tarkoitus.....	19
2.1.1 Funktiokeskustelusta.....	19
2.1.2 Tuomion oikeellisuuden tavoite.....	24
2.1.3 Menettelyllinen oikeusturva.....	27
2.2 Vapaa todistusteoria .....	34
2.2.1 Aineellisen totuuden tavoite.....	34
2.2.2 Rooliperiaatteet todistelussa .....	38
2.2.3 Vapaa todistelu .....	45
2.2.4 Vapaa todistusharkinta .....	51
2.2.5 Tuomitsemiskynnys.....	56
2.3 Laillinen näyttö .....	65
2.3.1 Prosessuaalinen totuus .....	65
2.3.2 Todisteen luotettavuus.....	69
2.3.3 Suojeluintressit.....	72
2.3.4 Periaatepunninta.....	78
2.3.5 Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus.....	82
3 OIKEUDELLISTEN TODISTELUNRAJOITTEIDEN JÄRJESTELMÄ .....	87
3.1 Todistelunrajoitteet.....	87
3.1.1 Erilaisia käsitejaotteluja .....	87
3.1.2 Kohde .....	90
3.1.3 Joustavuus .....	93
3.1.4 Ulottuvuus.....	98
3.2 Hyödyntämiskysymys .....	102
3.2.1 Vaihtoehtoiset ratkaisumallit.....	102
3.2.2 Mahdollisia arviointiperusteita .....	106
3.2.3 Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus.....	115



3.2.4	Vakavuus, vaikuttavuus ja vakauttaminen.....	118
3.2.5	Hyödyntämiskiellon etäisvaikutus .....	121
3.3	Menettelykysymyksiä.....	127
3.3.1	Ennakollinen hyödyttäminen.....	127
3.3.2	Oikeudenkäynti .....	131
3.3.3	Näyttökynnys todistelunrajoitetta sovellettaessa.....	133
3.3.4	Oikeusvoima ja muutoksenhaku .....	138
4	YKSITTÄISIÄ TODISTELUNRAJOITTEITA .....	143
4.1	Todistelun epääminen .....	143
4.1.1	Tarpeeton todistelu .....	143
4.1.2	Punnintaan perustuva epääminen .....	148
4.2	Kuultavan ja asiantuntijan kelpoisuus .....	151
4.2.1	Yleinen kelpoisuus .....	151
4.2.2	Eriytynyt kelpoisuus.....	154
4.3	Preklusio .....	158
4.4	Kansainvälinen oikeusapu .....	162
4.5	Muodollinen prosessinjohto .....	163
4.6	Tukitodistelu.....	165
4.6.1	Käsite ja funktio .....	165
4.6.2	Tukitodistelun lajit .....	170
4.6.3	Tukitodisteluvaatimuksia .....	173
5	TODISTAMISKIELLOT .....	183
5.1	Funktio.....	183
5.2	Kohde .....	184
5.3	Joustavuus.....	189
5.3.1	Poikkeusperusteet.....	189
5.3.2	Suostumus todistamiseen .....	191
5.3.3	Todistamiskiellon murtaminen.....	194
5.4	Ulottuvuus .....	200
5.4.1	Hankkiminen .....	200
5.4.2	Esittäminen.....	204
5.4.3	Hyödyttäminen .....	206
6	MYÖTÄVAIKUTTAMATTOMUUSPERIAATE.....	213
6.1	Funktio.....	213
6.2	Kohde .....	218
6.2.1	Itse- tai läheiskriminoivat todisteet .....	218

6.2.2	Suojatut henkilöt .....	221
6.2.3	Oikeudenloukkausten tyyppitilanteet.....	229
6.2.4	Ilmoitusvelvollisuus ja sen laiminlyöminen.....	234
6.2.5	Oikeus avustajaan.....	238
6.3	Joustavuus.....	245
6.3.1	Oikeudesta luopuminen.....	246
6.3.2	Ibrahim-kriteerit .....	250
6.3.3	Läheiskriminointisuojaan murtaminen .....	267
6.3.4	Eriyistilanteita .....	270
6.4	Ulottuvuus .....	272
6.4.1	Hankkiminen .....	273
6.4.2	Esittäminen.....	280
6.4.3	Hyödyntäminen .....	289
7	TODISTUSMETODIKIELLOT .....	299
7.1	Kidutuksen kieltö .....	300
7.1.1	Funktio .....	300
7.1.2	Kohde .....	302
7.1.3	Joustavuus ja ulottuvuus .....	307
7.2	Rikosprovokaation kieltö.....	310
7.2.1	Funktio .....	310
7.2.2	Kohde .....	313
7.2.3	Joustavuus ja ulottuvuus .....	315
7.2.4	Vaihtoehtoista oikeusseuraamuksista .....	317
8	TODISTEEN LAINVASTAINEN HANKKIMINEN .....	321
8.1	Funktio.....	321
8.2	Kohde .....	323
8.3	Hankkimisrajoitteet .....	325
8.3.1	Esitutkintaperiaatteet.....	325
8.3.2	Kuulusteltavan kohtelu.....	329
8.3.3	Todistelupakkokeinot .....	331
8.3.4	Todisteen hankkiminen rikoksella.....	338
8.4	Esittämisrajoitteet.....	340
8.5	Hyödyntämisen rajoittaminen .....	342
8.5.1	Ylimääräisen tiedon käyttö .....	342
8.5.2	Harkinnanvarainen hyödyntämiskieltö.....	346
8.5.3	Arviointikriteerit .....	352
8.5.4	Kokonaisarviointi .....	366

9	TODISTELUN KONTRADIKTORISUUS JA VÄLITTÖMYYS ..	369
9.1	Funktio.....	369
9.2	Kohde ja joustavuus.....	374
9.3	Hankkimisvaihe .....	379
9.3.1	Esitutkinta-aineiston asianosaisjulkisuus .....	379
9.3.2	Vastakuulustelumahdollisuus esitutkinnassa.....	385
9.3.3	Anonyymistä todistelusta päättäminen .....	392
9.4	Esittämisvaihe .....	398
9.4.1	Oikeudenkäyntiaineiston asianosaisjulkisuus .....	399
9.4.2	Vastakuulustelumahdollisuus pääkäsitelyssä .....	406
9.4.3	Kirjallisen kertomuksen käyttökielto .....	411
9.4.4	Käyttökiellon poikkeukset .....	414
9.4.5	Anonyymi todistelu.....	423
9.5	Hyödyntämisvaihe.....	427
9.5.1	Kontradiktorisuuteen perustuva hyödyntämiskielto.....	427
9.5.2	Käyttökiellon vastainen menettely oikeudenkäyntivirheenä.....	428
9.5.3	Sole or decisive rule .....	432
9.5.4	Hyväksyttävä peruste .....	439
9.5.5	Lausuman merkitys .....	441
9.5.6	Tasapainottavat tekijät ja kokonaisarviointi .....	448
10	LOPUKSI .....	459
10.1	Oikeudellisten todistelunrajoitteiden järjestelmä .....	459
10.2	Ajatuksia de lege ferenda .....	463
	ABSTRACT.....	469
	LÄHTEET.....	471
	OIKEUSTAPAUSHAKEMISTO.....	485
	LYHENTEET.....	493
	ASIAHAKEMISTO.....	495

---

# 1 Johdanto

## 1.1 TUTKIMUSTEHTÄVÄ

Rikosprosessissa tulee yhä useammin arvioitavaksi se, miten todisteita saadaan *käyttää* eli hankkia, esittää ja ottaa huomioon asiaa ratkaistaessa. Laaja yksimielisyys vallinnee siitä, ettei totuutta saa rikosasioissaan selvittää millä keinoilla hyvänsä,<sup>1</sup> mutta heti tämän lähtökohdan tultua todetuksi ilmenee lukuisia rajanvetokysymyksiä. Mitä keinoja todistelussa voidaan hyväksyä ja mitä ei? Mitkä tekijät vaikuttavat keinojen hyväksyttävyyteen? Onko tilanteita, joissa todisteen hyödyntäminen voidaan sallia oikeudenloukkauksesta huolimatta? Mitä vaihtoehtoja kiellon asettamiselle on? Kysymyksiin ei voi tarjota juurikaan yksiselitteisiä ratkaisuja, mutta tarkastelemalla todistelua rajoittavien säännösten järjestelmää voidaan havaita päätöksentekoa ohjaavia periaatteita ja eri tavoin vaikuttavia rajoitteita.

Todistusosoikeus eli todistelua koskeva yleisen prosessioikeuden osa oli Suomessa lainsäädännöllisesti pitkään vuoden 1734 lain oikeudenkäymiskaaren varassa (1.1.1734/4, VVOK 17 luku). Keskeiset todistelusäännökset sijaitsevat edelleen tuon lain 17 luvussa. Säännökset uudistettiin ensimmäisen kerran vuonna 1948 (29.7.1948/571, VOK 17 luku), jolloin mallia otettiin Ruotsin uudesta prosessilaista rättegångsbalkista (18.7.1942/740, RB). Ruotsissa uudistus oli laajempi ja johti todistelua koskevien säännösten pilkkomiseen useaan eri lukuun. Tuolloin merkittävin periaatteellinen muutos oli siirtyminen legaalisesta todistusteoriasta vapaaseen todistusteoriaan. Toisaalta VVOK 17 lukua voidaan pitää omaan aikaansa nähden jopa erittäin modernina sääntelyinä.<sup>2</sup>

Viimeisin *todistelu-uudistus* tuli voimaan vuoden 2016 alusta (12.6.2015/732). Siihen sisältyvät muun muassa uudistetut säännökset todistamiskielloista, hyödyntämiskiellosta ja anonyymistä todistelusta.<sup>3</sup> Joidenkin säännösten sisältö vastaa tosin edelleen pitkälti VOK:n ja osin jopa VVOK 17 luvun säännöksiä.<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> Ks. esim. Fredman ym. 2020 s. 10, Pölonen – Tapanila 2015 s. 28, Jackson – Summers 2012 s. 153, Torgersen 2009 s. 1–5, Brøbech 2003 s. 21, Trechsel 1997 s. 100, Ervo 1996 s. 54 ja Hormia 1978 s. 10–11.

<sup>2</sup> Mielenkiintoisena analyysinä vuoden 1734 todistelusäännöksistä ks. Lainpelto 2012 s. 29–57 ja uudistuksen taustasta Suomessa Tirkkonen 1949 s. 1–8.

<sup>3</sup> HE 46/2014 vp s. 1–2.

<sup>4</sup> Ks. esim. tuomarin velvollisuutta muistuttaa valan tai nykyisin vakuutuksen merkityksestä

Uudistuksen voi kuitenkin katsoa johtaneen lopullisesti todistusoikeutemme eurooppalaistumiseen, sillä sääntelyn taustalla on monin paikoin Euroopan unionin (EU) ja Euroopan neuvoston oikeutta. Todistusoikeuteemme on vaikuttanut erityisesti Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen (EIT) ratkaisukäytäntö, joka koskee Euroopan ihmisoikeussopimuksen (SopS 18–19/1990, EIS) 6 artiklassa turvattua oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Artiklan tulkitseminen on osoittautunut monin tavoin haasteelliseksi, mikä ei ole helpottanut lainsäätäjän työtä.<sup>5</sup>

Todistelu-uudistuksen myötä todisteiden hyödyntämistä koskeva oikeustila on merkittävästi muuttunut. Aikaisemmin hyödyntämiskiellon asettamisesta ei ollut säännöstä laissa. Toisaalta yleisenä lähtökohtana on ollut, että tuomioistuimen ratkaisun tulee perustua lailliseen oikeudenkäyntiaineistoon.<sup>6</sup> Vastaavasti laitonta oikeudenkäyntiaineistoa – siis myöskään todistelua – tuomioistuin ei saisi ottaa huomioon. Eräät oikeusnormit rajoittavat nimenomaisesti todisteiden hankkimista, esittämistä tai hyödyntämistä. Ilmeinen lähtökohta oikeusvaltiossa on, että näitä normeja tulisi noudattaa. Lisäksi ei voitane sallia ainakaan automaattisesti sitä, että jonkin oikeudellisen todistelunrajoitteen rikkominen olisi täysin merkityksetöntä. Säännökset menettäisivät tällöin tehoaan ja voitaisiin kysyä, miksi ne on ylipäätään säädetty, jos rikkomisesta ei seuraa mitään.

Tarkastelen tässä tutkimuksessa *oikeudellisia todistelunrajoitteita* eli erilaisia säännöksiä, jotka rajoittavat tuomioistuimen käytettävissä olevaa selvitystä tosiasioista ja merkitsevät näin ollen poikkeamista todistelumenettelyn vapaudesta. Määrittäessään tietyt todisteet laittomiksi nämä säännökset määrittävät vastaavasti, mikä on *laillista näyttöä*. Oikeusnormien lisäksi myös erilaiset prosessinulkoisen todellisuuden olosuhteet voivat rajoittaa mahdollisuuksia näyttää toteen seikkoja oikeudessa. Niitä nimitetään vastaavasti tosiasiallisiksi todistelunrajoitteiksi.<sup>7</sup> Oikeudelliset todistelunrajoitteet eivät ole keskenään samanlaisia. Tutkimuksen tärkeänä tavoitteena on, että se tuottaisi käytännön ratkaisutoimintaa palvelevan, täsmällisemmän käsitteellisen viitekehyksen, jo-

---

koskevat VVOK 17:18, VOK 17:31 ja OK 17:46, todistajien kuulemista erillään koskevat VVOK 17:21, VOK 17:33.5 (571/1948) ja OK 17:50.1 sekä todistajan kuulemista asianosaisen läsnä olematta koskevat VVOK 17:22, VOK 17:34.2 (571/1948) ja OK 17:51.1. Muitakin esimerkkejä voitaisiin mainita.

<sup>5</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 17–21, 23 ja 28–29, Virolainen – Pölönen 2003 s. 66–67 ja 73–74. Todistelu-uudistuksen taustasta tiivistetysti Rautio – Frände 2016 s. 1–5.

<sup>6</sup> Lappalainen 1995 s. 54, Virolainen 2017 s. 111, Rautio – Frände 2016 s. 2, Riekkinen 2014 s. 129. VVOK 17 luvun otsikko kuului: Om *laga bewis* i hvarjehanda mål; ks. myös EIS 6(2) artikla: Jokaista rikoksesta syytettyä on pidettävä syyttömänä, kunnes hänen syyllisyytensä on *laillisesti näytetty* toteen [korostukset tässä].

<sup>7</sup> Hormia 1978 s. 64–68, Jonkka 1993 s. 20–21, Torgersen 2009 s. 1 ja 59–60. Ks. myös Beling 1903 s. 3 ja Wigmore 1923 I s. 158, missä oikeudellisia todistelunrajoitteita verrataan esterataan. Termillä todistelunrajoite viitataan jatkossa oikeudellisiin todistelunrajoitteisiin, ellei asiayhteydestä muuta ilmene.

ta voitaisiin käyttää apuna sovellettaessa oikeudellisia todistelunrajoitteita yksittäistapauksissa.

Suomessa vakiintuneen käsitteistön mukaan todistelua rajoittavat todistamiskiellot, jotka jaetaan kohteensa perusteella todistusteemakieltoihin, todistuskeinokieltoihin ja todistusmetodikieltoihin. Hyödyntämiskiellolla tarkoitetaan vastaavasti todistamiskiellon mahdollista oikeusseurausta eli todistamiskiellon vastaisesti esitetyn todisteen sulkemista oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle.<sup>8</sup> Keskeinen väitteeni on, että tällainen käsitteistö ei sovellu riittävästi kuvaamaan ja jäsentämään nykyistä oikeudellisten todistelunrajoitteiden järjestelmää, jota rikastaa erityisesti EIT:n ratkaisukäytäntö. Todistusoikeutemme yleisten oppien käsitteistöä on tästä syystä tarpeen kehittää. Vakiintunut käsitteistö kelpaa kuitenkin nähdäkseni jatkokehittämisen pohjaksi eikä sitä ole tarpeen korvata kokonaan uudella.

Tutkimusteemana on siten todistelun rajoittuminen oikeudellisilla perusteilla. Tutkimuskysymyksenä on, *voidaanko nykyistä, lähinnä todistamiskiellot ja hyödyntämiskiellot erottavaa oikeudellisten todistelunrajoitteiden käsitteistöä kehittää kuvaamaan paremmin näiden rajoitteiden ominaisuuksia ja niiden eroavaisuuksia*. Esitän hypoteesina, että todistelunrajoitteilla on kolme keskeistä ominaisuutta, jotka voivat olla erilaisia: niiden kohde (mitä on rajoitettu?), joustavuus (onko rajoite voimassa poikkeuksetta?) ja ulottuvuus (missä todistelumenettelyn vaiheessa tai vaiheissa rajoitetta sovelletaan?). Näihin ominaisuuksiin ja niiden eroavaisuuksiin perustuva systematiikka soveltuu uskoakseni oikeudellisten todistelunrajoitteiden jäsentämiseen ja tyypittelyyn, jolloin voidaan antaa täsmällisempi kuva kyseisestä prosessi-ilmiöstä.

Tutkimustehtävään liittyy eräitä rajauksia ja painotusvalintoja. Systemaattisointia koskevat kysymykset eivät tosin periaatteessa ole prosessilajiin sidottuja<sup>9</sup>, mutta rikosprosessissa oikeudellisten todistelunrajoitteiden merkitys on yleensä korostunut kaikkein eniten ja lisäksi EIT:n oikeuskäytännöllä on suurin merkitys juuri rikosasioissa. Siviiliprosessi on siten rajattu tutkimuksen ulkopuolelle. Lisäksi tutkimuksessa on painotettu oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimuksesta johdettuja todistelunrajoitteita, joita ei ole toistaiseksi pyritty ainakaan kovin kattavasti jäsentämään osaksi vakiintuneempaa käsitteistöä. Esimerkiksi todistamiskieltoja ei voida johtaa luontevasti oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimuksesta, ja toisaalta hyödyntämiskiellon käsitteeseen ei täysin sovellu niiden kuvaamiseen.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Ks. esim. Vuorenpää 2018 s. 306–307, Riekkinen 2014 s. 124–126, Spring-Reiman 2012 s. 147–148, Frände 2009 s. 373 ja 378, Pölonen 2003 s. 181–189, Lappalainen 2001 s. 143 sekä Hormia 1978 s. 20–21 ja 32.

<sup>9</sup> Lappalainen 2001 s. 143 av. 48.

<sup>10</sup> Oikeuskirjallisuudessa on puhuttu esimerkiksi hyödyntämisestä ”rikkana rokassa” (Ervo 2005 s. 326, Hirvelä 2006 s. 180), liukuvasta hyödyntämisestä (Riekkinen 2014 s. 148) ja hyödyntämismisrajoituksesta (Jämsä 2015 s. 84–85 ja 106–109, Tapanila 2019a s. 236–237).

Tutkimuksen erityisessä osassa tarkoituksena ei ole esittää yksityiskohtaista ja aukotonta kuvausta siitä, miten kukin yksittäinen todistelunrajoite toimii. Tällaiseen kattavuuteen ei olisi tutkimuksen puitteissa mahdollisuksiakaan. Yksittäisiä todistelunrajoitteita tarkastelemalla pyritään korostamaan niiden erilaisuutta toisiinsa nähden sekä täsmentämään niitä ominaisuuksia, jotka on yleisessä osassa katsottu erottamiskykyisiksi. Huomio on pyritty kiinnittämään keskeisimpiin ominaisuuksiin sekä erityisesti EIT:n oikeuskäytäntöön niissä tapauksissa, joissa se tulee näkemykseni mukaan ottaa huomioon kansallisten säännösten tulkinnassa. Varsinaisena tarkoituksena ei myöskään ole osallistua oikeuspoliittiseen keskusteluun, vaikka tutkimuksessa esitetäänkin eräitä huomioita ja ehdotuksia *de lege ferenda*.

Monille todistus-oikeuden käsitteille voidaan antaa laaja tai suppea merkitys, kuten jäljempänä ilmenee. Todistamiskielloilla tai todistuskielloilla voidaan laajassa merkityksessä tarkoittaa kaikkia säännöksiä, jotka rajoittavat todistelun vapautta. Laajimmillaan sen voitaisiin katsoa käsittävän paitsi todisteiden hankkimiseen ja esittämiseen myös niiden hyödyntämiseen kohdistuvat oikeudelliset rajoitteet.<sup>11</sup> Tässä todistamiskielto määritellään merkittävästi suppeammin erääksi todistelunrajoitteiden tyypiksi (ks. luku 5.1). Yläkäsitteenä, joka kattaa kaikki todisteiden käyttämiseen kohdistuvat oikeudelliset rajoitteet, on Hormian käsitettä oikeudellinen todisteluneste vastaava oikeudellinen todistelunrajoite. Rajoitteet voivat olla mekanismiltaan siinä määrin joustavia, että puhuminen esteestä tai kiellosta voi antaa väärän käsityksen niiden ehdottomuudesta.<sup>12</sup>

Hormian mukaan sanayhdistelmä ”oikeudellinen todisteluneste” ilmaisee yläkäsitteen, joka todistamiskielto ohella sulkee piiriinsä eräitä lähi-ilmiöitä, esimerkiksi todistajaksi kelpaamattomuuden. Todistajaksi kelpaamattomuus ei Hormian mukaan ole todistamiskielto, mutta koska se rajoittaa kuitenkin todistelua, kysymyksessä on oikeudellinen todisteluneste. Hormia täsmentää, että neutraalimpi ilmaisu ”todistamisen este” on abstraktiotasoltaan korkeampi kuin ”todistamiskielto”. Todistamisen/todistelun esteen merkityspiiriin kuuluvat Hormian mukaan tarkkaan ottaen myös erinäiset tosiasialliset todistelunesteet; tällaisina voidaan mainita esimerkiksi todistajan kuolema, asiakirjan tuhoutuminen tai teonjälkeinen häviäminen sodan tai luonnonmullistuksen seurauksena.<sup>13</sup> Viimeksi mainittuja nimitetään tässä tosiasiallisiksi todistelunrajoitteiksi, koska ne eivät välttämättä ole ehdottomia. Esimerkiksi ihmisen muistin heikentyminen voi tosiasiallisesti rajoittaa todistelua, vaikkei sitä kokonaan estäisikään.

<sup>11</sup> Riekkinen 2014 s. 124, Pölönen 2003 s. 182, Hormia 1978 s. 50–52 ja 64–73. Ks. myös Frände 2009 s. 373, missä huomautetaan, että näin laaja määritelmä on enemmän tai vähemmän tyhjä ja kaipaa siten täsmentämistä.

<sup>12</sup> Ks. Pölönen – Tapanila 2015 s. 237–238.

<sup>13</sup> Hormia 1978 s. 64–65.

Todistelunrajoitteita on suomalaisessa prosessioikeustieteessä käsitelty verrattain vähän, joskin niitä on sivuttu lukuisissa prosessioikeuden tai todistusoi-  
keuden alaan kuuluvissa teoksissa.<sup>14</sup> Varhaisin suomalainen kokonaisuus aiheesta on *Lauri Hormian* vuosina 1978 ja 1979 kahtena niteenä ilmestynyt väitöstudium.<sup>15</sup> Hormian vahvasti saksalaisiin lähteisiin nojautuva tutkimus on edelleen monin paikoin käyttökelpoinen, mutta on toisaalta selvää, ettei siinä ole esimerkiksi voitu ottaa huomioon EIT:n oikeuskäytännön merkitystä. Hormian jälkeen seuraava todistelunrajoitteita laajasti käsitellyt tutkimus on ollut *Pasi Pölösen* väitöskirja vuodelta 2003.<sup>16</sup> Pölösen aiheena tosin on henkilö-  
todistelu rikosprosessissa, mutta sen todistelunrajoitteita käsittelevä osio on erittäin merkittävä lisä alan tutkimukseen.

Kiinnostus todistelunrajoitteita kohtaan on viime aikoina ollut kasvussa, mikä johtunee paljolti todistelu-uudistuksesta. Lisäksi EIT:n oikeuskäytännön jatkuva kehitys tarjoaa hedelmällisiä lähtökohtia aiheen tarkasteluun. Todistelua rajoittavat normit vähintäänkin mainitaan käytännössä kaikissa prosessioikeuden yleisesityksissä, joista voidaan mainita esimerkkeinä *Juha Lappalaisen*<sup>17</sup> ja *Antti Jokelan*<sup>18</sup> teokset. Nykyisin voimassa olevaa rajoitteiden järjestelmää on tarkasteltu todistelu-uudistuksen jälkeen julkaistuissa Pölösen ja *Antti Tapanilan*<sup>19</sup> sekä *Jaakko Raution* ja *Dan Fränden*<sup>20</sup> yleisteoksissa ja *Juhana Riekkisen* artikkelissa<sup>21</sup>. Lisäksi yksittäisiä EIT:n oikeuskäytännöstä johdettavia todistelunrajoitteita on tarkasteltu Tapanilan artikkelituotannossa<sup>22</sup> ja kontradiktori-  
suutta<sup>23</sup> sekä itsekrimointisuoja<sup>24</sup> käsittelevissä teoksissa.

Tutkimuksen rakenne on sellainen, että tarkastelen todistelun vapautta ja sen rajoittamista ensin suhteessa rikosprosessin funktioihin eli sen olemassaolon tarkoitukseen. Rikosprosessioikeuden syvärakenteesta siirrytään tämän jälkeen tarkastelemaan lähinnä oikeuskulttuurin tasolle paikantuvaa vapaata todistus-  
teoriaa ja sen ilmenemismuotoja todistelumenettelyssä.<sup>25</sup> Koska todistelunrajoitteet ovat poikkeussäännöksiä, on niiden soveltamisen taustaksi syytä perehtyä todistusoikeudessa pääsäännön asemassa oleviin todisteiden hankkimisen, esittämisen ja hyödyntämisen vapauteen. Todistelunrajoitteiden merkitys hah-

<sup>14</sup> Ks. esim. Tirkkonen 1949 s. 126–127, Ellilä 1960 s. 257, Jonkka 1992 s. 78–82 ja Virolainen 1998 s. 423–426.

<sup>15</sup> Hormia 1978 ja Hormia 1979.

<sup>16</sup> Pölönen 2003, erit. s. 181.

<sup>17</sup> Lappalainen 2001, erit. s. 215.

<sup>18</sup> Jokela 2015, erit. s. 183.

<sup>19</sup> Pölönen – Tapanila 2015, erit. s. 227.

<sup>20</sup> Rautio – Frände 2016, erit. s. 84.

<sup>21</sup> Riekkinen 2014.

<sup>22</sup> Esim. Tapanila 2010, Tapanila 2013, Tapanila 2014 ja Tapanila 2017.

<sup>23</sup> Tapanila 2019a.

<sup>24</sup> Tapanila 2019b.

<sup>25</sup> Ks. oikeuden tasoista tiivistetysti Tuori 2000 s. 212–216.



mottuu suhteessa näihin vapauksiin sekä todistelumenettelyn eri vaiheisiin. Oikeudelliset todistelunrajoitteet modifioivat etenkin viranomaisten toimintavapauksia rikosprosessin eri vaiheissa ja eri tavoilla.

Vapaan todistusteorian jälkeen tarkastellaan sitä, minkä intressien suojaamiseksi todistelun vapautta voidaan rajoittaa eli modifioida. Rajoittamisperusteita voidaan jäsentää eri tavoin, mutta olennaista on, että rajoittamisen hyväksyttävyyks tulee voida perustella suhteessa vapaaseen todisteluun. Tätä perusteltavuutta voidaan mallintaa periaatepunnintana todistelun rajoittamisen puolesta ja sitä vastaan puhuvien seikkojen välillä. Lähtökohtana on, että todistelun rajoittaminen voi olla oikeudellisesti yhtä puolustettavaa kuin rikosvastuun toteuttaminenkin, eikä näitä tavoitteita voida asettaa *prima facie* sitovaan etusijajärjestykseen. Oikeudellisilla todistelunrajoitteilla suojattavat oikeushyvät voivat olla yhtä merkityksellisiä tai jopa merkityksellisempiä kuin yksittäisen rikoksen selvittäminen ja siitä rankaiseminen.

Näiden lähtökohtien tultua hahmotelluiksi siirrytään kolmannessa pääluvussa niihin tukeutuen kehittämään käsitteistöä oikeudellisten todistelunrajoitteiden systemaattiseen tarkasteluun. Esitettävä järjestelmä perustuu todistelun rajoittavien menettelynormien tarkoituksen eli funktion ja keskeisten rakenteellisten osatekijöiden tunnistamiseen. Ne määrittävät kunkin todistelunrajoitteen toimintatavan eli mekanismin. Tämän jälkeen tarkastellaan hyödyntämiskysymyksen ratkaisuvaihtoehtoja. Kenties tärkein todistelun rajoittamiseen liittyvä kysymys on se, millä edellytyksillä tuomioistuimen olisi jätettävä todiste hyödyntämättä. Tämä harkinta jäsenyy hieman eri lähtökohdista kuin todistelun rajoittaminen. Kolmannen pääluvun lopussa tarkastellaan vielä lyhyesti eräitä todistelunrajoitteiden konkreettiseen soveltamiseen liittyviä kysymyksiä, jotka koskevat kaikkia rajoitteita.

Toinen ja kolmas pääluku muodostavat tutkimuksen yleisen osan. Seuraavat pääluvut on jaettu siten, että niissä jokaisessa keskitytään yksittäiseen todistelunrajoitteen tyyppiin. Tyypit määritellään, erotellaan toisistaan ja niiden toimintatapaa kuvataan yleisessä osassa esitettävää käsitejärjestelmää hyödyntäen. Näin tutkimuksen erityinen osa myös testaa käsitejärjestelmän käyttökelpoisuutta. Erityisessä osassa painottuu käytännöllinen lainoppi, kun taas yleisessä osassa näkökulma on enemmän teoreettinen. Tavoitteenani on esittää tulkintakannanottoja erityisesti EIT:n oikeuskäytännön perusteella, koska sen merkitys oikeuslähteenä on todistelu-uudistuksen myötä korostunut ja toisaalta etenkin EIS 6 artiklaa koskevien ratkaisujen tulkitseminen on usein erittäin haastavaa. Kymmenennessä luvussa esitetään joitain lyhyitä johtopäätöksiä.

## 1.2 METODI

Metodilla tarkoitetaan menetelmää, jota käytetään tiedon saavuttamiseksi jostain tutkittavasta asiasta, tässä tapauksessa oikeudellisista todistelunrajoitteista. Oikeustieteellistä metodologiaa ei voida ilmaista kaavamaisesti ja luonnontieteille ominaisella ehdottomuudella. Kysymys on pikemminkin lähestymistavoista tai näkökulmista käsillä olevaan aiheeseen sekä siihen, miten asetettu tutkimustehtävä voidaan toteuttaa.<sup>26</sup> Tutkimuksen tärkeimpänä metodina on *lainoppi* käsitteinä sekä teoreettisen että käytännöllisen tutkimusotteen. Lainoppi tarkoittaa oikeussäännösten systematisointia ja tulkintaa eli tiedon tuottamista oikeusjärjestyksen sisällöstä tekemällä siihen kuuluvia yksittäisiä normeja sekä normien kokonaisuutta paremmin ymmärrettäviksi. Tarkastelu rajautuu tällöin ensisijaisesti oikeuden sisäiseen näkökulmaan.<sup>27</sup>

Lainopin teoreettisempi tehtävä on systematisoida eli järjestellä tutkimuskohteena olevia oikeusnormeja mielekkäiksi kokonaisuuksiksi. Tämä saattaa edellyttää myös uusien, järjestelmää paremmin jäsentävien käsitteiden, periaatteiden tai yleisten oppien kehittämistä.<sup>28</sup> *Prosessikäsitteillä* kuvataan ja jäsennetään prosessioikeudellisia asiointiloja ja ilmiöitä, oikeusnormien kannalta relevantteja tosiseikkoja sekä oikeusseurauksia. Niitä voidaan käyttää oikeudellisissa argumentoinnissa ja ratkaisujen perusteluissa esitysteknisinä apuvälineinä, joilla kuvataan oikeusnormeja ja tosiseikkoja. Tässä esitettävä oikeudellisten todistelunrajoitteiden käsitejärjestelmä kuvaa ja jäsentää erityisesti oikeusnormeja. Lisäksi käsitteet ohjaavat normien tulkintaa, vaikka ne eivät varsinaisesti ole normeja eikä niistä voida johtaa toisia normeja.<sup>29</sup>

Käytännöllinen lainoppi selostaa ja esittää tulkintakannanottoja voimassa olevasta oikeustilasta. Oikeastaan kaikkia oikeusnormeja joudutaan tulkitsemaan, koska niiden sisältö on ilmaistu kielellisesti. Normin soveltaminen edellyttää siten aina tulkintaa.<sup>30</sup> *Todistelunrajoitteiden osalta kysymys on siitä, miten niiden soveltaminen saa aikaan todistelua rajoittavan vaikutuksen eli mikä on niiden mekanismi.* Jäljempänä esitetään, että oikeudellisia todistelunrajoitteita voidaan luokitella erityisesti niiden mekanismien perusteella, koska normit toimivat hieman eri tavoin. Ehdottamani oikeudellisten todistelunrajoitteiden luokittelu- ja käsitejärjestelmä perustuu tällaisiin eroavaisuuksiin.

<sup>26</sup> Aarnio 2006 s. 237.

<sup>27</sup> Aarnio 1978 s. 52–54, Van Hoecke 2011 s. 11–17.

<sup>28</sup> Aarnio 1978 s. 74–87, missä todetaan mm., että uusia systematisointeja puolustellaan tavallisesti sillä, että ne kuvaavat oikeusjärjestystä täsmällisemmin kuin siihen asti tunnetut systematisoinnit. Tässä oikeudellisten todistelunrajoitteiden systematiikkaa pyritään kehittämään juuri sanotussa tarkoituksessa.

<sup>29</sup> Virolainen – Pölönen 2003 s. 158–159.

<sup>30</sup> Aarnio 1978 s. 52 ja 70–73.

Mekanismin tarkastelu ei siten jää tulkintakannanottojen tasolle, vaan se on keskeisessä asemassa myös teoreettisen tarkastelun kannalta.

Lainopin käytännöllisempää tutkimusotetta voidaan pitää pikemminkin tutkimussuuntauksena kuin varsinaisena metodina.<sup>31</sup> En pidä eroa tältä osin kovin merkityksellisenä, vaikka kieltämättä täsmällisempää on määritellä käytännöllisen lainopin metodiksi esimerkiksi kvalitatiivinen tekstianalyysi, jonka kohteena ovat oikeuslähteen asemassa olevat tekstit, kuten tuomioistuinten ratkaisut ja lainsäädännön esityöt. Oikeusohjeiden eksplikoimiseen yksittäisistä tai useista lainkäyttöratkaisuista, kuten EIT:n tuomioista, liittyy myös empiirisen tutkimuksen piirteitä – aineiston keräämistä ja analysointia.<sup>32</sup> *Aulis Aarnio* on pitänyt oikeustiedettä perustellusti metodologialtaan humanistisena tieteenä, joka ei selitä, vaan tulkitsee (esimerkiksi mainittuja tekstejä eli oikeuslähteitä). Lisäksi oikeustiede on Aarnion mukaan tehtävänsä puolesta yhteiskuntatiede syvässä mielessä.<sup>33</sup>

Lainopin metodia on kritisoitu liian käytännönläheisenä tai lakimiesten ammattikunnan kannalta välineellisenä ja siten epätieteellisenä. Esimerkiksi *Panu Minkkisen* mukaan lainoppi tuottaa tietoa liian pienelle piirille, eivätkä sen laatukriteerit ole yhteneviä tai rinnasteisia muiden tieteenalojen kanssa. Lainopin tilalle hän peräänkuuluttaa oikeus- ja yhteiskuntatieteellistä tutkimusta, joka olisi monitieteistä ja palvelisi yhteiskuntaa kokonaisuutena. Vastaavasti käytännön tarpeita palvelevan lainopin hän näkee ongelmallisena oikeustieteen tieteellisyyden kannalta katsoen siis, ettei se välttämättä täytä tieteelle yleisesti asetettavia kriteerejä.<sup>34</sup> Esitän tällaisen kritiikin johdosta muutaman lyhyen huomion metodivalintani puolustamiseksi.

Suomalainen lainoppi tuottaa väistämättä tietoa verrattain pienelle piirille siitä syystä, että tutkimuskohteena on yleensä Suomen oikeus. Useilla muilla tieteenaloilla, kuten lääketieteessä, tutkimustuloksia voidaan suoraan hyödyntää kansainvälisesti. Toiseksi lainoppi mielestäni hyvinkin palvelee yhteiskuntaa kokonaisuutena tuottaessaan lainkäytön tai lakien säätämisen kannalta hyödyllistä tietoa oikeusjärjestyksen sisällöstä. Tällainen tieto vaikuttaa yhteiskuntaan huomattavasti, vaikka tuomareiden tai eduskunnan eri valiokunnissa kuultavien asiantuntijoiden joukko onkin lukumääräisesti pieni. Kolmanneksi lainopin tieteellisyyttä ei nähdäkseni useinkaan kritisoida oikeustieteen ulkopuolelta, vaan tällaisia näkemyksiä esittävät yleensä muita metodeja käyttävät oikeustieteilijät. Heidän soisi tekevän tiedepolitiikkaa

<sup>31</sup> Minkkinen 2017 s. 917.

<sup>32</sup> Dahlberg 2015 s. 18. Ks. oikeuslähteen käsitteestä ja oikeuslähteopista esim. Aarnio 2006 s. 287 ja Tolonen 2003.

<sup>33</sup> Aarnio 2006 s. 238.

<sup>34</sup> Minkkinen 2017 s. 909–915 ja 921–922. Ks. myös Aarnio 2006 s. 237–238 ja Tuori 1998 s. 1002–1005, missä kiteytetään osuvasti: ”Oikeustiedettä on koko vuosisatamme vaivannut eräänlainen perustava huono omatunto. Taustalla on empiristisen tieteenideaalin voittokulku vuosisatamme alkupuolella ja oikeustieteen, erityisesti lainopin, omalaatuinen normatiivisuus, joka ei näy olevan sovitettavissa yhteen tämän ideaalin kanssa.”

esimerkiksi ”oikeus- ja yhteiskuntatieteellisen tutkimuksen” ansioiden perusteella eikä lainopin kustannuksella.<sup>35</sup>

Pyrin rikastamaan lainoppia kahdella erityisellä näkökulmalla näiden nousematta kuitenkaan varsinaisesti metodeiksi. Ensinnäkin esitän oikeusvertailevia havaintoja muiden oikeusjärjestysten todistelunrajoitteista ja todistus oikeudesta laajemminkin. Tällainen tutkimusote on määriteltävissä lähinnä *praktiseksi (oikeus)vertailuksi*, jolla on lainopin metodia täydentävä tehtävä. Se tarkoittaa vertailevan informaation ja vertailevien argumenttien hyödyntämistä osana lainopin metodia tai sen tukena. Kysymys ei ole sellaisesta funktionalistisesta oikeusvertailusta, jossa pyrittäisiin objektiivisesti vertailemaan eri oikeusjärjestyksiä tai ymmärtämään niitä oikeuskulttuurin tasolla. Pyrkimyksenä on ainoastaan ”välineellisesti hyödyntää ulkomaisia sääntelyratkaisuja, oikeusperiaatteita tai vakiintuneita oikeuskäytäntöjä joko suoraan tai soveltaen”.<sup>36</sup>

Suomessa on usein otettu jopa kaavamaisen tarkasti mallia Ruotsin oikeudesta. Oikeusvertailevat havainnot Ruotsin ja laajemminkin Pohjoismaiden oikeusjärjestyksistä ovat sen vuoksi valaisevia.<sup>37</sup> Esimerkiksi Norjan todistus oikeus tarjoo monia mielenkiintoisia vertailukohtia, vaikka sikäläiset säädökset poikkeavat monessa suhteessa suomalaisista ja ruotsalaisista. Toisaalta juuri eroavaisuudet tekevät vertailun usein mielenkiintoiseksi. Vertailukohtia on pyritty hakemaan myös common law -oikeusjärjestelmään kuuluvista Yhdistyneestä kuningaskunnasta – erityisesti Englannista – ja Yhdysvalloista. Useissa merkittävässä EIT:n ratkaisussa viitataan Englannin oikeusohjeisiin<sup>38</sup> ja toisaalta oikeudellisia todistelunrajoitteita on pidetty eräänä common law’n erityispiirteistä.<sup>39</sup> Sen sijaan Saksan oikeuden osalta tyydytään paikoin vain viittaamaan aikaisempaan tutkimukseen.

Painotus näkyy myös tutkimuksen lähdeaineiston valinnassa. Aikaisempi suomalainen tutkimus on nojannut vahvasti pohjoismaiseen ja saksalaiseen kirjallisuuteen. Olen pyrkinyt valitsemaan näiden rinnalle ja osin asemesta aineistoksi angloamerikkalaista oikeuskirjallisuutta, jonka näkökulmat ovat usein virkistävän erilaisia ja esitystapa suorasukainen. Kotimaisia virallislähteitä on voitu hyödyntää runsaasti, etenkin todistelu-uudistuksen tuoretta ja sisällöltään korkeatasoista hallituksen esitystä sekä sitä koskevaa lakivaliokunnan mietin-

<sup>35</sup> Esimerkiksi Van Hoecke päätyy yksiselitteisesti toteamaan, että lainoppi täyttää tieteellisyyden yleiset kriteerit: se perustuu tosiseikkojen toteamiseen ja hypoteesien sekä teorioiden muodostamiseen (Van Hoecke 2011 s. 17).

<sup>36</sup> Husa 2013 s. 78–82, Husa 2010 s. 702–703 ja 715–716.

<sup>37</sup> Ks. myös Koponen 2017 s. 6–7.

<sup>38</sup> Ks. esim. John Murray v. the United Kingdom [GC], 8.2.1996, jossa käytetään sellaisia todistelua koskevia käsitteitä kuin ”prima facie case” ja ”corroboration”, joille ei ole varsinaisia vastineita Suomen oikeudessa.

<sup>39</sup> Damaška 1997 s. 12.

töä. Myös esimerkiksi esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädäntömme on varsin ajanmukaista ja niiden esityöt ovat tästäkin syystä käyttökelpoisia lähteitä. Mikäli jokin tulkinta on ilmennyt mielestäni yksiselitteisesti tuoreista esitöistä, ei sen osalta ole välttämättä viitattu kirjallisuuteen lainkaan.

Erittäin tärkeän osan lähdeaineistosta muodostavat EIT:n ratkaisut. Eniten painoarvoa on pyritty antamaan sellaisille ratkaisuille, joita voidaan pitää vaikutukseltaan merkittävimpinä. Sellaisia ovat useat suuren jaoston ratkaisut ja myös jaostotasoiset ratkaisut, jos myöhemmän ratkaisukäytännön viittauksista on pääteltävissä niissä esitetyn tulkinnan vakiintuneen.<sup>40</sup> Ratkaisujen oikeusohjeita koskevien perustelulausumien osalta en ole tulkinnut niiden olevan sidoksissa pelkästään ratkaistavaan tapaukseen, vaikka kaikki EIT:n tuomiot tietenkin annetaan yksittäisissä tapauksissa erityisine olosuhteineen. Sekä EIT:n itsensä että esimerkiksi KKO:n tavasta viitata ratkaisukäytäntöön on pääteltävissä niiden olevan yleistettävissä abstrakteiksi oikeusohjeiksi.<sup>41</sup> EIT:n ratkaisuja arvioitaessa on kuitenkin otettava huomioon vakiintuneet tulkintaperiaatteet.

*Autonomisen tulkinnan periaatteen* mukaan ihmisoikeussopimuksessa käytettyjä ilmaisuja on tulkittava riippumatta kansallisen oikeuden legaali- tai muista määritelmistä. Tulkinnan lähtökohtana on ihmisoikeussopimuksen eikä kansallisen lain sanamuoto. Autonominen tulkintaperiaate mahdollistaa sen, että ihmisoikeussopimuksen tulkinta on mahdollisimman yhdenmukaista eri sopimusvaltioissa. *Tehokkuusperiaatteen* mukaan EIS:n turvaamien oikeuksien tulee olla toimivia ja tehokkaita eikä teoreettisia tai näennäisiä. Ihmisoikeussopimuksen tarkoitus yksilöiden oikeuksien ja demokraattisen yhteiskunnan arvojen turvaajana edellyttää tällaista tulkintaa. Selkeästi tavoitteellinen tulkintaperiaate on myös *evoluutiivis-dynaamisen tulkinnan periaate*, joka perustuu sopimustekstin ajanmukaiseen ja oikeusvertailevaan tulkintaan. Tämä mahdollistaa ihmisoikeussopimuksen kehittämisen ”elävänä asiakirjana”.<sup>42</sup>

Laajemmin EIT:n asemaan liittyvän *subsidiariteettiperiaatteen* mukaan kansallisten viranomaisten tulee ensisijaisesti huolehtia siitä, että ihmisoikeus-

<sup>40</sup> EIT antaa asiaratkaisuja seitsemän tuomarin jaostoissa (Chamber) ja seitsemäntoista tuomarin suuressa jaostossa (Grand Chamber ”[GC]”). Suuren jaoston ratkaistavaksi asia voi tulla joko jaoston toimivallasta luopumisen tai asianosaisten aloitteesta tapahtuvan siirtämisen seurauksena (EIS 30 ja 43 artikla). Tiivistettynä sekä luopuminen että siirtäminen tulevat kysymykseen, jos ratkaistavana on tärkeä tai oikeudellisesti haasteellinen kysymys. Ks. myös Pellonpää ym. 2018 s. 269–270 ja Dahlberg 2015 s. 31.

<sup>41</sup> Vrt. Ervo 2008 s. 14 ja Tapanila 2012b s. 599, missä korostetaan ratkaisujen tapauskohtaista luonnetta.

<sup>42</sup> Pellonpää ym. 2018 s. 333–342, Hirvelä – Heikkilä 2017 s. 52–55, Dahlberg 2015 s. 26–29, Ervo 2008 s. 13. Ks. EIT:n oikeuskäytännöstä autonomisen tulkinnan osalta Engel and others v. the Netherlands [plenary], 8.6.1976 (kohta 81), tehokkuusperiaatteen osalta Airey v. Ireland, 9.10.1979 (kohta 24), Soering v. United Kingdom [plenary], 7.7.1989 (kohta 87) ja Salduz v. Turkey [GC], 27.11.2008 (kohta 51), evoluutiivis-dynaamisen tulkinnan osalta Tyrer v. the United Kingdom, 25.4.1978 (kohta 31) ja oikeusvertailusta esim. Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia, 29.4.2014 (kohdat 59–72).

sopimuksen suoja toteutuu jäsenvaltioissa. Subsidiariteettiperiaatteeseen liittyy myös oppi niin sanotusta kansallisesta harkintamarginaalista. Ihmisoikeuksien turvaamisvelvoitteen voi toteuttaa tietyissä rajoissa ilman, että jäsenvaltioiden lakien tulisi olla identtisiä. Lainkäytön osalta EIT korostaa, että se ei ole ylimääräinen muutoksenhakuaste eli niin sanottu neljäs instanssi. Näin ollen esimerkiksi näytön arviointia ja sen käyttämistä koskevat kysymykset voidaan ja tulee ratkaista ensisijaisesti kansallisella tasolla. Todistusoikeudellisesti merkityksellisestä oikeuskäytännöstä on tosin löydettävissä esimerkkejä siitä, että subsidiariteettiperiaatetta sovelletaan paikoin varsin löyhästi eli EIT saattaa lausumastaan huolimatta arvioida hyvinkin tarkasti kansallisen tuomioistuimen näyttöratkaisua.<sup>43</sup>

EIT:n tuomiot noudattavat rakennetta, jossa erotetaan tapauksen tosiseikasto ja oikeusohjeet. Useissa ratkaisuissa oikeusohjeita koskevassa osiossa käytetään nykyisin väliotsikkona ”yleiset periaatteet”, joka mielestäni on käsitettävä sananmukaisesti. Tällaisten oikeusperiaatteiden täytyy olla tarkoitettu sovellettaviksi muihinkin kuin käsillä olevaan yksittäiseen tapaukseen, ja EIT viittaakin usein omaan ratkaisukäytäntönsä. Vaikka aikaisemmat ratkaisut eivät muodollisesti sido tuomioistuinta, jotkin niistä – tai niiden yksittäiset perustelukappaleet – muodostuvat tosiasiaassa merkittäviksi ennakkopäätöksiksi.<sup>44</sup> Tulokintani mukaan EIT:n tuomioiden perusteluissa yleisessä muodossa esitettyjä oikeusohjeita voidaan siten käyttää itsenäisinä oikeuslähteinä sen sijaan, että ne olisivat tiukasti sidoksissa yksittäisten tapausten tosiseikkoihin.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> Guide on Article 6 (kohdat 201 ja 202), Pellonpää ym. 2018 s. 45, Hirvelä – Heikkilä 2017 s. 49–51, Goss 2014 s. 42–58 ja erityisesti todistelusta s. 58–62, Ervo 2008 s. 16–17. Ks. oikeuskäytännöstä esim. Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 124) ja Murtazaliyeva v. Russia [GC], 18.12.2018 (kohta 149). Subsidiariteettiperiaate sisältyy myös EIS:n 15. lisäpöytäkirjaan.

<sup>44</sup> Stone Sweet tarkastelee tällaista kehitystä polkuriippuvuuden (path dependence) käsitteen avulla. Tuomioistuimen päätöksenteko on polkuriippuvaista, mikäli sen aikaisemmat ratkaisut määräävät, miten tulevia oikeusriitoja jäsennetään ja ratkaistaan. Stone Sweetin mukaan tuomioiden tosiasiallinen sitovuus johtuu suoraan tuomioistuinten perusteluvollisuudesta, koska perustelut sisältävät tosiasiallisesti uusia normeja (Stone Sweet 2002b s. 113 ja 118–124). EIT:n tuomioiden viittauskäytäntöjä koskeneen empiirisen verkostoanalyysin perusteella on voitu osoittaa, että tämä vaikutus on vahva (Lupu – Voeten 2010 s. 28–30). Ks. myös Dahlberg 2015 s. 16, missä todetaan tutkimuksen keskeiseksi teesiksi, että EIT:n toiminnan legitimiisyys on riippuvainen sen oikeudellisesta argumentaatiosta.

<sup>45</sup> Vrt. Pöyhönen 1988 s. 77, missä todetaan sopimuksen sovitteluperiaatteiden ja Suomen oikeuden osalta: ”Periaatetyypiset prejudikaatit – ovat siten punnintaesimerkkejä. Niissä näkyy, miten eri tekijöille on ratkaistussa tapauksessa annettu yleisiä ja tapauskohtaisia painoarvoja ja miten niitä on punnittu keskenään. Jos tarkastelijalla on sääntöhakuinen asenne, hän on taipuvainen pitämään tuollaisia prejudikaatteja hyödyttöminä, ainoastaan *in casu* -ratkaisuna. Jos tarkastelussa käsitetään periaatteet optimointikäskyiksi ja sekä tunnusmerkistö- että oikeusvaikutussuhteiden todellisten ongelmien ratkaisun katsotaan perustuvan periaatteiden punnintaan, myös periaateprejudikaateille jää tärkeä osuus.” Ks. myös Helfer 2008 s. 87, missä suoraan todetaan, että kansainvälisten lainkäyttöelinten ratkaisukäytäntö on johtanut kansainvälisten sopimusten tosiasialliseen laajentumiseen ja niiden sitovuuden tiukentumiseen.

EIS on Suomessa saatettu voimaan lailla, joten sen määräyksiä voidaan tuomioistuimissa soveltaa suoraan oikeusohjeina. Toisaalta suomalaisten tuomioistuinten tulee lainkäyttötoiminnassaan ottaa huomioon EIT:n oikeuskäytäntö, joka täsmentää ihmisoikeusvelvoitteiden sisältöä. Myös todistusoikeuden normeja tulee tulkita perus- ja ihmisoikeusmyönteisesti eli mahdollisimman yhdenmukaisesti PL:n, EIS:n ja viimeksi mainittua täsmentävän ratkaisukäytännön kanssa (tulkintavaikutus).<sup>46</sup> Lisäksi EIT:n ratkaisukäytännössä muotoutuneet oikeusperiaatteet vaikuttavat tosiasiallisesti nykyiseen todistelulainsäädäntöömme. Todistelu-uudistusta koskevassa hallituksen esityksessä todetaan esimerkiksi yleisenä lähtökohtana, että EIT:n käytäntö on antanut aiheita joissain kysymyksissä tarkistaa lainsäädäntöä.<sup>47</sup>

Nykyisin EIT:n oikeuskäytännössä on havaittavissa suuntaus kehittää harkintamalleja tietynlaisten loukkausten oikeusvaikutusten arviointiin. Tuomioistuin itse nimittää näitä usein ”testeiksi”.<sup>48</sup> Ne edustavat erästä oikeuskäytännön vakiintumisen muotoa. Tälle asteelle kehittyneitä oikeusohjeita voidaan mielestäni aina pitää yleistettävänä. On muistettava, että testeillä arvioidaan nimenomaan EIS 6 artiklan loukkauksia, eikä niitä voida välttämättä hyödyntää sellaisenaan kansallisen tason lainkäytössä. Testit ovat kuitenkin myös kansallisten tuomioistuinten kannalta olennaisesti käyttäjäystävällisempiä ja ymmärrettävämpiä kuin jäsentymättömämmät perustelutavat. Lisäksi niitä voidaan vähintään analogisesti soveltaa arvioitaessa kansallisella tasolla esimerkiksi sitä, onko oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus vaarantunut vai ei.

EIT:n ratkaisuja on jäljempänä selostettu pääosin suomeksi. Joitain erityisen merkittäviä tai vaikeasti käännettäviä perustelukohtia on sen sijaan siteerattu alkukielellä, jotta niiden merkitys ei vääristyisi. Käännökset ovat kirjoittajan omia. *Maija Dahlberg* on todennut, ettei EIT:n ratkaisuihin voida *common law*’n prejudikaattioppien mukaisesti erottaa keskeisiä oikeusohjeita koskevia *ratio decidendi* -lausumia, jotka ovat sitovia, vähemmän merkityksellisistä *obiter dictum* -perustelulausumista. Hänen mukaansa kaikki EIS:n tulkintaa koskevat lausumat ovat sinänsä merkityksellisiä, mutta niiden yleisyyden taso ja keskeisyys vaihtelevat, mikä johtaa myös eri perustelulausumien painoarvon ja vaikutuksen vaihteluun.<sup>49</sup>

<sup>46</sup> Ks. Pellonpää ym. 2018 s. 67–69 ja Virolainen – Pölonen 2003 s. 55.

<sup>47</sup> HE 46/2014 vp s. 23. EIT:n oikeuskäytäntöön viitataan runsaasti jo yleisperusteluissa, ks. s. 17–23, 29 ja 34–38, mutta myös monien säännösten yksityiskohtaisissa perusteluissa, ks. esim. s. 48–50 (OK 17:3.1), 53 (OK 17:6.2), 77 (OK 17:18.2), 84–85 (OK 17:24.3) ja 86–94 (OK 17:25). Stone Sweet nimittää tällaista kehitystä poliittisen päätöksenteon oikeudellistumiseksi: ”Policy processes can be described as judicialized to the extent that constitutional jurisprudence, the threat of future constitutional censure, and the pedagogical authority of past jurisprudence alter legislative outcomes” (Stone Sweet 2002a s. 71, Stone Sweet 2002c s. 187).

<sup>48</sup> Ks. esim. ”the Al-Khawaja test” (Paić v. Croatia, 29.3.2016, kohta 31) tai ”the test set out in Salduz” (Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016, kohta 257)

<sup>49</sup> Dahlberg 2015 s. 30–31. Ks. mainituista käsitteistä myös Virolainen – Martikainen 2010 s. 405–407.

Toinen erityinen näkökulma on *tiedonfilosofia* eli epistemologia. Todistusoikeudessa on viime kädessä kysymys sellaisista käsitteistä kuin ”totuus” ja ”tieto”, jotka eivät ole luonteeltaan pelkästään oikeudellisia. Oikeudenkäyntiä onkin luonnehdittu epistemologiseksi tapahtumaksi, jossa keskeistä on, milloin tuomioistuimen voidaan katsoa tietävän jotain tai milloin jotain väitettä eli propositionia voidaan pitää totena.<sup>50</sup> Tietoteorian käsittein voidaan siten hahmottaa ainakin joitain todistusoikeudellisia ongelmia. Oikeudelliset todistelunrajoitteet ja muut todistusoikeuden normit määrittävät sen, miten tosiseikkoja koskevat väitteet eli propositionit tiedollisesti oikeutetaan ja miten vahvat perusteet jollekin johtopäätökselle on oltava ennen kuin se on myös juridisesti oikeutettu eli asetettavissa tuomion perustaksi (ks. tarkemmin jäljempänä luku 2.2.1).

### 1.3 RIKOSPROSESSIN VAIHEET

Rikosprosessilla *suppeassa merkityksessä* tarkoitetaan oikeudenkäyntiä, jossa ratkaistaan kysymys vastaajan syylistymisestä rikokseen sekä, jos syyllisyys todetaan, määrätään siitä johtuvat seuraamukset. *Laajassa merkityksessä* rikosprosessiin kuuluvat lisäksi esitutkinta, syyteharkinta ja rangaistuksen täytäntöönpano.<sup>51</sup> Todistelun kannalta rangaistuksen täytäntöönpanovaihe ei kuitenkaan ole merkityksellinen, koska rangaistus on seurausta syyllisyyskysymyksen ratkaisemisesta. Esitutkinta ja syyteharkinta sen sijaan ovat merkityksellisiä, koska niiden aikana kerätään todisteita ja valmistellaan asiaa ensin syyteharkintaa ja sitten oikeudenkäyntiä varten. Rikosprosessin kaikissa vaiheissa arvioidaan kysymystä jonkun syylistymisestä rikokseen, mutta toisaalta oletetaan, että epäilty tai vastaaja on syytön (syyttömyysolettama).<sup>52</sup>

Rikossäännökset ilmaisevat, että jokin menettely on rangaistavaa. Ne voidaan jakaa rakenteellisesti kolmeen osaan, joista Aarnio käyttää nimityksiä tosiasiakuvauus (oikeustosiasia), velvoittava tekijä eli pitämiselementti sekä seuraamuskuvaus (oikeusseuraamus).<sup>53</sup> Esimerkiksi tapon rangaistussäännös RL 21:1.1 voidaan jakaa mainittuihin osiin: joka tappaa toisen (tosiasiakuvauus), on tuomittava taposta (pitämiselementti) vankeuteen määrääjäksi, vähintään kahdeksaksi vuodeksi (oikeusseuraamus). Käytän tappoa jatkosakin esimerkkinä siitä syystä, että rangaistussäännöksen sanamuoto on varsin yksinkertainen.

<sup>50</sup> Pardo 2005 s. 321.

<sup>51</sup> Jokela 2018 s. 7–9, Virolainen – Pölönen 2003 s. 1–6 ja 14–19, Tirkkonen 1969 s. 14.

<sup>52</sup> Syyttömyysolettamasta säädetään mm. esitutkintalain (22.7.2011/805, ETL) 4:2:ssä ja EIS 6(2) artiklassa. Ks. siitä tarkemmin jäljempänä luku 2.2.2.

<sup>53</sup> Aarnio 1978 s. 65–66.



Normien tosiasiakuvaukset ovat abstrakteja käyttäytymisen kuvauksia, joita rikosoikeudessa nimitetään tunnusmerkistöiksi. Rangaistussäännösten soveltamiseksi on välttämätöntä, että tuomioistuin saa tietoa empiirisen todellisuuden tapahtumista, joita verrataan normin tosiasiakuvaukseen.<sup>54</sup> Lainkäyttö voidaan yksinkertaistetusti jäsentää subsumptiologisen mallin (sylogismi) mukaisesti: Normin tosiasiakuvausta verrataan sellaiseen empiirisen todellisuuden tapahtumainkulkuun, jonka tuomioistuin katsoo näytön perusteella selvitettyksi. Normin oikeusseuraamuksen aikaansaava pitämiselementti ”aktivoituu” ainoastaan, jos vastaajan katsotaan menetelleen normin tosiasiakuvauksessa tarkoitettulla tavalla. Kysymys vastaajan syyllistymisestä rikokseen jakautuu siten tosiasioita koskevaan näyttökysymykseen ja normin soveltamista koskevaan oikeuskysymykseen.<sup>55</sup>

Sylogismi on päättelymalli, jossa ratkaisu johdetaan ylälauseena olevasta abstraktin tosiasiakuvauksen sisältävästä normista sekä alalauseena olevasta konkreettista tapahtumainkulkua vastaavasta tosiasiakuvauksesta, kuten: Joka tappaa toisen, on tuomittava taposta vankeuteen määräajaksi, vähintään kahdeksaksi vuodeksi (ylälause, normipremissi). A on tappanut B:n (alalause, faktapremissi). Näin ollen A on tuomittava taposta vankeuteen määräajaksi, vähintään kahdeksaksi vuodeksi (johtopäätös).

Todellisuudessa päättelyprosessi on monimutkaisempi ja etenee vuorovaikutteisesti vertaamalla oikeusjärjestykseen sisältyviä, mahdollisesti soveltuvia oikeusohjeita siihen tosiasioista saatuun selvitykseen, johon ratkaisu voidaan perustaa. Ylälauseen määrittämiseksi ratkaisijan on sovellettava oikein valittua normia oikealla tavalla eli esimerkiksi tulkittava sitä oikein. Alalauseen määrittämiseksi on arvioitava, onko syyttäjän esittämä tapahtumainkulku tullut tiedollisesti oikeutetuksi eli voidaanko sitä pitää totena riittävin perustein. Sylogismimalli soveltuu lähinnä kuvaamaan selvitettävien tosiseikkojen ja sovellettavien normien vertaamista toisiinsa. Oikeuskirjallisuudessa onkin aiheellisesti korostettu, että sylogismimalli soveltuu ainoastaan lainkäytön jälkikäteiseksi kuvaukseksi.<sup>56</sup> Sen kuvaama logiikka, vastaavuuden etsiminen, kuitenkin pätee läpi rikosprosessin.

<sup>54</sup> Ks. oikeustositseikan käsitteestä esim. Pölönen – Tapanila 2015 s. 86, Saranpää 2010 s. 21–22, Tolvanen 2005 s. 304–305 ja Lindell 1987 s. 26–31. Ks. myös Ho 2008 s. 6 ja 10–11 ja Howard – Crane – Hochberg 1990 s. 45.

<sup>55</sup> Lindell 1987 s. 16–26, Klami 2000 s. 15–16, Pölönen 2003 s. 147–150, Virolainen – Pölönen 2003 s. 432.

<sup>56</sup> Ks. esim. Saranpää 2010 s. 17–18 ja Virolainen – Martikainen 2010 s. 15–21 ja Jonkka 1991 s. 5–6.

ETL 3:3.1:ssa säädetään, että esitutkintaviranomaisen<sup>57</sup> on toimitettava esitutkinta, kun sille tehdyn ilmoituksen perusteella tai muuten on syytä epäillä, että rikos on tehty. Jo rikosprosessin käynnistäminen edellyttää siten alustavaa arviota rikosepäilystä esitettyjen tai ilmenneiden tietojen ja jonkin rikossäännösten vastaavuudesta. Tämä käsitys saattaa muuttua myöhemmin tutkinnan tai rikosprosessin aikana joko sen vuoksi, että oikeuskysymystä arvioidaan toisin, tai sen vuoksi, että näyttökysymystä arvioidaan toisin. Rikosprosessin alkuvaiheessa ollaan tyypillisesti tilanteessa, jossa läheskään kaikki syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseksi tarpeelliset tiedot eivät ole viranomaisten käytettävissä ja arvioitavissa.

Empiirisen todellisuuden oikeudellisesti merkityksellisten tapahtumien selvittämiseksi käytetään todisteita. Todisteilla voidaan tarkoittaa ensinnäkin *todistuskeinoja*, joita Suomen oikeuden mukaan ovat asianosainen todistelutaroituksessa, todistaja, asiantuntija, asiakirja ja esine.<sup>58</sup> Toiseksi sillä voidaan tarkoittaa todistuskeinosta ilmenevää tietoa eli *todistelutulosta* (evidenssi).<sup>59</sup> Todistelutulokset ja todistuskeinot ovat usein niin kiinteästi kytköksissä toisiinsa, että on tarkoituksenmukaista käyttää termiä kaksoismerkityksessä, jolloin sillä viitataan kumpaankin.<sup>60</sup> Asiayhteydestä riippuu, mitä termillä tarkoitetaan. Tietoteoriassa käytetään evidenssin käsitettä kuvaamaan niitä perusteita, joiden nojalla on rationaalista pitää jotain uskomusta totena. Evidenssi on tietoa, jota käytetään jonkin toisen tiedon (uskomuksen) perustelemiseen eli tiedolliseen oikeuttamiseen. Tiedosta tekee evidenssiä sen kyky osoittaa jokin uskomus todeksi.<sup>61</sup> Todistelua käytetään vastaavasti jonkin tosiseikkaa koskevan väitteen, kuten syytteen teonkuvauksen, osoittamiseen todeksi.

Esitutkinnan valmistuttua asia on toimitettava syyttäjälle syyteharkintaa taikka sakon ja rikesakon määräämisestä annetussa laissa tarkoitettua määrärauksen tai vaatimuksen antamista varten. Esitutkinta päätetään kuitenkin saattamatta asiaa syyttäjän käsiteltäväksi, jos tutkinnassa on selvinnyt, ettei rikosta ole tehty taikka ettei asiassa voida nostaa ketään vastaan syytettä tai esittää muuta rikokseen perustuvaa julkisoikeudellista vaatimusta (ETL 10:2.1–2). Esitöiden mukaan ilmaisu ”on selvinnyt” viittaa varsin korkeaan todennäköisyyden as-

<sup>57</sup> Poliisiin lisäksi esitutkintaviranomaisia ovat rajavartio-, tulli- ja sotilasviranomaiset tietyissä asioissa (ETL 2:1.2). Yksinkertaisuuden vuoksi sanalla poliisi viitataan jatkossa muihinkin esitutkintaviranomaisiin, koska yleensä esitutkintaviranomaisena toimii poliisi.

<sup>58</sup> Kolmea ensin mainittua nimitetään henkilötodisteluksi eli henkilöllisiksi todistuskeinoiksi, kahta viimeistä puolestaan reaalityodisteluksi eli esineelliseksi todistuskeinoiksi (ks. HE 46/2014 vp s. 9, Lappalainen 2001 s. 130, Pölönen 2003 s. 105 ja Jokela 2018 s. 535–536, missä käytetään myös kolmijakoa suullinen todistelu, asiakirjatodistelu ja reaalityodistelu).

<sup>59</sup> Ks. Hormia 1978 s. 256 ja Riekkinen 2014 s. 127, missä termiä käytetään suomennoksena saksan *Beweisergebnis*-käsitteelle.

<sup>60</sup> Ks. esim. Tirkkonen 1972 s. 86, Lappalainen 2001 s. 130, Jokela 2018 s. 536 ja Torgersen 2009 s. 19: ”Bevisdata er uløselig knyttet til de bevismidler de manifesterer sig gjennom.”

<sup>61</sup> Niiniluoto 1984 s. 138, Lammenranta 1993 s. 88–89 ja 94–95. Ks. myös jäljempänä luku 2.2.1.

teeseen sen suhteen, ettei rikosta ole tehty. Tutkintaa ei voida lopettaa momentin nojalla esimerkiksi siksi, ettei esitutkinnassa ole ilmennyt riittävästi näyttöä rikoksen tapahtumisesta. Selvitystä tulee kertyä nimenomaan siitä, ettei rikosta ole tehty. Esitutkinnassa on esimerkiksi saatettu todeta, ettei teko täytä minäkään rikoksen tunnusmerkistöä.<sup>62</sup>

Esitutkinta päätetään toimittamalla asia syyttäjälle syyteharkintaa varten, jos esitutkinnassa on kertynyt riittävästi todistelua rikoksesta eikä estettä rangaistusvastuun toteuttamiselle ole ilmennyt. Todisteiden riittävyuden arviointi ja oikeudellinen arviointi ovat keskeisiä elementtejä myös syyteharkinnassa. Syytteen nostaminen edellyttää kuitenkin korkeampaa todennäköisyyttä kuin esitutkinnan aloittaminen. Oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain (698/1997, ROL) 1:6.1:n mukaan syyttäjän on nostettava syyte epäilystä rikoksesta, jos hän katsoo, että se on laissa säädetty rangaistavaksi (oikeuskysymys), sen syyteoikeus ei ole vanhentunut ja on olemassa todennäköisiä syitä rikoksesta epäillyn syyllisyyden tueksi (näyttökysymys). Myös syyttäjä joutuu siten harkinnassaan arvioimaan, millaisia tosiseikkaväitteitä näytön perusteella voidaan esittää ja miten asiaa on arvioitava oikeudellisesti.<sup>63</sup>

Rikosprosessi voi päättyä syyteharkintaan, jos katsotaan, ettei syytekynnys ylity eli että epäillyn syyllisyyden tueksi ei ole todennäköisiä syitä saatavilla olevan näytön perusteella. Syytekynnyksen ylittyessä syyttäjä nostaa syytteen ja rikosprosessin kolmas vaihe, oikeudenkäynti, tulee vireille. Oikeudenkäynti voidaan edelleen jakaa vaiheisiin erottamalla valmisteluvaihe, pääkäsittely ja tuomitsemisvaihe. Valmistelu rikosasiassa tapahtuu yleensä kirjallisesti. Asiassa ei välttämättä ole pyydettävä edes kirjallista vastausta (ROL 5:12). Haastehakemuksessa on muun ohella ilmoitettava todisteet, jotka syyttäjä aikoo esittää, sekä mitä hän kullakin todisteella aikoo näyttää toteen. Termillä todiste tarkoitetaan lainkohdassa todistuskeinoja. Siitä, mitä kullakin todistuskeinolla aiotaan näyttää toteen, käytetään nimitystä todistusteema.

*Todistusteema* on syyttäjän väite jonkin oikeudellisesti relevantin tosiseikan olemassaolosta. Kysymys voi olla välittömästi tai välillisesti relevantista tosiseikkaväitteestä. Välittömästi relevantin tosiseikan olemassaolosta voitaisiin suoraan päätellä jonkin tunnusmerkistötekijän täytyneen.<sup>64</sup> Välillisen relevanssin tapauksessa tosiseikka on tukipiste sellaiselle jatkopäätelmälle, joka on välittömästi relevantti (ks. jäljempänä luku 2.2.3). Syyttäjä on velvollinen paitsi esittämään teonkuvauksen muodossa väitteen vastaajan syyllistymisestä rikok-

<sup>62</sup> HE 222/2010 vp s. 235, Fredman ym. 2020 s. 321–323, Jokela 2018 s. 195–196.

<sup>63</sup> Ks. syyteharkinnasta tiivistetysti esim. Jokela 2018 s. 257–262 ja Virolainen – Pölonen 2004 s. 33–34.

<sup>64</sup> Ks. HE 82/1995 vp s. 64 ja todistusteeman käsitteestä esim. Jokela 2018 s. 534–535, Hirvelä 2006 s. 239, Tolvanen 2005 s. 303, Lappalainen 2001 s. 131, Klami 2000 s. 17–18, Jonkka 1991 s. 26 ja Tirkkonen 1972 s. 86–87.

seen myös tukemaan tuota väitettään todisteilla. OK 17:3.1:n mukaan rikosasiassa kantajan on näytettävä ne seikat, joihin hänen rangaistusvaatimuksensa perustuu. Vastaajalla sen sijaan ei ole velvollisuutta näyttää toteen edes omia väitteitään eli sellaisia seikkoja, joiden perusteella syytettä vastustetaan. Hänet oletetaan syyttömäksi, kunnes toisin todistetaan.

Esimerkiksi väite siitä, että vastaaja on ollut tekopaikalla teko aikaan, on ainoastaan välillisesti relevantti, koska tämä seikka ei vielä sellaisenaan vastaa minkään rikoksen tunnusmerkistöä. Sen sijaan väite siitä, että vastaaja on puukottanut uhria, on välittömästi relevantti useinkin rikostunnusmerkistön kannalta. Todistusteema on kuitenkin ainoastaan tosiseikkaa koskeva väite, eikä väitettyä tosiseikkaa vielä sellaisenaan hyväksyttyä tuomion perusteeksi. Syyttäjän on esitettävä todistelua väitteen tueksi. Tarkkaan ottaen todisteetkin ainoastaan väitetyistä soveltuvat perusteiksi, joiden nojalla väitettä voidaan pitää totena. Jää lopulta tuomioistuimen ratkaistavaksi, miten luotettavia todisteet ovat ja mitä oikeudellisesti merkityksellisiä johtopäätöksiä niiden perusteella voidaan tehdä.

Rikosprosessissa noudatetaan lähtökohtaisesti vapaata todistusteoriaa. OK 17:1.1:n mukaan asianosaisella on oikeus esittää haluamansa näyttö asian tutkivalle tuomioistuimelle, jollei laissa toisin säädetä. Tätä nimitetään *vapaaksi todisteluksi* (ks. luku 2.2.3). Lisäksi asianosaisella on *kontradiktorisen periaatteen* (ks. luku 9.1) mukaisesti lausua jokaisesta tuomioistuimessa esitetystä todisteesta. Nämä oikeudet mahdollistavat tehokkaan osallistumisen oikeudenkäyntiin. Lainkohdan 2 momentissa säädetään, että tuomioistuimen on esitettävä todisteita ja muita asian käsittelyssä esiin tulleita seikkoja harkittuaan päätettävä, mitä asiassa on näytetty tai jäänyt näyttämättä. Tuomioistuimen on perusteellisesti ja tasapuolisesti arvioitava todisteiden ja muiden seikkojen näyttöarvo *vapaalla todistusharkinnalla* (ks. luku 2.2.4), jollei laissa toisin säädetä.

Näytön arviointi voidaan jakaa kahteen osakokonaisuuteen. *Todistusharkinnalla* tarkoitetaan tiedollista oikeuttamisprosessia, jossa todisteiden näyttöarvo määräytyy. Siinä arvioidaan, millä todennäköisyydellä yksittäisistä todisteista ja näytöstä kokonaisuutena voidaan tehdä päätelmiä selvittävänä olevien tosiseikkojen olemassaolosta. Lisäksi tuomioistuimen tulee näyttöarvon määrittämisen jälkeen (ja sen perusteella) ottaa kantaa *näytön riittävyys* eli siihen, ylittääkö todistusharkinnassa määritetty todennäköisyys tuomitsemiskynnyksen. Näytön riittävyttä koskeva harkinta on ainakin ensisijaisesti oikeudellista eikä epistemologista.<sup>65</sup> Rikosasiassa tuomitsemiskynnyksestä säädetään OK 17:3.2:ssa: Tuomion, jossa vastaaja tuomitaan syylliseksi, edellytyksenä on, ettei vastaajan syyllisyydestä jää varteenotettavaa epäilyä.

<sup>65</sup> Ks. käsitteistä Jonkka 1993 s. 20–21 ja av. 7 sekä Lappalainen 2001 s. 128. Ks. myös Klami 2000 s. 16–17.

Näytön arvioinnissa saadaan periaatteessa ottaa huomioon vain laillinen näyttö (ks. luku 2.3.1). Jos näytön hyödyntäminen on riitautettu tai ilmenee viran puolesta kyseenalaiseksi, tuomioistuimen olisi periaatteessa jo ennen näytön arviointia ratkaistava kysymys käytettävissä olevasta todistusaineistosta eli siitä, voidaanko kaikkea vastaanotettua näyttöä hyödyntää. Nimitän tätä *hyödyntämisharkinnaksi*. Kuten näytön riittävyysarviointi, myös käytettävissä olevan todistusaineiston määräytyminen on oikeudellista harkintaa.<sup>66</sup> Näyttöratkaisu oikeutetaan tiedollisesti oikeusnormien asettamissa rajoissa – sen tulee olla myös juridisesti oikeutettavissa. Hyödyntämisaikarajoitteen mekanismista riippuen on mahdollista, että hyödyntämisharkinta ja näytön riittävyysarviointi muodostavat yhtenäisen kokonaisuuden.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Ks. Riekkinen 2014 s. 127–130, Virolainen – Martikainen 2010 s. 259–260, Pölönen 2003 s. 205–206 ja 221, Hormia 1978 s. 255–257 ja Jonkka 1993 s. 20. Todistelu-uudistuksen esitöissä viitataan tällaiseen harkintaan paikoin, esim. LaVM 19/2014 vp s. 7: ”– osa sitä harkintaa, sallitaanko todisteen hyödyntäminen –.”

<sup>67</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 86, Melander 2012 s. 105–106, Riekkinen 2014 s. 130, Pölönen – Tapanila 2015 s. 232–233.

---

## 2 Todistelu osana rikosprosessia

### 2.1 RIKOSPROSESSIN TARKOITUS

#### 2.1.1 Funktiokeskustelusta

Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että keskustelu siviili- ja rikosprosessin funktioista on epämääräistä.<sup>68</sup> Sen eräänä syynä on pidetty itse funktiokäsitteen täsmentymättömyyttä ja sekoitettavuutta yhteiskuntatieteelliseen funktiokäsitteeseen, jolle voidaan antaa lukuisia merkityksiä.<sup>69</sup> Lainopillisessa tutkimuksessa funktion käsite voidaan *Tatu Leppäsen* tavoin määritellä *normatiiviseksi metateoriaksi prosessin tarkoituksesta*.<sup>70</sup> Kriittisen oikeuspositivismin käsittein funktioita voidaan pitää rikosprosessioikeuden syvärakenteen ainesosina, jotka konkretisoituvat ylemmillä tasoilla yleisinä oppeina sekä yksittäisinä säännöksinä ja ratkaisuina sekä toisaalta justifioivat niitä.<sup>71</sup> Funktio tai normatiivinen metateoria voitaneen jäsentää myös koko rikosprosessioikeuden normijärjestelmän syväjustifikaatioksi.<sup>72</sup>

*Tauno Tirkkosen* mukaan rikosprosessin tarkoituksena on oikeussuojan antaminen yksittäistapauksissa (oikeussuojafunktio): ”Prosessi eli oikeudenkäynti on lailla järjestettyä menettelyä, jolla valtiolta määrää (vahvistaa) ja tarpeen vaatiessa pakolla toteuttaa sen, mikä yksittäistapauksessa on oikein. Kun aineellinen oikeus sääntelee, mikä yksittäistapauksessa on oikein, toteutetaan prosessin avulla aineellista oikeutta (tämän käsitteen subjektiivisessa merkityksessä) ja pidetään samalla yllä oikeusjärjestystä eli aineellista oikeutta objektiivisessa merkityksessä. Prosessi on niin ollen olemassa aineellisen oikeuden vuoksi. Tätä prosessin ja aineellisen oikeuden välistä suhdetta silmällä pitäen saatetaan prosessi myös luonnehtia lailla järjestetyksi menettelyksi, jonka tarkoituksena on oikeussuojan antaminen”.<sup>73</sup>

---

<sup>68</sup> Ks. esim. *Ervasti* 2002 s. 48, *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 135–137 ja *Launiala* 2010 s. 3 sekä funktiokeskustelusta kokoavasti esim. *Virolainen – Pölönen* 2003 s. 137–156 ja *Launiala* 2010 s. 5–7 ja 29–30. *Launiala (ibid.)* s. 12–14) ja *Ervasti* (2002 s. 52–53) ovat myös mallintaneet funktioanalyysin erilaisia tasoja.

<sup>69</sup> *Ervasti* 2002 s. 49–52.

<sup>70</sup> *Leppänen* 1998 s. 32–33.

<sup>71</sup> Ks. *Tuori* 2000 s. 202–212 ja 219.

<sup>72</sup> Vrt. *Pöyhönen* 1988 s. 96–98, missä syväjustifikaation käsitettä tarkastellaan sopimusoikeudessa.

<sup>73</sup> *Tirkkonen* 1969 s. 1.

Oikeussuojafunktion mukaisessa tarkastelussa korostuu lainkäytön ja tuomioistuimen näkökulma yksittäistapauksessa. Rikosprosessilla annetaan oikeussuojaa sellaisille loukatuille intresseille (oikeushyvät), joita aineellisen rikosoikeuden säännöksillä suojataan. Oikeussuojaa annetaan konkreettisesti selvittämällä, onko vastaaja syyllistynyt rikokseen, ja jos on, määräämällä laissa säädetty rangaistus. PL 2.3:ssa säädetyn oikeusvaltioperiaatteen mukaan julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin ja kaikessa julkisessa toiminnassa on noudatettava tarkoin lakia. Näin ollen aineellinen rikosoikeus paitsi velvoittaa tuomioistuinta julkisen vallan käyttäjinä rangaistuksen määräämiseen, myös asettaa rajat rankaisemiselle. Lisäksi rankaiseminen on oikeutettua ainoastaan, jos vastaaja voidaan laillisesti todeta syylliseksi.

PL 22 §:n mukaan julkisen vallan on turvattava perusoikeuksien ja ihmis-oikeuksien toteutuminen. Perusoikeuksien toteutuminen on turvattava myös yksilöiden välisissä vertikaalisuhteissa. Lainsäätäjän tehtävänä on täsmentää yleisellä tasolla ilmaistua perusoikeutta niin, että sen vaikutus ulottuu myös yksityisiin suhteisiin. Lainsäätäjä täyttää tätä turvaamisvelvollisuuttaan esimerkiksi säätämällä rangaistaviksi perusoikeussäännösten turvaamiin oikeushyviin, kuten henkeen, henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ja vapauteen, omaisuuteen, yksityiselämään, kunniaan ja kotirauhaan, kohdistuvat loukkaukset. Säännös korostaa pyrkimystä perusoikeuksien aineelliseen turvaamiseen muodollisen, menettelyvaatimuksiin liittyvän perusoikeusturvan rinnalla.<sup>74</sup>

Oikeussuojafunktiota voidaan tarkastella myös distributiivisen ja retributiivisen oikeudenmukaisuuden käsittein.<sup>75</sup> Distributiivinen oikeudenmukaisuus liittyy siihen, että oikeusjärjestys asettaa oikeuksia ja velvollisuuksia oikeasuhtaisesti. Distributiivinen oikeudenmukaisuus liittyy esimerkiksi siihen, millaiset intressit katsotaan suojelemisen arvoisiksi ja miten niitä suojellaan. Jonkin menettelyn kriminalisointi merkitsee kaikkein pisimmälle menevää oikeusjärjestyksen suojaa. Karkeana jakona voidaan esittää, että rikossäännöksillä suojellaan erilaisia yksityisiä ja julkisia oikeushyviä. Yksityiset intressit voidaan usein kytkeä ihmisoikeuksiin, kuten henkilökohtaiseen koskemattomuuteen. Julkisia oikeushyviä suojaavat esimerkiksi maanpetosrikokset (RL 12 luku) ja rikokset julkista taloutta vastaan (RL 29 luku).<sup>76</sup>

Kriminalisoinnit suojaavat oikeushyviä ohjaamalla ihmisten käyttäytymistä yleisellä tasolla ja tarjoamalla yksittäistapauksissa tehokkaan oikeussuojakeinon rangaistuksen muodossa. Rikosoikeuden säännökset on kirjoitettu retributiiviseen muotoon. Esimerkkinä käytetyn tapon rangaistussäännöksen käyttäytymistä ohjaava vaikutus ei nimenomaisesti ilmene lakitekstistä, jos-

<sup>74</sup> HE 309/1993 vp s. 75, Pölönen 2003 s. 60–61. Sanottu ei tarkoita, että kaikki rikoslain säännökset voitaisiin suoraan palauttaa ihmisoikeustasoiseen suojeluintressiin. Ks. kriminalisointiteoriasta esim. Melander 2008 s. 90–97, Nuutila 1997 s. 38–46 ja Jareborg 2001 s. 45–53.

<sup>75</sup> Ks. Aristoteles 2009 s. 84–87.

<sup>76</sup> Ks. oikeushyvien suojelun periaatteesta esim. Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019 s. 87–91, Melander 2008 s. 327–329 ja Nuutila 1997 s. 40–42.

sa normi on muotoiltu velvoittamaan tuomioistuinta. Sama normi voidaan kansalaisten näkökulmasta ilmaista esimerkiksi sanoilla ”älä tapa”. RL 21:1 tehostaa tällaista käyttäytymisnormia säätämällä sanktion sille, joka tappaa toisen. Ilmaistessaan tuomioistuinta velvoittavan määräyksen aineellisen rikosoikeuden säännökset samalla kuitenkin ilmaisevat kansalaisille, miten näiden tulee menetellä, jos he haluavat välttää tietynlaisen reaktion (kuten rangaistuksen määräämisen) tuomioistuimen taholta.<sup>77</sup> Oikeusnormit erottaa moraalinormeista retribuution mahdollisuus eli se, että asetetusta käyttäytymiskaavasta poikkeaminen aiheuttaa viranomaisreaktion.<sup>78</sup>

Myöhemmässä funktiokeskustelussa on (oikeus)sosiologian hengessä kiinnitetty huomiota rikosprosessin yhteiskunnallisiin tehtäviin. Ruotsalainen *Per Olof Ekelöf* on korostanut, että lainsäädännön tarkoituksena on vaikuttaa ihmisten käyttäytymiseen yhteiskunnassa. Lainkäytön tehtävänä on hänen mukaansa edistää aineellisen oikeuden säännösten eli käyttäytymisnormien ”läpilyöntivaikutusta” ja näin edistää niiden käyttäytymistä ohjaavaa vaikutusta (ohjausfunktio).<sup>79</sup> Suomessa ohjausfunktioita on kannattanut esimerkiksi *Jyrki Virolainen*, jonka mukaan prosessin tehtäviä ovat lisäksi rikosvastuun toteuttaminen, oikeussuojan antaminen (ratkaisufunktio) sekä oikeutta luova funktio, joka täydentää ratkaisu- ja ohjausfunktioita. Ohjausfunktio suuntautuu tulevaisuuteen ja perustuu lainkäyttöön aineellista rikosoikeutta toteuttavana sanktiomekanismina.<sup>80</sup>

*Matti Tolvanen* on todennut, että aineellisen totuuden tavoitetta ja rikosvastuun toteuttamista ei kritiikittä hyväksytä rikosprosessin tavoitteiksi. Tolvanen mukaan prosessi olisi järjestettävä niin, että kaikilla osapuolilla on tilaisuus esittää näkemyksensä ja menettelyssä turvataan sekä uhrin että syytetyn perusoikeuksien toteutuminen. Tällainen menettely johtaa legitimiin lopputulokseen riippumatta siitä, mitä todella on tapahtunut. Rikosprosessissa ei toisaalta haeta pelkästään totuutta, vaan määritellään ja ratkaistaan yksittäinen asianosaisten välinen konflikti (konfliktinratkaisufunktio). Tolvanen huomauttaa myös, että rikosoikeuden järjestelmällä pyritään takaamaan perusoikeuksien maksimaalinen toteutuminen. Rikosprosessin tulee siten luoda menettelyl-

<sup>77</sup> Ross 1959 s. 33. Ks. myös Kelsen 1968 s. 29–31 ja Aarnio 1978 s. 64–66, missä käytetään esimerkkinä käyttäytymisnormia ”älä varasta”.

<sup>78</sup> Makkonen 1998 s. 82–83, samoin esim. Ross 1959 s. 34–36 ja Kelsen 1968 s. 31–32. Makkosen käyttämässä jaottelussa käyttäytymisnormi kuvaa yksilöihin kohdistuvaa käyttäytymisvelvoitetta ja reaktionormi puolestaan sitä, miten viranomaisen tulee toimia, jos käyttäytymisnormia ei noudateta.

<sup>79</sup> Ekelöf ym. 2016 s. 13–15.

<sup>80</sup> Virolainen 1998 s. 8–13, Virolainen – Pölonen 2003 s. 146–151. Oikeutta luova funktio on oikeuskirjallisuudessa jäänyt vähäisempään asemaan, kuten Virolainen (1998 s. 11 av. 4) huomauttaa. Tässäkin se jää lyhyen maininnan varaan, joskin edellä todetuin tavoin erityisesti todistelunrajoitteiden kontekstissa oikeuskäytännön oikeutta luova tai kehittävä vaikutus on ollut huomattavan suurta. Tämä pätee paitsi EIT:n myös KKO:n ratkaisukäytäntöön.



liset puitteet perusoikeuksien täysimääräiselle toteuttamiselle niin uhrin kuin vastaajankin osalta.<sup>81</sup>

Ohjausfunktio ja konfliktinratkaisufunktio tarkastelevat lainkäyttöä yhteiskunnallisella ”makrotasolla”, kun taas oikeussuojafunktio näyttäytyy lähinnä yksittäisten ratkaisujen tasolla eli ”mikrotasolla”. Kirjoittajien eri näkemyksissä vaikuttaisi olevan kysymys pikemminkin näkökulmaerosta kuin merkittävästä eroista käytettyjen käsitteiden sisällössä: Antamalla oikeussuojaa yksittäistapauksissa lainkäyttö ohjaa käyttäytymistä ja ratkaisee konflikteja. Toisaalta ohjaus- ja konfliktinratkaisufunktio eivät voine toteutua ilman, että tuomioistuimet jatkuvasti antavat oikeussuojaa yksittäistapauksissa. Kysymys ei siten ole toisensa poissulkevista vaan toisiaan täydentävistä funktiokäsityksistä. Kaikille yhteistä on pyrkimys syyllisen tuomitsemiseen.

Esimerkkinä rikosoikeuden ohjausvaikutuksesta voidaan viitata integraatiopreventioksi kutsuttuun rangaistusteoriaan, jossa erotetaan yleensä kolme erilaista päämäärää ja vaikutustapaa. Ensinnäkin rikostuomiot ikään kuin opettavat yksilöitä noudattamaan normeja (sosiaalipedagogisesti motivoitu oppimisvaikutus). Normin sisäistäminen johtaa siihen, että yksilö alkaa noudattaa sisäistämäänsä normia vapaaehtoisesti. Toiseksi rikosoikeudellinen järjestelmä on omiaan lisäämään kansalaisten luottamusta oikeuden toteutumiseen. Rangaistuksilla osoitetaan normien ylläpitämisen kannalta välttämätön rangaistusuhan tehokkuus. Kolmas elementti liittyy rikoksenteikijän ja muun yhteiskunnan väliseen suhteeseen. Rangaistuksella rikoksenteikijä pyritään integroimaan yhteiskuntaan, sillä rankaiseminen tyydyttää oikeusyhteisön hyvitystarpeen.<sup>82</sup>

*John Rawls* on esittänyt, että rikosoikeuden taaksepäin suuntautuva retributioajattelu ja eteenpäin suuntautuva preventioajattelu voidaan sovittaa yhteen erottamalla rangaistus instituutiona ja rangaistus yksittäistapauksessa. Tämän mukaisesti tekoja säädetään rangaistavaksi yhteiskunnallisten päämäärien edistämiseksi, mutta rangaistuksia määrätään konkreettisissa tapauksissa retribution perusteella eli koska yksittäinen vastaaja on syyllistynyt rikokseen. Yhteiskunnan etuja ei toisaalta voida edistää rankaisemalla syyttömiä eikä rankaiseminen instituutiona voi perustua yksittäisiin rikoksiin.<sup>83</sup> Ajatusta voidaan mielestäni soveltaa myös oikeussuojafunktion ja ohjausfunktion yhteensovittamiseen.

*Jaakko Jonkan* mukaan rikosprosessin avulla toteutetaan aineellisen rikosoikeuden tausta-arvoja ja -tavoitteita niin yhteiskunnassa yleisesti (sanktiomekanismina) kuin konkreettisessa yksittäistapauksessa. Jonkka huomauttaa, että rikosprosessuaalinen järjestelmä tarjoaa väylän konfliktien tarkoin säännellyksi

<sup>81</sup> Tolvanen 2001 s. 409.

<sup>82</sup> Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019 s. 54–55.

<sup>83</sup> Rawls 1955 s. 3–6. Rawls kuvaa näkökulmien eroja myös siten, että lainsäätäjät tarkastelee kriminalisointeja yhteiskuntapolitiikan välineinä (tulevaisuuteen suuntautuen), kun taas tuomari tarkastelee yksittäisen vastaajan syyllistymistä rikokseen (menneisyyteen suuntautuen).

ratkaisemiseksi, mikä viittaisi lähinnä konfliktinratkaisufunktion. Rikosprosessioikeus asettaa kuitenkin samalla rajat ja menettelytapasäännöt sille, missä määrin ja millä tavoin aineellisoikeudellisten tavoitteiden toteuttamisessa voidaan loukata yksilöiden muuten suojattuja etuja. Koska prosessin eri vaiheissa joudutaan puuttumaan yksilöiden oikeuksiin, tulee viranomaisten vallankäytön olla tarkoin säädeltyä. Rikosvastuun toteuttamisvaatimus ja oikeusturvavaatimus voivat yksittäistapauksessa joutua keskenään ristiriitaan.<sup>84</sup>

*Dan Frände* on painottanut rikosvastuun toteuttamistavoitetta, jonka mukaisesti rikosprosessi tulee järjestää sellaiseksi, että rikollista rangaistaan. Tähän tavoitteeseen pyrittäessä on kuitenkin otettava huomioon tosiasialliset ja oikeudelliset rajoitukset. Rikosvastuun toteuttamistavoite ei siten ole ainoa rikosprosessin säännösjärjestelmässä huomioon otettava periaate. Toisena tavoitteena Frände pitää ”suojeluperiaatetta” (skyddsprincipen), vaikka katsookin, ettei rikosprosessin varsinaisena tavoitteena ole pidettävä esimerkiksi ihmisoikeuksien suojaamista. Rikosprosessin tulee kuitenkin konkreettisessa muodossaan kunnioittaa ja ottaa huomioon muut oikeusturvaintressit. Lisäksi yksilön oikeuksia tulee suojata siten, että syytöntä ei tuomita tai edes altisteta rikosprosessuaalisille toimenpiteille, kuten pakkokeinojen kohteeksi.<sup>85</sup>

*Antti Jokela* mainitsee rikosprosessin ensimmäisenä tehtävänä rikosvastuun toteuttamisen. Hän korostaa kuitenkin, että rikosprosessissa on huolehdittava yksilön oikeusturvasta (oikeusturvafunktio). Pelkästään tarkoituksenmukaisuus ja aineellisesti oikean lopputuloksen saavuttaminen eivät riitä, vaan menettelyn on kaikilta osiltaan täytettävä oikeusvaltion tunnusmerkkeihin kuuluvan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin perusedellytykset. Ihmisoikeuksia ei saa käsittelyn missään vaiheessa loukata tai tarpeettomasti vaarantaa. Erityisesti olisi varottava, etteivät syyttömät joudu pakkokeinojen kohteeksi tai syytetyiksi eivätkä missään tapauksessa tuomituiksi. Tältä osin Jokela on samalla kannalla kuin esimerkiksi Frände. Lisäksi Jokela pitää rikosprosessin tavoitteena ihmisten käyttäytymisen ohjaamista (ohjausfunktio).<sup>86</sup>

Funktiokeskustelun eri näkökulmina voidaan siten erottaa yhtäältä yhteiskunta ja yksittäistapaus sekä toisaalta rikosvastuun toteuttaminen ja muut rikosprosessille asetettavat tavoitteet. Rikosvastuun toteuttamista ei kuitenkaan mielestäni tulisi jäsentää rikosprosessin tavoitteeksi muutoin kuin yhdessä aineellisen rikosoikeuden kanssa. Virolainen ja Pölönen ovat tätä yhteyttä tarkastellessaan tiivistäneet, että sanktiomekanismilla pyritään turvaamaan rikosoikeudellisten normien noudattamista ja ylläpitämistä sekä antamaan ihmisille oikeussuojaa näitä normeja vastaan rikottaessa. Rikosoikeuden kriminalisoinnit edellyttävät tuekseen tehokasta rikosprosessia, sillä rangaistussanktiot, joita

<sup>84</sup> Jonkka 1991 s. 173–186.

<sup>85</sup> Frände 2009 s. 29–31.

<sup>86</sup> Jokela 2018 s. 9–10.

ei voida panna tehokkaasti täytäntöön, jäisivät käytännössä illusorisiksi.<sup>87</sup> Rikosvastuu toteutetaan aineellisen rikosoikeuden ja rikosprosessioikeuden vuorovaikutuksessa. Kumpikaan ei voi toteuttaa rikosvastuuta tehokkaasti ilman toista.

Yksin rikosprosessin ja etenkin todistusoikeuden tavoitteeksi rikosvastuun toteuttaminen ei kuitenkaan jäsenny luontevasti. Rikosprosessin kohteeksi saattaa ensinnäkin joutua syyttömiä vastaajia, joiden suojaamista rangaistukselta pidetään prosessin tärkeänä tavoitteena. Toiseksi olisi vaikeaa jäsentää rikosvastuun toteuttamista todistusoikeuden tavoitteeksi, koska todistelussa ei ylipäätään ole kysymys väitetyn rikoksen oikeudellisesta arvioimisesta tai rangaistamisesta. Rikosprosessi ainoastaan mahdollistaa osaltaan rikosvastuun toteuttamisen. Sanottu ei tarkoita, etteikö rikosoikeudellisen järjestelmän tavoitteena tulisi pitää rikosvastuun toteuttamista. Tämä tavoite voidaan johtaa oikeusvaltioperiaatteesta ja valtiojärjestyksemme perusteista. Rikosprosessioikeuden funktio on kuitenkin mielestäni määriteltävä tätä suppeammin.

## 2.1.2 Tuomion oikeellisuuden tavoite

Rikosprosessioikeutta ja sen tarkoitusta voidaan nähdäkseni tarkastella myös purkamalla sanktiomekanismi eli erottamalla aineellisen rikosoikeuden ja prosessioikeuden välinen kytkentä, jossa toinen edellyttää toista toimiakseen tehokkaasti. Tällöin rikosprosessin tärkeimpänä tarkoituksena ei voi olla rikosvastuun toteuttaminen, koska rikosprosessi ei toteuta tällaista tehtävää yksin vaan yhdessä aineellisen rikosoikeuden kanssa. Sanktiomekanismista irrotettuna rikosprosessi näyttäytyy eräänlaisena koneena. Siihen syötetään faktoja ja niihin liittyviä todisteita (input), joita harkittuaan ja oikeusnormeihin vertailtuaan prosessi antaa tulokseksi oikeudellisen ratkaisun – rikosasiassa langettavan tai vapauttavan tuomion (output), joka perustuu tiettyyn oikeudelliseen harkintaan ja näytetyiksi katsottuihin faktoihin (syllogismi).

*Kaarlo Tuorin* tiivistyksen mukaan modernin oikeuden formaali rationaalisuus ilmenee ennen kaikkea lainkäytössä siten, että yksiselitteisiä normeja sovelletaan yksittäistapauksiin loogisten syllogismipäätelmien mukaisesti.<sup>88</sup> Syllogismipäätelmä ei edellä todetuin tavoin sovellu kuvaamaan konkreettista ratkaisutoimintaa muutoin kuin jälkikäteisesti, mutta toisaalta se soveltuu kuvaamaan ratkaisutoimintaa abstraktilla tasolla instituutiona ja siten myös prosessioikeuden funktiota. Tarkasteltaessa rikosprosessia erillään sanktiomekanismista sen tarkoitukseksi jää yksinkertaisesti *tuottaa oikeita tuloksia*. Rikosprosessi ei voi palvella myöskään yhteiskunnallista tarkoitustaan sank-

<sup>87</sup> Virolainen – Pölönen 2003 s. 10.

<sup>88</sup> Tuori 2000 s. 211.

tiomekanismin osana muutoin kuin tuottamalla oikeita ratkaisuja. Niitä ovat syyllisen rankaiseminen ja syyttömän vapauttaminen.

Tirkkosen mukaan prosessioikeuden ja siten myös rikosprosessioikeuden ylimpänä periaatteena on tarkoituksenmukaisuusperiaate, jonka mukaisesti oikeudenkäyntimenettely on järjestettävä mahdollisimman varmaksi, nopeaksi ja halvaksi. Periaate sisältää kolme erillistä tavoitetta, joiden välillä voi yksittäistapauksessa olla ristiriita. Tärkein tavoite onkin Tirkkosen mukaan varmuus, jonka toteuttaminen edellyttää prosessimenettelyn järjestämistä sellaiseksi, että se antaa riittävät takeet juttujen oikeasta ratkaisemisesta.<sup>89</sup> Tätä edellyttää myös Tirkkosen kannattama oikeussuojafunktio. Varmuusperiaatteen mukaisesti tuomioistuimen ratkaisun tulee olla oikea niin näyttökysymyksen eli tosiasioiden kuin oikeuskysymyksen eli sovellettavien normien osalta.<sup>90</sup> Tuomion oikeellisuutta voidaan siten periaatteessa arvioida syllogismimallin avulla.

Kaikki vastaajat ovat joko (aineellisesti) syyllisiä tai syyttömiä eli he tosiasiallisesti joko ovat tai eivät ole menettelleet syytteessä kuvatulla tavalla.<sup>91</sup> Rikosprosessin kaksoisfunktio on esitetty jäsennettäväksi siten, että rikosvastuun toteuttaminen ja vastaajan oikeusturva merkitsevät erilaisia painotuksia väärin tuomioiden välttämiseksi. Rikosvastuun toteuttamistavoitteen mukaista olisi pyrkiä minimoimaan sellaisten väärin tuomioiden määrä, joilla aineellisesti syyllinen vastaaja vapautetaan. Vastaajan oikeusturvaa puolestaan edistäisi pyrkimys välttää sellaisia vääriä tuomioita, joilla aineellisesti syyttömän vastaaja tuomitaan rangaistukseen.<sup>92</sup> Tällöin vastaajan oikeusturvalla nähdään kuitenkin ainoastaan aineellinen ulottuvuus, toisin sanoen ainoana oikeusturvaintressinä pidetään aineellisesti väärin tuomion välttämistä.

Varmuusperiaate ei lähtökohtaisesti tee kuvattua eroa väärin ratkaisujen välttämisen painottamiseksi, vaan sen mukaisesti tavoitteena on antaa pelkästään oikeita ratkaisuja eli välttää kaikenlaiset väärät ratkaisut. Syyttömän rankaisemista pidetään kuitenkin yhteiskunnan kannalta haitallisempaa kuin syyllisen vapauttamista.<sup>93</sup> Tätä voidaan perustella esimerkiksi retributiivisella oikeudenmukaisuudella: Syyttömän rankaiseminen merkitsisi, että retributio ei kohdistu oikeaan henkilöön eli distributiivista oikeasuhtaisuutta ei kyetä

<sup>89</sup> Tirkkonen 1969 s. 81 ja av. 1. Ks. myös HE 82/1995 vp s. 16: ”Rikosasian ratkaisun tulee – – aina olla myös aineellisesti oikea. Tämän vuoksi oikeudenkäynti rikosasiassa tulee järjestää siten, että todennäköisyys asian virheelliseen ratkaisemiseen on mahdollisimman vähäinen.” Ks. myös Havansi 2007 s. 19, missä varmuusperiaatteen sisällöstä käytetään termiä tuomio-oikeellisuus, ja vastaavasti ilmaisusta ”rectitude of decision” esim. Jackson – Summers 2012 s. 15 ja Stein 2005 s. 56.

<sup>90</sup> Ks. esim. Virolainen – Pölönen 2003 s. 168, Hormia 1978 s. 1–3.

<sup>91</sup> Lippke 2016 s. 14–15. Ks. myös Klami 2000 s. 35, missä samaa tarkoittaen puhutaan ”todellisuudessa syyllisistä ja syyttömistä”.

<sup>92</sup> Ekelöf ym. 2016 s. 30–31.

<sup>93</sup> Ks. esim. HE 82/1995 vp s. 83, Jokela 2018 s. 9–10, Ho 2008 s. 228–229, Stein 2005 s. 172–178, Virolainen – Pölönen 2003 s. 175, Jääskeläinen 1997 s. 110–111 ja Bayles 1987 s. 24–25.

palauttamaan, ja lisäksi, että julkinen valta syyllistyisi retributiotarpeen perustavaan loukkaukseen. Koska rangaistuksilla puututaan ihmisten oikeuksiin, oikeuttamaton rangaistus merkitsee uutta oikeudenloukkausta viranomaisten taholta. Syyllisen vapauttaminen sen sijaan merkitsee ”ainoastaan” retributiion toteutumatta jäämistä.

Bayles on selittänyt syyttömän suojaamistavoitetta oikeustaloustieteellisen kalkyylin avulla. Hänen mukaansa prosessista aiheutuu aina välittömiä kustannuksia ja niistä voi aiheutua virhekustannuksia. Prosessiekonomian tavoitteen mukaisesti tulee pyrkiä minimoimaan kustannusten yhteissumma. Näin ollen virhekustannuksen ollessa suuri voidaan uhrata enemmän välittömiä kustannuksia, esimerkiksi käyttää vakavan rikoksen tutkintaan enemmän valtion resursseja kuin lievän rikoksen tutkintaan. Lisäksi vääristä päätöksistä aiheutuu moraalisia kustannuksia. Syyttömän suojaamisen suurempi painoarvo ja väärien langettavien tuomioiden välttämisen tarve voidaan perustella näillä kustannuksilla.<sup>94</sup>

Oikeustaloustieteellinen analyysi ei kuitenkaan perustele loppuun saakka sitä, mistä moraalinen kustannus aiheutuu eli mikä syyttömän tuomitsemisessa on ”enemmän väärin” kuin syyllisen vapauttamisessa. Retributiion vääriin kohdentumisen aiheuttamien ongelmien eli oikean rikollisen rankaisematta jäämisen ja viattomalle aiheutuvan haitan ohella selitystä voitaneen etsiä oikeusvaltioperiaatteesta. Kuten todettu, sen olennaisena sisältönä on julkisen vallan käytön lakisidonnaisuus. Julkisen vallan ytimeen kuuluvan rangaistusvallan väärinkäyttö viattoman rankaisemiseksi merkitsee myös oikeusvaltioperiaatteen loukkausta ja horjuttaa rikosoikeudellisen järjestelmän hyväksyttävyyttä sekä yleistä turvallisuutta periaatteessa jopa enemmän kuin se, että yksilön rikos jää rankaisematta.<sup>95</sup>

Varmuusperiaatteen painottamista vastaajan eduksi voidaan nimittää puolustuksen suosimisen periaatteeksi (*favor defensionis*).<sup>96</sup> Syyttömän suojaamisen tavoite aineellisessa merkityksessä sisältyy kuitenkin jo varmuusperiaatteen, koska syyttömän tuomitseminen rangaistukseen loukkaa tuomion oikeellisuuden vaatimusta. Osana sanktiomekanismia prosessioikeuden tarkoituksena on varmistaa rikosvastuun oikea kohdentuminen, mitä *Laura Ervo* on pitänyt rikosprosessin kaksoisfunktion osatekijät yhdistävänä näkökulmana.<sup>97</sup> Tämäkin näkökulma tosin rajoittuu yksin aineelliseen oikeudenmukaisuuteen enkä näe sen juurikaan eroavan varmuusperiaatteesta: Mikäli oikeus- ja näyttökysymys ratkaistaan oikein, rikosvastuu myös kohdentuu oikein (ja päinvastoin) eli rikosvastuun oikea kohdentaminen edellyttää aina tuomion oikeellisuutta.

<sup>94</sup> Bayles 1987 s. 20–28. Ks. myös Pölönen 2003 s. 30–31 ja Ervo 1996 s. 54–55.

<sup>95</sup> Ks. Turner 2014 s. 831, Riekkinen 2014 s. 139, Pölönen 2003 s. 133.

<sup>96</sup> Ks. Jokela 2018 s. 27 ja Virolainen – Pölönen 2003 s. 286. Puolustuksen suosimisen periaatteen voidaan katsoa ilmentyvän monilla muillakin tavoilla, ks. mainittujen lähteiden lisäksi ko-koavasti Riekkinen 2019 s. 83–84.

<sup>97</sup> Ervo 2005 s. 109.

Tuomion oikeellisuuden tavoitetta voidaan nähdäkseni pitää yhtenä rikosprosessioikeuden syväjustifikaationa. Rikosprosessin säännösten on tämän tavoitteen kannalta tärkeää mahdollistaa aineellisesti oikeaan lopputulokseen pääseminen. Tuomion oikeellisuutta on arvioitava suhteessa aineellisen rikos-oikeuden säännöksiin. Oikeusvaltiossa ei kuitenkaan voida pitää riittävänä, että rikosprosessin tavoitteena on syyllisten tuomitseminen ja syyttömien vapauttaminen. Rikosepäilyn selvittämiseksi joudutaan usein puuttumaan yksilöiden perus- ja muihin oikeuksiin. Rikosprosessilla itsessään voidaan siten vaarantaa tai loukata suojattuja oikeushyviä. Yksilöille on oikeusvaltioperiaatteen mukaisesti taattava tietty menettelyllinen oikeussuoja siinäkin tapauksessa, että he ovat aineellisesti syyllisiä rikokseen.

### 2.1.3 Menettelyllinen oikeusturva

PL 1.2 §:n mukaan valtiosääntö turvaa ihmisarvon loukkaamattomuuden ja yksilön vapauden ja oikeudet sekä edistää oikeudenmukaisuutta yhteiskunnassa. Säännöstä edeltävän otsikon mukaisesti nämä periaatteet muodostavat valtiosääntöjärjestyksemme perusteet. Esitöissä on täsmennetty, että yhdessä PL 2 §:n kanssa säännös sisältää valtiosäännön keskeisen arvoperustan. Vaatimus ihmisarvon loukkaamattomuudesta ilmaisee perustavanlaatuisten oikeuksien yleisinhimillisen perustan. Lisäksi ihmisarvon käsite viittaa kaikkien ihmisyksilöiden periaatteelliseen yhdenvertaisuuteen. Maininta yksilön oikeuksien ja vapauden turvaamisesta korostaa puolestaan perusoikeuksien keskeistä asemaa Suomen valtiosäännössä sekä monien muiden oikeuksien käytön perustana olevaa yksilön itsemääräämisoikeutta eli vapautta määrätä itsestään ja toimistaan.<sup>98</sup>

*Lars Erik Taxell* on jäsentänyt demokratian kolmeksi arvoksi yksilönvapauden, yhdenvertaisuuden ja turvallisuuden. Jäsennostapa ei tietenkään ole ainoa mahdollinen ja, kuten Taxell korostaa, käsitteiden sisällöllinen määrittäminen on vaikeaa. Yksilön vapaus voidaan määrittää esimerkiksi pakon puuttumiseksi tai mahdollisuudeksi tehdä omia valintoja. Poliittisessa kontekstissa yksilön vapaus voidaan jäsentää oikeutena osallistua päätöksentekoon ja vuorovaikutukseen sekä oikeutena kontrolloida päätöksentekoa. Yhdenvertaisuuden voidaan katsoa edellyttävän, että yksilöihin sovelletaan samoja sääntöjä samalla tavalla. Lisäksi yhdenvertaisuuden tulee toteutua vapauksien, oikeuksien, taakkojen ja vastuiden jakautumisessa. Yhdenvertaisuus ja yksilön vapaus ovat toisiinsa liittyviä ja jopa toisistaan riippuvaisia periaatteita.<sup>99</sup>

Kolmannen demokratian arvon, turvallisuuden, Taxell jakaa kolmeen osatekijään. Hänen määritelmässään painottuu poliittinen toimintavapaus, mut-

<sup>98</sup> HE 309/1993 vp s. 42.

<sup>99</sup> Taxell 1976 s. 99–104.

ta määritelmää voidaan soveltaa laajemminkin yksilön vapauksiin. Ensinnäkin turvallisuus edellyttää, että viranomaiset eivät saa ryhtyä toimenpiteisiin sellaista yksilöä vastaan, joka käyttää toimintavapauttaan oikeusjärjestyksen sallimalla tavalla. Toiseksi yksilön tulee saada käyttää toimintavapauttaan ja jos tätä jotenkin estetään, hänelle tulee taata riittävät oikeussuojakeinot. Kolmanneksi – missä lähestytään tutkimuksen aihetta – turvallisuus edellyttää, että jos jotakuta vastaan ryhdytään toimenpiteisiin sen vuoksi, että hän on ylittänyt vapautensa rajat, hänelle tulee taata mahdollisuus puolustautua. Turvallisuuteen kuuluu siten osatekijänä oikeus saada asiansa käsiteltyksi laillisesti.<sup>100</sup>

*Juha Raition* mukaan akateemisessa keskustelussa ei vallitse yksimielisyttä demokratian ja oikeusvaltion välisestä suhteesta.<sup>101</sup> Esimerkiksi *Aarnio*<sup>102</sup> ja *Veijo Tarukannel*<sup>103</sup> katsovat, ettei ole syytä puhua demokraattisesta oikeusvaltiosta, vaan pelkästään oikeusvaltiosta. *Antero Jyränki* on huomauttanut, että periaatteet menevät monin paikoin päällekkäin, vaikka pitää niitä käsitteellisesti erillisinä.<sup>104</sup> Tuorin kriittisen oikeuspositivismin teorian mukaan oikeuden pintatasolle sijoittuvien lakien ja tuomioistuinratkaisujen tulee olla justifioitavissa suhteessa valtiojärjestyksen moraalisesti latautuneisiin perusteisiin, kuten ihmisoikeusperiaatteet ja demokratiaperiaate. Pelkkä normin muodollinen pätevyys eli oikeudellisesti säädetyn asettamisjärjestyksen noudattaminen ja looginen ristiriidattomuus eivät vielä tee normista pätevää kriittisen oikeuspositivismin teorian mukaan.<sup>105</sup>

Periaatteessa demokratia ja oikeusvaltio ovat siten eri asioita – tiivistetyksi demokratia on kansanvaltaa edellyttävä valtiomuoto, kun taas oikeusvaltio on valtio, jossa julkisen vallan käyttö perustuu lakiin. *Aarnio* onnistuu mielestäni parhaiten tiivistämään näiden käsitteiden tai periaatteiden välisen yhteyden toteamalla, että vaikka oikeusvaltion ei tarvitse välttämättä olla demokratia, ovat demokraatit käytännössä oikeusvaltioita.<sup>106</sup> Demokraattinen oikeusvaltio ei siten ole välttämättömyys, mutta esimerkiksi Suomea voidaan luonnehtia tällä käsitteellä, koska demokratian arvot muodostavat valtiojärjestyksemme perustan.<sup>107</sup> Ainakin kaikkein perustavimpia ihmisyksilön oikeuksia voidaan perusoikeusudistuksen esitöiden mukaan pitää pohjimiltaan valtion tahdosta ja oikeusjärjestyksestä riippumattomina oikeuksina.<sup>108</sup>

Rikosprosessissa ei siten voida esimerkiksi rikosvastuun toteuttamisen nimissä menetellä tavalla, joka loukkaisi perusoikeuksia tai muita oikeudellisesti suo-

<sup>100</sup> Taxell 1976 s. 104.

<sup>101</sup> Raitio 2017 s. 561.

<sup>102</sup> Aarnio 2002 s. 4.

<sup>103</sup> Tarukannel 2002 s. 63.

<sup>104</sup> Jyränki 2002 s. 23–24. Periaatteiden tiivistä yhteyttä korostaa myös Bårdsen 2007 s. 105–106.

<sup>105</sup> Tuori 2000 s. 296–297.

<sup>106</sup> Aarnio 2002 s. 4–5.

<sup>107</sup> Ks. esim. HE 1/1998 vp s. 73–74, missä todetaan mm., että kaikella julkisen vallan käytöllä on oltava demokraattinen perusta.

<sup>108</sup> HE 309/1993 vp s. 42.

jattuja intressejä. Tällaisia valtuuksia ei voida johtaa myöskään perusoikeuksien turvaamistehtävästä. Vaikka joku yksilö olisi rikoksella loukannut toisen perusoikeuksia, tämä ei oikeuta valtiota käyttämään rikosprosessia, menettelyä, rangaistuksen tai etenkin koston välineenä. Syyllisen rankaiseminen perustuu aineellisen rikosoikeuden säännöksiin ja tulee kysymykseen vasta sen jälkeen, kun syyllisyys on laillisesti vahvistettu. PL 21.2:n mukaan käsittelyn julkisuus sekä oikeus tulla kuulluksi, saada perusteltu päätös ja hakea muutosta samoin kuin muut oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ja hyvän hallinnon takeet turvataan lailla. Oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin on keskeinen menettelyllinen perusoikeus.<sup>109</sup>

Oikeudenmukaisessa oikeudenkäynnissä asianosaisia tulee kohdella tasa-arvoisesti (equality of arms) ja heidän autonomiaansa kunnioittaen. Heillä tulee olla mahdollisuus osallistua ja vaikuttaa prosessin kulkuun ja toisaalta kuukaan asianosainen ei saa hyötyä epäoikeudenmukaisesti toisen kustannuksella. Rikosasian vastaajan kannalta näitä demokratian arvoihin kytkeytyviä vaatimuksia voidaan kuvata aktiivisina ja passiivisina oikeuksina. Puolustuksella on oikeus osallistua aktiivisesti asian selvittämiseen muun muassa esittämällä oma näkemyksensä tapahtumien kulusta ja sitä tukevia todisteita. Toisaalta vastaaja saa jättäytyä passiiviseksi ja kieltäytyä aktiivisista toimista asian selvittämiseksi ilman, että häntä saadaan siihen pakottaa. Monet tärkeät menettelysäännökset suojaavatkin vastaajan tasapuolista asemaa ja oikeutta (menettelyllisesti) oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.<sup>110</sup>

Epäillyn rikoksen selvittäminen voi edellyttää puuttumista yksilöiden suojattuihin oikeuksiin. Tällaisen puuttumisen tulee perustua laissa säädettyyn toimivaltaan. Oikeusvaltioperiaatteen sisältävän PL 2.3 §:n ensimmäisessä virkkeessä edellytetään, että julkisen vallan käyttäjällä tulisi aina olla viime kädessä eduskunnan säätämään lakiin palautettavissa oleva toimivaltaperuste. Esimerkiksi viranomaisilla ei siten voi olla sellaista rikosprosessuaalista toimivaltaa, jolla ei olisi nimenomaista tukea oikeusjärjestyksessä (”kaikki, mitä ei ole sallittu, on kiellettyä”)<sup>111</sup>. Käsitteen ydinalueeseen kuuluvat esitöiden mukaan esimerkiksi poliisitoimi ja tuomioistuinten lainkäyttötoiminta. Jälkimmäinen virke vastasi aikaisempaa hallitusmuotoa ja täydentää ensimmäistä virkettä velvoittamalla noudattamaan lakia kaikessa julkisessa toiminnassa.<sup>112</sup>

<sup>109</sup> Perusoikeusuudistuksen esitöissä huomautetaan, että yksi aikaisemman hallitusmuodon perusoikeusluettelon selvimmistä eroista verrattuna kansainväliseen perustuslakikäytäntöön ja kansainvälisiin ihmisoikeussopimuksiin on yksilön näkökulmasta kirjoitettujen oikeudenkäyntiä koskevien säännösten puuttuminen (HE 309/1993 vp s. 21).

<sup>110</sup> Jackson – Summers 2012 s. 102–103, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 33–34, Ervo 2008 s. 11–13, Trechsel 2005 s. 81, Virolainen – Pölonen 2004 s. 273–276, Lundqvist 1998 s. 243.

<sup>111</sup> Ks. Pölonen 2003 s. 232.

<sup>112</sup> HE 1/1998 vp s. 74–75.



*K. J. Ståhlberg* on tiivistänyt hallinnon lainalaisuusvaatimuksen seuraavasti: ”Nykyajan perustuslaillisessa valtiossa, oikeusvaltiossa on vakaantunut se käsitys, että hallintoakaan ei ole toimitettava aivan vapaan harkinnan mukaan, aivan vapaasti kulloinkin hyödyllisyyttä ja tarkoituksenmukaisuutta silmälläpitäen. Hallintokin on *lainalainen*. – Hallintotoiminnan tulee – – pysyä lain rajoissa, siinä ei saa tehdä mitään, minkä laki kieltää, ei menetellä toisin, kuin laki säätää, eikä mennä sitä ulommaksi, minkä laki myöntää. Siten valtio hallinnon alalla tunnustaa lain niin kauan, kuin sitä ei ole laillisessa järjestyksessä kumottu tai muutettu, valtiota itseäänkin sitovaksi; ja sen kautta saavat valtion alaiset yhdyskunnat ja yksityiset valtiovaltaakin, hallintotoimintaakin, vastaan turvatus oikeuspiirin ja turvattuja lakiin perustuvia oikeuksia.”<sup>113</sup>

EIS 5 artiklan 1 kappaleen a ja c kohdan mukaan vapaudenriisto on sallittu rangaistuksen täytäntöönpanemiseksi ja rikosepäilyn tutkimiseksi. Rangaistuksen määrääminen on aineellista rikosoikeutta, vangitseminen esitutkinnan ajaksi sen sijaan rikosprosessioikeutta. Vapaudenriiston kohteen kannalta puuttuminen hänen oikeuksiinsa on kuitenkin luonteeltaan aivan samantyyppistä riippumatta siitä, onko perusteena aineellinen vai menettelyllinen säännös. Puuttuminen vapauteen on sinänsä oikeutettavissa kummallakin perusteella. On kuitenkin huomattava, että niin aineellinen kuin menettelyllinenkin peruste voi osoittautua vääräksi. Syytön saatetaan tuomita rangaistukseen ja vastaavasti vangita esitutkinnan aikana. Tarkoitukseni onkin korostaa tällä esimerkillä sitä, että menettelynormeilla voidaan puuttua yksilöiden oikeuksiin hyvin konkreettisilla tavoilla ja niiden väärä soveltaminen loukkaa oikeusturvaa.

Oikeusvaltioperiaatteen keskeinen sisältö on julkisen vallan käytön lakisidonnaisuus. Oikeusvaltion selvimpänä vastakohtana voidaan pitää tilaa, jossa viranomaisten toimintaa – kuten rikosten selvittämistä – eivät ohjaa yleiset ja ennalta tunnetut normit. Hallinnon toiminta on tällöin mielivaltaista. Aarnio onkin katsonut, että ratkaiseva askel oikeusvaltiokäsitteen kehityksessä on ollut ajatus siitä, että yksilön tulee saada oikeussuojaa paitsi toista yksilöä myös julkiselta valtaa vastaan (kaksisuuntainen oikeussuoja): ”Kysymys ei ole vain siitä, että lainkäyttäjän on sovellettava lakia ratkaistessaan yksittäisten kansalaisten välisiä riitoja tai tuomitessaan rikoksesta syytettyä, vaan *olennaista oikeusvaltion kannalta on se, että itse julkisen vallan käyttäminen perustuu lakiin*. Lainsäädäntö toisin sanoen määrittää julkisen vallan rajat” [kursivointi tässä].<sup>114</sup>

Pölönen on esittänyt, että oikeusvaltioperiaatteen soveltamista rikosprosessissa nimitettäisiin rikosprosessuaalisen järjestelmän legaliteettivaatimukseksi.<sup>115</sup> Hän on pitänyt uuden käsitteen käyttöä tarpeellisena, koska rikospro-

<sup>113</sup> Ståhlberg 1928 s. 4.

<sup>114</sup> Aarnio 2002 s. 3.

<sup>115</sup> Pölönen 2003 s. 232–233 ja 236. Ks. rikosprosessin lainalaisuudesta myös esim. Guinchard – Buisson 2018 s. 453–454 ja 467, Lundqvist 2017 s. 37–47 sekä poliisin toimivaltuuksien osalta Terenius 2013 s. 165.

sessuaalisella legaliteettiperiaatteella viitataan ROL 1:6.1:in, jonka mukaan syyttäjän on nostettava syyte lainkohdassa säädettyjen edellytysten täytyessä. Tästä opportunitteettiperiaatteen vastakohdasta käytetään myös mielestäni paljon kuvaavampaa nimitystä syytepakkoperiaate. Viimeksi mainittua käsitettä voidaankin pitää vakiintuneena.<sup>116</sup> Syytepakkoperiaatteen synonyyminä legaliteettiperiaate jäisi lisäksi merkitykseltään huomattavan kapea-alaiseksi. Tässä tutkimuksessa *rikosprosessuaalisella laillisuusperiaatteella* ei siten viitata syytepakkoperiaatteeseen vaan yleisemmin rikosprosessin lainalaisuuteen.

Rikosprosessuaalisen laillisuusperiaatteen sisältönä voidaan pitää yksinkertaisesti sitä, että viranomaiset selvittävät ja ratkaisevat kysymyksen jonkun syyllistymisestä rikokseen noudattaen laissa säädettyjä menettelyjä.<sup>117</sup> Tämä tarkoittaa, että poliisin, syyttäjän ja tuomioistuimen toiminnan tulee perustua lakiin ja siinä on noudatettava tarkoin lakia. Prosessi- eli menettelysäännökset ovat joko tuomioistuimelle, asianosaisille, esitutkintaviranomaiselle tai muille oikeudenkäynnissä esiintyville henkilöille (prosessisubjekteille) suunnattuja käyttäytymisnormeja tai toimintaohjeita, jotka määrittävät, miten rikosprosessissa on toimittava tai saadaan toimia. Ne voivat velvoittaa, kieltää tai sallia tietynlaiset prosessitoimet.<sup>118</sup> Vaikka rikoksen rankaiseminen on legitimi tavoite, sitä ei oikeusvaltiossa voida tavoitella laittomin keinoin.<sup>119</sup>

Menettelyllinen oikeusturva edellyttää *menettelyllistä oikeudenmukaisuutta*, jota voidaan tarkastella esimerkiksi Rawlsin oikeudenmukaisuusteorian avulla. Rawlsin teorian keskeinen ajatus on, että oikeuksien ja velvollisuuksien jakautuminen yhteiskunnassa olisi reilua, jos yhteiskunnan jäsenet joutuisivat päättämään niiden jakamisen periaatteista tietämättöminä omasta asemastaan yhteiskunnassa. Vastaavasti voidaan ajatella, että objektiivisesti hyväksyttäviä ja oikeudenmukaisia menettelynormeja tulee tarkastella objektiivisesti ”tietämättömyyden verhon” takaa. Tämä edellyttää sen pohtimista, millaisen menettelyn kohteeksi suostuisimme itse kukin alistumaan rikosvastuun toteuttamisen vuoksi. On muistettava, että rikosprosessuaalisia toimia kohdistetaan säännönmukaisesti henkilöihin, joita ei tuomita rikoksista.<sup>120</sup>

<sup>116</sup> Ks. esim. Tirkkonen 1969 s. 282, Virolainen – Pölönen 2004 s. 60, Jokela 2018 s. 259–260 ja Fredman ym. 2020 s. 13.

<sup>117</sup> Vrt. Pölönen 2003 s. 232, missä käsite määritellään hieman suppeammin vaatimukseksi siitä, että esitutkintaviranomaiset puuttuvat perus- ja ihmisoikeuksiin ainoastaan laissa säädetyllä perusteella.

<sup>118</sup> Virolainen – Pölönen 2003 s. 121–124.

<sup>119</sup> Trechsel 1997 s. 100, Stein 2005 s. 26: ”Legality cannot be reinstated through illegality.”

<sup>120</sup> Ks. tiivistelmänä Rawls 1999 s. 10–15 ja soveltamisesta menettelynormeihin esim. Thibaut ym. 1974 s. 1273 ja 1288–1289, missä empiirisen kokeen johtopäätöksenä todetaan: ”The positions of interested parties in front of the veil of ignorance create conceptions of a just procedural system that are distinctly different from the conception created in the original position. That conception of procedural justice that uniquely implies the adversary system is created behind the veil of ignorance.”

Menettelysäännöksillä suojataan perusoikeuksia ja muita hyväksyttäväiksi katsottuja suojeluintressejä. Näitä oikeushyviä ei tule pitää mitenkään lähtökohtaisesti heikomman suojan arvoisina kuin kriminalisointien perusteena olevat oikeushyvät.<sup>121</sup> Lisäksi on huomattava, että vastaajan lisäksi myös asianomistajalla, todistajalla tai prosessiin nähden kokonaan ulkopuolisella henkilöllä voi olla intressejä, joita menettelysäännösin suojellaan.<sup>122</sup> Näiden intressien sivuuttaminen johtaisi paradoksaalisesti siihen, että menettelyssä, jonka tarkoituksena on suojella oikeushyviä, sallittaisiin oikeushyvien loukkaaminen. On eri asia, että menettelysäännökset tietyin edellytyksin sallivat puuttumisen yksilöiden oikeuksiin. Tällaisen toimivaltuuden nojalla puuttuminen ei merkitse oikeudenloukkausta, vaan on esimerkiksi intressipunninnan perusteella hyväksyttävää.

Menettelysäännösten loukkaaminen loukkaisi myös rikosprosessuaalista laillisuusperiaatetta. Tämä voi horjuttaa lainkäytön yhteiskunnallista hyväksyttävyyttä periaatteessa samoin kuin aineellisesti väärit ratkaisutkin. Tutkimusten mukaan rikoslainkäytön hyväksyttävyyden kannalta on merkityksellistä, koetaanko oikeudenkäynti menettelyllisesti oikeudenmukaiseksi vai ei. Epäoikeudenmukainen menettely herättää epäilyjä myös tuomion aineellisesta oikeellisuudesta.<sup>123</sup> Menettelyllisen oikeusturvan loukkaus ei siten ole merkityksetön, vaikka sillä ei olisi vaikutusta asian lopputulokseen. Tavoitteena tulee tietenkin olla optimaalinen rikosprosessi, jossa riittävä todennäköisyys tutkittavasta teosta saavutetaan lainmukaisesti menetellen. Menettelyllinen oikeusturva näin määriteltynä muodostaa rikosprosessioikeuden toisen syväjustifikaation.

Virolainen on katsonut, että menettelyllistä oikeusturvaa ei voida pitää rikosprosessin tehtävänä eli funktiona vaan sille asetettavana laatuvaatimuksena. Syyttömän suojaamisen periaate ja yksilön ihmis- ja perusoikeuksien suojaaminen ovat hänen mukaansa prosessiarvoja mutta eivät tarkoituksiperiä. Rikosprosessin tavoitteena ei esimerkiksi voi olla syyttömän suojaaminen.<sup>124</sup> Nähdäkseni Virolaisen käyttämä käsitteistö ei ole levinnyt ainakaan laajasti käyttöön, mutta hänen esittämänsä ajatus on perusteltu. Rikosprosessi ei tie-

<sup>121</sup> Ks. Øyen 2010 s. 426 ja Hormia 1978 s. 224: ”Prosessioikeudellisten ja aineellisoikeudellisten kysymysten välinen arvojärjestys ei kuitenkaan ole niin kaavamainen, että aineellisissa oikeuskysymyksessä ruumiillistuvat intressit edustaisivat yhteiskunnallisesti tärkeämpiä arvoja kuin prosessioikeudellisella normilla suojattavat oikeushyvät.”

<sup>122</sup> Lähtökohtaisesti oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin suojaa vastaajaa, mutta tästä on EIT:n oikeuskäytännössä poikettu (Trechsel 2005 s. 36–42). Nykyisin ihmisoikeustuomioistuin käyttää fraasia, jossa todetaan kokonaisarvioinnissa otettavan huomioon myös rikosvastaan toteuttamiseen liittyvä julkinen ja mahdollisen uhrin intressi sekä tarvittaessa myös todistajien oikeudet (ks. esim. Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011, kohta 118).

<sup>123</sup> Trechsel 1997 s. 113–115, Virolainen – Pölönen 2003 s. 253–Ervo 2005 s. 449–452, Ervasti – de Godzinsky 2014 s. 177–179.

<sup>124</sup> Virolainen 1998 s. 10–11, Virolainen – Pölönen 2003 s. 151.

tenkään ole olemassa sen vuoksi, että syyttömiä todettaisiin syyttömiksi.<sup>125</sup> Tästäkin syystä katson, että tuomioiden oikeellisuus on rikosprosessin pääta-voite, joka kytkettynä aineelliseen rikosoikeuteen voidaan jäsentää rikosvas- tuun toteuttamisen tavoitteeksi. Tuota tavoitetta tai tarkoitusta on kuitenkin toteutettava laillisin keinoin eli toteuttaen myös menettelyllistä oikeusturvaa.

*Hans Kelsen* on todennut, että määrätessään ne ehdot, joiden vallitessa pakkoa fyysisenä väkivaltana pitää käyttää, ja ne yksilöt, joiden pitää sitä käyttää, oikeusjärjestys suojelee alaisiaan yksilöitä muiden yksilöiden väki- vallalta. Modernissa valtiossa syyllisyyskysymysten ratkaiseminen on keski- tetty riippumattomille tuomioistuimille ja toimeenpanovallalle on keskitetty oikeus käyttää tarvittaessa fyysistäkin pakkoa.<sup>126</sup> Oikeusvaltiossa pakkoval- taa saadaan kuitenkin käyttää ainoastaan laissa säädetyn toimivaltuuden pe- rusteella ja ainoastaan tuon toimivaltuuden puitteissa. Objektiivisesti hy- väksyttäviä menettelysäännöksiä ei siten voida sivuuttaa, vaikka vastaaja tiedettäisiin aineellisesti syylliseksi.

Menettelylliseen oikeudenmukaisuuteen liittyy oikeastaan jo määritelmällisesti se, että oikeudenmukaisuuden käsite irrotetaan menettelyn lopputuloksesta sa- moin kuin edellä on irrotettu rikosvastuun toteuttamistavoite tuomion oikeel- lisuudesta. Oikea lopputulos ei yksin riitä tekemään oikeudenkäynnistä hy- väksyttävää. Menettelyn tulee lisäksi olla tasapuolista, mikä vastaajan osalta edellyttää oikeutta tulla kuulluksi ja kohdelluksi oikeusvaltion perusarvojen edellyttämällä tavalla autonomisena toimijana eikä pelkästään tutkinnan objek- tina. Yksittäistapauksessa aineellisesti syyllinen vastaaja voi pyrkiä käyttämään menettelyllisiä oikeuksiaan peittääkseen totuuden kaikin tavoin, mutta toisaal- ta viranomaisilla ei voi olla varmuutta vastaajan syyllisyydestä ennen kuin prosessi on päätöksessä – jos silloinkaan.<sup>127</sup>

<sup>125</sup> Samoin Virolaisen kanssa esim. Lippke 2016 s. 17.

<sup>126</sup> Kelsen 1968 s. 42–43. Ks. myös Rawls 1999 s. 211, missä todetaan, että pakkotoimenpiteiden käytön mahdollisuus lisää yhteiskunnan vakautta: Vaikka yhteiskunnan jäsenillä olisi yhteneväi- set näkemykset yhteisestä hyvästä, he eivät välttämättä luota toisiinsa. Esimerkiksi täysin vapaa- ehtoisuuteen perustuva tuloverojärjestelmä ei oletettavasti olisi erityisen vakaa, sillä veronmaksu- halukkuutta heikentäisivät epäilykset siitä, että muut jättävät verojaan maksamatta. Vastaavaa ajatusta voidaan soveltaa rikosoikeuteen.

<sup>127</sup> Trechsel 1997 s. 102–112. Trechsel huomauttaa myös, että oikeudenkäynnissä ei voida var- mistua lopputuloksen oikeellisuudesta, kun taas menettelyn oikeudenmukaisuutta on mahdollista kontrolloida (samoin Rawls 1999 s. 74–75).

## 2.2 VAPAA TODISTUSTEORIA

### 2.2.1 Aineellisen totuuden tavoite

Rikossäännösten soveltaminen edellyttää tietoa oikeudellisesti merkityksellisistä todellisuuden tapahtumista, joihin normin tosiasiakuvausta verrataan. Tuomioistuin saa ratkaisunsa perustaksi tietoa todellisuudesta todistelun avulla. Lappalainen on tiivistänyt, että oikeudenkäynnissä saamansa informaation pohjalta tuomioistuin ratkaistessaan jutun määrittää kantansa siihen, missä määrin asianosaisten väitteet jutun faktoista pitävät yhtä totuuden kanssa eli minkä sisältöinen tosiseikasto asetetaan ratkaisun perustaksi.<sup>128</sup> Hieman karrikoiden voidaankin sanoa, että totuutta historiallisista tapahtumista ei oikeudenkäynnissä ole tarpeen selvittää sen itsensä vuoksi, vaan pelkästään oikeusnormien soveltamiseksi.<sup>129</sup> Syyksilukemisen edellytyksenä on riittävä *tieto* siitä, että vastaaja on menetellyt rikoksen tunnusmerkistöä vastaavalla tavalla.

Käsitteellä tieto voidaan tarkoittaa hieman erilaisia asioita. Rikosprosessissa keskeistä on prosessinulkoista todellisuutta koskeva informaatio eli propositionaalinen tieto. Tuomioistuin pyrkii perustamaan ratkaisunsa tällaiseen tietoon ja asianosaiset puolestaan esittävät vaatimustensa perusteina väitteitä siitä, mitä on tapahtunut. Perinteisessä filosofisessa tiedon analyysissä propositionaalinen tieto on määritelty perustelluksi ja todeksi uskomukseksi. Uskomus voi olla tosi myös sattumalta, joten ratkaisevaa on, miten tiedon totuudellisuus voidaan perustella eli oikeuttaa. Suuntaamalla huomio *tiedon oikeuttamiseen* voidaan varmistua siitä, että uskomus on tosi. Tietoa on sellainen uskomus, jonka totuusominaisuus voidaan oikeuttaa. Tästä seuraa, että juuri tiedon oikeuttamisella on huomattavan suuri merkitys näyttökysymyksen kannalta.<sup>130</sup>

Tiedon oikeuttamisessa keskeinen on *evidenssin* käsite, jota voidaan pitää todistelun tietoteoreettisena vastineena. Niiniluoto tiivistää: ”Tiedolle täytyy olla evidenssiä, so. periaatteessa julkisia ja yleisesti hyväksyttäviä perusteita, joiden nojalla tähän tietoon on rationaalista uskoa.” Evidenssi on myös tietoa, mutta sen merkitys tiedon käsitteen kannalta on, että kysymys on jonkin toisen tiedon perusteltavuutta tukevasta tiedosta. Toisin sanoen jonkin tiedon

<sup>128</sup> Lappalainen 2001 s. 127. Ks. myös Tirkkonen 1972 s. 81–82: ”Tosiasia todistaminen merkitsee taas sellaisten perusteitten esittämistä tosiseikan tueksi, että tuomioistuin voi pitää tosiseikkaa totena.”

<sup>129</sup> Ks. esim. Bayles 1987 s. 20, Huovila 2003 s. 166, Hirvelä 2006 s. 97, Ho 2008 s. 49 ja Saranpää 2010 s. 34 sekä ymmärtääkseni vastaavasti Rawls, jonka mukaan oikeusvaltioperiaate (rule of law) edellyttää jonkinlaista järkevää mekanismia totuuden selvittämiseksi ja tuomio-oikeellisuuden varmistamiseksi (Rawls 1999 s. 210).

<sup>130</sup> Lammenranta 1993 s. 72–75, 79–80 ja 129–134, Niiniluoto 1984 s. 136–139. Ks. myös, Ho 2008 s. 86–90, Stein 2005 s. 3 ja Pardo 2005 s. 331–333 ja 359.

käyttötarkoitus jonkin uskomuksen perustelemiseksi tekee tuosta perustelevasta tiedosta evidenssiä suhteessa uskomukseen.<sup>131</sup> Periaatteessa varma, oikeutukseltaan kumoutumaton tieto olisi saavutettavissa vain siten, että tuomarille esitetään kaikki mahdollinen evidenssi tutkittavasta väitteestä.<sup>132</sup> Tällaista varmaa tietoa on todistus oikeudessa nimitetty *aineelliseksi totuudeksi*.

Käytännössä totaalista evidenssiä ei voida saavuttaa ja yksinkertaisesti sanottuna emme edes voi tietää, mitä kaikkea emme tiedä. Joissain tapauksissa voimme tosin päätellä meillä jo olevien tietojen perusteella, että lisäevidenssiä olisi löydettävissä. Siten voidaan edellyttää, että tiedon tueksi esitetään mahdollisimman kattava evidenssi. Tällöin ei pitäisi olla olemassa mitään sellaista uutta evidenssiä, joka kumoaisi käsillä olevan evidenssin perusteella oikeutetun proposition. Totaalisen evidenssin ja varman tiedon mahdottomuus ovat johtaneet siihen, että joidenkin tietoteoreetikkojen mielestä varmaa tietoa ei välttämättä voida saavuttaa. Tällaista kantaa edustaa tietoteoreettinen skeptisismi. Se on erotettava metodisesta skeptisismistä, jossa tieto oikeutetaan epäilyksen avulla.<sup>133</sup>

Tietynlaista skeptisismää edustavat modernin tieteen verifioitavuus- ja falsifioitavuuskriteerit: tieto kuuluu kyseenalaistaa ja sitä kuuluu testata oikeutuksen varmistamiseksi.<sup>134</sup> Jos on syytä epäillä jonkin uskomuksen todenperäisyyttä, sitä ei tulisi hyväksyä tiedoksi. Metodista skeptisismää ei kuitenkaan tarvitse viedä niin pitkälle, että tieto hylätään pienimmänkin epäilyksen perusteella. Modernimpi ja pragmaattisempi tietoteoreettinen vaihtoehto on hylätä uskomuksista vain sellaiset, joita voidaan perustellusti epäillä vääräksi. Tiedon oikeuttamista arvioitaessa tulee ottaa huomioon sen kumoutumisen mahdollisuus ja pyrkiä varmistamaan tieto epäilemällä sitä esimerkiksi erilaisten vastakohtien valossa.

Korrespondenssiteorian mukaan tietty väite on tosi, jos väitettyä asiaintilaa verrataan todellisuudessa vallitsevaan asiaintilaan ja ne vastaavat toisiaan. Totuus merkitsee silloin samaa kuin vastaavuus. Teorian kriitikot ovat huomauttaneet, ettei useinkaan ole selvää, mikä on se todellisuus, johon väitettä pitäisi verrata. Koherenssiteoriassa totuus määritellään yhteensopivuudeksi. Jos väite sopii yhteen muiden, hyväksytyjen väitteiden kanssa ja asettuu siis osaksi koherenttia kokonaisuutta, se on tosi. Konsensussteoria taas lähtee siitä, että väite on tosi, jos se on rationaalisessa diskurssissa hyväksyty todeksi – eli jos tästä käsityksestä vallitsee yhteisymmärrys, konsensus. Pragmaattisen totuusteorian mukaan väi-

<sup>131</sup> Niiniluoto 1984 s. 138, Stein 2005 s. 35 ja 58–59.

<sup>132</sup> Aarnio 2006 s. 221–223, Lammenranta 1993 s. 94–97 ja 114–121. Pardo huomauttaa, että täydellisen evidenssin tapauksissa oikeudenkäynti ei todennäköisesti olisi edes tarpeellinen (Pardo 2005 s. 359–360).

<sup>133</sup> Lammenranta 1993 s. 14–18, 20–28 ja 41–61, Niiniluoto 1984 s. 77–79, Ho 2008 s. 89–94.

<sup>134</sup> Ks. Popper 2002 s. 17–20 ja soveltamisesta näyttöharkintaan Saranpää 2010 s. 248–249.

tettä pidetään totena, jos se on toimiva ja käyttökelpoinen ratkaisu johonkin ongelmaan. Tällaista kriteeriä voi kuitenkin perustellusti pitää melkoisen täsmennyttömänä totuuden määrittämisen kannalta.<sup>135</sup>

Käytännössä (aineellisen) totuuden määritelmää ei mielestäni ole tarpeen problematisoida totuusteorioiden tasolla. Tästä huolimatta on kuitenkin tiedostettava, että totuuden ”saavuttaminen” eli jonkin väitteen tiedollinen oikeuttaminen voi olla varsin haasteellista.<sup>136</sup> Lähden siitä, että korrespondenssiteorian mukainen totuuskäsitys on käytännön tarpeisiin kaikkein soveltuvin. Faktaväite on siis aineellisesti tosi, jos se vastaa prosessinulkoista todellisuutta, yleensä jotain historiallista tapahtumainkulkua. Voitaneen sitä paitsi aivan hyvin katsoa, että teoriat jossain määrin täydentävät toisiaan. Esimerkiksi asiantuntijatiedon osalta konsensusteorian voi nähdä painottuvan enemmän siitä syystä, että uskomme mieluummin todeksi jollain tieteenalalla vakiintuneen käsityksen kuin sellaisen, josta käydään koulukuntariitoja.

Totaalisen evidenssin mahdottomuuden vuoksi aineellisen totuuden saavuttamisen mahdollisuuden on suhtauduttava varovasti. Käytännön elämässä emme kuitenkaan pidä tiedon saavuttamista mahdottomana, koska tyydymme tiedollisen oikeutuksen arvioinnissa varmuuden sijasta *todennäköisyyteen*. Vaatimus totaalista evidenssistä lievenee tällöin vaatimukseksi mahdollisimman kattavasta evidenssistä: mitä enemmän ja mitä luotettavampaa evidenssiä uskomuksen tueksi on olemassa, sitä vahvempi on tiedollinen oikeutus. Näin voidaan päästä lähemmäs totuutta, vaikkakaan ei varmoihin tuloksiin. Käytännössä voi olla hyödyllistä arvioida esimerkiksi sitä, onko uskomukseen päädytty tiedollisesti luotettavan prosessin kautta. Tiedoksi voidaan hyväksyä sellainen uskomus, jonka on tuottanut luotettava prosessi ja jonka oikeutusta voidaan tältä kannalta arvioida.<sup>137</sup>

*Eivind Kolflaath* on esittänyt, että todistus oikeudelliset ongelmat ulottuvat kolmelle tietoteorian tasolle. Aleettinen taso tarkoittaa prosessinulkoista, aineellista todellisuutta. Tuo todellisuus tapahtumineen on olemassa riippumatta siitä, millaista todistelua oikeudenkäynnissä voidaan esittää. Episteemisellä tasolla tiedollista johtopäätöstä arvioidaan esitetyn todistelun valossa ja juuri tällä tasolla operoidaan oikeudenkäynnissä. Kolmanneksi voidaan vielä erottaa psykologinen taso, jolla tarkoitetaan tuomarin kognitiivisia prosesseja tiedon arvioimiseksi. Tuomari saattaa esimerkiksi olla psykologisella tasolla vakuutunut vastaajan syyllisyydestä, mutta episteemisellä tasolla tuota johtopäätöstä

<sup>135</sup> Aarnio 2006 s. 223–225, Lammenranta 1993 s. 82–88, Niiniluoto 1984 s. 108–115, Pölönen – Tapanila 2015 s. 32–33.

<sup>136</sup> Ks. Pölönen – Tapanila 2015 s. 33–35.

<sup>137</sup> Lammenranta 1993 s. 97–120 ja 133–136, Jonkka 1991 s. 16–21, Saranpää 2010 s. 30–31, Keynes 1921 s. 71–78 ja Cohen 1989 s. 94–109. Keynesin käsitteistön mukaan evidenssin kattavuus lisää argumentin painoarvoa (weight). Ks. myös Stein 2005 s. 40–45 ja 81–82.

ei voida oikeuttaa. Tuomarilla ei sen sijaan ole suoraa pääsyä aleettiselle tasolle omakohtaisten havaintojen puuttumisen vuoksi.<sup>138</sup>

Rawls pitää tuomio-oikeellisuutta oikeusvaltioperiaatteesta seuraavana välttämättömyytenä: ”If laws are addressed to rational persons for their guidance, courts must be concerned to apply and to enforce these rules in an appropriate way. A conscientious effort must be made to determine whether an infraction has taken place and to impose the correct penalty. Thus a legal system must make provisions for conducting orderly trials and hearings; it must contain rules of evidence that guarantee rational procedures of inquiry. While there are variations in these procedures, the rule of law requires some form of due process: that is, a process reasonably designed to ascertain the truth, in ways consistent with the other ends of the legal system, as to whether a violation has taken place and under what circumstances.”<sup>139</sup>

Myös suomalaisessa oikeuskirjallisuudessa on yleisesti todettu, että aineellista totuutta ei yksinkertaisesti voida oikeudenkäynnissä saavuttaa.<sup>140</sup> Lauri Lehtimaja on tunnetussa, sanamuodoiltaan värikkäässä kirjoituksessaan todennut filosofiselta kannalta ”irvokkaaksi” väittää, että aineellinen totuus olisi löydettävissä. Vapaa todistusharkinta rakentuu hänen mukaansa viime kädessä subjektiiviselle intuitiolle, mistä syystä aineellisen totuuden selvittäminen useimmiten ”jää utopiaksi”. Aineellisen totuuden asemesta olisi Lehtimajan mielestä puhuttava *prosessuaalisesta totuudesta* eli totuudesta normatiivisen järjestelmän tuotoksena. Prosessuaalinen totuus olisi todistelusääntöjen puitteissa esitetyn luvallisen näytön pohjalta muodostunut vakaumus, jonka rinnalla on täysin yhdentekevää, mitä todellisuudessa on tapahtunut.<sup>141</sup>

Lakivaliokunta on kuitenkin lausunut ROL:ia koskevassa mietinnössä, että ”[o]ikeussuojan (oikeusturvan) toteutuminen edellyttää prosessuaalisten säännösten järjestämistä siten, että oikeudenkäynnissä päädytään mahdollisimman varmasti aineellisesti oikeaan ratkaisuun. Tästä käytetään nimitystä aineellisen totuuden periaate.”<sup>142</sup> Näyttökysymyksen osalta tuomion oikeellisuuden mittapuuna on siten ei-oikeudellinen, aineellinen todellisuus, joka tuomioistuimelle olisi oikeudellisesti relevanteilta osiltaan selvitettävä, jotta se voi soveltaa normeja oikeisiin tosiseikkoihin. Syllogismin alalause eli faktapremissi vastaisi tällöin sitä, mitä todellisuudessa on tapahtunut. Rikosprosessin tuomion oikeel-

<sup>138</sup> Kolffaath 2004 s. 281–282. Ks. myös Saranpää 2010 s. 130–131.

<sup>139</sup> Rawls 1999 s. 210.

<sup>140</sup> Ks. esim. Jonkka 1991 s. 16, Virolainen – Pölönen 2003 s. 172–175, Hirvelä 2006 s. 103, Saranpää 2010 s. 30.

<sup>141</sup> Lehtimaja 1981 s. 171.

<sup>142</sup> LaVM 9/1997 vp s. 6–7. Aineellisen totuuden tavoitteelle on löydettävissä tuoreempaakin institutionaalista tukea esitöistä ja oikeuskäytännöstä, ks. esim. LaVM 19/2014 vp s. 7, KKO 2019:7 (kohta 16) ja KKO 2015:51 (kohta 28).



lisuuden tavoite ja varmuusperiaate ilmenevät siten todistusoikeudessa aineellisen totuuden tavoitteen (tai periaatteen) muodossa.<sup>143</sup>

Vaikka täydellistä varmuutta historiallisesta tapahtumainkulusta ei voidakaan saavuttaa, on mahdollista esimerkiksi erottaa enemmän ja vähemmän luotettavia tapoja saada tietoa tutkittavasta tapahtumasta. Mikään ei siten estä asettamasta aineellista totuutta rikosprosessin tavoitteeksi, vaikka hyväksyttäisiinkin, että sitä on mahdotonta saavuttaa ainakaan täydellisesti jo erilaisten tosiasiallisten todistelunrajoitteiden vuoksi.<sup>144</sup> Aineellisen totuuden tavoitetta ei tule ymmärtää väitteeksi siitä, että tällainen totuus olisi saavutettavissa. Todistusoikeudessa aineellisen totuuden tavoite on kuitenkin nähdäkseni (edelleen) keskeistä, koska tuomion oikeellisuus – joka edellä määriteltiin yhdeksi syväjustifikaatioperusteeksi – edellyttää näyttökysymyksen osalta aineellisen totuuden selvittämistä. Käytän jatkossa tavoitteesta myös termiä selvittämisisntressi.<sup>145</sup>

Lehtimajan esittämään kritiikkiin on syytä monin paikoin yhtyä. Erityisen huomionarvoinen on hänen havaintonsa totuuden normatiivisesta luonteesta. Kuten Pölönen ja Tapanila korostavat, aineellisen totuuden tavoitetta ei kuitenkaan tule sekoittaa niihin keinoihin, joilla tavoitteeseen pyritään.<sup>146</sup> Oma näkemykseni on, että aineellisen rikosoikeuden ja rikosprosessioikeuden normit *ensinnäkin* rajaavat sen näyttökysymyksen, jonka osalta aineelliseen totuuteen pyritään. Tutkittavana ei ole aineellinen totuus sinänsä, vaan syyttäjän esittämä väite tietyistä tapahtumainkulusta ja sen oikeudellisesta merkityksestä. Tämän *lisäksi* rikosprosessioikeuden normit rajoittavat aineellisen totuuden tavoittamiseen käytettävissä olevia keinoja esimerkiksi todistelunrajoittein. Normatiivinen järjestelmäkään ei toisaalta aseta mitään muuta varsinaista tavoitetta näiden raamien sisällä kuin aineellisen totuuden.<sup>147</sup>

## 2.2.2 Rooliperiaatteet todistelussa

Aineellisen totuuden tavoitteen kannalta merkityksellisiä normatiivisia piirteitä voidaan tarkastella ensinnäkin rikosprosessin rooliperiaatteiden avulla. Virolaisen ja Pölösen mukaan prosessin kyky täyttää sille asetetut tavoitteet riippuu osaltaan siitä, mitä tehtäviä asianosaisilla ja tuomioistuimella on oikeudenkäynnissä, miten mainitut prosessisubjektit voivat vaikuttaa menette-

<sup>143</sup> Ks. Virolainen – Pölönen 2003 s. 171. Hirvelä kuvaa, että todistelun kautta rakentuu siltä tunnusmerkistön ja empiirisen todellisuuden välille (Hirvelä 2006 s. 237).

<sup>144</sup> Saranpää 2010 s. 29. Ks. myös Niiniluoto 1984 s. 110.

<sup>145</sup> Ks. esim. Pölönen 2003 s. 21, Hormia 1978 s. 5–6.

<sup>146</sup> Pölönen – Tapanila 2015 s. 29.

<sup>147</sup> Vrt. myös edellä (luku 2.1.3) mainittu Virolaisen havainto siitä, ettei menettelyllistä oikeusturvaa ole luontevaa pitää rikosprosessin funktiona.

lyn kulkuun ja millaiseksi niiden keskinäinen suhde asian selvittämiseksi tarvittavan aineiston hankkimiseksi on järjestetty. Tämä on yksi prosessioikeuden keskeisimmistä ja vaikeimmista kysymyksistä. Prosessuaalista työnjakoa ja määräämisoikeutta oikeudenkäyntiaineistosta sekä prosessin kulusta koskevia oikeusperiaatteita nimitetään rooliperiaateiksi. Myös todistelun osalta prosessisubjektien tehtävänjaolla on keskeinen merkitys.<sup>148</sup>

Näyttökysymyksen arvioinnin pohjana tai eräänlaisena tiedollisena nollapisteenä rikosprosessissa on syyttömyysolettaman mukaisesti vastaajan syyttömyys. Tämä on luonteva lähtökohta jo sen vuoksi, että aineellisen rikosoikeuden tarkoituksena on edellä selostetuin tavoin ohjata yksilöitä käyttäytymään siten, että he *eivät* syyllistyisi rikoksiin. Olisi käytännössä mahdotonta järjestää rankaisuvallan käyttöä oikeusvaltiossa jotenkin muutoin kuin siten, että jonkun syyllistymistä rikokseen ryhdytään tutkimaan silloin, kun voidaan epäillä rikoksen tapahtuneen. Lisäksi on järjestelmän kannalta luontevaa, että rankaisuvallan ollessa keskitetty viranomaisille he myös pääsääntöisesti huolehtivat epäillyn rikoksen selvittämisestä. Suomalaisessa rikosprosessissa syyllisyyskysymystä arvioidaan alustavasti esitutkinnassa ja syyteharkinnassa.

Rikosprosessin toisena keskeisenä rooliperiaatteena voidaan pitää *akkusatorista periaatetta*, joka on määritelty esitöissä seuraavasti: ”Päätettyään nostaa syytteen syyttäjä ajaa syytettä oikeudenkäynnissä asianosaisena. Syytteessä esitetty tapahtumakuvaus rajaa oikeudenkäynnin kohteen siten, että tuomioistuin ei voi käsitellä ja ratkaista asiaa sitä laajemmin. Syyttäjän on myös huolehdittava tarvittavan todistusaineiston esittämisestä oikeudenkäynnissä. Syyttäjällä on todistustaakka, mikä merkitsee sitä, että hänen on näytettävä toteen kaikkien rikosoikeudellisesti välittömästi merkityksellisten tosiseikkojen olemassaolo. Syytetty itse voi halutessaan pysytellä oikeudenkäynnissä täysin passiivisena; hänen ei tarvitse todistaa itseään syyttömäksi. Myöskään tuomioistuin ei pitäisi puuttua todisteiden hankkimiseen.”<sup>149</sup>

Todistus oikeudellisesti tärkeimmät akkusatorisen periaatteen osatekijät ovat *syytesidonnaisuus* ja *syyttäjän todistustaakka*. Syyttäjä esittää syytteen teonkuvauksessa (ROL 5:3.1:n 3 k.) sen teon, johon hän vetoaa rangaistusvaatimuksensa perusteena. Syyttäjän näkemyksen mukaan kyseinen teko vastaa jotain rikostunnusmerkistöä ja vastaaja voidaan tuomita rangaistukseen. Esitöissä korostetaan nimenomaisesti, että tunnusmerkistötekijöiden toistaminen syytteen teonkuvauksessa ei ole riittävää, vaan teko on kuvattava historiallisena tapahtumainkulkuna siten, että voidaan arvioida, täyttääkö teko rikoksen tunnusmerkistön. Lisäksi tulee ilmoittaa teosta aiheutuneet seuraukset. Teonkuvausta

<sup>148</sup> Virolainen – Pölönen 2003 s. 387–388.

<sup>149</sup> HE 83/1995 vp s. 4, Jokela 2018 s. 23–26, Ekelöf ym. 2016 s. 70–71, Frände 2009 s. 162–163, Virolainen – Pölönen 2003 s. 390–393, Jääskeläinen 1997 s. 153–157, Jonkka 1991 s. 202–211.

voidaan nimittää myös syytteen oikeustositseikastoksi, koska se sisältää teon oikeudellisesti merkitykselliset tosiseikat.<sup>150</sup>

Syyte voi kuulua esimerkiksi niin, että A on puukottanut B:tä tarkoitukseensa tappaa B tai ainakin A:n on tullut pitää tätä tekonsa varsin todennäköisenä seurauksena ja A on siten syyllistynyt tappoon. Myös esimerkiksi A:n tarkoitusta koskeva väite on oikeudellisesti relevantti, koska tappo (RL 21:1) on ainoastaan tahallisenä rangaistava. On eri asia, onnistuuko syyttäjä osoittamaan väitteensä todeksi. Väite on joka tapauksessa oikeudellisesti relevantti. Vastaja olisi toisaalta mahdotonta puolustautua esittämällä esimerkiksi todistelua sellaisista seikoista, joita syytteessä ei mainita. Syytesidonnaisuutta voidaan siten perustella kummallakin rikosprosessioikeuden syväjustifikaatioperiaatteella, niin tuomion oikeellisuuden tavoitteella kuin menettelyllisellä oikeusturvallakin.

Syytesidonnaisuus ilmenee ROL 11:3:stä, jonka mukaan tuomioistuin saa tuomita vain siitä teosta, josta rangaistusta on vaadittu. Syytesidonnaisuus rajoittaa merkittävästi tuomioistuimen tiedonintressiä ja aineellisen totuuden tavoittelua asettaen näyttökysymyksen selvittämiseksi ”ylärajan”, jonka yli totuutta ei tule selvittää. Muut kuin syytteessä vedotut, mahdollisesti täysin relevantit tosiseikat eivät ole oikeudenkäynnin kohteena. Tuomioistuin on sidottu teon ulkoisen tapahtumainkulun osalta esitettyjen väitteiden lisäksi siihen, mitä syytteessä on selostettu vastaajan käyttäytymisestä ja tarkoituksesta<sup>151</sup>. Syyttömyysolettama muodostaa näyttökysymyksen ”alarajan”, koska syyte voidaan aina hylätä viran puolesta, jos tuomitsemiskynnyksen ei katsota ylittyvän. Tuomioistuin ei ole täysin sidottu edes puolustuksen väitteisiin.<sup>152</sup>

Toisin kuin riita-asiassa, rikosasiassa tuomioistuinta ei sido kantajan vaatimus. Käytännössä syyttäjän seuraamuskannanotolle annetaan kuitenkin merkitystä ja seuraamuksesta tulee käydä keskustelua oikeudenkäynnissä. Tuomioistuin ei ole sidottu myöskään rikosnimikkeeseen eikä lainkohtaan, jonka nojalla rangaistusta on vaadittu.<sup>153</sup> OK 17:4.1:n mukaan tuomioistuin soveltaa lakia viran puolesta (*jura novit curia*). Tätä periaatetta ei tulisi rikosasioissakaan ymmärtää siten, ettei myös asianosaisten keskeisenä velvollisuutena olisi ottaa kantaa syytteen oikeudellisen arvioinnin kannalta merkityksellisiin kysymyksiin.<sup>154</sup> Jos tuomioistuin arvioi vedottujen tosiseikkojen merkitystä toisin kuin syyttäjä, voi jo yksin tämä johtaa syytteen hylkäämiseen. Syytesidonnaisuuden estämättä voidaan toisaalta katsoa, että

<sup>150</sup> HE 82/1995 vp s. 63, Frände 2009 s. 365. Ks. syyttäjän todistustaakasta myös Jokela 2018 s. 680–681, Pölonen 2003 s. 133–139 ja Diesen 2015 s. 122–125.

<sup>151</sup> HE 82/1995 vp s. 126.

<sup>152</sup> Ks. syytesidonnaisuudesta Tapanila 2019a s. 73–73–95, Jokela 2018 s. 750–759, Frände 2009 s. 435–439, Virolainen – Pölonen 2003 s. 397–401 ja Jonkka 1992 s. 69–74.

<sup>153</sup> HE 82/1995 vp s. 126–127 ja esim. Jokela 2018 s. 751–759.

<sup>154</sup> Ks. esim. Liljenfeldt – Korhonen 2011 s. 716.

näytetty teko täyttää jonkin muun rikoksen tunnusmerkistön (ks. esim. KKO 2003:74, missä vastaaja voitiin kavallusta koskevan syytteen nojalla tuomita rangaistukseen petoksesta). Tästä on kuitenkin kuultava asianosaisia, kuten mainitussa ratkaisussa meneteltiin.<sup>155</sup>

Syytesidonnaisuutta ei yleensä jäsennetä varsinaiseksi todistelunrajoitteeksi, eikä se ole mielestäni perusteltuakaan, koska kysymys on tosiseikka- eikä todistetasolla vaikuttavasta normista. Kuten Pölönen toteaa, se kuitenkin relativoi olennaisesti aineellisen totuuden selvittämistavoitetta.<sup>156</sup> Mikäli vastaajaa ei syytetä jostain, mitä hän todellisuudessa on tehnyt, se ei tule edes tuomioistuimen arvioitavaksi. Näin ollen syytesidonnaisuus voi estää rikosvastuun toteuttamisen yksittäistapauksessa. On kuitenkin huomioitava, että syyttäjää voi oikeudenkäynnin aikana muuttaa syytettään ROL 5:17:ssä säädetyn edellytyksin.<sup>157</sup>

Syyttömän suojaamisen periaatteen vuoksi vastaajalla ei ole varsinaista vetoamistaakkaa eli puolustuksen ei tarvitse nimenomaisesti vedota kannaltaan edulliseen tosiseikkaan, vaan sellaisen tosiseikan ilmitulo oikeudenkäynnin aikana riittää. Kysymys on siten lähinnä *informointitaakasta*, mitä käsitettä yleensä käytetään indispositiivisten riita-asioiden yhteydessä. Informointitaakalla tarkoitetaan riskiä siitä, ettei jokin tosiseikka tule tuomioistuimen tietoon lainkaan eikä sitä näin ollen voida ottaa huomioon.<sup>158</sup> Mikäli puolustus ei vetoa tiedosaan oleviin edullisiin seikkoihin, se ottaa kantaakseen vetoamistaakkaa muistuttavan tosiasiallisen riskin siitä, ettei jokin vastaajalle edullinen tosiseikka tule lainkaan tuomioistuimen tietoon eikä sitä näin ollen oteta ratkaisussa huomioon.

Syyttäjän todistustaakka puolestaan tarkoittaa, että syyttäjän vastuulla on akkusatorisen periaatteen mukaisesti hankkia ja esittää riittävä näyttö esittämänsä syytteen teonkuvauksen toteennäyttämiseksi ja syyttömyysolettaman kumoamiseksi. Kantajan todistustaakasta rikosasiassa säädetään OK 17:3.1:ssa. Näytösvollisuutta kutsutaan myös subjektiiviseksi todistustaakaksi. Vastaavasti puhutaan objektiivisestä todistustaakasta eräänlaisena todistusoikeudellisena sanktiona. OK 17:3.2:n mukaan tuomion, jossa vastaaja tuomitaan syylliseksi, edellytyksenä on, ettei vastaajan syyllisyydestä jää varteenotettavaa epäilyä. Tarvittavaa todennäköisyyden tasoa nimitetään tuomitsemiskynnykseksi.

<sup>155</sup> Ks. myös EIT:n tuomio *Pélissier and Sassi v. France* [GC], 25.3.1999 (johtopäätöksenä kohta 62), jonka mukaan muutoksenhakuasteessa olisi tullut kiinnittää vastaajien huomiota siihen mahdollisuuteen, että syytetä arvioidaan oikeudellisesti toisin kuin syyttäjä esittää.

<sup>156</sup> Pölönen 2003 s. 135–136.

<sup>157</sup> Ks. Jokela 2018 s. 751.

<sup>158</sup> Virolainen 1988 s. 338, Havansi 1994 s. 95 ja Diesen 2015 s. 128–129. Ks. Myös Janz 2016 s. 1153–1154, missä informaatiotaakkaa arvioidaan lyhyesti lapsioikeudellisessa kontekstissa. Janz viittaa mm. ratkaisuun KKO 2015:91, joka koskee jatkokäsittelyluvan myöntämisen edellytyksiä. Ratkaisussa KKO katsoi, että painavan syyn edellytyksen täyttyminen oli ollut hovioikeuden ennakoitavissa, vaikkei siihen nimenomaisesti vedottukaan.

Objektiivinen todistustaakka tarkoittaa rikosprosessissa, että syyte hylätään, jos vastaajan syyllisyydestä jää varteenotettava epäily eli tuomitsemiskynnys ei ylity.<sup>159</sup>

Syyttäjän todistustaakkaa ei tule ymmärtää siten, että rikosepäilyn perusteella olisi ryhdyttävä hankkimaan pelkästään epäilyä tukevaa todistelua. ETL 4:1:n mukaan esitutkinnassa on selvítettävä ja otettava huomioon sekä rikoksesta epäiltyä vastaan että hänen puolestaan vaikuttavat seikat ja todisteet. Jos rikosvastuun toteuttamista pidetään rikosprosessin tarkoituksena, on vaarana, että rikoksen selvittäminen vääristyy jo esitutkintavaiheessa tasapuolisuusperiaatteen vastaisesti. Lisäksi vastaajaa ei voida pakottaa toimimaan itseään vastaan. Hyväksyttävät mahdollisuudet puuttua hänen oikeuksiinsa rikoksen selvittämiseksi on säädetty laissa. Passiivisten oikeuksien pääsisältönä on suoja viranomaisten oikeudettomilta puuttumisilta vastaajan oikeuspiiriin. Ne mahdollistavat sen, että vastaaja ei osallistu rikoksen selvittämiseen lainkaan.

Lippke kutsuu tasapuolisuusperiaatetta syyttömyysolettaman menettelylliseksi ulottuvuudeksi. Verekseltään kiinni saatua, hyvin suurella todennäköisyydellä rikokseen syyllistynyttä epäiltyäkin on *kohdeltava* syyttömänä (näin myös ETL 4:2). Syyttömyysolettama tosiasialisesti suojelee myös syyllisiä rikostutkinnassa tapahtuvilta oikeudenloukkauksilta ja ylläpitää näin menettelyllistä oikeusturvaa. Rikosprosessin ei ole tarkoitus muodostaa rangaistusta syyllisellekään vastaajalle vaan ainoastaan mahdollistaa asian selvittäminen. Lisäksi viranomaisten on tutkinnan aikana pidettävä jatkuvasti mielessään se mahdollisuus, että olisi löydettävissä epäillyn syyttömäksi osoittavaa vastaevidenssiä. Luottamalla liikaa jonkun epäillyn syyllisyyteen saattaa todellinen rikoksentehtäjä jäädä rankaisematta.<sup>160</sup>

Vastaajalla ei ole periaatteessa lainkaan todistustaakkaa edes omien väitteiden osalta. Puolustus kuitenkin saa esittää, hankkia tai ehdottaa hankittavaksi todisteita. ETL 3:7.1:n mukaan asianosaisen pyytämät kuulustelut ja muut esitutkintatoimenpiteet on suoritettava, jos hän osoittaa, että ne saattavat vaikuttaa asiaan, ja jollei niistä aiheudu asian laatuun nähden kohtuuttomia kustannuksia. Väitteitä koskevaa informointitaakkaa vastaavasti puolustuksen kannalta voi olla tosiasiallisesti haitallista olla tuomatta ilmi sellaisia todisteita tai mahdollisia todisteita, jotka vastaajalla on tiedossaan. Lisäksi syyttäjän vahvan todistelun perusteella vastaajalle voidaan joissain tapauksissa asettaa niin sanottu

<sup>159</sup> HE 82/1995 vp s. 15–16, HE 46/2014 vp s. 48–49, Jokela 2018 s. 680–681, Glover 2017 s. 100–102, Rautio – Frände 2016 s. 40–41, Pölönen – Tapanila 2015 s. 57–58, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 78–81, Klami 2000 s. 72–77 ja Tirkkonen 1972 s. 147–151. Ks. subjektiivisesta todistustaakasta Halila 1955 s. 9–10. Halila toteaa mielestäni, että kysymys on lähinnä eri näkökulmista todistustaakan käsitteeseen. Hieman toisin Halilaa on tulkinnut Saranpää, jonka mukaan subjektiivinen todistustaakka merkitsee samaa kuin niin sanottu väärä tai kääntynyt todistustaakka (Saranpää 2010 s. 95).

<sup>160</sup> Ks. Lippke 2016 s. 20–25.

selitysvolvollisuus (ks. jäljempänä luku 6.4.3). Oikeuksia, jotka mahdollistavat vastaajan osallistumisen rikosprosessiin, nimitetään aktiivisiksi oikeuksiksi.<sup>161</sup>

*Mika Launiala* on kiinnittänyt huomiota siihen, että syyllisillä ja syyttömällä epäillyillä on toisistaan poikkeavia odotuksia viranomaismenettelyjen suhteen, mikä näkyy keskeisimmin suhteessa totuuden selvittämiseen eli syyllisyyskysymykseen. Syyttömän intressissä on aineellisen totuuden selvittäminen, koska se johtaisi hänen vapautumiseensa rikosepäilyistä. Rikoksen syyllistyneen epäillyn – mikä pätee luonnollisesti myös vastaajaan – intressissä on lähtökohtaisesti estää totuuden selvittäminen ainakin hänen syyllisyytensä osalta. Rationaalinen rikoksenteikijä suhtautuu siten kielteisesti totuuden selvittämiseen.<sup>162</sup> Tähän nähden onkin perusteltua, että vastaajan passiivisuutta voidaan tietyissä tilanteissa tulkita hänen vahingokseen. Menettelyllinen oikeusturva ei tarkoita, että vastaaja olisi oikeutettu estämään totuuden selvittämisen ja vaikuttamaan tuomion lopputulokseen.<sup>163</sup>

Ratkaisussa KKO 2010:88 katsottiin, että vakaviin rikosepäilyihin rinnastuvia tosiasiaväitteitä esittäneen tiedotusvälineen oli voitava esittää riittävät perusteet väitteiden todenperäisyyden tueksi, jotta se olisi voinut torjua kunnianloukkaussyytteen. Ratkaisussa korostuvat mediajulkisuuteen liittyvät erityispiirteet, eikä siitä voitane tehdä kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä.<sup>164</sup> Toiseksi vastaajalla voi olla todistustaakka omaisuuden alkuperästä laajennettua rikoshyödyn menettämistä koskevissa tilanteissa, jos kantaja on näyttänyt vaatimuksensa perusteet (RL 10:9.4). Tältä osin on huomattava, ettei lainkohdan esitöissä käytetty ilmaisu ”käännetty todistustaakka” ole ehkä teoreettisesti oikea. Kantajan on nimittäin ensin vedottava vaatimuksen perusteisiin ja näytettävä ne toteen. Näkisin, että lainkohdassa on todistus- oikeudellisin käsittein kysymys pikemminkin legaalisesta presumptiosta.<sup>165</sup>

Akkusatorinen periaate merkitsee myös, että tuomioistuimen roolina on johtaa prosessia mutta todistelun osalta lähtökohtaisesti pysytellä passiivisena vastaanottajana ja arvioijana. Esimerkiksi ROL:n esitöiden mukaan tuomioistuin ei omasta aloitteestaan määrää hankittavaksi sellaista selvitystä, jota syytteen näyttäminen toteen edellyttää. Sen sijaan saattaa joskus olla välttämätöntä, että tuomioistuin hankkii selvitystä, joka johtaa syytteen hylkäämiseen. Vastaava

<sup>161</sup> Jaosta aktiivisiin ja passiivisiin oikeuksiin ks. Lundqvist 2017 s. 101–102 ja Virolainen – Pölonen 2004 s. 273–276. Samansuuntaisesti jo Beling 1903 s. 11.

<sup>162</sup> Launiala 2010 s. 16.

<sup>163</sup> Tribe 1988 s. 666.

<sup>164</sup> Ratkaisussa *Perna v. Italy* [GC], 6.5.2003 (erit. kohdat 13, 31 ja 47) katsottiin vastaavasti, että toimittajan olisi tullut esittää näyttöä faktaväitteistään, jotka koskivat erään syyttäjän virkatoimia (ks. myös Hirvelä – Heikkilä 2017 s. 949).

<sup>165</sup> Ks. HE 4/2016 vp s. 3 ja 44–45 sekä presumption käsitteestä Lappalainen 2001 s. 143–145 ja Tirkkonen 1972 s. 109–112. Englannissa on perinteisesti katsottu, että esimerkiksi syntakeetomuuteen vetoavalla vastaajalla on tämän tosiseikan osalta todistustaakka (ks. Glover 2017 s. 102–109, missä mainitaan muitakin esimerkkejä).

säännös sisältyy OK 17:7:ään. Tuomioistuimella on ainoastaan velvollisuus valvoa, että asia käsitellään asianmukaisesti (ROL 6:5.2). Esitöiden mukaan aikaisempaa säännöstä asian perusteellisesta käsittelemisestä voitiin pitää siten harhaanjohtavana, että sen voidaan tulkita tarkoittavan tuomioistuimen velvollisuutta valvoa, että syyte tulee näytetyksi toteen.<sup>166</sup>

Rooliperiaatteiden merkitys korostuu niin sanotussa *eriytyneessä funktioajattelussa*. Tiivistettynä se tarkoittaa, että rikosvastuun toteuttamistehtävä ja menettelyllisestä oikeusturvasta huolehtiminen osoitetaan eri tahojen huolehdittaviksi. Akkusatorisen periaatteen mukaisesti syyttäjän tehtävissä painotuu rikosvastuun toteuttaminen<sup>167</sup>. Vastaajan oikeusturvasta huolehtimisen katsotaan sen sijaan olevan erityisesti tuomioistuimen sekä vastaajan avustajan tai puolustajan tehtävä.<sup>168</sup> Viranomaisia velvoittaa pyrkimys objektiivisuuteen, mutta esitutkinnassa ja syyteharkinnassa rikosvastuun selvittämiseen ja toteuttamiseen tähtääviin toimiin on sallittua ryhtyä olennaisesti epävarmimmilla tiedoilla kuin rikoksen syyksilukeminen tuomioistuimessa edellyttää. Kuten todettu, jo yksin tästä syystä on tärkeää, ettei epäiltyjen oikeuksiin puututa kohtuuttomasti, kun rikosta vasta selvitetään.

Rooliperiaatteiden avulla voidaan jäsentää todistelunrajoitteiden merkitystä rikosprosessissa. Syyttäjän todistustaakan vuoksi todistelun rajoittuminen merkitsee käytännössä, että syytteen näyttäminen toteen vaikeutuu tai suorastaan estyy. Syyttömän suojaamisen tavoitteen vuoksi vastaajalle edullisia todisteita voidaan sen sijaan yleensä esittää vapaasti. Näin ollen oikeudelliset todistelunrajoitteet voidaan nähdä vastapainona ennen kaikkea rikosvastuun toteuttamistavoitteelle. Poikkeuksellista akkusatorisen rooliasetelman kannalta on, että tuomioistuimen tulee soveltaa todistelunrajoitteita viran puolesta. Sen ei siis tule jättäytyä passiiviseen rooliin vaan valvoa säännösten noudattamista. Myös EIT:n ratkaisukäytännössä on asetettu tuomioistuimelle velvollisuus huolehtia oikeudenmukaisuuden toteutumisesta oikeudenkäynnissä.

<sup>166</sup> HE 82/1995 vp s. 70 ja 83, Jokela 2018 s. 24, Virolainen – Pölönen 2003 s. 393–397, Jonkka 1992 s. 65–66. Ks. prosessinjohtosta jäljempänä luku 3.3.1.

<sup>167</sup> Syyttäjälaitoksesta annetun lain (11.1.2019/32) 9 §:n mukaan syyttäjän tehtävänä on huolehtia rikosoikeudellisen vastuun toteuttamisesta hänen käsiteltäväänään olevassa asiassa tasapuolisesti, joutuisasti ja taloudellisesti asianosaisten oikeusturvan ja yleisen edun edellyttämällä tavalla.

<sup>168</sup> Jokela 2018 s. 10–11, Pölönen – Tapanila 2015 s. 28–31, Ekelöf ym. 2016 s. 31, Launiala 2010 s. 9–10, Huovila 2003 s. 185–191, Niemi-Kiesiläinen 2003 s. 337–347.

### 2.2.3 Vapaa todistelu

Aineellisen totuuden tavoitteen asemasta johtavana tavoitteena tulisi seurata, että sen justifioimat todistusoikeuden normit ovat pääsäännön asemassa ja muut vastaavasti poikkeuksia.<sup>169</sup> Vuoden 1948 todistelu-uudistuksen periaatteellisesti merkittävämpänä muutoksena voidaan pitää siirtymistä lakimääräisestä eli legaalisesta todistusteoriasta vapaaseen todistusteoriaan. Legaalisen todistusteorian keskeisinä heikkouksina pidettiin liian muodollisia todisteiden esittämistä ja todistusharkintaa koskevia säännöksiä, joiden soveltaminen saattoi johtaa väärin lopputuloksiin. Oikeuskäytännössä olikin jo ennen uudistusta omaksuttu *vapaa todistusteoria*, jonka osatekijöiksi luetaan vapaa todistelu ja vapaa näyttöharkinta. Toisaalta sekä legaalisen todistusteorian että vapaan todistusteorian tavoitteena on aineellinen totuus.<sup>170</sup>

Vapaa todistusteoria säilytettiin OK 17 luvun säännösten lähtökohtana viimeisimmässä todistelu-uudistuksessa. OK 17:1:n mukaan asianosaisella on oikeus esittää haluamansa näyttö asian tutkivalle tuomioistuimelle sekä lausua jokaisesta tuomioistuimessa esitetystä todisteesta, jollei laissa toisin säädetä. Tuomioistuimen on esitettyjä todisteita ja muita asian käsittelyssä esiin tulleita seikkoja harkittuaan päätettävä, mitä asiassa on näytetty tai jäänyt näyttämättä. Tuomioistuimen on perusteellisesti ja tasapuolisesti arvioitava todisteiden ja muiden seikkojen näyttöarvo vapaalla todistusharkinnalla, jollei laissa toisin säädetä. Lainkohdasta voidaan havaita, että *aineellisen totuuden tavoitteeseen perustuva vapaa todistusteoria on edelleen todistusoikeudessamme pääsääntönä*, joskin siitä voidaan laissa säätää poikkeuksia.

Vapaa todistelu oikeuttaa rikosasian asianosaiset esittämään haluamansa todisteet asiassa. Tähän liittyen asianosaisten on hankittava asiassa tarpeelliset todisteet (OK 17:7). Todisteiden hankkiminen voidaan määrittellä todisteiden tallentamiseksi<sup>171</sup> käytettäväksi myöhemmin oikeudenkäynnissä, mikä rikosprosessissa tapahtuu pääsääntöisesti esitutkintavaiheessa. Esimerkiksi reaali-todisteiden hankkiminen on looginen edellytys sille, että ne voidaan oikeudenkäynnissä esittää. Todisteiden esittäminen voidaan puolestaan määrittellä jonkin todistuskeinon käyttämiseksi oikeudenkäynnissä, jotta tuomioistuin ottaisi siitä ilmenevän tiedon huomioon näyttöratkaisussa. Käytän *todistelua* hankkimis- ja esittämistoimien yläkäsitteenä, jossa korostuu asianosaisten näkökulma. Kysymys on heidän toimistaan, joilla pyritään vaikuttamaan näyttöratkaisuun.

<sup>169</sup> Vrt. Pöyhönen 1988 s. 98.

<sup>170</sup> Tirkkonen 1949 s. 1–4, Lappalainen 2001 s. 138–141, Pölönen 2003 s. 144–147, Saranpää 2010 s. 127.

<sup>171</sup> Reaalitodisteiden osalta olisi kenties luontevampaa puhua ”tallettamisesta”. Esitöissä kuitenkin puhutaan nimenomaan tallentamisesta, mistä syystä termi on omaksuttu tässäkin (ks. HE 14/1985 vp s. 18 ja esim. OJL 3/1973 s. 13).



Vapaan todistelun tarkoituksena on, että asianosaiset voivat hankkia ja esittää tuomioistuimelle mahdollisimman laajasti todistelua väitteidensä tueksi.<sup>172</sup> Tällöin syyllisyyskysymyksen tiedolliseen arvioimiseen olisi parhaat mahdolliset edellytykset. Syyttäjällä on todistustaakan kantavana osapuolena aina lähtökohtainen intressi hankkia ja esittää todisteita, joilla syyte voitaisiin näyttää toteen. Käytännössä näytön hankkimisesta huolehtivat esitutkintaviranomaiset, mutta syyttäjä kuitenkin osallistuu esitutkintaan tarpeelliseksi katsomallaan tavalla (ETL 5:3.2). Todistelun vapaus tarkoittaisi äärimmilleen vietynä sitä, että syyttäjä ja poliisi voisivat hankkia ja esittää todisteita täysin oman harkintansa mukaan ilman mitään oikeudellisia rajoituksia. Sama koskisi tietenkin myös muita asianosaisia.

Henkilötodistelun hankkiminen tapahtuu yleensä esitutkinnan aikana toimitettavissa kuulusteluissa. Reaalitodisteita poliisi voi saada joko vapaaehtoisesti sellaisia luovuttavilta henkilöiltä tai pakkokeinovaltuuksiensa avulla eli esimerkiksi takavarikoimalla. Tietojen saamisen edistämiseksi ETL 7:8:ssä on säädetty todistajia koskeva *ilmaisuvollisuus*, joka koskee niin lausumia (henkilötodistelu) kuin muitakin todisteita (reaalitodistelu). Esitutkinnassa hankitut todisteet tallennetaan pääsääntöisesti esitutkintapöytäkirjaan ja sen liitteiksi (ETL 9:6).<sup>173</sup>

Jotta todiste voidaan tallentaa, sen tulee ensinnäkin olla olemassa. Yksi ilmeisimpiä ja samalla käytännössä merkittävimpiä tosiasiallisia todistelunrajoitteita on se, että sopivia todisteita ei ole olemassa – teolla ei esimerkiksi ole silminnäkijöitä. Toiseksi todisteen tallentaminen edellyttää, että olemassa oleva todiste löydetään. Jos silminnäkijä on olemassa, mutta poliisi ei koskaan saa tietää hänen henkilöllisyyttään, ei voida sanoa todisteen tulleen hankituksi. Kolmanneksi on mahdollista, että osoittautuu mahdottomaksi tallentaa olemassa olevaa ja löydettyä todistetta tavalla, joka soveltuisi informaation välittämiseen. Silminnäkijä voi esimerkiksi jatkaen kieltäytyä kertomasta poliisille mitään, jolloin ei myöskään ole luontevaa sanoa todisteen tulleen hankituksi.<sup>174</sup>

Syyteharkinta sijoittuu todistelumenettelyssä hankkimis- ja esittämisvaiheen väliin. Siinä syyttäjän on arvioitava, onko olemassa todennäköisiä syytä rikoksesta epäillyn syyllisyyden tueksi (ROL 1:6).<sup>175</sup> Tarvittavan todennäköisyyden asteen ilmaiseva syytekynnys on esitutkintakynnystä korkeampi. Rikosprosessin edetessä tiedollisen varmuuden tulisi siten lisääntyä. Syyteharkinnassa vapaa todistusteoria näyttäytyy siten, että syyttäjä saa lähtökohtaisesti hyödyntää kaikkea esitutkinnassa kertynyttä aineistoa arvioidessaan syytekynnyksen ylittymistä.<sup>176</sup>

<sup>172</sup> Ks. vapaasta todistelusta Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 34–35, Lappalainen 2001 s. 138.

<sup>173</sup> Fredman ym. 2020 s. 478–481 ja 533–535.

<sup>174</sup> Ks. Torgersen 2009 s. 15 ja siviiliproessin osalta Leppänen 1998 s. 227–228.

<sup>175</sup> Ks. syyteharkinnasta esim. Jonkka 1991 s. 187–202, Nissinen 1999 s. 217–223, Jokela 2018 s. 257–262.

<sup>176</sup> Virolainen 1998 s. 423.

Todisteet esitetään yleensä oikeudenkäynnin pääkäsittelyvaiheessa. Asianosaiset nimeävät todistelunsa sitä edeltävässä valmisteluvaiheessa, joka on yleensä kirjallinen. Syyttäjän on haastehakemuksessa ilmoitettava muun ohella todisteet, jotka hän aikoo esittää, sekä mitä hän kullakin todisteella aikoo näyttää toteen (ROL 5:3.1:n 7 k.). Syytteen tultua vireille haasteessa vastaajaa kehoitetaan ilmoittamaan samat asiat eli nimeämään todisteet ja ilmoittamaan niiden todistusteemat (ROL 5:9.1:n 3 k.). Vapaan todistelun mukaisesti lähtökohtana on todisteiden esittämisen vapaus. Kaikkea nimettyä todistelua ei tosin välttämättä esitetä pääkäsittelyssä. Asianosaiset saattavat valmistelun aikana tai vielä pääkäsittelyssä luopua todisteesta, mikä merkitsee nimeämisen vastakohtaa: esittämisaikkeen peruuttamista.

Todistusvelvollisen asianosaisen esittämää todistelua nimitetään päätodisteluksi ja hänen vastapuolensa todistelua vastatodisteluksi. Käsitteistön käyttökelpoisuutta heikentää se, että vastaajalla on mahdollisuus esittää vastatodistelua sellaisesta seikasta, johon hän vetoaa puolustukseksi ilman, että syyttäjä on ainakaan nimenomaisesti vedonnut tuon seikan vastakohtaan. Syytteissä ei esimerkiksi säännönmukaisesti mainita, että vastaaja ei syyttäjän näkemyksen mukaan ole toiminut hätävarjelussa, vaikka syyttäjällä on todistustaakka myös tästä seikasta. Koska puolustuksella ei ole näyttötaakkaa vastaajan syyttömyydestä, kysymys ei teoreettisesti ole päätodistelusta. Hätävarjeluväite on sitä paitsi syytteeseen nähden vastatosiseikan asemassa ja senkin vuoksi vastatodistelua, vaikka puolustus siihen varsinaisesti vetoaisikin.<sup>177</sup>

Todisteiden ilmaisuvelvollisuutta vastaavasti kaikilla henkilöillä on lähtökohtaisesti *todistamisvelvollisuus* oikeudenkäynnissä. Muodollinen todistamisvelvollisuus sisältää esimerkiksi velvollisuuden saapua pääkäsittelyyn. Tässä merkittävämpi on sisällöllinen todistamisvelvollisuus eli totuusvelvollisuus (ks. siitä tarkemmin jäljempänä luku 6.2.2). Jos henkilöllä on lain mukaan velvollisuus todistaa eli positiivinen totuusvelvollisuus ja hän oikeudettomasti kieltäytyy todistamasta, tuomioistuimien voi käyttää todistamisvelvollisuuden tehosteina OK 17:63:ssä säädettyjä pakkokeinoja eli uhkasakkoa tai painostusvankeutta. Oikeudelliset todistelunrajoitteet voivat kuitenkin oikeuttaa kuultavan kieltäytymään todistamasta, jolloin sisällöllistä todistamisvelvollisuutta ei ole eikä pakkokeinoja voida käyttää tietojen saamiseksi.

Todistamisvelvollisuus on lähtökohtaisesti *todistuskeinoneutraali*:<sup>178</sup> OK 17:9.1:n mukaan jokaisella on velvollisuus saapua tuomioistuimeen kuultavaksi todistelutarkoituksessa sekä luovuttaa esine tai asiakirja tuomioistuimelle todisteeksi taikka sallia katselmuksen toimittaminen, jollei laissa toisin säädetä. EIT:n Voskuil-tapauksessa alankomaalaisen lehden toimittaja oli vedonnut

<sup>177</sup> Pölonen 2003 s. 108–110, Lappalainen 2001 s. 133–134, Tirkkonen 1972 s. 156–158.

<sup>178</sup> Ks. todistuskeinoneutraalisuuden periaatteesta HE 46/2014 vp s. 25–26 ja 57 sekä Rautio – Frände 2016 s. 11–12.

lähdesuojaan ja kieltäytynyt paljastamasta erään poliisin osallisuutta rikostutkinnassa ja tämän henkilöllisyyttä. Kansallinen valitustuomioistuimien oli kuitenkin määrännyt hänet paljastamaan tiedot, koska niillä saattaisi olla vaikutusta syyksilukemisen kannalta. Kun toimittaja edelleen kieltäytyi, hänet määrättiin enintään 30 päivän painostusvankeuteen. EIT totesi 6 artiklan osalta lyhyissä perusteluissaan, että todistamisvelvollisuus rikosprosessissa on kansalaisvelvollisuus demokraattisessa yhteiskunnassa ja liittyy oikeusvaltioperiaatteeseen. Sen toteuttamiseksi annettujen määräysten ei katsottu kuuluneen 6 artiklan ai-neelliseen soveltamisalaan ja valitus hylättiin.<sup>179</sup>

Todisteiden ja väitettyjen tosiseikkojen eli todistusteemojen väliset suhteet voivat näyttötilanteiden moninaisuuden vuoksi olla monenlaisia. *Todistusmekanismilla* tai todistussuhteella tarkoitetaan sitä, miten todiste todistaa jostain tosiseikasta eli millä tavalla ja millaisia päätelmiä tosiseikan olemassaolon todennäköisyydestä todisteen perusteella voidaan tehdä. Todiste ei ole *relevantti*, jos siitä ei voida tehdä lainkaan päätelmiä asiassa merkityksellisten tosiseikkojen todennäköisyydestä.<sup>180</sup> Toisaalta todistusmekanismiin liittyy se tuomioistuimen arvioitavaksi tuleva kysymys, kuinka *luotettavia* johtopäätöksiä todisteesta voidaan tehdä ja millainen sen merkitys asian kannalta on. Todisteen relevanssi ja luotettavuus ovat puhtaasti tiedollisia ominaisuuksia, kun taas todistelun kohteena olevan tosiseikan relevanssi määräytyy viime kädessä oikeusnormien perusteella.<sup>181</sup>

Todistussuhteen vahvuus eli todisteen luotettavuus määritellään soveltamalla asioiden välisiä syysuhteita koskevia yleisiä säännönmukaisuuksia, joita nimitetään *kokemussäännöiksi*. Kokemussääntöjä voidaan luokitella eri tavoin, ensinnäkin niiden velvoittavuuden perusteella deterministisiin ja probabilistisiin. Deterministisiä kokemussääntöjä ovat lähinnä luonnonlait, muutoin kysymys on enemmän tai vähemmän todennäköisyydestä. Lisäksi kokemussääntöjä voidaan jakaa yleisiin ja erityisiin siten, että erityiset kokemussäännöt edellyttävät yleensä asiantuntijan käyttöä. Myös kokemussäännöt voivat olla todistelun kohteena eli todistusteemoina, mutta yksinkertaisimmissa tapauksissa tämä ei ole tarpeen. Kokemussäännöt voivat olla yleisesti tunnettuja, jolloin niistä ei ole tarpeen esittää todistelua.<sup>182</sup>

<sup>179</sup> Voskuil v. the Netherlands, 22.11.2007 (kohta 86). Lausuman merkitystä oikeuslähteenä vahvistaa se, että siihen on viitattu suuren jaoston ratkaisussa Van der Heijden v. the Netherlands [GC], 3.4.2012 (kohta 63).

<sup>180</sup> Virolainen – Martikainen 2010 s. 269–270, Frände 2009 s. 367, Pölönen 2003 s. 107, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 18–21, Choo 2015 s. 2–4.

<sup>181</sup> Ks. käsitteiden uskottavuus ja luotettavuus erosta Väisänen – Korkman 2014 s. 726.

<sup>182</sup> Ks. Saranpää 2010 s. 109–110, Pölönen 2003 s. 117–122, Lappalainen 2001 s. 131–132, Klami 2000 s. 20–22, Jonkka 1993 s. 32–33 ja 39–55, Tirkkonen 1972 s. 80–81 ja ulkomaisesta oikeuskirjallisuudesta esim. Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 18–21, Stein 2005 s. 94–99 ja Lindell 1987 s. 214–216.

Kokemussäännöt ovat abstraktia, yleistä tietoa kausaalisuhteista eri tapauksissa. Sen vuoksi on tarkkaan arvioitava, voidaanko jotain kokemussääntöä soveltaa juuri siihen yksittäistapaukseen, joka on kulloinkin arvioitavana. Kokemussääntöjen soveltumiselle on yleensä olemassa tietyt olosuhteita koskevat reunaehdot, joiden täyttymistä on myös arvioitava. Todistusoikeuden käsitteistössä puhutaan *aputosiseikoista*. Tällaiset tosiseikat ovat asiassa merkityksellisiä ainoastaan kokemussäännön soveltumista koskevinä tosiseikkoina. Aputosiseikkojen avulla arvioidaan, missä määrin abstraktia säännönmukaisuutta voidaan soveltaa konkreettisessa tapauksessa. Myös aputosiseikat voivat olla todistusteemoja, koska ne ovat konkreettista eivätkä abstraktia tietoa. Kokemussääntö määrää potentiaalisesti relevantit aputosiseikat.<sup>183</sup>

Todiste voi olla todistussuhteessa suoraan oikeustositseikkaan. Esimerkiksi asianomistajan kertomus tapahtumasta on tällaista *suoraa todistelua*. Läheskään kaikki todistelu ei kuitenkaan ole suoraa, vaan on tyydyttävä todisteluun, jonka kohteena ovat todistustositseikat. Niitä voidaan luonnehtia eräänlaisiksi välitapeiksi, joista on (väitetysti) tehtävissä kokemussääntöjä soveltaen johtopäätöksiä edelleen oikeustositseikan olemassaolon suhteen. Muissa kuin suoran todistelun tilanteissa on useita todistussuhteita. Esimerkiksi vastaajan motiivia koskeva todistelu ei vielä sellaisenaan tarkoita, että hän olisi todella syyllistynyt rikokseen. Se voi parhaimmillaankin muodostaa ainoastaan syytettä tukevan olosuhteen tai vanhahtavalla termillä todistusaiheen. Tämä suoran todistelun vastakohta tunnetaan indisio- eli *aihetodisteluna*.<sup>184</sup>

Toisaalta voidaan erottaa *välitön* ja *välillinen todistelu*. Tällöin erottamisen kriteerinä on se, saadaanko todisteesta tietoa tutkittavasta tapahtumasta suoraan vai jonkin välikappaleen kautta.<sup>185</sup> Jonkka puhuukin kuvaavasti todisteiden rakenteesta.<sup>186</sup> Käsitteet on pidettävä erillään suoran todistelun ja aihetodistelun käsitteistä. Suora todistelu voi olla välillistä, esimerkiksi jos luetaan silminnäkiä todistajan kuulustelukertomus. Vastaavasti aihetodistelu voi olla välitöntä, jos todistustositseikasta kuullaan henkilöä tuomioistuimessa. Myös esimerkiksi kuulopuhetodistelu tai reaalityodisteiden jäljennökset ovat rakenteellisesti välillisiä todisteita. Todistelun ”sisäisestä välittömyydestä” voidaan käyttää myös

<sup>183</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 9, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 19, Klami 2000 s. 22–23 ja Jonkka 1993 s. 55–57. Ks. myös Lainpelto 2012 s. 148–153, missä esitetään, että irrelevantiksi osoittautuvan (todistus)tosiseikan osalta olisi vielä arvioitava, voiko se olla aputosiseikkana relevantti.

<sup>184</sup> Pölönen – Tapanila 2015 s. 87–89, Diesen 2015 s. 214–215, Kolflaath 2013 s. 66–67, Frände 2009 s. 364–365, Lappalainen 2001 s. 133, Tirkkonen 1972 s. 86–87.

<sup>185</sup> Käsitteistöä ei voi pitää vakiintuneena. Suoraa todistelua nimitetään usein myös välittömäksi todisteluksi (ks. esim. Jonkka 1993 s. 33) ja välillistä todistelua aihetodisteluksi (ks. esim. Lappalainen 2001 s. 133). Myös Englannissa termiä *direct evidence* saatetaan käyttää indisiotodistelun (*circumstantial evidence*) vastakohtana tai kuulopuhetodistelun kiellon vastakohtana (Glover 2017 s. 16–19).

<sup>186</sup> Jonkka 1993 s. 35.

nimitystä parhaan todistusaineiston periaate, jonka mukaisesti tulee pyrkiä mahdollisimman suoraan ja rakenteellisesti välittömään todisteluun.<sup>187</sup>

Välitön tai suora todistelu ei automaattisesti ole kaikkein luotettavinta. Huomioon täytyy ottaa esimerkiksi sellaisia aputosiseikkoja kuin ajan kuluminen tapahtumasta ja muiden henkilöiden vaikutus kertomuksen sisältöön. Oikeudenkäynnissä kuultavan henkilön välitön kertomus tuomioistuimelle voi olla täysin virheellinen verrattuna esitutkinnassa pian tapahtuman jälkeen annettuun kertomukseen, joka kuitenkin voidaan ottaa vastaan ainoastaan jonkin tallenteen välityksellä. Tästä syystä parhaan todistusaineiston periaatetta voidaan pitää myös harhaanjohtavana käsitteenä. Välittömyys ei sellaisenaan ole mikään laadun tae. Välittömyys kuitenkin mahdollistaa todisteen luotavuuden testaamisen (ks. jäljempänä luku 9.1).<sup>188</sup>

Vapaan todistelun periaatteen merkitys tulee jäsentää suhteessa edellä tarkasteltuihin todistelun rooliperiaatteisiin. Akkusatorisen periaatteen mukaisesti järjestetyssä oikeudenkäynnissä kysymys on ennen muuta syyttäjän mahdollisuudesta osoittaa väitteensä todeksi. Asianosaisten välille syntyy eräänlainen kilpailuasetelma, joka kannustaa heitä hankkimaan kaiken saatavilla olevan ja mahdollisimman luotettavan todistelun omien väitteidensä tueksi. *Christian Diesen* onkin esittänyt, että syyttäjällä on todistustaakan ohella *selvittämistaakka*. Sen mukaisesti syyttäjän on voitava esittää riittävän kattava evidenssi syyllisyyskysymyksen arvioimiseksi. Selvittämistaakkaa ei liene käytännön ratkaisutoiminnassa tarpeen erottaa todistamistaakasta. Tämä ei tarkoita, etteikö todistustaakkaan kuuluisi myös määrällinen ulottuvuus, joka tulee ottaa huomioon: mitä enemmän ja mitä laadukkaampaa todistelu on, sitä varmempia johtopäätöksiä siitä on tehtävissä.<sup>189</sup>

<sup>187</sup> Glover 2017 s. 5, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 21–22 ja 43–46, Virolainen – Pölönen 2003 s. 374–377, Lappalainen 2001 s. 168–173, Huovila 1999 s. 1159–1160. Kuulopuhetodistelulla tarkoitetaan sitä, että kuulusteltava kertoo siitä, mitä hän on kuullut toisen henkilön sanovan, ja todistelun kohteena on tämän toisen henkilön havaintojen paikkansa pitävyys (ks. KKO 2008:68, kohdat 3 ja 4 sekä Jokela 2018 s. 568–570).

<sup>188</sup> Ks. KM 2001:10 s. 25, Huovila 1999 s. 1167, Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohdat 139–141) ja Wigmore 1923 II s. 714–717.

<sup>189</sup> Diesen 2015 s. 67–69 ja 176–183, Lainpelto 2012 s. 264–265, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 187–189, Stein 2005 s. 80–81 ja 88, Pölönen 2003 s. 122–132. Angloamerikkalaisessa todistusoikeudessa todistustaakan määrällisestä ulottuvuudesta käytetään käsitettä *burden of production* (Sklansky 2012 s. 738, Wigmore 1923 V s. 442–443). Ks. myös KKO 2004:60 (kohta 33): ”Esitutkinnan puutteellisuudet ovat siten kaventaneet jutun todistelumateriaalia. Kun tutkinnan kohteena on vakava rikos, tutkinnan puutteellisuudesta johtuva näytön epävarmuus ei saa koitua vastaajan vahingoksi.”

## 2.2.4 Vapaa todistusharkinta

Vapaan todistelun voitaisiin periaatteessa katsoa edellyttävän, että tuomioistuin on velvollinen ottamaan vastaan ja arvioimaan kaikkea sille esitettyä todistelua. Todisteiden vastaanottamista ei yleensä ole tarpeen erottaa omaksi vaiheekseen todistelumenettelyssä, koska vapaan todistusteorian mukaisesti lähtökohtana on, että kaikki tuomioistuimelle esitettävät todisteet saadaan ottaa näyttönä vastaan.<sup>190</sup> Oikeudellisten todistelunrajoitteiden merkityksen ja soveltamisen ymmärtämiseksi ero on mielestäni tarpeellista tehdä. Koska tuomioistuimen tulee noudattaa todistelunrajoitteita samoin kuin muitakin menettelysääntöksiä, asianosaiset eivät voi ”pakottaa” tuomioistuinta ottamaan vastaan kaikkia esittämiään todisteita. Todisteen vastaanottamisesta kieltäytyminen merkitsee käytännössä sen jättämistä hyödyntämättä.<sup>191</sup>

Rooliperiaatteiden mukaisesti tuomioistuimen päätehtävänä akkusatorisessa oikeudenkäynnissä on suorittaa todistusharkinta. Näyttökysymyksen ratkaisemiseksi saadaan rajatusti hyödyntää myös muita asian käsittelyssä esiin tulleita seikkoja kuin todistelua (OK 17:1.2).<sup>192</sup> Tästä syystä ja koska tuomioistuin toisaalta voi kieltäytyä ottamasta vastaan todisteita, on tarpeen tehdä jälleen eräs käsitteellinen erottelu. Asianosaisten näkökulmaa kuvattiin edellä yläkäsitteellä todistelu – tuomioistuimen näkökulmaa ja todistusharkinnan kohteeksi tulevaa aineistoa voidaan kuvata käsitteellä *näyttö*. Todistelulla viitataan siten asianosaisten hankkimisiin ja esittämiin todisteisiin, kun taas näyttö viittaa tuomioistuimen vastaanottamaan ja hyödyntämään aineistoon. Voidaan ajatella, että tuomioistuimen pöydän yli siirtyessään todisteesta tulee näyttöä.<sup>193</sup>

Ajateltaessa todistelumenettelyn kronologista kulkua voidaan todeta, että todisteen olemassaolo on looginen edellytys sen hankkimiselle ja esittämisel- le oikeudenkäynnissä. Esittäminen pääkäsittelyssä on puolestaan edellytys sille, että tuomioistuin voi ottaa todisteen vastaan ja hyödyntää sitä eli ottaa sen huomioon näyttökysymystä ratkaistessaan. Viimeksi mainittu vaihe

<sup>190</sup> HE 46/2014 vp s. 92. Ks. myös Hormia 1979 s. 146, missä todisteiden vastaanottamista pidetään todisteiden esittämisen erityistapauksena.

<sup>191</sup> Ks. Tirkkonen 1972 s. 159, Hormia 1978 s. 250–252, Lappalainen 2001 s. 165 av. 122.

<sup>192</sup> Esitöiden (HE 46/2014 vp s. 45) mukaan tällä viitataan erityisesti OK 17:6:ään, jonka mukaan tuomioistuin harkitsee, mikä vaikutus asianosaisten menettelyllä on todisteena, jos hän ilman hyväksyttävää syytä kutsusta huolimatta ei saavu oikeudenkäyntiin tai poistuu luvatta, tuomioistuimen kehotuksesta huolimatta ei lausu vastapuolen vaatimuksesta tai sen perusteista, todistelutar- koituksessa kuulturna ei anna kertomusta tai vastaa kysymykseen, tai ei noudata tuomioistuimen kehotusta täydentää tai selventää esitystään taikka muuta kehotusta. Rikosasian vastaajan menettely saadaan ottaa huomioon hänen vahingokseen vain siinä määrin kuin se ei loukkaa hänen oikeuttaan olla myötävaikuttamatta syyllisyytensä selvittämiseen.

<sup>193</sup> Ks. todistelumenettelyn vaiheiden jakamisesta Riekkinen 2014 s. 128–131 ja Hormia 1979 s. 138–139. Todisteen tai todistelun ja näytön käsitteiden erottamisesta samoin Pölonen – Tapanila 2015 s. 227. Tavallisesti erottaminen ei ole tarpeen, ks. esim. OK 17:1.1 ja Tirkkonen 1972 s. 86.

on todistelumenettelyn kannalta ratkaiseva. Todistelun karsiutuminen missä tahansa todistelumenettelyn aikaisemmassa vaiheessa merkitsee, että sitä ei oteta huomioon näytön arvioinnissa. Mahdollista on myös se, että todiste karsiutuu oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle vasta tuossa vaiheessa. Kyseiseen todisteeseen kohdistuneet aikaisemmat toimet, kuten hankkiminen ja esittäminen, käyvät tällöin käytännössä turhiksi.

Vapaa todistusharkinta määritellään yleensä siten, että todistusharkinta ei ole oikeusnormein sidottua. Kysymys on tällöin lähinnä negatiivisesta määritelmästä, jonka sisältönä on, että vapaa todistusharkinta ei ole VVOK 17 luvun mukaista legaalista todistusharkintaa, jossa täysi näyttö edellytti kahden todistajan yhtäpitäviä kertomuksia. Tämä ei kerro paljoakaan siitä, mitä vapaa näyttöharkinta on. Jo OK 17:1.2:n sanamuodosta ilmenee, että todistusharkinta on suoritettava perusteellisesti ja tasapuolisesti. Esitöissä on täsmennetty, että tuomioistuimen tulee perehtyä kuhunkin todisteeseen erikseen ja arvioitava niiden merkitys myös kokonaisuutena kumpaakaan osapuolta suosimatta ja ilman ennakkokantaa jonkin todisteen näyttöarvosta. Todistusharkinta on tehtävä objektiivisesti ja kriittisen arvioinnin kestäväällä tavalla.<sup>194</sup>

*Timo Saranpää* on todennut, että legaaliseen todistusteoriaan kuuluneilla todistajanjäävillä turvattiin sitä, etteivät kokemusperäisesti epäluotettavat todisteet pääsisi vaikuttamaan todistusharkintaan. Kysymys oli siten eräässä mielessä kokemussääntöjen kodifioinnista, jonka tavoitteena oli todisteen luotettavuus ja siten aineellinen totuus – samoin kuin vapaan todistelunkin. Näyttökysymysten pohdintaa on kuitenkin vaikeaa ”kahlita” oikeusnormein. Vapaalla todistusharkinnalla voidaan estää legaalisen todistusharkinnan omaksumista aritmeettisistä näyttösäännöksistä seurannut todistuskeinojen näyttöarvon vakioituminen ja todistusharkinnan joustamattomuus. Vapaassa todistusteoriassa legaalisten näyttösäännösten asemesta sovelletaan kokemussääntöjä.<sup>195</sup> Keskeisenä erona on, että vapaassa näytön arvioinnissa tuomioistuimen tulee valita tapaukseen soveltuvat kokemussäännöt.

*Alex Steinin* mukaan näytön arviointi on suoritettava ”yksilöllisyysperiaatteen” (principle of maximal individualisation, PMI) mukaisesti. Ratkaisijan on ensinnäkin otettava vastaan ja arvioitava kaikkea konkreettista, asiaspesifiä näyttöä. Toiseksi näyttö on altistettava mahdollisimman yksilölliselle arvioinnille sen relevanssin ja luotettavuuden määrittämiseksi. Syyksilukevaa ratkaisua ei voida perustaa yleistyksiin ja puolustuksen on voitava riitauttaa syyttäjän esittämä näyttö. Tämä edellyttää esimerkiksi vastakuulustelu-

<sup>194</sup> Ks. esim. HE 46/2014 vp s. 8 ja 45, Diesen 2015 s. 52–56, Pölonen – Tapanila 2015 s. 35–39, Saranpää 2010 s. 125–128, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 26–27, Klami 2000 s. 23–27, Lappalainen 2001 s. 138 ja 298–299, Tirkkonen 1949 s. 21–29.

<sup>195</sup> Saranpää 2010 s. 125–127. Ks. legaalisen todistusteorian heikkouksista myös Lainpelto 2012 s. 39–45.

mahdollisuutta.<sup>196</sup> Legaalin todistusharkinta perustuu jo määritelmällisesti yleistyksiin, koska siinä harkinta on abstraktien oikeusnormien sitomaa.

Vapaa todistusharkinta saatetaan äärimmilleen vietyä ymmärtää siten, ettei tuomarin ole tarpeen perustella näyttöratkaisua ollenkaan, vaan hän saa vapaasti arvioida, onko vastaaja syytön vai ei. Tämä kuitenkin merkitsisi täydellistä mielivaltaa, jonka rajoittamiseksi laissa on säädetty todistusharkintaa koskevista yleisistä vaatimuksista. Tällaiset vaatimukset merkitsevät, että todistusharkinta on joidenkin normien sitomaa eikä täysin oikeusnormeista vapaata.<sup>197</sup> Lakiin perustuvat vaatimukset perusteellisuudesta ja tasapuolisuudesta ovat toisaalta myös epistemologisesti perusteltuja tai suorastaan välttämättömiä. Tuomarin henkilökohtainen vakuuttuneisuus voi olla seurausta esimerkiksi erilaisista päättelyvirheistä, jolloin sitä ei voida pitää tiedollisesti oikeutettuna tai kriittisen arvioinnin kestäväenä.

Ratkaisussa KKO 2013:96 on todettu, että näyttökysymykset vaihtelevat tapauksittain, eikä todisteiden arvottamisesta tai punnintamenetelmistä voida antaa kiinteitä ja kaavamaisia ohjeita. Yleisesti noudatettaviin periaatteisiin kuitenkin kuuluu muun muassa, että todisteita arvioidaan objektiivisesti, tasapuolisesti ja yleisten kokemussääntöjen mukaisesti ja myös yksilöidysti ennen kokonaisarvioinnin tekemistä. Jos syytteen tueksi on esitetty riittävää näyttöä, sen kestävyyttä on vielä tarkasteltava asiassa esitettyjen muiden mahdollisten tapahtumainkulkujen valossa.<sup>198</sup> Viimeksi mainittu arviointi liittyy todistusharkinnan yhteen näytön riittävyyden arvioinnin kanssa. Todistusharkinnassa on periaatteessa kysymys vasta yksittäisten todisteiden luotettavuudesta ja siitä, miten todennäköisenä syytteen tapahtumainkulkua voidaan kokonaisnäytön perusteella pitää.<sup>199</sup>

Pohjoismaisessa keskustelussa todistusharkinnan malleina pidettiin pitkään niin sanottuja frekvenssiteorioita. Todistusteemametodin mukaan keskeistä on arvioida todistusteeman todennäköisyyttä. Arvioinnin pohjaksi otetaan käsitys todistusteeman yleisestä todennäköisyydestä eli niin sanottu alkuperäistodennäköisyys. Todistusarvometodissa sen sijaan ”aloitetaan tyhjästä” eli alkuperäistodennäköisyydelle ei anneta merkitystä. Arviointi keskittyy todistusteemana olevan tosiseikan ja todisteiden väliseen kausaalisuhteeseen ja siihen, millä todennäköisyydellä todisteet todistavat tietystä teemasta. Kummankin mallin ongelmana on se, että ne perustuvat (tilasto)matemaattisiin

<sup>196</sup> Stein 2005 s. 100–101.

<sup>197</sup> Saranpää 2010 s. 128–129, Lappalainen 2001 s. 138, Klami 2000 s. 25–27. Suomen Asianajajaliitto kritisoi lausunnossaan ehdotettua ja sittemmin hyväksyttyä OK 17:1.2:n sanamuotoa katsoen, että se synnyttää vaikutelman mielivallan sallimisesta näytön arvioinnissa (OMML 30/2013 s. 48).

<sup>198</sup> KKO 2013:96 (kohta 6).

<sup>199</sup> Jonkka 1993 s. 20–21, Jokela 2018 s. 658.



todennäköisyyslaskelmiin, joita ei yleensä voida soveltaa ihmisten toiminnan arviointiin etenkin, kun arvioitavana on konkreettinen yksittäistapaus.<sup>200</sup>

Vaikka todistusharkinnassa ei yleensä voida hyödyntää numeerisia arvoja, voi todennäköisyysmatematiikasta kuitenkin olla jossain määrin hyötyä ajattelun apuvälineenä. Oikeuskirjallisuudessa onkin todettu, että vaikka frekvenssiteorioiden edellyttämiä todennäköisyyksiä ei käytännössä voida esittää, voidaan näitä teorioita jossain määrin käyttää harkinnan ohjaamiseen tuomarin intuitiosta kohti rakenteellisempaa arviointia. Hyödyllisinä on pidetty esimerkiksi useiden todisteiden yhteisvaikutusta jäsentäviä malleja, jotka osoittavat matemaattisen todennäköisyyden muuttuvan enemmän kuin arkiajattelulla saattaisi olettaa.<sup>201</sup> Kuitenkaan mitään tietokoneohjelman kaltaista ratkaisua ei voitane koskaan saavuttaa. Käytännössä toki esiintyy paljon tilanteita, jotka voidaan ratkaista kaavamaiseen tapaan, mutta silloin näyttökysymyksestä harvoin on todellista epäselvyyttä.

Ekelöfin rakenteellisen todistelun käsitteistön mukaan *ketjuvaikutus* tarkoittaa, että todistelu on välillistä ja/tai epäsuoraa. Esimerkiksi kuulopuhetodistelussa on kysymys ketjuvaikutuksesta, joka johtaa virhelähteiden kertautumiseen. Ketjuvaikutus madaltaa todistelun näyttöarvoa enemmän kuin arkijärjellä saattaisi olettaa, joten tällaisen todistelun luotettavuutta helposti yliarvioidaan. *Myötävaikutus* tarkoittaa useamman toisistaan riippumattoman todisteen samansuuntaista yhteisvaikutusta. Myötävaikutus korottaa todistelun näyttöarvoa jopa huomattavan paljon, mitä vaikutusta helposti aliarvioidaan. *Vastavaikutus* on myötävaikutuksen vastakohta eli se tarkoittaa useamman todisteen tai todistusteeman yhteisvaikutuksen arviointia silloin, kun ne ovat keskenään ristiriitaisia. Tällaisen todistelun arviointi on vaikeaa, mutta myös siinä esiintyy usein yliarviointia.<sup>202</sup>

Seuraavassa alaluvussa tarkasteltavat hypoteesimetodi ja selitysmalli eivät edes pyri mallintamaan todistusharkintaa, vaan ne keskittyvät näytön arvioinnin toiseen osakysymykseen, näytön riittävyyden arviointiin. Näihin kysymyksiin frekvenssiteoriatkaan eivät tosin anna varsinaisia vastauksia, koska niiden edellyttämiä numeerisia arvoja ei yleensä ole esitettävissä. Eron korostamiseksi toistettakoon vielä, että todistusharkinnassa määritellään kokemussääntöjä soveltaen todisteiden luotettavuus ja kokonaisuuden perus-

<sup>200</sup> Ks. frekvenssiteorioista ja niihin kohdistetusta kritiikistä esim. Pölönen – Tapanila 2015 s. 81–85 ja 91–94 sekä Saranpää 2010 s. 196–202. Toisaalta on tärkeää huomata, että lainsäädäntö ei edellytä minkään tietyn teorian soveltamista (ks. Rautio – Frände 2016 s. 34 ja 41–42). Todistelu-uudistusta koskevassa lausunnessaan Suomen Asianajajaliitto kannatti vahvasti alku-peräistodennäköisyyden huomioon ottamista näytön arvioinnissa (OMML 30/2013 s. 49).

<sup>201</sup> Ks. esim. Jonkka 1993 s. 100, Lappalainen 2001 s. 304 ja Saranpää 2010 s. 201–202 sekä rakenteellisesta näytöstä Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 215–218.

<sup>202</sup> Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 203–207. Ks. myös Frände 2009 s. 368, Klami 2000 s. 40–44 ja Jonkka 1993 s. 99–105.

teella, miten todennäköisenä syytteen teonkuvausta voidaan pitää. Näytön riittävyudessa on kysymys siitä, miten korkea todennäköisyyttä seikasta on edellytettävä, jotta se hyväksytään tuomion faktapremissiksi. Käytännössä ero näiden arvioinnin lajien välillä on liukuva.

Ennakkopäätöksessä KKO 2017:12 todettiin, että näyttö huumausainerikosasiassa koostuu usein monista riidattomista tai asiassa esitetyn näytön perusteella selvitetyn katsotuista seikoista, jotka ainoastaan niistä tehtävien johtopäätösten kautta välillisesti todistavat syytteessä kuvatusta teosta. Tällaiseen aihetodisteluun perustuvassa todistusharkinnassa todisteiden kokonaisuarkinnalla on yleensä keskeinen merkitys. Kokonaisuarkinnan keskeisestä merkityksestä huolimatta tuomioistuimien on velvollinen arvioimaan asiassa esiin tulleiden seikkojen merkityksen myös erikseen. Aihetodisteluun ja todisteiden kokonaisuarkintaan perustuvassa harkinnassa on myös yleensä tärkeää arvioida asian käsittelyssä esiin tulleiden seikkojen perusteella, onko jokin syytteessä väitetyle teonkuvaukselle vaihtoehtoinen tapahtumienkulku mahdollinen ja siinä määrin todennäköinen, ettei sen olemassaoloa voida riittäväällä varmuudella sulkea pois. Siten yleisten kokemussääntöjen soveltaminen ja vaihtoehtoisten tapahtumainkulkujen tai selitysten tarkastelu kuuluvat näytön harkintaan. Selvää KKO:n mukaan on, ettei näyttökynnys huumausainerikoksissa saa olla alempi kuin muissa rikoksissa, vaikka välittömän ja yksiselitteisen näytön hankkiminen on niissä usein vaikeaa.<sup>203</sup>

Käyttökelpoisin todistusharkinnan jäsentämisen malli lienee edellä (luku 2.2.3) tarkasteltu todistusmekanismi. *Katrin Lainpelto* on väitöskirjassaan esittänyt siihen käytännönläheisen täydennyksen. Lainpellon mukaan todisteen todistusarvo perustuu sen relevanssiin ja luotettavuuteen. Ensimmäisenä arvioidaan relevanssia kysymällä, mitä aiotaan näyttää toteen ja liittyykö näyttönä oleva tosiseikka todistusteemaan eli voidaanko siitä tehdä todistusteeman todennäköisyyden kannalta positiivisia tai negatiivisia johtopäätöksiä. Tässä vaiheessa ei ole merkitystä sillä, miten varmoja tällaiset johtopäätökset ovat. Relevanssiarviointi auttaa todistelun jäsentämisessä ja muun muassa sen varmistamisessa, että kaikista oikeustositseikoista on todistelu. Jos tosiseikka ei ole relevantti, on vielä arvioitava, onko sillä kuitenkin merkitystä aputositseikkana.<sup>204</sup>

Todistusharkintaan liittyy erityisiä haasteita silloin, kun arvioitavana on *henkilötodistelun luotettavuus*. Suoraa todistelua teosta ja sen tarkoituksesta voidaan usein esittää ainoastaan henkilötodistelun välityksellä, mikä korostaa henkilötodistelun luotettavuuden (ja sen asianmukaisen arvioinnin) merkitystä rikosprosessissa. Henkilötodisteluun liittyy sellaisia luotettavuutta heikentäviä virhelähteitä, joita reaalityodisteluun ei liity. Karkeana jakona voidaan todeta, että henkilötodistelu voi olla virheellistä joko kuultavan tietoisien vääristelyn seurauksena tai koska hän tiedostamatta antaa tosiasioita vastaamattoman kertomuksen. Näiden virhelähteiden arvioiminen kuuluu kertomuksen yksilöllisen

<sup>203</sup> KKO 2017:12 (kohta 7).

<sup>204</sup> Lainpelto 2012 s. 148–153.

eli asiaspesifin uskottavuuden arvioimiseen. Kertomuksen luotettavuus jää epävarmaksi, jos jonkin virhelähteen olemassaoloa ei voida riittävän varmasti sulkea pois.<sup>205</sup>

*Tiina Väisänen* ja *Julia Korkman* ovat todenneet, että oikeudenkäynnissä kuultavan kertomien muistikuvien oikeellisuutta arvioitaessa tulisi ulkoisen käyttäytymisen sijaan keskittyä siihen, millä tavalla todistajan kertomus on syntynyt ja millaiset seikat ovat voineet vaikuttaa hänen muistikuviansa. Eräs keskeinen kysymys on se, millä tavalla todistajaa on kuulusteltu ja miten kauan aikaa havaintojen tekemisestä on kulunut. Todistusharkinnan kannalta merkityksellistä on myös se, että todistajan kertomuksen arviointiin liittyy aina tuomarin omaa tulkintaa, johon liittyy omat virhelähteensä. Erilaiset arkijärjen yleistyksiset ovat usein harhaanjohtavia. Esimerkiksi valehtelun tunnistamista on tutkittu paljon ja todettu, että ammattilaisilla – kuten tuomareilla – kokemus lisää itsevarmuutta, muttei kuitenkaan arvioinnin tarkkuutta.<sup>206</sup>

Tapanila on korostanut, että oikeuspsykologisen tutkimustiedon soveltaminen yksittäisen oikeustapauksen arviointiin ei ole yksioikoista, koska aina tulee arvioida, voidaanko tutkimustietoa soveltaa käsiteltävänä olevaan tapaukseen. Näytön arviointi ei ole oikeuspsykologiaa, vaan yksittäistapauksessa esitettyjen todisteiden perusteella tehtävää loogista ja pragmaattista päättelyä.<sup>207</sup> Siten myöskään oikeuspsykologista tutkimustietoa ei tule hyödyntää yleistyksinä, joiden perusteella näyttökysymyksiä ratkaistaisiin. Niistä voi kuitenkin olla apua todistusharkinnassa esimerkiksi erilaisten virhelähteiden tunnistamiseksi.

## 2.2.5 Tuomitsemiskynnys

Siirryttäessä yksittäisten todisteiden atomistisesta arvioinnista kohti näytön teemakohtaista arviointia tai holistista kokonaisarviointia aletaan lähestyä kysymystä näytön riittävydestä. Kokonaisarviointia voidaan jäsentää esimerkiksi Diesenin kehittämän hypoteesimetodin avulla. Sen mukaan todistusharkinnassa arvioidaan ensiksi, onko syyttävä täyttänyt selvittämistaakkansa eli onko esitetty todistelu riittävän kattavaa syyllisyyskysymyksen ratkaisemiseksi. Tämän jälkeen arvioidaan syytteen teonkuvaukseen nähden vaihtoehtoisia hypo-

<sup>205</sup> Ks. henkilötodistelun virhelähteistä esim. Väisänen – Korkman 2014, Haapasalo 2008, Lahtinen 2008 sekä kokoavasti Schelin 2007 s. 237 ja Hirvelä 2006 s. 498–502. Ks. myös Kostovski v. the Netherlands [plenary], 20.11.1989 (kohta 42 *in fine*): ”Testimony or other declarations incriminating an accused may well be designedly untruthful or simply erroneous and the defence will scarcely be able to bring this to light if it lacks the information permitting it to test the author’s reliability or cast doubt on his credibility. The dangers inherent in such a situation are obvious.”

<sup>206</sup> Väisänen – Korkman 2014 s. 721 ja 732.

<sup>207</sup> Tapanila 2015b s. 576–577 ja 579.

teettisiä tapahtumainkulkuja asiassa kertyneen näytön perusteella. Jos vastaajalle edullisia vaihtoehtoisia hypoteeseja voidaan muodostaa, on arvioitava, voidaanko ne sulkea pois. Vaihtoehtoisen hypoteesin ollessa mahdollinen vastaajan syyllisyydestä jää varteenotettava epäily eli näyttö ei riitä syyksilukemiseen (OK 17:3.2).<sup>208</sup>

*Helena Vihriälä* on kritisoinut hypoteesimetodia katsoen, että siinä vaihtoehtoisten hypoteesien etsiminen vaikuttaa muodostuvan näytön arvioinnin päämääräksi. Lisäksi metodissa painottuu vastaajalle edullisten tapahtumainkulkujen etsiminen, mikä vääristää aineellisen totuuden tavoitetta. Vihriälä näkee ongelmina myös, että hypoteesimetodi saattaisi edellyttää perehtymistä esitutkintapöytäkirjoihin jo ennen kuin niihin vedotaan pääkäsitelyssä ja että vaihtoehtoisten hypoteesien kartoittaminen saattaisi merkitä, ettei tuomioita useinkaan voitaisi julistaa.<sup>209</sup> Lueteltujen perusteiden lisäksi hypoteesimetodia voidaan kritisoida myös sen vuoksi, että se asettaa syyttäjän varsin epäedulliseen asemaan. Tuomioistuinnan voi periaatteessa kehittää vaihtoehtoisen hypoteesin suljettujen ovien takana ilman, että syyttäjälle tarjoutuu lainkaan mahdollisuutta torjua se.

Ennakkopäätöksessä KKO 2013:77 kahden ja puolen kuukauden ikäisellä lapsella oli havaittu useita luunmurtumia, jotka olivat syntyneet samalla kertaa tai verrattain samanaikaisesti. Vammat olivat seurausta lapsen kohdistuneesta huomattavan suuresta ulkoisesta voimasta. Tapahtumainkulusta ei kirjallisten lääkärintlausuntojen lisäksi esitetty muuta selvitystä kuin lasta hoitaneiden vanhempien kertomukset, joissa he kiistivät aiheuttaneensa lapsen vammoja. Vanhemmat olivat vedonneet vaihtoehtoisena hypoteesina siihen, että heillä hoidossa ollut suurikokoinen koira olisi aiheuttanut vammat, minkä vaihtoehdon KKO hylkäsi epätodennäköisenä. KKO totesi, että vammoista saatu selvitys tuki jossakin määrin näkemystä, että vammat on aiheutettu pahoinpitelemällä. Koska vammojen syntymistapa oli kuitenkin jäänyt epäselväksi, ei asiassa voitu sulkea pois vaihtoehtoja, että lapsen vammat ovat syntyneet tapaturman seurauksena tai sellaisen huolimattomanakin pidettävän menettelyn seurauksena, josta syytteessä ei ollut kysymys (koiran aiheuttamina), taikka jonkun muun henkilön menettelyn seurauksena, mistä vanhemmat eivät olleet halunneet kertoa. Vanhempien syyllisyydestä jäi varteenotettava epäily, joten syyte hylättiin.

Hypoteesimetodissa on paljon sellaista, mitä voidaan nähdäkseni ongelmitta hyödyntää näytön kokonaisarvioinnissa ja otettaessa kantaa tuomitsemiskynnykseen. Vaihtoehtoisten hypoteesien etsintä konkretisoi OK 17:3.2:ssa ilmaistua var-

<sup>208</sup> Diesen 2015 s. 67–69 ja 175–183. Samoin määrällisen ja laadullisen ulottuvuuden erottamisesta Stein 2005 s. 80–81 ja 88. Luonnollisesti myös todistusteema- ja todistusarvometodia voidaan sinänsä käyttää näytön riittävyys-harkinnan jäsentämiseen, vaikka ne mielestäni soveltuvat paremmin todiste- tai teemakohtaiseen arviointiin (samoin Kolflaath 2013 93–96). Ks. vaihtoehtoisten hypoteesien testaamisesta näyttöharkinnan jäsentämiseksi myös Jonkka 1991 s. 62–71.

<sup>209</sup> Vihriälä 2005 s. 378–382.

teenotettavaa epäilyä. Näytön arviointiin on suhtauduttava metodisella skeptisismillä, koska ratkaisevaa tuomitsemiskynnyksen kannalta on vastaajan syyllisyydestä jäävä epäily. Jotta syyksilukeva tuomio voidaan oikeuttaa tiedollisesti, on epäily vastaajan syyttömyydestä voitava sulkea pois. Tämä edellyttää, että tuomioistuin kyseenalaistaa syyttäjän väittämän tapahtumainkulun todennäköisyyden ja päätodistelun luotettavuuden. Syyttäjän lähtökohtaisesti koherentti ja uskottava väite tapahtumainkulusta pitää purkaa ja tarkastella, voisivatko asiassa selvitetty tosiseikat jäsentyä myös vastaajalle edullisella tavalla.<sup>210</sup>

Mikä tahansa epäily ei kuitenkaan voi johtaa syytteen hylkäämiseen. Esimerkiksi hypoteesimetodissa korostetaan, että vaihtoehtoinen hypoteesi ei voi olla pelkkää spekulointia; sen tulee olla yhteensopiva ainakin joidenkin asiassa esitettyjen todisteiden kanssa. Lisäksi sen tulee soveltua todistusteemaksi.<sup>211</sup> Ratkaisun KKO 2013:96 mukaan vastaajan kertomusta on arvioitava sen kannalta, onko esitetty vaihtoehtoinen tapahtumienkulku olennaisilta osiltaan mahdollinen ja siinä määrin todennäköinen, ettei sen olemassaoloa voida riittävällä varmuudella poissulkea. Kyseisessä ratkaisussa katsottiin, että vaihtoehtoinen tapahtumainkulku oli mahdollinen, mutta kokonaisuutena tarkastellen varsin epätodennäköinen, joten tuomisemiskynnys ylittyi.<sup>212</sup>

Todistusharkinnan erityisenä virhelähteenä voidaan edellä sivuttujen rakenteellisen näytön arviointiin liittyvien yli- ja aliarvioinnin taipumusten lisäksi pitää vahvistusharhaa (confirmation bias). Sillä tarkoitetaan taipumusta mieluummin vahvistaa esitetty hypoteesi (ja etsiä tai yliarvioida sitä tukevaa todistelua) kuin hylätä se. *D. Kim Rossmo* ja *Joycelyn M. Pollock* ovat tutkineet tätä päättelyvirhettä rikosprosesseissa ja todenneet, että usein vahvistusharha on seurausta ulkoisesta paineesta saada asia ratkaistuksi nopeasti. Siihen voivat liittyä virheelliset olettamukset, todennäköisyysarvioinnin virheet ja ryhmäpaine. Esimerkiksi esitutkinnassa vahvistusharha voi johtaa niin sanottuun tunnelinäköön, joka tarkoittaa, että tutkinnassa huomioidaan ainoastaan vastaajalle epäedulliset seikat ja kaikkea selvitystä tulkitaan vastaajan vahingoksi.<sup>213</sup>

<sup>210</sup> HE 46/2014 vp s. 48–49, Jokela 2018 s. 683–684, Pölönen – Tapanila 2015 s. 132–136, Diesen 2015 s. 147, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 151–154, Stein 2005 s. 12–16. Oikeuskäytännöstä ks. esim. KKO 2013:27 (kohta 60): ”B:n kuolemaan johtanut tapahtumainkulku on jäänyt epäselväksi, eikä syytteiden teonkuvauksille vaihtoehtoisten tapahtumainkulkujen mahdollisuutta ole voitu asiassa esitetyllä näytöllä sulkea pois. Näin ollen A:n syyllisyydestä jää varteen otettava epäily”.

<sup>211</sup> Diesen 2015 s. 246. Ks. myös Pölönen 2003 s. 170–171.

<sup>212</sup> Ks. KKO 2013:96 (kohta 9) ja viittauksena siihen esim. KKO 2019:84 (kohta 11). Englannin oikeudessa on vastaavasti todettu: ”Proof beyond reasonable doubt does not mean proof beyond the shadow of a doubt. The law would fail to protect the community if it admitted fanciful possibilities to deflect the course of justice. If the evidence is so strong against a man as to leave only a remote possibility in his favour which can be dismissed with the sentence ‘of course it is possible, but not in the least probable,’ the case is proved beyond reasonable doubt, but nothing short of that will suffice” (Miller v. Minister of Pensions [1947] 2 All E.R. 2 372).

<sup>213</sup> Rossmo – Pollock 2019 s. 810–816. Ks. myös VaaHO 2015:2 (kohta 318): ”Ulvilan surma on

Eräänä selittävänä tekijänä vahvistusharhalle Rossmo ja Pollock esittävät uponneiden kustannusten teorian: Mitä enemmän rikostutkintaan on käytetty resursseja, sitä haluttomampia viranomaiset voivat olla tarkastamaan käsityksiään vastaajan syyllisyydestä. Ensiksi valittua tutkintalinjaa ei siten haluta myöntää turhaksi, koska ajatellaan, että resurssit olisivat menneet hukkaan. Näinhän ei välttämättä suinkaan ole, vaan tutkintalinjojen moninaisuus tuottaisi aina laajan selvityksen. Vahvistusharha voi aiheuttaa myös loogisia vääristymiä, kuten sen, että vastaajalle edullisen todistelun löytyessä tutkintaa ei suunnata uudelleen. Tätä vaikutusta voi edelleen vahvistaa ryhmäpaineesta johtuva haluttomuus kyseenalaistaa vallitsevaa ajattelutapaa. Tutkimustuloksenaan Rossmo ja Pollock esittävät vahvistusharhan olevan keskeinen selittävä tekijä väärille tuomioille.<sup>214</sup>

Eräänä perusteena tuomioistuimen skeptiselle suhtautumiselle syytteenseen voidaan siten pitää vahvistusharhan kontrollointia. Tuomitsemiskynnys muodostaa eräänlaisen rakenteellisen vastapainon rikostutkinnan alkuvaiheissa mahdollisesti syntyville vääristymille. Tällaiset vääristymät ovat varsin mahdollisia paitsi ulkoisten paineiden vuoksi, myös siitä syystä, että poliisi ja syyttäjät toimivat matalampien todennäköisyyskynnysten perusteella kuin mitä syyksilukeminen edellyttää. Esimerkiksi syytä epäillä -kynnys on varsin matala, joten poliisi saattaa liian helposti hyväksyä epäilyn vastaajan syyllisyydestä todeksi (tai ”riittävän todeksi”) ja tämän jälkeen sivuuttaa merkityksettöminä tiedot, jotka viittaisivat hänen syyttömyytensä.

Toiseksi hypoteesimetodi korostaa aiheellisesti sitä, että akkusatorisen periaatteen vuoksi näytön riittävyyden arviointi kohdistuu ensisijaisesti syyttäjän päänäyttöön. Syyte on hylättävä, jos varteenotettava epäily vastaajan syyllisyydestä syntyy jo päänäytön perusteella. Tällöin syyttäjät ei täytyä todistustaakkansa ja vastaanäytön arviointi on periaatteessa tarpeetonta. Sama voidaan ilmaista niinkin, että tuomitsemiskynnystä tarkastellaan ensin suhteessa päänäyttöön. Vastänäyttöä arvioidaan ainoastaan, jos syyttäjän todistelua yksinään arvioituna ei jää varteenotettavaa epäilyä vastaajan syyllisyydestä. Puolustus voi toisaalta vastaanäytön esittämisen asemesta tai sen ohella riitauttaa syyttäjän todistelun luotettavuuden sekä sen, mitä näytöllisiä tai oikeudellisia johtopäätöksiä todistelun perusteella voidaan tehdä.<sup>215</sup>

---

erikoinen rikostapaus, ja se on herättänyt runsaasti keskustelua ja pitkälle menevää mielenkiintoa kansalaisten ja tiedotusvälineiden keskuudessa. Asiassa halutaan saada selville totuus.” Syytteen hylänneessä hovioikeuden tuomiossa enemmistö on soveltanut vakuuttavasti skeptisismien metodia eli altistanut syyttäjän väittämän tapahtumainkulun ja sitä väitetystä tukevan selvityksen kriittiselle arvioinnille, jota näyttö ei ole kestänyt, vaan vastaajan syyllisyydestä jäi varteenotettava epäily. Perustelukohdassa mainitut paineet ovat olleet omiaan aiheuttamaan vahvistusharhan viranomaisten ja kansalaisten keskuudessa.

<sup>214</sup> Rossmo – Pollock 2019 s. 810–816.

<sup>215</sup> Diesen 2015 s. 179–183, Stein 2005 s. 178, Pölönen 2003 s. 164–168. Näyttökynnyksen muotoilusta ks. Diesen 2015 s. 141–147. EIT on edellyttänyt syyttäjän päänäytöltä riittävää vakuuttavuutta ennen vastaanäytön arviointia esimerkiksi ratkaisuiissa Telfner v. Austria (kohta 18) ja Krumpholz v. Austria (kohta 40).

Tapauksessa NJA 2010:72 oli kysymys näytön arvioinnista lapsen seksuaalista hyväksikäyttöä koskevassa asiassa. Ratkaisun perusteluissa todetaan, että asianomistajan uskottava kertomus voi olla yhdessä muun asiassa saadun selvityksen kanssa riittävä peruste syyksilukevalle tuomiolle. Kyseisessä tapauksessa syytetä tukeva henkilötodistelu arvioitiin kuitenkin epätasälliseksi eikä sitä voitu yhdistää syyteessä tarkoitettuihin tekoihin. HD lausui, että kun syytteen tueksi vedottu todistelu ei voinut riittää langettavaan tuomioon, ei ollut tarpeen edes arvioida vastaajan puolustukseen vetoamia todisteita. Syyte hylättiin. Vastaavaan tulokseen päädyttiin lapsen raiskausta koskeneessa ennakkopäätöksessä NJA 2017:30 (asia II).

Näyttöharkinta on jäsenetty vastaavasti myös useissa suomalaisissa ratkaisuisissa.<sup>216</sup> Ratkaisussa KKO 2013:96 todettiin ensin, että asianomistajan kertomuksen ominaisuudet ja muu näyttö tukevat hänen kertomuksensa luotettavuutta. Perustelukohdan lopussa todetaan: ”Näin ollen näytön arvioinnissa on seuraavaksi arvioitava, onko [vastaajan] kertomusta pidettävä luotettavana [korostus tässä]”. Näyttöharkinnan jäsentäminen näyttäisi perustuvan ruotsalaiseen oikeuskäytäntöön.<sup>217</sup> Ratkaisuisissa NJA 2009:44 ja 2010:72 lausutaan näytön arvioinnin lähtökohdista seksuaalirikosasioissa hyvin samansisältöisesti. Viimeksi mainitussa katsottiin kuten vuoden 2017 ratkaisussa, että päätodistelu ei riittänyt syyksilukemiseen, joten vastatodistelua ei ollut tarpeen edes arvioida (kohta 13). Olisi luontevaa, että näytön arviointi olisi Suomen oikeuden mukaan suoritettava vastaavalla tavalla.

Kolmanneksi hypoteesimetodi korostaa näytön riittävää kattavuutta. Siihen, miten kattavaa näytön tulisi olla, ei kuitenkaan ole aivan yksinkertaista vastata. Totaalista evidenssiä tutkittavasta teosta olisi mahdotonta edellyttää. Vaikka käytettävissä olisi esimerkiksi korkealaatuinen kuva- ja äänitalenne teosta, ei koskaan päästä tekemään täysin varmoja havaintoja vastaajan suhtautumisesta ja mielentilasta. Toisaalta riittävää kattavuutta ei voida perustella esimerkiksi sillä, ettei enempää näyttöä voida esittää. Näyttöä voitaneen pitää riittävän kattavana, jos on todennäköistä, että mikään uusi todiste ei merkittävästi vaikuttaisi näytön arviointiin. Konkreettisesti tätä voidaan arvioida vain, jos ilmenee, että jokin lisätodiste olisi olemassa. Vastaajan vahingoksi ei tietenkään voi automaattisesti koitua se, jos todisteita ei ole saatavilla.<sup>218</sup>

Niin sanottua Ulvilan murhaa koskevassa tuomiossa VaaHO 2015:2 todetaan, että arvioitaessa näytön laatua ja riittävyyttä on huomiota kiinnitettävä myös näytön kattavuuteen. Syytteen tueksi esitetyn selvityksen tulee olla kattavinta erityisesti vakavissa rikosasioissa ja rikoksen objektiivisten tunnusmerkistökiteijöiden, kuten tekijän ja teon suoritusajan ja -tavan, osalta (kohta 9 *in fine*). Johtopäätöksensä (kohta 331) hovi oikeus katsoi en-

<sup>216</sup> Ks. KKO 2012:27 (kohta 13), VaaHO 2015:2 (kohta 15), KKO 2017:12 (kohta 11), KKO 2018:3 (kohta 15) ja KKO 2019:84 (kohta 43).

<sup>217</sup> Rautio – Frände 2016 s. 34.

<sup>218</sup> Ks. Diesen 2015 s. 225, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 187–189 ja Pölönen 2003 s. 126.

nakkopäätöksen KKO 2013:77 kaltaisesti, että oikeudenkäyntiaineisto jätti avoimeksi erilaisia varteenotettavia vaihtoehtoisia tapahtumainkulkuja siitä, kuka oli surmannut uhrin. Hovioikeuden mukaan oli mahdollista, että ulkopuolinen tekijä oli muulla kuin vastaajan kertomalla tavalla kohdistanut uhuriin väkivaltaa ja lopulta surmannut tämän ja ettei vastaaja joko osannut tai halunnut kertoa koko totuutta. Tällä ei ollut asian ratkaisemisen kannalta merkitystä, koska ulkopuoliseen tekijään viittaavia vaihtoehtoja ei esitetyn näytön perusteella voitu riittävällä varmuudella sulkea pois, vaan ne saivat pikemminkin tukea rikospaikalla tehdystä teknisestä tutkinnasta. Syyte hylättiin.

Rakenteellista näytön arviointia on useissa yhteyksissä verrattu palapelin rakentamiseen ja vertaus onkin käyttökelpoinen.<sup>219</sup> Palapeli on haasteellinen ensinnäkin sen vuoksi, että rakentajalla ei ole (ns. aleettisen tason) varmaa tietoa siitä, miltä lopputuloksen pitäisi näyttää – normaalistihan tämän näkee laatikon kannesta. Syyttäjällä on tietenkin jonkinlainen ratkaisu siihen, millaisen kokonaisuuden näyttö muodostaa eli millaiseksi palapeli tulisi rakentaa, mutta tuomari ei saa tyytyä tähän näkemykseen. Puolustuksella voi lisäksi olla oma, erilainen näkemys oikeasta kokoamistavasta. Tuomari ei tosin tiedä sitäkään, kuinka monta palaa kokonaisuudesta mahdollisesti puuttuu. Asianosaiset voivat olla erimieliset myös siitä, voidaanko löytyneiden palojen perusteella koota järkevää lopputulosta lainkaan, vai puuttuuko paloja yksinkertaisesti liikaa kokonaisuuden muodostamiseksi.

Jos käsillä on vain vähäinen määrä sinisiä paloja, on mahdotonta sanoa, onko kuvassa esimerkiksi taivasta, merta vai molempia. Suurempi palojen määrä puolestaan johtaa laajempaan ja merkityksellisempään kuvaan. On kuitenkin mahdollista, että käsillä on pelkästään reunapaloja (aihetodistelu). Vaikka saisimme kootuksi kuvan, jossa on ylhäällä taivasta ja alhaalla merta, mutta keskellä suuri tyhjä kohta, voisimme tehdä vain hyvin epävarmoja johtopäätöksiä kokonaisuudesta. Jos paloja on toisaalta niin paljon, että purjelaivan runko ja takila selvästi erottuvat, puuttuvien palojen merkitys pienenee. Keskeltä purjetta puuttuva pala ei muuta kuvan merkitystä olennaisesti, vaikka siinä ei olisikaan pelkkää kangasta, vaan myös esimerkiksi lokki. Sama pätee vielä enemmän reunoilla sijaitseviin paloihin ja niiden merkitykseen.

Norjalaisen Kolflaathin selitysmallia voidaan pitää hypoteesimetodin kehittyneempänä varianttina. Siinä pyritään yhdistämään todistekohtainen, frekvenssteoreettinen arviointi sekä niin sanottujen kertomusmallien mukainen kokonaisarviointi ja täydentämään niitä toisillaan. Yhteistä hypoteesimetodin kanssa on, että konkreettinen näyttö muodostaa eräänlaisia kiintopisteitä, joiden varaan jokin todellisuutta koskeva hypoteesi voidaan rakentaa. Ratkaisevaa on, selittääkö teonkuvaus asiassa kertyneen näytön. Tuomitsemiskynnys ylittyy Kolflaathin mukaan, jos näytetyksi tulleet seikat olisivat vaikeita selittää vastaajan syyttömyydellä ja jos näytetyksi toisaalta ei tule seikkoja, jotka olisivat

<sup>219</sup> Ks. esim. Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 215, Jonkka 1993 s. 105, Pölönen – Tapanila 2015 s. 89.



vaikeita selittää vastaajan syyllisyydellä. Myös Kolflaathin mukaan keskeistä on siten sulkea vaihtoehtoiset selitykset pois.<sup>220</sup>

Hypoteesimetodi ja selitysmalli näyttävät jäsentävän oikeastaan samanaikaisesti näytön luotettavuuden kokonaisarviointia ja näytön riittävyuden arviointia tai vähintäänkin hämärtävän niiden välisen rajan lähes huomaamattomaksi. Arvioidessaan, jääkö vastaajan syyllisyydestä varteenotettava epäily, tuomioistuin suorittaa samalla tiedollista ja oikeudellista harkintaa: Jos vastaajan syyllisyydestä jää varteenotettava mahdollisuus tiedollisesti tarkastellen, oikeudellisesti määritelty tuomitsemiskynnys ei ylity ja syyte on hylättävä. Todistusharkinta voidaan erottaa näytön arvioinnista lähinnä silloin, kun kysymys on yksittäisen todisteen luotettavuuden ja siitä tehtävien johtopäätösten arvioimisesta. Näytön luotettavuuden kokonaisarvioinnissa siirrytään kuitenkin käytännössä arvioimaan sitä, jääkö syyllisyydestä varteenotettava epäily, eli näytön riittävyttä.<sup>221</sup>

Eräs todistusoikeuden ikuisuuskytymyksistä koskee tuomitsemiskynnyksen korkeuden määrittämistä eli sitä, millainen epäily vastaajan syyllisyyden toteamiseksi voidaan hyväksyä. Tähän liittyy kysymys siitä, onko tuomitsemiskynnys kaikissa asioissa samalla tasolla vai voiko se vaihdella. Tuomitsemiskynnyksen korkeuden on katsottu riippuvan siitä, miten suuri erehtymisen riski rikoslainkäytössä voidaan hyväksyä. Viime kädessä tuomitsemiskynnyksen tarkoituksena on, ettei tuomioistuin tuomitse syytöntä rikosvastuuseen. Korkea tuomitsemiskynnys suojaa aineellisesti syyttömiä vastaajia ja legitimoit siten rikoslainkäyttöä. Toisaalta korkea tuomitsemiskynnys voi johtaa helpommin myös siihen, että aineellisesti syyllinen vastaaja vapautetaan. Korkeakaan näyttökynnys ei silti tarkoita, että syyksilukeminen edellyttäisi täyttä varmuutta vastaajan syyllisyydestä.

Syyttömän tuomitseminen on aineellisesti väärä lopputulos samoin kuin syyllisen vapauttaminenkin. Rikosvastuun toteuttamistavoitteen kannalta on tärkeää, että vältetään syyllisen vapauttavia vääriä tuomioita. Toisaalta rikos-

<sup>220</sup> Kolflaath 2013 s. 159–170 ja 208–212. Suomessa selitysmalli on saanut perusteltua kannatusta oikeuskirjallisuudessa, ks. Pölonen – Tapanila 2015 s. 100–122 ja Saranpää 2010 s. 255–256. Ks. myös Jonkka 1993 s. 113, missä pidetään ilmeisenä, että todistusharkinnassa tarvitaan sekä kokonaisvaltaista että erittelevää tarkastelutapaa ja puhutaan jälkimmäisestä ”kokonaisvaltaisena selitysmallina”. Alankomaalaisten *Floris Bexin* ja *Bart Verheij*’n esittämä hybriditeoria muistuttaa läheisesti selitysmallia. Siinä todisteista muodostettavien vaihtoehtoisten selitysten lisäksi oikeuskysymys jäsennetään kertomukseksi (”legal story scheme”). Syytteen teonkuvausta voidaan pitää tällaisena ”oikeudellisena kertomuksena”, jonka tulisi vastata tosiseikkoja (Bex – Verheij 2012 s. 253–257). Ks. kertomusmalleista myös Pennington – Hastie 1991 s. 519–525, missä selostetaan faktatiedon jäsentymistä kertomuksiksi ihmisen kognitiivisten ominaisuuksien vuoksi, ja s. 529–531, missä oikeuskysymystä tarkastellaan samoin eräänlaisena kertomuksena (”verdict category”).

<sup>221</sup> Ks. Pölonen 2003 s. 168–170.

epäilyn kohteeksi joutuu myös syyttömiä. Rikosprosessin tavoitteena ei tietenkään voi olla kaikkien vastaajien tuomitseminen, koska tällöin rikosvastuuseen joutuisi myös syyttömiä henkilöitä. Syyttömän tuomitsemista pidetään mahdollisista vääristä tuomioista selvästi haitallisempana, mitä voidaan perustella esimerkiksi sillä, että se merkitsee uutta oikeudenloukkausta. Sanonnan mukaan on parempi vapauttaa kymmenen syyllistä kuin tuomita yksi viaton. Sitä, että syyttömän tuomitsemista halutaan välttää vielä enemmän kuin syyllisen vapauttamista, voidaan nimittää syyttömän suojaamisen tavoitteeksi.<sup>222</sup>

Tuomitsemiskynnyksen nykyinen muotoilu on peräisin common law -oikeudesta (beyond reasonable doubt). Ainakin joissain common law -maissa suhtaudutaan tuomitsemiskynnyksen määrittelyyn korostetun varovaisesti. *John Henry Wigmore* on todennut kärkevästi, että määrittelypyrkimykset lähinnä sekoittavat valamiehistöä, koska vakuuttuneisuuden astetta ei kuitenkaan pystytä mittaamaan.<sup>223</sup> Voidaankin kysyä, merkitseekö myös varteenotettavan epäilyn kriteeri lopulta tuomarin intuition sallimista ”keittiön kautta”.<sup>224</sup> Englannissa on ohjeistettu, että tuomarin on epäviisasta käsitellä yksityiskohtaisesti tuomitsemiskynnystä. Jos valamiehistö kysyy täsmennystä, vastauksen tulisi olla mahdollisimman lyhyt, kuten että kysymys on sellaisesta varmuudesta, joka ei jätä realistisia epäilyksiä.<sup>225</sup> Tämä muistuttaa läheisesti Tirkkosen määritelmää VOK 17:2.1:n tarkoittamasta ”täydestä näytöstä”.<sup>226</sup>

*Hannu Tapani Klami* on pyrkinyt mallintamaan tuomitsemiskynnyksen optimaalista korkeutta käyttämällä matemaattisia riskikalkyylejä, jotka pohjautuvat erilaisten väärin päätösten haittojen hyväksyttävyyteen ja arvottamiseen.<sup>227</sup> Vuonna 2015 toteutetun kyselytutkimuksen perusteella rikosasian tuomitsemiskynnyksen on todettu merkitsevän numeerisesti 91 % varmuutta, mikä vastaa hyvin vanhaa maksimiamia, jonka mukaan on parempi vapauttaa kymmenen syyll-

<sup>222</sup> Ks. HE 82/1995 vp s. 83, Virolainen – Pölönen 2003 s. 141–151 ja 171, Klami 2000 s. 36, Ervo 1996 s. 43–44, Ekelöf ym. 2016 s. 30–31, Rawls 1999 s. 74–75. Ks. myös Fredman 2018 s. 127–140, missä selostetaan syyttömän tuomitsemiseen johtaneita tapauksia.

<sup>223</sup> Wigmore 1923 V s. 464–470.

<sup>224</sup> Vrt. Saranpää 2010 s. 161.

<sup>225</sup> Crown Court Compendium Part I (kohta 5), Glover 2017 s. 127–128, Choo 2015 s. 48–50.

<sup>226</sup> Tirkkonen 1949 s. 25, missä todetaan täydellä näytöllä tarkoitettavan ”eräänlaista korkeamman asteen todennäköisyyttä eli sellaista todennäköisyyden määrää, joka riittää tekemään järkevän ja tunnontarkan henkilön vakuuttuneeksi tosiseikan olemassa olosta”. Ks. myös Jokela 2018 s. 683–684, missä katsotaan, ettei tuomitsemiskynnysten muotoilujen (täysi näyttö – ilman varteenotettavaa epäilyä) välillä ole ainakaan merkittävää eroa, ja samoin mannermaista ja common law -järjestelmää yleisemmin vertaillen Jackson – Summers 2012 s. 211–212.

<sup>227</sup> Klami 2000 s. 27–40. Ks. myös Posner 1973 s. 399–401 ja 410–415, missä mallinnetaan tuomitsemiskynnystä oikeustaloustieteen metodein. Posnerin mukaan keskeistä olisi löytää optimaalinen todennäköisyys syyttömän tuomitsemiselle, koska jos tuomioita ylipäätään langetaan, joudutaan hyväksymään myös tällaisten väärin tuomioiden mahdollisuus.

listä kuin tuomita yksi syytön.<sup>228</sup> Muun muassa Lippke vastaavasti kritisoi tällaista numeerista lähestymistapaa ja katsoo, että näyttökynnyksen korkeus on ennen muuta moraalinen kysymys, koska sen ylittyessä puututaan vastaajan oikeuspiiriin. Lippkekin pitää silti tärkeimpänä tarvetta suojata syyttömiä vastajia ja näin myös rikoslainkäytön legitimiisyyttä.<sup>229</sup>

Diesenin hypotesimetodin mukaan tuomitsemiskynnys on aina samalla tasolla, mutta selvittämiskynnys eli selvitykseltä edellytettävä laajuus vaihtelee tapauksittain. Diesen itse on mallintanut tätä graafisesti kahtena erilaisia rikosasioita kuvaavana nestesyylinterinä, joilla on eri tilavuus, mutta sama korkeus. Tuomitsemiskynnys on korkeussuhteessa samalla tasolla, mutta asioissa vaadittavan selvityksen tilavuus vaihtelee sen mukaan, onko rikos vähäinen vai vakava. Selvitykseltä edellytettävään laajuuteen vaikuttavia tekijöitä ovat Diesen mukaan rikoksen vakavuus, vastaajan suhtautuminen (tunnustaako vai kiistääkö hän syytteen), rikoksen monimutkaisuus ja yksittäistapauksen olosuhteet. Toisaalta Diesen myöntää, että käytännössä selvityksen laajuus ja näytön laadullinen arviointi ovat kiinteästi vuorovaikutuksessa.<sup>230</sup>

Jonkka on syytekynnystä tarkastellessaan esittänyt ratkaisuksi abstraktin ja konkreettisen näyttökynnyksen käsitteellistä erottamista. Laissa säädetty abstrakti näyttökynnys – kuten ”ei varteenotettava epäily” – muodostaa Jonkan mukaan laajahkon ja rajoiltaan enemmän tai vähemmän epämääräisen vyöhykkeen. Tuomioistuin täsmentää jokaisessa yksittäistapauksessa konkreettisen näyttökynnyksen pisteeksi tuon vyöhykkeen sisällä. Sanallinen muotoilu ilmaisee abstraktin tuomitsemiskynnyksen ydinalueen ja selvissä tapauksissa on jokseenkin ilmeistä, onko tuomitsemiskynnys ylittynyt vai ei. Tällöin lainkäyttäjällä ei ole harkintaa näyttöratkaisun suhteen. Toisin on asian laita, jos liikutaan käsitteen reuna-alueella eli Jonkan sanoin ”harmaalla vyöhykkeellä”. Silloin on erityisen tärkeää määrittää konkreettinen tuomitsemiskynnys.<sup>231</sup>

Kiinteää tuomitsemiskynnystä puoltaisivat lähinnä lainkäytön ennustettavuus ja OK 17:3.2:n sanamuoto. Jo ilmaisu ”varteenotettava epäily” on kuitenkin aina tulkinnalle altis. Mielestäni jo tästä seuraa, että tuomitsemiskynnys tosiasiaa joustaa jonkin verran. Kuten Jonkka toteaa, tämän tosiasian kiertämiseen – tai kieltämiseen – pyrkivät teoriat ovat omiaan vaikeuttamaan keskustelua siitä, mitä tekijöitä konkreettisen tuomitsemiskynnyksen määrittelyssä saadaan ottaa huomioon.<sup>232</sup> Laajimmin oikeuskirjallisuudessa on nähdäkseni

<sup>228</sup> Tomunen 2015 s. 80–82 ja 91–94.

<sup>229</sup> Lippke 2016 s. 108–113. Ks. myös Stein 2005 s. 172–178.

<sup>230</sup> Diesen 2015 s. 180, 188–189 sekä kuvio s. 192.

<sup>231</sup> Jonkka 1991 s. 110–113.

<sup>232</sup> Jonkka 1991 s. 97–107. Ks. myös Hirvelä 2006 s. 288, missä joustamatonta näyttökynnystä pidetään ”julistuksenomaisena ja idealisoivana ajattelutapana”.

hyväksytyt, että vakavimmissa rikoksissa sallittaisiin kaikkein pienin epäily.<sup>233</sup> Lisäksi ainakin vastaajan mahdollisella tunnustuksella on merkitystä arvioitaessa sitä, miten vakuuttavaa syyttäjän näytön tulee olla.<sup>234</sup> Oikeuskäytännössä on toisaalta linjattu, ettei näyttökynnystä voida madaltaa ainakaan näyttövaikeuksien vuoksi.<sup>235</sup>

## 2.3 LAILLINEN NÄYTTÖ

### 2.3.1 Prosessuaalinen totuus

Oikeudelliset todistelunrajoitteet ovat poikkeuksia vapaasta todistelusta ja vapaasta näytön arvioinnista. Ne ovat säännöksiä, jotka rajoittavat todisteiden hankkimista ja esittämistä sekä näytön hyödyntämistä. Rikosprosessuaalisen laillisuusperiaatteen mukaisesti todistelua koskevia menettelysäännöksiä on noudatettava rikosprosessin kaikissa vaiheissa. Ne rajoittavat viranomaisten ja asianosaisten keinoja selvittää empiirisen todellisuuden tapahtumia. Lainsäädännön asettamissa rajoissa muodostuvaa näyttöä nimitetään lailliseksi näytöksi. Näytön laillisuutta on arvioitava viime kädessä tuomioistuimen kannalta. Keskeistä on, että ainakin syyksilukevan tuomion on rikosprosessuaalisen laillisuusperiaatteen vuoksi perustuttava lailliseen näyttöön. Oikeudellisia todistelunrajoitteita voidaan kuitenkin soveltaa missä tahansa todistelumenettelyn vaiheessa.

Empiirisen eli aineellisen todellisuuden tapahtumista esitettävän selvityksen etenemistä tuomioharkintaan asti rajoittavat erilaiset tosiasialliset todistelunrajoitteet eli sellaiset olosuhteet, jotka tekevät todisteen hankkimisen tai esittämisen mahdottomaksi tai ainakin rajoittavat sitä. Väitetyllä teolla ei välttämättä ole esimerkiksi lainkaan silminnäköjoutä tai siitä ei jää reaalityodisteiksi tallennettavia jälkiä. Toisaalta todistaja voi menehtyä kesken rikosprosessin tai reaalityodiste tuhoutua. Henkilötodistelun kannalta merkittävä tosiasiallinen todistelunrajoite on myös muistikuvien heikentyminen ajan kuluessa. Kaikki luetellut olosuhteet heikentävät mahdollisuuksia esittää tutkittavasta teosta riittävän kattava selvitys. Tällöin todistelu rajoittuu tosiasiallisten olosuhteiden vuoksi sillä seurauksella, että aineellista totuutta ei välttämättä voida saavuttaa rikosprosessissa.

<sup>233</sup> Ks. esim. Pölönen – Tapanila 2015 s. 133–135, Diesen 2015 s. 148, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 154, Tirkkonen 1949 s. 40, Klami 2000 s. 35–40 ja 50–51 ja Lindell 1987 s. 353.

<sup>234</sup> Ks. tunnustuksen näyttöarvosta esim. Pölönen – Tapanila 2015 s. 352–357.

<sup>235</sup> Ks. KKO 2013:96 (kohta 5), KKO 2017:12 (kohta 7) ja KKO 2019:98 (kohta 42).

Laillista näyttöä rajoittavien säännösten ja tosiasiallisten todistelunrajoitteiden vaikutuksesta rikosprosessissa ei siten välttämättä päästä lähellekään aineellista totuutta. Sen sijaan joudutaan tyytymään *prosessuaaliseen totuuteen*, jonka Lehtimaja on määritellyt normatiivisen järjestelmän tuotokseksi eli todistelusääntöjen puitteissa esitetyn luvallisen (tässä: laillisen) näytön pohjalta muodostuneeksi vakaumukseksi siitä, mitä osia syytteestä voidaan katsoa oikeudenkäynnissä selvitetyn niin perusteellisesti, ettei niistä jää järkevää epäilyä. Lehtimaja jatkaa, että sen rinnalla on täysin yhdentekevää, mitä todellisuudessa on tapahtunut.<sup>236</sup> Viimeksi mainittu linjaus on mielestäni liian kategorinen. Lisäksi korostan, että aineellisen totuuden saavuttamattomuus ei suinkaan ole seurausta pelkästään normatiivisista rajoitteista vaan myös tosiasiallisista rajoitteista.

Pölönen ja Tapanila ovat kyseenalaistaneet prosessuaalisen totuuden käsitteen mielekkyyden katsoen, että on riittävää puhua totuuden tavoitteesta.<sup>237</sup> Jako aineelliseen ja prosessuaaliseen totuuteen on kuitenkin oikeuskirjallisuudessa vakiintunut<sup>238</sup> ja mielestäni kuvaa hyvin rikosprosessin keskeisiä tuuskäsitteitä. Erityisesti oikeudellisten todistelunrajoitteiden kontekstissa käsitteistä on syytä pitää kiinni, koska todistelun rajoittamista voidaan kritisoida sillä perusteella, että se ei johda aineelliseen totuuteen. Prosessuaalinen totuus liittyy toisaalta kiinteästi laillisen näytön käsitteeseen, koska se on laillisesta näytöstä tehtävien johtopäätösten perusteella saavutettava totuus, jonka muodostumiseen vaikuttavia oikeusnormeja ovat esimerkiksi syyttömyysolettama, korkea tuomitsemiskynnys ja oikeudelliset todistelunrajoitteet.

Käytettävissä olevan näytön oikeudellinen rajoittuminen ja tuomitsemiskynnyksen korkeus ovat kumpikin oikeudellisia eivätkä tiedollisia kysymyksiä.<sup>239</sup> *Markku Fredmanin* mukaan vapaalla todistusharkinnalla tarkoitetaan lähinnä sitä, ettei säädännäisessä laissa määrätä, mikä näyttö riittää vaatimuksen hyväksymiseen tai johtaa sen hylkäämiseen. Puhtaassa vapaassa todistelussa ei myöskään tiettyjä todistuskeinoja kielletä laissa.<sup>240</sup> Voidaankin ajatella, että puhtaassa muodossaan vapaa todistusharkinta antaisi tuomioistuimelle vapauden päättää näytön riittävydestä. Näin ollen myös tuomitsemiskynnys, joka edellyttää, ettei vastaajan syyllisyydestä jää varteenotettava epäilyä, modifioi näytön arvioinnin vapautta. Olisi periaatteessa mahdollista säätää, että tuomitsemiskynnys rikosasioissa olisi matalampi, esimerkiksi todennäköisyysnäytön tasolla, jolloin riittävää olisi, että vastaajan syyllisyys on enemmän todennäköistä kuin hänen syyttömyytensä.

<sup>236</sup> Lehtimaja 1981 s. 171.

<sup>237</sup> Pölönen – Tapanila 2015 s. 28.

<sup>238</sup> Ks. esim. Tolvanen 2001 s. 409, Virolainen – Pölönen 2003 s. 174, Ervo 2005 s. 103, Fredman 2018 s. 113, Riekkinen 2019 s. 76.

<sup>239</sup> Ks. esim. Jonkka 1993 s. 21, Virolainen – Pölönen 2003 s. 426, Jackson – Summers 2012 s. 18 ja Andersson 2014 s. 442.

<sup>240</sup> Fredman 2018 s. 83.

Oikeuskirjallisuudessa on pidetty selvänä, että rikosprosessin viranomaistoi-  
mijat eli poliisi, syyttäjä ja tuomioistuin ovat todistelunrajoitteiden varsinaisia  
adressaatteja eli säännökset on osoitettu niiden noudatettavaksi.<sup>241</sup> Tämä on  
luontevaa myös oikeusvaltioperiaatteen kannalta. Todisteiden hankkiminen ja  
esittäminen eivät kuulu tuomioistuimen tehtäviin akkusatorisessa rikosproses-  
sissa, mistä syystä hankkimis- ja esittämisrajoitteiden ensisijaisia adressaatteja  
ovat poliisi ja syyttäjä. Säännösten tarkoituksena on, että poliisi tai syyttäjä ei-  
vät hanki tai esitä todistelua lainvastaisesti. Tuomioistuimella on vasta toissijai-  
nen tehtävä näiden säännösten noudattamisen valvojana. Sen on tietenkin kun-  
nioitettava todistelunrajoitteita myös pidättäytymällä loukkaamasta niitä omilla  
toimillaan oikeudenkäynnin aikana.

Jos hankkimis- ja esittämissäännöksiä noudatetaan, syytteen tueksi ei han-  
kita eikä esitetä laitonta todistelua eikä kysymys sellaisen hyödyntämisestä  
aktualisoidu lainkaan. Sääntely on tällöin täyttänyt primaarisen tehtävänsä  
prosessioikeudellisen laillisuusperiaatteen mukaisesti. Näytön hyödyntämistä  
rajoittavat säännökset on puolestaan osoitettu ensisijaisesti tuomioistuimille.  
Ne vaikuttavat kuitenkin toissijaisesti asianosaisten prosessitoimiin, koska oli-  
si tarkoituksetonta hankkia tai esittää todistelua, jota tuomioistuin ei tule otta-  
maan huomioon. Tätä hyödyntämiskieltojen heijastumista todistelumenettelyn  
aikaisempiin vaiheisiin ja asianosaisten toimintaan voidaan nimittää *ennakolli-  
seksi vaikutukseksi*. Se perustuu aineellisen rikoslain säännösten tavoin siihen,  
että asianosaiset voivat ennakoida tuomioistuimen toimia ja sovittaa oman men-  
nettelynsä tämän mukaiseksi.

Ennakollinen vaikutus muistuttaa tässä suhteessa aineellisen rikosoikeuden  
säännösten käyttäytymistä ohjaavaa vaikutusta. Kuten edellä (luku 2.1.1) to-  
dettiin, ne on kirjoitettu tuomioistuinta velvoittavaan, retributiiviseen muotoon.  
Yksilöiden tulee menetellä tietyllä tavalla välttääkseen laissa säädetyn reakti-  
on tuomioistuimen taholta. Niinpä tuomioistuimeen kohdistuvat normit, jotka  
velvoittavat sen jättämään tietyt todisteet huomiotta, ohjaavat samalla prosessi-  
subjekteja hankkimaan ja esittämään sellaisia todisteita, jotka voidaan ottaa  
huomioon ja jotka siten voivat vaikuttaa ratkaisuun.<sup>242</sup> Hormia toteaa oikeu-  
dellisten todistelunrajoitteiden ilmaisevan asianosaisille, että kysymykseen tu-  
leva todiste on vallitsevien tosiseikkojen vaikutuksesta oikeudellisten perusteiden  
nojalla ei-sallittu ja että tämän johdosta he eivät voi tuloksekkaasti pyytää  
tuon todisteen esittämistä.<sup>243</sup>

<sup>241</sup> Hormia 1978 s. 226–227, Pölönen 2003 s. 195, Vuorenpää 2018 s. 311.

<sup>242</sup> Ks. Ross 1959 s. 33, missä tiivistetään: ”— the real content of a norm of conduct is a direc-  
tive to the judge, while the instruction to the private individual is a derived and figurative legal  
norm deduced from it.”

<sup>243</sup> Hormia 1978 s. 137.

Tiivistetysti voidaan ajatella, että oikeudellisten todistelunrajoitteiden järjestelmän tarkoituksena on ohjata asianosaisia hankkimaan ja esittämään todistelua ainoastaan laillisesti samoin kuin tuomioistuimia hyödyntämään näyttöä laillisesti.<sup>244</sup> Tällainen ohjausvaikutus on samalla omiaan ehkäisemään väärinkäytöksiä, joilla loukataan menettelysäännösten suojaamia oikeushyviä. Poliisin ja syyttäjän toiminnan lainalaisuutta vahvistavat yleisellä tasolla virkamiesoikeudelliset ja rikosoikeudelliset sanktiot. Yksittäisen rikosprosessin tasolla tuomioistuin voi kieltää todisteen esittämisen tai kieltäytyä ottamasta vastaan tai hyödyntämästä esitettyä todistetta, jolloin se jää oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle. Näin menetellessään tuomioistuin voi antaa oikeusturvaa niille intresseille, joita todistelunrajoitteella suojataan.

Oikeudelliset todistelunrajoitteet modifioivat todistelumenettelyn vapautta – vapaa todistelu ja vapaa näytön arviointi tapahtuvat niiden puitteissa.<sup>245</sup> Ne merkitsevät jo käsitteellisesti, ettei todistelumenettely ole täysin rajoittamatonta. Säännökset rajoittavat käytettävissä olevan näytön määrää ja saattavat siten joissain tapauksissa heikentää mahdollisuuksia saavuttaa aineellinen totuus. Tietoteorian aleettisen, episteemisen ja psykologisen tason ohella voitaisiinkin puhua esimerkiksi *oikeudellisesta tasosta*. Oikeudellisella tasolla olisi arvioitava, mitkä tosiasioita koskevat johtopäätökset ovat perusteltavissa lainmukaisesti ja laillisella evidenssillä. Paitsi episteemiset ja psykologiset (tosiasialliset) rajoitteet myös oikeudelliset rajoitteet voivat johtaa siihen, että prosessuaalinen totuus ei vastaa aineellista totuutta.

Todistusoikeuden kaksoisfunktiona voidaan pitää *totuuden selvittämistä lainmukaisesti* ja näiden tavoitteiden suhteuttamista toisiinsa ristiriitatilanteissa. Totuuden selvittäminen on todistelun tavoite, mutta eri intressejä suojaavat menettelysäännökset asettavat rajoitteita sille, miten totuus voidaan ja tulee selvittää. Rajoittava vaikutus kohdistuu ensisijaisesti viranomaisten toimivaltuuksiin, joten oikeudenmukaisen menettelyn takeet merkitsevät oikeusturvaa julkista valtaa vastaan. Tällaista oikeusturvaintressiä ei voida sivuuttaa pelkäämällä sillä instrumentalistisella perusteella, että ”tarkoitus pyhittää keinot”, koska menettelyllinen oikeudenloukkaus voi olla vaikutuksiltaan jopa aineellista vakavampi. Lisäksi viranomaisten syyllistyminen oikeudenloukkauksiin horjuttaa laillisuusperiaatetta, minkä merkitystä demokraattisessa oikeusvaltiossa ei tule väheksyä.

Tietoteorian käsitteistöä hyödyntäen voidaan myös sanoa, että riittävää ei ole oikeudenkäynnissä saavutettavan totuuden tiedollinen oikeuttaminen, vaan sen tulee olla myös juridisesti oikeutettu. Aineellisen totuuden tavoittelu ta-

<sup>244</sup> Ks. Jackson – Summers 2012 s. 36.

<sup>245</sup> Ks. Pölönen 2003 s. 211 ja Hormia 1978 s. 31 ja 103. Vapaa todistelu voitaisiin määritellä myös Wigmoren tavoin: ”All facts having rational probative value are admissible, unless some specific rule forbids.” (Wigmore 1923 III s. 152).

pahtuu, kuten todettu, erilaisten prosessisäännösten asettamissa puitteissa. On muistettava, että totuus oikeudenkäynnissä on tietyllä tapaa aina normatiivisen järjestelmän tulos tai kytköksissä siihen. Oikeusjärjestyshän määrittää jo sen, millaiset tosiseikat ovat oikeudellisesti merkityksellisiä rikoksen tunnusmerkistötekijöinä. Todistelun täydellinen vapaus saattaisi loukata oikeusjärjestyksen suojaamia oikeushyviä ja toisaalta myös tuottaa vääriä tuomioita. Näissä tapauksissa todistelun vapaudesta on tehtävä poikkeuksia rikosprosessin syvärakenteen tavoitteiden – tuomion oikeellisuuden tai menettelyllisen oikeusturvan – perusteella. Tarkastelen seuraavaksi lähemmin todistelun rajoittamisperusteita eli todistelunrajoitteiden mahdollisia funktioita.

### 2.3.2 Todisteen luotettavuus

Vapaan todistusteorian todettiin edellä perustuvan aineellisen totuuden tavoitteeseen aivan samoin kuin aikanaan legaalisenkin todistusteorian. Sekä todistelun vapautta että sen rajoittamista voidaan perustella tarpeella varmistua todisteen luotettavuudesta. Siirtyminen vapaaseen todistusteoriaan perustui käsitukseen siitä, että laillinen todistusteoria ei enää varmistanut riittävästi näyttöratkaisun oikeellisuutta vaan kahlitsi liikaa tuomareita. Edelleen on kuitenkin voimassa useita todistelua rajoittavia säännöksiä, joiden tarkoituksena on varmistaa tuomion oikeellisuus joko ohjaamalla asianosaisia hankkimaan ja esittämään luotettavaa todistelua tai ohjaamalla näytön arviointia. Todisteen luotettavuuteen perustuvia oikeudellisia rajoitteita voidaan pitää asemaltaan kaikkein vakiintuneimpina ja hyväksytyimpinä.<sup>246</sup>

Ohjausvaikutuksen mukaisesti todistelunrajoitteiden ensisijaisena tavoitteena olisi, että esitutkinta toimitetaan tavalla, joka tuottaa mahdollisimman luotettavia todisteita. Tämän voidaan katsoa edellyttävän yhtäältä, että esitutkintatoimenpiteillä itsessään ei vaaranneta todisteen luotettavuutta. Esimerkiksi kuulustelut tulisi toimittaa tavalla, joka mahdollisimman pitkälle eliminoi virhelähteet, ja reaalityodisteita tulisi käsitellä tavalla, joka varmistaa niiden käyttökelpoisuuden ja muuntumattomuuden. Toiseksi tulee edellyttää, että todisteen hankkimis- ja esittämistapaa voidaan riittävästi kontrolloida jälkikäteen. Esimerkiksi kuulustelun kulusta ja siitä, että pöytäkirja vastaa kuultavan kertomusta, olisi voitava esittää selvitystä, jos kuulustelukertomuksen luotettavuus kyseenalaistetaan. Sama koskee reaalityodisteiden hankkimista.

<sup>246</sup> Ks. Hormia 1978 s. 112, Mirfield 1997 s. 7–9, Lundqvist 1998 s. 236, Lappalainen 2001 s. 141–142, Brøbech 2003 s. 20–23, Pölönen 2003 s. 198–202, Torgersen 2009 s. 37–38, Jackson – Summers 2012 s. 154.



Vertailevana esimerkkinä voidaan mainita, että Nürnbergin oikeudenkäynnin kansainvälisen tuomioistuimen perustamiskirjan 19 artiklan mukaan tuomioistuin ei ollut sidottu todistelua rajoittaviin säännöksiin, vaan se saattoi ottaa vastaan minkä tahansa todistusarvoa omaavan todisteen.<sup>247</sup> Tämä merkitsi luonnollisesti sitä, että epäluotettavat todisteet voitiin kuitenkin hylätä. Anglo-amerikkalaisessa oikeuskirjallisuudessa on keskusteltu jopa siitä, onko luotettavuuden edistäminen todistelun rajoittamisen tärkein vai suorastaan ainoa mahdollinen peruste.<sup>248</sup> Usein luotettavuusperusteeseen vedotaankin vastaargumenttina muille todistelun rajoittamisperusteille. Luotettavan todistelun poissulkeminen on omiaan vaarantamaan tuomion oikeellisuuden ja voi johtaa aineellisesti syyllisen vapauttamiseen, mitä nimitän *syllisen suojaamisen ongelmaksi*.<sup>249</sup>

Laaja hyväksyttävyyys perustunee lähinnä siihen, että todistelun luotettavuutta edistävät rajoitteet täydentävät vapaata todistusteoriaa varmistaen, ettei aineellisen totuuden tavoitteen kannalta haitallisia epäluotettavia todisteita sallita. Yhtenäinen tarkoitus merkitsee, että vastakkainasettelu todistelun vapauden ja rajoittamisen välillä on ainoastaan näennäinen. Aineellisen totuuden tavoitteella tuntuu kuitenkin paradoksaaliselta perustella sekä todistelun vapautta että sen rajoittamista. Rajoittamisen perusteena täytyisi olla näkemys joidenkin todisteiden notorisesta epäluotettavuudesta, mikä on ristiriidassa vapaan todistusteorian kanssa. Epäluotettavaksi oletettukin todistelu olisi vapaan todistusteorian mukaan pikemminkin sallittava ja luotettavuuteen otettava kantaa osana näytön arviointia sen sijaan, että todiste rajattaisiin oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle.

Lakivaliokunta on todistelu-uudistuksen yhteydessä korostanut tämän harkintakriteerin keskeistä merkitystä ja lausunut, että epäluotettavia todisteita ei tule hyödyntää.<sup>250</sup> Epäluotettavia todisteita ei kuitenkaan käytännössä aseteta hyödyntämiskieltoon, koska se ei ole tarpeellista. Todisteen toteaminen epäluotettavaksi merkitsee samanlaista lopputulosta kuin sen hyödyntämisen rajoittaminen. Jos todisteen katsotaan olevan kokonaan vailla näyttöarvoa, on lopputulos itse asiassa sama kuin jos todiste asetettaisiin hyödyntämiskieltoon: sille ei anneta lainkaan merkitystä asiaa ratkaistaessa.<sup>251</sup> Jos todisteen luotetta-

<sup>247</sup> Charter of the International Military Tribunal.

<sup>248</sup> Mirfield 1997 s. 9–10, Jackson – Summers 2012 s. 117.

<sup>249</sup> Ks. esim. Pölönen – Tapanila 2015 s. 15–17, Viljanen 2013 s. 155, Brøbech 2003 s. 19–20 ja Zuckerman 1989 s. 345, Schlesinger 1977 s. 2–6.

<sup>250</sup> LaVM 19/2014 vp s. 22.

<sup>251</sup> Ks. Pölönen 2003 s. 309: ”– – todisteen poissulkeminen oikeudenkäyntiaineistosta *pelkästään sen epäluotettavana pitämisen johdosta* ei yksinkertaisesti sovi todistusoikeutemme järjestelmään” ja samoin Rt. 1996 s. 1114, Mirfield 1997 s. 12–13 sekä jo Bentham 1825 s. 180: ”– – in particular, exclude nothing, because you think it deficient in proving power. – – If it produces and effect, it is useful; if it produces none, it is harmless.” Ks. myös Brøbech 2003 s. 20–21, missä huomautetaan, että johdonmukaisuus edellyttäisi myös laillisesti saadun epäluotettavan todiste-

vuotta sen sijaan arvioidaan, on jo ainakin käyty todistusharkinnan puolella eli tässä merkityksessä hyödynnetty todistetta. Vapaan todistusharkinnan mukaisesti olisi pohdittava, voidaanko todisteen luotettavuudesta varmistua mitenkään.

Kuvatut ongelmat voidaan pitkälti välttää, jos luotettavuudeltaan kyseenalaiseksi katsotun todistelun hyödyntämistä ei kokonaan kielletä, vaan sitä ainoastaan rajoitetaan tukitodisteluvaatimuksella (ks. jäljempänä luku 4.6). Tukitodisteluvaatimuksen soveltuessa todisteen hyödyntäminen on sallittua, jos sen luotettavuudesta voidaan varmistua. Luotettavuuden arviointi on tällöin paitsi sallittua myös todistelunrajoitteen mekanismin kannalta välttämätöntä. Kysymys ei kuitenkaan ole todisteen hyödyntämisen ehdottomasta kieltämisestä, vaan siitä, että luotettavuudeltaan kyseenalaiseksi jäävä todiste ei riitä juridisesti oikeuttamaan syyksilukevaa tuomiota. Syyllisen suojaamisen ongelma ei toisaalta voi aktualisoitua, ellei syyllisyyteen viittaava todistelu ole riittävän luotettavaa. Esimerkiksi pelkät vahvatkaan oletukset eivät riittäisi syyttömyysolettaman kumoamiseen.

Todistelun rajoittaminen voi olla perusteltua myös sen vuoksi, että tuomari saattaisi olla taipuvainen yliarvioimaan todisteen merkitystä ja vastaavasti aliarvioimaan sen luotettavuutta heikentäviä seikkoja.<sup>252</sup> Edellä käsitellyt vahvistusharha tai usean todisteen yhteisvaikutukseen liittyvät arviointivirheet, kuten välillisen todistelun ketjuvaikutuksen aliarviointi, ovat tyypillisesti tällaisia päättelyvirheitä. Kysymys ei kuitenkaan ole siitä, että todiste olisi täysin epäluotettava – sen luotettavuutta on ainoastaan pyrittävä kontrolloimaan tehokkaasti kriittisen arvioinnin avulla. On vaikeaa kuvitella, että jokin todiste voitaisiin ennakolta tietää kaikissa olosuhteissa niin varmasti epäluotettavaksi, että sen käyttäminen olisi yksin tästä syystä ehdottomasti kiellettävä. Tällaista kaavamaisuuttahan legaalinen todistusteoria nimenomaan edusti.

Notorisesti epäluotettavina voidaan pitää kiduttamalla saatuja lausuntoja.<sup>253</sup> Reaalitodisteiden luotettavuuteen tällainen brutaali hankkimistapa ei kuitenkaan vaikuta heikentävästi. Myös kiduttamalla saadun lausunnon luotettavuutta olisi periaatteessa täysin mahdollista arvioida suhteessa muuhun todisteluun. On tietenkin mahdollista, että todiste on epäluotettava, mutta se ei ole missään nimessä varmaa. Tämäkin ääriesimerkki huomioon ottaen modernissa demokraattisessa oikeusvaltiossa todisteen luotettavuuden varmistamista ei voida pitää ainakaan yksinomaisena – jos edes keskeisenä – perusteen rajoittaa todistelua. Todistelunrajoitteet soveltuvat paremmin turvaamaan

---

lun asettamista hyödyntämiskieltoon.

<sup>252</sup> Damaška 1997 s. 15.

<sup>253</sup> Ks. esim. HE 46/2014 vp s. 87 ja siellä viitattu *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, 17.1.2012 (kohta 264). Hallituksen esityksessä on epähuomiossa mainittu ratkaisun lainvoimaiseksi tuleminen ajankohta antamispäivän asemesta.

muita suojeleintressejä, joiden loukkaaminen ei välttämättä vaaranna todisteen luotettavuutta. Todisteen luotettavuudella voi tietenkin olla merkitystä lisäargumenttina.<sup>254</sup>

Lienee vielä korostettava, että nyt sanottu koskee pelkästään todistelun rajoittamista eikä merkitse, etteikö luotettavuus olisi todistelun kannalta aivan keskeinen ominaisuus. Kysymys on siitä, sijoittuuko luotettavuuden arviointi luontevammin hyödyntämisharkinnan vai, kuten vapaan todistusharkinnan lähtökohdasta seuraisi, näyttöharkinnan kontekstiin. Toisaalta periaatteessa mikä tahansa muu peruste kuin todistelun luotettavuuden edistäminen pitää väistämättä sisällään sen mahdollisuuden, että todistelunrajoite estää aineellisen totuuden selvittämisen. Muulla perusteella tapahtuvan rajoittamisen seurauksena saatetaan menettää luotettavaa todistelua. Muun suojeleintressin tulisi olla painoarvoltaan merkittävä, koska todistelua saatetaan tällöin rajoittaa vastoin aineellisen totuuden tavoitetta.<sup>255</sup>

### 2.3.3 Suojeleintressit

Menettelyllistä oikeusturvaa koskeva vaatimus on periaatteessa irrallinen selvittämistressiin nähden. Kysymys ei ole lopputuloksen oikeellisuudesta vaan sellaisista rikoslainkäytölle asetettavista laatuvaatimuksista, jotka rajoittavat julkisen vallan rikosvastuun toteuttamiseen tähtäviä toimia. Ne perustuvat muihin intresseihin kuin sanktiomekanismista johtuvaan tavoitteeseen tehokkaasta rankaisemisesta. Menettelysäännökset eivät kuitenkaan saa yleisesti ottaen estää rikosvastuun toteuttamista, koska silloin rikoslainkäyttö kävisi tarpeettomaksi. Muiden intressien perusteella voidaan *vain poikkeuksellisesti rajoittaa todisteiden hankkimisen, esittämisen tai hyödyntämisen vapautta*. Oikeudelliselta luonteeltaan todistelunrajoitteet ovat poikkeussäännöksiä, jotka tulevat sovellettaviksi silloin, kun rajoittamista puoltava intressi on painavampi kuin selvittämistressi.

Yhdysvalloissa voidaan pitää vakiintuneena muun muassa Wigmoren esittämää jaottelua todisteen relevanssia tai luotettavuutta eli prosessin sisäisiä päämääriä edistäviin rajoitteisiin ja muuta eli prosessin tavoitteeseen nähden ulkopuolisia päämääriä edistäviin todistelunrajoitteisiin. Viimeksi mainittujen soveltamisessa ratkaisevaa ei ole todisteen luotettavuus, vaan ne sivuuttavat

<sup>254</sup> Ks. Torgersen 2009 s. 37, Pölonen 2003 s. 202. EIT onkin todennut selväsanaisesti, että kiduttamalla saadun todisteen käyttäminen merkitsee peruuttamatonta oikeudenloukkausta riippumatta sen näyttöarvosta (ks. esim. Gäfgen v. Germany [GC], 1.6.2010, kohta 167). Luotettavuuden vaarantuminen soveltuu tietenkin eräänlaiseksi tukiargumentiksi hyödyntämiskiellolle, muttei yksinomaisesti perusteeksi.

<sup>255</sup> Ks. Mirfield 1997 s. 10.

aineellisen totuuden tavoitteen. Wigmore perustelee prosessinulkoisia tavoitteita oikeushyväajattelun kaltaisesta siten, että joissain tapauksissa todistelu voisi loukata jotain muuta tavoitetta enemmän kuin se edistäisi totuuden selvittämistä. Hän ei kuitenkaan vie ajatusta niin pitkälle, että huomauttaisi totuuden selvittämisen perustuvan tuomion oikeellisuuden ja rikosvastuun toteuttamisen välityksellä niihin oikeushyviin, joita sovellettava kriminalisointi suojaa.<sup>256</sup>

Jaottelun suurimpana etuna ja haittana voidaan pitää sen yksinkertaisuutta. Se ei kuvaa erilaisia ulkoisia intressejä mitenkään täsmällisesti ja perustuu tietyllä tapaa vastakkainasetteluun niiden ja selvittämisentressin välillä. Mielestäni on väärin olettaa, että muut suojeleintressit olisivat automaattisesti vastakkaisia totuuden selvittämiseksi. Monilla todistelunrajoitteilla on useampi kuin yksi funktio. Lisäksi tulee korostaa, ettei muiden suojeleintressien tarkoituksena ole ylipääntään jollain tavalla estää tai tukahduttaa rikosvastuun selvittämistä. Kysymys on sellaisista intresseistä, jotka nauttivat suojaa myös rikosprosessin ulkopuolella. Jos rikosvastuun toteuttamiseen pyritään näitä intressejä loukkamalla, niiden kunnioittaminen voi edellyttää todistelun rajoittamista. Rajoittamisella voi puolestaan olla rikosvastuun selvittämistä estävä vaikutus, mutta se on eri asia kuin katsoa, että menettelysäännösten suojeleintressien tarkoituksena olisi estää oikeita tuomioita.<sup>257</sup>

*Ulf Lundqvist* on käyttänyt termiä suojeleintressit (skyddsintressen) kokoavana käsitteenä luonteeltaan julkisille ja yksityisille intresseille, jotka ovat aineellisen totuuden tavoitteeseen liittyvään selvittämisentressiin (utredningsintresset) nähden itsenäisiä todistusoikeudessa huomioon otettavia periaatteita.<sup>258</sup> Todistusoikeuden normit ja todistelunrajoitteet voivat menettelyllisen oikeusturvan takaamiseksi suojella myös muita intressejä eli oikeushyviä kuin aineellisen totuuden tavoitetta. Suojeleintresseille on yhteistä, että niiden ensisijaisena tarkoituksena ei ole edistää totuuden selvittämistä. Todistelun rajoittaminen niiden perusteella saattaa siten yksittäistapauksissa johtaa prosessuaalisen totuuden etäntymiseen aineellisesta totuudesta. Suojeleintressit ja todistelun luotettavuus voivat kuitenkin vaikuttaa myös toisiaan täydentävästi.

*Ernst Beling* on vuonna 1903 käsitellyt todistamiskieltoja (Beweisverbote) hyvin edistyksellisessä kirjoituksessaan, jossa hän erottaa kuusi intressiryhmää. Mielenkiintoista on, että Beling ei pidä todisteen luotettavuutta rajoittamisperusteena lainkaan, vaan luettelee sellaisina ainoastaan prosessinulkoisia ”suojeleintressejä” eli 1) valtion edut, 2) valtionpäämiehen aseman,

<sup>256</sup> Wigmore 1923 I s. 154–155, Wigmore 1923 IV s. 623–624. Ks. myös Damaška 1997 s. 12–17, Stein 2005 s. 3 ja Jackson – Summers 2012 s. 37 ja 70–71. Suomessa Riekkinen on esittänyt jakoa vastaavaa totuuden selvittämistä edistäviin ja muita intressejä edistäviin normeihin (Riekkinen 2014 s. 138).

<sup>257</sup> Vrt. Wigmore 1923 IV s. 623.

<sup>258</sup> Lundqvist 1998 s. 23.

3) yksilönsuojan (die Persönlichkeitssphäre des Privaten), joka sisältää itsekriminointisuojaan, 4) sukulaisuussuhteiden suojan, 5) salassapitovelvollisuudet sekä 6) omaisuudensuojan.<sup>259</sup>

Lappalainen on jäsentänyt poikkeukset vapaaseen todisteluun 1) todistelun luotettavuutta ja todisteiden välitöntä ja keskitettyä vastaanottamista turvaaviin näkökohtiin, 2) prosessiekonomisiin syihin ja 3) erilaisiin salassapitointresseihin.<sup>260</sup> Hormia on erotellut todistamiskielloilla suojattavina oikeushyvinä 1) todistelun luotettavuuden, 2) todistelun välittömyyden, 3) prosessitalouden periaatteen, 4) valtion edun ja virkaedut, 5) ammattisalaisuudet ja kansantaloudelliset intressit, 6) perhesiteet, 7) itsekriminointisuojaan ja 8) persoonallisuuden oikeussuojan. Lisäksi Hormia pohtii 9) perustuslaista johdettavien todistamiskieltojen mahdollisuutta.<sup>261</sup> Tanskalaisen *Birgitte Brøbechin* jaottelu on mielenkiintoinen, koska hän osoittaa, että samoilla perusteilla voidaan eri tilanteissa perustella todistelun rajoittamista ja sallimista. Rajoitteiden kannalta merkityksellisinä oikeushyvinä Brøbech mainitsee 1) aineellisen totuuden tavoitteen, 2) preventiiviset näkökohdat, 3) oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden, 4) rikosoikeudellisen järjestelmän hyväksyttävyyden, 5) yksilölliset intressit, 6) prosessiekonomian ja 7) hyvitysnäkökohdat.<sup>262</sup>

Pölösen mukaan todistamiskieltojen suojeluintressejä ovat 1) rikosvastuun toteuttamisintressiä edistävät todistelun luotettavuus, sanktiojärjestelmän toimivuus ja todistelun välittömyys, 2) tarve turvata asianosaisten – myös asianomistajan – oikeusturvaintressejä ja kunnioittaa heidän perusoikeuksiaan kuten yksityisyyttä, perhesiteitä, kotirauhaa ja itsekriminointisuojaan, sekä 3) erilaiset ulkoprosessuaaliset tavoitepäämäärät, kuten taloudellinen vaihdanta, ammatilliset luottamussuhteet sekä valtion turvallisuus. Lisäksi Pölönen katsoo, että kaikkia ryhmiä koskee 4) vaatimus rikosprosessin eettisestä tai moraalaisesta moitteettomuudesta. Pölönen toteaa myös, että monet itsenäiset hyödyntämiskiellet voivat perustua useampaankin näkökohtaan ja että jaottelun tarkoituksena on ennen muuta korostaa rajoittamisperusteiden moninaisuutta.<sup>263</sup>

Katson riittäväksi jäsentää todistelunrajoitteiden mahdollisina funktioina kolme suojeluintressiä, jotka eivät välttämättä liity todisteen luotettavuuteen: prosessiekonomia, salassapitointressit ja ihmisoikeudet. *Prosessiekonomialla* viitataan tarkoituksenmukaisuusperiaatteeseen yhdessä varmuusperiaatteen kanssa lukeutuviin tavoitteisiin prosessin nopeudesta ja halpuudesta.<sup>264</sup> Tämän liitynnän vuoksi prosessiekonomia voitaisiin periaatteessa jäsentää myös

<sup>259</sup> Beling 1903 s. 4.

<sup>260</sup> Lappalainen 2001 s. 141–142.

<sup>261</sup> Hormia 1978 s. 112.

<sup>262</sup> Brøbech 2003 s. 17–44.

<sup>263</sup> Pölönen 2003 s. 197–204.

<sup>264</sup> Tirkkonen 1969 s. 81. Ks. myös HE 15/1990 vp s. 6.

prosessin ”sisäiseksi” tavoitteeksi samoin kuin todisteen luotettavuus. Prosessi-ekonomian periaatteen molemmat osatekijät voivat näyttäytyä yhtäältä asianosaisten oikeusturvan kannalta merkittävinä yksilöllisinä intresseinä ja toisaalta yhteiskunnallisina intresseinä. Valtion kannalta kysymys on kustannusten minimoimisesta ja sanktiomekanismin tehokkuudesta, yksilöiden kannalta oikeusturvan saatavuudesta (access to justice).<sup>265</sup>

Asianosaisten kannalta on tärkeää, että he saavat oikeussuojaa kohtuullisessa ajassa ja kohtuullisin kustannuksin. Prosessiekonomiset haitat nostavat prosessikynnystä eli hitaaseen ja kalliiseen prosessiin ei välttämättä haluta turvautua oikeusturvan saamiseksi. Ajan kuluminen saattaa myös johtaa siihen, että oikeusturvaintressi käy asianosaiselle merkityksettömäksi (”justice delayed is justice denied”).<sup>266</sup> Valtion kannalta on tärkeää, että rikosprosessissa toteutuu kustannustehokkuus. Kustannusten äärimmäinen minimointi on kuitenkin omiaan aiheuttamaan resurssipulaa. Perustuslakivaliokunta onkin kiinnittänyt huomiota siihen, että Suomessa käytetään asukasta kohti huomattavasti vähemmän varoja oikeudenhoitoon kuin esimerkiksi Ruotsissa.<sup>267</sup> Prosessin pitkä kesto on lisäksi omiaan aiheuttamaan henkilötodistelun laadullista heikentymistä, kun kuultavat eivät esimerkiksi välttämättä enää muista tapahtumia oikeudenkäynnissä.<sup>268</sup>

*Salassapito-intressit* voidaan jakaa karkeasti julkisiin ja yksityisiin salassapito-intresseihin. OK 17 luvun oikeutta ja velvollisuutta kieltäytyä todistamasta koskevista säännöksistä julkisia salassapito-intressejä edustavat valtiosalaisuudet (10 §), tuomioistuinten neuvottelu- ja sovittelusalaisuudet (11 §) sekä virkasalaisuudet (12 §). Yksityisiä salassapito-intressejä ovat vastaavasti asianajosalaisuus (13 §), potilassalaisuus (14 §), rippisalaisuus (16 §), oikeus olla myötävaikuttamatta oman tai läheisensä rikoksen selvittämiseen (17 ja 18 §), liikesalaisuus (19 §), lähdesuoja (20 §) ja todistajan anonymiteetin suoja (21 §). Rajanveto ei ole yksiselitteinen, koska monella lähinnä yksityisellä intressillä on myös yhteiskunnallista merkitystä ja toisaalta julkisten salassapito-intressien loukkaukset voivat vaikuttaa myös yksityisiin henkilöihin.<sup>269</sup>

Luetelluista salassapitoperusteista havaitaan, että monet niistä kytkeytyvät tiettyyn ammattikuntaan eli professioon. Ainakin virkamiesten, tuomareiden, asianajajien, lääkäreiden, pappien ja toimittajien ammateissa toimiviin henkilöihin kohdistuu tiettyjä odotuksia siitä, että heille kerrotut asiat pysyvät

<sup>265</sup> Virolainen – Pölönen 2003 s. 176–178.

<sup>266</sup> Ks. oikeudenkäynnin joutuisuudesta ihmisoikeutena Jokela 2018 s. 37–46 ja Pellonpää ym. 2018 s. 630–637.

<sup>267</sup> PeVL 29/2014 vp s. 2.

<sup>268</sup> Virolainen – Pölönen 2003 s. 176, Huovila 1999 s. 1175.

<sup>269</sup> Ks. Jokela 2018 s. 607–621, Riekkinen 2014 s. 137–138, Pölönen 2003 s. 202, Lappalainen 2001 s. 142 ja Hormia 1978 s. 146–147.

salassa. Salassapidolla suojataan myös heille tietoja paljastavien henkilöiden yksityisyyttä. Vastaavasti menestyksekkäs toimiminen tällaisissa ammateissa edellyttää luottamuksellisten tietojen saamista ja salassapito-intressien kunnioittamista. Vaitiolovelvollisuus onkin keskeinen osa lueteltujen professioiden ammattietikkaa. Tällaisten salassapito-intressien suoja on oikeushistoriallisesti<sup>270</sup> ja kansainvälisesti<sup>271</sup> vertaillen melko vakiintunut. Oikeuspoliittisesti voidaan toisaalta aina keskustella siitä, onko privilegioituja ammatteja liikaa tai liian vähän.<sup>272</sup>

Salassapito-intressien suojaaminen oikeudenkäynnissä voidaan hahmottaa myös siten, että kysymys on oikeudenkäynnin ulkopuolella suojattujen tietojen salassapidosta oikeudenkäynnin aikana. Toisin sanoen oikeudenkäynti ei muodosta mitenkään automaattisesti perustetta tehdä tyhjäksi yleisesti tunnustettuja salassapitoperusteita. Muutoinhan oikeudenkäyntejä voitaisiin panna vireille tarkoituksin saada tietoja esimerkiksi liike- tai potilassalaisuuksista. Tämä merkitsisi oikeudenkäyntiin lähtökohtaisesti kuuluvan vahvan asianosaisjulkisuuden väärinkäyttöä.<sup>273</sup>

Salassapito-intressien lisäksi totuuden selvittämisestä erillisinä todistelun rajoittamisperusteina voidaan pitää kaikkia todistelun kannalta merkityksellisiä *perusoikeuksia*. Todisteiden hankkimis- ja esittämismenettely voi vaarantaa erityisesti henkilökohtaisen koskemattomuuden (PL 7 §, EIS 3 artikla) tai yksityiselämän suojan (PL 10 §, EIS 8 artikla). Todisteiden hankkimisen vapautta voi olla tarpeen rajoittaa näiden suojaamiseksi oikeudettomilta tai kohtuuttomilta puuttumisilta niin valtiovallan kuin muiden yksilöidenkin taholta perusoikeuksien turvaamisveloitteen mukaisesti (PL 22 §, EIS 1 artikla).<sup>274</sup> Keskeinen prosessuaalinen ihmisoikeus, jota todistelumenettely voi loukata, on oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin (PL 21 §, EIS 6 artikla). Myös

<sup>270</sup> Ks. esim. VVOK 17:7 asianajosalaisuuden osalta sekä rippisalaisuuden historiasta Hormia 1978 s. 149–150 ja Ervo 2001 s. 410.

<sup>271</sup> Ks. esim. Ruotsin RB 36:5, Norjan rikosprosessilain lov om rettergangsmåten i straffesaker (22.5.1981, StrpL) 119 § ja Saksan rikosprosessilain Strafprozeßordnung (12.9.1950, StPO) 53 §. Englannissa sen sijaan hyväksytään nimenomaisesti ainoastaan asianajajan ammatillinen suoja, kun taas esimerkiksi potilassalaisuutta ei koske mikään varsinainen kieltö. Todistelu on kuitenkin tosiasiallisesti rajoitettua, sillä velvoittaminen paljastamaan tällaisia tietoja edellyttää käytännössä punnintaa selvittämisintressiin nähden (ks. Choo 2015 s. 245 ja Glover 2017 s. 681–683). Yhdysvalloissa ammattisalaisuuksien suojasta säädetään osavaltiotasolla ja laajimmin hyväksytty on Englannin tavoin asianajosalaisuuksien suoja. Kaikissa osavaltioissa suojataan myös rippisalaisuutta (Sklansky 2012 s. 683–684).

<sup>272</sup> Ervo 2001 s. 409–410, Hormia 1978 s. 147–152.

<sup>273</sup> Ks. oikeuden väärinkäytöstä Linna 2004 s. 622–624 ja 630–632.

<sup>274</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 93, Fredman ym. 2020 s. 493 ja 684, Jackson – Summers 2012 s. 166–171, Øyen 2010 s. 428, Pölönen 2003 s. 202–204 ja Trechsel 1997 s. 96. Hormia katsoi, että perusoikeuksien suojaaminen on ensisijaisesti lainsäätäjän tehtävä, kun taas todistamiskieltojen tulee olla selviä ja yksiselitteisiä (Hormia 1978 s. 219–220).

sen kunnioittamiseksi voi olla tarpeen rajoittaa todistelun hankkimista, esittämistä tai hyödyntämistä.

Luetteloon voitaisiin lisätä omaisuuden suoja (PL 15 §, EIS:n 1. lisäpöytäkirjan 1 artikla), johon on mahdollista puuttua ainakin takavarikolla.<sup>275</sup> Käytännössä myös erilaiset paikanetsinnät rajoittavat henkilön omaisuuden käyttämistä. Tällaiset vaikutukset ovat kuitenkin yleensä lyhytkestoisia tai muutoin vähäisiä. Reaalitodisteina takavarikoitavat esineet eivät yleensä ole erityisen arvokkaita. Joka tapauksessa myös omaisuuden suoja voidaan rajoittaa rikosten selvittämiseksi. Lisäksi voidaan huomauttaa, että monet yksityiset salassapitointressit ja yksityisyyden suoja ovat päällekkäisiä intressejä. Esimerkiksi potilastietojen paljastaminen loukkaisi myös potilaan yksityisyyden suoja.

Perusoikeuksien turvaamista edellyttävien PL 22 §:n ja EIS 1 artiklan mukaisesti rikosprosessi tulee järjestää siten, että aineellisia ja menettelyllisiä ihmisoikeusvelvoitteita kunnioitetaan. Aineellisen oikeussuojan antaminen rikoksista rankaisemalla edellyttää tosin, että perusoikeuksiin voidaan puuttua rikoksen selvittämiseksi. Selvittämisintressi muodostaakin hyväksyttävän syyn puuttua joihinkin ihmisoikeuksiin edellyttäen, että puuttuminen on oikeasuhtaista. Perusoikeuksiin tulisi puuttua vain siinä laajuudessa kuin se on rikoksen selvittämiseksi välttämätöntä. Lisäksi puuttumisen tulee perustua lakiin. Kuten salassapitointressit, myöskään ihmisoikeudet eivät rikosprosessissa mitenkään automaattisesti väisty aineellisen totuuden tavoitteen vuoksi. Niihin ei voida puuttua rikosepäilyn perusteella enempää kuin mitä voidaan pitää puolustettavana.<sup>276</sup>

Edellä ilmaistua ajatusta voitaisiin *Mika Huovilaa* mukailleen<sup>277</sup> nimittää ”todistusoikeudelliseksi taking rights seriously -teesiksi” eli vaatimukseksi siitä, että perusoikeuksiin puuttuminen rikosvastuun selvittämisen nimissä ei saa olla mikään automaatio vaan perusteltu punnintaratkaisu. Epäillyn perusoikeuksien vakavasti ottaminen edellyttää yksinkertaisesti, että niihin ei puututa ilman hyväksyttäviä perusteita eikä suhteettomassa laajuudessa. Koska tämä yleensä edellyttää punnintaa, vain harvat perusoikeusvelvoitteet voidaan ilmaista sääntöluonteisten normien täsmällisyydellä. Sellaisena voidaan pitää lähinnä kidutuksen kieltoa, joka on poikkeuksellisen ehdoton. Muutoin todistelumenettelyssä tapahtuvia puuttumisia perusoikeuksiin joudutaan punnitsemaan suhteessa selvittämisintressiin ja muihin oikeushyviin.

<sup>275</sup> Fredman ym. 2020 s. 684.

<sup>276</sup> Ks. Pölonen 2003 s. 202–204, Jackson – Summers 2012 s. 155–156 ja Lundqvist 2017 s. 45–49.

<sup>277</sup> Ks. ”prosessioikeudellisesta TRS-teesistä” Huovila 2003 s. 51.



### 2.3.4 Periaatepunninta

Todistelun rajoittamista menettelysäännöksin voidaan pitää hyväksyttävänä, jos rajoittamiselle on olemassa riittävät perusteet suhteessa aineellisen totuuden tavoitteeseen ja rikosvastuun toteuttamiseen. Rajoitteen justifikaatiolta voidaan edellyttää melkoista painoarvoa, koska vapaa todistusteoria luo periaatteessa epistemologisesti parhaat edellytykset aineellisen totuuden selvittämiseksi ja siten aineellisesti oikeudenmukaiselle ratkaisulle. Siirryn nyt tarkastelemaan kahta teoreettista mallia, joiden avulla voidaan jäsentää todistusoikeuden mahdollisesti ristiriitaisten tavoitteiden yhteensovittamisen ongelmaa. Nämä ovat *Robert Alexyn* kehittämä oikeusperiaatteiden punnintalaki sekä *Ronald Dworkinin* *taking rights seriously* -vaatimus, joka perustuu yksilöllisten oikeusperiaatteiden ja kollektiivisten tavoitteiden tai päämäärien erottamiseen.

Alexy määrittelee oikeusperiaatteet niiden normiluonteen perusteella optimoitukäskyiksi, jotka edellyttävät, että ne toteutetaan mahdollisimman laajasti. Oikeusperiaatteita voidaan käsitteellisesti noudattaa vaihtelevasti eli enemmän tai vähemmän, kun taas sääntötyyppisiä normeja voidaan ainoastaan joko noudattaa tai jättää noudattamatta. Kaikki normit ovat Alexyn jaottelussa joko periaatteita tai sääntöjä riippuen siitä, ovatko ne joustavia vai eivät. Se, miten laajasti periaatteen ilmaisema vaatimus voidaan toteuttaa, riippuu tosiasiallisista ja oikeudellisista olosuhteista. Viimeksi mainituilla Alexy tarkoittaa toisia oikeusperiaatteita tai sääntötyyppisiä normeja, jotka ovat ristiriidassa sovellettavan periaatteen kanssa eli johtaisivat yksinään sovellettuina yhteensopimattomiin lopputuloksiin.<sup>278</sup>

Oikeusperiaatteita ei voida Alexyn mukaan asettaa yleispätevään, abstraktiin etusijajärjestykseen, mutta tietyssä soveltamistilanteessa sovellettaviksi tuleville oikeusperiaatteille voidaan määrittää painoarvot suhteessa toisiinsa. Keskenään ristiriitaiset oikeusperiaatteet voidaan siten asettaa etusijajärjestykseen tietyissä olosuhteissa. Alexyn Saksan perustuslakituomioistuimen oikeuskäytännöstä johtama *periaatteiden punnintalaki* edellyttää, että mitä vähemmän jotain periaatetta toteutetaan eli mitä enemmän sitä rajoitetaan, sitä tärkeämpää täytyy toisen, kilpailevan periaatteen toteuttamisen olla. Koska punninta on sidoksissa tiettyihin olosuhteisiin, voi periaatteiden etusijajärjestys muuttua soveltamistilanteen olosuhteiden muuttuessa.<sup>279</sup> Eräät periaatetyyppiset, joustavat todistelunrajoitteet jättävät tämän punninnan tuomioistuimen tehtäväksi konkreettisissa yksittäistapauksissa.

Vaikka oikeusperiaatteita ei voida asettaa abstraktiin etusijajärjestykseen, voidaan soveltamistilanteita ja niiden olosuhteita tarkastella myös abstraktilla

<sup>278</sup> Alexy 2002 s. 47–49.

<sup>279</sup> *Ibid.* s. 50–52 ja 102. Ks. myös Jonkka 1991 s. 249–251, Huovila 2003 s. 349 ja Pölönen 2003 s. 43.

tasolla. Alexyn *kilpailevien periaatteiden lain* mukaan olosuhteet, joissa jokin periaate asettuu toisen edelle, muodostavat edellytykset sellaiselle säännölle, jonka oikeusvaikutus on sama kuin periaatteen etusijalla.<sup>280</sup> Näin ollen lain-sääätäjä voi ratkaista periaatekollision myös säättämällä sääntötyyppisen normin tiettyjä olosuhteita ajatellen. Normiteoreettisesti tarkastellen olosuhteet muodostavat tällöin normin oikeustoisuuskastan ja etusijalle asetettava optimointikäsky antaa sisällön oikeusseuraamukselle. Sääntötyyppiset oikeudelliset todistelunrajoitteet perustuvat abstraktiin punnintaan rikoksen selvittämistä intressin ja todistelun rajoittamista puoltavan intressin välillä tietyissä olosuhteissa.

Kilpailevat periaatteet, säännöt ja prosessinulkoisen todellisuuden olosuhteet rajoittavat sitä, miten pitkälle jonkin periaatteen toteuttaminen on mahdollista viedä. Toisaalta voidaan kysyä, miten vähän periaatetta on lupa toteuttaa eli miten paljon siihen voidaan puuttua. Alexyn mukaan periaatteen kaikkein keskeisin sisältö muodostaa sen *ydinalueen*, jonka loukkaaminen tarkoittaa samalla koko periaatteen sivuuttamista. Periaatteen noudattaminen edellyttää siten, ettei sen ydinaluetta tehdä tyhjäksi, vaikka se joutuisikin joustamaan tietystä soveltamistilanteesta suhteelliselta painoarvoltaan suuremman periaatteen vuoksi. Vastaavasti periaatteen rajoittaminen sen ydinalueen ulkopuolella on mahdollista ilman, että periaatteen noudattaminen tai voimassaolo joutuisivat kyseenalaisiksi. Tällainen rajoittaminen jopa kuuluu periaatteen normiluonteeseen optimointikäskynä.<sup>281</sup>

Dworkinin käsitteistössä periaatteella (principle) viitataan yksilöiden tai ryhmien oikeuksiin, joita yhteiskunta suojelee. Niistä erotetaan yhteiskunnalliset tavoitteet (policy), jotka ovat pikemminkin tarkoituksenmukaisuuden sanelemia päämääriä. Dworkin katsoo, että valtion yksilöille tunnustamat perusoikeudet merkitsevät lupausta tietynlaisesta oikeussuojasta ja niistä tinkiminen tuon lupauksen pettämistä. Demokratiassa ero voidaan jäsentää myös siten, että enemmistön on taattava vähemmistölle sekä ihmisarvoinen että tasapuolinen kohtelu. Lainsäädännön tulee siten edistää yhteiskunnallisia tavoitteita tavalla, joka ei loukkaa perusoikeuksia. Dworkinin vaatimus oikeuksien ottamisesta vakavasti (taking rights seriously) edellyttää, että yksilön oikeusturvaan puututaan ainoastaan pakottavista syistä eikä pelkästään sen ollessa tarkoituksenmukaista.<sup>282</sup>

<sup>280</sup> Alexy 2002 s. 53–54.

<sup>281</sup> *Ibid.* s. 192.

<sup>282</sup> Dworkin 1978 s. 90–96 ja 197–205. Ks. myös Huovila 2003 s. 39–43 ja Virolainen–Pölonen 2003 s. 166. Käsitteet arvo ja periaate eroavat toisistaan olemuksensa perusteella. Arvot kuvaavat niitä kriteerejä, joiden perusteella pidämme jotain asiaa hyvänä, periaatteet taas kuvaavat sitä, miten asioiden tulisi olla (Alexy 2002 s. 87–93). Niinpä termi arvoperiaate sopii kuvaamaan sellaisia periaatteita, jotka ovat yhteiskunnassa vallitsevien arvojen mukaisia (ks. myös Pöyhönen 1988 s. 54).

Taking rights seriously -vaatimusta heijastelee mielestäni esimerkiksi seuraava EIT:n suuren jaoston perustelulausuma, jossa viitataan ajatukseen perusoikeuden – oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimuksen – ydinalueen loukkaamattomuudesta: ”The general requirements of fairness contained in Article 6 apply to all criminal proceedings, irrespective of the type of offence in issue. Nevertheless, when determining whether the proceedings as a whole have been fair the weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue may be taken into consideration and be weighed against the individual interest that the evidence against him be gathered lawfully. However, *public interest concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant’s defence rights, including the privilege against self-incrimination guaranteed by Article 6 of the Convention*” [kursivointi tässä, viittaukset oikeuskäytäntöön poistettu].<sup>283</sup>

Dworkinin mukaan yksilöiden oikeuksia voidaan rajoittaa kolmessa eri tilanteessa. Ensinnäkin rajoittaminen on sallittu, jos voidaan osoittaa, että ne arvot, joita yksilön oikeudella suojataan, eivät ole konkreettisesti tapauksessa vaarantuneet lainkaan tai ovat vaarantuneet vain jossain vähäisessä muodossa. Toiseksi yksittäistapauksessa voi syntyä periaatekollisio, joka edellyttää toisen periaatteen väistymistä, jotta suhteelliselta painoarvoltaan tärkeämpää periaatetta ei loukattaisi. Kolmanneksi rajoittaminen on mahdollista, jos oikeuden toteuttamisesta aiheutuisi yhteiskunnalle huomattavasti suurempi kustannus kuin yksittäisen oikeuden perustamisen tarkoituksena on ollut.<sup>284</sup> Kaikissa kolmessa tilanteessa rajoittaminen olisi kuitenkin nähdäkseni sallittua myös Alexyn punnintalain mukaisesti. Näiltä osin kysymys on siten lähinnä näkökulmaerosta mallien kesken.

Periaatekäsitteen kannalta ei ole välttämätöntä eikä kenties kuvaavaakaan sitoutua Dworkinin määritelmään, vaan luonteenomaisinta oikeusperiaatteille on optimointikäskyn luonne.<sup>285</sup> Lisäksi voidaan huomauttaa, että useita oikeusperiaatteita on mahdollista perustella sekä yksilöllisillä että kollektiivisillä eduilla hieman näkökulmasta ja soveltamistilanteesta riippuen. Tämä on omiaan hämärtämään jakoa principle/policy. Huovila mainitsee (aineellisen) totuuden esimerkkinä sekä yksilöllisesti että kollektiivisesti tärkeästä tavoitteesta. Aineellisen oikeusturvan ylläpitäminenhan on edellä tarkastelluin tavoin tärkeää sekä rikosten uhrien kannalta että myös laajemmin yhteiskunnallisena ohjauskeinona. Samaa oikeusperiaatetta voidaan siten tarkastella sekä yksilön että yhteiskunnan näkökulmasta ja se voi näyttäytyä hieman eri merkityksissä.<sup>286</sup>

<sup>283</sup> Jalloh v. Germany [GC], 11.7.2006 (kohta 97).

<sup>284</sup> Dworkin 1978 s. 200.

<sup>285</sup> Alexy 2002 s. 66, Pöyhönen 1988 s. 55–57.

<sup>286</sup> Huovila 2003 s. 50–51. Ks. myös Virolainen – Pölönen 2003 s. 164 ja prosessiperiaatteiden jakamisesta menettely-, rooli- ja ratkaisuperiaatteisiin s. 166–167.

Punnintalakien mukaisesti todistelua voidaan rajoittaa, kun rajoittamisen perusteen suhteellinen painoarvo on suurempi kuin vapaan todistusteorian suhteellinen painoarvo. Punninnassa voi olla tarpeen huomioida useita funktioita, jotka saattavat vaikuttaa eri suuntiin. Tällöin rajoittamista puoltavan funktion suhteellisen painoarvon tulee teoriassa olla suurempi kuin kaikkien vastakkaisen periaatteiden yhteisen painoarvon. Periaatekollisiot saattavat olla ratkaisutavissa kaventamalla todistelunrajoitteen soveltumista siten, että jotkin vastaperusteet jäävät vaille merkitystä tai ainakin suhteelliselta painoarvoltaan pienemmiksi. Abstrakti punnintaratkaisu voi tuottaa varsin täsmällisenkin normin, mutta joissain tapauksissa lainsäätäjä on siirtänyt ratkaisun tuomioistuimen tehtäväksi. Tällöin ratkaisujen ennustettavuus edellyttää, että punnittavat kriteerit ovat avoimesti tiedossa.

Havainnollistan edellä sanottua vielä esimerkeillä. Eräät todistamiskiellot väistyvät, jos syyttäjä ajaa syytettyä niin sanotusta ylitörkeästä rikoksesta. Näiden rikosten osalta selvittämisen painoarvo on suurempi kuin todistelun rajoittamista puoltavien syiden. Lähtökohtaisesti punnintatilanne on toisin päin eli selvittämisen painoarvoa pidetään vähäisempänä. Sen sijaan kiduttamalla saatua todistetta ei saa käyttää missään olosuhteissa kidutettua vastaan, koska tämä loukkaisi henkilökohtaisen koskemattomuuden ja oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden ydinaluetta. Punnintaratkaisulle ei siten jää sijaa. Viimeksi mainitussa tilanteessa oikeudellista todistelunrajoitetta voidaan luonnehtia pikemminkin säännöksi kuin periaatteeksi, koska se ei ole joustava optimointikäsky vaan ehdoton määräys.

Selvittämisen intressillä voidaan justifioida lähtökohtainen vapaus hankkia, esittää ja hyödyntää todisteita rikosasioissa. Periaatteessa vahvin justifikaatio todistelun rajoittamiselle on silloin, kun selvittämisen intressi (todisteen luotettavuus) ja sen lisäksi jokin muu suojeleminen selvästi puoltavat rajoittamista. Rajoitetta voidaan tällöin pitää hyväksyttävänä ilman, että rajoittamista vastaan puhuisi mikään peruste. Toisena tyyppitilanteena voidaan pitää sitä, että *joko* selvittämisen intressi *tai* jokin muu suojeleminen selvästi puoltaa rajoittamista ja rajoittaminen ei vaaranna toista intressiä. Haasteellisinta todistelun rajoittamisen kannalta on, jos tavoitteet asettuvat ristiriitaan eli jos selvittämisen intressi puoltaisi todisteen käyttämistä, mutta jokin suojeleminen sen jättämistä prosessiaineiston ulkopuolelle.

Viimeksi mainitussa ristiriitatilanteessa todistelun rajoittamisesta seuraa välttämättä väärän tuomion mahdollisuus eli riski syyttömän tuomitsemisesta tai syyllisen vapauttamisesta. Jos järjestelmä sallii syyttömän suojaamisen siten, että vastaajan syyttömyyttä tukevaa todistelua on aina mahdollista käyttää, jää jäljelle mahdollisuus aineellisesti syyllisen vastaajan vapauttamisesta (syyllisen suojaamisen ongelma). Suojeleminen voi kuitenkin saada joko yleisesti lainsäädännön tasolla tai yksittäistapauksessa lainkäytössä arvioituna

niin suuren painoarvon, että todistelun rajoittamista on pidettävä oikeudenmukaisena väärän vapauttavan tuomion mahdollisuudesta huolimatta. Aineellinen oikeusturva ja rikosoikeuden suojaamat oikeushyvät eivät, kuten todettu, ole automaattisesti etusijalla menettelylliseen oikeusturvaan ja suojeleuintresseihin nähden.

Esittämäni käsitejärjestelmän ja todistelunrajoitteiden tyypittelyn kannalta keskeistä on, ettei todistelunrajoitteille voida osoittaa yhtä ainoaa funktiota. Oikeudellinen ongelma ei siten jäsenny pelkästään muotoon ”rajoittaako vai ei” vaan harkintatilanteeksi, jossa todistelun vapautta ja rajoittamisperusteita joudutaan punnitsemaan toisiaan vastaan. Yksittäisen todistelunrajoitteen taustalla voi vaikuttaa myös useita rajoittamisperusteita, joilla voi erilaisia painoarvoja. Jokin perusteista saattaa olla rajoitteen olemassaolon ja soveltamisen kannalta keskeinen, kun taas muilla voi olla merkitystä täydentävinä, mutta ei tärkeimpinä argumentteina. Toisaalta on mahdollista, että haastavassa tulkintatilanteessa joudutaan turvautumaan erilaisiin täydentäviin argumentteihin sen ratkaisemiseksi, onko todistelu sallittava vai ei.

### 2.3.5 Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus

EIS 6 artikla ja sitä koskeva ratkaisukäytäntö ovat Suomen oikeuden kannalta tärkeimmät oikeuslähteet arvioitaessa oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.<sup>287</sup> Sama oikeus sisältyy myös kansalaisyhteiskunta- ja poliittisia oikeuksia koskevaan kansainväliseen yleissopimukseen (SopS 8/1976, KP-sopimus). PL 21 §:n esitöissä viitataan kumpaankin sopimukseen ja todetaan tarkoituksena olleen, että säännös vastaisi niiden sisältöjä.<sup>288</sup> KP-sopimuksen 14 artikla on näistä kahdesta kuitenkin merkitykseltään huomattavasti vähäisempi. Syynä tähän on pääasiassa se, että sopimusten valvontamekanismit ovat erilaiset. KP-sopimusta valvoo YK:n ihmisoikeuskomitea, jonka päätökset eivät ole samalla tavoin velvoittavia kuin EIT:n ratkaisut (KP-sopimuksen 41 artikla ja valinnaisen pöytäkirjan 1 ja 5 artikla, vrt. EIS 46 artikla).<sup>289</sup>

EIS 6 artiklan 1 kohdan mukaan jokaisella on oikeus oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Tämä on lähtökohta artiklassa taattujen täsmällisempien oikeuksien arvioimiselle. Ervo nimittääkin yleistä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimusta perusnormiksi. Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden tai reilouden määrittäminen objektiivisin kriteerein on haastavaa, ja siksi perus-

<sup>287</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 21 ja EIS:n voimaansaattamisesta ja vaikutuksesta Suomessa Pellonpää ym. 2018 s. 60–85.

<sup>288</sup> HE 309/1993 vp s. 72–74.

<sup>289</sup> Ks. EIT:n tuomioiden noudattamisesta ja täytäntöönpanon valvonnasta Pellonpää ym. 2018 s. 316–323.

normin soveltaminen on vaikeaa. Sen ydinalueeseen voidaan lukea erityisesti tasapuolinen ja tehokas oikeus osallistua oikeudenkäyntiin ilman, että joutuu epäoikeudenmukaiseen asemaan suhteessa vastapuoleensa (equality of arms). Rikosasioissa EIT tukeutuu arvioinnissaan usein johonkin artiklan 3 kappaleessa luetelluista vähimmäisoikeuksista, joiden sisältö on merkittävästi konkreettisempi kuin perusnormin. Nykyisin tuomioistuimien arvioi 6 artiklan 1 ja 2 tai 1 ja 3 kappaleita yhdessä (taken together).<sup>290</sup>

EIS 6 artiklan 3 kappale koskee pelkästään rikoksesta syytettyjä, joille tataan siinä seuraavat vähimmäisoikeudet:

- a) oikeus saada viipymättä yksityiskohtainen tieto häneen kohdistettujen syytteiden sisällöstä ja perusteista hänen ymmärtämällään kielellä;
- b) oikeus saada riittävästi aikaa ja edellytykset valmistella puolustustaan;
- c) oikeus puolustautua henkilökohtaisesti tai itse valitsemansa oikeudenkäyntiavustajan välityksellä, ja jos hän ei pysty itse maksamaan saamaansa oikeusavusta, hänen on saatava se korvauksetta oikeudenmukaisuuden niin vaatiessa;
- d) oikeus kuulustella tai kuulustuttaa todistajia, jotka kutsutaan todistamaan häntä vastaan, ja saada hänen puolestaan esiintyvät todistajat kutsutuiksi ja kuulustelluiksi samoissa olosuhteissa kuin häntä vastaan todistamaan kutsutut todistajat;
- e) oikeus saada maksutta tulkin apua, jos hän ei ymmärrä tai puhu tuomioistuimessa käytettyä kieltä.

Vaatus oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudesta on sisällöllisesti hyvin väljä ja tulkinnanvarainen. EIT:n oikeuskäytännöllä onkin se ratkaisutoiminnan kannalta vielä tärkeämpi merkitys, että yksittäiset ratkaisut antavat konkreettista sisältöä EIS 6 artiklalle.<sup>291</sup> Vahvistaessaan loukkauksia ja hylätessään valituksia EIT ilmaisee aina samalla kantansa siitä, onko menettely tuossa yksittäistapauksessa ollut oikeudenmukaista. Säilyttääkseen legitimiymytensä sen on

<sup>290</sup> Ervo 2008 s. 11–14, Jackson – Summers 2012 s. 79–83 ja 106–107, Trechsel 2005 s. 81–90 sekä oikeuskäytännöstä esim. Murtazaliyeva v. Russia [GC], 18.12.2018 (kohta 90). Useissa ratkaisuisissa ilmaisun ”taken together” asemesta todetaan vain EIS 6(1) artiklan ”ja” jonkin 3 kappaleen alakohdan loukkaus, ks. esim. Beuze v. Belgium [GC], 9.11.2018 (kohta 195) ja Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 165).

<sup>291</sup> Pellonpää ym. 2018 s. 69.

toisaalta perustettava ratkaisunsa jonkinlaisiin yleistettäviin lausumiin, jotka samalla väistämättä ohjaavat EIT:n lainkäyttöä tulevaisuudessa. Käytännössä tämä vaikutus ulottuu myös jäsenvaltioiden lainkäyttäjiin, jotka voivat oikeuskäytännössä kehittyvien normien avulla arvioida oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta kansallisella tasolla.

Tuorin mukaan ihmisoikeusperiaatteet ovat olennaisia ainesosia modernin oikeuden normatiivisessa syvärakenteessa. Hän toteaa kuitenkin myös, että modernin oikeuden syvärakenteen rekonstruktiot ovat aina tulkintoja, joilla itsellään on normatiivisia implikaatioita.<sup>292</sup> Lausueessaan konkreettisissa soveltamistilanteissa, mitä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus edellyttää, EIT rekonstruoi tuon ihmisoikeuden tavallaan joka kerta uudelleen. Stone Sweetin kuvaamaa oikeudellistumiskehitystä (ks. edellä luku 1.2) vastaavasti rekonstruktio kuitenkin lähtökohtaisesti sitoo myös EIT:ta itseään, kun sen ratkaistavaksi tulee seuraava vastaavanlainen soveltamistilanne. Tämä johtuu muun ohella siitä, että jokainen rekonstruktio, yksittäinen ratkaisu, justifioidaan viime kädessä vetoamalla oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimukseen normatiivisena periaatteena. Olisi mielivaltaa soveltaa normia samanlaisissa tilanteissa eri tavoin.

Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta arvioidaan kokonaisharkinnalla. Kysymys on eritellystä harkinnasta, jossa otetaan huomioon useita mahdollisesti eri suuntiin vaikuttavia seikkoja. Vaikka oikeudenkäynnissä ilmenisi yksittäisiä sen oikeudenmukaisuutta loukkaavia seikkoja, niiden merkitys voi jäädä vähäiseksi osana kokonaisuutta. Kokonaisharkinta antaa liikkumavaraa, jota 6 artiklan tiukka sanamuodon mukainen tulkinta ei välttämättä sallisi. Esimerkiksi jonkin artiklan 3 kappaleen yksittäisen kohdan loukkauksella ei aina ole oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden tosiasiallisesti vaarantavaa vaikutusta. Vähimmäisoikeuksien ja perusnormin suhde on EIT:n oikeuskäytännössä muodostunut hieman toisenlaiseksi kuin sanamuoto ”vähimmäisoikeudet” (minimum rights) antaisi ymmärtää. Olisikin ehkä parempi puhua ”erityisistä oikeuksista”, kuten EIT itse tekee.<sup>293</sup>

*Ryan Goss* esittää EIS 6 artiklan 2 ja 3 kappaleen arvioimista sellaisina 1 kappaleesta erillisinä ja itsenäisinä oikeuksina, joiden loukkaus automaattisesti merkitsi 6 artiklan loukkausta. Perusnormin mukainen arviointi tulisi kysymykseen vain, jos tällaista loukkausta ei olisi. Kyseinen tarkastelutapa epäilemättä täsmentäisi ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisujen rakennetta ja sisäistä logiikkaa sekä lisäisi ennustettavuutta. Vähimmäisoikeuksien loukkauksia arvioitaessa lienee kuitenkin välttämättä otettava huomioon niiden vaikutus kokonaisuudenmukaisuuteen, mikä käytännössä johtaisi samaan lopputulokseen kuin nykyinenkin malli. Kysymys ei ole

<sup>292</sup> Tuori 2000 s. 211.

<sup>293</sup> Trechsel 2005 s. 86–89.

sääntötyyppisistä normeista. Gossin kritiikki ei mielestäni aivan osu maaliinsa senkään osalta, että EIT pyrkii jo eritellympään yksittäisten oikeuksien arviointiin. Tämän työn toivoisi joka tapauksessa jatkuvan, koska vain selkeä oikeuskäytäntö voi riittävästi ohjata kansallisia lainkäyttäjiä.<sup>294</sup>

Todistelumenettely muodostaa merkittävän osan oikeudenkäyntiä, joten myös sitä koskee vaatimus oikeudenmukaisuudesta. Vakavat menettelyvirheet voivat siten johtaa EIS 6 artiklan loukkauksiin. Nimenomaisia hyödyntämiskieltoja EIT ei voi määrätä, joskin ratkaisukäytännön perusteella on selvää, että hyödyntämiskielto on soveltuva keino loukkauksen vaikutusten poistamiseen. Jäsenvaltioilla on toisaalta velvollisuus turvata ihmisoikeuksien toteutumisen, mihin myös PL 22 § velvoittaa, ja on subsidiariteettiperiaatteen mukaisesti, että loukkauksiin pyritään puuttumaan kansallisella tasolla. Langettavien tuomioiden välttämiseksi onkin perusteltua säätää mahdollisuus rajoittaa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimusta loukkaavaa todistelua. EIT:n oikeuskäytäntö voi siten välillisesti johtaa todistelun rajoittamiseen kansallisessa rikosprosessissa perusoikeuksien turvaamiseksi.<sup>295</sup>

<sup>294</sup> Goss 2014 s. 86–88. Ks. myös mts. 65–86, missä kritisoidaan EIT:n vaihtelevia ilmaisuja sen yrittäessä määrittellä 6 artiklan sisäisiä suhteita eri kohtien välillä. Gossin kanssa samalla kannalla EIS 6(3) artiklan osalta on Trechsel, jonka mukaan vähimmäisoikeuden loukkauksen tultua todetuksi ei pitäisi olla mahdollista katsoa, että oikeudenkäynti kokonaisuutena arvioiden on ollut oikeudenmukainen (Trechsel 2005 s. 87).

<sup>295</sup> Jackson–Summers 2012 s. 82 ja 88, Spring-Reiman 2012 s. 150 ja Lundqvist 2017 s. 168: ”Principiellt sett torde denna praxis vila på statens konventionsåtagande om en positiv skyldighet att återvinna den kränkta rättigheten enligt artikel 1. Den skyldigheten uppfylls med bevisanvändarförbudet – –.”





---

## 3 Oikeudellisten todistelunrajoitteiden järjestelmä

### 3.1 TODISTELUNRAJOITTEET

#### 3.1.1 Erilaisia käsitejaotteluja

Hormian käsitteistössä todistusoikeudellisten normien yläkäsitteenä on *todistamissääntö*, jonka alle kuuluvat todisteiden esittämistä rajoittavat todistamiskielto, todistelua ohjaavat järjestysmääräykset sekä todisteiden arviointiin sovellettavat todistussäännöt. Todistamiskielto voi hänen mukaansa olla hankkimis- tai esittämiskielto. Sen sijaan esimerkiksi todistajaksi kelpaamattomuutta Hormia ei lue todistamiskielloksi, vaan katsoo sen kuuluvan oikeudellisten todistelunesteiden käsitteen piiriin. Hyödyntämiskieltoa Hormia ei ainakaan nimenomaisesti lue oikeudellisten todistelunesteiden piiriin, mutta lienee kuitenkin tarkoittanut tehdä niin, koska hyödyntämiskielloilla on totuudentutkimistehävää modifioiva vaikutus.<sup>296</sup> Esimerkiksi tukitodisteluvaatimusten (luku 4.6) osalta voidaan perustellusti kysyä, mihin kategoriaan ne tulisi luokitella.

Hormian käyttämä käsitteistö on saksalaisperäinen. Saksalaisessa oikeustieteessä ei kuitenkaan ole vakiintunut mikään kokonaisvaltainen systematiikka tai käsitteistö oikeudellisten todistelunrajoitteiden jäsentämiseksi.<sup>297</sup> Vaihtoehtoisia jäsennyksiä ovat selostaneet seikkaperäisesti Hormian lisäksi ainakin Pölönen ja Riekkinen. Yleisimmin hyväksytyssä jäsentelyssä Beweisverbot tarkoittaa todistamiskieltoa käsitteen laajassa merkityksessä. Sen alakäsitteitä ovat todisteiden hankkimis- ja esittämiskielto (Beweiserhebungsverbote) sekä hyödyntämiskielto (Beweisverwertungsverbote). Eri tutkijoilla on kuitenkin huomattavan erilaisia painotuksia, määritelmiä ja luokitteluja todistelun rajoittamisen käsitteille. Niinpä jotkut käyttävät termejä hieman eri merkityksissä tai jäsentävät normeja lisäksi muidenkin käsitteiden avulla.<sup>298</sup>

Myös Beling erotti käsitteellisesti todistamiskielto (Beweisverbote) ja todistussäännöt (Beweisregel), joista jälkimmäiset ovat todisteiden arviointiin sovellettavia sääntöjä. Belingin systematiikassa todistamiskielloista seurasi aina hyödyntämiskielto, mikä näyttäisi selittävän sen, että hyödyntämiskielto eräissä

---

<sup>296</sup> Hormia 1978 s. 74–104. Ks. myös Pölönen 2003 s. 229 ja Riekkinen 2014 s. 124–125.

<sup>297</sup> Dautert 2015 s. 9.

<sup>298</sup> Pölönen 2003 s. 181–197, Riekkinen 2014 s. 124–128 ja 134–135, Eder 2015 s. 26–30, Dautert 2015 s. 9.

yhteyksissä luetaan osaksi todistamiskiellon käsitettä.<sup>299</sup> Esimerkiksi Lundqvist käyttää bevisförbud-käsitettä saksalaisen esikuvan (Beweisverbot) mukaisesti siten, että se käsittää sekä todisteiden hankkimisen, esittämisen että hyödyntämisen kiellon.<sup>300</sup> *Runar Torgersenin* määritelmän mukaan bevisförbud merkitsee ennen muuta hyödyntämiskielloa eli kieltoa käyttää todistetta tietoperusteena (informationsgrunnlag) tuomioissa. Torgersen toisaalta näyttäisi korostavan sitä, että käsitteenmäärittely palvelee hänen tutkimuksensa tarkoituksia.<sup>301</sup>

Teoreettisesti erityisen mielenkiintoinen on mielestäni kysymys todistamiskiellon ja todistussäännön erottamisesta. Näytön arviointia eivät nykyisin sido legaalisen todistusteorian tyypilliset todistussäännöt. EIT:n oikeuskäytännössä käytännössä tyypillisimpiä ovat kuitenkin säännöt, joiden mukaan oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta loukkaa tietyn todisteen käyttäminen yksin tai pääasiassa syyksilukemisen perusteena. Onko tätä pidettävä todistelunrajoitteena vai ”pelkkänä” käyttösääntönä? Katson, että kysymys on todistelun hyödyntämistä rajoittavasta säännöksestä, koska tuomioistuimen on sovellettava tällaisia normeja näytön arvioinnissa. Niiden määrittäminen hyödyntämiskielloiksi olisi toisaalta epäloogista ja epätarkkaa sekä omiaan aiheuttamaan suoranaisia sekaannuksiakin. Ei kuitenkaan ole välttämätöntä, että todistelunrajoite olisi kielto.<sup>302</sup>

Saksan oikeustieteessä on myöhemmin esitetty myös Belingin näkemyksestä poikkeavia kantoja, joiden mukaan todisteen hankkimis- tai esittämiskiellon loukkauksesta ei tulisi välttämättä seurata hyödyntämiskielloa.<sup>303</sup> Tästä syystä käsitteet tulisi selvyden vuoksi erottaa toisistaan. Todistelumenettelyn kulkua ajatellen on mielestäni joka tapauksessa kuvaavampaa erottaa hankkimis- ja esittämisrajoitteet hyödyntämisrajoitteista, kuten Pölönen tekee.<sup>304</sup> Ensin mainitut rajoitteet on osoitettu ensisijaisesti todisteiden hankkimisesta ja esittämisestä huolehtiville viranomaisille sekä tietyssä määrin myös kuultaville itselleen ja vasta toissijaisesti tuomioistuimelle. Tuomioistuin sen sijaan on hyödyntämistä rajoittavien oikeusnormien yksinomaisen adressaatti silloinkin, kun asianosaiset sen päätöksiä ennakoiden jättävät todisteen hyödyntämättä.

Vaihtoehtona voidaan esittää Wigmoren luokittelu, joka perustuu sisäisten ja ulkoisten funktioiden erottamiseen (ks. luku 2.3.3). Wigmore jakoi sisäisiä funktioita palvelevat todistelunrajoitteet viiteen alakategoriaan. Etusijasäännöt

<sup>299</sup> Beling 1903 s. 4 ja 30–31.

<sup>300</sup> Lundqvist 1998 s. 26–28.

<sup>301</sup> Torgersen 2009 s. 3–5.

<sup>302</sup> Ks. McNamara 1986 s. 341 ja Mirfield 1997 s. 122, missä huomautetaan, että harkinnanvaraisen hyödyntämiskiellon soveltamista ei tarkkaan ottaen voida pitää hyödyntämiskieltona. Juuri tästä syystä olen pitänyt tarpeellisena käyttää uutta käsitettä, hyödyntämisrajoitusta (Jämsä 2015 s. 108) tai -rajoitetta.

<sup>303</sup> Eder 2015 s. 45, Pölönen 2003 s. 217 av. 122.

<sup>304</sup> Pölönen 2003 s. 182.

(preferential rules) asettavat jonkin todisteen etusijalle muihin nähden. Arviointisäännöt (analytic (or scrutinative) rules) edellyttävät todistelun luotettavuuden testaamista, tärkeimpänä niistä kuulopuhetodistelun kieltö. Ennaltaehkäisevät säännöt (prophylactic rules) pyrkivät ehkäisemään todistelun epäluotettavuutta ennakkollisesti. Niihin Wigmore lukee esimerkiksi todistajien erillään kuulemista ja valaa koskevat normit. Yksinkertaistavat säännöt (simplificative rules) ehkäisevät todistelun, joka tietyissä olosuhteissa sekoittaisi todistelumenettelyä. Määrälliset säännöt (quantitative (or synthetic) rules) asettavat vaatimuksia todistelun laajuudelle.<sup>305</sup>

Omassa käsitteistössäni *todistelunrajoite* on yläkäsite, joka tarkoittaa mitä tahansa todisteiden käyttämistä rajoittavaa olosuhdetta tai normia. Puhun mieluummin rajoitteesta kuin kiellosta tai esteestä, koska tarkasteltavat ilmiöt eivät läheskään aina ole vaikutukseltaan niin laajoja tai ehdottomia, että tällaiset termit olisivat semanttisesti perusteltuja. Todistelunrajoitteet voidaan jakaa edelleen *tosiasiallisiin* ja *oikeudellisiin todistelunrajoitteisiin*. Oikeusnormeista todistelunrajoitteita eivät kuitenkaan ole sellaiset todistus oikeuden normit, joilla on ainoastaan todistelumenettelyä ohjaava vaikutus. Hormia nimitti viimeksi mainittuja järjestysmääräyksiksi. Esimerkiksi kuultavien kuulemisjärjestystä tai prosessin muodollista kulkua muutoin koskevien säännösten tarkoituksena ei ole rajoittaa todisteiden esittämistä vaan ainoastaan järjestää se.<sup>306</sup>

Pidän toisaalta selvänä, että normilla ei tarvitse olla todistelua rajoittavaa vaikutusta kaikissa konkreettisissa tapauksissa ollakseen todistelunrajoite. Riittävää määritelmän kannalta on, että normi voi soveltuessaan rajoittaa joko todisteiden hankkimisen tai esittämisen vapautta tai näytön arvioinnin vapautta jollain tavalla. Todistelunrajoitteet voivat olla laissa säädettyjä eli nimenomaisia tai oikeuskäytännössä kehittyneitä, tapaoikeudellisia todistelunrajoitteita.<sup>307</sup> Viimeksi mainittuja on johdettu erityisesti EIT:n ratkaisuksista. Olennaisinta lainsoveltajan kannalta on ymmärtää, millä tavalla normin rajoittava vaikutus ilmenee eli mikä on sen *mekanismi*. Rajoitejärjestelmän jäsentämistapa on mielestäni valittava siten, että se mahdollisimman hyvin edistää juuri toiminnallisten erilaisuuksien hahmottamista.

Kaikkien oikeudellisten todistelunrajoitteiden mekanismeissa voidaan nähdäkseen havaita ainakin kolme yhteistä osatekijää eli *kohde*, *joustavuus* ja *ulottuvuus*. Käsitejärjestelmäni perustuu siihen ajatukseen, että todistelunrajoitteita voidaan erottaa toisistaan sen perusteella, miten niiden mekanismit eroavat toisistaan eli

<sup>305</sup> Wigmore 1923 II s. 711–714. Englannissa ja Yhdysvalloissa todistelun vapautta rajoittavat säännökset (admissibility rules) jäsenetään yleensä pelkästään funktionaalisesti eli erottaen esimerkiksi kuulopuhetodistelun kieltö (hearsay rule) ja erilaiset vaitiolo-oikeudet (privileges), ks. esim. Glover 2017 s. 50 ja 69, Choo 2015 s. 2 sekä mt. ja Sklansky 2012 sisällysluettelot.

<sup>306</sup> Ks. Hormia 1978 s. 257.

<sup>307</sup> Dautert 2015 s. 10, Riekkinen 2014 s. 134–135, Hormia 1978 s. 100.

millaisista osatekijöiden yhdistelmistä ne muodostuvat. Näin mekanismin osatekijät muodostavat yleisen viitekehysten tarkastella oikeudellisia todistelunrajoitteita myös konkreettisissa yksittäistapauksissa. On välttämätöntä ymmärtää todistelunrajoitteiden mekanismeja, jotta normeja osattaisiin soveltaa oikein. Viime kädessä mekanismitarkastelu on apuväline todistelua rajoittavien oikeussäännösten tulkintaan ja soveltamiseen sekä abstraktilla että konkreettisella tasolla. Siirryn seuraavaksi tarkastelemaan mekanismin osia hieman lähemmin.

### 3.1.2 Kohde

Todistelunrajoitteen kohteena voi vakiintuneen jäsennostavan mukaisesti olla 1) todistusteema, 2) todistuskeino tai 3) todisteen käyttötapa (todistusmetodi).<sup>308</sup> Todistusteemarajoitteen kohteena ovat jotkin tosiseikat eli tiedot sinänsä. Tällaisen todistelunrajoitteen soveltamisen kannalta ei ole merkitystä sillä, miten selvitystä rajoitteen kohteena olevasta tosiseikasta pyritään esittämään. Kielletystä temasta ei saa esittää todistelua millään tavalla. Puhtaat todistusteemakiellot ovat kuitenkin melko vähälukuisia. Huomionarvoista on, että kun on kiellettyä esittää selvitystä joistain tosiseikoista ylipäätään, ei luotettavuusfunktio voi perustella käytännössä mitään todistusteemoihin kohdistuvia rajoitteita. Niiden perusteena ovatkin erilaiset painavat salassapitointressit, kuten valtiosalaisuudet tai tuomioistuimen neuvottelusalaisuus.<sup>309</sup>

Esimerkkinä todistusteemarajoitteesta voidaan mainita OK 17:10, jonka mukaan sellaisista tiedoista ei saa todistaa, jotka ovat salassa pidettäviä valtion turvallisuuden takia tai sen takia, että ne koskevat Suomen suhteita toiseen valtioon tai kansainväliseen järjestykseen. Kuten jo säännöksen sanamuodosta ilmenee, kohteena ovat kyseiset tiedot sinänsä. Niistä ei saa esittää todistelua esimerkiksi asiakirjojen muodossa tai virkamiehiä kuulustelemalla. Toisaalta on huomattava, että OK 17:9.3:n mukaan jäljempänä tuossa luvussa säädetty velvollisuus tai oikeus kieltäytyä todistamasta ei koske tietoa, jonka oikeudettomasta hankkimisesta, paljastamisesta tai käyttämisestä syyttäjä ajaa syytettä. Näin ollen esimerkiksi valtiosalaisuutta koskevassa salassapitorikosasiassa voidaan esittää todistelua paljastetusta tiedosta.

Todistelunrajoitteen kohde voidaan määritellä myös liittämällä todistusteemakieltoon henkilöllinen rajaus.<sup>310</sup> Rajoitettua on tällöin pelkästään käyttää jolta-

<sup>308</sup> Hormia 1978 s. 20–21, Pölonen 2003 s. 182–188 ja jaottelun taustasta tiiviisti, mutta seikka-peräisesti Riekkinen 2014 s. 124–126. Jaottelu on edelleen voimissaan Riekkisen mainitsemien Itävallan, Puolan ja Tshekin tasavallan lisäksi ainakin Saksassa ja Ruotsissa (ks. esim. Eder 2015 s. 31–32 ja Lundqvist 1998 s. 27–28).

<sup>309</sup> Pölonen 2003 s. 182–183 ja Hormia 1979 s. 1–4.

<sup>310</sup> HE 46/2014 vp s. 26.

kulta henkilöltä saatua tietynsisältöistä tietoa. Hän voi lähtökohtaisesti todistaa muilta osin ja sama tieto voi olla saatavissa laillisesti muulta henkilöltä. Kohde on näin ollen paljon kapeampi kuin pelkästään todistusteemaan tai henkilöön kohdistuva kielto olisi. Periaatepunninnan kannalta tämä merkitsee, että todistelunrajoite voidaan yleensä hyväksyä helpommin, koska sen vapaata todistelu rajoittava vaikutus on vähäisempi. Toisin sanoen mitä suppeampi todistelunrajoite on kohteeltaan, sitä pienempi rajoitteen funktion painoarvo suhteessa vapaaseen todistusteoriaan voi riittää rajoitteen asettamiseen. Mitä laajempi todistelunrajoitteen kohde on, sitä painavampi rajoittamisen perusteen tulisi punnintalain mukaan olla.

Esimerkiksi lääkäri tai muu terveydenhuollon ammattihenkilöstä annetussa laissa tai sen nojalla annetussa asetuksessa tarkoitettu terveydenhuollon ammattihenkilö ei lähtökohtaisesti saa todistaa henkilön tai hänen perheensä terveydentilaa koskevasta arkaluonteisesta tiedosta tai muusta henkilön tai perheen salaisuudesta, josta hän asemansa tai tehtävänsä perusteella on saanut tiedon. Tämä tarkoittaa, että potilastiedot tai perhesalaisuudet todistusteemoina eivät nauti suojattua asemaa, vaan ainoastaan niiden paljastamista tiettyä todistuskeinoa käyttäen on rajoitettu ja tällöinkin rajoitus soveltuu ainoastaan tietoihin, jotka on saatu hoitosuhteessa (”asemansa tai tehtävänsä perusteella”). Jos lääkäri kuulee esimerkiksi kollegansa tai naapurinsa perhesalaisuuden, se ei ole suojan piirissä. Vielä selvempää on, ettei lääkäreitä ole sinänsä estettä käyttäjä todistuskeinona.

Toiseksi todistelunrajoitteen kohteena voi olla jokin todistuskeino. Puhdas todistuskeinokielto ei kohdistu mihinkään tosiseikkaa koskevaan tietoon sinänsä, vaan estää tietyn todistuskeinon käyttämisen riippumatta siitä, mitä tietoja sillä aiotaan esittää. Koska tietojen esittäminen ei ole kiellettyä sinänsä, voidaan samassa tarkoituksessa käyttää muita (sallittuja) todistuskeinoja. Toisaalta todistuskeinokieltoa ei saa kiertää siten, että kielletyllä tavalla saatua todistelua esittäisiin välillisesti esimerkiksi tallenteen tai kuulopuhetodistelun muodossa. Pääosa todistelunrajoitteista on laadittu koskemaan henkilöitä, mutta soveltamisalaa laajentaa todistelu-uudistuksessa omaksuttu todistuskeinoneutraalisuuden periaate. OK 17:9.2:n mukaan velvollisuus tai oikeus kieltäytyä todistamasta koskee myös esineiden ja asiakirjojen luovuttamista.<sup>311</sup>

Esimerkkinä todistuskeinoon kohdistuvasta rajoitteesta voidaan mainita vastaajan läheinen, joka voi kieltäytyä todistamasta asiassa kokonaan (OK 17:17). Läheistä ei voida velvoittaa myöskään luovuttamaan reaalityodisteita aktiivisin toimin. Kieltäytymisoikeus ei kuitenkaan ulotu laillisten pakkokeinojen käyttöön, joten läheinen ei voi kieltäytyä esimerkiksi sallimasta koti-

<sup>311</sup> Pölönen 2003 s. 183–187, Hormia 1979 s. 47–49. Ks. oikeuskäytännöstä KKO 1995:66 ja samoin Ruotsin oikeudessa RH 1980:112.

etsinnän toimittamista. Ne tiedot, joiden saamiseksi läheisen kuuleminen olisi voinut olla tarpeen, voidaan siten laillisesti esittää esimerkiksi tämän kotoa takavarikoidun asiakirjan välityksellä.<sup>312</sup>

Kolmas mahdollinen rajoitteen kohde on jokin todisteen hankkimiseen tai esittämiseen liittyvä menettely (todistusmetodi). Puhdas todistusmetodikielto ei rajoita todistelun kohteena olevia tietoja eikä varsinaisesti myöskään todistuskeinoja vaan pelkästään sitä tapaa, jolla todiste hankitaan tai esitetään oikeudenkäynnissä. Esimerkiksi lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämistä on rajoitettu, mutta sama todiste on lähtökohtaisesti vapaasti hyödynnettävissä, jos se on hankittu laillisesti. Rajanveto todistusmetodikiellon ja todistuskeinokiellon välillä on häilyvä eikä aina edes merkityksellinen. Esimerkiksi Belingin käsitteistössä ei mainita todistusmetodikieltoja.<sup>313</sup> Pölösen mukaan käsitettä voidaan pitää sisällöllisesti tyhjänä tai merkityksettömänä rikosprosessuaalisen laillisuusperiaatteen vuoksi.<sup>314</sup>

Rikosprosessuaalisen laillisuusperiaatteen mukaisesti todisteiden hankkimisessa on noudatettava tarkoin lakia. Erityisen merkityksellisiä ovat erilaiset pakkokeinoja koskevat säännökset, joissa määritellään viranomaisten toimivallan perusteet sekä se, miten pakkokeinon toimeenpanossa on meneteltävä ja kenellä on kompetenssi päättää pakkokeinon käytöstä.<sup>315</sup> Erityisen vakavina loukkauksina voidaan pitää EIS 3 artiklan vastaista todisteen hankkimista kiduttamalla tai epäinhimillisellä tai halventavalla kohtelulla sekä rikosprovokaatiota (ks. niistä jäljempänä luku 7). Lundqvistin käsitteistössä todistusmetodirajoitteista erotetaan vielä neljäntenä kohdetyyppinä relatiivinen todistamiskiello, jolla hän tarkoittaa, että ainoastaan tietty henkilö voi lain mukaan ryhtyä tiettyyn toimenpiteeseen.<sup>316</sup> Mielestäni tällaista tilannetta ei ole mitään syytä erottaa (muista) todistusmetodirajoituksista.

Sanalla ”todistusmetodi” on vakiintuneesti viitattu todisteen hankkimis- tai esittämistapaan, mutta en näe mitään estettä viitata sillä myös tapaan, jolla tuomioistuin näytön arvioinnissa hyödyntää todistetta. Näin käsitteistö voidaan pitää yksinkertaisena eikä ole tarpeen kehittää uutta, neljättä kohdetyyppiä. Totean jo nyt, että EIT:n oikeuskäytäntö rajoittaa erityisesti todisteiden hyödyntämistapoja. Esimerkiksi niin sanotut tukitodisteluvaatimukset voidaan jäsentää (lähinnä) todistusmetodirajoitteiksi, koska ne rajoittavat tuomioistuimen tapaa arvioida näyttöä. Hormia olisi saattanut pitää tällaisia rajoitteita lähinnä todistussääntöinä.<sup>317</sup> Niistä on common law -oikeuskirjallisuudessa käytetty

<sup>312</sup> HE 46/2014 vp s. 58.

<sup>313</sup> Beling 1903 s. 3.

<sup>314</sup> Pölönen 2003 s. 188.

<sup>315</sup> HE 46/2014 vp s. 92.

<sup>316</sup> Lundqvist 1998 s. 28.

<sup>317</sup> Hormia 1978 s. 103: ”Todistamissäännöt, jotka antavat tuomarille ohjeen esitetyle todisteelle

myös kuvaavaa ilmausta ”käytösäännöt” (rules of use), koska ne määräävät, miten sinänsä sallittua näyttöä tulee hyödyntää.<sup>318</sup>

Erityisesti henkilöllisten todistuskeinojen osalta voi olla kuvaavaa tarkastella sitä, millä tavalla todistelunrajoite modifioi todistamisvelvollisuutta. Rajoitteella on voitu poistaa muodollinen todistamisvelvollisuus, jolloin henkilöä ei tule edes kutsua todistajaksi eikä kysymys sisällöllisestä todistamisvelvollisuudesta siten aktualisoidu. Sisällöllistä todistamisvelvollisuutta on puolestaan voitu modifioida poistamalla se vain osittain tai kokonaan – ensimmäisessä tapauksessa kohteena on todistusteema, jälkimmäisessä todistuskeino.<sup>319</sup> Yksittäisten kysymysten tai teemojen osalta todistamasta kieltäytymään velvoittavat tai oikeuttavat säännökset ovat kohteeltaan tässä suhteessa rajoitetumpia kuin todistuskeinon käyttöä kokonaan rajoittavat normit, jotka estävät kuulemisen lähtökohtaisesti kokonaan.

Tapauksessa KKO 2004:30 erään kirjan väitettiin sisältävän tietoja, jotka täyttävät kunnianloukkauksen tunnusmerkistön. Kustannusyhtiön toimitusjohtaja vetosi useaan perusteeseen, joiden nojalla hän katsoi voivansa kieltäytyä todistamasta asiassa. KKO:n mukaan itsekriminointisuoja ja liikesalaisuuksien suoja eivät kuitenkaan tulleet tapauksessa sovellettaviksi. Sen sijaan toimitusjohtajalla katsottiin olevan lähdesuojan nojalla oikeus kieltäytyä vastaamasta sellaisiin kysymyksiin, jotka koskivat keskusrikospoliisin hakemuksessa tarkoitetun internet-julkaisun laatijaa tai sen sisältämien tietojen lähdetä, jollei hän voisi sitä tehdä paljastamatta yhtiön julkaiseman kirjan kirjoittajaa tai sen sisältämien tietojen antajaa. Toisaalta KKO lausui, että jos toimitusjohtaja ei tiedä internet-kirjoituksen laatijaa tai siinä esitettyjen tietojen lähdetä, hänellä on periaatteessa velvollisuus antaa tästä seikasta totuudenmukainen vastaus ja kertoa, ettei hän asiaa tiedä. Tapaus kuvaa, miten monipuolisesti todistelunrajoitteet voivat modifioida kuultavan todistamisvelvollisuutta.

### 3.1.3 Joustavuus

Hormian mukaan pragmaattisen tutkimusotteen kannalta selväpiirteisin jäsentely on jakaa todistamiskiellot absoluuttisiin ja relatiivisiin. Arvioidessaan sitä, mikä tulisi asettaa absoluuttisuuden kriteeriksi, Hormia hylkää sen esimerkiksi Bellingin esittämän jaottelun, jonka mukaan absoluuttisia ovat todistusteemakiellot (kieltäessään kaiken todistelun tietystä teemasta) ja relatiivisia puolestaan todistuskeinokiellot (kieltäessään ainoastaan tietyn todistuskeinon). Hän päätyi vallinneen kannan mukaisesti määrittelemään absoluuttisuuden

---

mitattavasta todistusvoimasta, ovat todistussääntöjä.”

<sup>318</sup> McNamara 1986 s. 343 ja 364, Jackson – Summers 2012 s. 37.

<sup>319</sup> Ks. muodollisesta ja sisällöllisestä todistamisvelvollisuudesta edellä luku 2.2.3.



todistelunrajoitteen joustamattomuudeksi: ”Absoluuttiset todisteiden esittämisskiellot ovat voimassa poikkeuksettomasti, relatiiviset (ei: dispositiiviset) esittämisskiellot eivät sitä ole.”<sup>320</sup> Hormian käsitteistön mukaan relatiiviset todistamiskiellot olivat siis *joustavia*, koska ne eivät olleet ehdottomasti voimassa.

Voitaisiin myös puhua enemmän sääntötyyppisistä ja enemmän periaatetyyppisistä todistelunrajoitteista sen mukaan, miten kategorinen niiden sisältö on. Normi, jonka voimassaolo ei ole harkinnanvaraista (vaan ainoastaan tulkinnanvaraista), olisi sääntötyyppinen. Esimerkiksi OK 17:11.1:n säännös on varsin yksiselitteinen: Tuomioistuimen päätösneuvottelun sisällöstä ei saa todistaa. Tällaista määräystä voidaan pitää joustamattomuutensa vuoksi enemmän sääntötyyppisenä kuin periaatetyyppisenä.

Todistelua rajoittavat normit voidaan jakaa tuomioistuimeen kohdistuessaan sitä velvoittaviin eli obligatorisiin ja valinnaisiin eli fakultatiivisiin normeihin. Yksilöihin kohdistuvat normit voidaan vastaavasti jakaa pakottaviin eli absoluuttisiin ja tahdonvaltaisiin eli dispositiivisiin. Koska todistelunrajoitteiden joustavuus ei yleensä ole asianosaisten ratkaistavissa, Hormian täsmennys on paikallaan. Joustava normi voi myös olla sinänsä velvoittava tai pakottava mutta sanamuodoltaan tulkinnanvarainen. Normi on luonteeltaan fakultatiivinen, jos se jättää tuomioistuimelle suoranaista harkintavaltaa. Rajanveto ei siten ole välttämättä yksiselitteistä etenkin tulkintatilanteissa. Olennaista on havaita, että todistelua lähtökohtaisesti rajoittava normi saattaa eräissä tapauksissa väistyä, jolloin todistelu on sallittua.<sup>321</sup>

Pölönen käyttää samoja termejä kuvaamaan todistamiskiellon suhdetta hyödyntämiskieltoon, mitä jaottelua myös Hormia on pitänyt mahdollisena. Tällöin absoluuttisena todistamiskieltona pidetään sellaista, jonka oikeusseuraamukseksi on (epäitsenäinen) hyödyntämiskielto ja relatiivisena vastaavasti sellaista, josta kieltoa ei välttämättä seuraa. Pölösen käyttämä jaottelu on sittemmin vakiintunut Suomessa.<sup>322</sup> Se on toisaalta menettänyt merkitystään todistelu-uudistuksen myötä, koska hallituksen esityksessä linjataan, että todistamiskiellon rikkomisesta tulee aina seurata hyödyntämiskielto, eli kiellot ovat Pölösen tar-

<sup>320</sup> Hormia 1978 s. 91–92, Beling 1903 s. 3.

<sup>321</sup> Virolainen – Pölönen 2003 s. 122–123, Ekelöf ym. 2016 s. 55–59. Common law -traditiossa on korostettu todistelusuäännösten joustavuuden tarvetta, ks. Jackson – Summers 2012 s. 31–32, Murphy 2011 s. 160.

<sup>322</sup> Pölönen 2003 s. 192 ja siinä esitetyn määritelmän vakiintumisesta esim. Riekinen 2014 s. 126–127. Horjuvuuttakin esiintyy, vrt. esim. Rautio – Frände 2016 s. 151: ”Kieläytymisoikeus ei kuitenkaan ole absoluuttinen, vaan todistaja voidaan velvoittaa kertomaan liike- tai ammattisalaisuudesta –.” Tässä absoluuttisuudella tarkoitetaan nähdäkseni samaa kuin Hormian käsitteistössä. Vrt. myös Pölönen 1997 s. 1227: ”Teoriassa hyödyntämiskiellot jaetaan absoluuttisiin (todisteen esittämisskielto on voimassa poikkeuksetta) ja relatiivisiin (todisteen esittäminen voi joissain tapauksissa olla mahdollista).

koittamalla tavalla absoluuttisia.<sup>323</sup> Käsitteistön sekoittamista välttääkseni puhun kuitenkin mieluummin todistelunrajoitteiden joustavuudesta tarkoittaen tällä samaa kuin Hormia todistamiskielton relativiteetillä.

Tarkoitin todistelunrajoitteiden joustavuudella sitä, että ne eivät välttämättä rajoita todistelua ehdottomasti, vaan ne voivat väistyä eri perustein. Vältän sanaa *kielto* todistelunrajoitteiden yhteydessä sen vuoksi, että suuri osa todistelua rajoittavista säännöksistä on joustavia. Ehdottomien rajoitteiden osalta termi on toki semanttisesti täysin perusteltu. Olennaisinta on kuitenkin ymmärtää, millä tavalla säännökset ovat joustavia. Dworkinin mallia (ks. edellä luku 2.3.4) käyttäen jonkin oikeushyvän suojaamiseksi säädetty todistelunrajoite voisi väistyä kolmella eri perusteella: 1) sillä suojeltava päämäärä eli todistelunrajoitteen tarkoitus ei vaarannu yksittäistapauksessa, 2) jonkin suhteelliselta painoarvoltaan suuremman, kilpailevan oikeuden huomioon ottamiseksi, ja 3) jos rajoittaminen johtaisi yhteiskunnan kannalta kestävämpiin haittoihin.<sup>324</sup>

*Karl Petersin* käyttämässä käsitejaottelussa erotetaan vaikutuksiltaan ehdottomat todistamiskieltonormit (*Beweisverfolgungsverbote*) ja ehdolliset todistelumenettelykiellot (*Beweisverfahrensverbote*) sekä kolmantena ryhmänä muodolliset todistelusäännöt (*Beweisregelungen*), jotka pelkästään ohjaavat todistelumenettelyn kulkua. Erityisesti toinen ryhmä, ehdolliset kiellot eli rajoitteet, on ehdottamani systematiikan kannalta mielenkiintoinen. Huomattava osa todisteiden hankkimista, esittämistä ja myös hyödyntämistä koskevista normeista rajoittaa todistelua ainoastaan ehdollisesti asettamalla sille joko henkilöllisiä tai aineellisia edellytyksiä. Ehdolliset rajoitteet tulevat kysymykseen silloin, kun ne eivät perustu kaikkein tärkeimpiin (ja suhteellisesti painavimpiin) suojeleintresseihin.<sup>325</sup>

Todistelunrajoite voi olla joustava usealla perusteella samanaikaisesti. Sen soveltuminen voi estyä kokonaan jonkin *poikkeusperusteen* soveltumisen vuoksi. Ne ovat lainsäätäjän punnintaratkaisuihin perustuvia yksiselitteisiä ja tässä mielessä sääntöluonteisia normeja, jotka palauttavat vapaan todistusteorian mukaisen pääsäännön voimaan todisteeseen lähtökohtaisesti soveltuvan oikeudellisen rajoitteen asemesta. Poikkeuksille on ominaista, että määräysvalta niiden soveltamisesta kuuluu tuomioistuimelle. Asianosaiset voivat toki omassa intressissään kiinnittää tuomioistuimen huomiota mahdolliseen poikkeus-

<sup>323</sup> HE 46/2014 vp s. 92. Ks. myös jäljempänä luku 5.4.3.

<sup>324</sup> Ks. Hormia 1978 s. 88–96 ja Lundqvist 2017 s. 96, missä käytetään joustavia ilmaisuja: ”– reser hinder mot eller har villkor för att ett bevis ska få åtkommas eller upptas.” Ymmärtääkseni myös Pölönen on edellyttänyt todistamiskieltoita ainakin lähtökohtaisesti pakottavuutta ja ehdottomuutta (Pölönen 2003 s. 186). ”Joustavuus” on mielestäni kuvaavampi termi tällaisille poikkeuksille kuin esimerkiksi Torgersenin ohimennen käyttämä ilmaisu ”rajoitettu todistamiskielto” (Torgersen 2009 s. 54).

<sup>325</sup> Peters 1966 s. 95–103. Ks. myös Dencker 1977 s. 25–26, Hormia 1978 s. 89–90, Pölönen 2003 s. 229, Riekkinen 2014 s. 124–125 ja av. 5.

perusteeseen, mutta heillä ei ole valtaa arvioida poikkeuksen soveltuvuutta eli kysymys ei ole dispositiivisuudesta. Esimerkiksi luvussa 5 tarkasteltavat todistamiskiellot väistyvät eräillä yleisillä perusteilla silloinkin, kun niiden sanamuoto on ehdoton.

Rikosprosessissa merkittävä yleinen poikkeus koskee vastaajalle edullisia tietoja. Tätä poikkeusta voidaan perustella syyttömän suojaamisen tavoitteella, jota pidetään painoarvoltaan suurena sekä vastaajan itsensä että yhteiskunnankin kannalta. Poikkeuksen soveltamisala on kuitenkin jossain määrin epäselvä, eikä siitä ole säädetty nimenomaisesti, vaikka ajatus esitöistä ilmeneekin.<sup>326</sup> Lähtökohtana lienee pidettävä, että syyttömän suojaamistavoite relativoi suuren painoarvonsa vuoksi kaikkia todistelunrajoitteita. Toisena yleisenä poikkeusperusteena voidaan mainita OK 17:9.3, jonka mukaan velvollisuus tai oikeus kieltäytyä todistamasta ei koske tietoa, jonka oikeudettomasta hankkimisesta, paljastamisesta tai käyttämisestä syyttäjä ajaa syytettä. Tätä voidaan perustella sillä, ettei tiedon paljastaminen syyteasiassa vaaran todistamiskiellon tarkoitusta ja toisaalta salassapitorikoksen rangaistusuhka jäisi tehottomaksi, jollei tiedon paljastaminen olisi mahdollista.<sup>327</sup>

Todistelunrajoite on joustava myös silloin, kun sen soveltaminen edellyttää *harkintaa* yksittäistapauksessa. Lainsäätäjän ei välttämättä ole mahdollista ennakoida kaikkia käytännössä mahdollisesti syntyviä periaatteiden punnintatilanteita, joten niiden ratkaiseminen voidaan osoittaa tuomioistuimille. Yleensä esimerkiksi EIS 6 artiklasta johdettavat todistelunrajoitteet ovat joustavia sen vuoksi, että ihmisoikeustuomioistuin tulkitsee oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimusta eräitä poikkeuksia lukuun ottamatta kokonaisarvioinnilla. Kokonaisarviointi todistelunrajoitteen soveltamisen tai siitä poikkeamisen edellytyksenä mahdollistaa todistelun rajoittamisen puolesta ja sitä vastaan puhuvien seikkojen yhteensovittamisen yksittäistapauksessa.<sup>328</sup> Myös eräät todistamiskieltojen murtamisperusteet edellyttävät kokonaiharkintaa.

Esimerkiksi OK 17:11.1:ssä säädetty todistamiskielto voidaan murtaa, jos erittäin tärkeät syyt ottaen huomioon asian laatu, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja seuraukset sen esittämisestä sekä muut olosuhteet vaativat todistamista. Tuomioistuimen tulee arvioida näiden perusteiden täyttymistä yksittäistapauksessa, mikä tekee todistelunrajoitteen soveltamisen joustavaksi. Todistelunrajoitteen soveltamista koskevassa harkinnassa sovellettavat kriteerit

<sup>326</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 71 ja 93. Oikeuskirjallisuudessa syyttömän suojaamista pidetään selvänä, ks. esim. Hormia 1978 s. 285–288, Pölönen 2003 s. 238 ja Brøbech 2003 s. 302–304. Tämä käy ilmi epäsuorasti myös KKO:n hyödyntämiskiellon asettavista päätöslauselmista, joilla kielletään tietyn todisteen käyttäminen ”syylisyyttä tukevana näyttönä” (ks. esim. KKO 2012:45 ja KKO 2016:96).

<sup>327</sup> HE 46/2014 vp s. 58–59, Rautio – Frände 2016 s. 89.

<sup>328</sup> HE 46/2014 vp s. 92, Pölönen 2003 s. 237–244. Ks. EIT:n doktriinista esim. Pellonpää ym. 2018 s. 680–681 ja Hirvelä – Heikkilä 2017 s. 559–560.

voidaan jäsentää myös edellytyksiksi todisteen hyödyntämiselle. Esimerkiksi OK 17.11.1 voidaan muotoilla normiksi, joka sallii todistamisen silloin, kun edellytykset täyttyvät eli kun tärkeät syyt ovat käsillä yksittäistapauksessa. Myös EIT:n harkintamalleista voidaan johtaa tällaisia todisteen käyttämiselle asetettavia edellytyksiä.

Eräät yksityisiä salassapitointressejä suojaavat todistelunrajoitteet joustavat *suostumuksen* eli salassapito-oikeudesta luopumisen perusteella. Tällä tavoin joustavia todistelunrajoitteita on olemassa kahta tyyppiä. Todistamasta kieltäytymään oikeuttavat säännökset antavat päätösvallan todistamisesta kuultavalle itselleen, jolla on vastaavasti myös oikeus todistaa. Eräät todistamasta kieltäytymään velvoittavat säännökset puolestaan osoittavat päätösvallan sille taholle, jonka salassapitointressistä on kysymys. Suojatun tahon suostumus johtaa todistelunrajoitteen väistymiseen. Luopumistahdonilmaisulle on kuitenkin asetettava tietyt edellytykset, jotta se voidaan hyväksyä päteväksi. Esimerkiksi jos henkilö ei ole tietoinen oikeudestaan kieltäytyä todistamasta tai ymmärrä sen merkitystä, luopumista tällaisesta oikeudesta ei yleensä voida pitää pätevänä.<sup>329</sup>

Esimerkiksi OK 17:16.1:n mukaan uskonnonvapauslaissa tarkoitetun rekisteröidyn uskonnollisen yhdyskunnan pappi tai muu vastaavassa asemassa oleva henkilö ei saa todistaa siitä, mitä hän on ripissä tai yksityisessä sielunhoidossa saanut tietää, ellei se, jonka hyväksi salassapitovelvollisuus on säädetty, suostu todistamiseen. Todistelunrajoitteen tarkoituksena on suojata sen henkilön yksityisyyttä, jonka salaisuudesta on kysymys. Rajoitteen tarkoitus ei vaarannu yksittäistapauksessa, jos hän suostuu tiedon paljastamiseen. Tällöin voidaan myös katsoa, että suojatun henkilön pätevästi antama suostumus muodostaa edellytyksen kyseisen tiedon käyttämiselle todisteena. Rippisalaisuuttakin koskee siten joustava todistelunrajoite eikä vaikutukseltaan ehdoton todistamiskielto.

Riekkisen mukaan puhuttaessa absoluuttisista hyödyntämiskielloista tarkoitetaan yleensä sitä, että tuomioistuimen on asetettava hyödyntämiskielto ehdottomasti eli tuomioistuimella ei ole harkintavaltaa sen soveltamisessa. Relatiivisen hyödyntämiskielton soveltuminen perustuu tuomioistuimen harkintaan hyödyntämistä puoltavien ja sitä vastaan puhuvien seikkojen välillä. Toisaalta absoluuttisuudella on voitu viitata siihen, ettei loukatun suostumus vaikuta

<sup>329</sup> Ks. EIT:n aikaisemmasta oikeuskäytännöstä Pfeifer and Plankl v. Austria, 25.2.1992 (kohdat 70–79), Leonid Lazarenko v. Ukraine, 28.10.2010 (kohta 56), Tikhonov v. Ukraine, 10.12.2015 (kohta 51) ja Sejdic v. Italy [GC], 1.3.2006 (kohdat 86–88). ”Knowing and intelligent waiver”-vaatimuksesta ks. Yhdysvaltain osalta Miranda v. Arizona ja EIT:n osalta esim. Simeonovi v. Bulgaria [GC], 12.5.2017 (kohta 115) ja Pishchalnikov v. Russia, 24.9.2009 (kohdat 77–79). Ks. myös KKO 2012:45 (kohta 21): ”Luopumisen merkitystä vastaavilla vähimmäistakeilla tarkoitetaan sitä, että epäillyn tulee olla riittävän tarkasti selvillä häntä koskevan rikosepäilyn sisällöstä, jotta hän on tietoinen siitä, minkä rikosepäilyn osalta luopuu käyttämästä avustajaa, ja voi arvioida luopumisen oikeudelliset vaikutukset.”

hyödyntämiskiellon asettamiseen.<sup>330</sup> Tässä omaksutun käsitteistön mukaisesti myös hyödyntämistä voidaan rajoittaa joustavasti. Käytän nimitystä hyödyntämiserä, joka on mielestäni kuvaavampi kuin esimerkiksi termi relatiivinen hyödyntämiskielto. Niidenkin osalta olennaista on havaita, että hyödyntäminen ei ole poikkeuksetta kiellettyä, vaan rajoite voi joustaa eli väistyä tietyin perustein.

Hyödyntämiseräajotteesta on kysymys, kun lähtökohtaisesti sallitun todisteen hyödyntämiseksi asetetaan tiettyjä edellytyksiä, kuten todisteen riittävä luotettavuus. Edellytysten täyttymättä jääminen voi johtaa hyödyntämiskieltoon. Jos edellytykset täyttyvät ja todistelu sallitaan, ei kysymyksessä toisaalta ole täysin vapaa todistelu. Esimerkiksi ROL 11:4.3:ssa ilmaistaan käsitteistöni mukaan hyödyntämiseräajotteus, mutta ei hyödyntämiskieltoa, sillä se ainoastaan asettaa edellytyksiä kontradiktorisuudeltaan rajoittuneen todisteen käytölle. Myös OK 17:25.3:ssa ilmaistaan hyödyntämiseräajotteus, koska lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen on lähtökohtaisesti sallittua – sillä edellytyksellä, että oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus ei vaarannu.<sup>331</sup>

Edellä ei ole tarkoitettu esittää tyhjentävää luetteloa, vaan havainnollistaa sitä, että oikeudelliset todistelunrajoitteet joustavat eri tavoin. Käsitejärjestelmä, jossa erotetaan ainoastaan todistamiskielto ja hyödyntämiskielto, ei tästä syystä vaikuta riittävän kuvaavalta. Todistelunrajoitteen kohteen ja joustavuuden käsitteellistä suhdetta lienee syytä vielä lyhyesti selventää. Joustavuudella ei ole merkitystä, jos todiste ei ole lainkaan rajoitteen kohteena. Toisin sanoen joustavuutta arvioidaan vasta sen jälkeen, kun rajoitteen on ensin todettu lähtökohtaisesti soveltuvan johonkin todisteeseen. Todisteen käytölle ei kuitenkaan välttämättä seuraa ehdotonta kieltoa siitä, että todiste on jonkin rajoitteen kohteena. Todistelunrajoite voi joustaa tietyin edellytyksin, jolloin todisteen käyttäminen on niiden täytyessä sallittua.

### 3.1.4 Ulottuvuus

Edellä on todettu, että eri kirjoittajilla on hieman eri näkemyksiä siitä, mihin todistelumenettelyn vaiheisiin mikäkin käsite soveltuu. Laaja yksimielisyys vallitsee kuitenkin kolmesta seikasta. Ensinnäkin todistelumenettelyn vaiheina, joihin rajoitteet voivat soveltua, pidetään hankkimis-, esittämis- ja

<sup>330</sup> Riekkinen 2014 s. 134–135.

<sup>331</sup> Vrt. esim. Pölonen – Tapanila 2015 s. 343: ”Tilanteessa, jossa tuomioistuin ottaa todisteen vastaan, mutta arvioi sen näyttöarvoa kriittisesti sen hankkimiseen tai syntyyn liittyvän virheen takia, ei ole kyse hyödyntämiskiellostä.” Tällainen kriittinen arviointi voi olla eräs hyödyntämisen edellytys, joten kysymys on hyödyntämiseräajotteesta. Ks. myös LaVM 19/2014 vp s. 20, missä toisaalta todetaan hyödyntämiskielto ”edellytykseksi” se, vaarantuuko oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus. Normi voidaan kuitenkin formuloida myös yllä esittämälläni tavalla.

hyödyntämisvaiheita. Kaikissa näissä vaiheissa vaikuttaa lähtökohtaisesti vapaa todistusteoria – todisteiden hankkimisen, esittämisen ja hyödyntämisen vapaus. Toiseksi kaikki oikeudelliset todistelunrajoitteet eivät tule sovellettaviksi kaikissa vaiheissa. Kolmanneksi todistelun vapautta voidaan rajoittaa missä tahansa vaiheessa.<sup>332</sup> Niinpä käsitejärjestelmän tulisi tunnistaa todistelunrajoitteen ulottuvuus eli se, missä todistelumenettelyn vaiheessa tai vaiheissa rajoitetta sovelletaan. Käsitteen ulkopuolelle ei ole mielekäästä sulkea vain tietyissä vaiheissa vaikuttavia rajoitteita.

Ulottuvuuden perusteella voidaan puhua todisteiden *hankkimisrajoitteista*, *esittämisrajoitteista* ja *hyödyntämisrajoitteista*.<sup>333</sup> Rajoite voi ulottua yhteen, kahteen tai kaikkiin kolmeen todistelumenettelyn vaiheeseen. Toisin sanoen rajoitettua voi olla pelkästään todisteiden hankkiminen, esittäminen tai hyödyntäminen. Mitä useampaan vaiheeseen rajoite ulottuu, sitä laajempi sen vaikutus todistelumenettelyssä luonnollisesti on. Hankkimiskielto ei tosin välttämättä edellytä esittämiskieltoa ja toisin päin. Todistelumenettelyn kulusta kylläkin seuraa, että todisteiden hankkiminen olisi turhaa, jos sitä ei voida esittää. Ennen todisteiden hankkimista voi kuitenkin olla vaikeaa tai jopa mahdotonta arvioida, onko sen esittäminen sallittua vai ei. Esittämiskielto olisi toisaalta tarpeeton, jos todisteiden hankkimiskieltoa on noudatettu.

Edellä todetuista tavoin rikosprosessissa todisteita hankitaan yleensä esitutkinnan aikana. Henkilötodistelua hankitaan yleensä kuulusteluilla, joiden toimittamista rajoittavat erilaiset todistelunrajoitteet. Kuultavaa ei esimerkiksi saa painostaa, johtaa harhaan tai erehdyttää paljastamaan tietoja, jotka hän saa pitää salassa. Salassapitovelvollisuuksien alaisia tietoja ei yleensä saa edes kysyä. Reaalitodisteiden hankkimista rajoittavat puolestaan pakkokeinojen käyttämistä koskevat toimivaltuusäännökset sekä niiden toimeenpanoa koskevat säännökset, joita esitutkintaviranomaisten on laillisuusperiaatteen mukaisesti noudatettava. Todistusteemakiellot voisivat menettää merkityksensä, jos niistä voitaisiin esittää todistelua esimerkiksi takavarikoitujen asiakirjojen muodossa. Jotkin hankkimistavat voisivat toisaalta vaarantaa todisteiden luotettavuuden.

Todisteet esitetään pääkäsittelyssä ensinnäkin tiettyä järjestystä ja muotoja noudattaen. Muotosäännökset on kuitenkin erotettava todistelunrajoitteista, kuten edellä on todettu. Esittämisvaiheessa rajoitettua voi olla tiettyjen henkilöiden kuuleminen ylipäättään, tiettyjen kysymysten esittäminen tai viimesijaisesti niihin vastaaminen. Reaalitodisteiden osalta esittäminen voi olla rajoitettua siten, että esimerkiksi asiakirjasta tulee esittää versio, josta on peitetty salassa pidettäviä tietoja (OK 17:38.2). Mahdollista on sekin, että jotain asiakirjaa tai katselmusesinettä ei ole lainkaan sallittua esittää todisteena oikeudenkäynnissä

<sup>332</sup> Ks. esim. Hormia 1978 s. 31–32, Lundqvist 1998 s. 26–27, Pölönen 2003 s. 182, Riekkinen 2014 s. 131 ja Pölönen – Tapanila 2015 s. 229.

<sup>333</sup> Riekkinen 2014 s. 128–129.

johtuen esimerkiksi sen hankintatavasta tai sen sisältämien tietojen laadusta. Oikeudenkäyntivaiheessa tuomioistuimien voi kieltää todisteen esittämisen myös, koska se on hankittu lainvastaisesti.

Tapauksessa KKO 2016:96 vangittua epäiltyä oli kuulustelujen välissä puhutettu kolme kertaa. Hän oli niiden aikana tunnustanut esitutkintaa hoitaneelle rikosylikonstaapelille rikoksen. Varsinaisissa kuulusteluissa ennen ja jälkeen puhuttamisten epäilty oli kiistänyt syyllisyytensä. Eräässä vaiheessa epäilty ei ollut ollut kykenevä kuulusteluun itkuisuutensa ja tärinänsä vuoksi. Lisäksi hänet oli siirretty vankisairaalan psykiatriselle osastolle heikon psyykkisen kuntonsa vuoksi. KKO katsoi, että puhuttamiset olivat tapahtuneet ETL 7:4:n vastaisesti epäillyn terveydentilan vuoksi. Lisäksi puhuttamiset olivat loukanneet oikeutta avustajaan. Näin ollen puhuttamisissa annetun lausunnon hyödyntäminen olisi vaarantanut epäillyn oikeuden oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Puhutteluissa kerrotut seikat asetettiin hyödyntämiskieltoon.

Edellä sivutussa tapauksessa KKO 2004:30 kirjan kustantaneen yhtiön toimitusjohtaja oli kieltäytynyt todistamasta ensinnäkin sillä perusteella, että hän voisi saattaa itsensä syytteen vaaraan vastaamalla kysymyksiin kirjan kirjoittajan henkilöllisyydestä. KKO totesi, että kirjan julkaisemiseen liittyvä rikosoikeudellinen vastuu ei riipu kirjassa esitettyjen tietojen tai väitteiden lähteen taikka tekstin laatijan henkilöllisyyden paljastumisesta. Syytteen vaara ei siten ollut sidoksissa siihen, saataisiinko kirjoituksen laatija selville. Toisaalta tekstin laatijan pysyminen tuntemattomana ei ollut omiaan ainakaan vähentämään mahdollista syytteen vaaraa niiden henkilöiden osalta, jotka vastasivat sen pohjalta muokatun kirjan julkaisemisesta. Toimitusjohtajalla ei siten ollut oikeutta kieltäytyä todistamasta tällä perusteella.

Todistelumenettelyn kulun vuoksi periaatteessa suurin painoarvo on hyödyntämismvaiheella ja siihen ulottuvilla rajoitteilla. Niiden ensisijaisina adressaateina ovat edellä todetuim tavoin poliisi ja syyttäjät, joiden menettelyn tulee perustua lakiin rikosprosessuaalisen laillisuusperiaatteen mukaisesti. Jos tuomioistuim toisaalta sallii laittomasti hankitun tai esitetyn todisteen hyödyntämisen, voidaan hankkimis- tai esittämisa rajoitteen tehokkuus oikeusnormina perustellusti kyseenalaistaa. Niiden rikkominen ei kuitenkaan välttämättä johda hyödyntämisen rajoittumiseen. Kuten edellä on jo käynyt ilmi, hankkimis- tai esittämisa rajoitteen tultua loukatuksi on mahdollista kieltää todisteen hyödyntäminen loukkauksen oikeusseuraamuksena. Tällaista retributiivista hyödyntämiskieltoa nimitetään epäitsenäiseksi hyödyntämiskielloksi. Pelkästään hyödyntämisa vaihetta koskeva säännös on vastaavasti itsenäinen.<sup>334</sup>

Näytön hyödyntäminen merkitsee *todisteen ottamista huomioon tuomiossa* (ROL 11:2.1). Tuomioistuimen olisi periaatteessa arvioitava hyödyntämisen

<sup>334</sup> Hormia 1978 s. 252 ja 260–261, Pölonen 2003 s. 205–206 ja 228–229, Riekkinen 2014 s. 134–135, Eder 2015 s. 45–47.

sallittavuutta ennen todisteen hyödyntämistä eli määritettävä käytettävissä oleva todistelu. Hyödyntämisestä ei kuitenkaan ole tarpeen lausua erikseen, ellei vastaanotetun näytön hyödyntämiskelpoisuutta ole riitautettu eikä tuomioistuin viran puolesta katso hyödyntämiselle olevan esteitä. Lähtökohtana on näytön vapaa hyödynnettävyys. Hyödyntämistä rajoittavien oikeusnormien soveltus ei toisaalta voida vain vedota hyödyntämisvapauteen ja sivuuttaa prosessi-oikeudellista laillisuusperiaatetta. Vapaa todistusteoria ei riitä perustelevaan täydellistä hyödyntämisvapautta. ROL:n säännöskään ei velvoita tuomioistuinta ottamaan huomioon kaikkea, mitä pääkäsittelyssä esitetään.<sup>335</sup>

Todisteiden erilaisia käyttötapoja esitutkinnan ja syyteharkinnan aikana – kuten hankkimista, liittämistä esitutkintapöytäkirjaan ja ottamista huomioon syyteharkinnassa – voidaan nimittää *ennakolliseksi hyödyntämiseksi*. Sekaannusten välttämiseksi hyödyntämisellä tarkoitetaan vasta tuomitsemisvaihetta, ellei asiayhteydestä muuta ilmene.<sup>336</sup>

Hyödyntämiskieltoon asetettua todistetta ei saada ottaa huomioon näytön arvioinnissa.<sup>337</sup> Näytön arviointi voidaan edellä esitetyin tavoin jakaa kahteen vaiheeseen eli todistusharkintaan, jossa arvioidaan todisteiden luotettavuutta, sekä näytön riittävyysarviointiin, joka tapahtuu suhteessa tuomitsemiskynnykseen. Todisteen hyödyntämisellä voidaan tarkoittaa periaatteessa kumpaa tahansa vaihetta. Hyödyntämiskieltoon voidaan siten katsoa edellyttävän todisteen sulkemista oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle jo ennen todistusharkintaa tai viimeistään arvioitaessa näytön riittävyttä. Pölösen mukaan hyödyntämiskieltoon alaista todistetta ei oteta huomioon todistus- tai ratkaisuharkinnassa, minkä ymmärrän tarkoittavan samaa.<sup>338</sup> Joustavaa hyödyntämisrajoitetta voidaan vastaavasti soveltaa periaatteessa kummassa tahansa vaiheessa.

Olennaista hyödyntämiskieltoon soveltamisessa on, että sen kohteena oleva todiste on rajattava oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle viimeistään näytön riittävyysarvioinnissa. Riippuu kulloinkin sovellettavasta hyödyntämisrajoitteesta, voidaanko hyödyntämisharkinta suorittaa jo ennen näytön arviointia vai vasta sen yhteydessä. Todisteen näyttöarvon, hyödynnettävyyden ja kokonaisnäytön riittävyysarviointi saattavat lomittua yhdeksi kokonaisuudeksi. Kuten edellä (luku 2.2.5) on todettu, todisteiden kokonaisuusharkintaa ei käytännössä voida erottaa näytön riittävyysarvioinnista, joka on viime kädessä oikeudellista harkintaa. Hyödyntämiskielto voidaankin nähdäkseni ongelmitta

<sup>335</sup> Hormia 1978 s. 5–10 ja 42–43, Pölönen 2003 s. 188. Ks. Italian oikeuden osalta Maffei 2006 s. 137 ja Ranskan oikeuden osalta Guincharde – Buisson 2018 s. 454, missä katsotaan, että vapaas-ta todistelusta seuraa tuomarille vapaus hyväksyä tai hylätä todisteita.

<sup>336</sup> Ks. Pölönen 2003 s. 205, Fredman ym. 2020 s. 513–514 ja jäljempänä luku 3.3.1.

<sup>337</sup> Hormia 1978 s. 255–257, Melander 2012 s. 105–106, Riekkinen 2014 s. 130.

<sup>338</sup> Pölönen 2003 s. 205. Samoin esim. Eder 2015 s. 32–33.



määritellä myös kielloksi ottaa jokin tieto huomioon näytön arvioinnin viimeisessä vaiheessa eli arvioitaessa sitä, jääkö vastaajan syyllisyydestä varteenotettava epäily.

Hyödyntämisrajoitteita on perusteltua soveltaa etupainotteisesti eli sulkea todiste oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle jo ennen näytön arviointia, jos mahdollista. Jäljempänä havaitaan, että esimerkiksi laittomasti hankittujen todisteiden ja kontradiktorisuudeltaan rajoittuneiden todisteiden osalta hyödyntämisharkinnan eräänä kriteerinä on todisteen luotettavuus. Lisäksi todisteen merkityksellä osana näyttöä voi olla merkitystä hyödyntämisharkinnassa. Hyödyntämisharkintaa ei tällöin voida suorittaa ainakaan lopullisesti ennen todistusharkintaa, mikä johtaa näiden harkinnan lajien päällekkäisyyteen. Hyödyntämiskelvoton todistelu tulee siten jättää huomiotta viimeistään arvioitaessa tuomitsemiskynnyksen ylittymistä. Ei siis ole sallittua esimerkiksi ensin todeta laillisen näytön osoittavan henkilön melkoisella varmuudella syylliseksi ja sen jälkeen, että jos huomioon otettaisiin laitonkin näyttö, syyllisyydestä ei jäisi varteenotettavaa epäilyä.

## 3.2 HYÖDYNTÄMISKYSYMYKSIÄ

### 3.2.1 Vaihtoehtoiset ratkaisumallit

Menettelysäännöksiä – myös todistelunrajoitteita – voidaan loukata samoin kuin aineellisen oikeuden säännöksiä. Retributiivinen oikeudenmukaisuus edellyttää tällöin lähtökohtaisesti, että loukkauksiin puututaan ja loukattu oikeustila korjataan. Menettelysäännöksistä ei kuitenkaan välttämättä ilmene, millä tavoin loukkaukseen tulee reagoida. Tässä suhteessa ne poikkeavat merkittävästi aineellisen rikosoikeuden säännöksistä, jotka edellä todetuin tavoin ovat jo normiluonteeltaan retributiivisia säätäessään rangaistuksen oikeusseuraamukseksi tietystä menettelystä. Monet menettelysäännökset ilmaisevat vain prosessisubjektien oikeudet ja velvollisuudet, mutta eivät sitä, mitä säännöksen vastaisesta menettelystä seuraa. Retributiivisen normin puuttuessa voi olla epäselvää, tuleeko oikeustilaa ylipäänsä korjata ja miten retribuutio tulisi toteuttaa.<sup>339</sup>

Periaatteessa täydellistä retribuutiota edustaa oikeudenloukkauksen vaikutusten poistaminen jättämällä lainvastainen todistelu oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle. Tällöin oikeustila ennallistetaan mahdollisimman laajasti, eikä oikeudenloukkaus vaikuta tuomion sisältöön, vaan jää tässä suhteessa merkityksettömäksi. Toisaalta aineellinen oikeudenmukaisuus voidaan kyseenalaisistaa aina, jos selvittämisen intressi vaarantuu. Tästä syystä voidaan ajatella, et-

<sup>339</sup> Ks. esim. Hormia 1978 s. 31–33 ja 255–257 sekä Viljanen 2013 s. 155: ”Todisteiden hankkimista koskevat säännökset on tietysti tarkoitettu noudatettaviksi. Mitenkään itsestään selvää ei kuitenkaan ole, mitä niiden rikkomisesta on syytä seurata.”

tei retributiivista oikeussuojaa tarvita lainkaan, vaan lainvastainenkin todistelu saadaan aina ottaa huomioon asiaa ratkaistaessa. Kumpikin näistä vaihtoehtoista aiheuttaa kuitenkin säännönmukaisesti sovellettuna haasteita rikoslainkäytön hyväksyttävyyden kannalta. Vaihtoehtona on jättää ratkaistavaksi yksittäistapauksissa, saako etusijan aineellinen vai menettelyllinen retributio.

Oikeudellista todistelunrajoitetta voidaan pitää epätäydellisenä, jos sen loukkaaminen ei aiheuta mitään seurausta (*lex imperfecta*). Viranomaisen mahdollisuus loukata lakia ilman seurauksia murentaa oikeusvaltioperiaatteen ydin-alueita ja vaarantaa yhteiskunnan turvallisuutta. Samaa voidaan kuitenkin sanoa aineellisesti syyllisen vapauttamisesta. Niinpä joudutaan tekemään valinta menettelyllisen lainmukaisuuden ja aineellisen lainmukaisuuden välillä.<sup>340</sup> Zuckerman tiivistää ratkaisun haasteellisuuden: ”There is an uncanny symmetry between the consequences of an admissibility and an inadmissibility rule. If applied consistently, each of these rules will undermine public confidence in the criminal process. If the court always admits illegally obtained evidence, it will be seen to condone the malpractice of the law-enforcement agencies. If it always excludes it, it will be seen to abandon its duty to protect us from crime.”<sup>341</sup>

Sitaatista ilmenee rikosprosessin kaksoistavoitteen osien potentiaalinen ristiriita. Prosessin tulisi onnistua rikosvastuun toteuttamisessa, mutta kuitenkin menettelyllistä oikeusturvaa kunnioittaen. Kummankin tavoitteen vaarantuminen johtaa rikoslainkäyttöä ja viime kädessä koko julkista valtaa kohtaan koetun luottamuksen heikentymiseen. Koko oikeusjärjestelmän ja siten myös oikeusvaltioperiaatteen perustana on yksilöiden järjestelmää kohtaan kokema luottamus eli rikoslainkäytön yhteiskunnallinen hyväksyttävyyden. Todistusoikeuden säännösten ja niiden tulkintojen tulee ylläpitää tuota luottamusta ja vastaavasti pidättäytyä ratkaisusta, jotka heikentäisivät sitä. Tasapainotilan saavuttamiseksi järjestelmän perusratkaisun tulisi olla joustava, koska minkä tahansa todistelun salliminen ei ole hyväksyttävää.

Muuta intressiä kuin asian selvittämistä palvelevan menettelysäännöksen loukkaus ei välttämättä vaaranna rikosvastuun toteuttamista. Tämä on kuitenkin mahdollista, koska menettelyllinen oikeusturva on riippumaton ratkaisun oikeellisuudesta ja edellyttää myös aineellisesti syyllisen vastaajan kärsimän oikeudenloukkauksen hyvittämistä.<sup>342</sup> Esimerkkinä voidaan mainita oikeudenkäynnin viivästyminen.<sup>343</sup> Todisteen luotettavuutta ja selvittämistä palvelevan menettelysäännöksen loukkaus sen sijaan voi vaarantaa tuomio-oikeellisuuden eli johtaa syyllisen vapauttamiseen tai syyttömän tuomitsemiseen. Voidaankin ajatella, että retributio tulisi rajoittaa vain tällaisiin tapauksiin ja

<sup>340</sup> Re 2014 s. 1904, Hormia 1978 s. 36–37.

<sup>341</sup> Zuckerman 1989 s. 345. Ks. myös Turner 2014 s. 832 ja Ervo 1996 s. 62.

<sup>342</sup> Riekkinen 2014 s. 137, Trechsel 1997 s. 107, Bayles 1987 s. 29.

<sup>343</sup> Shereshevsky 2015 s. 73–75. Ks. myös Schlesinger 1977 s. 2–5.

erityisesti syyttömien suojaamiseen. Tällöin menettelylliselle oikeusturvalle ei kuitenkaan jäisi mitään itsenäistä merkitystä.

On selvää, että aineellisesti syyllisen vapauttaminen on vastoin rikosprosessi-oikeuden perustehtävää. Käytännössä kuitenkin jo aineellisen totuuden saavuttamiseen liittyvistä haasteista johtuu, että väärin tuomioiden mahdollisuus joudutaan aina hyväksymään osaksi rikoslainkäytön järjestelmää, jota voidaan tästä syystä Rawlsin tavoin luonnehtia epätäydelliseksi.<sup>344</sup> Mielestäni tärkeä on myös se huomio, että viranomaisten syyllistyminen laittomuuksiin on erityisen vaarallista, koska se johtaa liian helposti mielivaltaan ja julkisen vallan väärinkäyttöön. Oikeusvaltioperiaatteen loukkaaminen viranomaistoiminnassa voi myös johtaa olennaisesti laajempiin loukkauksiin kuin yksilöiden tekemät rikokset. Yksilöt eivät aina noudata lakeja, mutta oikeusvaltiossa viranomaisten tulee niitä noudattaa myös selvittäessään rikoksia.<sup>345</sup>

Hankkimis- tai esittämisrajoitteen rikkomisen seuraukset todisteen hyödynnettävyydelle voivat olla teoriassa kolmenlaisia. Ensinnäkin on mahdollista noudattaa lähtökohtana olevaa vapaata hyödyntämistä eli sallia todisteen hyödyntäminen loukkauksesta huolimatta. Toinen vaihtoehto on, että hyödyntäminen kielletään automaattisesti loukkauksen takia. Kolmas on näiden ääripäiden väliin sijoittuva joustava ratkaisumalli, jossa punninta hyödyntämisen rajoittamiseksi tehdään yksittäistapauksessa. Tämä ratkaisu on yhtäältä kaikkein joustavin, mutta toisaalta myös vaikeimmin ennustettava. Kumpikin ääri vaihtoehtoista taas tuottaa säännönmukaisesti sovellettuna kestävämpiä ratkaisuja: automaattinen salliminen johtaa prosessinulkoisten intressien sivuuttamiseen ja automaattinen kieltäminen heikentää rikosvastuun toteutumista.<sup>346</sup>

Aikaisemmin monissa oikeusjärjestyksissä on pidetty selvänä, ettei primäärisen todistelunrajoitteen loukkaus estä todisteen hyödyntämistä, kunhan kysymys on relevantista todisteesta.<sup>347</sup> Yhdysvalloissa siirryttiin vuoden 1961 Mapp v. Ohio -ratkaisun myötä hyvin joustamattomalle kannalle, jonka seurauksena todisteen hyödyntäminen saatettiin kieltää hyvinkin formaalien menettelyvirheiden perusteella.<sup>348</sup> Turnerin mukaan monissa 1980-lu-

<sup>344</sup> Rawls 1999 s. 74–75, missä tiivistetään: ”The characteristic mark of imperfect procedural justice is that while there is an independent criterion for the correct outcome, there is no feasible procedure which is sure to lead to it.”

<sup>345</sup> Turner 2014 s. 831. Ks. varsin edistyneenä kantana vanhemmasta suomalaisesta kirjallisuudesta Ellilä 1960 s. 257, missä hyödyntämiskieltoa pidetään prosessioikeudellisen legaliteetteperiaatteen ja yksilönsuojaperiaatteen ”modernina jatkona”.

<sup>346</sup> Torgersen 2009 s. 11–12 ja 77–79, Pölönen 2003 s. 214 (missä neljäntenä vaihtoehtona mainitaan ratkaisun jättäminen muutoksenhakuuomioistuimelle), Zuckerman 1989 s. 345 ja Brat-holm 1959 s. 115.

<sup>347</sup> Ks. Suomen osalta Pölönen 2003 s. 212, Ruotsin osalta Lundqvist 1998 s. 225–232, Norjan osalta Torgersen 2009 s. 88–97, Tanskan osalta Brøbech 2003 s. 1–2 ja Englannin osalta Glover 2017 s. 73–75.

<sup>348</sup> Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961), Pölönen – Tapanila 2015 s. 241, Re 2014 s. 1888, Torgersen

vulta alkaen demokratiaan siirtyneissä yhteiskunnissa Etelä-Amerikassa, Etelä-Euroopassa, Itä-Euroopassa ja Aasiassa on säädetty laajoja ja ehdottomiakin hyödyntämiskieltojä, jotka nähdään eräänä oikeusvaltioteorian ilmentymänä. Rikosprosessin uudistaminen on ollut tärkeä vaihe yhteiskunnan muutoksessa. Hyödyntämiskielto näyttää tällöin pidäkkeenä ja vastareaktion sellaisille hallintojärjestelmille, joissa ei tunneta lainkaan prosessuaalisia turvatakeita, vaan yksilöiden oikeuksiin voidaan puuttua vallanpitäjien tahdon mukaisesti.<sup>349</sup>

Yhdysvalloissa kehitys näyttää kääntyneen toiseen suuntaan ja Yhdysvaltain korkein oikeus (SCOTUS) pyrkii jatkuvasti rajoittamaan esimerkiksi Mapp-tuomion vaikutuksia kehittämällä ja laajentamalla hyödyntämiskieltoja tehtäviä poikkeuksia.<sup>350</sup> Toisaalta myös Suomessa on tiettyjen rajoitustenormien osalta päädytty sellaiseen joustamattomaan ratkaisumalliin, että niiden loukkaamisesta seuraa automaattisesti epäitsenäinen hyödyntämiskielto. Suhtautuminen hyödyntämiskieltoon näyttää näiden esimerkkien valossa heilurimaisena liikkeenä, jossa rikosvastuun toteuttaminen ja menettelyllinen oikeudenmukaisuus saavat eri yhteiskunnissa ja eri poliittisissa tilanteissa erilaisia painoarvoja. Tämä on oikeastaan luontevaakin, koska suhtautuminen hyödyntämiskieltoon heijastelee sitä, millainen käsitys oikeudenmukaisuudesta yhteiskunnassa kulloinkin vallitsee.

Saksan oikeuskäytännössä ja oikeuskirjallisuudessa esiintyy lukuisia yrityksiä määrittää yksiselitteisesti, milloin hyödyntämiskielto olisi asetettava ja milloin ei. Myös Hormia ja Pölonen ovat arvioineet esimerkiksi oikeuspiiriteoriaa (Rechtskreislehre), normin suojatarkoituksen teoriaa (Schutzzwecklehre) ja punnintateoriaa (Abwägungslehre). Oikeuspiiriteorian mukaan hyödyntämiskielto olisi asetettava, jos todisteen hankkiminen loukkaa jotain oikeusnormia tai vastaajan suojattua oikeuspiiriä. Normin suojatarkoitusta painottavien teorioiden mukaan hyödyntämiskielto riippuu loukatun normin tavoitteesta ja tulee asettaa, jos todistelunrajoituksen suojatarkoitus sitä edellyttää. Punnintateorioissa keskitytään arvioimaan hyödyntämisen etuja ja haittoja. Johtopäätöksensä Eder joutuu toteamaan, ettei kattavaa teoriaa ole voitu kehittää, vaan kaikissa vaihtoehdoissa on omat heikkoutensa. Tästä syystä jonkinlainen punnintaratkaisu on siten ainoa kysymykseen tuleva vaihtoehto.<sup>351</sup>

Suomalaisen todistelunrajoitejärjestelmän perusratkaisuna on intressipunnintoihin perustuva ratkaisumalli. Järjestelmään sisältyy tosin eräitä joustamattomia, sääntötyyppisiä hyödyntämiskieltoja. Ne perustuvat lainsäätäjän suo-

sen 2009 s. 12.

<sup>349</sup> Turner 2014 s. 822–829.

<sup>350</sup> *Ibid.* s. 829–830, Re 2014 s. 1888–1893.

<sup>351</sup> Eder 2015 s. 79–94 ja laajana katsauksena oikeuskirjallisuudessa esiintyneihin kantoihin s. 138–175. Ks. myös Hormia 1978 s. 268–273 ja Pölonen 2003 s. 217–219. Ymmärrän Pöloksen katsovan, että punnintateoriaan on mahdollista sisällyttää ajatukset syytetyn oikeuspiirin suojaamisesta ja normin suojatarkoituksen ylläpitämisestä (*ibid.*), mikä tekee siitä muita käyttökelpoisemmän ”metateorian”. Toisaalta punnintateorian jäsentämiseksi on välttämätöntä selvittää, millaisten kriteerien perusteella punninta voidaan suorittaa.

rittamaan abstraktiin punnintaan rajoittamista ja hyödyntämistä puoltavien intressien kesken. Joustava ratkaisumalli voi lisäksi sisältää periaatetyypisempiä, joustavia normeja, jotka siirtävät päätöksenteon tuomioistuimelle konkreettisissa tapauksissa. Lainsäätäjä voi kuitenkin ohjata harkintaa esimerkiksi säätämällä laissa ne kriteerit, joihin tuomioistuimen tulee perustaa arviointinsa. Yksiselitteisten kriteerien määrittäminen on tosin käytännössä osoittautunut jokseenkin mahdottomaksi, koska konkreettiset punnintatilanteet voivat olla hyvin moninaisia.<sup>352</sup>

### 3.2.2 Mahdollisia arviointiperusteita

*Mike Madden* jakaa hyödyntämisrajoitteiden perusteet taaksepäin suuntautuviin eli reparatiivisiin ja eteenpäin suuntautuviin eli preventiivisiin. Pölönen on vastaavasti todennut, että hyödyntämiskiellon tarkoitus voi olla retrospektiivinen tai prospektiivinen tarkoittaen käsittäkseni samaa asiaa. Käytän jatkossa viimeksi mainittuja termejä. Hyödyntämisrajoitteita voidaan siten perustella joko ennen hyödyntämisvaihetta tapahtuneella oikeudenloukkauksella tai arvioimalla sitä, millaisiin seurauksiin todisteen hyödyntäminen johtaisi. Retrospektiiviset perusteet voidaan Maddenin mukaan jaotella vielä kahteen alatyyppiin, joiden erona on se, hyvitetäänkö oikeudenloukkaus täysimääräisesti hyödyntämiskiellolla vai jotenkin muutoin.<sup>353</sup> Toisaalta voidaan esittää sekä retrospektiivisiä että prospektiivisiä vastaperusteita eli perusteita hyödyntämisen sallimiselle.

Jos hyödyntämiskielto on epäitsenäinen, se toimii edellä todetuin tavoin oikeusseuraamuksena ja sen soveltaminen on siten seurausta jonkin primaarisen rajoitusnormin loukkauksesta. Epäitsenäisillä hyödyntämiskielloilla on siten aina retrospektiivinen, taaksepäin suuntautuva peruste.<sup>354</sup> Määräämällä rikottua rajoitetta sisällöltään vastaava hyödyntämiskielto toteutetaan täysimääräinen kompensatio eli palautetaan oikeustila sellaiseksi, kuin se olisi, jos loukkausta ei olisi koskaan tapahtunut (*ennallistamisfunktio*). Hyödyntämisen salliminen merkitsisi näin tarkasteltuna retributiivista epäoikeudenmukaisuutta eli sitä, että joku asianosaisista hyötyisi oikeudenloukkauksesta toisen kustannuksella.<sup>355</sup> Suomessa lainsäätäjä on omaksunut tällaisen ratkaisumallin todistamiskieltojen osalta, kuten jäljempänä tarkemmin ilmenee (luku 5.4.3).

<sup>352</sup> Ks. Pölönen 2003 s. 215, Hormia 1978 s. 267–268.

<sup>353</sup> Madden 2015 s. 447, Pölönen 2003 s. 206. Ks. erilaisista luokitteluista esim. Øyen 2010 s. 435, Pölönen 2003 s. 215–218 ja Lundqvist 1998 s. 236–237.

<sup>354</sup> Pölönen 2003 s. 206.

<sup>355</sup> Madden 2015 s. 453. Ks. myös Pölönen – Tapanila 2015 s. 243, Lundqvist 2010 s. 51 ja Re 2014 s. 1902.

Vapaata hyödyntämistä voitaisiin perustella retrospektiivisesti sillä, että hyödyntämiskysymys ja kysymys vastaajan syyllistymisestä rikokseen ovat toisistaan riippumattomia. Mahdollinen menettelyvirhe ei siten saisi estää aineellisen oikeudenmukaisuuden edellyttämää rikosvastuun toteuttamista. Tällaisen *erillisyyseriaatteen* mukaan todisteen hyödyntäminen ei myöskään merkitse hyväksyvää kannanottoa todistelumenettelyssä tapahtuneeseen menettelyvirheeseen. Oikeudenloukkauksen perusteella voitaisiin kuitenkin erillisessä menettelyssä määrätä esimerkiksi vahingonkorvaus tai kurinpidollinen seuraamus, joka voisi hyvittää menettelyllistä oikeudenloukkausta. Tällöin voitaisiin välttää prosessinulkoisiin rajoittamisperusteisiin liittyvä luotettavan, aineellista syyllisyyttä osoittavan todistelun poissulkeminen.<sup>356</sup>

Voidaan myös ajatella, että hyödyntämiskiellon asettamista vastaan puhuisi se, että selvitettävänä on vakava rikos ja selvittämisen suhteellinen painoarvo olisi tästä syystä suurempi.<sup>357</sup> Todistelu-uudistuksen esitöiden mukaan rikoksen vakavuus voidaan ottaa huomioon hyödyntämistä puoltavana seikkana.<sup>358</sup> *Peter Mirfield* kuitenkin pitää rikoksen vakavuuteen perustuvaa argumentaatiota yksinkertaistettuna huomauttaen, että myös syyttömän suojaamisen painoarvo kasvaa, kun kysymys on vakavasta ja siten ankarammin rangaistavasta teosta. Pitkälle vietyinä argumentit johtaisi sen hyväksymiseen, että tarkoitus pyhittää keinot ja että hyödyntämiskiello ei välttämättä tulisi kysymykseen muutoin kuin lievissä rikoksissa.<sup>359</sup> Tämä puolestaan on ristiriidassa sen EIT:n ilmaiseman ajatuksen kanssa, että menettelyllisen oikeusturvan merkitys on suurin, kun tutkitaan vakavaa rikosta.<sup>360</sup>

Selvitettävän rikoksen vakavuuden ja menettelyllisen oikeusturvan suhde olisikin liian yksinkertaistettua jäsentää siten, että ”kansalaisen tekemä vääräys voitaisiin kuitata valtion tekemällä vääryydellä”<sup>361</sup>. Rikostutkinnassa sallitaan sinänsä perusoikeuksiin puuttuvien menetelmien käyttö, mikä osoittaa lainsäätäjän tekemää suhteellisuuspunnintaa (ks. jäljempänä luku 8.3.3). Mitään blankotoimivaltuuksia rikoksen vakavuus ei kuitenkaan perusta, mihin käytännössä voisi johtaa se, että mitkä tahansa menettelylliset oikeudenloukkaukset sallittaisiin rikoksen vakavuuteen vetoamalla. Tämä ei tietenkään estä ottamasta tutkittavan rikoksen vakavuutta huomioon eräänä

<sup>356</sup> Jackson – Summers 2012 s. 155, Torgersen 2009 s. 97–98, Schlesinger 1977 s. 86. Erillisyyseriaatetta on kannattanut myös Wigmore, jonka mukaan todisteen hyödyntäminen ei merkitse oikeudenloukkauksen hyväksymistä vaan ainoastaan sen sivuuttamista (Wigmore 1923 IV s. 626).

<sup>357</sup> Ks. esim. Pölonen 2003 s. 239, Hormia 1978 s. 37, Torgersen 2009 s. 175–176, Schlesinger 1977 s. 61–62, Mirfield 1997 s. 31–33.

<sup>358</sup> HE 46/2014 vp s. 93.

<sup>359</sup> Mirfield 1997 s. 31.

<sup>360</sup> ”It is in the face of the heaviest penalties that respect for the right to a fair trial is to be ensured to the highest possible degree by democratic societies.” (Salduz v. Turkey [GC], 27.11.2008, kohta 54 *in fine*).

<sup>361</sup> Ks. Hormia 1978 s. 37.

hyödyntämistä puoltavana argumenttina – sen merkitystä vain ei tulisi korostaa liiaksi.

Hyödyntämiskieltoa voidaan lisäksi vastustaa sillä perusteella, että sen asettaminen merkitsee liian pitkälle menevää kompensaa­tion muotoa. Etenkin aineellisesti syyllisen vastaajan voidaan katsoa hyötyvän kohtuuttomasti yhteiskunnan ja rikoksen uhrin kustannuksella, jos menettelyvirheen hyvittäminen johtaa käytännössä syytteen hylkäämiseen. Tällaista näkemystä voidaan perustella esimerkiksi erillisyyseriaatteeseen tai rikoksen vakavuuteen vetoamalla. Jos oikeustilan täydellinen ennallistaminen katsotaan epäoikeudenmukaiseksi, voivat muut hyvityskeinot kuin hyödyntämiskielto tulla kysymykseen (*hyvitysfunktio*). Tällöin tapahtuneen oikeudenloukkauksen kaikkia vaikutuksia ei poisteta.<sup>362</sup> Esimerkiksi hyödyntämiskiellon etäisvaikutus (ks. edellä luku 3.1.2) voidaan nähdä liian pitkälle meneväksi ennallistamiseksi.

Eräs mahdollinen hyödyntämistä rajoittava mutta kieltoa lievämpi hyvityskeino on laittoman todisteen näyttöarvon madaltaminen keinotekoisesti. Mitään periaatteellista estettä ei olisi säätää esimerkiksi, että laittomasti hankittu todistelu ei yksin tai pääasiassa voi riittää syyksilukevaan tuomioon. Tämä johtaisi oikeudenloukkauksen tahraavan vaikutuksen vähenemiseen, mutta mahdollistaisi toisaalta myös rikosvastuun toteuttamisen. Tällainen järjestely olisi kuitenkin ongelmallinen poikkeus vapaasta näytön arvioinnista, koska se sisältäisi jonkinlaisen legaalisen elementin. Lisäksi on huomattava, että laittoman hankkimistavan johdosta todisteen näyttöarvo voi olla matala ilman, että sitä keinotekoisesti madallettaisiin. Vaikka todisteen näyttöarvolle voi olla merkitystä hyödyntämisestä päätettäessä, näyttöarvon määrittäminen tulisi pitää erillään hyödyntämiskysymyksestä.<sup>363</sup>

Mielestäni on väärin tulkita EIT:n ”yksin tai pääasiassa” -tyyppisiä perustelulausumia siten, että niistä voitaisiin johtaa kuvatun tyyppisiä todistelunrajoitteita. EIT kiinnittää kylläkin huomiota näytön arviointiin ja riidanalaisen todistelun luotettavuuden tueksi esitettyihin perusteisiin, mutta ei missään tapauksessa edellytä, että kansalliset tuomioistuimet keinotekoisesti madaltaisivat jonkin todisteen näyttöarvoa.<sup>364</sup> Sen sijaan on oikein todeta, että hankkimismenettelyn mahdollinen todisteen luotettavuutta heikentävä vaikutus on arvioitava tarkoin, mutta tätä edellyttää vapaa näytön arviointi. Jos yleisten kokemussääntöjen perusteella arvioitaessa ilmenee seikkoja, jotka asettavat todisteen luotettavuuden kyseenalaiseksi, todisteen näyttöarvo on matala, ei ”madallettu”.<sup>365</sup>

<sup>362</sup> Madden 2015 s. 454–455.

<sup>363</sup> Samoin Riekkinen 2014 s. 154 ja Pölonen – Tapanila 2015 s. 230–231. Ks. myös Fredman 2018 s. 83–85, Hormia 1978 s. 283–284, Lundqvist 2017 s. 168 ja Maffei 2006 s. 47.

<sup>364</sup> Vrt. KKO 2011:91 (kohta 16): ”Mikäli todiste on hankittu lainvastaisella taikka muutoin virheellisellä menettelyllä, tämä voi heikentää todisteen näyttöarvoa. Euroopan ihmisoikeustuomioistuin on ratkaisukäytännössään katsonut, ettei tuomiota voida pääasiallisesti tai kokonaan perustaa laittomasti hankitulle todistusaineistolle.”

<sup>365</sup> Ratkaisun KKO 2011:91 kohdassa 17 todetaan: ”Käsiteltävässä asiassa esitutkiminennettely

Oikeudenloukkausta voidaan hyvittää myös muilla tavoin kuin rajoittamalla todisteen hyödyntämistä. Tällöin retribuutio irrotetaan siitä rikosprosessista, jossa laitonta todistetta käytetään. Erilaisia vaihtoehtoisia hyvitystapoja voivat olla rangaistuksen alentaminen, oikeus vahingonkorvaukseen valtiolta, loukkaukseen syyllistyneen henkilön rankaiseminen tai ojentaminen esimerkiksi hallinnollisessa menettelyssä.<sup>366</sup> Salassapitointressien osalta oikeudenkäynnin julkisuuden rajoittaminen voi tarjota riittävän suojan. Lievimmillään hyvityksenä voidaan pitää menettelyvirheen toteamista, mihin esimerkiksi EIT saattaa päätyä arvioidessaan sitä, onko valittajalla oikeutta vahingonkorvaukseen.<sup>367</sup> Tapanila tulkitsee hyödyntämiskielton olevan viimesijainen keino hyvittää menettelyllisiä oikeudenloukkauksia, mihin käsitykseen voidaan yhtyä.<sup>368</sup>

Hyödyntämisen rajoittamista voidaan arvioida myös prospektiivisesti vertailemalla sen hyödyllisiä ja haitallisia seurauksia.<sup>369</sup> Edellä on jo useasti tullut todettua, että eräs ilmeinen haitallinen seuraus hyödyntämiskiellostä on syyllisen suojaamisen ongelma eli mahdollisuus siitä, että aineellisesti syyllinen vastaaja vapautuu hyödyntämisorjoitteen soveltamisen vuoksi. Tällä perusteella voidaan katsoa, että erityisesti luotettavan todistelun tulisi olla käyttökelpoista. Peruste on hyvin lähellä erillisysperiaatetta, näkökulma vain on toinen. Automaattiset hyödyntämiskielto johtaisivat joka tapauksessa haitallisiin seurauksiin rikosvastuun toteuttamistavoitteen ja aineellisen rikosoikeuden suojaamien oikeushyvien kannalta. Todistelunrajoitteilla suojattavat intressit eivät ole myöskään *prima facie* selvittämistä painavampia.

Vahvasti prospektiivinen peruste rajoittaa todistelua on niin sanottu *kurinpitofunktio*. Tämän perusteen mukaan hyödyntämistä rajoittamalla luodaan pelote, joka ohjaa viranomaisia toimimaan menettelysäännösten mukaisesti. Hyödyntämiskielto asetetaan siis uusien oikeudenloukkausten estämiseksi eikä suoranaisesti reaktiona jo tapahtuneeseen loukkaukseen. Yhdysvalloissa kurinpitofunktio on keskeinen hyödyntämiskieltojen ja toisaalta myös siitä tehtävien poikkeusten peruste. Hyödyntämiskieltoa ei esimerkiksi välttämättä aseteta

---

on ollut sinänsä virheetön eikä tavan, jolla todisteet ovat tulleet esitutkintaviranomaisen tietoon, voida katsoa suoranaisesti vaikuttavan todisteiden luotettavuuteen.” Kohdista 16 ja 17 voidaan yhdessä lukea, että kysymys ei ole keinotekoisesta näyttöarvon madaltamisesta, vaan oikeudenloukkauksen mahdollisen luotettavuutta heikentävän vaikutuksen huolellisesta arvioinnista (samoin KKO 2015:86, kohta 22 *in fine*).

<sup>366</sup> Torgersen 2009 s. 63–65, Schlesinger 1977 s. 71–92.

<sup>367</sup> Ks. esim. Dvorski v. Croatia [GC], 20.10.2015 (kohta 117) ja siinä viitatu tapaukset, joissa EIT on todennut loukkauksen toteamisen riittäväksi hyvitykseksi valittajalle. Ks. myös Pellonpää ym. 2018 s. 282–285.

<sup>368</sup> Tapanila 2019b s. 285. Riekkinen pitää vastaavasti hyödyntämiskieltoa viimesijaisena keinona suojata vastaajan perusoikeuksia (Riekkinen 2014 s. 190).

<sup>369</sup> Pölönen 2003 s. 206–207 ja 219–220. Todistelu-uudistuksessa todetaankin vastaavasti harkinnanvaraisen OK 17:25.3:n hyödyntämiskielto-säännöksen perusteluissa, että punninnan yleisenä lähtökohtana tulee verrata toisiinsa selvittämistä intressiä ja hyödyntämisestä seuraavia epäedullisia vaikutuksia (HE 46/2014 vp s. 92).



viranomaisen toimittua hyvässä uskossa, mikä on johdonmukaista, koska erehdyksiä ei voida estää pelotteella. Hyödyntämiskielto soveltuu kuitenkin tutkimusten mukaan vain heikosti viranomaisiin kohdistuvaksi sanktioksi, koska sillä ei tosiasiaassa ole kovin tehokasta pelotevaikutusta.<sup>370</sup>

Voidaan myös perustellusti kysyä, eikö oikeudenloukkaus ole kohteen kannalta yhtä haitallinen riippumatta siitä, loukkaako viranomainen menettelysäännöksiä tietoisesti vai ei.<sup>371</sup> Suomen oikeudessa kurinpitofunktion onkin suhtauduttu torjuvasti eikä sille voida antaa ainakaan yhtä suurta painoarvoa kuin Yhdysvalloissa. Lakivaliokunta lausui todistelu-uudistuksen yhteydessä yksiselitteisesti, että ”todisteiden hyödyntämiskiellon tarkoitus ei ole toimia kurinpitokeinona, jolla puututtaisiin viranomaistoiminnan virheisiin tai puutteisiin”.<sup>372</sup> Toisaalta harkinnanvaraisen hyödyntämiskiellon määräämistä koskevassa harkinnassa voidaan hallituksen esityksen mukaan kiinnittää huomiota siihen, onko menettely ollut tarkoituksellisesti lainvastaista. Viranomaisen toiminnan tarkoitus ja tietoisuus lainvastaisuudesta voivat siten olla merkityksellisiä lisäargumentteja.<sup>373</sup>

Hyödyntämiskielloilla voi toki olla viranomaisten toimintaa ohjaava pedagoginen vaikutus. Mirfield katsookin, että hyödyntämiskielto(ratkaisuilla voi olla viranomaisten kannalta kurinpidollista vaikutusta, vaikka niiden tarkoitus ei olisikaan kurinpidollinen. Kurinpitofunktion selitysvoima liittyy ehkä eniten siihen, että jos selvittämisenintressi asetettaisiin kaikkien muiden intressien yläpuolelle, viranomaisilla olisi tavallaan kannustin hankkia todisteita keinolla millä hyvänsä.<sup>374</sup> Suomessa poliisiin toisaalta luotetaan erittäin paljon esimerkiksi kaikilla vuonna 2016 toteutetun World Internal Security & Police Indexin mittareilla.<sup>375</sup>

<sup>370</sup> Madden 2015 s. 447–449 ja 458, Re 2014 s. 1894–1902, Torgersen 2009 s. 41–50, Brøbech 2003 s. 22–28, Lundqvist 1998 s. 236–237 ja Mirfield 1997 s. 21–23. Ks. Yhdysvaltain oikeudesta esim. Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009) ja Schlesinger 1977 s. 11–41. Kurinpitofunktio näyttättyy jossain määrin hyvityksen peilikuvana, koska kummassakin tapauksessa keskeistä on laittomalla menettelyllä saadun distributiivisesti epäoikeudenmukaisen edun riistäminen. Tarkastelutapa hyvitysnäkökulmasta on kuitenkin enemmän loukatun, kurinpitofunktiossa loukkaajan (ks. Madden 2015 s. 447 ja 453).

<sup>371</sup> Mirfield 1997 s. 30.

<sup>372</sup> LaVM 19/2014 vp s. 7.

<sup>373</sup> HE 46/2014 vp s. 93, samoin Pölönen 2003 s. 241.

<sup>374</sup> Mirfield 1997 s. 22, samoin Brøbech 2003 s. 29. Ks. myös Hormia 1978 s. 285, Pölönen 2003 s. 241–242, Pattenden 2006 s. 6–7, Madden 2015 s. 449 ja Gäfgen v. Germany [GC], 1.6.2010 (kohta 178): ”Admittedly, in the context of Article 6, the admission of evidence obtained by conduct absolutely prohibited by Article 3 might be an incentive for law-enforcement officers to use such methods notwithstanding such absolute prohibition.” EIT:n oikeuskäytännön voidaan myös katsoa ilmentävän tietynlaista epäluuloisuutta poliisia kohtaan (Øyen 2010 s. 435).

<sup>375</sup> WISPI 2016 s. 17. Luottamus Suomen poliisiin oli tutkimuksen mittareilla toiseksi korkein maailmassa Singaporen jälkeen. Toisaalta 18 % suomalaisista haastatelluista katsoi poliisin tehneen selviä virheitä toiminnassaan (Poliisibarometri 2018 s. 5–8). Ks. poliisin toiminnan legitimiudesta myös Poliisibarometri 2020 s. 39–49, missä todettiin luottamuksen poliisin toimintaan

Vasta-argumenttina hyödyntämiskielloille voidaan esittää, että sellaiset ovat kurinpitönäkökulmasta tarpeettomia valtioissa, joissa viranomaisten väärinkäytökset ovat yleensä vähäisiä. Tällöin yhteiskunnan kannalta olisi olennaisesti tärkeämpää suojella kansalaisia rikollisilta kuin suojella kansalaisia viranomaisilta.<sup>376</sup> Lisäksi kurinpitofunktio sallisi periaatteessa yksityishenkilön lainvastaisesti saaman todisteen hyödyntämisen, koska sen katsotaan kohdistuvan vain viranomaisiin.<sup>377</sup> Viimeksi mainittu voidaan todistelu-uudistuksen esitöiden mukaan ”lähtökohtaisesti” ottaa huomioon hyödyntämistä ”jossain määrin puoltavana seikkana”.<sup>378</sup>

Saksassa ja Pohjoismaissa on keskusteltu hyödyntämiskysymyksen ratkaisemisesta sillä lähinnä prospektiivisella perusteella, voidaanko tapahtuneen oikeudenloukkauksen voimistuminen tai syveneminen estää. Tällaisen ”*syvenemismfunktion*” mukaan todisteen hyödyntämistä tulee rajoittaa, jos lisähaitan syntyminen voidaan siten ehkäistä, ja vastaavasti rajoittaminen ei ole tarpeen, jos se ei ole mahdollista. Suomessa ajatussuuntaa on edustanut erityisesti Hormia, joka saksalaisen Grünwaldin näkemykseen nojaten piti keskeisenä sen tutkimista, ”onko määräyksen suojelutarkoitus tehty tyhjäksi niin pian kuin sitä vastaan on rikottu vai tietäisikö vasta todistelutuloksen hyväksikäyttäminen suojatun intressin loukkaamisen täydentymistä tai syventymistä”. Hyödyntämiskielto ei olisi välttämättä tarpeellinen, jos intressin loukkaus ”tyhjentyä tapahtuneeseen todistelurikkomukseen”.<sup>379</sup>

Syvenemisopin tai suojatarkoitusteorian ongelmana on ensinnäkin erilaisen salassapito-intressien epäjohdonmukainen suoja. Hormian mukaan esimerkiksi papin vaitiolovelvollisuuden osalta virhe on korjattavissa sen tapahtuessa esitutkinnassa mutta ei lähtökohtaisesti enää oikeudenkäynnissä, joten pääkäsittelyssä paljastettava tieto olisi hyödyntämiskelpoinen. Sen sijaan valtiosalaisuuksien osalta hän katsoi, että ”olisi järjestelmän vastaista riistää todis-

---

hieman laskeneen, vaikka arviot poliisin arvojen ja oikeudenmukaisuuskäsitysten legitimitteetistä olivat tutkimuksen perusteella pysyneet käytännössä ennallaan.

<sup>376</sup> Samoin Pölönen – Tapanila 2015 s. 238, Hormia 1978 s. 301 ja Tanskan osalta Brøbech 2003 s. 24–25. Ks. myös Zuckerman 1989 s. 344. Kumotun esitutkintalain (30.4.1987/449, VETL) esitöissä on korostettu, ”ettei [kuulustelussa] sopimattomien menettelytapojen kieltäminen laissa johdu siitä, että tällaisia menettelytapoja olisi maassamme käytetty rikostutkinnassa. Kielto pohjautuu jo viime vuosisadalla syntyneisiin poliisin eettisiin ohjeisiin ja on sittemmin siirtynyt monien maiden lainsäädäntöön” (HE 14/1985 vp s. 27).

<sup>377</sup> Zuckerman 1989 s. 344.

<sup>378</sup> HE 46/2014 vp s. 94.

<sup>379</sup> Hormia 1978 s. 275–276. Grünwaldin katsotaan saksalaisin käsittein edustavan Schutzzwecklehreä, vaikka hän itse viittaa Rechtskreistheorie-oppiin. Nämä suuntaukset ovatkin lähellä toisiinsa: viimeksi mainitun mukaisesti hyödyntämiskysymys olisi ratkaistava sen mukaan, onko loukkaus kohdistunut vastaajan tai tämän lähimpiin oikeussuojaan, ensimmäisen mukaan keskeistä on todistelua rajoittavan normin suojatarkoitus. Ks. Grünwald 1966 s. 492–493, Torgersen 2009 s. 136–137, Lundqvist 1998 s. 168–169, Pölönen 2003 s. 218 ja Eder 2015 s. 139–149.

tamiskiellolta sen tehoisuus”, mistä syystä hyödyntämiskielto tulisi asettaa.<sup>380</sup> Tuntuu kuitenkin perustellummalta katsoa, että laittomasti hankitun tiedon esittäminen oikeudenkäynnissä ja sen hyödyntäminen syventävät aina salassapitointressin loukkausta. Näin ollen ”järjestelmän mukaista” olisi ylläpitää suo-  
 jeluintressiä myös hyödyntämävaiheessa, jos sitä aikaisemmissa vaiheissa lou-  
 kataan.<sup>381</sup>

Erikoista olisi toisaalta sallia hyödyntäminen sillä perusteella, että loukkaus on niin vakava, että todistelunrajoitteen suojeleuintressi tehdään kerralla tyhjäksi. Syvenemisfunktion kannalta oltaisiin tilanteessa, jossa ”tehtyä ei saa teke-  
 mättömäksi” tai ”vahinko on jo tapahtunut”. Käyttäen jälleen ääriesimerkkinä kidutusta voitaisiin ajatella, että kun vakava loukkaus on tapahtunut hankkimis-  
 vaiheessa, se ei enää voi syventyä. Tällöin suojeleuintressin ydinalueen suoja jäisi heikoksi. Syvenemisfunktio ei selitä täysin sitä, miksi hyödyntämiskiellol-  
 la ei voitaisi tehokkaasti poistaa loukkauksen vaikutuksia, mihin edellä tarkas-  
 teltu ennallistamisfunktio juuri perustuu. Todistelu-uudistuksen esitöissä näyt-  
 tääkin lähdetyn siitä, että syvenemisfunktioikin sopii enimmillään täydentäväksi  
 argumentiksi hyödyntämisharkinnassa.<sup>382</sup>

Hyödyntämismvapauden puolesta voidaan yleisesti ottaen vedota siihen vaikeu-  
 teen, joka voi liittyä kerran laittomasti paljastetun tiedon huomiotta jättämi-  
 seen (*kognitiivinen ongelma*). Hyödyntämiskielto on näin ajateltuna joka ta-  
 pauksessa tehoton keino estää virheen syveneminen tai ennallistaa tilanne.  
 Toisaalta tuomarit joutuvat päivittäin toimimaan eri suuntaisten tietojen risti-  
 paineessa ja sivuuttamaan joitain saamiaan tietoja. Lisäksi hyödyntämiskiel-  
 to ei edellytä laittoman näytön pyyhkimistä pois tuomarin mielestä, vaan sen  
 sulkemista päätöksentekoprosessin ulkopuolelle. Tämäkään ei ole yksinker-  
 tainen vaatimus, mutta toisaalta näyttöratkaisun perustelut paljastavat viime  
 kädessä sen, onko hyödyntämistä rajoitettu vai ei. Hyödyntämiskiellon to-  
 teuttamisen osaltaan mahdottomaksi kokevan tuomarin olisi jääväntävä itsen-  
 sä, minkä tulisi olla poikkeuksellista.<sup>383</sup>

<sup>380</sup> Hormia 1979 s. 10 ja 120–121.

<sup>381</sup> Ks. Perustellun kriittisesti syvenemisfunktiosta esim. Pölönen 2003 s. 243–244, Øyen 2010 s. 429–430, Torgersen 2009 s. 146–149, Brøbech 2003 s. 297–300 ja Lundqvist 1998 s. 172–174. Lappalainen on lisäksi huomauttanut, että oikeudenloukkaus syvenisi tavallaan väistämättä muu-  
 toksenhakuvaiheessa, jos siellä pitäisi saman todistelun vastaanottamiseksi tietoisesti loukata to-  
 distamiskieltoa (Lappalainen 2001 s. 232). Selvää lienee, että todistamiskiellon rikkominen olisi  
 sinänsä peruste valittaa tuomiosta, jolloin oikeudenloukkaus tulisi korjattavaksi muutoksenhaus-  
 sa. Olisi tähän nähden jo oikeusastejärjestyksen kannalta perusteltua, että muutoksenhaku voitai-  
 siin välttää asettamalla hyödyntämiskielto alemmassa tuomioistuimessa.

<sup>382</sup> HE 46/2014 vp s. 94.

<sup>383</sup> Hormia 1979 s. 39–40 ja 165–168, Pölönen 2003 s. 210–211. Esimerkiksi Jackson ja Sum-  
 mers kyseenalaistavat todistelun rajoittamisen soveltuvuuden ylipäättään mannermaisiin oikeus-  
 järjestyksiin, joissa ei ole juryä: ”— not knowing is the essence of ‘admissibility’ and of ‘exclu-  
 sion’” (Jackson – Summers 2012 s. 72). Ks. toisaalta Virolainen 1998 s. 425 av. 3, missä todetaan,  
 että ongelma koskee erityisesti tilannetta, jossa näyttöratkaisua ei juurikaan perustella. Näytön  
 perustelemiselle asetettavat tiukat laatuvaatimukset johtavat Virolaisen mukaan siihen, että hyö-

Prospektiivisena perusteena hyödyntämiskielolle voidaan lisäksi esittää, että jättämällä todisteen hyödyntämättä tuomioistuin nimenomaan osoittaa, että se ei hyväksy loukkausta, ja näin ikään kuin erottautuu siitä ylläpitääkseen menettelyn laillisuutta ja oikeudenmukaisuutta. Tällaisen *integriteettifunktion* perustana on ajatus siitä, että oikeusvaltiossa ei voida yhtäältä sallia lainvastaista menettelyä todistelussa ja toisaalta rangaista vastaajaa hänen lainvastaaisesta menettelystään.<sup>384</sup> Myös EIT on viitannut lainkäytön integriteettiin eli ”puhtauteen”<sup>385</sup> hyödyntämiskieltoa puoltavana perusteena toteamalla esimerkiksi, että kiduttamalla hankitun todisteen hyödyntämiskielloilla suojataan lainkäytön integriteettiä ja siten viime kädessä oikeusvaltioperiaatetta.<sup>386</sup> Integriteettifunktio kytkeytyykin rikosprosessuaaliseen laillisuusperiaatteeseen (ks. edellä luku 2.1.3).

EIT:n suuren jaoston Gäfgen-tuomioon liittyvässä lausunnossa<sup>387</sup> on mielestäni onnistuttu tiivistämään integriteettifunktion tarkoitus: ”We are mindful of the consequences that flow from a strict application of the exclusionary rule where violations of Article 3 are concerned. We recognise that, at times, often reliable and compelling evidence may have to be excluded and that the effect upon the prosecution of a crime may thereby be compromised. Furthermore, the exclusion of such evidence may result in an accused person receiving a lighter sentence than he or she might otherwise have received. However, where this occurs the ultimate responsibility for any such ‘advantage’ to the accused lies, firmly, with the State authorities whose agents, irrespective of their motivation, permitted the perpetration of inhuman treatment and thereby risked compromising the subsequent conduct of criminal proceedings.”

”We are also cognisant of the fact that victims of crime, their families and the public at large all have an interest in the prosecution and punishment of those who engage in criminal activities. However, in our view, there is an equally vital, compelling and competing public interest in the preservation of the values of civilised societies founded upon the rule of law. In such societies, recourse to subjecting individuals to inhuman or degrading treatment,

---

dyntämiskieltojen tehokkuus lisääntyy.

<sup>384</sup> Madden 2015 s. 450–452, Øyen 2010 s. 427, Mirfield 1997 s. 23–28, Zuckerman 1989 s. 350–352 ja erit. av. 23, Re 2014 s. 1904–1905, Torgersen 2009 s. 50–53, Pölönen 2003 s. 211, Hormia 1978 s. 35–37 ja integriteettiperiaatteen kansainvälisestä levinneisyydestä Turner 2014 s. 823–829 ja Bradley 2001 s. 375–376 ja 379–399.

<sup>385</sup> Termi on kapulakielinen, mutta englannin kielen sana integrity voidaan rehellisyyden lisäksi kääntää ainakin lahjomattomuudeksi, tinkimättömyydeksi, koskemattomuudeksi tai loukkaamattomuudeksi. Hyödyntämiskieltoja koskevassa keskustelussa puhutaan toisaalta usein laittoman todistelun ”tahravasta” vaikutuksesta (ks. esim. Pölönen 2003 s. 258, Re 2014 s. 1955 ja Madden 2015 s. 447).

<sup>386</sup> Gäfgen v. Germany [GC], 1.6.2010 (kohta 175). Ks. myös Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom, 17.12.2012 (kohta 264 *in fine*) ja Jackson – Summers 2012 s. 155.

<sup>387</sup> Gäfgen v. Germany [GC], 1.6.2010 (tuomareiden Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ja Power äänestyslausunto, kohdat 11 ja 12).

regardless of its purpose, can never be permitted. There is, in addition, a critical public interest in ensuring and maintaining the integrity of the judicial process and the admission into a trial of evidence obtained in violation of an absolute human right would undermine and jeopardize the integrity of that process. In our view, criminal activity may not be investigated nor an individual's conviction secured at the cost of undermining the absolute right not to be subjected to inhuman treatment as guaranteed under Article 3. To hold otherwise would involve sacrificing core values and bringing the administration of justice into disrepute.”

Integriteettifunktion vastaperusteena näyttäytyy edellä käsitelty erillisyyssperi-aate, jonka mukaan tuomioistuimen ei ole tarpeen tehdä eroa laittomasti saatuun todisteluun. Suhteessa ennallistamis- ja hyvitysfunktioihin voidaan puolestaan todeta, että lainkäytön integriteetti ei ole ainakaan ensisijaisesti yksilöllinen vaan yhteiskunnallinen oikeushyvä.<sup>388</sup> Tarkastelun kohteena ovat todisteen hyödyntämisen tai hyödyntämättä jättämisen yhteiskunnalliset vaikutukset. Nämäkään eri näkökulmat eivät sulje toisiaan pois, vaan ne voivat täydentää toisiaan. Hyödyntämiskysymystä koskevia argumentteja voidaan esittää ja tarkastella retrospektiivisesti ja prospektiivisesti sekä yksilöllisellä että yhteiskunnallisella tasolla. Lisäksi kysymys on lähinnä nimenomaan näkökulmaeroista, jotka eivät ole aina tarkkarajaisia.

Yhteenvetona selostetuista perusteista voidaan todeta, että eri suuntaisten intressien punnintaan perustuva ratkaisumalli tulee lähtökohtaisesti parhaiten kysymykseen sen vuoksi, että hyödyntämistä vastaan ja sen puolesta voidaan jo teorian tasolla esittää useita sinänsä varteenotettavia perusteita. Yleispätevää, kaavamaisista ratkaisua kaikkiin hyödyntämiskysymyksiin ei voida antaa. Sen paremmin absoluuttista hyödyntämistä vapautta kuin hyödyntämiskieltoakaan ei siten voida omaksua ratkaisumalliksi kaikkiin tapauksiin. Vapaaseen todistus-teoriaan perustuvassa järjestelmässämme lähtökohtana on hyödyntämistä vapaus, mutta tuota vapautta voidaan tietyissä tilanteissa rajoittaa punnintaratkaisujen perusteella. Todistelu-uudistus on selventänyt oikeustilaa tältä osin, koska myös harkinnanvaraisen hyödyntämiskielton perusteista on säädetty laissa.

OK 17:25:n mukaan kiduttamalla (1 momentti) ja itsekriminointisuojaaj loukkaamalla (2 momentti) saatu todistelu on hyödyntämiskelvotonta. Lainkohdan 3 momentti kuuluu: Muussa tapauksessa tuomioistuin saa hyödyntää

<sup>388</sup> Ks. Madden 2015 s. 450, Mirfield 1997 s. 23 ja Gäfgen v. Germany [GC], 1.6.2010 (kohta 175 *in fine*): ”Indeed, there is also a vital public interest in preserving the integrity of the judicial process and thus the values of civilised societies founded upon the rule of law” [kursivointi tässä]. Pölonen ja Tapanila katsovat, että integriteettiperiaatteen edellyttämät punnintaratkaisut tulisi jättää ensisijaisesti lainsäätäjälle (Pölonen – Tapanila 2015 s. 242). Pidän kuitenkin selvänä, että esimerkiksi OK 17:25.3:n edellyttämään oikeudenloukkauksen vakavuuden arviointiin voi kuulua tämäntapaista argumentointia, jonka lainsäätäjä on nimenomaisesti sallinut (HE 46/2014 vp s. 93).

myös lainvastaisesti hankittua todistetta, jolle hyödyntäminen vaaranna oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista ottaen huomioon asian laatu, todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus, hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja muut olosuhteet.

### 3.2.3 Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus

Todistelu-uudistuksen esitöissä viitataan paikoin siihen, että EIS ja sitä koskeva EIT:n oikeuskäytäntö ”edellyttäisivät” joissain tilanteissa hyödyntämiskieltoja.<sup>389</sup> Lisäksi KKO:n oikeuskäytännössä on arvioitu hyödyntämiskysymyksiä jo ennen todistelu-uudistusta EIS 6 artiklaa koskevan ratkaisukäytännön valossa. Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2011:91 lausuttiin, että ”jos todisteen sisältämän tiedon hankkimiseen liittyy vakava oikeudenloukkaus, todisteen käytön kieltäminen voi tulla tapauskohtaisesti kysymykseen”.<sup>390</sup> Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus vaikuttaakin useisiin hyödyntämistä rajoittaviin säännöksiimme. OK 17:25.3:n harkinnanvaraisen hyödyntämiskielto-säännöksen nojalla tuomioistuimella on nykyisin aina mahdollisuus asettaa hyödyntämiskielto tällä perusteella, joten sitä on syytä tarkastella lähemmin.

EIT:n oikeuskäytäntöön on osaltaan vaikuttanut tuomioistuimen pyrkimys ottaa huomioon hyödyntämiskieltole esitettyjä vasta-argumentteja. Tuloksena on hyvin monimutkainen mutta joustava punnintasäännöstö. Hyvitys voi kokonaisuudessaan ajattelun mukaan muodostua myös useista erillisistä osatekijöistä. Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus määritetään tarkemmin eri kriteerejä yksittäistapauksissa soveltamalla. Hyödyntämiskysymyksen joustavaa ratkaisua puoltaa myös se, että yksittäistapauksissa voidaan ottaa huomioon sekä rajoittamista puoltavat syyt että selvittämisen intressi ja muut rajoittamista vastaan puhuvat perusteet. Todisteluun liittyvä oikeudenloukkaus ei kaikissa tapauksissa loukkaa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta kokonaisuutena niin paljon, että todistelua olisi rajoitettava, vaan joskus oikeustila voidaan vakauttaa muutoin.<sup>391</sup>

EIT:n ratkaisujen vaikutuksia ei voida pitää täysin selvinä eikä tätä keskeistä osaa doktriinista itse asiassa kovinkaan kehittyneenä. Rärkeimpiä oikeuden-

<sup>389</sup> Ks. esim. HE 46/2014 vp s. 89 ja erityisesti LaVM 19/2014 vp s. 21, missä harkinnanvaraisen hyödyntämiskielto-säännöksen soveltamista haluttiin rajoittaa, jotta se ”ei menisi pidemmälle kuin mitä ihmisoikeussopimus edellyttää”.

<sup>390</sup> KKO 2011:91, kohta 10. Ks. myös KKO 2012:45, KKO 2013:25 ja KKO 2015:86.

<sup>391</sup> Jackson – Summers 2012 s. 82–83 ja 157, Ervo 1996 s. 44–47, Pölonen 2003 s. 215, Zuckerman 1989 s. 344–345. Pölonen (ibid.) huomauttaa myös aiheellisesti, että yksittäisen perusteen varaan rakentuvaa hyödyntämiskysymyksen ratkaisumallia on helppo kritisoida, kun taas punnintamallia vastaan voidaan esittää lähinnä sen monimutkaisuus – ellei sitten vedota täydelliseen hyödyntämismapauteen.

loukkauksia lukuun ottamatta ihmisoikeustuomioistuin ei ole edellyttänyt todistelun ehdotonta rajoittamista. Esimerkiksi Ibrahim-ratkaisussa todetaan, että loukkauksen toteaminen ei tarkoita sitä, että valittajan tuomio olisi väärä, ja että EIT:n on mahdotonta arvioida, mikä lopputulos olisi ollut, jos loukkausta ei olisi tapahtunut. Toisaalta samassa kohdassa viitataan valittajan mahdollisuuteen saattaa asia ylimääräisen muutoksenhaun kohteeksi. Onko lausumaa tulkittava siten, että korvausvaatimus oli yksinkertaisesti ennenaikainen, vai voidaanko syyksilukeva tuomio pysyttää, jos oikeudenloukkauksella ei ole vaikutusta tuomion aineelliseen oikeellisuuteen?<sup>392</sup>

Jälkimmäinen tulkintavaihtoehtokin näyttää mahdolliselta. EIT on todennut edellä mainitun linjauksen sinänsä vakiintuneeksi ja edelleen täsmentänyt tätä siten, että ylimääräinen muutoksenhaku ei ole ainoa mahdollinen keino sen tuomion täytäntöönpanemiseen. Soveltuvimman täytäntöönpanotavan valinta kuuluu lähtökohtaisesti kansallisille viranomaisille. Mitään tiettyä täytäntöönpanotapaa ei siis edellytetä, kunhan se on tarkoitukseensa tehokas EIT:n ratkaisun lopputulos ja perustelut huomioon ottaen. Ylimääräinen muutoksenhaku on epäilemättä varsin tehokas ja sen vuoksi soveltuva keino panna täytäntöön tuomio, jossa EIS 6 artiklaa on todettu rikottu. Eri asia on, täytyykö tuomio purkaa menettelyvirheen perusteella, jos vastaajan aineellinen syyllisyys voidaan todeta ilman varteenotettavaa epäilyä.<sup>393</sup>

EIT:n tuomioiden täytäntöönpano kuitenkin lähtökohtaisesti edellyttää, että valittajan asema palautetaan mahdollisimman pitkälle sellaiseksi kuin se olisi ilman oikeudenloukkausta (*restitutio in integrum*). Tämä kuitenkin koskee erityisesti sellaisia tilanteita, joissa virhe on vaikuttanut ratkaisun lopputulokseen. Ilmeisesti EIS 6 artiklan loukkauksilla ei tarvitsisi ainakaan automaattisesti olla todistelua rajoittava merkitys, vaan muidenkin hyvityskeinojen käyttäminen olisi tietyissä rajoissa mahdollista.<sup>394</sup> Loukkauksen mahdollinen vaikutus todisteen näyttöarvoon tulisi tietenkin ottaa tarkasti huomioon. On toisaalta selvää, että oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimuksen loukkaukset voidaan säännönmukaisesti sanktioida hyödyntämiskiellolla. Tällöin syyllisen suojaamisen ongelma näyttäytyy väistämättä osana hyödyntämisproblematiikkaa.<sup>395</sup>

<sup>392</sup> Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohta 315).

<sup>393</sup> Ks. Euroopan neuvoston suositus No. R (2000) 2 ja EIT:n oikeuskäytännöstä myös Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2) [GC], 11.7.2017 (kohdat 83 ja 89–98 sekä niissä viitattu oikeuskäytäntö) ja Beuze v. Belgium [GC], 9.11.2018 (kohta 199).

<sup>394</sup> Ks. Euroopan neuvoston suositus No. R (2000) 2, HE 9/2005 vp s. 13 ja 15 ja EIT:n oikeuskäytännöstä esim. Aleksandr Zaichenko v. Russia, 18.2.2010 kohta 65): ”When an applicant has been convicted despite an infringement of his rights as guaranteed by Article 6 of the Convention, he should, as far as possible, be put in the position that he would have been in had the requirements of that provision not been disregarded.”

<sup>395</sup> Ks. OK 17:25.3, LaVM 19/2014 vp s. 20–21 ja Rautio – Frände 2016 s. 184–186. Hallituksen esitys olisi ollut tässä suhteessa joustavampi, sillä siinä kytkentä ei ollut yhtä vahva (HE 46/2014 vp s. 92–95). Hormian mukaan loukkauksen huomioon ottaminen pelkästään näytön arvioinnis-

Suomessa kysymykseen tulee lähinnä tuomionpurku ilmeisen väärän lain soveltamisen nojalla. Ratkaisussa KKO 2008:24 lausuttiin vakiintuneesti katsotun, ettei uusi tuomio ole lainkohdassa tarkoitettu uusi seikka ja tätä sovellettiin myös EIT:n uuteen tuomioon (OK 31:8.1:n 3 k.). Sen sijaan KKO katsoi, että EIT:n oikeudelliset kannanotot ovat Suomen tuomioistuimia sitovia ja ne otetaan huomioon harkittaessa purkamisen mahdollisuutta ilmeisen väärän lain soveltamisen nojalla (OK 31:8.1:n 4 k.). Purkuperusteen soveltaminen on siten sinänsä mahdollista silloinkin, kun lain oikea sisältö täsmentyy vasta ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisulla, jos tuomion purkamisen edellytykset muuten täyttyvät. Tapauksessa KKO:n enemmistö kuitenkin katsoi, että ihmisoikeustuomioistuimen tuomion seurauksena hovioikeuden tuomion vaikutukset olivat tosiasiaa jo poistuneet eikä vastaajan voitu myöskään hänen syykseen luetun rikoksen tai siitä tuomitun rangaistuksen laatu huomioon ottaen enää katsoa kärsineen kielteisiä seurauksia hovioikeuden tuomion johdosta. Tuomionpurkuhakemus hylättiin.<sup>396</sup>

Hyödyntämiskielto on sinänsä soveltuva keino oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden vaarantavan menettelyn korjaamiseen. Tämä ratkaisumalli omaksuttiinkin todistelu-uudistuksessa. Hyödyntämiskielto tulee asetettavaksi, jos EIS 6 artiklan loukkaus todennäköisesti todettaisiin.<sup>397</sup> Vastaava sääntelyratkaisu on omaksuttu esimerkiksi Englannissa.<sup>398</sup> Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimusta voidaan nykyisin pitää eräänlaisena (etenkin itsenäisten) hyödyntämisrajoitteiden metatason normina, joka saa konkreettisen sisältönsä ennen muuta EIT:n oikeuskäytännöstä. Hyödyntämiskielto perustuu tällöin monipuoliseen kokonaisharkintaan, jossa voidaan ottaa huomioon sekä hyödyntämistä vastaan että sen puolesta vaikuttavia retrospektiivisiä ja prospektiivisiä perusteita.

Juuri oikeudenmukaisuuskäsitteen tulkinnanvaraisuus ja joustavuus tekevät siitä soveltuvan perusteen hyödyntämiskieltoille. OK 17:25.3:a voidaan pitää onnistuneena myös subsidiariteettiperiaatteen kannalta, koska hyödyntämiskieltoon asettamiseksi riittää, että oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus vaarantuu. Tämä antaa tilaa kansallisen hyödyntämisdoktriinin ja oikeudenmukaisuuskäsitteen kehitykselle. En pidä tarkoituksenmukaisena sellaista laki-

sa itse asiassa merkitsisi täydellistä hyödyntämismvapautta (Hormia 1978 s. 283–284).

<sup>396</sup> Ks. EIT:n tuomiosta ylimääräisen muutoksenhaun perusteena laajemmin Koponen 2017 s. 535.

<sup>397</sup> HE 46/2014 vp s. 17 ja 50, LaVM 19/2014 vp s. 6, Rautio – Frände 2016 s. 186. Ks. myös Pölonen 2003 s. 224–226 ja Spring-Reiman 2012 s. 150.

<sup>398</sup> Police and Criminal Evidence Actin (1984, PACE) 78 § kuuluu: Exclusion of unfair evidence. (1) In any proceedings the court may refuse to allow evidence on which the prosecution proposes to rely to be given if it appears to the court that, having regard to all the circumstances, including the circumstances in which the evidence was obtained, the admission of the evidence would have such an adverse effect on the fairness of the proceedings that the court ought not to admit it. (2) Nothing in this section shall prejudice any rule of law requiring a court to exclude evidence [kursivointi tässä].



valiokunnan ilmeisesti ajattelemaa mallia, jossa kansalliset tuomioistuimet määräisivät hyödyntämiskiellon ainoastaan sen ollessa EIT:n oikeuskäytännön mukaan välttämätöntä. Kansallisen oikeutemme mukaan täytyy olla mahdollista tulkita säännöstä proaktiivisemmin ja joustavammin eli määrätä hyödyntämiskieltoja myös silloin, kun ihmisoikeustuomioistuimen kanta ei ole täysin selvä.<sup>399</sup>

### 3.2.4 Vakavuus, vaikuttavuus ja vakauttaminen

Distributiivinen ja retributiivinen oikeudenmukaisuus muodostavat mielestäni soveltuvan viitekehysten myös todistusoikeuden normien ja hyödyntämisa rajoitteiden tarkasteluun. Todisteiden hankkimista tai esittämistä rajoittavien säännösten vastaisen menettelyn voidaan näet katsoa perustavan retributiivaateen siinä missä muidenkin oikeudenloukkausten. Näin on tietenkin ainoastaan jonkun oikeusturvan todella vaarantuessa. Hyödyntämiskielto muodostaa periaatteessa aina soveltuvan oikeussuojakeinon, jolla virheen vaikutus voidaan poistaa ja oikeustila palauttaa sellaiseksi kuin se olisi, ellei laitonta hankkimista tai esittämistä olisi koskaan tapahtunutkaan. Muitakin oikeussuojakeinoja voidaan kuitenkin pitää soveltuvina oikeustilan vakauttamiseen. Oikeusseurauksen täytyy toisaalta olla oikeassa suhteessa virheen vakavuuteen.

Pölönen on katsonut, että hyödyntämisharkinnan ”metateoriaksi” soveltuu parhaiten ajatus hyödyntämisen rajoittamisesta oikeussuojakeinona: ”Näkemys mukaan laittomasti hankittujen todisteiden hyödyntäminen voi merkitä ’hyväksynnän antamista’ virheelliselle viranomaismenettelylle ja mahdollisesti uuden tai entistä syvemmän oikeudenloukkauksen sallimista tai aiheuttamista.” Oikeussuojafunktiota ei kuitenkaan ole sovellettava ehdottomasti eli kaikenlaiset menettelyvirheet eivät automaattisesti johda todisteen hyödyntämisen rajoittamiseen.<sup>400</sup> Kaikkien edellä tarkasteltujen teorioiden yhteisenä nimittäjänä näyttäisikin olevan kysymys siitä, onko hyödyntämisen rajoittaminen tarpeellista loukatun oikeussuojan kannalta – tarkasteltiinpa tätä yksilön tai instituutioiden tasolla, prospektiivisesti tai retrospektiivisesti.<sup>401</sup>

<sup>399</sup> Ajatus vastanee suunnilleen *Robert Liljenfeldtin* esittämää EIS:n tultua juuri voimaan Suomessa: ”Suomellekin tullaan varmasti huomauttamaan sopimuksen sisällöstä. Tästä sopimuksen ’korjaavasta’ merkityksestä huolimatta voisi toivoa, että sen ’ehkäisevä’ merkitys olisi kuitenkin tärkein, toisin sanoen että tuomioistuimet ja muut viranomaiset yrittäisivät toimia sopimuksen hengen mukaan. Onnistuakseen tämä vaatii valppautta ja kykyä ajatella dynaamisesti” (Liljenfeldt 1991 s. 700).

<sup>400</sup> Pölönen 2003 s. 216–217.

<sup>401</sup> Ks. myös Pölönen – Tapanila 2015 s. 238: ”Eri näkökulmista huolimatta hyödyntämiskiellon asettamista koskevassa harkinnassa huomio on viime kädessä yksilön oikeusturvassa ja oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin turvaamisessa ja niiden suhteessa rikosvastuun toteuttamisintressiin.”

Edellä on todettu, että rikosprosessin funktiona on vanhastaan pidetty aineellisen oikeussuojan antamista (luku 2.1.1). Oikeudelliset todistelunrajoitteet ovat sen sijaan menettelyllisiä oikeussuojakeinoja. Todistelua rajoittamalla toteutetaan siten menettelyllistä oikeussuojafunktiota. Retrospektiivisiä ja prospektiivisiä perusteita koskevan jaottelun merkitys voidaan nähdäkseni purkaa myös samoilla perusteilla, joita Rawls on käyttänyt rikosoikeudellisen järjestelmän vaikutuksia tarkastellessaan. Vastaavasti kuin rankaisemista voidaan tarkastella yksilöiden käyttäytymistä ohjaavana instituutioon, voidaan ajatella, että hyödyntämisen rajoittaminen instituutioon ohjaa viranomaisten toimintaa täydentämällä laillisuusperiaatetta sekä mahdollistaa oikeusvaltion ”maineen” ylläpitämisen. Kumpikin ovat prospektiivisiä perusteluja. Sen sijaan hyödyntämisen rajoittaminen konkreettisesti tapauksessa näyttäytyy lähinnä loukkaukseen perustuvana, retrospektiivisenä oikeussuojakeinona.

Hyödyntämisharkinnan rakennetta voidaan tarkastella kolmen käsitteen avulla riippumatta siitä, mitä arviointiperusteita harkinnassa painotetaan ja millä tavalla. Muistisäännön omaisesti ne voidaan ilmaista ”kolmena V:nä” eli oikeusturvan vaarantumisen vakavuus, vaikutus ja vakauttaminen. Ne liittyvät tiiviisti yhteen, mutta eroavat kuitenkin eräillä tärkeillä tavoilla. *Vakavuudella* tarkoitan sitä, miten vakavasti distributiivista oikeustilaa on vaarannettu tai loukattu eli miten tärkeä oikeushyvä ja millainen menettelyvirhe ovat kysymyksessä. Esimerkiksi epäinhimillinen kohtelu on loukkauksena vakavampi kuin laitton kotietsintä. Vakavuuden käsitteeseen lukeutuu myös sen arvioiminen, onko loukkausta tapahtunut lainkaan. Jos esimerkiksi salassa pidettävä tieto on paljastettu sen suostumuksella, jonka salaisuudesta on kysymys, hänen oikeusturvansa ei vaarannu.

Sekä itsenäiset että epäitsenäiset hyödyntämisrajoitteet perustuvat jonkin oikeushyvän suojaamiseen. Kysymyksessä voi olla todistelun luotettavuus tai selvittämistäntressiin nähden itsenäinen suojeluintressi. Hyödyntämisrajoitteella pyritään aina ehkäisemään oikeusturvan vaarantuminen (prospektiivisesti) tai poistamaan jo tapahtuneen loukkauksen vaikutukset (retrospektiivisesti). Loukkauksilla voi kuitenkin olla erilaisia seurauksia – epäinhimillinen kohtelu ei välttämättä tuota mitään todisteena käytettäviä tietoja, kun taas laitton kotietsintä saattaa johtaa syytteen kannalta keskeisen todisteen takavarikoimiseen. Menettelyvirheen *vaikuttavuuden* kannalta keskeistä on ensinnäkin sen ja todisteen saamisen välinen syy-yhteys. Lisäksi on tarpeen arvioida, miten laajakantoisia menettelyvirheen vaikutukset ovat koko rikosprosessin kannalta.

Syy-yhteysproblematiikkaa kuvaa kysymys hyödyntämiskieltojen niin sanotusta etäisvaikutuksesta ja poikkeuksista (ks. luku 3.2.5). Tässä vaiheessa riittää todeta, että syy-yhteys voi perustella paitsi hyödyntämisrajoitteen kohteen laajentamista muihin kuin välittömästi virheen seurauksena saatuihin todisteisiin myös sen supistamista tilanteissa, joissa syy-yhteys on heik-

ko tai sitä ei ole lainkaan. Jos lainvastaisella menettelyllä ei esimerkiksi ole lainkaan saatu todistetta tai jos näytön katsotaan joka tapauksessa oleva riittämätön syyksilukemiseen, voi oikeudenloukkaus olla tosiasiaa vaikutuksen.

Hankkimis- ja esittämisrajoitteiden ensisijainen tarkoitus on estää loukkaukset kyseisessä menettelyn vaiheessa. Jos tämä primaarinen tehtävä toteutuu, todistetta ei lainkaan hankita tai esitetä. Hyödyntämiskysymys ei silloin aktualisoidu lainkaan. Jos taas loukkaus tapahtuu, mutta todiste torjutaan joko esitutkinnan, syyteharkinnan tai tuomioistuINVALMISTELUN aikana, loukkaus ei voi vaikuttaa tuomioistuimen ratkaisuun. Loukkaus saattaa kuitenkin olla vaikuttava, jos poliisi tai syyttäjä ei puutu siihen ennakolta. Epäselvissä tapauksissa tuomioistuimen tulee suorittaa hyödyntämisharkinta. Joissain tapauksissa hyödyntämisrajoitetta voidaan soveltaa vasta tuomitsemisvaiheessa, jolloin todiste kulkeutuu lähes koko prosessin lävitse. Hankkimis- ja esittämisrajoitteita on kuitenkin voitava ensisijaisesti arvioida ja soveltaa jo esitutkinnassa tai pääkäsittelyssä.<sup>402</sup>

Tapahtuneen oikeudenloukkauksen vaikutusta voidaan pitää suurena, jos sen seurauksena saatu todiste on asian ratkaisun (syyksilukemisen) kannalta merkittävä. Erityisen vaikuttavasta loukkauksesta on kysymys, jos syytteen tueksi on olemassa ainoastaan laitonta näyttöä tai jos kaikki syytettä tukeva näyttö löydetään oikeudenloukkauksen seurauksena. Loukkauksen vaikuttavuutta voivat vahvistaa tai heikentää myös monet muut seikat, kuten loukatun olosuhteet, tuomioistuimen suhtautuminen laittomaan näyttöön ja erilaiset loukatun asemaa vahvistavat menettelylliset oikeusturvatakeet, kuten mahdollisuus käyttää rikosprosessin aikana lainoppinutta avustajaa. Hyödyntämiskiellon keskeisenä funktiona on poistaa oikeudenloukkauksen vaikuttavuus ja ennallistaa menettelyllinen oikeustila.

Oikeudenloukkauksen vakavuudesta ja vaikutuksesta riippuu, onko oikeustila *vakautettavissa* muulla oikeusturvakeinolla kuin hyödyntämistä rajoittamalla. Vakauttamiskeinon tai -keinojen on oltava oikeassa suhteessa loukkauksen vakavuuteen ja vaikutukseen, jotta oikeusturvaa annetaan tehokkaasti. Oikeusturvan vaarantuminen ei kuitenkaan välttämättä edellytä ennallistamista hyödyntämiskiellolla, vaan myös muilla hyvitysmuodoilla voidaan saavuttaa hyväksyttävä retribuition taso. Loukkauksen ja suojatun intressin laadusta riippuu se, millaisia vakauttamistoimia voidaan pitää riittävinä. Kaikki loukkaukset eivät ole vakautettavissa muutoin kuin hyödyntämiskiellolla. Hyödyntämiskieltojen *ultima ratio* -luonteen vuoksi sellainen tulisi kuitenkin asetettavaksi ainoastaan, jos mikään vähäisempi retributiokeino ei riitä loukatun oikeustilan vakauttamiseksi.

<sup>402</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 86, Pölönen – Tapanila 2015 s. 230, Pölönen 2003 s. 206, Hormia 1978 s. 250–257 ja 261–262, Torgersen 2009 s. 3–4.

Todisteen hankkiminen kidutuksella merkitsee erittäin vakavaa oikeudenloukkausta. EIT onkin katsonut kategorisesti, että tällaista todistetta ei saa käyttää oikeudenkäynnissä lainkaan. Näin vakavaa loukkausta ei voida vakauttaa muutoin kuin poistamalla todisteen vaikutus kokonaan hyödyntämiskielolla. Saatua todistetta ei saada ottaa näytön arvioinnissa huomioon edes vähäisissä määrin. Jos kidutuksen uhriksi joutunut vastaaja kuitenkin tunnustaa teon vapaaehtoisesti oikeudenkäynnissä, tunnustus voidaan ottaa näyttönä huomioon. Tällöin kidutus ei ole syyksilukemisen kannalta vaikutuksellinen seikka. Lisäksi voidaan katsoa, että jos kiduttamalla saatu todiste olisi joka tapauksessa löydetty ennemmin tai myöhemmin, oikeudenloukaus ei olisi vaikuttava (ks. tarkemmin seuraava alaluku ja luku 7.1).<sup>403</sup>

Yksityisten ja julkisten salassapitointressien osalta voidaan pohtia, turvaisiko oikeudenkäynnin julkisuuden rajoittaminen ne riittävästi eli voitaisiinko loukattua oikeustilaa vakauttaa rajoittamalla todisteen esittämisen asemesta oikeudenkäynnin julkisuutta. Lainsäätäjä on kuitenkin suorittamansa abstraktin punninnan perusteella rajoittanut todistelua tiettyjen salassapitointressien suojaamiseksi eli niiden paljastaminen sinänsä on laitonta. Jos todisteen esittäminen on ollut kiellettyä, voitaisiin sen hyödyntämisen katsoa vaarantavan paitsi salassapitointressin myös rikosprosessuaalisen laillisuusperiaatteen. Rikosprosessin viranomaisilla – siis myöskään tuomioistuimella – ei ole laillista pääsyä niihin tietoihin, jotka ovat kiellon piirissä. Loukkausta ei siten voida vakauttaa, vaan sen vaikutukset on poistettava epäitsenäisellä hyödyntämiskielolla (ks. tarkemmin luku 5.4.3)

EIT:n ratkaisukäytännössä on katsottu, että eräiden oikeudenloukkausten vaikutuksia voidaan vakauttaa. Arvioitaessa esimerkiksi vastakuulustelu-oikeuden rajoittumista EIT soveltaa kolmevaiheista ”testiä”, jonka ensimmäisessä vaiheessa otetaan kantaa siihen, onko rajoittumiselle ollut hyväksyttävä syy (loukkauksen vakavuus). Toiseksi arvioidaan, miten merkittävästä todisteesta on kysymys (loukkauksen vaikuttavuus). Kolmanneksi arvioidaan tasapainottavia tekijöitä suhteessa todisteen merkitykseen. Erityisen merkittäviä ovat sellaiset tasapainottavat tekijät, jotka vahvistavat todisteen luotettavuutta. Jos todiste osoittautuu merkitykseensä nähden riittävän luotettavaksi tukitodistelun perusteella, tämä vakauttaa oikeustilaa ja todisteen hyödyntäminen voidaan sallia (ks. tarkemmin luku 9).

### 3.2.5 Hyödyntämiskiellon etäisvaikutus

Edellä todetuina tavoin hyödyntämistä rajoittamalla voidaan heikentää tai katkaista todisteen hankkimisessa tai esittämisessä tapahtuneen oikeudenloukkauksen ja näyttöratkaisun välinen syy-yhteys eli poistaa tai vähentää loukkauksen vaikutusta tuomioon. Tämä on hyödyntämisrajoitteiden tekniseluontoinen tarkoitus riippumatta siitä, painotetaanko rajoitteen perusteena retrospektiivisiä vai prospektiivisiä näkökohtia – vai tehdäkö tällaista erottelua lainkaan.

<sup>403</sup> Ks. esim. *Gäfgen v. Germany* [GC], 1.6.2010 (kohta 167) ja yhdysvaltalainen tapaus *Nix v. Williams*, 104 S.Ct. 2501 (1984).

Hyödyntämiskiellon kohteen määrittämiseksi on siten tärkeää tarkastella syy-yhteyksikäsitettä lähemmin. Edellä on myös todettu, että syy-yhteys voisi vaikuttaa sekä hyödyntämisrajoitteen kohdetta laajentavasti että sitä supistavasti. On korostettava, että Suomen oikeustilaa ei ole pidettävä kummassakaan suhteessa kovin täsmentyneenä, joten alkavassa esityksessä turvaudutaan paljolti praktiiseen oikeusvertailuun.<sup>404</sup>

Pölösen määritelmän mukaan ”hyödyntämiskieltojen ns. *etäisvaikutuksella* tarkoitetaan sitä, että hyödyntämiskielto koskee paitsi laittomasti hankittua todistetta itseään, myös sellaisia (jatko)todisteita, joiden hankkiminen on mahdollistunut po. laittoman menettelyn ’ansiesta’”.<sup>405</sup> Hormia käyttää hie-man laajempaa määritelmää, jonka mukaan kysymys olisi siitä, ”ulottuuko hyödyntämiskielto primäärisen todistelutuloksen, esimerkiksi syytetyn lausuman, seurausvaikutuksiin”.<sup>406</sup> Toisaalta kysymys ei voi olla mistä tahansa seurannaisvaikutuksista, vaan niiden tulee olla todistus oikeudellisesti relevantteja. Hormian ja Pölösen käyttämän saksalaisperäisen jaottelun mukaan etäisvaikutus tulee kysymykseen ainakin kolmessa eri tilanteessa. Pölösen kuitenkin mainitsee myös kaksi muuta huomionarvoista tilannetta, joissa etäisvaikutusta voidaan pohtia.<sup>407</sup>

Ensinnäkin jos samaa henkilöä kuullaan ensin laittomasti ja sitten myöhemmin laillisesti, voidaan kysyä, jatkuuko laittoman kuulemisen vaikutus joissain tapauksissa vielä myöhemmässäkin kuulemisessa. Saksan oikeuden mukaan myöhempikin kertomus voidaan asettaa hyödyntämiskieltoon jatkovaikutuksen (Fortwirkung) perusteella. Esimerkiksi jos epäilty painostetaan tunnustamaan, tuon oikeudenloukkauksen jatkovaikutuksen vuoksi uudet samansisälliset tunnustukset ovat hyödyntämiskelvottomia, ellei epäillylle ilmoiteta, että loukkauksella saatu todistelu asetetaan hyödyntämiskieltoon. Epäilty saattaa katsoa, että kertomuksen peruuttamisella tai muuttamisella ei saavuteta mitään, jos hän olettaa, että pakottamalla saatu tunnustus on joka tapauksessa hyödynnettävissä. Syy-yhteys alkuperäisen loukkauksen ja saatujen todisteiden (lausuntojen) välillä ei tällöin katkea.<sup>408</sup>

Hormia on katsonut, että jatkovaikutuksen edellyttämä psyykkinen kausaaliteetti todennäköisesti vallitsee usein, mutta tämä on niin vaikeasti määritettävissä, että myöhempi lausunto on yleensä hyödyntämiskelpoinen.<sup>409</sup>

<sup>404</sup> Ks. myös Riekkinen 2014 s. 171.

<sup>405</sup> Pölönen 2003 s. 315. Ks. myös Riekkinen 2014 s. 123 ja 132.

<sup>406</sup> Hormia 1978 s. 293.

<sup>407</sup> *Ibid.* 1978 s. 297, Pölönen 2003 s. 316. Ks. myös Riekkinen 2014 s. 175 ja Tapanila 2019b s. 291–295.

<sup>408</sup> Riekkinen 2014 s. 174. Ks. myös Gäfgen v. Germany [GC], 1.6.2010 (kohta 25) ja Englannin oikeuden osalta *Mirfield* 1997 s. 146–148, missä esitetyn mukaisesti vastaava vaikutus periaatteessa tunnustetaan sielläkin ja se voi johtaa hyödyntämiskieltoon.

<sup>409</sup> Hormia 1978 s. 297–298.

Pölönen kritisoi argumenttia keskeneräisenä ja huomauttaa, että kausaliiteetti olisi mahdollista katkaista jättämällä myöhemmässä kuulustelussa epäilyllynsä päätettäväksi, uudistaako hän lausumansa. Jos näin ei tapahtuisi, loukkauksella saatua lausumaa ei hyödynnettäisi. Pölönen ei nimenomaisesti ota kantaa siihen, olisiko tästä myös ilmoitettava kuultavalle. Toisaalta hän ilmeisesti rajaisi tällaisen jatkoaiikutuksen räikeimpiin loukkauksiin.<sup>410</sup> Hormia sen sijaan on eri yhteydessä todennut, että jos tunnustus on saatu lainvastaisesti, ”virhe korjaantuu vasta sen seurauksena, että syytetty uudistaa oikeudenkäynnissä tunnustuksensa sen jälkeen kun häntä on informoitu siitä, miksi esitutkinnassa annettua tunnustusta ei voida ottaa huomioon”.<sup>411</sup>

EIT:n oikeuskäytännössä jatkoaiikutusta on arvioitu ainakin suuren jaoston tuomioissa Gäfgen ja Simeonovi. Gäfgen-tuomion tosiseikkoihin palataan tarkemmin jäljempänä (luku 7.2.2). Siinä saksalainen alioikeus asetti valittajan lausunnon hyödyntämiskieltoon jatkoaiikutuksen vuoksi, mutta salli reaalityodisteiden hyödyntämisen. Tämän jälkeen valittaja tunnusti teon, mikä tunnustus ei enää ollut kansallisen oikeuden mukaisen jatkoaiikutuksen piirissä. EIT katsoi, että pääasiallinen näyttö rikoksesta oli tämä uusi tunnustus, johon EIS 3 artiklan vastaisen menettelyn vaikutus ei enää ulottunut.<sup>412</sup> Simeonovi-tapauksessa puolestaan todettiin, ettei valittaja ollut edes väittänyt oikeudenloukkauksen (avustajan puuttumisen) olleen syy-yhteydessä tuomioon. Hän oli tunnustanut teon myöhemmin avustajan läsnä ollessa.<sup>413</sup>

Lisäksi Pölönen pitää etäisvaikutusta perusteltuna silloin, kun jokin ”kyselylinja ei olisi aktualisoitunut laillisten tutkintatoimenpiteiden tuotteena”, ja tällainen kyselylinja tuottaa uusina todisteina tietoja, joita laillisessa kuulustelussa ei olisi saatu. Tällöin jopa jokin uusi todistusteema voisi olla etäisvaikutuksen piirissä.<sup>414</sup> Kysymys ei tällaisessa tilanteessa kuitenkaan liene jatkoaiikutuksesta, joka edellyttää pelkästään sitä, että aikaisempi loukkaus vaikuttaa edelleen kuultavan tahdonmuodostukseen. Etäisvaikutuksesta epäilemättä voi olla kysymys, mutta mielestäni uusien tietojen paljastuminen rinnastuu pikemminkin tilanteeseen, jossa laittomasti kuultu henkilö paljastaa uusia henkilö- tai reaalityodisteita (eli oikeammin tietoja niistä). Etäisvaikutus voisi tulla kysymykseen, jos tällaisia tietoja ei olisi saatu ilman laitonta menettelyä.

Yhdysvaltain oikeudessa etäisvaikutuksella (fruit of the poisonous tree) viitataan lähinnä viimeksi mainittuihin tilanteisiin eli siihen, että oikeudenloukkauksella saatuja tietoja käytetään tutkinnan suuntaamiseen uusien todisteiden löytämiseksi.<sup>415</sup> Suomessa tällaista todisteiden käyttötapaa on nimetty *välil-*

<sup>410</sup> Pölönen 2003 s. 316.

<sup>411</sup> Hormia 1978 s. 318.

<sup>412</sup> Gäfgen v. Germany [GC], 1.6.2010 (kohdat 179 ja 180).

<sup>413</sup> Simeonovi v. Bulgaria [GC], 12.5.2017 (kohta 140).

<sup>414</sup> Pölönen 2003 s. 317.

<sup>415</sup> Esimerkiksi laittoman etsinnän tuloksena löydetty asiakirjat ja niiden sisältämät tiedot kuuluvat etäisvaikutuksen vuoksi hyödyntämiskieltoon piiriin (Silverthorne Lumber Co. v. United Sta-

*liseksi hyödyntämiseksi.*<sup>416</sup> Toisaalta vaikuttaa selvältä, että jos tieto mahdollisista uusista todistuskeinoista on saatu oikeudenloukkauksen seurauksena, merkitsee välillinenkin hyödyntäminen tosiasiallisesti mahdollisuutta käyttää hyväksi oikeudenloukkauksen ”hedelmiä”. Yhdysvalloissa omaksuttu etäisvaikutus tähtääkin lähtökohtaisesti kaikkien oikeudenloukkausten seurausten poistamiseen ja tilanteen ennallistamiseen sellaiseksi kuin se olisi, jos loukkausta ei olisi koskaan tapahtunut. Saksassa tällainen etäisvaikutus tunnetaan nimellä *Fernwirkung*.<sup>417</sup>

Pölönen katsoo Hormian tavoin, että laittomasti paljastunutta henkilöä voidaan lähtökohtaisesti kuulla, koska kyse on ”ulkopuolisen henkilön erillisestä kuulustelusta itsenäisenä tahdontuotteena” ja tällaisen todisteen hylkääminen merkitsisi formaalia tai keinotekoista tulkintaa. Tähän voidaan huomauttaa, että todistuskeinon itsenäisyyttä voidaan pitää yhtä lailla keinotekoisena argumenttina. Olennaistahan etäisvaikutuksen osalta on se, olisiko tällainen itsenäinen todistuskeino löytynyt ylipäätään muutoin kuin oikeudenloukkauksen seurauksena. Pölönen kritisoikin Hormiaa reaalitodisteisiin kohdistuvan etäisvaikutuksen torjumisesta samalla perusteella.<sup>418</sup> Pelkästään se, että kysymys on eri todistuskeinosta, ei voi mielestäni missään olosuhteissa merkitä etäisvaikutuksen edellyttämän syy-yhteyden katkeamista.

Viides Pölösen mainitsema etäisvaikutuksen tyyppi on tilanne, jossa vastaaja tunnustaa teon laittomasti hankittujen tai esiin tulleiden todisteiden painostamana. Tätä voidaan pitää eräänlaisena etäisvaikutuksen kumuloitumisena. Lienee mahdollista jäsentää tilanne niinkin, että se rinnastuu jatko vaikutukseen: vastaajaan vaikuttaa tällöin edelleen alkuperäinen oikeudenloukkaus, joskin toisten todistuskeinojen kautta. Pölösen mukaan tilanne voisi tulla arvioitavaksi tunnustamaan pakottamisena. Kanta on perusteltu.<sup>419</sup>

Suomen oikeudessa yleinen suhtautuminen etäisvaikutukseen on ollut torjuttava. Sellaista voidaan pitää loukkauksen mahdollisena mutta ei mitenkään lähtökohtaisena seurauksena.<sup>420</sup> Oikeuslähteitä etäisvaikutuksesta ei juurikaan ole. Korostaisin kuitenkin, että etäisvaikutukseen ei tule suhtautua ehdottoman kielteisesti, jos todistelunrajoitteiden suojeluintressit aiotaan ottaa vakavasti. Pölö-

---

tes, 251 U.S. 385 (1920)) samoin kuin huumausaineet, jotka on löydetty loukatun paljastaman toisen henkilön hallusta (Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963)).

<sup>416</sup> Fredman ym. 2020 s. 514, Riekkinen 2014 s. 132. Tällainen välillinen hyödyntäminen on erotettava Ervon käyttämästä termistä ”henkilötodistelun välillinen hyödyntäminen”, jolla hän tarkoittaa tallenteiden käyttämistä välittömän kuulemisen asemesta (Ervo 2005 s. 322–323).

<sup>417</sup> Eder 2015 s. 125.

<sup>418</sup> Hormia 1978 s. 298, Pölönen 2003 s. 318–319.

<sup>419</sup> Pölönen 2003 s. 316.

<sup>420</sup> Rautio – Frände 2016 s. 188, Riekkinen 2014 s. 176, Pölönen 2003 s. 316, Virolainen 1998 s. 426, Hormia 1978 s. 299.

sen ajatus etäisvaikutuksen mahdollisuudesta ainakin vakavien loukkausten perusteella on mielestäni kannatettava. Erityisesti järjestelmäämme saattaisi sopia sellainen Lundqvistin esittämä näkemys, että etäisvaikutus määräytyisi punninnan tuloksena: mitä vakavammasta oikeudenloukkauksesta olisi kysymys, sitä ”etäämmälle” välillisiin todisteisiin tai tietoihin myös hyödyntämiskiellon vaikutus voisi ulottua.<sup>421</sup>

Käytännössä sanottu tarkoittaa, että hyödyntämiskiellon etäisvaikutusta arvioidaisiin lähinnä OK 17:25.3:ssa säädetyin kriteerein. Hyödyntämiskiellon etäisvaikutus voisi siten tulla kysymykseen, jos välillisesti saadun todisteen hyödyntäminen kokonaisuutena arvioiden vaarantaisi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden. Gäfgen-ratkaisussa pidetäänkin mahdollisena, että EIS 3 artiklan tehokkuus edellyttäisi hyödyntämiskiellon ulottamista kaikkiin sitä loukkaavalla menettelyllä (myös kidutusta lievemmällä menettelyllä) saatuihin todisteisiin, vaikka niitä ei olisi saatu välittömästi menettelyn seurauksena. Tämä kysymys jätettiin ratkaisussa kuitenkin avoimeksi.<sup>422</sup>

Toisaalta Yhdysvaltain oikeudessa on kehittynyt useita meilläkin huomionarvoisia poikkeuksia, jotka voivat supistaa hyödyntämiskiellon kohdetta ja erityisesti etäisvaikutusta. Syy-yhteyttä loukkauksen ja todisteen (tai jatkotodisteen) saamisen välillä ei ensinnäkään ole pidettävä merkityksellisenä *independent source* -poikkeuksen perusteella, jos todiste tai tieto siitä on saatu myös laillisin keinoin. Esimerkiksi jos kuultava paljastaa pakotettuna todisteen, jonka toinen kuultava paljastaa laillisessa kuulustelussa, ei todisteen löytyminen ole ratkaisevasti syy-yhteydessä oikeudenloukkaukseen eikä voida katsoa, että julkinen valta hyötyisi laittomasta menettelystä. Onkin tavallaan selvää, ettei laillisen näytön hyödyntämistä tule rajoittaa, joten yhteen todistuskeinoon kohdistuva oikeudenloukkaus ei tee sillä saadusta tiedosta yleisesti käyttökelvotonta.<sup>423</sup>

Toisaalta joissain tapauksissa olisi mahdollista osoittaa jälkikäteen, että viranomaiset olisivat riittävän todennäköisesti löytäneet todisteen myös laillisesti menetellen. Erona *independent source*’iin on, että nyt laillista hankkimista ei ole tapahtunut, vaan joudutaan arvioimaan, olisiko sellainen voinut tapahtua. Jos voidaan osoittaa sellainen hypoteettinen tapahtumainkulku, joka olisi johtanut todisteen löytymiseen loukkauksesta riippumatta, ei loukkauksen ja todisteen syy-yhteys ole ratkaisevassa asemassa. Tällaisesta oletetusta, laillisesta hankkimistavasta käytetään nimitystä *clean path* ja poikkeusperusteesta puolestaan nimitystä *inevitable discovery*. SCOTUSin *Nix v. Williams* -tapauksessa uhrin ruumiin sijaintipaikka oli saatu tietää laittomalla kuulemisella, mutta

<sup>421</sup> Lundqvist 1998 s. 178.

<sup>422</sup> Gäfgen v. Germany [GC], 1.6.2010 (kohta 178 ja tuomareiden Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ja Power yhteinen lausunto, erit. kohdat 2 ja 9).

<sup>423</sup> *Silverthorne Lumber Co. v. United States*, 251 U.S. 385 (1920). Ks. myös Riekkinen 2014 s. 172, Tomkovicz 2011 s. 42–44 ja Giddings 2006 s. 1072–1073.



tuomioistuimien otti huomioon, että ruumista etsittiin ja se olisi löytynyt myös tällä tavoin.<sup>424</sup>

Jotta etäisvaikutuksen suoja ei heikentyisi olemattomiin, on hypoteettisesta tapahtumainkulusta saavutettava riittävä varmuus. Riittävänä ei ainakaan voida pitää sitä, että todisteen saamiseksi olisi sinänsä olemassa jokin laillinen keino, kuten takavarikointi, vaan olennaista on, olisiko todisteen jäljille päästy ylipäättään. Arviointi joudutaan suorittamaan tilannekohtaisesti. Käytännössä yksinkertaisinta lienee yleensä arvioida tapahtumainkulkua kysymällä, miten tutkinta olisi suuntautunut ja mitä tietoja olisi saatu, jos loukkausta *ei* olisi tapahtunut. *Nix v. Williams* -tuomiossa näyttökynnyksenä sovellettiin näyttö-enemmyyttä (*preponderance of evidence*). Englannin oikeudessa näyttökynnyks on sama kuin pääasiassa eli rikosasioissa ”*beyond reasonable doubt*”.<sup>425</sup> EIT on eräissä melko tuoreissa ratkaisussaan todennut nimenomaisesti, että se ei ota kantaa mahdolliseen *inevitable discovery* -doktriiniin, vaan jättää kysymyksen kansallisesti ratkaistavaksi.<sup>426</sup> Jos poikkeusta sovelletaan Suomessa, riittänee todennäköisyysnäyttö meilläkin (ks. myös luku 3.3.3).

Kolmas yhdysvaltalainen poikkeusperuste, *attenuation*, ei perustu kausaaliketjun katkeamiseen tai hypoteettiseen katkeamiseen, vaan syy-yhteyden heikentymiseen. Poikkeus esiintyy kahdessa muodossa. Perinteisemmän näkemyksen mukaan hyödyntämiskielto ei ulotu todisteisiin, jos ne on saatu vain etäisesti oikeudenloukkauksen seurauksena. Miten heikko syy-yhteys tahansa ei siis riitä etäisvaikutuksen kannalta. Merkityksellisiä seikkoja ovat esimerkiksi ajan kuluminen, muiden seikkojen kuin oikeudenloukkauksen vaikutus ja oikeudenloukkauksen vakavuus sekä tahallisuus. Toisen, uudemman tulkinnan mukaan *attenuation*-poikkeus voi soveltua myös silloin, kun hyödyntämiskielto ei palvelisi sitä suojeluintressiä, jota loukkaamalla todiste on saatu. Kummankaan poikkeuksen ratiota ei kuitenkaan ole kovin tarkasti perusteltu oikeuskäytännössä.<sup>427</sup>

Tarkastelen jäljempänä yksittäisten todistelunrajoitteiden yhteydessä poikkeusten mahdollista merkitystä Suomen oikeuden kannalta. Jo nyt voidaan kuitenkin huomauttaa, että OK 17:25.3:n harkinnanvaraisen hyödyntämiskielto-säännöksen esitöistä löytyy jossain määrin institutionaalista tukea poikkeuksien soveltumiselle. Hallituksen esityksen mukaan ”muuna huomioon otettavana olosuhteena” hyödyntämisharkinnassa voidaan ottaa huomioon se, olisiko

<sup>424</sup> *Nix v. Williams*, 104 S.Ct. 2501 (1984). Ks. myös Riekkinen 2014 s. 172, Pölonen – Tapanila 2015 s. 240, Tomkovicz 2011 s. 44–47, Giddings 2006 s. 1072 ja 1074 sekä Pölonen 2003 s. 243. Vastaava poikkeus tunnetaan myös Saksan oikeudessa (Eder 2015 s. 126, Riekkinen 2014 s. 174).

<sup>425</sup> Glover 2017 s. 129.

<sup>426</sup> *Svetina v. Slovenia*, 22.5.2018 (kohdat 29 ja 49). Tapauksessa kansallinen tuomioistuin oli katsonut, että valittaja olisi joka tapauksessa paljastunut erään puhelinliittymän haltijaksi. Johtopäätöksensä tueksi se viittasi kolmeen eri mahdollisuuteen, joilla tieto olisi voitu saada.

<sup>427</sup> Tomkovicz 2011 s. 47–51. Ks. vanhemmasta tulkinnasta *Nardone v. United States*, 308 U.S. 338 (1939) ja uudemmasta *Hudson v. Michigan*, 547 U.S. 586 (2006).

todiste joka tapauksessa saatu laillisestikin (inevitable discovery). Jokseenkin selvää lienee, että kun hyödyntämiskiellot ovat poikkeussäännöksiä, on independent source -poikkeus voimassa ilman nimenomaista lain säännöstäkin. Useita attenuation-poikkeuksen kannalta merkityksellisiä seikkoja voidaan myös ottaa huomioon harkinnassa, kuten se, onko toimittu tarkoituksellisesti lainvastaisesti.<sup>428</sup>

### 3.3 MENETTELYKYSYMYKSIÄ

#### 3.3.1 Ennakollinen hyödyntäminen

Mainitsin edellä, että esitutkinnan ja syyteharkinnan aikaisia todistelutoimia voidaan nimittää todisteiden ennakolliseksi hyödyntämiseksi samoin kuin vielä todisteen esittämistäkin. Toisin sanoen termillä ennakollinen hyödyntäminen voidaan tarkoittaa esitutkintaviranomaisen, syyttäjän ja muiden asianosaisten toimia niiden käyttäessä todistetta. Lisäksi edellä on todettu, että todistelunrajoitteilla on ennakollinen vaikutus, koska mainitut prosessisubjektit voivat ennakoida, miten tuomioistuimien tulee suhtautumaan todisteen sallittavuuteen. Esi merkiksi poliisin tai syyttäjän katsoessa todisteen selvästi laittomaksi on jo prosessiekonomisesti edullisempaa jättää se ennakollisesti hyödyntämättä. Tällöin sanotaan asetetun ennakoiva tai *ennakollinen hyödyntämiskielto*.<sup>429</sup>

Tarkasti ottaen edellä sanotussa tilanteessa ei kuitenkaan ole kysymys hyödyntämiskiellosta vaan prosessisubjektin omasta päätöksestä jättää todiste hyödyntämättä. Näin on silloinkin, kun näkemys perustuu oikeaan tulkintaan todistelunrajoitteiden soveltamisesta. Hyödyntämiskiellolla tarkoitetaan tuomioistuimen päätöstä jättää todiste hyödyntämättä.<sup>430</sup> Ennakollinen vaikutus kuitenkin ohjaa poliisin ja asianosaisten käyttäytymistä toivottavalla tavalla, jos he todistelutoimissaan pitävät silmällä todisteen hyödyntämiskelpoisuutta tuomitsemisvaiheessa. Tällöin oikeudenkäynnissä esitetään mahdollisimman vähän hyödyntämiskelvotonta todistelua.<sup>431</sup> Lisäksi ennakollinen hyödyntämiskielto on käsitteellisesti perusteltu etenkin niissä tapauksissa, joissa poliisi tai syyttäjä sivuuttaa todisteen nimenomaisesti sillä perusteella, että kysymys olisi laittomasta näytöstä.

<sup>428</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 93–94.

<sup>429</sup> Ks. Pölonen – Tapanila 2015 s. 233–234 ja Hormia 1979 s. 163–164.

<sup>430</sup> Ks. esim. LaVM 19/2014 vp s. 17 ja HE 46/2014 vp s. 85, missä todetaan OK 17:25:n koskevan sanamuotonsa mukaan tuomioistuinta.

<sup>431</sup> Saksassa hyödyntämiskiellon tällaisesta vaikutuksesta käytetään nimitystä Frühwirkung (Eder 2015 s. 123–124).

Ennakollisen vaikutuksen vuoksi itsenäiset hyödyntämisrajoitteet ovat periaatteessa formuloitavissa hankkimis- tai esittämisrajoitteiksi aivan samoin kuin epäitsenäisten hyödyntämisrajoitteiden perusteina olevat normit. Erona on tältä osin ainoastaan se, sisältyykö lakitekstiin nimenomainen todisteen hankkimisen tai esittämisen kieltävä normi vai asianosaisten konstruoitavissa oleva, kuvitteellinen normi. Esimerkiksi kidutuksen kieltäminen on niin selvä ja ehdoton, että se asianosaiset voivat ongelmitta ymmärtää sen esittämiskielloksi, vaikka laki ei sellaista tunnekaan.

Todistelunrajoitteen loukkauksen syy-yhteys tuomioistuimen ratkaisuun voidaan katkaista asettamalla ennakkollinen hyödyntämiskiello. Poliisin osalta kiellon asetetaan jättämällä aineisto esitutkintapöytäkirjan ulkopuolelle. Tämä mahdollisuus ei tosin ilmene kovinkaan selvästi ETL 9:6.4:sta. Säännöstä ei ole vuoden 2011 lakiuudistuksessa mitenkään muutettu, vaan esitöissä viitataan VETL 40.3:in.<sup>432</sup> Sen esitöissä puolestaan todetaan seuraavaa: ”Jos esitutkinnassa on jostakin syystä tullut esiin todistamiskiellon alaista todistusaineistoa, jota ei saa hyödyntää oikeudenkäynnissä, tällainen aineisto on jätettävä pois esitutkintapöytäkirjasta.” Pois jätetystä aineistosta on tehtävä merkintä esitutkintapöytäkirjaan. Kiellon asettamisesta huolimatta voi olla mahdollista jopa ryhtyä toimiin todisteen hankkimiseksi lainmukaisesti, mikä korjaa ongelman.<sup>433</sup>

Tulkinnanvaraisissa tapauksissa olisi suotavaa, että poliisi konsultoisi syyttäjää oikeudellisen todistelunrajoitteen merkityksestä asiassa. Poliisi voi myös päätyä siihen, että hyödyntämiskysymys jätetään syyttäjän ratkaistavaksi. Syyttäjä voi sitten jättää aineiston huomiotta jo syyteharkinnassa ja/tai nimeämättä sen todisteeksi haastehakemuksessa. Syyttäjän voi tosin siirtää päätöksenteon eteenpäin tuomioistuimelle nimeämällä käyttökelpoisuudeltaan kyseenalaisen todisteen. Myös asianomistaja tai puolustus voivat päätyä esimerkiksi rikoksella hankkimansa todisteen nimeämättä jättämiseen. Lopputulos olisi sama kuin jos hankkimis- tai esittämisrajoitetta olisi noudatettu, mutta nytkin voidaan puhua ennakkollisesta hyödyntämiskiellosta. Todisteen mahdolliseen käyttökelpottomuuteen ja sen perusteeseen tulisi kuitenkin aina kiinnittää sen viranomaisen huomiota, jonka ratkaistavaksi asia siirretään.<sup>434</sup>

Asianmukaisessa menettelyssä vastapuolet ja tuomioistuin saavat jo hyvissä ajoin ennen pääkäsittelyä tietoonsa asianosaisten nimeämän todistelun ja tilai-

<sup>432</sup> HE 222/2010 vp s. 232.

<sup>433</sup> HE 14/1985 vp s. 37. Ks. myös Fredman ym. 2020 s. 514–515, Hirvelä 2006 s. 108–109 ja Pölönen 2003 s. 205.

<sup>434</sup> HE 46/2014 vp s. 85–86, LaVM 19/2014 vp s. 18, Hormia 1978 s. 137–138, Hormia 1979 s. 163–164, Pölönen 2003 s. 206 ja 248–250. Ks. myös Vuorenperä 2018 s. 316–318, missä todetaan, että syyttäjä voi lähtökohtaisesti jättää hyödyntämiskiellon tuomioistuimen ratkaistavaksi ja ennakkollinen hyödyntämiskiello tulisi asetettavaksi vain selvissä ja vakavissa tapauksissa.

suuden lausua käsityksiään toistensa todisteiden laillisuudesta. Tuomioistuin voi ja sen tuleekin kiinnittää todistelun käytettävyyteen huomiota myös omasta aloitteestaan, koska sen tehtävänä on viimesijaisesti ratkaista kysymys todisteiden esittämisestä ja hyödyntämisestä oikeudenkäynnissä. Tähän liittyen on tarvittaessa ryhdyttävä prosessinjohtotoimiin eli valvomaan prosessinormien noudattamista asian käsittelyssä. Muodollisella prosessinjohtolla tarkoitetaan oikeudenkäynnin ulkonaisen kulun järjestämistä selkeäksi ja häiriöttömäksi, kun taas aineellinen prosessinjohto kohdistuu oikeudenkäyntiaineistoon ja käsiteltävään asiaan. Oikeudellisten todistelunrajoitteiden noudattamisen valvonta kuuluu siten aineelliseen prosessinjohtoon.<sup>435</sup>

*Prosessinjohton* eri muotoja on jäsennellyt Suomessa kattavimmin Virolainen. Selventävä prosessinjohto pyrkii poistamaan oikeudenkäynnistä ristiriitaisuuksia ja tulkinnanvaraisuuksia eli täsmentämään, mitä asianosainen tai kuultava tarkoittaa jollain lausumallaan. Siihen liittyy usein korjaava prosessinjohto, joka tarkoittaa lausumien muuntamista oikeudelliselle kielelle tuomioistuimessa käytettävään muotoon. Informatiivisessa prosessinjohtossa aloite siirtyy selvemmin tuomioistuimelle. Se tarkoittaa tuomioistuimen jotain kysymystä koskevan näkemyksen ilmoittamista asianosaisille tai nostamista keskustelun kohteeksi. Rikastavassa prosessinjohtossa on kysymys tuomioistuimen toimista uuden selvityksen hankkimiseksi. Oikeudellisten todistelunrajoitteiden noudattaminen voi puolestaan merkitä rajoitettavaa prosessinjohtoa, jos tuomioistuin kieltäytyy ottamasta vastaan jotain todistetta.<sup>436</sup>

Ensisijaisesti tuomioistuimen tulisi informatiivisen prosessinjohton puitteissa kiinnittää asianosaisten huomiota mahdollisiin todistelunrajoitteisiin.<sup>437</sup> Informatiivinen prosessinjohto saattaa johtaa siihen, että asianosainen arvioi tilannetta uudelleen ja luopuu todisteesta vapaaehtoisesti, jolloin tuomioistuimen ei tarvitse ottaa asiaan kantaa. Valmisteluun voi liittyä myös selventävää tai korjaavaa prosessinjohtoa, joka kohdistuu todistelunrajoitteen soveltamiseen. Asianosaisten huomiota ei kuitenkaan ole tarpeen kiinnittää sellaiseen todistelunrajoitteeseen, jonka soveltumista tuomioistuin arvioi pelkästään viran puolesta ja toteaa sen ilmeisen soveltumattomaksi. Toisin sanoen tuomioistuimen ei tietenkään ole tarpeen lausua todisteen olevan sallittu, jos kukaan asianosaisista ei ole muuta väittänytään. Tämä perustuu todistelunrajoitteiden asemaan poikkeussäännöksinä.

Lopullisen ratkaisun todisteen hyödyntämisestä tekee tuomioistuin. Pyrkimyksenä tulee lisäksi olla, että todistelunrajoitteita sovelletaan etupainotteisesti. Myös asianosaisilta tulee edellyttää todistelun rajoittamista koskevien

<sup>435</sup> HE 82/1995 vp s. 82, Virolainen 1988 s. 40–61, Pölönen – Tapanila 2015 s. 54–55.

<sup>436</sup> Virolainen 1988 s. 61–68 ja 75–81.

<sup>437</sup> Pölönen – Tapanila 2015 s. 142, Spring-Reiman 2012 s. 170–171.

vaatimusten ja niiden perusteiden esittämistä ilman viivytyksiä.<sup>438</sup> ROL 5:11:ssä tarkoitettu *käsittelyratkaisu* todistelun vastaanottamisesta on tarpeen, jos tuomioistuin päätyy viran puolesta rajoittamaan todistelua tai jos asianosainen riitauttaa todisteen käyttökelpoisuuden eli vaatii jonkin todisteen kieltämistä. Tällaisesta vaatimuksesta tulee lausua, vaikka kieltoa ei asetettaisikaan. Toisaalta, vaikka rajoite tulisi arvioitavaksi viran puolesta, on asianosaisille aina varattava tilaisuus lausua sen soveltamisesta. Todistelun rajoittamista koskeva ratkaisu ei toisin sanoen saa tulla yllätyksenä asianosaisille.<sup>439</sup>

Tapanila on huomauttanut, että terminologia ei ole aivan täsmentynyttä. Virolaisen ja Martikaisen mukaan ylemmät tuomioistuimet käyttävät termiä käsittelyratkaisu viittaamaan pääasiaratkaisun yhteydessä annettaviin prosessuaalisiin ratkaisuihin. Tapanilan mukaan käsittelyratkaisulla voidaan viitata oikeudenkäyntimenettelyn järjestämiseen liittyviin ratkaisuihin, joita Virolainen ja Martikainen nimittävät ROL 11:1:n mukaisesti sinänsä aivan oikein päätöksiksi. Ainakin tieteellisessä käytössä sana käsittelyratkaisu on kuvaavampi. Käsitteen kannalta ei ole merkitystä sillä, annetaanko ratkaisu jonkun asianosaisen väitteestä vai tuomioistuimen aloitteesta.<sup>440</sup>

Etupainotteisuutta voidaan perustella lukuisilla syillä. Ensinnäkin asianosaisen kannalta on tärkeää tietää todistustaakkaa arvioidessaan, mitä näyttöä tuomioistuin ottaa huomioon. Toiseksi nopea reagointi vähentää tarpeettomien kustannusten ja ajanhukan aiheutumista. Kustannuksia ja ajankulua saattaa tosin aiheutua korvaavien todisteiden hankkimisesta, mutta niitä ei voida pitää selvästi tarpeettomina, jos kysymys todistelunrajoitteen vaikutuksesta on ollut epäselvä. Kolmanneksi pyrkimys todistelumenettelyn keskittämiseen vaarantuu, jos korvaavien todisteiden hankkimisen tarpeeseen havahdutaan vasta pääkäsittelyssä. Lisäksi todistelunrajoitteen soveltaminenkin saattaa edellyttää todistelua, mitä käsittelen lähemmin seuraavassa alaluvussa. Neljänneksi tuomion antamisen jälkeen ilmenevä hyödyntämiskysymys on omiaan aiheuttamaan muutoksenhaun, joka olisi kenties ollut vältettävissä.

*Heli Melander* on pitänyt hyödyntämiskiellon käsitettä epäselvänä ja todennut, että sillä voidaan viitata yhtäältä kieltoon hyväksyä tietty todiste osaksi oikeudenkäyntiaineistoa tai toisaalta kieltoon käyttää tuomioharkinnassa oikeudenkäyntiaineistoon hyväksytyä aineistoa. Hän katsoo, että oikeudenkäyntiaineistoon tulisi hyväksyä ainoastaan sellaista aineistoa, joka voidaan ottaa

<sup>438</sup> Tapanila 2019a s. 241–242, Rautio – Frände 2016 s. 19–20 ja 82–83, Pölonen 2003 s. 320–322, Lappalainen 2001 s. 163.

<sup>439</sup> Ks. KKO 2011:20 (kohdat 3 ja 4). Tapauksesta KKO 2015:20 (kohdat 12–14) ilmenevin tavoin hovioikeuden olisi tarvittaessa varattava tilaisuus lausua, jos se päätyisi sallimaan käräjäoikeuden kieltämän todistelun.

<sup>440</sup> Tapanila 2015 s. 1, Virolainen – Martikainen 2010 s. 73 ja av. 2. Ks. myös Lappalainen 2001 s. 367 av. 69.

huomioon.<sup>441</sup> Viimeksi mainittu ajatus vastaa pyrkimystä hyödyntämisrajoitteiden etupainotteiseen soveltamiseen. Hyödyntämistä koskeva käsittelyratkaisu voidaankin joissain tapauksissa tehdä jo oikeudenkäynnin (rikosasiassa yleensä kirjallisessa) valmisteluvaiheessa eli ennen pääkäsittelyä ja etenkin ennen tuomitsemisvaihetta, jossa todistetta varsinaisesti hyödynnettäisiin. Tällainen ratkaisu merkitsee siten tarkkaan ottaen esittämiskieltoa.<sup>442</sup>

Hyödyntämiskiellon käsitettä ei ole nähdäkseni tarpeen rajoittaa vain jompaankumpaan Melanderin esittämistä määrittelyvaihtoehtoista. Kuten hänkin toteaa, hyödyntämiskiellon asettamisen perusteet eivät välttämättä ole arvioitavissa etukäteen.<sup>443</sup> Tällöin todiste hyväksytään ensin osaksi oikeudenkäyntiaineistoa, mutta sen käyttäminen näytön arvioinnissa voi olla rajoitettua. Jos mahdollista, todisteen tuleminen osaksi oikeudenkäyntiaineistoa olisi estettävä etupainotteisesti, koska sen esittäminen olisi tarpeetonta. Tämä tilanne voidaan jäsentää siten, että esittämiskielto on *tuomioistuimen asettama ennakkollinen hyödyntämiskielto*. Varsinaisestihan hyödyntämiskielto tulisi asetettavaksi vasta käsittelyvaiheen jälkeen tuomitsemisvaiheessa. En kuitenkaan näe estettä sille, että kumpikin tilanne jäsennetään hyödyntämiskielloksi.

Asianosaisille tulee ilmoittaa, jos todisteen käytettävyys voidaan ratkaista vasta pääkäsittelyssä tai vasta pääasian yhteydessä, jotta he voivat valmistautua lausumaan näkemyksensä todisteen laillisuudesta pääkäsittelyssä. On kuitenkin mahdollista, että asianosainen joutuu prosessaamaan epä tietoisena siitä, mitä todisteita tullaan sallimaan. Tällöin prosessitoimissa eli esimerkiksi loppulausunnossa olisi varauduttava kumpaankin vaihtoehtoon.

### 3.3.2 Oikeudenkäynti

Huolellisenkin valmistelun jälkeen voi käydä niin, että todistelunrajoitteeseen kiinnitetään huomiota vasta pääkäsittelyssä tai että soveltamisen edellytykset ilmenevät vasta silloin. Tämä voi tulla yllätyksenä ja esimerkiksi vasta todisteen tultua jo esitettyksi. Sen vuoksi on tärkeää edellä todetuin tavoin erottaa oikeudenkäynnin käsittelyvaiheessa todisteen esittäminen näytön vastaanottamisesta. Pääkäsittelyssä asianosaisilla on myös mahdollisuus ottaa välittömästi

<sup>441</sup> Melander 2012 s. 105–106. Aivan selvää ei ole sekään, mitä todisteen ”käyttäminen tuomioharkinnassa” merkitsee. Edellä todetuin tavoin hyödyntämiskiellon voidaan katsoa edellyttävän todisteen jättämistä huomiotta joko jo todistusharkinnassa tai vasta näytön riittävyttä arvioitaessa (luku 1.3). Tämä riippuu lähinnä hyödyntämiskiellon edellytyksistä eli siitä, voidaanko hyödyntämisharkinta suorittaa ennen todistusharkintaa vai ei.

<sup>442</sup> Riekkinen 2014 s. 131.

<sup>443</sup> Melander 2012 s. 118–119. Esimerkiksi kontradiktorisen periaatteen rajoittumisen vaikutuksia voidaan arvioida vasta tuomitsemisvaiheessa, jolloin todisteesta siis on tullut oikeudenkäyntiaineistoa (ks. Pölönen 2003 s. 321 ja jäljempänä luku 9.4).

kantaa todistelunrajoitteen soveltuvuuteen. Esimerkiksi todistajankuulustelua suorittava avustaja saattaa kiinnittää itsekkin huomiota todistelunrajoitteeseen ja peruuttaa kysymyksen. Tuomioistuimen tulee kuitenkin todistelunrajoitteiden viimesijaisena adressaattina viran puolesta ryhtyä tarvittaessa toimiin, vaikka kukaan asianosaisista ei vetoaisi todistelunrajoitteisiin.<sup>444</sup>

EIT on korostanut kansallisten tuomioistuinten päätöksenteon merkitystä tilanteissa, joissa puolustus esittää riittävän perustellun väitteen oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden vaarantumisesta. Tuomioistuimen tulee arvioida tällaista väitettä huolellisesti, ryhtyä tarpeellisiin toimiin oikeustositseikkojen selvittämiseksi ja perustella ratkaisunsa. Selvästi shikaaninomaiset väitteet saadaan jättää tutkimatta. Kansallisilla tuomioistuimilla ei siten ole – esimerkiksi kysymysten oikeudelliseen monimutkaisuuteen vedoten – mahdollisuutta jättää todistelunrajoitteita koskevia päätöksiä tekemättä.<sup>445</sup>

Käsittelyratkaisun tekeminen ei pääkäsittelyssäkään ole tarpeen, ellei todisteen esittämistä riitauteta tai ellei todistelua ryhdytä rajoittamaan tuomioistuimen aloitteesta. Asianosaisille on nytkin varattava tilaisuus lausua rajoittamisen perusteista, ja oikeudenkäyntiaineiston laajuudesta ei saa jäädä epäselvyyttä.<sup>446</sup> Rajoitus voi perustua joko esittämiskieltoon tai ennakkolliseen hyödyntämiskieltoon ja kohdistua esimerkiksi yksittäiseen kysymykseen, todistusteemaan tai todistuskeinoon. Tuomioistuin voi kieltää tiettyjen kysymysten esittämisen tai niihin vastaamisen tai esimerkiksi esitutkintakertomukseen viittaamisen. Jos kuultava paljastaa todistelunrajoittein suojattuja tietoja, kuuleminen tulee keskeyttää ja selostaa kuultavalle rajoitteen sisältö. Jos kuultava ei noudata rajoitetta, voinee kurinpitokeinojen lisäksi tulla harkittavaksi yleisöjulkisuuden rajoittaminen.

Valmistelussa ratkaisu on laadittava erilliseksi asiakirjaksi, mutta pääkäsittelyssä se voidaan sisällyttää pöytäkirjaan ja pääasiaratkaisun yhteydessä lopulliseen tuomioon tai päätökseen. Laaja käsittelyratkaisu voi olla perusteltua laatia erilliseksi asiakirjaksi myös pääkäsittelyssä. Yksinkertaisimmillaan ratkaisu voi kuitenkin aivan hyvin olla parin virkkeen pituinen. Verrattain vähäistenkin rajoittamistoimien on hyvä ilmetä pöytäkirjasta, joskin henkilötodistelun rajoittaminen kuulemisen aikana ilmenee joka tapauksessa nauhoitteilta.

<sup>444</sup> Ks. HE 32/2001 vp s. 53 (”tuomioistuimen tulee torjua asianosaisen esittämän aineiston vastaanottaminen ainakin silloin, jos materiaalin esittäminen on jo sinänsä laissa kielletty”), Pölonen 2003 s. 320–321, Leppänen 1998 s. 226 ja 284–285.

<sup>445</sup> Murtazaliyeva v. Russia [GC], 18.12.2018 (kohdat 143 ja 157).

<sup>446</sup> Ks. myös HE 82/1995 vp s. 125, missä todetaan oikeudenkäyntiaineiston esittämistä pääkäsittelyssä koskevan ROL 11:2.1:n eräänä tarkoituksena olevan oikeudenkäyntiaineistoa koskevan epäselvyyden välttäminen.

Tuomitsemisvaiheessa tehtävä ratkaisu todisteen hyödyntämisestä sijoittunee luontevimmin käsittelyratkaisuksi ennen pääasian perusteluja. Näitä kahta ei kuitenkaan välttämättä ole mahdollista erottaa tarkkarajaisesti toisistaan. Esimerkiksi jos hyödyntämiskysymyksen ratkaisemiseksi on arvioitava näytön luotettavuutta, nivoutuu hyödyntämiskysymys osaksi näytön arviointia. Tällöinkin tuomiossa tulisi nähdäkseni – vaikka vain lyhyesti – todeta, sallitaanko näytön hyödyntäminen vai ei. Luontevinta lienee nostaa hyödyntämiskysymys esille jo perustelujen alussa, vaikka siitä joltain osin lausuttaisiin vasta muussa yhteydessä. Erityisen tärkeää on, että hyödyntämiskysymyksen perusteluissa otetaan huomioon asianosaisten esittämät näkökohdat vastaamalla niihin perusteisiin, joita he ovat esittäneet todisteen kieltämiseksi tai sallimiseksi.

EIT:n oikeuskäytännössä kehittyneitä todistelunrajoitteita voidaan luonnehtia lähinnä tukitodisteluvaatimuksiksi, joiden todistelua (hyödyntämistä) rajoittava vaikutus ei ole ehdoton (ks. tukitodisteluvaatimuksista tarkemmin jäljempänä luku 4.6). Hyödyntämiskieltoa ei ole tarpeen asettaa, jos todiste osoittautuu näytön arvioinnissa epäluotettavaksi eli sen luotettavuuden vahvistamiseksi ei ole riittävästi tukitodisteita. Tällöin syyte on hylättävä. Varsinaista hyödyntämiskysymystä ei tukitodisteluvaatimuksen soveltuessa ole tarpeen tehdä lainkaan, ellei hyödyntämisharkintaan kuulu myös muita elementtejä, joita tuomioistuimen tulee arvioida. ”Puhdas” tukitodisteluvaatimus ei kuitenkaan edellyttäne minkäänlaista kannanottoa todisteen hyödyntämiseen.

Voidaan kysyä, tarvitseeko päätöstä todisteen hyödyntämisestä lainkaan tehdä, jos tuomio on vapauttava. Vaikka virhe vaikuttaisi todisteluun, lopputulos on vastaajalle edullinen ja todistelun hyödyntäminen tämän kannalta merkityksetöntä. Yleensä todisteen hyväksyvä tai hylkäävä ratkaisu kuitenkin vaikuttaa suoraan lopputulokseen. Vaatimus todisteita koskevien ratkaisujen riittävästä perustelemisesta koskee mielestäni myös niitä tilanteita, joissa pääasiasratkaisu on todisteen käyttämisen riittävälle asianosaiselle edullinen. Lieneekin niin, että todistelua koskeva ratkaisu voidaan sivuuttaa ainoastaan tilanteissa, joissa syyteen hylkääminen ei perustu näyttöratkaisuun – esimerkiksi jos syyteoikeus on vanhentunut. Pääasian voittavalla osapuolella ei tosin normaalisti voine olla muutoksenhakuinnostia, vaikka hän häviäisi todistelua koskevan vaatimuksen.

### 3.3.3 Näyttökynnys todistelunrajoitetta sovellettaessa

Pääasiasratkaisun tavoin myös todistelunrajoitteen soveltaminen perustuu näyttö- ja oikeuskysymyksen ratkaisemiseen. Voi olla esimerkiksi epäselvää, onko todistajan ja asianosaisen välillä parisuhteeseen tai sukulaisuuteen rinnastuva läheinen suhde. Käsittelyratkaisun tekeminen saattaa muodostua niin sanotusti oikeudenkäynniksi oikeudenkäynnin sisällä, mistä common law -maissa käytetään termiä *voir dire*. Se tarkoittaa menettelyä, jossa tuomari pääkäsittelys-



sä ilman valamiehistön läsnäoloa ratkaisee kysymyksen todisteen sallimisesta. Suomessa todistelun sallimista koskevaa käsittelyratkaisua ja siihen liittyvää menettelyä voisi kenties nimittää *todisteluratkaisuksi*. Joka tapauksessa tällainen ratkaisu saattaa edellyttää verrattain laajaakin todistelun vastaanottamista ja muodostua sikäli puitteiltaan pääasian käsittelyä vastaavaksi.<sup>447</sup>

Sovellettavasta todistelunrajoitteesta ja arvioitavasta selvityksestä riippuen todisteluratkaisu voi olla tehtävissä täysin kirjallisessa menettelyssä ja siten jo valmistelun aikana. Tällöin todisteluratkaisu voidaan perustaa lähinnä asianosaisten lausumiin, kirjallisiin todisteisiin ja riidattomiin tosiseikkoihin. Toiseksi todisteluratkaisun edellytyksiä voidaan selvittää suullisen valmistelun istunnossa (ROL 5:10), vaikkakaan tällöin ei voida ottaa vastaan todistelua. Kolmanneksi pääkäsittely voidaan pitää myös oikeudenkäyntiä koskevan kysymyksen käsittelemistä varten (ROL 5:14). Jos todisteluratkaisu edellyttää henkilötodistelun vastaanottamista, tulisi toimittaa erillinen pääkäsittely tai – mikä usein lienee tarkoituksenmukaisempaa – ratkaista kysymys pääasiassa toimitettavan pääkäsittelyn yhteydessä ennen asian muuta käsittelyä.

Käytännön esimerkkinä voidaan mainita ratkaisu VaaHO 2018:9.<sup>448</sup> Syyttäjä ja asianomistaja olivat nimenneet hovioikeusvaiheessa kuultavaksi uuden todistajan, jonka kuulemista puolustus vastusti. Pääkäsittelyn aluksi järjestettiin ”voir dire”, jossa asianosaiset saattoivat vielä perustella näkemyksiään ja sen jälkeen nimettyä todistajaa kuultiin niistä olosuhteista, jotka olivat relevantteja todisteen sallimisen tai kieltämisen kannalta. Tämän jälkeen hovioikeus julisti käsittelyratkaisun, jolla todistajan kertomus määrättiin osittain hyödyntämiskieltoon. Pääasian osalta pääkäsittelyä jatkettiin sen jälkeen normaalisti ja todistajaa kuultiin niistä seikoista, jotka eivät olleen hyödyntämiskiellon piirissä.

Todisteluratkaisun kannalta merkityksellisistä tosiseikoista voi olla riitaa asianosaisten kesken tai niitä voi olla vaikeaa selvittää. Siksi myös todistelunrajoitteiden soveltamisen osalta joudutaan pohtimaan todistustaakkaa ja näyttökynnystä. Ainoa todisteluratkaisuja koskeva selvä säännös on OK 17:23, jonka 1 momentin mukaan todistamasta kieltäytyvälle henkilölle asetetaan todistustaakka kieltäytymisen perusteista. Näyttökynnyksenä on todennäköisyysnäyttö, mikä merkitsee yksinkertaista näyttöenemmyyttä. Kysymys ei esitöiden mukaan ole normaalista todistamistilanteesta, koska todistajalta ei voida edellyttää kovin laajaa selvitystä vaikenemisoikeuden perusteista.<sup>449</sup> Lisäksi on

<sup>447</sup> Pölönen 2003 s. 256–257. Glover 2017 s. 50–55, Choo 2015 s. 120–121. Ks. myös Sjöström 1948 s. 190–191.

<sup>448</sup> Kirjoittaja toimi asiassa valmistelijana.

<sup>449</sup> HE 46/2014 vp s. 82, Rautio – Frände 2016 s. 161. Samaa kynnystä käytetään esimerkiksi Norjan StrPL 127.2 §:ssa. Todistamiskieltojen näyttökynnyksen arviointi on osoitettu tuomioistuimelle, mikä ilmenee mm. ETL 7:9.1:sta. Esimerkiksi syyttäjä tai tutkinnanjohtaja ei voi vel-

huomioitava pykälän 2 momentti, jossa on kevennetty todistustaakkaa tiettyjen kieltäytymisoikeuksien osalta.

Joissain tapauksissa todisteluratkaisun perustaksi voi olla tarpeen paljastaa salassa pidettäviä tietoja. Tapauksessa KKO 2009:88 kustannusyhtiön toimitusjohtaja oli vedonnut lähdesuojaa koskevaan VOK 17:24.2:in (jota nykyisin vastaa OK 17:20) ja esittänyt kieltäytymisoikeutensa tueksi korkeimmalle oikeudelle näyttönä kaksi kirjettä. KKO oli toimittanut kirjeet vastauspyynnön yhteydessä keskusrikospoliisille, joka liitti ne esitutkintapöytäkirjaan. Syyttaja vetosi kirjeisiin todisteina syyteasiassa. KKO katsoi, että kirjeiden toimittaminen ei itsessään voinut merkitä lupumista vaitiolo-oikeudesta – niitähän käytettiin päinvastoin tuon oikeuden toteennäyttämiseksi. Kirjeet olivat siten vaitiolo-oikeuden piirissä ja niiden käyttäminen todisteena rikosasiassa olisi merkinnyt salassapito-oikeuden suojan loukkausta.

Tapauksesta ilmenevällä tavalla rikosprosessin asianosaisjulkisuus ja salassapitointressin tehokas suojaaminen voivat olla vaikeasti yhteensovitetavissa. On selvää, ettei tällaista menettelyä ole sallittua käyttää suojattujen tietojen ”kalasteluun” eikä suojan kiertämiseen. Koska todistelunrajoitteen viimesijaisena adressaattina on tuomioistuimien ja koska vaikenevan todistajan on esitettävä selvitys vaikenemisen syistä nimenomaan tuomioistuimelle, olisi mielestäni ajateltavissa, että todisteluratkaisu tehdään paljastamatta salassa pidettävää tietoa asianosaisille. Heille tulisi kuitenkin sallia mahdollisuus esittää näkökohtia todistelunrajoitteen olemassaolon puolesta ja sitä vastaan.<sup>450</sup> Tällainen menettely ei kuitenkaan ole yleensä mahdollista nykyisen oikeutemme mukaan. Ratkaisussa KKO 2011:27 katsottiin, että tuomioistuimien ei voi salassa tutustua asiakirjoihin ainakaan ilman asianosaisten nimenomaista suostumusta.

Yleisenä lähtökohtana lienee muutoin pidettävä, että varsinaista todistustaakkaa ei voida asettaa kummallekaan osapuolelle. Todistelunrajoitteiden viimesijaisena adressaattina tuomioistuimen tulee ryhtyä tarpeellisiin toimiin oikeustositseikkojen selvittämiseksi.<sup>451</sup> Käytännössä voidaan kuitenkin edellyttää, että syyttäjän tulee tarvittaessa kyetä osoittamaan todisteidensa laillisuus, koska yleensä hyödyntämiskiellot kohdistuneet syyttäjän todisteluun. Toisaalta lienee selvää, että asianosaisilla ja mahdollisesti myös todistelunrajoitteen suoja nauttivalla

---

voittaa henkilöä täyttämään todistamisvelvollisuutensa sen vuoksi, ettei selvitys kieltäytymisoikeuden tai -velvollisuuden perusteesta ole riittävä.

<sup>450</sup> Vrt. *Jasper v. the United Kingdom* [GC], 16.2.2000 (kohdat 52–58), missä hyväksyttiin tällainen *ex parte* -menettely, kun puolustuksen sallittiin esitellä näkemyksensä tapahtumista ja tuomari pystyi vertailemaan salassapidon tarvetta puolustuksen todistelun tarpeeseen läpi oikeudenkäynnin.

<sup>451</sup> Ks. *Murtazaliyeva v. Russia* [GC], 18.12.2018 (kohta 157), missä korostetaan kansallisen tuomioistuimen toimintavelvollisuutta oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden varmistamiseksi. Tapanila on katsonut, ettei ole perusteltua asettaa tuomioistuimelle velvollisuutta viran puolesta selvittää kaikkia mahdollisia todisteisiin liittyviä lainvastaisuuksia, joihin asianosaiset eivät ole kiinnittäneet huomiota (Tapanila 2013 s. 433). Tämä vastaisi lähinnä informointitaakkaa.

ulkopuolisella taholla on vähintään tosiasiallinen informointitaakka rajoittamisen kannalta merkityksellisistä seikoista tai olosuhteista. Tuomioistuimien voinekin huolehtia valvontavelvollisuuksistaan myös siten, että syyttäjän edellytetään esittävän näyttöä todisteen hyödyntämiskelpoisuudesta.<sup>452</sup>

Jos kuulustelussa esitutkinnassa väitetään menetellyn lainvastaisesti, on tarvittaessa pyrittävä selvittämään kuulustelutilanteen tarkempaa kulkua. Lähtökohtaisesti selvitystä on saatavissa paitsi kuulusteltavaa ja kuulustelijaa kuulemalla myös kuulustelupöytäkirjan välityksellä.<sup>453</sup> Pöytäkirjaa voidaan kuitenkin väittää virheelliseksi tai puutteelliseksi eikä kuulustelija välttämättä ole ymmärrettävästi kovinkaan varma yksittäistä kuulustelua koskevista muistikuvisistaan. Rasti ruutuun -tyyppiset kirjaukset voivat olla erityisen alttiita kritiikille. On myös mahdollista, että kuulustelun osapuolet antavat muista syistä väärän kertomuksen kuulustelun kulusta – kuulusteltava esimerkiksi saadakseen raskauttava kertomus hyödyntämiskiellon piiriin tai kuulustelija välttääkseen virkamiesoikeudellisen vastuun menettelyvirheestä.

Kuulustelun kulusta voidaan saada kattavampi selvitys, jos läsnä on ollut ETL 7:11.1:ssä tarkoitettu esteetön kuulustelutodistaja. Sellainen on lähtökohtaisesti kutsuttava kuulusteltavan pyynnöstä tai voidaan kutsua kuulustelijan aloitteesta. Kuulustelutodistajan läsnäololla pyritään varmistamaan kuulustelun asianmukaisuudesta jo etukäteen ja toisaalta mahdollistamaan puolueettoman näytön esittäminen jälkikäteen. Oikeuskirjallisuudessa onkin katsottu, että kuulustelutodistajan käytöllä on merkitystä sekä kuulusteltavan että kuulustelijan oikeusturvan kannalta. Kuulustelutodistajan tulee ennen muuta valvoa, että kuulustelupöytäkirja vastaa totuudenmukaisesti kuulustelun kulkua. Käytännön syistä kuulustelutodistajana toimii usein toinen poliisi, mistä kuitenkin seuraa, että hänen puolueettomuutensa voidaan helposti kyseenalaistaa.<sup>454</sup>

ETL 7:11.2:n mukaan kuulustelutodistajan käyttö voidaan korvata kuulustelutilaisuuden tallentamisella ääni- ja kuvatallenteeseen, jos siten voidaan riittävä luotettavasti osoittaa kuulustelun suorittamistapa ja kuulustelun aikaiset tapahtumat. Tallentaminen olisi usein suotava ja prosessiekonomisesti perusteltu keino turvata kuulustelun asianmukaisuus ja sen todennettavuus. Virkkeen jälkimmäisellä osalla viitataan siihen mahdollisuuteen, että kaikissa tapauksissa kuulustelutodistajan käyttöä ei tulisi korvata tallentamisella, vaan tallentamiseen voidaan ryhtyä sen lisäksi, että paikalla on myös kuulustelutodistaja. Tällöin kuulustelun suorittamistavasta voidaan jälkikäteen esittää varsin katta-

<sup>452</sup> Pölonen 2003 s. 322–323, Pölonen – Tapanila 2015 s. 233. Ks. myös Howard – Crane – Hochberg 1990 s. 51, missä tämä velvollisuus luetaan osaksi todistustaakkaa. Jäsenitys on luonteva myös rooliperiaatteita ajatellen (ks. edellä luku 2.2.2).

<sup>453</sup> Kuulustelupöytäkirjaan merkittävistä tiedoista säädetään ETL:n lisäksi esitutkinnasta, pakkokeinoista ja salaisesta tiedonhankinnasta annetun valtioneuvoston asetuksen (13.2.2014/122, EP5A) 2 §:ssä.

<sup>454</sup> Fredman ym. 2020 s. 394–395.

va ja luotettava näyttö, jonka perusteella voidaan arvioida esimerkiksi todistajan väitettä siitä, että kuulustelussa on käytetty epäasiallisia metodeja.<sup>455</sup>

ETL 9:3:n mukaan kuulustelutilaisuus saadaan ottaa kokonaan tai osittain ääni- ja kuvatalenteeseen. Kuulustelutilaisuus on tallennettava kokonaan tai osittain, jos siihen on asian laatuun tai kuulusteltavan henkilöön liittyvät seikat huomioon ottaen syytä kuulustelun suorittamistavan, kuulustelun aikaisten tapahtumien tai kuulusteltavan kertomuksen jälkikäteistä todentamista varten. Lainkohdasta ilmeneviä kriteerejä olisi sovellettava myös arvioitaessa sitä, onko tallentaminen tarpeen kuulustelutodistajan käytöstä huolimatta. Esitöiden mukaan esimerkiksi tutkittavan rikoksen erityinen vakavuus ja kuulusteltavan kielteinen suhtautuminen tutkintaan olisivat perusteita varmistua mahdollisimman huolellisesti tutkinnan kulun asianmukaisuudesta.<sup>456</sup>

Myös muiden esitutkintatoimenpiteiden osalta on tärkeää, että menettelyn laillisuutta ja oikeudenmukaisuutta voidaan jälkikäteen kontrolloida. ETL 9:6.2:n mukaan esitutkintapöytäkirjaan on otettava kuulustelupöytäkirjat ja selostukset tutkintatoimenpiteistä ja niiden yhteydessä tehdyistä esitutkinnassa selvitettäviä asioita koskevista havainnoista sekä liitettävä tutkinnassa kertyneet asiakirjat, tallenteet ja valokuvat, jos niillä voidaan olettaa olevan merkitystä asiassa ja jos laissa ei toisin säädetä. Esitutkinnasta, pakkokeinoista ja salaisesta tiedonhankinnasta annetun valtioneuvoston asetuksen 4 §:n mukaan esitutkintapöytäkirjaan on merkittävä tiedot esitutkinnassa käytetyistä pakkokeinoista, jollei kysymys ole pakkokeinosta, jonka käytöstä ei tarvitse ilmoittaa.<sup>457</sup> Asetuksen 3 luvussa on säännökset salaisten pakko- ja tiedonhankintakeinojen pöytäkirjoista.

Varsinaisen todistustaakan puuttuessa voidaan kysyä, onko näyttökynnys-täkään tarpeen määritellä. Ainakin tuomioistuimen perusteluvollisuuden vuoksi näyttökynnys lienee kuitenkin tarpeellinen. Kynnyksen korkeudesta voidaan esittää erilaisia kantoja. EIT on eräissä ratkaisuisaan omaksunut rikosasioiden tuomitsemiskynnystä sanamuodoltaan vastaavan tason ”beyond reasonable doubt”, jota tosin tulkitaan autonomisesti ja tuomitsemiskynnyksestä poikkeavasti. Englannin oikeudessa todistelun rajoittamisen kannalta relevantteja ”toissijaisia tosiseikkoja” (secondary facts) koskeva näyttökynnys määräytyy prosessilajin mukaan, mikä tarkoittaisi nimenomaan tuomitsemiskynnyksen korkeutta.<sup>458</sup> Suomessa prosessinormien näyttökynnyksenä käytetään yleisesti tuomitsemiskynnystä matalampaa todennäköisyysnäytön tasoa.<sup>459</sup>

<sup>455</sup> HE 222/2010 vp s. 221.

<sup>456</sup> *Ibid.*

<sup>457</sup> Ks. pakkokeinojen käytön kontrolloinnin merkityksestä myös jäljempänä luku 8.3.3.

<sup>458</sup> Glover 2017 s. 129–131.

<sup>459</sup> Ks. esim. preklusiota koskevat OK 5:22 ja 6:9, turvaamistoimia koskevat OK 7:1–3, väliintuloa koskeva OK 18:8 ja tuomionpurkaa koskeva OK 31:7. Ks. myös Ruotsin oikeuden osalta esim. RB 12:7, 14:9 ja 32:6 ja Norjan osalta Rt. 1994 s. 1139, jossa katsottiin, että hyödyntämis-

EIT on soveltanut autonomisesti tulkittua *beyond reasonable doubt* -standardia esimerkiksi vakavuudeltaan niinkin erilaisissa tilanteissa kuin EIS 3 artiklan väitetyt loukkaukset ja oikeus avustajaan. Näyttökynnyksen ylittymiseen voi vakiintuneen perustelufraasin mukaan riittää, että asiassa ilmenee riittävän vahvoja aihetodisteita tai olettamuksia (the coexistence of sufficiently strong, clear and concordant inferences or of similar un rebutted presumptions of fact).<sup>460</sup>

Korkea näyttökynnys vaikuttaisi perustellulta ainakin silloin, kun todiste väitetään hankituksi rikoksella. Toisaalta painavat syyt puhuvat todennäköisyysnäytön puolesta: Ensinnäkin se on prosessinormien yleinen näyttökynnys ja soveltuu myös todistamasta kieltäytymiseen (OK 17:23.1), kuten edellä ilmeni. Toiseksi matalampi näyttökynnys olisi omiaan ehkäisemään todisteluratkaisun paisumisen kovin laajaksi. Lähtökohtaisesti todisteluratkaisun tulisi olla alisteinen pääasiaratkaisulle, mitä korkea näyttötaakka ei edistäisi. Todisteluratkaisuun liittyvät epävarmuustekijät voivat sitä paitsi tulla otetuiksi huomioon vielä pääasiaa ratkaistaessa. Katsoisin näin ollen, että todisteluratkaisujen lähtökohtaisena näyttökynnyksenä voidaan pitää *yksinkertaista näyttöenemmyyttä*.<sup>461</sup>

### 3.3.4 Oikeusvoima ja muutoksenhaku

Oikeusvoimalla (*res judicata*) tarkoitetaan tuomioistuimen ratkaisun tulevaisuudessa sitovaa vaikutusta. Ratkaisujen sitovuutta voi pitää niiden tärkeimpänä ominaisuutena, sillä lainkäyttö ei voisi tuottaa oikeussuojaa ilman ratkaisujen pysyvyyttä. Oikeusvoima riippuu tuomion lainvoimaisuudesta mutta ei sen lopputuloksesta. Asianosaisilla ei ole yleistä mahdollisuutta vaatia samaa syyteasiaa ratkaistavaksi yhä uudelleen, mitä nimitetään negatiiviseksi oikeusvoimaksi. Rikosasioissa tuomion ei kuitenkaan katsota ainakaan automaattisesti saavan positiivista oikeusvoimaa eli syyksilukemista ei eri oikeudenkäynneissä oteta välttämättä arvioinnin lähtökohdaksi. Lisäksi lainvoimaiseen tuomioon voidaan hakea eräissä rajatuissa tilanteissa muutosta ylimääräisen muutoksenhaun keinoin, jolloin negatiivinen oikeusvoima väistyy.<sup>462</sup>

harkinnassa oli sovellettava todennäköisyyskynnystä.

<sup>460</sup> Jalloh v. Germany [GC], 11.7.2006, (kohta 67) ja Simeonovi v. Bulgaria [GC], 12.5.2017 (kohta 124).

<sup>461</sup> Jos väitetään, että todiste on saatu kiduttamalla jotakuta eri valtiossa, näyttökynnys on kuitenkin matalampi (ks. tästä jäljempänä luku 7.1.2).

<sup>462</sup> Tirkkonen 1933 s. 30, Virolainen – Pölonen 2003 s. 401–403, Jokela 2018 s. 781.

Käsittelyratkaisut eivät saa oikeusvoimaa ylipäättään suhteessa uuteen oikeudenkäyntiin eli yhdessä oikeudenkäynnissä annettu todisteluratkaisu ei ole automaattisesti sitova seuraavassa oikeudenkäynnissä, vaikka käsiteltävä kysymys – esimerkiksi vaitiolovelvollisuuden murtaminen – olisi samakin. Käytännössä niillä voi olla suuri merkitys, mutta oikeusvoimasta ei ole kysymys. Sen sijaan prosessinjohtoratkaisut toki velvoittavat tietyn oikeudenkäynnin sisällä kaikkia prosessisubjekteja. Tätä ominaisuutta voidaan nimittää ratkaisun sitovuudeksi. Käsittelyratkaisujen sitovuus ei yleensä ulotu tuomioistuimeen, vaan se voi muuttaa tai kumota oman ratkaisunsa oikeudenkäynnin kuluessa esimerkiksi uuden selvityksen perusteella. Joka tapauksessa asianosaisille tulisi varata tilaisuus lausua myös todisteluratkaisun muuttamisen perusteista.<sup>463</sup>

OK 17:68.1:n mukaan pääsääntö on, että todistelua koskevaan tuomioistuimen päätökseen haetaan muutosta pääasian yhteydessä. Esitöiden mukaan erillinen muutoksenhakuosoitus soveltuisi muun muassa todistelunrajoitteita koskeviin prosessinjohtopäätöksiin, ainakin jos sovellettavan säännöksen tulkinnasta on epävarmuutta. Toisaalta korostetaan, että kysymys on poikkeussäännöksestä. Muutoksenhakuoikeus kaikkiin käsittelyratkaisuihin voisi johtaa oikeudenkäyntien merkittävään hidastumiseen ja usein on tarkoituksenmukaisinta käsitellä todisteluratkaisua yhdessä pääasian kanssa. On kuitenkin huomattava, että todisteluratkaisu voi vaikuttaa myös muun kuin asianosaisen oikeusasemaan ja erityisesti tällöin muu kuin erillinen muutoksenhakuosoitus voisi mitätöidä muutoksenhaun merkityksen. Erillinen muutoksenhaku on jatkokäsittelyluvan piirissä.<sup>464</sup>

Virheellisiä todisteluratkaisuja ovat kielletyn todisteen hyödyntäminen sekä sallitun todisteen kieltäminen. Ensin mainitussa tapauksessa muutoksenhaku-tuomioistuimien voi asettaa hyödyntämiskiellon ja tämän jälkeen joko ottaa pääasiankin välittömästi ratkaistavakseen rajatun näytön perusteella<sup>465</sup> tai palauttaa asian<sup>466</sup>. Jälkimmäisessä tapauksessa on käytettävissä samat vaihtoehdot eli kumotessaan todisteluratkaisun ja salliessaan todistelun ylempi tuomioistuin voi joko ratkaista asian välittömästi laajemman näytön perusteella<sup>467</sup> tai palauttaa asian<sup>468</sup>. Asian välitön ratkaiseminen on perusteltua lähinnä silloin, kun muutos

<sup>463</sup> Tirkkonen 1933 s. 214–216, Sjöström 1948 s. 58–61, Virolainen 1988 s. 420–421, Lappalainen 2001 s. 415 ja Pölonen 2003 s. 402. Myös Englannin oikeuden mukaan todisteiden sallimista koskevia käsittelyratkaisuja voidaan muuttaa, jos olosuhteet ovat muuttuneet (Mirfield 1997 s. 39–40).

<sup>464</sup> HE 46/2014 vp s. 120–122, Pölonen – Tapanila 2015 s. 457–470, Rautio – Frände 2016 s. 341–343. Rautio ja Frände mainitsevat esimerkkinä, että todistamaan velvoitetun asianajajan oikeusturva voi edellyttää mahdollisuutta muutoksenhakuun ja käytännössä myös erillistä muutoksenhakuoikeutta.

<sup>465</sup> Ks. esim. KKO 1995:66.

<sup>466</sup> Ks. esim. KKO 2016:96 (kohta 39).

<sup>467</sup> Ks. esim. KKO 1984-II-60.

<sup>468</sup> Ks. esim. KKO 2018:54 (kohta 36).

todistelussa on verrattain vähäinen. Käytännössä hovioikeudet yleensä tiedustelevat asianosaisten näkemyksiä tästä. Jos muutos on vaikutukseltaan laaja, on lähtökohta vastaavasti toinen eli oikeusastejärjestyksen periaatteen vuoksi asia tulisi yleensä palauttaa.<sup>469</sup>

Myötävaikuttamattomuusperiaatetta koskeneessa ratkaisussa KKO 2016:96 todettiin, että syytteiden tueksi oli asiassa esitetty muutakin kuin hyödyntämiskiellon piiriin kuuluvaa näyttöä. Laillisen näytön uudelleen arvioiminen tapahtui soveliaimmin käräjäoikeudessa, johon asia palautettiin. Tällainen ratkaisu onkin perusteltu silloin, kun asiassa on verrattain paljon muuta näyttöä. Sen arvioiminen välittömästi muutoksenhakuasteessa ei tällöin ole oikeusastejärjestyksen periaatteen mukaista. On myös huomattava, että valittaja oli kyseisessä tapauksessa pyytänyt ensisijaisesti asian palauttamista.<sup>470</sup>

Tapauksessa KKO 1986 II 14 alemmat oikeudet eivät olleet ottaneet näyttönä huomioon, mitä lääkärin todistajankertomuksesta sekä lääkärintodistuksesta ja sairauskertomuksesta oli ilmennyt testamentintekijän sairaudesta ja muista seikoista, jotka asian laadun vuoksi ovat olleet salassa pidettäviä. KKO katsoi, että kyseisiin seikkoihin ei ollut sovellettava todistamiskielloa, ja palautti asian kihlakunnanoikeuteen lääketieteellisen näytön huomioon ottamiseksi.

Jos muutoksenhakuoikeutta käytetään, on ylemmän tuomioistuimen päätös tietenkin lähtökohtaisesti alempaa sitova ja myös muutoksenhakutuomioistuinta itseään sitova, jos syyteasia tulee sen tutkittavaksi. Hallituksen esityksessä on todettu, että jos todistelua koskevaan ratkaisuun annetaan erillinen muutoksenhakuosoitus, ei muutoksenhakuoikeutta olisi enää pääasian yhteydessä.<sup>471</sup> Pölönen ja Tapanila katsovat tämän merkitsevän, että ratkaisu sitoo sellaisenaan muutoksenhakutuomioistuinta.<sup>472</sup> Sitovuuden täytynee kuitenkin joustaa, jos käsittelyratkaisu osoittautuu selvästi vääräksi. Tällöin ratkaisua voitaneen muuttaa. Myös muutoksenhakutuomioistuimen on näet sovellettava todistelunrajoitteita viran puolesta. Selvää on, että asianosaisille tulee varata tilaisuus lausua salassapidon perusteesta muuttuneessa tilanteessa.

Oletetaan, että syyttäjä on nimennyt todisteeksi asiakirjan, joka on takavarikoitu rikoksesta epäillyn asunnosta. Puolustus väittää, että asiakirja sisältää potilassalaisuuden, ja on sen vuoksi pakkokeinolain (22.7.2011/806, PKL) 7:3:n takavarikoimis- ja jäljentämiskiellon suojaama. Käräjäoikeus määrää asiakirjan hyödyntämiskiellon ja hovioikeus hylkää syyttäjän valituksen. Tämän jälkeen syyteasiaa käräjäoikeudessa käsiteltäessä ilmenee, että vastaajalla ja asiakirjan laatineella lääkärillä ei ole koskaan ollut hoitosuhdetta. Onko syyttäjän haettava hovioikeuden ratkaisun purkua vai voiko käräjäoikeus todisteluratkaisun lainvoimaisuudesta huolimatta ottaa asiakirjan huo-

<sup>469</sup> Ks. KKO 2015:51 (kohdat 31 ja 32).

<sup>470</sup> KKO 2016:96 (kohdat 38 ja 39).

<sup>471</sup> HE 46/2014 vp s. 122.

<sup>472</sup> Pölönen – Tapanila 2015 s. 470.

mioon todisteena? Tilanne lienee ratkaistavissa siten, että käräjäoikeus antaa – asianosaisia kuultuaan – uuden käsittelyratkaisun todisteen sallimisesta. Käräjäoikeus voinee näet muuttuneiden olosuhteiden vuoksi tarkistaa omaa käsittelyratkaisuun, vaikka se olisi ollut muutoksenhaun kohteenakin.

Hyödyntämiskäytäntö voi olla perusteena myös ylimääräiselle muutoksenhaulle. Pekka Koponen on todennut, että koska lainvastaisesta hankittu todiste ei lähtökohtaisesti ole hyödyntämiskiellossa, voidaan olettaa todisteen vastaanottamisen harvoin toteuttavan tuomiovirheen eli soveltuvan kantelun perusteeksi. OK 31:1.1:n 4 kohdan mukaan lainvoiman saanut tuomio voidaan tehdystä kantelusta tuomiovirheen perusteella poistaa, jos oikeudenkäynnissä on tapahtunut muu oikeudenkäyntivirhe, jonka havaitaan tai voidaan otaksua olennaisesti vaikuttaneen asian lopputulokseen. Asianosaisen kannattaa Koposen mukaan reagoida virheellisenä pitämäänsä hyödyntämiskäytäntöön tuomiovirhekantelun määräajassa. Ilmeisesti väärään lain soveltamiseen nojautuvan purkuperusteen (OK 31:8.1:n 4 k.) täyttymiskynnys on huomattavasti korkeampi.<sup>473</sup>

Todistelunrajoitteen väärä soveltaminen on siten peruste, joka voi mahdollistaa niin varsinaisen kuin ylimääräisenkin muutoksenhaun. Kysymyksessä on oikeudenkäyntivirhe, jonka lähtökohtaisesti voidaan katsoa vaikuttaneen asian lopputulokseen. Poikkeuksellisesti tällaista vaikutusta ei liene silloin, kun tuomioistuin esimerkiksi katsoo lainvastaisesti hankitun todisteen olevan täysin vailla näyttöarvoa tai asettaa hyödyntämiskielton. Tällaisessa tapauksessa lainvastaiselle hankkimis- tai esittämiskaityntöjen loukkaukselle ei jääne sellaista merkitystä lopputuloksen kannalta, että käsillä olisi muutoksenhakuintressi. Menettelyvirheen vaikutus on tällöin poistettu. Asiaa olisi luonnollisesti arvioitava toisin, jos tuomioistuin lausuu asettaneensa hyödyntämiskielton, mutta perusteluista kuitenkin ilmenee, että todistetta on tosiasiallisesti hyödynnetty.

Hyödyntämiskielton toteutumista voidaan arvioida tuomion faktaperustelujen valossa. EIT:n Martin-tapauksessa virolainen muutoksenhakutuomioistuin oli asettanut vastaajan esitutkintakertomuksen hyödyntämiskieltoon, mutta kuitenkin todennut, ettei mikään estänyt ottamasta huomioon sitä toiseikkaa, että vastaaja oli tunnustanut rikoksen. Lisäksi se oli lausunut, että tunnustus oli pääasiallinen syy tutkinnan aloittamiselle ja syytteen nostamiselle. EIT katsoi mielestäni aivan oikein, että hyödyntämiskielvotonta todistetta oli tosiasiaa hyödynnetty eikä oikeudenloukkauksen vaikutuksia ollut kokonaan mitätöity hyödyntämiskielton edellyttämällä tavalla.<sup>474</sup>

<sup>473</sup> Koponen 2017 s. 334–339. Ks. myös Tapanila 2019a s. 243–245.

<sup>474</sup> Martin v. Estonia, 30.5.2013 (kohdat 48, 95 ja 96). Ks. myös Shabelnik v. Ukraine (No. 2), 1.6.2017 (kohdat 51–54), missä todettiin EIS 6 artiklan loukkaus, kun Ukrainan korkein oikeus oli sivuuttanut valittajan väitteen hyödyntämiskielton merkityksestä asiassa.





---

## 4 Yksittäisiä todistelunrajoitteita

Alkavassa tutkimuksen erityisessä osassa oikeudellisia todistelunrajoitteita on jaettu erilaisiin tyypeihin niiden funktioiden ja mekanismien perusteella. Tarkoitukseni on osoittaa, että voimassa olevan oikeutemme tuntemia todistelunrajoitteita – myös EIT:n ratkaisukäytännöstä johdettuja normeja – voidaan tarkastella esittämäni systematiikan avulla eli niillä on tietty kohde, ne ovat ehdottomia tai joustavat tietyillä edellytyksillä, ja ne ulottuvat tiettyihin todistelumennettelyn vaiheisiin. Hyödyntämiskysymystä voidaan lisäksi jäsentää oikeusturvaa vaarantavan menettelyn vakavuuden, vaikuttavuuden ja vakauttamisen käsitteillä. Tarkastelen ensiksi yksittäisiä todistelunrajoitteiden tyyppisiä, jotka eivät kuulu muihin tyypeihin eivätkä siten muodosta mitään yhtenäistä kokonaisuutta. Kysymys on lähinnä esitysteknisestä ratkaisusta.

### 4.1 TODISTELUN EPÄÄMINEN

#### 4.1.1 Tarpeeton todistelu

Oikeudenkäynnissä on selvitettävänä syyteeseen sisältyvä väite siitä, että vastaaja on menettänyt jonkin rikossäännöksen tosiseikkakuvausta vastaavalla tavalla. Oikeudellisesti merkityksellisiä eli relevantteja ovat ainoastaan rikossäännösten tunnusmerkitöjä vastaavat oikeustositseikat tai sellaiset todistusositseikat, joista voidaan tehdä päätelmiä oikeustositseikkojen olemassaolosta. Todistelu on tarpeetonta, jos se kohdistuu tosiseikkaan, joka ei ole välillisestikään oikeudenkäynnin kohteena. OK 17:8.1:n 1 kohdan mukaan tuomioistuimen onkin evättävä näyttö, joka koskee *asiaan vaikuttamatonta seikkaa*. Periaatteessa tosiseikkojen relevanssia voidaan aina arvioida jo ennen kuin todiste esitetään. Kuitenkin riittää, että seikka edes voisi vaikuttaa asiaan (potentiaalinen relevanssi). Relevanssin kannalta ei siis ole ratkaisevaa merkitystä sillä, että vaikutus mahdollisesti on vähäinen.<sup>475</sup>

Tapauksessa NJA 2007:69 vastaaja oli väittänyt asianomistajan olevan patologinen valehtelija ja vedonnut väitteensä tueksi henkilötodisteluun. HD totesi ensinnäkin, että tullakseen evätyksi todistelun tulee olla täysin merkityksetöntä. Toiseksi se totesi, ettei Ruotsin oikeudessa ollut estettä esittää todistelua asianosaisen tai todistajan henkilökohtaisista olosuhteista,

---

<sup>475</sup> HE 46/2014 vp s. 55, Rautio – Frände 2016 s. 72–74, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 38.

maineesta tai luonteesta tarkoituksin, että todistelu otetaan huomioon tämän kertomuksen uskottavuutta arvioitaessa. Todistelu voidaan kuitenkin evätä, jos se koskee luotettavuutta yleisellä tasolla ja esitetään shikaaninomaisessa tarkoituksessa.<sup>476</sup>

Suomen oikeudessaakaan ei ole ehdotonta kieltoa esittää apotosiseikkoina erilaista maine- tai luonnetodistelua. Tällaisen todistelun esittämiseen pyrkivä asianosainen kuitenkin usein korostaa liiaksi sen merkitystä. Tuomioistuimen on siksi edellytettävä, että luonnetodistelun tai muun asian kannalta hyvin etäisen todistelun relevanssia perustellaan uskottavasti jo ennakoita. Etenkään vakavissa rikosasioissa ei kuitenkaan voida suhtautua täysin kielteisesti todisteluun tapahtumien ja asianosaisten taustoista.<sup>477</sup>

Tuomioistuimen on OK 17:8.1:n 2 kohdan mukaan evättävä myös näyttö, joka on muuten tarpeeton. Sellaista on rikosasioissa ensinnäkin todistelu yleisesti tunnetuista eli notorisista seikoista, joka voidaan ottaa huomioon ilman todisteluakin. Toiseksi kyseisen kohdan perusteella tarpeettomia ovat todisteet, jotka ilmeisesti ovat vailla näyttöarvoa. Todisteita ei voida sallia, vaikka ne väitetyksi kohdistuisivat relevanttiin todistusteemaan, mutta olisivat selvästi kelvottomia todistamaan siitä. Merkittävimpana esitöissä mainituista säännöksen mahdollisista soveltamistilanteista voitaneen pitää sitä, että asianosainen tarjoaa ylenpalttisesti todisteita. Täysin rajoittamaton todistelun salliminen voisi johtaa turhaan todisteluun tai oikeuden väärinkäyttöön esimerkiksi siten, että vastapuoli yritettäisiin ”hukuttaa” todisteisiin. Esitöissä suhtaudutaan tähän perustellun torjuvasti.<sup>478</sup>

Epääminen OK 17:8.1:n 2 kohdan nojalla ei ole mahdollista pelkästään näyttöarvon vähäisyyden perusteella. Rautio ja Frände ovat pohtineet, onko esitöissä ilmaistu näyttöarvon puuttumisen ilmeisyyskynnys asetettu liian korkealle. He katsovat nähdäkseni aivan oikein, että oikeudenkäynnissä tulee ottaa laajemminkin huomioon se, kuinka paljon ja millaista todistelua asianosaiset pyrkivät esittämään. Muuten tarpeetonta todistelua voisi olla esimerkiksi hyvin monen henkilön kautta kulkenut, huhua lähenevä kuulopuhe tai asiakirja, jonka laatijasta ei ole tietoa. Lisäksi he pitävät tarpeettomana sellaista luonnetodistelua, jonka tarkoitus on ainoastaan osoittaa vastaajan hyvää mainetta ilman, että tämän edes väitetään liittyvän konkreettiseen rikossyytteeseen. Lisäksi tulisi evätä sellainen luonnetodisteluna tarjottava näyttö, jolla pyritään ainoastaan loukkaamaan jotakuta.<sup>479</sup>

<sup>476</sup> Ks. tarpeettoman todistelun epäämisestä Ruotsin oikeuden mukaan myös Lindell 1993 s. 37–43.

<sup>477</sup> Pölönen – Tapanila 2015 s. 215–216, Rautio – Frände 2016 s. 284.

<sup>478</sup> HE 46/2014 vp s. 55, Rautio – Frände 2016 s. 74–77, Pölönen – Tapanila 2015 s. 141–143, Torgersen 2009 s. 28, Leppänen 1998 s. 281–282, Tirkkonen 1949 s. 47.

<sup>479</sup> Rautio – Frände 2016 s. 76. Ks. myös Lainpelto 2012 s. 150, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 38–39 ja Tirkkonen 1949 s. 48–49. Ks. myös Y. v. Slovenia, 28.5.2015 (kohdat 108–109),

Jos todisteita nimetään runsaasti, puheenjohtajan on syytä jo kirjallisen valmistelun aikana selvittää, onko kaikki todistelu tarpeellista. Esitöistä ilmenevän tulkintasuosituksen mukaan yleensä olisi riittävää kuulla kustakin teemasta joitain todistajia. Tätä voitaneen soveltaa käytännössä esimerkiksi siten, että tuomioistuin sallii kummankin puolen nimetä tietystä teemasta kaksi todistajaa. Menettely olisi tällöin tasapuolista, sillä parhaiden todistuskeinojen valinta jäisi asianosaisille. Esitöissä todetaan myös, ettei todistelua tule sallia jo näytetystä seikasta.<sup>480</sup> Nähdäkseni tällä viitataan lähinnä todistelun syrjäytymistä koskeviin tilanteisiin. EIT:n oikeuskäytännön perusteella rikosasioissa ei näet voida torjua todistelua pelkästään sillä perusteella, että tuomioistuin katsoisi relevanttien tosiseikkojen tulleen riittävästi selvitettyiksi.

Topić-tapauksessa<sup>481</sup> valittaja oli syytteen mukaan pitänyt hallussaan 1,2 grammaa marihuanaa sanomalehden sivuun käärittynä ja heittänyt sen roskakoriin nähtyään poliisien lähestyvän. Valittaja oli väittänyt heittäneensä roskiin ainoastaan oluttölkin ja pyytänyt, että sanomalehdestä otetaan DNA- tai sormenjälkinäyte, joka osoittaisi hänen syyttömyytensä. Syyttäjä oli nimennyt todisteina kolmen paikalla olleen poliisimiehen kertomukset. Valittajan kanssavastaaja oli puolestaan nimennyt kolme henkilöä, joista tuomioistuin kutsui kaksi oikeudenkäyntiin. Kumpikaan heistä ei tullut kuultavaksi. Pääkäsittely kuitenkin aloitettiin ja syyttäjän todistajat kuulusteltiin. Sen jälkeen puolustus pyysi uudelleen poissa olleiden todistajien ja erään kolmannen henkilön kutsumista todistajiksi. Tuomioistuin epäsi pyynnön todeten, että relevantit tosiseikat olivat tulleet riittävästi selvitettyiksi. EIT:n mukaan tämä toteamus ei itsessään ei ollut perusteltu ratkaisu ja se saattoi viitata yksipuoliseen näytön arviointiin. EIS 6 artiklaa oli loukattu.

Arvioidessaan väitettyä EIS 6 artiklan loukkausta sillä perusteella, että kansallinen tuomioistuin ei ole kuullut puolustuksen nimeämää kuultavaa EIT soveltaa nykyisin suuren jaoston Murtazaliyeva-tuomiosta ilmenevää kolmeosaista testiä, joka perustuu aikaisempaan suuren jaoston Perna-tuomioon. Valittajan edellytetään ensinnäkin osoittavan, että kuuleminen olisi ollut asiassa riittävän tarpeellista ja merkityksellistä. Toiseksi arvioidaan kansallisen tuomioistuimen epävän ratkaisun perustelujen riittävyttä ja kolmanneksi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta kokonaisuutena. Kansallisen tuomioistuimen perustelu-

---

missä asianomistajaa halventaneen todistelun sallimisen katsottiin loukanneen EIS 8 artiklassa turvattua yksityisyyden suojaa. Lisäksi voi huomauttaa, että naisiin kohdistuvan väkivallan ja perheväkivallan ehkäisemisestä ja torjumisesta tehdyn Euroopan neuvoston yleissopimuksen (ns. Istanbulin sopimuksen, SopS 52–53/2015) 54 artiklassa veloitetaan sopimosapuolet huolehtimaan, että siviili- tai rikosoikeudenkäynnissä uhrin seksuaalista historiaa ja käyttäytymistä koskeva todistelu sallitaan ainoastaan, jos se on asiaan kuuluvaa ja tarpeellista.

<sup>480</sup> HE 46/2014 vp s. 55.

<sup>481</sup> Topić v. Croatia, 10.10.2013 (ks. erit. kohta 47 ja siellä viitatus ratkaisut). Ks. myös Poropat v. Slovenia, 9.5.2017 (kohta 48).

velvollisuudella on keskeinen merkitys. Oikeudenkäyntiä olisi yleensä pidettävä myös kokonaisuutena tarkastellen oikeudenmukaisena, jos pyyntö hylätään asianmukaisesti perustellen.<sup>482</sup>

Perna-tuomiossa<sup>483</sup> oli kysymys oikeudenkäynnistä, jossa valittajaa syytettiin kunnianloukkauksesta hänen kirjoittamansa lehtiartikkelin vuoksi. Artikkelissa annettiin ymmärtää, että Palermon johtava syyttäjä oli toiminnassaan puolueellinen ja kannatti erästä tiettyä puoluetta. Valittajan puolustuksen mukaan väite piti paikkansa ja sen näyttämiseksi olisi ollut tarpeen muun muassa kuulla asianomistajaa eli syyttäjää sekä esittää todisteina eräitä toisia artikkeleita. Italialaiset tuomioistuimet pitivät tätä tarpeettomana ja epäivät puolustukselta mahdollisuuden kuulustella asianomistajaa. EIT hyväksyi sen kansallisten tuomioistuinten omaksuman kannan, että puolustus ei ollut pyrkinytkään väittämään syytteen teonkuvauksen kannalta olennaisia seikkoja toteen. EIS 6 artiklaa ei ollut loukattu.

Murtazaliyeva-tuomiossa<sup>484</sup> oli samoin kysymys valittajan väitteestä, jonka mukaan hän ei ollut saanut esittää kaikkea puolustukseensa tarpeellista todistelua oikeudenkäynnissä. Puolustus vaati saada kuulla muun muassa kahta häneen kohdistuneen etsinnän toimitustodistajaa. Valittajan mukaan Perna-ratkaisun oikeusohje asetti puolustukselle liian suuren taakan todisteen tarpeellisuuden osoittamisesta. EIT katsoi, että puolustus ei ollut perustellut toimitustodistajien kuulemisen tarpeellisuutta kuin lyhyesti. Kansallisen tuomioistuimen perustelut todistelun vähäisestä merkityksestä olivat tähän nähden riittävät. Kun puolustuksen mahdollisuuksia ajaa asiaansa ei ollut estetty ja syytteen tueksi oli runsaasti näyttöä, oikeudenkäynti oli kokonaisuutena arvioiden ollut oikeudenmukainen.

”Perna-testistä” voidaan nähdäkseni tehdä myös joitain analogiapäätelmiä kansallisen lainkäytön suhteen. Epäävän ratkaisun perusteluille tulee yleisesti ottaen asettaa sitä korkeammat vaatimukset, mitä painavimmat perusteet kuulemiselle puolustus esittää. Murtazaliyeva-ratkaisussa viitatus aikaisemman oikeuskäytännön perusteella esimerkiksi alibitodistelua on kuitenkin pidettävä *prima facie* relevanttina. Toisaalta selvästi shikaaninomaisiin vaatimuksiin ei olisi EIT:n mukaan tarpeen ottaa kantaa lainkaan. Riittävää voi myös olla viittaaminen tapauksen sellaisiin tosiseikkoihin, joista voidaan päätellä, että puolustuksen nimeämän henkilön kuuleminen ei tuottaisi juurikaan lisää tietoa.<sup>485</sup> Näin voisi olla esimerkiksi silloin, kun olisi riidatonta tai selvitetty, että nimetty kuultava ei ollut ollut paikalla tapahtuma-aikaan, ja oikeudenkäynnissä kuullaan useita silminnäkijöitä.

<sup>482</sup> Murtazaliyeva v. Russia [GC], 18.12.2018 (kohdat 140–141, 150–158 ja 168).

<sup>483</sup> Perna v. Italy [GC], 6.5.2003.

<sup>484</sup> Murtazaliyeva v. Russia [GC], 18.12.2018.

<sup>485</sup> Ks. Murtazaliyeva v. Russia [GC], 18.12.2018 (kohdat 143, 145, 146 ja 166 sekä niissä viitatus ratkaisut).

Kummankin todistelunrajoitteen (OK 17:8.1:n 1 ja 2 k.) kohteena ovat tarpeettomat todisteet (todistuskeinot). Säännös on sanamuodoltaan joustamaton toisin kuin Ruotsin vastaava säännös RB 35:7, joka on kirjoitettu fakultaatiiviseen muotoon ”får avvisa”. Esitöissä on korostettu säännöksen varovaista soveltamista ja käytännössä joustavuutta tuo jo siinä käytettyjen ilmaisujen tulkinnanvaraisuus. Toisaalta ei tulisi katsoa, että tuomioistuimen on sallittava kaikenlainen todistelu. Asianosaisten tulee tarvittaessa selvittää tuomioistuimelle, miksi jokin todistusteema ja siitä nimetyt todisteet ovat asian ratkaisemisen kannalta merkityksellisiä. Myös puolustukselta on tarvittaessa vaadittava tällaista selvitystä. Epäämismahdollisuutta on kuitenkin pidettävä informatiiviseen prosessinjohtoon nähden viimesijaisena. Sillä on lähinnä prosessinjohtoa tehostava merkitys.<sup>486</sup>

Perusteena tarpeettoman todistelun epäämiselle voidaan pitää erityisesti prosessiekonomian tavoitetta.<sup>487</sup> Tarpeettomasta todistelusta aiheutuu turhaan kustannuksia ja ajankulua. Toisaalta tällöin ei ole sellaisia vastasyitä, joiden nojalla tarpeetonta todistelua tulisi voida esittää. Vaatimusta todisteiden ja todistelun kohteena olevien tosiseikkojen relevanssista voitaisiin perustella myös yleisemmällä vaatimuksella prosessin rationaalisuudesta. Tarpeeton todistelu ei voi edistää aineellisen totuuden ja tuomion oikeellisuuden tavoitteita.<sup>488</sup> Tarpeettoman todistelun kieltö vaikuttaa selvästi *esittämiskieltona*. VOK 17:7:ssä, jota OK 17:8 osittain vastaa, käytettiinkin sanamuotoa ”älkөөn oikeus salliko todisteen esittämistä”. Tuomioistuin voi siten kieltää todisteen esittämisen, jos asianosainen ei kysyttäessä esitä riittäviä perusteita sille, miksi todiste olisi asiassa tarpeellinen.

Toisaalta tarpeettoman todistelun kiellolla on merkitystä myös *hankkimisvaiheessa*. Poliisi tai syyttäjä voivat kieltäytyä asianosaisen ehdottamasta esitutkintatoimenpiteestä, jos se ei saattaisi vaikuttaa asiaan (ETL 3:7.1). ETL 9:6.2:ssa puolestaan oikeutetaan jättämään irrelevantit todisteet esitutkintapöytäkirjan ulkopuolelle. Mikään ei kuitenkaan estä asianosaista hankkimasta ja nimeämästä itsenäisesti aineistoa, joten kysymys ei ole suoranaisestä hankkimiskiellosta. Viime kädessä tuomioistuin voisi hankkia tällaisen todisteen viran puolesta (OK 17:7). *Hyödyntämisvaiheessa* OK 17:8:n epäämissäännöksellä ei ole lainkaan rajoitettavaa vaikutusta, koska hyödyntämistä rajoittamalla ei voida poistaa prosessiekonomisen haitan vaikutuksia ja koska todisteen tarpeettomuus merkitsee joka tapauksessa, ettei sitä oteta huomioon näytön arvioinnissa.<sup>489</sup>

<sup>486</sup> HE 46/2014 vp s. 56–57, Rautio – Frände 2016 s. 72 ja 82–83, Pölönen – Tapanila 2015 s. 142, Leppänen 1998 s. 214–215.

<sup>487</sup> Pölönen 2003 s. 188, Lappalainen 2001 s. 142, Hormia 1978 s. 129–134, Tirkkonen 1972 s. 127.

<sup>488</sup> Ks. esim. Torgersen 2009 s. 28 ja Wigmore 1923 I s. 148–149. Tirkkonen lienee tarkoittanut käytännössä samaa todetessaan, että tarpeettoman todistelun epääminen ”lankeaa luonnostaan” tai sitä ”on pidettävä selviönä” (Tirkkonen 1949 s. 47).

<sup>489</sup> Hormia ei jäsentänyt OK 17:8:ä vastannutta VOK 17:7:ä todistamiskielloksi, mistä seuraa hä-

Tarpeettoman todisteen esittämistä voitaneen selvimmissä tapauksissa pitää sellaisena tahallisenä tai huolimattomana käsittelyn pitkittämisenä, jonka perusteella asianosainen tai tämän edustaja, asiamies tai avustaja voidaan määrätä vastuuseen oikeudenkäyntikuluista oikeudenkäynnin lopputuloksesta riippumatta (ROL 9:2–3).<sup>490</sup> Prosessiekonomisen haitan hyvittämissä tämä mahdollisuus on olennaisesti sopivampikin kuin todisteen hyödyntämisen rajoittaminen. Uhalla on luonnollisesti rajallinen merkitys, jos henkilö on varaton.

#### 4.1.2 Punnintaan perustuva epääminen

Todistelun rajoittaminen prosessiekonomisella perusteella voi edellyttää punnintaa suhteessa muihin oikeusperiaatteisiin, esimerkiksi varmuusperiaatteen. Joidenkin todisteiden hankkimisesta voi aiheutua huomattavia kustannuksia. Tällöin joudutaan arvioimaan muun muassa, miten merkittävästä ja luotettavasta todisteesta on kysymys sekä millaisia vaihtoehtoisia, edullisemmin saatavilla olevia todisteita kyseisestä seikasta voitaisiin esittää. Todistelua rajoittavan normin tulisi tällöin olla joustava, jotta intressivertailu voidaan suorittaa yksittäistapauksessa. Rajoittaminen tulisi kysymykseen ainoastaan optimointitarkoituksessa siten, että suhteettomia kustannuksia ja ajankulua todistelussa voidaan välttää. Prosessiekonomian periaatetta voidaan tällöin pitää verrattain väljänä ohjeena.<sup>491</sup>

Jotkin todisteet voidaan korvata *olennaisesti vähemmällä kustannuksella tai vaivalla* saatavissa olevalla todisteella (OK 17:8.1:n 3 k.). Vähäinen ero kustannuksissa ei riitä epäämisperusteen täyttymiseen. Luotettavuusfunktiota ja prosessiekonomiaa on tässä punnittava vastakkain siten, että epääminen ei saisi johtaa huonomman todisteen käyttämiseen, vaan korvaavan todisteen tulisi olla todistusvoimaltaan samanlainen. Tuomioistuimen tehtäviin ei tosin kuulu yleisesti arvioida, mitä todistelua asiassa olisi saatavilla, ja asianosaisten on rationaalista pyrkiä edulliseen todisteluun. Ilmeisesti lainkohdan tarkoituksena ”vaivana” voitaisiin ottaa huomioon ainakin huomattava oikeudenkäynnin pitkittyminen. Raution ja Fränden mukaan vaivaa voidaan arvioida myös kuultavan henkilön kannalta. Laiminlyönti hankkia korvaava todiste voisi johtaa todistelun rajoittumiseen.<sup>492</sup>

nen käsitteistöössään, että sen rikkominen ei voi johtaa hyödyntämiskieltoon (Hormia 1978 s. 137–139, samoin Pölönen 2003 s. 188–189).

<sup>490</sup> Ks. sanktioluonteisesta kuluvastuusta yleisesti esim. Jokela 2018 s. 706–708.

<sup>491</sup> Hormia 1978 s. 130.

<sup>492</sup> Rautio – Frände 2016 s. 77–78. Myös Bentham piti todistamisesta aiheutuvaa harmia tai vaivaa (vexation) mahdollisena rajoittamisperusteena ja katsoi, että eniten sitä yleensä aiheutuu todistajalle (Bentham 1825 s. 232–233).

Tarpeettomuuteen rinnastuvana epäämisperusteena voidaan pitää todisteen korvaamista olennaisesti luotettavammalla todisteella (OK 17:8.1:n 4 k.). Tällöin todiste ei ole kokonaan vailla todistusvoimaa, mutta tiedossa on kuitenkin selvästi todistusvoimaisempi – esimerkiksi rakenteellisesti välitön – todiste. Parhaan todistusaineiston periaatteen mukaisesti oikeudenkäynnissä tulee käyttää mahdollisimman luotettavaa näyttöä. Jos tarjottu ja muu tiedossa oleva todiste ovat ennalta arvioiden luotettavuudeltaan suunnilleen samanarvoisia, epäämisperuste ei täyty. Luotettavamman todisteen hankkimatta jättäminen voisi johtaa todistelun rajoittumiseen. Tämän ja edellä käsitellyn kohdan osalta on kuitenkin huomioitava, että tuomioistuinin voisi vastaajan eduksi määrätä todisteen hankkimisesta viran puolesta (OK 17:7).<sup>493</sup>

Yllä selostetut epäämisperusteet kuvaavat abstraktia punnintaratkaisua luotettavuusfunktion (varmuustavoitteen) ja prosessiekonomian kesken. *Prima facie* suurempi painoarvo on todistelun luotettavuudella. Prosessiekonomia voi perustella epäämistä vasta silloin, kun on valittavana useita todistusarvoltaan samankaltaisia todisteita. Normiluonteeltaan kysymys olisi Wigmoren käsittein (ks. edellä luku 3.1.1) etusijasäännöstä, koska epäämissäännöksen tarkoituksena on asettaa jokin todiste etusijalle suhteessa muihin todisteisiin. Esimerkiksi jos nimetyistä todistajista osa on silminnäkijöitä ja osa on vain kuullut tapahtumista, voidaan kuulopuhetodistelu evätä 4 kohdan nojalla. Silminnäkijät tulee asettaa etusijalle olennaisesti luotettavampana todisteluna.

Jos todistajiksi on nimetty esimerkiksi kaksi väitetyn rikoksen nähnyt henkilöä, joista toinen asuu pääkäsittelyn toimittamispaikkakunnalla ja toinen satojen kilometrien päässä, tulee etusijalle asettaa lähellä asuva todistaja. Hänen kuulemisestaan aiheutuu vähemmän todistelukustannuksia sekä vähemmän haittaa kuultavalle itselleen. Arviointi ei tietenkään voi olla kaavamaisista, vaan huomioon tulee ottaa esimerkiksi todistelun merkitys ja rikoksen vakavuus. Lähtökohtana voidaan kuitenkin pitää sitä, että mitä kauempana kuultava asuu, sitä enemmän kustannuksia ja vaivaa kuulemisesta aiheutuu. Pitkän etäisyyden ollessa kysymyksessä todiste voidaan evätä 3 kohdan perusteella.

Todistelu-uudistuksen yhteydessä lisättiin epäämisperusteeksi *todisteen jääminen tavoittamattomiin* asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta, kun asian ratkaisemista ei tule enää viivyttää (OK 17:8.1:n 5 k.). Epäämisperustetta on luettava yhdessä jäljempänä tarkasteltavan tallennetun kertomuksen käytökiellon (luku 9.4.3) kanssa, mikä johtaa todisteen korvaamiseen lähtökohtaisesti vähemmän luotettavalla todisteella. Epääminen on kuitenkin mahdollista, vaikka korvaavaa todistetta ei ole. Luotettavuusfunktio joutuu tällöin väistymään punninnassa prosessiekonomisten syiden vuoksi. Asian viivytyksetöntä

<sup>493</sup> HE 46/2014 vp s. 56, Rautio – Frände 2016 s. 78–80, Lappalainen 2001 s. 168, Leppänen 1998 s. 283.



ratkaisemista voidaan perustella myös yleisemmällä rikosoikeudellisen järjestelmän uskottavuuteen ja tehokkuuteen liittyvillä syillä. Todisteen jäätyä tavoittamattomiin on lupa olettaa, ettei sitä löydettäisi suurillakaan kustannuksilla tai vaivalla (vrt. 3 kohta).<sup>494</sup>

OK 17:8.1:n 3–5 kohdassa joudutaan suorittamaan punnintaa todisteen esittämisen ja sitä vastaan puhuvien perusteiden välillä. 3 ja 4 kohdan osalta voidaan todeta, että todistelua tarjoavan asianosaisen kannalta todisteen epäämisen ei pitäisi normaalisti johtaa mihinkään lopullisiin oikeudenmenetyksiin, koska niiden soveltuminen nimenomaisesti perustuu korvaavan todisteen olemassaoloon ja rajoite sulkee pois ainoastaan epäedullisemmän todistuskeinon. 5 kohdassa säädetty epäämisperuste tulee sovellettavaksi ainoastaan, jos todistuskeinoa on asianmukaisesti yritetty tavoittaa tässä kuitenkaan onnistumatta. Teoriassa on tietenkin mahdollista, että ainoa puolustukselle edullinen todiste jää kateisiin. Pelkkä spekulointi tällaisella mahdollisuudella ei tietenkään voi riittää vastatodisteluksi. Jos todiste sattuisi myöhemmin löytymään, kysymykseen tulisi tuomionpurku (OK 31:8.1:n 3 k.).

Kuten tarpeettoman todistelun kieltö, myös punninnanvaraiset epäämisperusteet vaikuttavat ensisijaisesti *esittämiskieltoina*. Niillä on sama tuomioistuinta tiukasti velvoittava sanamuoto kuin 1 ja 2 kohdassa. 3–5 kohdassa on kuitenkin kysymys joustavista punnintaratkaisuksista. Epäämistä puoltavan syyn on tällöin oltava suhteellisesti varsin painava, mikä ilmenee sanamuodoista ”olennainen” ja ”asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta jäänyt tavoittamattomiin”. Kohdat eroavat lähinnä sen osalta, minkä intressin perusteella punninta suoritetaan – kustannukset (3 kohta), todisteen luotettavuus (4 kohta) vai ajanhukka (5 kohta). Prosessiekonomiset haitat ja hyödyt eivät koske pelkästään viranomaisia, vaan myös asianosaisten kannalta on tärkeää, että rikosprosessi ei muodostu liian kalliiksi tai aikaa vieväksi.<sup>495</sup>

*Hankkimisvaiheessa* epäämisperusteiden todistelua rajoittava vaikutus on nytkin vähäinen, koska ETL 3:7.1:ssä (ainoastaan) oikeutetaan kieltäytymään asianosaisen pyytämästä toimenpiteestä, jos siitä aiheutuisi asian laatuun nähden kohtuuttomia kustannuksia. Kohtuuttoman vaivan välttämistä esitutkinnassa edellyttävät toisaalta myös suhteellisuusperiaate ja vähimmän haitan periaate (ETL 4:4–5). Myöskään punnintaa edellyttävillä epäämisperusteilla ei edellä (luku 4.1.1) jo todetuista syistä ole lainkaan *hyödyntämistä* rajoittavaa vaikutusta. Käytännössä pykälän tärkein merkitys on siinä, että tuomioistuinten tulisi valmisteluvaiheessa tarvittaessa kyselyoikeuttaan käyttäen kiinnittää asianosaisten huomiota siihen, onko todistelu mahdollisimman taloudellista, luotettavaa ja saatavilla olevaa.<sup>496</sup>

<sup>494</sup> HE 46/2014 vp s. 56, Rautio – Frände 2016 s. 80–82.

<sup>495</sup> Ks. esim. Rautio – Frände 2016 s. 72 ja edellä luku 2.3.3.

<sup>496</sup> OMMML 30/2013 s. 89.

## 4.2 KUULTAVAN JA ASIAANTUNTIJAN KELPOISUUS

### 4.2.1 Yleinen kelpoisuus

Kelpoisuus eli habilitaatio liittyy siihen, voiko henkilö tulla kuulluksi todistelutarkoituksessa. Kelpoisuuden vastakohtana on esteellisyys. OK 17:27.1:n mukaan asianosaista, joka ei ole täyttänyt 15 vuotta tai jonka henkinen toiminta on häiriintynyt, voidaan kuulustella todistelutarkoituksessa, jos tuomioistuin harkitsee tämän soveliaaksi ja jos 1) henkilökohtaisella kuulemisella on asian selvittämiseksi keskeinen merkitys ja 2) kuuleminen ei todennäköisesti aiheuta kuultavalle sellaista kärsimystä tai muuta haittaa, joka voi vahingoittaa häntä tai hänen kehitystään. Luvun 30 §:n mukaan todistajaan, joka ei ole täyttänyt 15 vuotta tai jonka henkinen toiminta on häiriintynyt, sovelletaan, mitä 27 §:ssä säädetään todistelutarkoituksessa kuultavasta asianosaisesta. Lainkohdissa ilmaistaan kuultavien *yleiset esteellisyysperusteet*.<sup>497</sup> Asianosaisiin ja todistajiin sovelletaan siis samansisältöisiä esteellisyysperusteita.

Lainkohdan sanamuodosta ”voidaan kuulustella” huolimatta on lähtökohtana pikemminkin se, että yleisesti esteellistä ei kuulla todistelutarkoituksessa. Tuomioistuin voi sallia kuulemisen laissa säädetyin perustein, joten kysymys on joustavasta todistelunrajoitteesta. Ensiksi on arvioitava, onko henkilökohtaisella kuulemisella asian selvittämiseksi keskeinen merkitys. Toinen arvioitava edellytys on se, aiheuttaisiko kuuleminen todennäköisesti sellaista kärsimystä tai muuta haittaa, joka voisi vahingoittaa kuultavaa tai tämän kehitystä. Kolmanneksi tuomioistuimen tulee vielä arvioida, onko kuuleminen soveliaasta. Tämän perusteen kannalta merkitystä on esimerkiksi sillä, miten lähellä 15 vuoden ikää kuultava on, miten vakava henkisen toiminnan häiriö on tai mikä on asian laatu. Esitutkinnassa tutkinnanjohtaja päättää kuulemisesta vastaavin perustein (ETL 7:7).<sup>498</sup>

Esteellisyysäännökset perustuvat lähinnä todistelun luotettavuuden ja kuultavien hyvinvoinnin turvaamiseen, jotka sinänsä ovat painavia oikeushyviä. Punninnassa on sovittava yhteen selvittämistä ja kuultavan hyvinvointia. Kuulemisen edellytyksiä on arvioitava kuulemishetkellä vallitsevan tilanteen mukaisesti. Siten alioikeudessa alle 15-vuotias, joka on hovioikeuden pääkäsitelyssä täyttänyt 15 vuotta, ei enää hovioikeudessa ole esteellinen kuultavaksi.

<sup>497</sup> Esteellisyyttä ei tule sekoittaa legaalisen todistusteorian tuntemiin todistajanjäveihin (VVOK 17:7), vaikka myös viimeksi mainittua käsitettä edelleen käytetään esteellisyysperusteen synonyyminä (esim. Jokela 2018 s. 578).

<sup>498</sup> Rautio – Frände 2016 s. 200–201, Pölönen – Tapanila 2015 s. 391, Lappalainen 1988 s. 27 ja 37–38, Hormia 1978 s. 54. OK 17 luvun uudistuksessa viitataan 27 ja 30 §:n osalta VOK 17:21:ään (HE 46/2016 vp s. 95–96). Esitöiden mukaan tuomioistuin voi hankkia asiantuntijaselvitystä kuulemisen seuraamusten arvioimiseksi; samoin Englannin osalta YJCE 54.5 §.

Mahdollista on sekin, että henkisen toiminnan häiriö on tilapäinen.<sup>499</sup> Selkeän ikärajan asettaminen on perusteltua ennustettavuuden kannalta ja myös sen vuoksi, että alle 15-vuotiaaseen ei kohdistu rangaistusuhkaa perättömästä lausumasta rikosoikeudellisen vastuukärajan vuoksi. Toisaalta ei tulisi olettaa, että lapset ovat automaattisesti epäluotettavia todistajia ja ikärajojen asemesta tärkeintä on arvioida lapsen kehitystasoa.<sup>500</sup>

Englannin Youth Justice and Criminal Evidence Actin (1999, YJCE) 53.3 §:ssa ilmaista yleinen esteellisyysäännös on tarkoitukseltaan samanlainen kuin meillä, mutta kirjoitettu joustavammin. Sen mukaan ”a person is not competent to give evidence in criminal proceedings if it appears to the court that he is not a person who is able to understand questions put to him as a witness, and give answers to them which can be understood”.<sup>501</sup> Ruotsin oikeudessa on todistajien osalta voimassa vastaava säännös kuin meillä (RB 36:4), mutta siihen ei viitata asianosaisten kuulemista koskevassa RB 37 luvussa.

Yleisen kelpoisuuden puuttuessa kuultavalla ei ole muodollista todistamisvelvollisuutta eli häntä ei tule edes kutsua pääkäsittelyyn. Yleensä henkilön läsnäoloa ei voitane pitää tarpeellisena edes esteellisyysperusteen täyttymisen arvioimiseksi, vaan asianosaisilla on mahdollisuus esittää selvitystä esimerkiksi lääkärintodistuksen muodossa. Kuulemisen edellytykset voidaan siten normaalitytapauksessa selvittää jo kirjallisessa valmistelussa. OK 17:64.1:n mukaan vaila yleistä kelpoisuutta oleva todistaja saadaan noutaa tuomioistuimeen, mutta häneen ei sovelleta muita painostuskeinoja. Myöskään rikosoikeudellinen vastuu perättömästä lausumasta ei lähtökohtaisesti tule kysymykseen iän tai syyntakeisuuden puuttumisen johdosta (RL 3:4). Näytön arviointiin on tällaisten kuultavien kyseessä ollessa joka tapauksessa suhtauduttava varovaisesti.<sup>502</sup>

Lasten ja henkiseltä toiminnaltaan häiriintyneiden haavoittuvuuden vuoksi OK 17 lukuun on otettu säännökset, jotka mahdollistavat sen, ettei heidän tarvitse olla paikalla oikeuden istunnossa silloin, kun kuulemista pidetään tarpeellisena. Kuuleminen voidaan toteuttaa joko jo esitutkinnassa tai videoyhteyden välityksellä tuomioistuimessa (OK 17:24.3:n 1 k. ja 17:52). Kuule-

<sup>499</sup> Rautio – Frände 2016 s. 200–202 ja Pölönen – Tapanila 2015 s. 391–392, Hormia 1978 s. 55–60. Vrt. VOK 17:21:n osalta Tirkkonen 1949 s. 111, missä todetaan alkuperäisen OK 17:7:n habilitaatioäännöksen olleen ehdoton. Uhridirektiivin (2012/29/EU) 24(2) artiklan mukaan jos uhrin iästä ei ole varmuutta ja on syytä epäillä, että uhri on lapsi, hänen oletetaan direktiiviä sovellettaessa olevan lapsi.

<sup>500</sup> Ks. esim. de Godzinsky 2015 s. 865–867, Liljenfeldt 1997 s. 256–259 ja Lapsiystävällisen oikeudenkäytön suuntaviivat (kohdat 47 ja 73).

<sup>501</sup> Choo 2015 s. 355–356.

<sup>502</sup> Rautio – Frände 2016 s. 327–328. Sanottu ei tarkoita, että nuorten kuultavien osalta tulisi ryhtyä jonkinlaiseen näyttöarvon madaltamiseen, vaan ainoastaan, että näytön arviointi on usein haastavaa (ks. esim. Hirvelä 2006 s. 257–269 ja Haapasalo – Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 87).

minen voidaan suorittaa muussa tilassa kuin istuntosalissa (OK 17:48.5). Lisäksi yleisellä esteperusteella voi olla merkitystä arvioitaessa sitä, voidaanko henkilön esitutkintapöytäkirjaan tallennettua lausumaa käyttää todisteena (OK 17:24.2).<sup>503</sup> Käytännössä lapsia kuullaan nykyisin esitutkinnassa ja kuustelu tallennetaan videolle (ETL 9:4, ks. myös jäljempänä luku 9.3.2).

Todistelunrajoitteen kohteena on todistuskeino. Sen rajoittava vaikutus ulottuu hankkimisvaiheeseen ETL 7:7:n viittaussäännöksen perusteella ja esittämisvaiheeseen suoraan edellä mainittujen OK 17:27 ja 17:30:n perusteella. Lisäksi ETL 4:7.2:ssa säädetään lasten osalta, että alle 18-vuotiaisiin kohdistuvat tutkintatoimenpiteet on mahdollisuuksien mukaan annettava tähän tehtävään erityisesti perehtyneille tutkijoille. Esitutkintaviranomaisen on tarvittaessa neuvoteltava lääkärin tai muun asiantuntijan kanssa siitä, voidaanko alle 18-vuotiaaseen kohdistaa tutkintatoimenpiteitä. Lapselle on myös tarvittaessa määrättävä edunvalvoja esitutkinnassa (ETL 4:8). Rajoittava vaikutus ei kuitenkaan ulotu hyödyntämisvaiheeseen, koska virheen vaikutusta ei voida poistaa. Yleisen kelpoisuuden puuttuminen voidaan ja tuleekin sen sijaan ottaa huomioon todistusharkinnassa.<sup>504</sup>

Vaikka yleinen esteellisyys voi rajoittaa todistelua, se on käsitteellisesti pidetty erillään todistamiskielloista. Erona voidaan mainita, että kelpoisuus on esikysymys todistamiskieltojen soveltumiselle. Kuultavalla itsellään ei ole myöskään mahdollisuutta disponoida sitovasti kelpoisuudestaan. Erityisen kelpoisuuden puuttuminen ei johda vastaavaan todistelun rajoittumiseen, vaan henkilöä voidaan kuulla muussa prosessiasemassa kuin siinä, joka aiheuttaa esteellisyden.<sup>505</sup> Voidaan toisaalta huomauttaa, että yleisen kelpoisuuden puuttuminen muistuttaa läheisesti todistuskeinokieltoa. Lappalainen katsookin, että todistajaksi kelpaamattomuuden ryhmittely todistamiskieltojen ulkopuolelle on jossain määrin makuasia, koska molemmat rajoittavat todistelua.<sup>506</sup>

OK 17:34:n mukaan *asiantuntijaa* kuullaan erityisiä tietoja vaativista kokemussäännöistä sekä niiden soveltamisesta asiassa ilmenneisiin seikkoihin. Yleisenä kelpoisuusperusteena on OK 17:35.1:n mukaan, että asiantuntijan on oltava rehelliseksi ja alallaan taitavaksi tunnettu. Kelpoisuuden edellytykset ovat säilyneet samoina, mutta niiden merkitys on todistelu-uudistuksen jälkeen suurempi kuin aikaisemmin, koska myös asianosaiset voivat nykyisin nimetä asiantuntijan, toisin kuin aikaisemmin. On siten oletettavaa, että asiantuntijan kelpoisuus riitautetaan aikaisempaa useammin. Tuomioistuimen tulee arvioida asiantuntijan kelpoisuutta myös viran puolesta eikä se ole tässä suhteessa

<sup>503</sup> Rautio – Frände 2016 s. 201.

<sup>504</sup> Lappalainen 1988 s. 142–147.

<sup>505</sup> HE 46/2014 vp s. 32–33, Lappalainen 1988 s. 24–25, 34–35 ja 142–143, Hormia 1978 s. 53–60, Pölonen 2003 s. 189.

<sup>506</sup> Lappalainen 1988 s. 34.

sidottu asianosaisten kantoihin.<sup>507</sup> Lisäksi sillä on asian laadusta riippumatta oikeus hankkia omasta aloitteestaan asiantuntijalausunto (OK 17:7).

Asiantuntijan yleiset esteellisyysperusteet on kirjoitettu varsin tulkinnanvaraiseen muotoon. *Mikko Vuorenpää* on katsonut, että rehellisyysvaatimuksen tulkintaan voidaan saada johtoa esimerkiksi oikeudenkäyntiavustajaa koskevista säännöksistä. Hän katsoo, että kriteeri on verrattain väljä. Epärehellisyyttä osoittavaan rikokseen syyllistyminen lienee selvin tilanne, jossa kriteeri ei täyty. Huomioon täytyy ottaa myös se, kuinka pitkä aika rikoksesta on kulunut. Vaatimus taitavuudesta on erityisen haasteellinen jo sen vuoksi, että tuomioistuimien turvautuu asiantuntijaan nimenomaan saadakseen sellaista tietoa, jota sillä itsellään ei ole. Tuomioistuimen voi siksi olla vaikeaa tai lähes mahdotonta arvioida esimerkiksi sitä, ovatko asiantuntijan edustamat näkemykset kyseisellä tieteenalalla yleisesti hyväksytyjä vai eivät.<sup>508</sup>

Jos asiantuntijaksi ehdotettu henkilö katsotaan esteelliseksi, hänen ei salli ta esiintyä oikeudenkäynnissä kyseisessä roolissa, mikä rajoittaa todistelun vapautta. Rajoittamisen perusteena on lähinnä todistelun luotettavuus. Epärehellinen tai taitamaton asiantuntija saattaisi näet saada aikaan sen, että tuomioistuimien soveltaa virheellisesti asiassa täysin soveltumatonta kokemussääntöä tai soveltaa sitä väärällä tavalla. Tällaista henkilöä voitaisiin periaatteessa kuulla todistajana, jos hänellä on omakohtaisia tietoja selvittävistä asioista, mutta muussa tapauksessa todistelua rajoittava vaikutus on ehdoton. Kysymys on korostuneesti esittämisaikajoinnista, koska nykyään esteellisyys paljastumiseen vasta jälkikäteen ei liene edes tarpeellista reagoida hyödyntämiskiellolla, vaan riittää todeta asiantuntijalausunnan matala tai suorastaan olematon näyttöarvo.

## 4.2.2 Erityinen kelpoisuus

Toisin kuin yleinen kelpoisuus, erityinen kelpoisuus arvioidaan yksittäisessä asiassa. Erityiset esteellisyysperusteet johtuvat *yksiroolisuuden periaatteesta*, joka edellyttää, että henkilö on oikeudenkäynnissä vain yhden prosessisubjektin asemassa. Todistajiksi esteellisiä ovat ensinnäkin asianosaiset (OK 17:29.1). Heidä voidaan kuitenkin kuulla todistelutarkoituksessa (OK 17:26), joten kysymys on ainoastaan todistelua ohjaavasta muotomääräyksestä. Sama on todettava tuomariin, syyttäjään, ja asianosaisten avustajaan tai asiamieheen sovellettavasta OK 17:31:stä. Heidän tulee luopua toisesta prosessiasemastaan, jos kuulemista todistajana pidetään tarpeellisena. Käytännössä haastavimmat kysymykset liittyvät prosessisubjektin korvaamiseen ja mahdollisiin väärin-

<sup>507</sup> Vuorenpää 2012 s. 84–85.

<sup>508</sup> Ks. Rautio – Frände 2016 s. 230–231, Vuorenpää 2012 s. 59–64, Haapasalo – Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 15–18.

käyttöihin. Väärinkäytösten estämiseksi pelkkä kuultavaksi nimeäminen ei kuitenkaan aiheuta roolimuu-<sup>509</sup>toista.

Avustajan velvoittaminen todistamaan ei merkitse, että häntä koskeva todistamiskielto tulisi samalla automaattisesti murretuksi. Sama koskee tuomareita ja syyttäjiä, eli tuomarin todistus vaikkapa jonkin tuomio-  
neuvottelun sisällöstä tai anonyymien todistajan henkilöllisyydestä ei tietenkään ole tarpeen, eikä todistamiseen siten ole aiheutta suostua. Selvyyden vuoksi tuomioistuimen olisi syytä huomauttaa avustajalle todistamiskiellon voimassaolosta. Tarpeellisuusharkinnassa täytynee voida ottaa huomioon myös avustajan tai päämiehen ilmoitus siitä, ettei avustajalla ole lupaa todistaa OK 17:13:ssä tarkoitetuista tiedoista. Jos todistamiskielto on voimassa, avustajan erityistä esteellisyysperustetta ei olisi tarpeen kumota. Toki on mahdollista, että nimenmynyt taho ilmoittaa tämän jälkeen tulevansa vaatimaan todistamiskiellon murtamista. Käsittelyratkaisun pohjaksi olisi syytä lausuttaa samalla kerralla niin todistamiskiellon murtamista kuin todistelun tarpeellisuutta koskevat väitteet perusteineen ja tehdä ratkaisu molemmista kysymyksistä samalla kertaa.

Todistelu-uudistuksen yhteydessä haluttiin selventää henkilöllisten todistuskeinojen järjestelmää siten, että todistajien ja asianosaisten lisäksi ei enää ole koltamatta kategoriaa, kuultavia. VOK 17:18:n mukaan rikosasioissa ei saanut kuul-la todistajana asianomistajaa silloinkaan, kun tämä ei käytä puhevaltaa, eikä sellaisia henkilöitä, joihin rikosepäily oli kohdistunut. Kysymys ei selvästikään ole asiaan nähden täysin ulkopuolisista todistajista. Nykyisin VOK 17:18:ssä tarkoitettuja henkilöitä eli asianomistajaa, jolla ei ole vaatimuksia, sekä kanssaepäiltyjä laajassa mielessä, voidaan kuitenkin kuulla muodollisesti todistajan roolissa. He ovat siten kelpoisia todistamaan, mutta heihin ei kuitenkaan sovelleta todistajan vakuutusta ja pakkokeinoja koskevia OK 17:44 ja 63:n säännök-siä. Tämä johtaa siihen, että todistajia on erilaisia.<sup>510</sup>

Oikeuskirjallisuudessa on kritisoitu aikaisempien niin sanottujen *kuultavien* muuttumista todistajiksi. Jokela katsoo, että asianomistajan ja kanssasyytetyjen nimeäminen todistajiksi on ongelmallista osapuolten tasa-arvoisen kohtelun ja ristiriitaisten intressien kannalta, minkä lisäksi muutos saattaa aiheuttaa han-kalia tulkintatilanteita käytännössä. Tietävästi aikaisempi järjestelmä oli toimi-nut hyvin eikä sen muuttamiseen ollut ilmennyt tarvetta. Esitöissä muutokselle

<sup>509</sup> HE 46/2014 vp s. 96–97, Rautio – Frände 2016 s. 213–217, Lappalainen 1988 s. 28–30 ja 35–37, Hormia 1978 s. 56–57, Tirkkonen 1949 s. 104–106. Oikeuksien väärinkäytön riskin vuoksi pitäisiin lähtökohtana, että kynnys nimetä prosessisubjekti todistajaksi on verrattain korkea, vaika lainkohdan molemmat momentit perustuvat sanamuodon mukaan vain kuulemisen tarpeelli-suuden arviointiin. Lisäksi huomioon olisi näissäkin tapauksissa otettava mm. OK 17:8:n ”etusija-säännökset”, joiden perusteella voidaan edellyttää, että prosessisubjekti nimetään vasta viime-sijaisesti todistajaksi, jos saatavilla on muuta, laadultaan yhtä hyvää todistelua.

<sup>510</sup> HE 46/2014 vp s. 30–33, Rautio – Frände 2016 s. 207–211, Lappalainen 1988 s. 35–37.

ei mainita oikeastaan muita perusteita kuin sääntelyn selkeyttäminen ja ulkomaiset mallit. Muutoksen seurauksena on kahdenlaisia asianomistajia, joista osaa kutsutaan todistajiksi ja joiden asema voi muuttua menettelyn eri vaiheissa, joten asianomistajien kannalta sääntely on muuttunut aikaisempaa epäselvemmäksi.<sup>511</sup> Tolvanen on ollut Jokelan kanssa samaa mieltä siitä, että asianomistajan asema on entistä sekavampi.<sup>512</sup>

Näyttää todella siltä, että uudistus ei ole selkeyttänyt oikeustilaa, minkä tietenkin tulisi olla minkä tahansa lakimuutoksen tavoitteena. Seurauksena kuuluttavien rooleihin tehdyistä muutoksista on, että oikeudenkäynnissä joudutaan pohtimaan, millainen todistaja joku todistaja oikeastaan on. Tällä on suora vaikutus esimerkiksi siihen, millainen todistamisvelvollisuus hänellä on, otetaanko häneltä todistajan vakuutusta ja millaisia pakkokeinoja häneen voidaan kohdistaa. Oletettavasti etenkin maallikot eivät ymmärrä, minkä vuoksi todistajia joskus kohdellaan eri tavoin yhteisestä nimikkeestä huolimatta. Erityisesti asianomistajan voi olla vaikeaa hahmottaa omaa prosessuaalista asemaansa.

Mikään ei sinänsä estä käyttämästä asianosaistodistajista ja kanssaepäilytodistajista edelleen termiä ”kuultava”, vaikka sille voidaan prosessioikeudessa antaa muitakin merkityksiä. Pidän perusteltuna käyttäen termiä samoin kuin todistelu-uudistuksessa eli henkilöllisten todistuskeinojen yläkäsitteenä. OK 17:29.2–3:ssa tarkoitettuja kuultavia voidaan erotukseksi tästä kutsua *epävarsinaisiksi todistajiksi*. Tällaisella todistajalla, toisin kuin varsinaisella todistajalla, ei liene positiivista totuusvelvollisuutta (ks. jäljempänä luku 6.2.2) eikä häneen ainakaan voida soveltaa sitä tehostavia pakkokeinoja. Englantilaisin termein he ovat kelpoisia todistajiksi (competent), mutta eivät pakotettavissa täyttämään todistamisvelvollisuutta (compellable).<sup>513</sup> Todistelunrajoitteen kohteena on todistuskeino. Lisäksi rajoite on joustava, koska epävarsinainen todistaja voi halutessaan todistaa.

Toinen epävarsinaisiin todistajiin liittyvä ongelma voi syntyä roolimutoksista oikeudenkäynnin aikana. Erityisesti asianomistajan muuttuminen todistajaksi tai päinvastoin voi tapahtua verrattain helposti, sillä asianomistaja voi esittää vaatimuksia vastaajaa kohtaan tai luopua niistä vasta oikeudenkäynnin aikana. Edes esitutinnan aikana annettu ilmoitus ei ole tässä suhteessa ratkaiseva<sup>514</sup>. Esitöissä on lähdetty siitä, että roolimutuos olisi huomioitava ker-

<sup>511</sup> Jokela 2018 s. 577.

<sup>512</sup> Tolvanen 2016 s. 204.

<sup>513</sup> Glover 2017 s. 164–165, Choo 2015 s. 355–368.

<sup>514</sup> Tapauksessa KKO 2002:12 todettiin, että asianomistaja ei voi syyteoikeudesta luopumisen jälkeen yhtyä virallisen syyttäjän mahdollisesti nostamaan syytteeseen ja että asianomistajan esitutkinnaissa antama ilmoitus siitä, ettei hän siinä yksilöidyn teon johdosta vaadi rangaistusta, tarkoittaa yleensä tällaista luopumista. Tapauksen olosuhteissa katsottiin kuitenkin, ettei ilmoituksella esitutkinnaissa ollut tarkoitettu luopua syyteoikeudestaan. Tahdonilmaisu ei siten ollut ”knowing and intelligent waiver” -standardin mukainen (ks. siitä tarkemmin jäljempänä luku 6.3.1).

tomuksen näyttöarvossa. Ratkaisussa KKO 1987:62 todettiin, ettei todistajana kuullun kertomukselle annettu muuta arvoa kuin asianosaisen lausumalle olisi annettu, koska todistaja ei täyttänyt VOK 17:18:n kelpoisuusehtoja aiempaan asianosaisena. Kertomuksen todistusarvoa määritettäessä tulisi joka tapauksessa antaa merkitystä sille, että asianomistaja on väitetyn rikoksen uhri ja tästä syystä hänellä on aina jonkinlainen intressi saada vastaajalle rangaistus.<sup>515</sup>

Sanottu vaikuttaa tarpeettoman kaavamaiselta, kun otetaan huomioon, ettei esimerkiksi totuusvelvollisuus itsessään paranna todistelun näyttöarvoa. Selvää on, ettei asianomistajatodistajan muuttuminen varsinaiseksi asianomistajaksi ainakaan korota kertomuksen näyttöarvoa. Tästä ei silti seuraa, että todistajan kertomuksen näyttöarvoa tulisi jotenkin automaattisesti madaltaa jälkikäteen havaittavan erityisen esteellisyysperusteen nojalla. Täytyy lisäksi muistaa, että esitöissä mainittu ratkaisu on ajalta, jolloin näyttöratkaisujen perustelut tyypillisesti olivat varsin suppeat. Tämän tutkimuksen kannalta merkityksellistä on, ettei erityisen kelpoisuuden puuttuminen ainakaan voi johtaa hyödyntämiskieltoon. Erityinen esteellisyys voi siten ulottua hyödyntämisvaiheeseen ainoastaan tukitodistelua edellyttävänä hyödyntämisrajoitteena.<sup>516</sup>

Jos esteellinen henkilö nimetään todistajaksi, tuomioistuimen on tehtävä käsitteilyratkaisu siitä, onko kuuleminen tarpeen. Kuten Rautio ja Frände toteavat, erityisesti nimettäessä tuomari todistamaan voi olla tarpeen antaa erillinen muutoksenhakuosoitus kielteiseen päätökseen. Shikaaninomaisessa tilanteesakin on suositeltavaa, että kysymyksen ratkaisisi toinen tuomari. Tällöin hän voisi harkintansa mukaan jättää muutoksenhakuosoituksen antamatta selvissä tilanteissa. Erillisen muutoksenhaun tarpeellisuus perustuu tuomarin osalta siihen, että jos hänen kuulemistaan todistajana pidetään tarpeellisena, johtaa tämä samalla esteellisyyteen tuomarina ja siten tuomion kumoamiseen ja palauttamiseen kokonaisuudessaan uudelleen käsiteltäväksi. Aivan poissuljettua ei voi olla sekään, että laajaan oikeudenkäyntiaineistoon perehtyneen avustajan kuultavaksi määräämistä koskevaan päätökseen annettaisiin erillinen muutoksenhakuosoitus.<sup>517</sup>

<sup>515</sup> HE 46/2014 vp s. 95, LaVM 19/2014 vp s. 22 ja Rautio – Frände 2016 s. 209. Ks. myös Pöhlönen – Tapanila 2015 s. 308–309 ja Lappalainen 1988 s. 142–144.

<sup>516</sup> Lappalainen 1988 s. 31 ja 142–147, Pöhlönen – Tapanila 2015 s. 308–309 ja KKO 2013:96 (kohta 7). Ks. myös HE 46/2014 vp s. 32–33, missä todetaan, että asianosaisen tai kanssasyytetyn kertomuksen näyttöarvo arvioidaan vapaalla näyttöharkinnalla. Pykäläperustelujen viittaus ratkaisuun KKO 1987:62 saattaa tarkoittaa lähinnä sitä, että roolimuuotos ei ainakaan automaattisesti edellytä esimerkiksi henkilön kuulemistä uudelleen. Rautio ja Frände katsovat perustellusti, että samaa sääntöä ei voitane soveltaa kääntäen niissä tilanteissa, joissa asianomistaja luopuu vaatimuksistaan ja siten muuttuu todistajaksi (Rautio – Frände 2016 s. 209). Tällöin ei tule ryhtyä keinotekoisesti korottamaan asianosaisena annetun kertomuksen näyttöarvoa.

<sup>517</sup> Rautio – Frände 2016 s. 215–217.



OK 17:31–32 ovat mielenkiintoisia siksi, että kumpikin kielto kohdistuu tiettyihin henkilöihin, mutta todistajaksi kelpaamattomuuden ja todistuskiellon välinen raja on oikeustieteessä vedetty lainkohtien väliin. Pykälien sijoittaminen saman otsikon alle ja erilleen todistamiskielloista tukevat sellaista johtopäätöstä, että tasavallan presidenttiä koskeva todistuskeinokielto olisi normiluonteeltaan ainakin lähellä habilitteettia. Tasavallan presidentti, joka ei halua todistaa, ei ole todistaja laisinkaan, kun taas läheistodistaja on sinänsä todistaja, mutta hänellä ei ole velvollisuutta todistaa. Tasavallan presidentin mahdollisuus halutessaan todistaa olisi kuitenkin vaikeasti sovitettavissa habilitteettisääntelyyn, koska se mahdollistaisi todistajan oman disponoinnin kelpoisuudestaan. Tätä vastaan voi tietenkin huomauttaa, että sama mahdollisuus on tuomarilla, tosin vain rajatuissa tapauksissa. Pitäydyn jäsentämään OK 17:32:n vakiintuneeseen tapaan todistuskeinokielloksi (ks. luku 5.1).<sup>518</sup>

Asiantuntijan erityisestä kelpoisuudesta eli esteellisyydestä säädetään OK 17:35.2:ssa, jonka mukaan asiantuntijana ei saa toimia se, joka on asiaan tai asianosaiseen sellaisessa suhteessa, että hänen puolueettomuutensa vaarantuu. Keskeistä erityisen kelpoisuuden kannalta on siten puolueettomuus suhteessa asianosaisiin. Oikeuskirjallisuuden mukaan säännöstä olisi tulkittava yhdenmukaisesti tuomarin esteellisyyttä koskevan sääntelyn kanssa eli asiantuntijan esteellisyyssperusteet ovat huomattavasti tiukemmat kuin todistajiin sovellettavat. Asiantuntijan esteellisyyssperusteita ei kuitenkaan välttämättä ole tulkittava yhtä tiukasti kuin tuomarijäavejä.<sup>519</sup> Jos asiantuntijan puolueettomuus vaarantuu, häntä voidaan lähtökohtaisesti kuulla jutussa todistajana. Tämä ei kuitenkaan voine tulla kysymykseen, jos ainoana teemana on erityisiä tietoja vaativa kokemussääntö.

## 4.3 PREKLUUSIO

ROL 6:9.1:ssa säädetään, että rikosasia on käsiteltävä pääkäsittelyssä yhtäjaksoisesti. Säännös ilmaisee rikosprosessin menettelyperiaatteisiin lukeutuvan *keskitysperiaatteen*, jonka mukaisesti asia tulee käsitellä ilman tarpeetonta viivytystä ja ajanhukkaa. Keskitysperiaate liittyy siten prosessiekonomian nopeustavoitteeseen. Toisaalta pitkälle ajanjaksolle venyvä, pirstaleinen pääkäsittely vaarantaisi myös tuomioistuimen kyvyn muistaa kaikki, mitä siellä on esitetty, ja siten ratkaisun tuomio-oikeellisuuden.<sup>520</sup> ETL 1:2.2:n mukaan esitutkinnassa asia onkin valmisteltava siten, että todistelu voidaan pääkäsittelyssä ottaa vastaan yhdellä kertaa. Uusien seikkojen tai todisteiden esittäminen

<sup>518</sup> Hormia 1979 s. 121–123 ja Pölönen 2003 s. 184.

<sup>519</sup> Vuorenperä 2012 s. 65.

<sup>520</sup> Ks. keskitysperiaatteesta esim. Virolainen – Pölönen 2003 s. 383–385, Jokela 2018 s. 22–23 sekä Fredman ym. 2020 s. 12 ja 17.

kesken oikeudenkäynnin vaarantaa keskitysperiaatteen toteutumisen ja saattaa pahimmillaan merkitä myös tarkoituksellista viivyttämistä esimerkiksi rangais- tuksen välttämiseksi.

KKO on tiivistänyt, että ”niin sanottu preklusio merkitsee asianosaiselle asetettua velvollisuutta vedota tuomion perusteeksi otettaviin seikkoihin ja to- disteisiin tietyssä vaiheessa oikeudenkäyntiä uhalla, että asianosainen menet- tää vetoamisoikeutensa. Preklusion tarkoituksena on edistää oikeudenkäynnin varmuutta ja keskittämistä. Lisäksi tavoitteena on vaikuttaa oikeudenkäynnin joutuisuuteen estämällä sen kohteen ja oikeudenkäyntiaineiston hallitsemat- on laajeneminen oikeudenkäynnin myöhäisessä vaiheessa. Täten preklusiolla pyritään myös turvaamaan asianosaisten prosessuaalinen tasavertaisuus ja vastapuolen puolustautumismahdollisuudet. Preklusiolla muutoksenhaku- vaiheessa hovioikeudessa pyritään turvaamaan muun muassa oikeudenkäyn- nin painopisteen säilymistä kärjäoikeudessa ja siten oikeusastejärjestyksen ylläpitämistä.”<sup>521</sup>

Preklusiosääntelyllä voidaan edistää sitä, että asianosaiset vetoavat tarpeel- lisiin seikkoihin ja todisteisiin mahdollisimman aikaisessa prosessin vaiheessa eivätkä vasta oikeudenkäynnissä. Rikosasioissa preklusiota *ei* kuitenkaan so- velleta muutoin kuin KKO:ssa. Sitä koskevan OK 30:7.1:n mukaan muutok- senhakija ei saa vedota muihin seikkoihin ja todisteisiin kuin niihin, jotka on esitetty alioikeudessa tai hovioikeudessa, paitsi milloin hakija saattaa todennä- köiseksi, ettei hän ole voinut vedota seikkaan tai todisteeseen alemmassa tuo- mioistuimessa tai että hänellä muuten on ollut pätevä aihe olla tekemättä niin. Säännöksen todistelua rajoittava vaikutus ilmenee ensinnäkin kieltona esittää KKO:ssa uusia todisteita. Toisaalta se ilmenee välillisesti siten, että preklusion piiriin kuuluvaa uutta seikkaa koskeva todistelu voi tulla tarpeettomana evät- täväksi (ks. edellä luku 4.1.1).<sup>522</sup>

Preklusion ehdoton noudattaminen aiheuttaisi kuitenkin vaaran siitä, että huomiotta jätetään asiaan vaikuttavaa aineistoa, mikä puolestaan merkitsee ris- kiä tuomio-oikeellisuuden kannalta. Sitä sovellettaessa saatetaan joutua pun- nitsemaan vastakkain prosessiekonomiaa ja varmuusperiaatetta. Leppäsen mu- kaan jännite niiden välillä korostuu juuri todisteiden osalta.<sup>523</sup> Preklusio on tästä syystä KKO:ssakin, kuten säännöksestä ilmenee, joustava todistelun- rajoite. Poikkeusperuste ”ei ole voinut vedota” tarkoittaa lähinnä tilannetta, jos- sa vedottava seikka tai todiste ei ole tullut asianosaisen tietoon ennen oikeuden-

<sup>521</sup> KKO 2015:51 (kohta 22). Ks. preklusion tarkoituksesta myös Vaitoja 2014 s. 151, Leppänen 1998 s. 317–318 ja Lindell 1993 s. 28–37. Preklusion tarkoitus huomioon ottaen pitäisin mah- dollisena soveltaa sitä myös todistusteemoihin. Ks. tästä kysymyksestä mm. VaaHO 2017:8 ja Saranpää 2014.

<sup>522</sup> Ks. Leppänen 1998 s. 323, Rautio – Frände 2016 s. 73 ja Torgersen 2009 s. 34.

<sup>523</sup> Leppänen 1998 s. 317.

käyntiä. ”Pätevänä aiheena” voitaneen Leppäsen tavoin pitää prosessuaalisen tilanteen muutoksia ja aikaisemman todistelunesteen poistumista. Esimerkkinä Leppänen mainitsee todistuskiellon kumoavan suostumuksen (ks. näistä jäljempänä luku 5.3.2).<sup>524</sup>

Riita-asioita koskevassa oikeuskäytännössä on katsottu, että pätevänä aiheena voidaan pitää muun muassa korkeimman oikeuden tulkintalinjan muuttumista tai täsmentymistä (KKO 1996:135 ja KKO 2015:28). Ratkaisussa KKO 2016:34 preklusion katsottiin väistyvän rikosasiassa, kun käräjäoikeuden ratkaisu poikkesi aiemmasta oikeuskäytännöstä. Preklusio voi väistyä myös, jos alemmat oikeusasteet ovat laiminlyöneet prosessinjohtovelvollisuutensa ja oikeudenkäynnin kohde on jäänyt epäselväksi.<sup>525</sup>

Erityisesti rikosasioissa on otettava huomioon myös syyttömän suojaamisen tavoitteesta johtuva todistelunrajoitteiden yleinen poikkeus. Ylimääräistä muutoksenhakua koskevassa ratkaisussa KKO 2018:41 katsottiin vastaajan nimeämän uuden todistelun asettaneen alempien tuomioistuinten näyttöratkaisut siinä määrin kyseenalaisiksi, että OK 31:8.1:n 3 kohdassa säädetty purkuperuste olisi täyttynyt. Lainkohdan esitöissä on katsottu, että ”kun syytetty ei rikosasiassa periaatteessa ole todistusvelvollinen, ei hänen viakseen voida lukea, ettei hän jo jutussa ole vedonnut johonkin tiedossaan olleeseen seikkaan tai todisteeseen”<sup>526</sup>. Preklusio vastaajan vahingoksi ei siten käytännössä tule kysymykseen varsinaisessa muutoksenhaussa edes KKO:ssa. Ylimääräisessä muutoksenhaussa preklusiota ei sovelleta ylipäätään, kuten mainitussa ratkaisussa on todettu.

Rikosasian kantajia sen sijaan preklusio voi estää vetoamasta uusiin seikkoihin tai todisteisiin edellä selostetuin poikkeuksin. Preklusion soveltamisalasta rikosprosessissa seuraa, että alemmissa tuomioistuimissa asianosaisella on periaatteessa mahdollisuus viivyttää oikeudenkäyntiä esittämällä seikkoja tai todisteita vähittäin. Ainoa sanktio, joka tällaisesta menettelystä voi seurata, on ROL 9:2:n mukainen oikeudenkäyntikuluvastuu.<sup>527</sup> Tämä on tavallaan luontevaakin tilanteessa, jossa punninta varmuusperiaatteen ja prosessiekonomian välillä ratkaistaan ensin mainitun hyväksi. Prosessiekonomian loukkausta hyvitetään prosessiekonomisella sanktiolla. Käytännössä kuluvastuu jää kuitenkin helposti merkityksettömäksi, jos asianosainen on varaton. Lähinnä tällaisesta menettelystä voinee kuvitella hyötyvänsä shikaaninomaisessa tarkoituksessa.

<sup>524</sup> Leppänen 1998 s. 363–374. Ks. myös Liljenfeldt 1994 s. 171–175. Kumpikin kirjoittaja tarkastelee siviiliprosessia eikä nimenomaisesti OK 30:7:ää.

<sup>525</sup> Jokela 2015 s. 50–53, Vaitoja 2014 s. 177–178 ja 371–379.

<sup>526</sup> HE 14/1958 vp s. 9.

<sup>527</sup> Jokela 2018 s. 374.

Riita-asioissa preklusio voi vaikuttaa paitsi esittämis- myös hyödyntämiskieltona, koska muutoksenhakutuomioistuimen tulee jättää prekludoitunut näyttö huomiotta<sup>528</sup>. Tällaista hyödyntämiskieltoa lienee selvästi pidettävä epäitsenäisenä, koska se perustuu preklusiosäännökseen. Rikosasioissa preklusio todetuin tavoin koskee ainoastaan korkeinta oikeutta eikä alemman tuomioistuimen menettelyvirhe ole siten mahdollinen. Jos sattuisi, että korkein oikeus havaitsee prekludoituneen todisteen tulleen vastaanotetuksi, täytyisi se kuitenkin lähtökohtaisesti jättää huomiotta. Tällainen tilanne olisi tietenkin äärimmäisen poikkeuksellinen, koska kysymys prekludoitumisesta olisi ratkaistava ennen todisteen vastaanottamista.<sup>529</sup>

ROL 3:1:n mukaan syyteasian yhteydessä voidaan ajaa syytteessä tarkoitettusta rikoksesta johtuvaa *yksityisoikeudellista vaatimusta*. Jos sellaista vaatimusta ajetaan erikseen, noudatetaan, mitä oikeudenkäynnistä riita-asioissa säädetään. Hovioikeuskäytännössä on katsottu, että asian käsittelyjärjestys ratkaisee preklusio- soveltuvuuden.<sup>530</sup> Sen on katsottu soveltuvan vain, jos yksityisoikeudellinen vaatimus on erotettu käsiteltäväksi riita-asiana. Mitään periaatteellista estettä ei olisi soveltaa preklusioita käsiteltäessä rangaistus- ja yksityisoikeudellista vaatimusta yhdessä niin sanotussa adheesioprosessissa, koska käsittelyjärjestys ei muuta vaatimuksen oikeudellista luonnetta.<sup>531</sup> Preklusio voisi kuitenkin tällöin helpommin johtaa oikeudenmenetyksiin, koska rikosprosessissa ei ole samanlaista valmisteluvaihetta kuin riita-asioissa.

Käytännön oikeudenkäynneissä rangaistusvaatimus dominoi prosessia joskus yllättävän vahvasti ja korvauskysymystä pidetään pelkkänä liitännäisasiana, jonka käsittelyyn ei välttämättä kohdistu tarpeeksi aikaa ja huomiota. Usein etenkin asianomistajan kannalta vahingonkorvaus on kuitenkin prosessin merkittävin vaatimus. Lisäksi esimerkiksi ympäristö- tai virkarikosasioissa voi helposti muodostua tilanne, jossa rangaistus tulee selvästi ole-

<sup>528</sup> Ks. esimerkkinä todistepreklusio- osalta KKO 2004:11 (viimeinen kappale otsikon ”Uudet todisteet hovioikeudessa” alla) ja samoin seikkapreklusio- osalta KKO 2006:54 (kohta 7).

<sup>529</sup> Leppänen 1998 s. 377–379.

<sup>530</sup> Ks. I-SHO 1999:1, KouHO 2000:1 ja I-SHO 2014:11. Toisin I-SHO 1998:3, jossa törkeästä pahoinpitelystä tuomittu A oli vasta hovioikeudessa vaatinut asianomistaja B:lle maksettavaksi tuomittujen korvausten soveltua myös muilla perusteilla kuin käräjäoikeudessa esittämällään perusteella. Koska A ei ollut saattanut todennäköiseksi, ettei hän ollut voinut vedota uusiin soviteluperusteisiin käräjäoikeudessa tai että hänellä muuten oli ollut pätevä aihe olla tekemättä niin, A:n valitus mainittujen seikkojen osalta jätettiin OK 25:17.1:n nojalla huomioon ottamatta. KKO ei tietävästi ole antanut kysymyksestä ennakkopäätöstä, mutta julkaisemattomassa ratkaisussa 19.9.2001 nro 1833 katsottiin ROL 3:1:stä seuraavan, että kun yksityisoikeudellista vaatimusta ajetaan syyteasian yhteydessä, noudatetaan myös siltä osin rikosasia- in oikeudenkäyntimenettelyä.

<sup>531</sup> Ks. esim. KKO 2005:120, missä todetaan, että ”syyteasian yhteydessäkin vahingonkorvaus- vastuun syntyedellytyksiä on arvosteltava itsenäisesti”, ja KKO 2005:140. Mainittakoon vielä, että OK 14:2:n kanteenmuutoshakemus soveltuu yksityisoikeudellisiin vaatimuksiin myös adheesioprosessissa (HE 82/1995 vp s. 76, Jokela 2018 s. 382).

maan sakkoa, mutta vahingonkorvausvaatimukset nousevat rahamääräisesti huomattavan korkeiksi. Etenkin tällaisissa tilanteissa olisi perusteltua syytteen hylkäämisen jälkeen erottaa vahingonkorvausasia erilliseksi oikeudenkäynniksi (ROL 3:8).

## 4.4 KANSAINVÄLINEN OIKEUSAPU

Lainkäyttö kuuluu jokaisen valtion suvereniteetin alaan. Kansainvälisen oikeusavun puitteissa on kuitenkin mahdollista saada käytettäväksi todisteita, jotka ovat Suomen lainkäyttövallan ulkopuolella. Kansainvälisestä oikeusavusta rikosasioissa annetun lain (5.1.1994/4, KvOAL) 27.2 §:n mukaan on noudatettava, mitä Suomen ja vieraan valtion välillä voimassa olevassa sopimuksessa taikka oikeusapua antaneen valtion asettamissa ehdoissa on määrätty muun muassa tietojen käytön rajoituksista. Esitöiden mukaan lainkohdalla varmistetaan yhtäältä *spesialiteettiperiaatteen* mukaisesti se, että tietoja käytetään vain siihen tarkoitukseen, johon ne on pyydetty. Toisaalta niissä todetaan kansainväliseen oikeusapuun kuuluvana piirteenä, että oikeusapua antavat valtiot edellyttävät usein vastaanottavalta valtiolta samanlaista salassapitoa kuin antavassa valtiossa on.<sup>532</sup>

Ratkaisun KKO 2006:11 mukaan vieras valtio voi määrätä sellaisesta tietojen käytön rajoituksesta, joka on Suomen lainsäädännössä säädettyjä rajoituksia laajempi, tai asettaa sellaisen rajoituksen, jota lainsäädäntöömme ei lainkaan sisälly. Todistelunrajoitteen tarkempi mekanismi riippuu tällöin aina yksittäisestä rajoituksesta. KvOAL 27.2 §:n sanamuodon tai tarkoituksen mukaan itsenäistä merkitystä ei ole sillä, perustuuko vieraan valtion asettama ehto valtioiden väliseen sopimukseen vai sen omaan lainsäädäntöön. Rajoitteen täytyy kuitenkin ilmetä joko sopimuksesta tai tietojen luovuttamisen yhteydessä asetetuista ehdoista. Kansainvälistä oikeusapua myöntävän valtion oikeudesta johtuvat todisteen ”käytön rajoitteet” ulottuvat koko rikosprosessiin eli tietoja ei saa käyttää missään vaiheessa kiellettyyn tarkoitukseen.

Tapauksessa KKO 2006:11 verohallinnon virkamiehet olivat käyttäneet verotarkastuskertomuksessa Luxemburgin viranomaisen rikosasiassa oikeusapuna antamia pankkitilitietoja. Luxemburg oli asettanut ehdoksi, ettei hankittuja tietoja ja asiakirjoja saanut käyttää verotuksellisiin tarkoituksiin (”à des fins fiscales”). Tämän ilmaisun sisältöä oli vielä pyydetty selventämään, jolloin vahvistui, että tietojen käytön kieltäminen on tarkoittanut paitsi verorikoksia myös verotusta hallinnollisena menettelynä. Virkamiesten katsottiin syyllistyneen virkavelvollisuuden rikkomiseen.

<sup>532</sup> HE 61/1993 vp s. 46. Ks. myös Pölönen – Tapanila 2015 s. 270–272.

Euroopan unionissa on otettu käyttöön eurooppalainen tutkintamääräys -niminen instrumentti (European Investigation Order, EIO), jonka tarkoituksena on edistää rikosasioissa tarvittavien todisteiden vapaata liikkuvuutta jäsenvaltioiden kesken. EIO-direktiivin (2014/41/EU) 9 artiklan 1 kohdan mukaan oikeusapua antavan täytäntöönpanoviranomaisen on tunnustettava direktiivin mukaisesti toimitettu eurooppalainen tutkintamääräys ilman muita muodollisuuksia ja varmistettava sen täytäntöönpano samalla tavalla ja samoja sääntöjä noudattaen, kuin jos täytäntöönpanovaltion viranomainen olisi määrännyt kyseessä olevan tutkintatoimenpiteen, paitsi jos tuo viranomainen päättää vedota johonkin direktiivissä tarkoitettuun eurooppalaisen tutkintamääräyksen tunnustamisesta tai täytäntöönpanosta kieltäytymisen perusteeseen taikka täytäntöönpanon lykkäämisperusteeseen.<sup>533</sup>

Kansalliset todistelunrajoitteet voivat direktiivin 11 artiklan 1 kohdan mukaan muodostaa kieltäytymisperusteen. Esimerkiksi a) alakohdan mukaan kieltäytyminen on mahdollista, jos täytäntöönpanovaltion kansallisen lainsäädännön mukaan on olemassa koskemattomuus tai erioikeus, joka tekee eurooppalaisen tutkintamääräyksen täytäntöönpanon mahdottomaksi. Toisaalta täytäntöönpanolain (28.6.2017/430) 25.3 §:n mukaan sen lisäksi, mitä tuon pykälän 1 ja 2 momentissa säädetään salassapidosta, vaitiolovelvollisuudesta ja tiedonsaantioikeudesta, on noudatettava niitä ehtoja ja menettelyjä, jotka toisen Euroopan unionin jäsenvaltion viranomainen on asettanut salassapidosta, vaitiolovelvollisuudesta tai tietojen käytön rajoituksista. Täytäntöönpanovaltio voi siten asettaa tiedon käytölle KvOAL 27 §:ää vastaavia rajoituksia.<sup>534</sup>

## 4.5 MUODOLLINEN PROSESSINJOHTO

OK 17:48.6:ssa asetetaan tuomioistuimelle velvollisuus evätä asiaan kuulumattomat tai eksyttävät tai muuten sopimattomat kysymykset. Säännös muistuttaa läheisesti tarpeettoman todistelun kieltoa, sillä se on joustamaton, mutta sitä on sovellettava varovasti. Lisäksi *asiaan kuulumattomia* kysymyksiä voidaan arvioida pitkälti samoin kuin todistelun tarpeellisuutta. Säännöksen kohteena on nytkin lähinnä tarpeeton todistusteema. Jos puheenjohtaja ei puutu relevanssiltaan epäselviin kysymyksiin, avustajat usein huomauttavat siitä. Puutumalla epäselvyyksiin tuomioistuin samalla varmistaa, että se itse ymmärtää, mitä avustaja pyrkii kysymyksillään osoittamaan. Puheenjohtaja voi esimerkiksi kysyä, mihin teemaan kysymykset liittyvät tai, jos avustaja toistuvasti karkaa ilmoitetuista teemoista, vaatia uutta teemoittelua.<sup>535</sup>

<sup>533</sup> Ks. eurooppalaisesta tutkintamääräyksestä myös Tapanila 2019a s. 134–136.

<sup>534</sup> HE 29/2017 vp s. 64.

<sup>535</sup> HE 46/2014 vp s. 26, Pölönen 2003 s. 437–438 ja 446–447. EIT ei vaikuta asettaneen kovin

Eksyttävinä kysymyksinä voinee pitää lähinnä sellaisia, jotka sisältävät väitteitä tosiseikoista, joita kuultava ei ole itse tuonut ilmi kertomuksessaan tai joihin vastaaminen edellyttäisi itsensä puhumista niin sanotusti pussiin. Myös kysymyksen niin monipolvinen muotoilu, ettei sen sisällöstä saa selvää, on eksyttämistä. Rajanveto vastakuulustelussa sallittuihin johdatteleviin kysymyksiin voi joskus olla vaikeaa. Jos vastakuulustelija saa laitettua sanoja suuhun kuultavalle, pääkuulustelija korjaa tilannetta yleensä selventävillä kysymyksillä. Jos kysymykset eivät ole aidosti epäselviä, kuultavan mukautuminen kuuluisenkin kuulustelijan johdatteluun on omiaan heikentämään hänen luotettavuuttaan. Yleisesti sopimattomia ovat kysymykset, joiden ainoa tarkoitus on ärsyttää tai loukata kuultavaa, samoin kuin esimerkiksi saman kysymyksen toistaminen tai kuultavan liiallinen painostaminen. Kummassakin tapauksessa kiellon kohteena on tietty menettely eli todistusmetodi.<sup>536</sup>

Muodollinen prosessinjohto voi poikkeuksellisesti rajoittaa myös reaali-todistelua. Tapauksessa KKO 2013:91 kärjäoikeus oli antanut syyttäjälle useita kehotuksia toimittaa laaja kirjallinen aineisto rikosasiassa siten, että kirjalliset todisteet olisi erotettu muusta esitutkinta-aineistosta. Syyttäjä laiminlöi kehotukset sillä seurauksella, että kärjäoikeus päätti olla ottamatta vastaan erottelemattomia kirjallisia todisteita. KKO totesi syyttäjällä olevan virkavelvollisuus noudattaa tuomioistuimen prosessinjohtomääräyksiä ilman epäämisen uhkaakin. Selvää on, ettei kukaan asianosainen voi nimetä kirjallisia todisteita ainoastaan siten, että tuomioistuimelle toimitetaan sekava nippu papereita evästyksellä etsiä sieltä soveltuvat asiakirjat. Oma asiaansa ajavat maallikot kuitenkin valitettavan usein toimittavat tuomioistuimille jatkuvasti uusia selvitäyksiä, joiden väittävät olevan asiassa merkityksellisiä, ja aiheuttavat näin ylimääräistä vaivaa.<sup>537</sup>

Muodollisen prosessinjohton määräyksillä ei voine missään olosuhteissa olla sen paremmin todisteen hankkimista kuin hyödyntämistäkään rajoitettavaa vaikutusta, joten ne ovat ainoastaan esittämisrajoitteita ja kohdistuvat tiettyyn esittämismetodiin. Esittämistä rajoittava vaikutuskin on varsin joustava, koska muodollisen prosessinjohton ongelmiin on yleensä riittävää puuttua

---

tiukkoja vaatimuksia varovaisuuden noudattamiselle, mitä tulee kysymyksiin puuttumiseen. Tapauksessa C.G. v. the United Kingdom (19.12.2001) alioikeuden puheenjohtaja oli keskeyttänyt kuulustelun EIT:n mielestä liian usein ja paikoin tökerösti. Arvioinnissaan EIT kiinnitti huomiota näytön merkitykseen, keskeytysten perusteltavuuteen ja siihen, estivätkö keskeytykset puolustuksen asianajon tietyn strategian mukaisesti. Ratkaisevaa oli, että vastaus kolmanteen kysymykseen oli kielteinen. EIS 6 artiklaa ei ollut loukattu (ks. erit. kohdat 37 ja 41).

<sup>536</sup> Pölönen 2003 s. 187 ja 441–445, Rautio – Frände 2016 s. 284.

<sup>537</sup> OK 17 luvun uudistuksen yhteydessä ROL 5:4 muutettiin kuulumaan siten, että reaali-todisteet on toimitettava ”tuomioistuimen määräämällä tavalla”. Pykälää muutettiin yllä mainitun ratkaisun perusteella, mutta esitöissä toisaalta korostetaan, että ”uusia prosessuaalisia sanktioita” ei lakiin lisätty, vaan määräyksen noudattaminen on syyttäjän virkavelvollisuus. Tämä jättäneen kuitenkin edelleen mahdollisuuden evätä todistelu (HE 46/2014 vp s. 124–125).

muilla keinoin. Jos todistajalle esitetään esimerkiksi eksyttäviä kysymyksiä, on ongelma parhaiten korjattavissa vastakuulustelu-oikeutta tai tuomioistuimen kyselyoikeutta käyttämällä. Avustajan tai asianosaisen epäasiallinen käytös voi puolestaan antaa aiheen prosessuaalisten sanktioiden määräämiselle. Avustajalla tulee tietenkin olla mahdollisuus koetella kuultavan luotettavuutta, mutta esimerkiksi pelkkä jankuttaminen ei ole vakavasti otettava eikä hyväksyttävä vastakuulustelun keino.

## 4.6 TUKITODISTELU

### 4.6.1 Käsite ja funktio

Tukitodistelu on esittämäni käänös käsitteelle, josta ruotsissa käytetään nimitystä stödbevisning ja englannissa corroborating evidence. Lyhyesti määriteltynä kysymys on todistelusta, joka vahvistaa jonkin toisen todisteen luotettavuutta. Samalla tukitodistelu lisää näytön kattavuutta ja itse asiassa sana corroboration johtuukin ilmeisesti sanasta robust<sup>538</sup>. Näin ajateltuna tukitodistelu paikantuisi käsitteellisesti lähinnä näytön arvioinnin yhteyteen. Tukitodistelun tarkoituksena on edistää vastaajan aineellista oikeusturvaa siten, ettei kehtää tuomita rikoksesta luotettavuudeltaan epävarman näytön perusteella. Mitä merkittävämpi syyllisyyttä tukeva todiste on kysymyksessä, sitä tärkeämpää olisi varmistua sen luotettavuudesta tukitodistelun avulla. Vastaavasti rikoksen syyksilukeminen yksin tai pääasiassa luotettavuudeltaan epävarman todisteen perusteella olisi erityisen vaarallista.<sup>539</sup>

Tilannetta täytyy arvioida hieman toisin, jos jokin voimassa oleva oikeusnormi edellyttää tukitodistelua. Kysymys on nyt osittain oikeudellinen ja verrattavissa tuomitsemiskynnykseen. Nimitän tällaisia normeja *tukitodisteluvaatimuksiksi*. Niitä on vanhastaan ollut runsaasti common law -oikeusjärjestyksissä, mutta myös Suomen oikeudessa ja EIT:n oikeuskäytännössä esiintyy sellaisia. Kun esimerkiksi asianosaisen kertomuksen tueksi edellytetään jotain muuta todistelua, kohdistuu todisteen esittäjään oikeastaan paitsi laadullinen myös määrällinen vaatimus: kertomuksen lisäksi on oltava vähintään yksi muukin todiste, josta vahvistaa sen luotettavuutta. Tällaista ilmaisutapaa on käytetty monissa EIT:n ratkaisuissa, joista on johdettu kansalliseen oikeuteemme todisteiden käytettävyyttä rajoittavia säännöksiä. Niihin palataan tarkemmin jäljempänä.<sup>540</sup>

<sup>538</sup> Ben-David 2019 s. 283 av. 1.

<sup>539</sup> Ks. Ben-David 2019 s. 292–294, Lainpelto 2012 s. 219–222 ja 247–253, Carloway Report s. 256, Stein 2005 s. 134 ja Law Com. No. 202 kohdat 1.3 ja 1.9, s. 1–2.

<sup>540</sup> Ks. Glover 2017 s. 278, Lainpelto 2012 s. 274–278, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 25–26, Stein 2005 s. 134 ja Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011, koh-



Tukitodisteluvaatimukset eivät ole oikeudellinen uutuus. VVOK 17:29:n säännös täydestä ja puolesta todistuksesta, jota yleensä moititaan legaalisen todistusteorian pohjakosketuksena, on itse asiassa tukitodisteluvaatimus. Se on toki muodoltaan karkea, mutta perustuu ajatukseen yhteen ainoaan todistukseen luottamisen vaarallisuudesta. Vaatimus kahdesta todistajasta esiintyy jo Raamatussa.<sup>541</sup> VVOK 17:36:ssä säädetty tukitodisteluvaatimus koski puolestaan tunnustusta henkikirikosasioissa – sen vahvistamiseksi piti löytyä ”asian-haaroja” eli aihetodistelua. Kumpikin säännös asettaa todistelulle määrällisen vaatimuksen, joka perustuu tarpeeseen tukea toisen todisteen luotettavuutta. Legaalisen todistusteorian varsinainen ongelma lieneekin ollut se, että tukitodisteluvaatimus soveltui periaatteessa kaikkiin asioihin eli se oli yleinen. Skotlannin oikeudessa on edelleen voimassa säännös, joka edellyttää kahden todisteen esittämistä riittävästä seikasta.<sup>542</sup>

Oikeudellisen tukitodisteluvaatimuksen käytännössä yksinomaisena tarkoituksena eli funktiona on siis vahvistaa vastaajan oikeusturvaa edellyttämällä, että luotettavuudeltaan epävarman todisteen luotettavuudesta varmistutaan riittävästi ennen kuin syyte voidaan katsoa sen perusteella näytetyksi. Rajoite ei perustu mihinkään edeltävään oikeudenloukkaukseen. Hyödyntämistä rajoittamalla vakuutetaan tai tasapainotetaan lähinnä näytön arviointiin liittyviä päättelyvirheitä, kuten vahvistusharhaa, jotka voisivat vaarantaa syyttömän suojaamisen tavoitteen ja vastaajan oikeusturvan. Tukitodisteluvaatimusta voisi luonnehtia myös oikeudellisesti velvoittavaksi<sup>543</sup> kokemussäännöksi, mistä syystä sitä voidaan pitää ”takautumana” legaaliseen todistusteoriaan<sup>544</sup>. Sellainen voidaan asettaa, jos vapaaseen näytön arviointiin liittyy yleisesti tunnettuja riskejä.

Englannin oikeudessa tukitodistelulle asetetaan ainakin kolme perusvaatimusta. Ensinnäkin tukitodisteen itsensä on oltava riittävän *luotettava*, jotta se voisi tukea toisen todisteen luotettavuutta. On selvää, ettei tukitodisteluvaatimus täyttäisi tehtävänsä, jos mikä tahansa muu todiste hyväksyttäisiin tukitodisteeksi. Pakottavien tukitodisteluvaatimusten ollessa voimassa pidettiin kuitenkin mahdollisena, että kaksi luotettavuudeltaan *prima facie* kyseenalaista kertomusta voivat tukea toisiaan. Tällaista lienee periaatteessa pidettävä mah-

dat 126–128 sekä niitä edeltävä otsikko.

<sup>541</sup> Ks. esim. 5. Moos. 19:15 ja 5. Moos. 17:6–7: ”Kuolemantuomion langettamiseen tarvitaan vähintään kahden todistajan lausunto; yhden todistajan sanojen perusteella ei syytettyä saa tuomita kuolemaan. Todistajien on heitettävä ensimmäiset kivet, ja sen jälkeen kaikkien muidenkin on osallistuttava syllisen kivittämiseen.”

<sup>542</sup> Ben-David 2019 s. 285, Carloway Report s. 257–258. Ks. myös Pölönen – Tapanila 2015 s. 37: ”Jonkinlaisena takautumana legaalisen todistusteorian kantavaan periaatteeseen voidaan pitää varovaisuutta, jolla suhtaudutaan niihin sinänsä näytön kannalta kiperiin tapauksiin, joissa syytteen tueksi voidaan vedota ainoastaan asianomistajan kertomukseen.”

<sup>543</sup> Suomessa vakiintuneen kolmijaon mukaan oikeuslähteet jaetaan vahvasti velvoittaviin, heikosti velvoittaviin ja sallittuihin oikeuslähteisiin (ks. Aarnio 2006 s. 292–293 ja heikosti velvoittavista oikeuslähteistä s. 299–300).

<sup>544</sup> Pölönen – Tapanila 2015 s. 37.

dollisena yleisemminkin, tosin näyttöä olisi arvioitava erityisen huolellisesti sen varmistamiseksi, ettei kertomusten sisältöjä ole esimerkiksi sovitettu tarkoituksella yhteen, jotta syntyisi luotettava vaikutelma (kolluusio).<sup>545</sup> Reaalitodisteiden osalta olisi vastaavasti arvioitava, voidaanko vaihtoehtoiset tapahtumainkulut sulkea pois riittävän varmasti.

Toiseksi edellytetään, että tukitodistelu on tuettavaan todisteeseen nähden *riippumatonta*. Mikään todistuskeino ei voi vahvistaa omaa luotettavuuttaan (self-corroboration), koska myös tämä tekisi tukitodisteluvaatimuksen tarkoituksen tyhjäksi. Tukitodisteen täytyy olla erillinen todistuskeino ja siitä ilmenevän tiedon, ns. todistelutuloksen, täytyy myös olla itsenäinen. Englannin oikeuskäytännössä on katsottu, että asianomistajan kertomuksen luotettavuutta ei voi tukea sellainen todistelu, jonka lähteenä asianomistaja on. Tukitodisteeksi ei siten kelpaa esimerkiksi todistajan kertomus siitä, mitä asianomistaja on hänelle kertonut, koska kertomukset eivät ole toisiinsa nähden riippumattomia. Whitehead-tapauksessa kantaa perusteltiin sillä, että muutoin asianomistaja voisi vääristää todistelua tuottamalla tukitodisteita eli kertomalla tapahtumasta mahdollisimman monelle.<sup>546</sup>

Näytön arviointia koskevassa ennakkopäätöksessä KKO 2013:96 eräänä henkilötodistelun arviointiin sovellettavana aputosiseikkana mainitaan kertomuksen muuttumattomuus. Selvää on, että kertomuksen muuttuminen ja etenkin keskenään ristiriitaisten kertomusten antaminen eri kerroilla heikentävät kuul-tavan uskottavuutta ja siten periaatteessa kaikkien hänen kertomustensa näyttöarvoa. Sen sijaan ei voitane katsoa, että kertomuksen muuttumattomuus eri kuulustelukerroilla jotenkin automaattisesti vahvistaisi sen luotettavuutta ainakaan kovin merkittävästi. Kysymyksessä voi periaatteessa olla hyvin harjoiteltu valhe tai valemuisto. Lisäksi on todettava, ettei oikeutemme lähtökohtaisesti edes salli viittauksia aikaisempiin yhtäpitäviin kertomuksiin. OK 17:47.2:n mukaan aikaisempiin kertomuksiin voidaan viitata siltä osin kuin ne poikkeavat oikeudenkäynnissä annetusta.<sup>547</sup>

Kolmanneksi tukitodisteen tulee vahvistaa vastaajan *syllisyyttä* osoittamalla juuri hänen yhteyttään tehtyyn rikokseen. Ei riitä, että tukitodiste vahvistaa päätelmää rikoksen tapahtumisesta, vaan on voitava päätellä, että tietty henkilö on tekijä. Toisaalta ei vaadita, että tukitodistelu olisi suoraa todistelua rikoksesta, vaan aihe todistelukin voi riittää. Näyttöratkaisussa on kuitenkin varmistuttava nimenomaan vastaajan syllisyydestä. Käytännössä tämän vaatimuksen hahmottaminen voi olla haastavaa ja tukitodistelun merkitystä saattaa olla petollisen helppoa yli- tai aliarvioida. Tukitodistelun arvioinnin jälkeenkin

<sup>545</sup> Lainpelto 2012 s. 229–230, DPP v. Kilbourne [1973] 2 W.L.R. 254.

<sup>546</sup> Lainpelto 2012 s. 230–231, R. v. Baskerville [1916] 2 K.B. 658, DPP v. Kilbourne [1973] 2 W.L.R. 254, R. v. Whitehead [1929] 1 K.B. 99.

<sup>547</sup> Ks. Schelin 2007 s. 166–167.

tulisi vielä huolellisesti arvioida, riittävätkö syyttäjän todisteet ja niitä tukevat todisteet yhdessä osoittamaan, ettei juuri vastaajan syyllisyydestä rikokseen jää varteenotettavaa epäilyä.<sup>548</sup>

Tukitodisteluvaatimuksen vaikutusta näytön arvioinnissa on haasteellista ilmaista. Siinä näytävät kietoutuvan yhteen näytön arvioinnin varovaisuutta edellyttävä kokemussääntö ja hyödyntämistä rajoittava vaikutus. Wigmore katsoikin, että tukitodisteluvaatimuksella on kaksoisluonne todistustaakkaan liittyvänä, (lähellä selvittämistaakkaa olevana) todistelulta tiettyä määrällistä kattavuutta edellyttävänä normina ja eräänlaisena todisteiden lopullisen hyödyntämisen ehdolliseksi asettavana normina.<sup>549</sup> Vaikka tukitodisteluvaatimukseen luonnostaan kuuluu näytön luotettavuutta koskeva arviointi, kysymys on myös todisteen hyödyntämistä rajoittavasta normista. Hyödyntäminen ei tosin ole suoraan kiellettyä, joten hyödyntämiskieltoon tätä vaikutusta ei voida verrata. Itse asiassahan tukitodisteluvaatimus juuri edellyttää todisteen arviointia.<sup>550</sup>

Hormia on katsonut, että ”vaikuttamalla näyttötuloksen riittävyyyteen ja luotettavuuteen [todistamiskieltojen] vaikutus heijastuu asiaratkaisun totuusarvoon. Yksittäistapauksessa ne saattavat toimia vaa’ankielenä, joka määrää asiaratkaisun lajin: Pappi, joka tietää salaripissä uskotun asiakirjaväärennökseen tekijän, ei saa paljastaa syyllistä – –. Jos jäännösnäyttö ei riitä syyppääksi tuomitsemiseen, on annettava vapauttava tuomio.”<sup>551</sup> Sanottu koskee nähdäkseni yleisemminkin oikeudellisia todistelunrajoitteita. Kuten edellä (luku 2.2.5) on katsottu, näytön luotettavuuden kokonaisarviointia ja näytön riittävyden arviointia suhteessa tuomitsemiskynnykseen ei käytännössä edes voitane erottaa toisistaan.

Yhdysvaltain korkeimman oikeuden Carmell-ratkaisu sisältää seikka-peräisen analyysin tukitodisteluvaatimuksen oikeudellisesta merkityksestä. Enemmistön mukaan tukitodisteluvaatimuksen soveltuessa tukitodistelun puuttuminen tekee rangaistusvaatimuksesta oikeudellisesti puutteellisen (legally insufficient) ja silloin vastaajalla on oikeus saada syyte hylätyksi.

<sup>548</sup> Lainpelto 2012 s. 231. Englannin oikeudessa tukitodistelun osalta edelleen tärkeänä oikeuslähteenä olevassa Baskerville-ratkaisussa (R. v. Baskerville [1916] 2 K.B. 658) todettiin, että tukitodisteluksi kelpaa riippumaton kertomus, joka liittyy tai on omiaan liittämään vastaajan rikokseen. Suoraa todistelua ei kuitenkaan vaadita, vaan myös aihetodistelu voi riittää. Ruotsissa HD on lausunut hyvin samankaltaisesti niin sanottua eliminaatiotodistelua koskevassa ratkaisussa NJA 1991:10: ”Att grunda en fällande dom enbart på den negativa omständigheten att utredningen inte synes ge utrymme för någon alternativ gärningsman kan endast i undantagsfall komma i fråga. Som regel måste därutöver krävas åtminstone stödande bevisning som klargör de väsentliga delarna av händelseförloppet och positivt knyter just den tilltalade vid brottet.” Ks. myös Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 208–212.

<sup>549</sup> Wigmore 1923 IV s. 289–290. Samoin ymmärtääkseni Stein 2005 s. 135–135, missä huomautetaan erona vapaaseen todisteluun olevan, että tukitodistelun arviointi ei ole vapaaehtoista vaan pakollista tukitodisteluvaatimuksien soveltuessa.

<sup>550</sup> Samoin Huovila 2003 s. 177 av. 51; toisin Tapanila 2019a s. 237, missä katsotaan, ettei tällaista hyödyntämisrajoitusta voi edes rinnastaa hyödyntämiskieltoon.

<sup>551</sup> Hormia 1978 s. 50–51.

Sovelletun tukitodisteluvaatimuksen lainsäädäntöhistoriaa selvittäessään sekä enemmistö että vähemmistö käyttivät vertailukohtana todistajan kelpoisuutta koskevaa sääntelyä, mikä onkin kuvaavaa. Huomionarvoista on, että niin enemmistö kuin vähemmistökin pitivät tukitodisteluvaatimusta luonteeltaan todistelunrajoitteena eikä pelkästään näytön arvioinnissa sovellettavana normina.<sup>552</sup>

Kolmas mahdollinen tapa on jäsentää tukitodisteluvaatimus enemmänkin tuomitsemiskynnystä kuin todistelun vapautta modifioivana normina. Sehän määrää näytön riittävydestä edellyttäessään, että syyksilukeminen ei voi perustua esimerkiksi ”yksin tai pääasiassa” tiettyyn todisteeseen. Jos muuta todistelua ei ole, vastaajan syyllisyydestä jää varteenotettava epäily.<sup>553</sup> Näin jäsennettyinä tukitodisteluvaatimus ei johtaisi näytön luotettavuuden arvioinnissa sovellettavien kokemussääntöjen ja näytön hyödyntämistä koskevien oikeudellisten sääntöjen väliseen jännitteeseen tai sekoittumiseen. Lisäksi voidaan huomauttaa, että näytön riittävydelle asetettavia vaatimuksiakin pidetään yleisesti oikeuskysymyksenä.<sup>554</sup> Esitettyjen käsitystapojen ei tarvitse sulkea toisiaan pois, vaan niiden voidaan nähdä täydentävän toisiaan.

Vastaavasti Riekkisen mukaan on lähinnä teoreettisesti relevantti kysymys, halutaanko ”yksin tai pääasiassa” -tyyppisten tukitodisteluvaatimusten vaikutus mieltää 1) alustavan merkitysarvioinnin jälkeen suoritettavaksi ratkaisevan todisteiden poissulkemiseksi laillisesta oikeudenkäyntiaineistosta eli tässä merkityksessä hyödyntämiskielloksi, 2) todistusharkinnassa näyttöarvon määrittämisen tasolla vaikuttavaksi säännöksi, joka kategorisesti estää antamasta todisteelle näyttökynnyksen ylittämisen riittävää näyttöarvoa, vai 3) näytön riittävyuden arvioinnin yhteydessä suoritettavaksi erityistestiksi, joka voi estää syyksilukevan tuomion antamisen.<sup>555</sup> Kuten edellä on todettu, todistusharkintaa ja näytön riittävyuden arviointia sekä siten vaihtoehtoja 2 ja 3 voi olla ylipäätään vaikeaa erottaa toisistaan mielekkäästi.

Käyttämäni käsitteistön mukaisesti tukitodisteluvaatimukset ovat joustavia todistelunrajoitteita, koska riittävän tukitodistelun perusteella voidaan päätyä langettavaan tuomioon. Ne ulottuvat varsinaisesti vain hyödyntämismvaiheeseen, koska näytön arviointi kuuluu tuomioistuimelle. Koska tukitodisteluvaatimus

<sup>552</sup> Carmell v. Texas, 529 U.S. 513 (2000).

<sup>553</sup> Todistelu-uudistuksen esitöissä tarkastellaankin EIT:n ”ei yksin tai pääasiassa” -ratkaisukäytäntöä juuri tuomitsemiskynnystä koskevan OK 17:3.2:n yksityiskohtaisissa perusteluissa (HE 46/2014 vp s. 49–50). Tästä lienee lupa päätellä myös lainsäätäjän jäsentäneen tukitodisteluvaatimuksen ensisijaisesti näytön riittävyttä koskevaksi normiksi. Ks. myös Riekkinen 2019 s. 411.

<sup>554</sup> Ks. esim. Jonkka 1993 s. 21, Virolainen – Pölönen 2003 s. 426 ja Andersson 2014 s. 442. Fredman toisaalta huomauttaa, että vapaan todistusharkinnan mukaan laissa ei tulisi antaa määräyksiä siitä, mikä näyttö riittää vaatimuksen hyväksymiseen tai johtaa sen hylkäämiseen (Fredman 2018 s. 83).

<sup>555</sup> Riekkinen 2019 s. 411.

ei lähtökohtaisesti perustu minkään edeltävän hankkimis- tai esittämismääräyksen loukkaukseen, se on luonteeltaan itsenäinen hyödyntämismääräyksen rajoite. Rajoitteen kohteena on lähinnä todistusmetodi eli se, millä tavalla tuomioistuimien saa näytön arvioinnissa hyödyntää näyttöä, joka sinänsä on hyödyntämiskelpoista. Tukitodisteluvaatimuksillakin on tosin käytännössä ennakkollinen vaikutus. Poliisin ja syyttäjän tulisi aina pyrkiä hankkimaan tukitodisteita, jos rikosepäily ja myöhemmin syyte perustuu ratkaisevasti näyttöön, jonka luotettavuutta on pidetty yleisesti epävarmana.

#### 4.6.2 Tukitodistelun lajit

Tukitodistelun toisen todisteen luotettavuutta vahvistavaa vaikutusta voi olla kolmea tyyppiä. Ensinnäkin se voi tarkoittaa usean todisteen *myötävaikutusta* siten, että ne todistavat samasta tosiseikasta (same fact corroboration). Esimerkiksi kahden todistajan samanlaiset kertomukset voivat tukea toisiaan. Toiseksi useat todisteet voivat olla summittaisemmin samansuuntaisia (convergent). Todistajien kertomukset eivät tällöin ole yhdenmukaiset minkään tosiseikan osalta, mutta ne ovat muutoin hyvin yhteensopivat. Paremman termin puuttuessa voidaan puhua *heikosta myötävaikutuksesta*. Kolmanneksi tukitodistelu voi tukea yksittäisen todisteen luotettavuutta sinänsä (credibility corroboration). Tällaista aputositseikkoihin tai kokemussääntöihin kohdistuvaa tukitodistelua voidaan nimittää *luotettavuustodisteluksi*.<sup>556</sup>

Lainpelto korostaa, että näytön arvioinnissa on huolellisesti erotettava tukitodistelun eri tyypit. Muutoin syntyy riski tukivaikutuksen moninkertaistavasta päättelyvirheestä, jonka seurauksena tukivaikutus arvioidaan liian suureksi.<sup>557</sup> Tällainen vaara lienee ilmeinen esimerkiksi Kilbourne-tapauksen kaltaisissa olosuhteissa eli kun kaksi epävarmaa todistetta väitetysti tukevat toinen toisensa luotettavuutta. Vaikka päättelyvirheiden kitkeminen on tärkeää, täytyisi myös pidättäytyä tekemästä tukitodistelukäsitteestä liian vaikeasti ymmärrettävää. Englannin oikeudessa on tältä osin omaksuttu raikkaan yksinkertainen lähestymistapa, jonka lordi Reid ilmaisi samaisessa Kilbourne-ratkaisussa: ”There is nothing technical in the idea of corroboration.” Hänkin tosin huomautti, että tukivaikutuksen toteamisessa on noudatettava varovaisuutta.<sup>558</sup>

”Varsinaisessa” myötävaikutustilanteessa kysymys on itsenäisistä todisteista, joista kaikista voidaan erikseen tehdä päätelmiä relevanttien tosiseikkojen

<sup>556</sup> Redmayne 2000 s. 150–151. Myös Ekelöfin mukaan myötävaikutuksessa olevien eri todisteiden on oltava itsenäisiä, mikä vaatimus tukitodistelulle edellä todetuin tavoin asetetaan Englannin oikeudessa (ks. Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 205 ja Klami 2000 s. 40–41).

<sup>557</sup> Lainpelto 2012 s. 203–207.

<sup>558</sup> DPP v. Kilbourne [1973] 2 W.L.R. 254.

olemassaolosta. Seikan olemassaoloa voidaan pitää todennäköisempänä, jos sen tueksi voidaan esittää useita samansuuntaisia todisteita. Myötävaikutus voi kuitenkin olla myös sillä tavoin heikompa, että todisteet eivät ole koko laajuudessaan identtisiä, mikä itse asiassa on hyvin harvinaista, vaan vain joltain osin yhteneväisiä. Tällöin tukivaikutus koskee tietenkin vain niitä seikkoja, joiden osalta myötävaikutus on olemassa. On mielestäni kuitenkin virheellistä ajatella, että tukitodistelu olisi jotenkin automaattisesti aihe todistelua. Myös usean suoran todisteen yhteisvaikutuksesta seuraava lisäarvo verrattuna minkään todisteen yksittäiseen näyttöarvoon voidaan jäsentää tukitodisteluksi.<sup>559</sup>

Käytännössä tällainen terminologia ei tietenkään ole tarpeen tuomion perustelua kirjoitettaessa eikä suomalaisissa tuomioistuimissa usean todisteen yhteisvaikutusta kuvailtane sen paremmin tukitodisteluna kuin Ekelöfin käsitteinkään, vaan todetaan yksinkertaisesti, että usea todiste tukee jotain johtopäätöstä. Lainpellon tutkimustulokset Ruotsin oikeuskäytännöstä ovat tämän suuntaisia: ”Då domstolarna – – uttrycker att stödbevisningen utgör stöd för åtalet/gärningspåståendet avses ett samverkande stöd.” Teoriassa on kuitenkin tärkeää ymmärtää, että tukitodistelukasite sisältää pohjoismaisittain vakiintuneemman yhteisvaikutuksen käsitteen.<sup>560</sup>

Luotettavuustodistelu kohdistuu tuettavan todisteen kannalta relevantteihin aputosiseikkoihin tai kokemussääntöihin ja on siten aina aihe todistelua. Tällaisen tukitodisteen perusteella ei voida tehdä mitään välittömiä päätelmiä rikoksesta vaan ainoastaan toisen todisteen luotettavuudesta. Luotettavuustodistelua voivat olla esimerkiksi asiantuntijalausunnat tai selvitys kertojan mielentilasta. Lainpelto on erottanut kolme luotettavuustodistelun tyyppiä, jotka esiintyvät ruotsalaisessa oikeuskäytännössä. Ensinnäkin tukitodisteena on pidetty kuuluttavan kertomusta siitä, mitä hänelle on kerrottu (återgivande, kuulopuhe). Tällainen todistelu on kuitenkin ongelmallista tukitodistelun itsenäisyysvaatimuksen kannalta. Pelkän kuulopuheen perusteella voidaan tehdä havaintoja lähinnä kertomuksen muuttumisesta tai muuttumattomuudesta.<sup>561</sup>

Tukitodisteluun sisältyy itsenäinen elementti jo silloin, kun tukitodistajalla on lisäksi joitain itsenäisiä havaintoja esimerkiksi kertojan mielentilasta (återgivande under sinnesrörelse, kuulopuhe ja havainnot kertojasta). Esimerkiksi havainto järkytyksestä voi tukea kertomuksen luotettavuutta. Käytännössä tällainen tukitodistelu tulee kysymykseen, jos todistaja kohtaa rikoksen uhrin välittömästi teon jälkeen. Todistaja voi tehdä itsenäisiä havaintoja myös pelkästään käyttäytymisestä tai vaikkapa uhrin fyysisistä vammoista tai tekopaikan

<sup>559</sup> Lainpelto 2012 s. 200–203, Klami 2000 s. 40–41.

<sup>560</sup> Lainpelto 2012 s. 207. Rättegång IV:n vuoden 2009 painoksessa termi tukitodistelu esiintyy vielä lainausmerkeissä eikä sen ja myötävaikutuskäsitteen välillä nähdä yhteyttä (Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 25–26).

<sup>561</sup> Lainpelto 2012 s. 208–210.

olosuhteista (efterföljande observationer, jälkikäteiset havainnot) ilman, että henkilö on kertonut tälle tapahtumasta. Eri asia on, voiko tällainen tukitodistelu riittävästi vahvistaa uhrin kertomusta siitä, kuka oli tekijä. On muistettava, että nytkin kysymys on epäsuorasta todistelusta.<sup>562</sup>

Italian oikeudessa kanssavastajaajien uskottavuutta arvioidaan kolmeosaisella tukitodistelutestillä. Ensiksi on otettava kantaa kuultavan yleiseen luotettavuuteen, mikä voi sisältää todistelua hänen motiiveistaan ja aikaisemmasta rikostaustastaan. Toiseksi on arvioitava kertomuksen luotettavuutta käyttäen sellaisia arviointiperusteita kuin yksityiskohtaisuus, spontaanisuus ja muututtamattomuus. Kolmanneksi todistelua on arvioitava yhdessä muun todistelun kanssa sen selvittämiseksi, tukevatko muut todisteet kertomuksen luotettavuutta vai vähentävätkö ne sitä.<sup>563</sup>

Tukitodistelulta edellytettävä näytön riittävyys voidaan asettaa riippuvaiseksi luotettavuudeltaan epävarman todisteen merkityksestä siten, että merkittävän todisteen tueksi on esitettävä enemmän tukitodistelua ja vähäisen tueksi ei välttämättä lainkaan. Hyödyntämistä ei mielestäni voi kuitenkaan pitää ”liukuva-na” näissä tilanteissa, koska todistetta ei voida hyödyntää enemmän tai vähemmän. Sen vuoksi en pidä liukuvaa hyödyntämistä käsitteellisesti täsmällisenä.<sup>564</sup> Sen sijaan hyödyntäminen voi olla *ehdollista*. Tarkasteltaessa tukitodisteluvaatimusta edellä esitetyin tavoin näytön riittävyteen vaikuttavana normina, on varsin luontevaa edellyttää merkittävältä todisteelta kaikkein suurinta luotettavuutta. Jos tärkeimmät syyttäjän todisteet jäävät luotettavuudeltaan epävarmoiksi, on selvää, että vastaajan syyllisyydestäkin jää varteenotettava epäily.

Vielä eri asia on, että joissain tilanteissa todisteen pääasiallisuudella viitataan pelkästään todisteen merkitykseen eikä sen luotettavuuteen, jolloin sitä ei olisi jäsennettävä tukitodisteluvaatimukseksi. Tällöin ei riitä, että todiste osoittautuu merkitykseensä nähden riittävän luotettavaksi, vaan kysymys on siitä, että oikeudenloukkauksella on sitä vakavimmat vaikutukset vastaajan oikeusturvalle, mitä merkittävämpään todisteeseen loukkaus on kohdistunut. Esimerkiksi loukkauksella saatuun tunnustukseen voitaneen suhtautua hieman eri tavoin sen ollessa ainoa välitön todiste rikoksesta tai jos teosta on myös runsaasti muuta uskottavaa todistelua (ks. jäljempänä luku 6.3.2).<sup>565</sup>

<sup>562</sup> Lainpelto 2012 s. 211–213, Dahlman – Korhonen-Aspegren 2018 s. 327–328, Glover 2017 s. 289. Ks. myös NJA 2017:30, asia I, kohta 11.

<sup>563</sup> Maffei 2006 s. 175.

<sup>564</sup> Ks. Pölonen – Tapanila 2015 s. 230 ja vrt. Riekkinen 2014 s. 148 sekä Tapanila 2019a s. 236. Riekkinen toki käyttää ilmaisua tietyllä varovaisuudella ja kumpikin kirjoittaja kuvaa sinänsä osuvasti tukitodisteluvaatimuksen erikoista vaikutustapaa.

<sup>565</sup> Ks. esim. Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016, missä neljännen valittajan osalta todettiin hänen oman kertomuksensa olleen pääasiallinen näyttö (kohta 309), kun taas kolmen muun valittajan osalta esitettiin runsaasti muitakin todistelua, joten heidän lausun-

### 4.6.3 Tukitodisteluvaatimuksia

Tukitodisteluvaatimus voidaan muotoilla positiivisesti tai negatiivisesti eli joko oikeuttamaan vastaajan tuomitseminen silloin, kun tukitodistelua on, tai kieltämään tuomitseminen ilman riittävää tukitodistelua.<sup>566</sup> Tyypillisemmiltä näyttävät negatiiviset tukitodisteluvaatimukset, jotka kieltävät syyksilukevan tuomion perustamisen yksin tai pääasiassa luotettavuudeltaan epävarmaan näyttöön. Näin muotoiltuina tukitodisteluvaatimukset liittyvät selvästi näytön riittävyuden arviointiin ja tuomitsemiskynnykseen. Tukitodisteluvaatimuksen soveltuessa on näet katsottava, että syyllisyydestä jää varteenotettava epäily, ellei ainoan tai ratkaisevan todisteen – tyypillisesti asianomistajan kertomuksen – luotettavuutta vahvistavaa tukitodistelua ole saatavilla. Tällöin ei voida riittävästi varmistua kertomuksen todenmukaisuudesta.

Englannissa eräs todistus oikeuden erityispiirre on vanhastaan ollut tukitodisteluvaatimusten suurehko määrä. Koska siellä lähtökohtaisesti jury ratkaisee näyttökysymyksen, on lainoppineen puheenjohtajan tehtävänä ollut kieltää juryä tuomitsemasta ketään sellaisen todistelun perusteella, jonka luotettavuus kaipaava varmistusta (corroboration warning). Aikaisemmin niitä sisältyi velvoittavina sekä common law’hon että lainsäädäntöön, mutta vuonna 1995 velvoittavasta common law -tukitodisteluvaatimuksesta pitkälti luovuttiin. Esimerkiksi edelleen voimassa olevan vuoden 1911 Perjury Actin 13 §:ään sisältyy lakisäätteenä ja pakottava tukitodisteluvaatimus, jonka mukaan ”a person shall not be liable to be convicted – – solely upon the evidence of one witness as to the falsity of any statement alleged to be false”.<sup>567</sup>

Suomen lainsäädäntöön ei nykyisin sisälly suoranaisia tukitodisteluvaatimuksia. Anonyymiä todistelua koskeneessa työryhmämietinnössä ehdotettiin kylläkin säännöstä, jonka mukaan syylliseksi tuomitseva tuomio ei saa perustua ainoastaan tai pääasiallisesti anonyymiin todisteluun. Se olisi perustunut EIT:n asettamaan edellytykseen varmistua anonyymien todistelun luotettavuudesta, joten se olisi ollut luonteeltaan tukitodisteluvaatimus. Mietinnössä kuitenkin todetaan mielestäni harhaanjohtavasti, että tällainen säännös rajoittaisi anonyymien todistelun näyttöarvoa.<sup>568</sup> Tästä ei tarkkaan ottaen ole kysymys

---

tojensa merkitys oli vähäisempi (kohdat 288–291). Kenenkään valittajan osalta ei katsottu, että lausuntojen luotettavuus olisi heikentynyt hankkimistavan vuoksi (kohdat 285 ja 306). EIS 6 artiklan loukkaus todettiin kuitenkin neljännen valittajan osalta muun ohella sen vuoksi, että lausunto oli pääasiallinen todiste.

<sup>566</sup> Wigmore 1923 IV s. 290: ”A Negative rule declares that A alone or B alone is insufficient; a Positive rule declares that any combination is insufficient unless it contains D.”

<sup>567</sup> Glover 2017 s. 278–281, Choo 2015 s. 368–374. Tosiasialliselta merkitykseltään tukitodisteluvaatimusta vastaavat jurylle osoitetut varoitukset tuomita potentiaalisesti epäluotettavan todistelun perusteella. Varoituksen tarkoituksena on, että jury varmistuu todisteen luotettavuudesta.

<sup>568</sup> OMTR 2005:5 s. 37, 41 ja 86.



vaan todisteen luotettavuuden varmistamisesta muun todistelun avulla. Todistelu-uudistuksen yhteydessä säädettyyn ROL 11:4.3:in vastaavaa selväsanaista säännöstä ei sisälly, vaikka se käytännössä onkin merkittävä tukitodisteluvaatimus (ks. jäljempänä luku 9.4.5).

Tukitodisteluvaatimuksia on sen sijaan muodostunut KKO:n oikeuskäytännössä. Voidaan perustellusti kysyä, onko KKO:lla kompetenssia antaa – ainakaan alempia tuomioistuimia sitovia – määräyksiä näytön arvioinnista. Muodollisesti tarkastellen näin ei voi olla asian laita jo siksiäkään, että ennakkopäätökset eivät ole vahvasti velvoittava oikeuslähde. Käytännössä myös näytön arviointia koskevilla prejudikaateilla voi kuitenkin olla merkittävä oikeuskäytäntöä ohjaava vaikutus, joten voidaan puhua niiden tosiasiallisesta sitovuudesta.<sup>569</sup> Kuten todettu, mielestäni tukitodisteluvaatimus voidaan jäsentää ennen muuta näytön riittävyttä eikä ainakaan pelkästään näytön arviointia koskevaksi normiksi. Näin jäsennettynä tukitodisteluvaatimusta voitaisiin pitää jopa deklaratorisena<sup>570</sup> oikeusohjeena.

Ruotsissa on esitetty eri suuntaisia näkemyksiä näytön arviointia ohjaavien prejudikaattien merkityksestä oikeuslähteenä. Lainpelto on ollut sillä kannalla, että vapaa todistusteoria estää HD:tä antamasta näytön arviointia määrällisesti rajoittavia prejudikaatteja ja siten asettamasta yleisiä tukitodisteluvaatimuksia.<sup>571</sup> Myös monet muut kirjoittajat ovat katsoneet vapaan näytön arvioinnin estävän näytön arviointia koskevien oikeusohjeiden antamisen.<sup>572</sup> Eräänlaista välittävää kantaa edustava Lindkvist esittää, että lähempänä oikeuskysymyksiä olevilla prejudikaateilla on käytännössä sitova vaikutus, kun taas näyttökysymyksiä koskevien prejudikaattien osalta sitovuus on heikompaa.<sup>573</sup> Lindell on toisaalta katsonut, että näytön arviointia koskevat ennakkopäätökset vievät näyttökysymyksiä oikeuskysymysten suuntaan.<sup>574</sup>

Ainakin Schelin ja Andersson pitävät näytön arviointia koskevien prejudikaattien merkitystä oikeuslähteenä varsin suurena. Andersson ei näekään estettä sille, että ylin tuomioistuin antaa prejudikaatteja myös näytön arvioinnista. Hän perustelee näkemystä kuudella eri argumentilla, jotka ovat sel-

<sup>569</sup> Tolonen 2003 s. 123. Ks. myös Fredman 2018 s. 83: ”Pragmaattinen kärjätuomari pyrkii tietenkin tekemään sellaisia näyttöratkaisuja, jotka eivät muutoksenhaun myötä muuttuisi. Tällöin oikeuslähteeksi näytön arvioinnin suhteen muodostuvat oikeuskäytäntö ja ennen kaikkea asiasta annetut ennakkopäätökset, joita pidetään heikosti velvoittavina oikeuslähteinä.” Suomen oikeudessa tukitodisteluvaatimuksia voitaneenkin pitää vähintään heikosti velvoittavina. Tolosen mukaan KKO ei välttämättä luo oikeutta, mutta kuitenkin kehittää oikeutta (Tolonen 2003 s. 125).

<sup>570</sup> Prejudikaatit voidaan jakaa deklaratorisiin ja demonstratiivisiin. Deklaratorinen prejudikaatti ilmaisee lain säännöstä vastaavan yleisen normin, kun taas demonstratiivinen prejudikaatti ilmaisee lähinnä perustelumallin, joka soveltuu tietyn kysymyksen arviointiin (Virolainen – Martikainen 2010 s. 404 av. 404).

<sup>571</sup> Lainpelto 2012 s. 287.

<sup>572</sup> Ks. esim. Lindell 1987 s. 124 ja tiivistelmänä ruotsalaisista näkemyksistä Lindkvist 2014 s. 867–869.

<sup>573</sup> Lindkvist 2014 s. 873–874.

<sup>574</sup> Lindell 1987 s. 124.

laisinaan sovellettavissa myös Suomen oikeuteen: 1) Näytön arvioinnin vapautta on rajoitettu laissa. 2) Vapaata näytön arviointia koskevan säännöksen tarkoituksena ei ole estää tuomioistuimia muotoilemasta sääntöjä näytön arviointiin. 3) Näytön arvioinnista on runsaasti ratkaisuja, joita 4) seurataan käytännössä. 5) EIT:n oikeuskäytännöstä seuraa eräitä rajoituksia näytön arviointiin – Andersson mainitsee esimerkkinä ”ei yksin tai pääasiassa” -tyyppiset lausumat. 6) Todistusoikeudessa on tavanomaista etsiä johtoa HD:n ratkaisuksista tai muista oikeuslähteistä.<sup>575</sup> Schelin katsoo, että oikeuskäytännöstä on tullut ratkaisevan tärkeä oikeuslähde sen vuoksi, että laki ja esityöt eivät anna riittävästi ohjeita näytön arviointiin.<sup>576</sup>

Ruotsin HD on jo eräissä 1990-luvun ratkaisuisaan katsonut, ettei varteenotettava epäily voida sulkea pois pelkästään asianosaisten kertomusten luotettavuuden arvioinnilla, vaan lisäksi tarvitaan muutakin todistelua, vähintään esimerkiksi asianomistajan käyttäytymisestä väitetyn rikoksen jälkeen.<sup>577</sup> Edellä mainittiin jo eliminaatiotodistelua koskenut ratkaisu NJA 1991:10, jossa näytäisi vahvistetun englantilaista Baskerville-ratkaisua vastaava vaatimus siitä, että tukitodistelun tulee riittävän varmasti osoittaa myös rikoksentekijän henkilöllisyys. Ruotsin oikeuskäytännöstä saa siten tukea jopa sellaiselle johtopäätökselle, että voimassa olisi yleinen, oikeuskäytännössä asetettu tukitodisteluvaatimus, joka kieltää syyksilukemisen ilman tukitodistelua sana sanaan vastaan-tilanteessa. Lainpelto toteaa etenkin ratkaisun NJA 2005:78 merkinneen askelta tähän suuntaan.<sup>578</sup>

Tuore empiirinen ruotsalaistutkimus herättää monia kysymyksiä tukitodistelun arvioinnista ja merkityksestä. Dahlmanin ja Korths-Aspegrenin mukaan vertailukelpoisissa näyttötilanteissa raiskauksesta tuomitaan 90 %:n todennäköisyydellä silloin, kun asianomistajan kertomuksen lisäksi esitetään todistelua tämän käyttäytymisestä väitetyn teon jälkeen. Laittomasta uhkauksesta sen sijaan tuomitaan asianomistajan kertomuksen ja samanlaisen tukitodistelun perusteella ainoastaan 18 %:ssa tapauksista. Ero on hämmästyttävä. Vaihtoehtoisia selityksiä ovat kirjoittajien mukaan tukitodistelun näyttöarvon arvioiminen korkeammaksi raiskaustapauksissa, laitton uhkauksen korkeampi tuomitsemiskynnys, asianomistajan kertomuksen korkeampi näyttöarvo raiskaustapauksissa, HD:n tukitodistelua koskevan oikeuskäytännön keskittyminen raiskaustapauksiin ja julkinen keskustelu seksuaalirikoksista.<sup>579</sup>

On jokseenkin selvää, että ainakaan laitton uhkauksen korkeampi tuomitsemiskynnys tai julkinen keskustelu eivät saa olla näytön arviointiin

<sup>575</sup> Andersson 2014 s. 432–442.

<sup>576</sup> Schelin 2007 s. 25. Ks. vastaavasta kritiikistä OK 17:1.2:in osalta OMML 30/2013 s. 47–51. Esimerkiksi Oulun käräjäoikeuden lausunnossa (s. 48) todetaan, että ”säännös jättää varsin avoimeksi ne kriteerit, joiden mukaisesti näyttöharkinta tapahtuu”.

<sup>577</sup> Ks. esim. NJA 2009:44 ja siinä selostettu oikeuskäytäntö.

<sup>578</sup> Lainpelto 2012 s. 309–310.

<sup>579</sup> Dahlman – Korths-Aspegren 2018 s. 330–338.

vaikuttavia tekijöitä. Koska raiskauksesta seuraa ankarampi rangaistus, olisi siitä tuomittaessa oltava periaatteessa vakuuttavampi näyttö, jos tuomitsemiskynnyksen katsotaan joustavan. Myös muut selitykset ovat vähintään ongelmallisia. Kuten kirjoittajat toteavat, ei rikostyyppiin pitäisi vaikuttaa näytön luotettavuuden arviointiin *ceteris paribus*. Käytännössä on toki mahdollista, että HD:n oikeuskäytäntöä ei ymmärretä soveltaa muihin kuin seksuaalirikoksiin, mutta tämä asettaa eri rikosten vastaajat keskenään epäyhtenäiseen asemaan. Samaa voidaan toisaalta sanoa asianomistajien yhtenäisyydestä, jos selityksenä on se, että raiskauksen asianomistaja on jotenkin automaattisesti luotettavampi kuin laittoman uhkauksen.<sup>580</sup>

Ratkaisusta KKO 2013:96 on johdettavissa ruotsalaisia ennakkopäätöksiä muistuttava tukitodisteluvaatimus. Sen perustelujen mukaan riittävään varmuuteen rikoksesta ja vastaajan syyllisyydestä ei ainakaan yleensä voida päätyä vain sillä, että *asianomistajan kertomus* keskinäisessä vertailussa katsotaan uskottavammaksi kuin syytetyn kertomus (kohta 7). Sanamuodon perusteella lausuma on tarkoitettu yleiseksi lähtökohdaksi. Lisäksi siitä voidaan päätellä, että KKO arvioi kysymystä nimenomaan näytön riittävyyden kannalta. Samassa perustelukappaleessa todetaan edelleen, että asianomistajan todentuntuinen ja vakuuttavakin kertomus tarvitsee virheettömyyden varmistamiseksi tuekseen välillistä näyttöä esimerkiksi väitetyn rikoksen jälkeisistä tapahtumista ja seurauksista. Tätä lausumaa voidaan pitää varsin selvänä positiivisesti kirjoitettuna tukitodisteluvaatimuksena.

Tapauksessa tuli arvioidavaksi, oliko sukupuoliyhteys tapahtunut pakottamalla vai yhteisymmärryksessä. Asianomistajan muuttumattoman kertomuksen tueksi oli esitetty kahden ulkopuolisen todistajan kertomukset heidän havainnoistaan teon jälkeen. Vastaajan kertomusta KKO piti epäuskottavana esimerkiksi asianomistajan olosuhteista esitettyyn selvitykseen nähden ja katsoi sen myös muuttuneen, vaikka vastaaja väitti tulleen ymmärretyksi väärin kieliongelmiensa vuoksi. Lisäksi vastaajan katsottiin esittäneen jopa keskenään ristiriitaisia vaihtoehtoisia tapahtumainkulkuja, mikä vähensi hänen luotettavuuttaan. Johtopäätöksensä KKO katsoi, että asianomistajan kertomuksen luotettavuutta osoittavaa näyttöä oli riittävästi ja että syytettyä tukeva näyttö oli asian laatuun ja näyttömahdollisuuksiin nähden myös riittävän kattava.

Huomionarvoista on, että asianosaisten kertomusten riittävyttä ja tukitodistelua koskevat perustelulausumat on kirjoitettu yleiseen muotoon eikä rajattu koskemaan esimerkiksi pelkästään seksuaalirikoksia. Myöhemmässä KKO:n oikeuskäytännössä niihin kylläkin on viitattu lähinnä seksuaalirikosten yhteydessä.<sup>581</sup> Soveltuvuutta henkirikoksen arviointiin on kuitenkin pidetty mahdol-

<sup>580</sup> Dahlman – Korths-Aspegren 2018 s. 337–341.

<sup>581</sup> Esim. KKO 2019:84 (kohta 10) ja KKO 2019:54 (kohta 11).

lisena eräässä äänestyslausunnossa.<sup>582</sup> Sen sijaan hovioikeustasolla yleistä soveltuvuutta pidettäneen jopa jokseenkin selvänä, sillä perustelukappaleeseen on viitattu monenlaisten rikosten yhteydessä.<sup>583</sup> Kokemukseni mukaan myös käräjäoikeuskäytännössä ratkaisusta on johdettu tukitodisteluvaatimus sana sanaan vastaan -tyyppisissä tilanteissa. Siten ratkaisussa KKO 2013:96 ilmaistua tukitodisteluvaatimusta noudatetaan varsin laajasti tuomioistuimissa.<sup>584</sup>

Tapauksessa KKO 2019:54 asianomistaja oli 16-vuotiaana hakeutunut psykiatriseen hoitoon ja alkanut muistaa hyväksikäyttötapahtumia, jotka ajoituivat hänen 5–11 ikävuosilleen. Käräjäoikeus piti asianomistajan kertomusta luotettavana todeten muun muassa sen saaneen tukea asiassa kuultujen muiden henkilöiden kertomuksista. Asiassa ei ollut tullut esiin mitään todellista muuta traumaa, joka selittäisi asianomistajan oireiston, jonka lääkärit olivat vahvalla todennäköisyydellä yhdistäneet seksuaaliseen hyväksikäyttöön. Myös hovioikeus katsoi, että lääkärinlausuntojen samansuuntaiset johtopäätökset asianomistajan oireiden syystä tukivat vahvasti asianomistajan kertomusta. Henkilötodistelua hovioikeus sen sijaan piti vähemmän luotettavana. Vastaaja oli asian käsittelyn kaikissa vaiheissa kiistänyt mitään seksuaalista tapahtuneen hänen ja asianomistajan välillä. Hän oli esittänyt, etteivät väitetyt teot olleet olleet edes mahdollisia, koska hänellä ei ollut aina aina ollut pääsyä tiloihin, joissa tekojen väitettiin tapahtuneen. Teot olivat mahdottomia myös vastaajan perheen muualla asumisen ja matkojen vuoksi.

Asianomistajan kertomuksen tueksi esitettiin muun muassa psykoterapeutin lausunto ja lääkäreiden lausunnot. Psykoterapeutin lausunnon mukaan asianomistajan ahdistuneisuuden kokemuksilla ja dissosiaatio-oireilla oli selkeä yhteys varhaisemmin koettuun traumaan tai traumaattisiin kokemuksiin, mitkä viittasivat seksuaalisen hyväksikäytön kokemuksiin. Vuonna 2013 annetun psykiatriaerikoistuvan lääkärin lausunnon johtopäätöksensä todetaan, että oireilu sopi traumaperäiseen stressihäiriöön, jossa korostuivat dissosiatiiiviset oireet. Oireilla ja todetuilla häiriöillä oli hyvin todennäköinen yhteys lapsena mahdollisesti todettuun seksuaaliseen hyväksikäyttöön. Seksuaalinen hyväksikäyttö saattoi selittää oireilua pitkälti. Oireista oli myös kaksi muuta lääkärinlausuntoa. Asianomistajan sisar, äiti ja isä olivat asian eri käsittelyvaiheissa kertoneet saaneensa asianomistajalta tietää seksuaalirikosepäilyistä vuonna 2012 ennen kuin asianomistaja oli tehnyt rikosilmoituksen. Asianomistajan sisar on lisäksi kertonut keskustelleensa jo tätä aikaisemmin vuonna 2011 yleisellä tasolla tällaisista kokemuksista asianomistajan kanssa.

KKO totesi näyttöä arvioidessaan ensin, että tekoja ei voitu pitää sinänsä mahdottomina vastaajan väittämällä tavalla. Lääketieteellisen selvityksen merkitystä KKO piti jokseenkin neutraalina todeten, että asianomistajan

<sup>582</sup> KKO 2019:22 (oikeusneuvos Huovilan lausunto).

<sup>583</sup> Ks. esim. pahoinpitelyä koskenut HelHO 18.9.2019 nro 139679 (R 18/2304), ryöstöä koskenut I-SHO 16.5.2019 nro 122027 (R 19/133), rekisterimerkintärikosta koskenut HelHO 12.9.2018 nro 137471 (R 17/2490) ja laitonta uhkausta koskenut VaaHO 4.7.2018 nro 128901 (R 17/1047).

<sup>584</sup> Ks. myös Fredman 2018 s. 83–84, missä ratkaisu mainitaan esimerkkinä KKO:n tosiasiallisesti sitovista näyttöharkintaa koskevista ennakkopäätöksistä.

oireiden taustalla voi olla muita selittäviä tekijöitä. Asianomistajan muistikuvat seksuaaliteoista olivat syntyneet vähitellen tai olennaisesti rikastuneet yksityiskohdissaan terapian ja muiden kanssa käytyjen keskustelujen edetessä. KKO katsoi, että erityisesti asianomistajan muistikuvien ja niihin perustuvan kertomuksen syntytapaan sekä osin myös sen sisältöön liittyi piirteitä, jotka kokonaisuutena objektiivisesti arvioituna horjuttivat muutoin kuin vähäisessä määrin asianomistajan kertomuksen luotettavuutta. Syyte hylättiin.

Rikosasioissa teon seurauksia koskeva todistelu on käytännössä varsin merkittävää tukitodistelua, jonka luotettavuus on lähtökohtaisesti korkealla tasolla. Aiheutuneista vammoista esitettävän lääketieteellisen ja muun selvityksen perusteella voidaan usein arvioida, kumpi asianosaisten kertomuksista on uskottavampi ja voidaanko puolustuksen esittämä tapahtumainkulku sulkea pois riittävän varmasti. Esimerkiksi tapauksessa VaaHO 21.12.2018 nro 157334 (R 17/899)<sup>585</sup> vastaaja oli hovioikeuden pääkäsitellyssä kiistännyt pitäneensä kädessä puukkoa painitilanteen aikana. Hän oli esitutkinnassa kuitenkin pitänyt mahdollisena, että asianomistajan vamma olisi tullut tuossa tilanteessa teräseestä. Kotietsinnässä asunnon keittiöstä, jossa välikohaus oli tapahtunut, oli takavarikoitu puukko. Lääketieteellisen selvityksen mukaan asianomistajaa oli vamman perusteella isketty teräseellä, ja vamma ei ollut voinut aiheutua osumisesta lautasen sirpaleeseen, mitä käräjäoikeus oli pitänyt mahdollisena hylätessään syytteen. Hovioikeus katsoi, että tämä mahdollisuus voitiin sulkea pois ja luki teon syyksi hätävarjelun liioitteluna tehtynä törkeänä pahoinpitelynä.

OK 17:5.3:ssa säädetään, että jos tunnustus on annettu riita-asiassa, jossa sovinto ei ole sallittu, tai rikosasiassa taikka jos asianosainen peruuttaa riita-asiassa annetun tunnustuksensa, tuomioistuimien harkitsee, mikä vaikutus tunnustuksella tai tunnustuksen peruuttamisella on todisteena. Ratkaisussa KKO 2000:35 katsottiin olevan selvää, että tuomiota ei voida perustaa yksin tai pääasiassa syylliseksi epäillyn esitutkinnassa antamaan, sittemmin *peruuttamaan lausumaan*. Peruutetun lausuman lisäksi on siten oltava muuta todistelua, jonka perusteella voidaan varmistua tunnustuksen luotettavuudesta ennen kuin rikoksen syyksilukeminen tulee kysymykseen. Tämäkin vaatimus on ainakin ratkaisun sanamuodon perusteella yleinen ja ehdoton. Ratkaisusta KKO 2013:96 poiketen se on kirjoitettu negatiiviseen muotoon ”ei yksin tai pääasiassa”.<sup>586</sup>

<sup>585</sup> Kirjoittaja toimi asiassa valmistelijana.

<sup>586</sup> Oikeusohjeeseen on viitattu ainakin ratkaisuissa KKO 2002:47, KKO 2011:91 (kohta 18), KKO 2013:25 (kohta 17) ja KKO 2020:61 (kohta 7), joten sitä voidaan pitää vakiintuneena. Kuten ratkaisuista ilmenee, peruutetun tunnustuksen näyttöarvon kannalta merkitystä on muun muassa kertomuksen antamisen olosuhteilla ja tunnustuksen peruuttamiselle esitetyillä syillä (näin myös KKO 2020:61, kohta 14). Ks. myös Fredman 2018 s. 83, Rautio – Frände 2016 s. 59, Pölonen – Tapanila 2015 s. 357–365 ja Halijoki 2004 s. 809–811. Tapanila on kritisoinut linjan vakiintumista vapaan todistelun periaatteen vastaisena ja katsonut tulkinnan perusteettoman kategoriseksi (Tapanila 2013 s. 434).

Tapauksessa KKO 2000:35 oli kysymys huumausainerikoksesta. Vastaaja myönsi pitäneensä hallussa häneltä löydettyä 0,1 grammaa marihuanaa, mutta kiisti syyteen hampun luvattoman viljelyn ja marihuanan käyttämisen osalta. Vastaaja oli kuitenkin esitutkinna tunnustanut kahdella eri kerralla menettelleensä syyteessä kuvatulla tavalla. Toisin kuin käräjäoikeus, hovioikeus oli kuulustelujen kulkua selostettuaan lukenut rikoksen vastaajan syyksi syyteen mukaisesti. KKO totesi, että vastaajan oikeudessa lausuma oli antanut aiheen tiedustella syytä esitutkintakertomuksesta poikkeamiseen. Syyksi vastaaja oli esittänyt useita viikkoja ennen pidätystä kestäneestä alkoholin nauttimisesta johtuneen ärsyyntymisen kuulustelutilanteeseen. Lisäksi vastaaja oli kertonut pelänneensä pidätyksen jatkuvan, jos hän muuttaa kertomustaan. KKO:n mukaan syyttäjä ei ollut esittänyt näyttöä, jonka perusteella voitaisiin luotettavasti kontrolloida vastaajan esitutkintakertomuksen oikeellisuutta. Syyte hylättiin.

Tapanila on kritisoinut ratkaisua huomauttaen, ettei siitä tarkasti ilmene, mihin tukitodisteluvaatimuksen asettaminen perustuu. Ratkaisussahan käytetään sisällötöntä perustelua ”on selvää”. Tapanila huomauttaa, ettei lakiin sisälly ratkaisusta ilmenevää, todistelua ohjaavaa normia. KKO on Tapanilan mukaan menetellyt myös itse asettamansa vaatimuksen vastaisesti arvioimalla niitä syytä, jotka kuultava oli esittänyt tunnustuksen peruuttamiselle.<sup>587</sup> Näistä näkökohdista huolimatta on mielestäni hyväksyttävää, ettei *pelkkä* peruutettu tunnustus voi riittää syyksilukemiseen, koska tällainen todiste voi olla luotettavuudeltaan erittäin heikko. Sen tueksi tulisi olla muuta näyttöä, jota nähdäkseni ongelmita voivat olla myös peruuttamiselle esitetyt syyt. Poliisin ei toisaalta tulisi automaattisesti tyytyä peruutettuun tunnustukseen, vaan hankkia myös sitä tukevaa näyttöä.

Vaasan hovioikeuden tuomiossa 31.10.2019 nro 147457 (R 19/47) oli kysymys törkeästä huumausainerikoksesta. Kaksi vastaajaa olivat kumpikin tunnustaneet kannabiksen kasvattamisen esitutkinna, mutta kieltäytyivät antamasta kertomusta hovioikeudessa. Hovioikeus arvioi näyttöä ottaen huomioon ratkaisun KKO 2000:35. Vastaajat olivat todenneet, että heidän esitutkintakertomuksensa olivat oikein kirjattuja eikä asiassa ollut väitetty kuulusteluissa tapahtuneen menettelyvirheitä. Tunnustusten näyttöarvoa pidettiin vahvana, koska ne olivat samankaltaiset ja yksityiskohtaiset, vaikka vastaajat olivat kuulustelujen aikaan olleet vangittuja eivätkä he voineet pitää yhteyttä toisiinsa. Muuna tukitodisteluna hovioikeus viittasi siihen, että vastaajat oli otettu kiinni heidän kasvattaessaan huumausaineita. Peruutetun tunnustuksen näyttöarvoa voitiin siten kontrolloida tukitodistelulla. Vastaajien syyllisyydestä ei hovioikeuden mukaan jäänyt varteenotettavaa epäilyä.<sup>588</sup>

<sup>587</sup> Tapanila 2012a s. 166–167.

<sup>588</sup> Korkein oikeus ei muuttanut hovioikeuden ratkaisua (KKO 2020:84). Vertailun vuoksi voi huomauttaa, että englantilaisessa ratkaisussa DPP v. Kilbourne [1973] 2 W.L.R. 254 hyväksyttiin hieman vastaavasti se, että kaksi luotettavuudeltaan epävarmaa todistetta voivat tukea toistensa

Sana sanaa vastaan -tilanteiden ja peruutetun tunnustuksen lisäksi oikeuskäytännössä (KKO 2004:60) on katsottu, että *henkilön tunnistamista* tekijäksi ei voida pitää kaikissa olosuhteissa niin luotettavana, että syyksilukeminen voitaisiin perustaa lähes yksinomaan siihen, vaikka oikein toteutettuna henkilön tunnistaminen on luotettava todistuskeino. Henkilön tunnistaminen voidaan todistajanpsykologiasta saatavan tiedon perusteella suorittaa luotettavasti vain kerran.<sup>589</sup> Toisaalta ratkaisussa todettiin selvästi yleisempänä lähtökohtana, että tunnistamista ei muutoinkaan voitaisi pitää yksin riittävänä näyttönä syyllisyydestä vakavana pidettävään rikokseen. Toisin sanoen sen lisäksi tulisi esittää muutakin todistelua, joka tukisi tunnistamisen luotettavuutta (luotettavuus-todistelu) tai viittaisi muutoin vastaajan syyllisyyteen (myötävaikutus).

Tapauksessa oli kysymys raiskauksesta, jolle ei ollut ulkopuolisia silminnäkijöitä. Asianomistaja oli tunnistanut vastaajan tekijäksi ensimmäisen kerran rikosyönä kadulla piakkoin teon jälkeen. KKO katsoi, että tunnistamisen tapahtuminen melko tuoreeltaan ja spontaanisti oli omiaan lisäämään sen luotettavuutta. Toisaalta luotettavuutta heikensi asianomistajan vahvako humalatilasta ja hänen pyrkimyksensä löytää rikoksen tekijä. Henkilön omalle arviolle tunnistamisen luotettavuudesta ei voitu KKO:n mukaan antaa suurta merkitystä. Asiassa kuultiin todistajana henkilöä, joka vahvasti tunnistamisen vaikuttaneen ehdottoman varmalta ja vakuuttavalta. Tämän ei kuitenkaan katsottu vähentäneen tunnistamiseen liittyviä epävarmuustekijöitä ja todistajan kertomuksella ei katsottu olleen tältä osin itsenäistä merkitystä näyttönä. Tukitodistelun itsenäisyydelle näyttää siten annetun arvioinnissa merkitystä hieman Englannin oikeuden tapaan. Näyttö ei riittänyt tuomitsemiskynnyksen ylittymiseen, vaan syyte hylättiin.

KKO ei voi vahvistaa alempia tuomioistuimia ehdottomasti velvoittavia tukitodisteluvaatimuksia, mutta sen ratkaisukäytännön tosiasiallisen sitovuuden vuoksi selostetuilla ratkaisuilla lienee huomattava alempien tuomioistuinten näytön arviointia ohjaava merkitys. Niillä ohjataan tuomioistuimia suorittamaan OK 17:1.2:n edellyttämä perusteellinen ja tasapuolinen näytön arviointi tilanteissa, joissa esimerkiksi todistajanpsykologisen tutkimustiedon mukaan todisteen luotettavuutta voidaan helposti arvioida väärin. Kuten todettu, vapaa todistusharkinta ei merkitse mielivallan sallimista eikä tuomarin subjektiivinen vakuuttuneisuus riitä perustelevaan tuomitsemiskynnyksen ylittymistä. Tukitodisteluvaatimus korostaa objektiivista näytön arviointia ja tarvetta kyseen-

---

luotettavuutta. Ks. myös Tapanila 2019b s. 247: ”Syytetyn peruuttaessa esitutkinnassa antamansa tunnustuksen – – tuomioistuimen ei pidä kuitata näytön arviointia viittaamalla peruutettua tunnustusta koskevaan oikeuskäytäntöön.”

<sup>589</sup> Ks. tunnistamista koskevasta tutkimustiedosta esim. Haapasalo – Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 147.

alaistaa sellainen todistelu, jonka subjektiivinen vakuuttavuus voi olla harhaanjohtavaa.

Jäljempänä palataan tarkemmin siihen, millaisia tukitodisteluvaatimuksia EIT:n oikeuskäytännössä esiintyy. Niiden ymmärtämistä vaikeuttaa, että ihmisoikeustuomioistuin voi arvioinnissaan painottaa joko todistelun luotettavuutta tai merkitystä – tai molempia. Laittomasti hankitun reaalityodisteen osalta ratkaisevaa on, voidaanko todisteen luotettavuudesta varmistua, joten kysymys on melko puhtaasta tukitodisteluvaatimuksesta (ks. luku 8.5.4). Sen sijaan myötävaikuttamattomuusperiaatteen loukkaustapauksissa painotetaan todisteen merkitystä eikä luotettavuutta, joten niitä ei koske tukitodisteluvaatimus (ks. luku 6.3.2). Kontradiktorisuudeltaan rajoittuneen todisteen luotettavuudesta on puolestaan varmistuttava riittävästi ottaen huomioon sen merkitys asiassa eli tukitodisteluvaatimus on sisällöllisesti kytköksissä todisteen merkitykseen (ks. luku 9.5.3).





---

## 5 Todistamiskiellot

### 5.1 FUNKTIO

Pölösen määritelmän mukaan todistamiskiellot ovat (mitä tahansa) todisteiden hankkimis- ja esittämiskieltoja. Niiden kohteena voisivat tällöin olla myös todistusmenetelmät, minkä lisäksi rajanveto todisteiden epäämiseen voisi paikoin olla hankalaa. Tässä käyttämäni todistamiskiellon käsite on olennaisesti suppeampi kuin Pölösen määrittelemä käsite. Luen todistamiskielloiksi ainoastaan sellaiset laissa säädetyt velvollisuudet tai oikeudet kieltäytyä todistamasta, joiden tarkoituksena on suojata jotain julkista tai yksityistä *salassapitointressiä*. Todistamiskielloille on näin määriteltynä ominaista laaja ulottuminen rikosprosessin kaikkiin vaiheisiin mutta kuitenkin verrattain rajattu ja tiettyihin ammattiteihin kytkeytyvä kohde. Käytännössä kysymys on OK 17:10–16 ja 17:19–22:n säännöksistä.<sup>590</sup>

Erotan todistamiskielloista paitsi edellä tarkastellut muotomääräykset myös myötävaikuttamattomuusperiaatteen ja lisäksi kaikki pääosin todistusmenetelmiin kohdistuvat oikeudelliset todistelunrajoitteet. Jäljempänä osoitetaan, miten näiden normien mekanismit eroavat toisistaan. Myötävaikuttamattomuusperiaate voitaisiin sinänsä aivan hyvin jäsentää yksityisten salassapitointressien joukkoon, mutta siihen perustuvat todistelunrajoitteet poikkeavat mekanismiltaan niin monin paikoin nyt tarkasteltavista, että pidän tätäkin erottelua tarpeellisena.

Todistamiskiellojen tarkoituksena on suojata erilaisia yksityisiä ja julkisia salassapitointressejä, joiden painoarvo on katsottu lähtökohtaisesti rikosprosessuaalista selvittämistä suuremmaksi. Yksityisten salassapitointressien suojaamista voidaan perustella myös yksityisyyden suojalla sekä eräisiin ammattiteihin kiinteästi kuuluvalla luottamuksellisuudella. Esimerkiksi potilassalaisuus on tällainen monitahoinen suojeluintressi.<sup>591</sup> Sen sijaan tarkoituksena ei ole suojella todistelun luotettavuutta – ainakaan välittömästi. Todistamiskielloille on pikemminkin luonteenomaista puhtaasti prosessinulkoisen tavoitteen, joka voi olla ristiriidassa aineellisen totuuden selvittämistavoitteen kanssa. Myös

---

<sup>590</sup> Ks. erilaisista todistamiskiellojen määritelmistä esim. Pölösen 2003 s. 182–188, 197–198 ja 234, Hormia 1978 s. 20–21 ja 220–225, Karppinen 2006 s. 48–49, Lappalainen 2001 s. 143, Jackson – Summers 2012 s. 153–158 ja Riekkinen 2014 s. 125 ja 137–139. Ks. myös HE 46/2014 vp, missä OK 17:9.3:n osalta ohimennen mainitaan kyseessä olevan ”yleinen poikkeus lukuun sisältyvistä salassapitovelvollisuuksista eli todistamiskielloista”.

<sup>591</sup> KKO 2011:91 (kohta 6).

täysin luotettavaa todistelua voi jäädä oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle niiden soveltamisen seurauksena.

Todistamiskieltoja vastaavia säännöksiä on voimassa useissa oikeusjärjestyksissä. Pohjoismaiset todistamiskielto on kuvattu tiiviisti ja kattavasti todistelu-uudistukseen liittyneessä oikeusministeriön selvityksessä.<sup>592</sup> Tarkoitukseni ei ole tarkastella seikkaperäisesti Suomen oikeudessa voimassa olevia yksittäisiä todistamiskieltoja. Pölösen ja Tapanilan sekä Raution ja Fränden tuoreet teokset antavat niistä varsin kattavan kuvan. Säännökset sitä paitsi vastaavat monin paikoin jo VOK 17 luvun sääntelyä, joten Hormiankin tutkimus on edelleen monin paikoin käyttökelpoinen.<sup>593</sup> Tarkoitukseni on ainoastaan kuvata todistamiskieltojen mekanismeja ja siten osoittaa niiden asema oikeudellisten todistelunrajoitteiden käsitejärjestelmässäni. Samalla on tärkeää korostaa, että todistamiskielto ovat nekin verrattain joustavia todistelunrajoitteita.

Salassapitointressejä olisi sinänsä mahdollista suojata periaatetyyppisin normein, jotka jättäisivät tuomarin tehtäväksi yksittäistapauksessa sovittaa optimaalisesti yhteen salassapito- ja selvittämistäintressit. Tällainen sääntely ei kuitenkaan olisi kovin ennustettavaa. Meillä onkin säädetty sääntötyyppisiä todistamasta kieltäytymään velvoittavia tai oikeuttavia normeja, jotka sisältävät – osin harkinnanvaraisia – poikkeusperusteita. Lainsäätäjä on siten ainakin lähtökohtaisesti suorittanut intressipunninnan. Eräät salassapitointressit esimerkiksi väistyvät, jos tutkittava rikos on vakava. Tällöin *prima facie* suojelemisen arvoinen salassapitointressi katsotaan suhteelliselta painoarvoltaan pienemmäksi kuin tarve selvittää väitetty vakava aineellisen rikosoikeuden loukkaus, joten salassapidosta poiketaan.<sup>594</sup>

## 5.2 KOHDE

Edellä todetuista täsmennyksistä seuraa, että käsittelen todistamiskieltoina ainoastaan todistusteemaan tai todistuskeinoon kohdistuvia rajoitteita myötävaikuttamattomuusperiaate pois lukien. Todistamiskielto tässä suppeassa merkityksessä modifioivat kuultavan velvollisuutta tai oikeutta kertoa merkitykselliset tietonsa tai paljastaa merkityksellisiä asiakirjoja ja esineitä. Todistuskeinoneutraalisuudesta johtuen edes asianosainen ei lähtökohtaisesti saa pal-

<sup>592</sup> OMSO 65/2012 s. 25–38 ja 48–50.

<sup>593</sup> Ks. Pölönen – Tapanila 2015, Rautio – Frände 2016, Hormia 1978 ja Hormia 1979. Ks. myös Fredman ym. 2020 s. 494–512, Jokela 2018 s. 607–621 ja Niemi-Kiesiläinen 2004 s. 339–347.

<sup>594</sup> Pölönen ja Tapanila esittävät, että tuomioistuimella olisi yleisestikin harkintavaltaa tulkita vai-tiolovelvollisuuksia joustavasti silloin, kun selvittämistäintressin suhteellinen painoarvo on suuri (Pölönen – Tapanila 2015 s. 279). Tällainen liikkumavara ei voine olla kovin suuri, kun otetaan huomioon, että lainsäätäjä on määrännyt todistamiskieltojen joustavuudesta varsin kattavasti eri perusteilla (ks. jäljempänä luku 5.3).

jastaa suojattua tietoa missään muodossa. *Todistusteemakiellon* soveltuessa on voimassa oikeus tai velvollisuus kieltäytyä todistamasta jostain säännöksessä yksilöidystä tiedosta.<sup>595</sup> Suojaa saa tieto sinänsä, esimerkiksi tuomioistuimen neuvottelusalaisuus (OK 17:11.1). Puhtaat todistusteemakiellot ovat harvakuksia ja merkitykseltään rajallisia. Ne on lueteltu alla.

OK 17	Kielletty todistusteema	Velvoittavuus
10	Tiedot, jotka on pidettävä salassa valtion turvallisuuden takia tai sen takia, että ne koskevat Suomen suhteita toiseen valtioon tai kansainväliseen järjestöön	Velvollisuus
11.1	Tuomioistuimen päätösneuvottelun sisältö	Velvollisuus
12.2	Asianosaisilta yksilöityjen lainkohtien perusteella salassa pidettävät tiedot <sup>596</sup>	Velvollisuus
12.4	Todistajansuojeluohjelmaa koskevat tiedot	Velvollisuus
19	Liike- tai ammattisalaisuus <sup>597</sup>	Oikeus

Taulukko 1. Todistusteemakiellot.

*Todistuskeinokielto* kohdistuu johonkin todistuskeinoon. Puhdas todistuskeinokielto ei koske mitään määrätyn sisältöistä tietoa, vaan ainoastaan velvoittaa tai oikeuttaa jonkun henkilön kieltäytymään todistamasta. Muuta todistuskeinoa käyttäen voidaan siten esittää todistelua sellaisesta teemasta, josta kielletty todistuskeino oli tarkoitus esittää. Todistuskeinokieltoa ei ole kuitenkaan lupa kiertää sillä puhtaasti muodollisella perusteella, että esimerkiksi kuulustelun suorittanut poliisi, joka on eri todistuskeino, paljastaisi todistuskeinokielton suojaamalta henkilöltä lainvastaisesti saadun tiedon (ks. luku 3.1.2). Näin todistuskeinokieltoon liittyy myös eräänlainen todistusmetodin sallittavuutta koskeva rajaus. Sen sijaan toisesta todistuskeinosta itsenäisesti ilmenevää tietoa voidaan käyttää. Niinpä voidaan esteettä kuulla sellaista henkilöä, johon todistuskeinokielto ei sovellu.<sup>598</sup>

Tässä jää mainittavaksi ainoana puhtaana todistuskeinokieltona kielto kutsua *tasavallan presidentti* eli kuulemishetkellä Suomen valtionpäämiehenä toimiva henkilö todistajaksi (OK 17:32). Edellä tarkastellut todistajan habilitteettia koskevat säännökset muistuttavat läheisesti puhtaita todistuskeino-

<sup>595</sup> Eder 2015 s. 31, Riekkinen 2014 s. 125, Karppinen 2006 s. 50–51, Pölönen 2003 s. 182–183, Hormia 1979 s. 1–4.

<sup>596</sup> Nykyiset 2 ja 4 momentit lisättiin lainkohtaan eduskuntakäsittelyssä todeten nimenomaisesti niiden olevan henkilölliseltä soveltamisalaltaan yleisiä (LaVM 19/2014 vp s. 12–13).

<sup>597</sup> Ks. liike- ja ammattisalaisuuden suojasta uuden OK 17 luvun mukaan Leppänen 2017 s. 194–203.

<sup>598</sup> Eder 2015 s. 31–32, Riekkinen 2014 s. 125, Karppinen 2006 s. 52–60, Pölönen 2003 s. 183–187, Hormia 1979 s. 47–49.

kieltoja. Erona on lähinnä se, että habilitettiin ei liity salassapitointressiä. Toisaalta muista todistamiskielloista poiketen OK 17:32 modifioi myös muodollista todistamisvelvollisuutta. Tasavallan presidentin ei ole lainkaan saavuttava oikeudenkäyntiin, mikä ilmenee sanamuodosta ”ei kutsuta”.<sup>599</sup>

Suurin osa OK 17 luvun todistamiskielloista on ilmaistu kohteeltaan todistus- teema- ja todistuskeinokiellon yhdistelminä eli sellaisina todistusteemakiel- toina, joihin liittyy henkilöllinen rajausta. Tällaiset yhdistelmäkiellot soveltuvat ainoastaan kummankin edellytyksen täytyessä.<sup>600</sup> Näissä tapauksissa saatet- taisiin puhua esimerkiksi todistamiskiellon tiedollisesta ja henkilöllisestä koh- teesta.<sup>601</sup> Säännöksissä tarkoitetuilla henkilöillä ei ole yleistä oikeutta kieltäytyä todistamasta, vaan oikeus on rajattu tiettyihin teemoihin. Toisaalta, jos kiellon piirissä ollut tieto on päätenyt muulle kuin suojaa nauttivalle henkilölle, sen käyttäminen voi olla sallittua kuulemalla tällaista henkilöä. Tilannetta voidaan arvioida toisin, jos tieto on saatu laittomasti. Lisäksi on kiinnitettävä huomio- ta OK 17:22:ään, joka ulottaa kiellon tiettyihin apulaisiin sekä aikaan tehtävän päätymisen jälkeen.<sup>602</sup>

OK 17	Kielletty todistuskeino	Kielletty todistusteema	Velvoittavuus
11.2–3	Sovittelija <sup>603</sup>	Soviteltavasta asiasta saatu tieto	Velvollisuus
12.1	Virkamies tai julkisyhteisön työntekijä taikka julkista valtaa käyttävä tai julkista luottamus- tehtävää hoitava taikka muu, joka on viranomaisten toimin- nan julkisuudesta annetun lain (21.5.1999/621, JulkL) 23 §:n nojalla vaitiolovelvollinen	Asianosaisilta yksilöityjen lain- kohtien perusteella salassa pi- dettävät tiedot	Velvollisuus
12.3	Lainkohdassa yksilöidyt virka- miehet	Yksilöidyissä lainkohdissa tar- koitetut tiedot	Velvollisuus ja oikeus

<sup>599</sup> Hormia luokittelee tasavallan presidenttiä koskevan säännöksen samoin todistuskeinokielloksi (Hormia 1979 s. 121–123), samoin Lappalainen 1988 s. 28 av. 15, missä perustellusti huomautetaan, että säännös on myös lähellä esteellisyysperustetta. Voitaneen myös kyseenalaistaa, onko säännöksen taustalla mikään salassapitointressi vaiko vain historiallinen valtionpäämiehen asemaan liittyvä privilegio. Kun tasavallan presidentti halutessaan voi todistaa, privilegioon vetoamiselle on yleensä jokin salassapitosyy. Ks. myös Rautio – Frände 2016 s. 217–219 ja HE 46/2014 vp s. 26, missä todetaan, että todistuskeinokiellot on sijoitettu todistuskeinoja koskeviin alajaksoihin.

<sup>600</sup> HE 46/2014 vp s. 26, Pölonen 2003 s. 184.

<sup>601</sup> Vrt. Wigmore 1923 IV s. 662, missä vaikeusosoikeudet jaetaan tiettyä aihetta koskeviin vai- keusosoikeuksiin ja tietyltä henkilöltä saatuja tietoja koskeviin vaikeusosoikeuksiin.

<sup>602</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 148–149 ja 26, missä käytetään ilmaisua ”henkilöllinen rajausta”.

<sup>603</sup> OK 17:11.2:a sovelletaan ainoastaan riita-asioissa, mikä ilmenee suoraan lainkohdasta.

12.5	Onnettomuustutkintakeskuksen virkamies, tutkintaryhmän jäsen tai muu turvallisuustutkintaan osallistuva	Onnettomuudesta saatu tieto	Velvollisuus
13.1	Oikeudenkäyntiasiamies tai -avustaja taikka tulkki tai tämän apulainen	Oikeudenkäyntiin liittyvässä tehtävässä saatu tiedot	Velvollisuus
13.3	Asianajaja tai ns. lupalakimies taikka julkinen oikeusavustaja tai tämän apulainen <sup>604</sup>	Yksityisen tai perheen salaisuudesta tai liike- tai ammatissalaisuudesta saatu tieto	Velvollisuus
14.1	Terveystieteiden ammattihenkilö tai tämän apulainen	Henkilön tai hänen perheensä terveydentilaa koskeva arkaluontoinen tieto tai muu henkilön tai perheen salaisuus, josta saatu tieto aseman tai tehtävän perusteella	Velvollisuus
16.1–2	Rekisteröidyn uskonnollisen yhdyskunnan pappi tai muu vastaavassa asemassa oleva henkilö	Ripissä tai yksityisessä sielunhoidossa saatu tieto	Velvollisuus
20.1	Sananvapauden käyttämisestä joukkoviestinnässä annetussa laissa tarkoitettu yleisön saataville toimitetun viestin laatija taikka julkaisija tai ohjelmatoiminnan harjoittaja	Viestin perusteena olevien tietojen antajan tai yleisön saataville toimitetun viestin laatijan henkilöllisyys	Oikeus

Taulukko 2. Todistuskeinokieltojen ja todistusteemakieltojen yhdistelmät.<sup>605</sup>

Yhdistelmäkieltoja sovellettaessakin on erittäin tärkeää huomioida OK 17:9.2:sta ilmenevä todistuskeinoneutraalisuuden periaate. Todistuskeinokielton suojaamalta henkilöltä ei saa hankkia vaikenemisvelvollisuuden tai -oikeuden vastaisesti tietoa missään muodossa.<sup>606</sup> Jos hän sen sijaan on paljastanut yhdistelmäkiellon teemaelementtiä vastaavan tiedon muulle kuin salassapitoon velvolliselle taholle, hän ei voi enää jälkikäteen pätevästi estää tiedon hankkimista sellaiselta henkilöltä, jota todistamiskeinokielto ei koske. Esimerkiksi lääkäri ei saa paljastaa henkilön terveydentilaa koskevasta arkaluonteisesta tiedosta, mutta saman henkilön naapuri on velvollinen todistamaan siitä, jos suojattu henkilö on kertonut siitä hänelle. Voidaan ajatella, että tällöin syntyy uusi, itsenäinen todiste, johon rajoite ei kohdistu.

Toiseksi on huomattava, että useisiin yhdistelmäkieltoihin sisältyy myös eräänlainen todistusmetodielementti. Esimerkiksi terveydenhuollon ammattihenkilö on todistamiskiellon sitoma ainoastaan sellaisten tietojen osalta, jotka

<sup>604</sup> Todistamiskiellon tarkemmasta sisällöstä ks. Fredman 2018 s. 423–437.

<sup>605</sup> Vrt. Rautio – Frände 2016 s.:lla 86 esitetty viisikohtainen luettelo.

<sup>606</sup> HE 46/2014 vp s. 62, Rautio – Frände 2016 s. 86–89, Pölonen – Tapanila 2015 s. 228.

hän on saanut tietää tuon asemansa tai tehtävänsä perusteella. Suojaa nauttivat siis hoitosuhteessa annetut tiedot eivätkä mitkä tahansa terveydenhuollon ammattihenkilön tiedossa olevat henkilön tai perheen salaisuudet. Jos terveydenhuollon ammattihenkilö on saanut tietää salaisuuden ystävän tai kollegan ominaisuudessa, se ei nauti todistamiskiellon suojaa. Kysymys ei kuitenkaan ole varsinaisesta metodikiellosta senkään vuoksi, että kysymys ei ole tavasta, jolla viranomaiset hankkivat tiedon, vaan tavasta, jolla tieto päätyy todistuskeinolle. Rajaus täsmentää siten pikemminkin kiellettyä todistusteemaa.

Lääkäri voi esimerkiksi olla todistusvelvollinen, jos hän näkee kadulla rikoksen, vaikka tekijänä olisi hänen potilaansa. Tällöin kysymys ei ole tehtävässä saaduista tiedoista eikä myöskään sellaisesta salaisuudesta, joka saa suojaa. Toisaalta suojaa ei saa mikä tahansa hoitosuhdetta koskeva tieto, vaan ainoastaan arkaluontoiset tiedot. Eniten tulkinnan varaa liittyyneen henkilön tai perheen salaisuuteen suojan kohteena. Rikoksen tunnustaminen ei kuitenkaan voine saada automaattisesti suojaa, koska tällainen tieto ei yleensä ole hoitosuhteen kannalta merkityksellinen. Tilannetta täytynee joissain tapauksissa arvioida toisin, jos tunnustuksen vastaanottava terveydenhuollon ammattihenkilö on esimerkiksi psykiatri. Tällöin kysymys voi olla suojan piiriin kuuluvasta tiedosta (ks. KKO 2011:91, kohta 7).<sup>607</sup>

Erialaisten salassapitoon oikeuttavien ja velvoittavien säännösten (vähintään konkreettisina) adressaatteina on perusteltua pitää myös kuultavia heidän processiasemastaan riippumatta. Esimerkiksi asianajosalaisuus sitoo ensisijaisesti asianajajaa itseään eikä rikosprosessin viranomaistoimijoita. Tämä ilmenee niin OK 17:13:n kuin muidenkin vastaavien henkilöllisesti rajatun vaitiolovelvollisuuden ilmaisevien säännösten sanamuodoista. Säännöksen ensisijaisena tarkoituksena on, että siinä tarkoitettu henkilö itse huolehtii vaitiolovelvollisuudestaan. Lisäksi suuri osa todistelunrajoitteista velvoittaa myös yksityisiä asianosaisia, lähinnä asianomistajaa ja vastaajaa. Heidän on kunnioitettava todistamasta kieltäytymään velvollisen tai oikeutetun henkilön vaitioloa. Todistamiskiellot ilmaisevat, ettei laittoman todisteen esittämiseen tulla suostumaan.<sup>608</sup>

<sup>607</sup> Ks. myös Ervo 2001 s. 415, missä huomautetaan rajanveto-ongelmista papin vaitiolovelvollisuuden suhteen. Aina ei ole selvää, onko hänelle kerrottu jokin asia juuri ammattinsa vuoksi vai esimerkiksi naapurina tai sukulaisena.

<sup>608</sup> Vrt. Hormia 1978 s. 226–228 ja 251, missä todetaan johtopäätöksensä, että todistamiskiellot kohdistuvat vain rikosoikeudenhoidon orgaaneihin. Ks. myös Pölönen 2003 s. 195 ja normien adressaateista yleisemmin Makkonen 1998 s. 88–89.

## 5.3 JOUSTAVUUS

Siirryn seuraavaksi tarkastelemaan todistamiskiellot joustaviksi tekeviä perusteita. Erotan niitä kolme päätyyppiä eli poikkeusperusteet, suostumuksen ja murtamisen. Poikkeusperusteet ovat voimassa *ex lege*, suostumus edellyttää todistamiskiellolla suojatun tahon tai todistajan itsensä pätevää disponointia ja murtaminen puolestaan tuomioistuimen päätöstä. Kaikissa tapauksissa on korostettava, että salassapito-oikeuden tai -velvollisuuden tultua kumotuksi voidaan *oikeudenkäynnin yleisöjulkisuutta* rajoittaa. Näin tiedon julkistamisen haitalliset vaikutukset voidaan minimoida ja rajoittaa tiedon käyttäminen vain siihen tilanteeseen, jossa punnintaratkaisu oikeuttaa käyttämisen. Yleisöltä salluttua tietoa koskevat kuitenkin oikeudenkäynnin julkisuudesta yleisissä tuomioistuimissa annetun lain (30.3.2007/370, YTJulkL) 18 §:n viittauksen perusteella JulkL 23 §:ssä säädetty salassapitovelvollisuus ja hyväksikäyttökielto.<sup>609</sup>

YTJulkL 15.1:n 7 kohdan mukaan tuomioistuin voi asiaan osallisen pyynnöstä tai erityisestä syystä muutoinkin päättää, että suullinen käsittely toimitetaan kokonaan tai tarpeellisin osin yleisön läsnä olematta, jos OK 17 luvussa säädetystä todistamiskiellosta huolimatta henkilö velvoitetaan todistamaan tai tuomaan katsastettavaksi esine tai asiakirja taikka mainitussa luvussa säädetystä kieltäytymisoikeudesta huolimatta henkilö suostuu todistamaan tai tuomaan katsastettavaksi esineen tai asiakirjan.

### 5.3.1 Poikkeusperusteet

Todistamiskiellot tekee joustaviksi ensinnäkin se, että niihin on säädetty sisälöltään vaihtelevia poikkeusperusteita. OK 17:9.3:n mukaan todistamiskielto ei koske tietoa, jonka oikeudettomasta hankkimisesta, paljastamisesta tai käyttämisestä syyttäjä ajaa syytettä. Salassapitointressin aineellinen suojaaminen suorastaan edellyttää tällaista poikkeusta, koska todistamiskielto mahdollistaisi oikeuden väärinkäytön estämällä rikosten selvittämisen. Esitöissä korostetaan, että todistamiskielto väistyy vain kyseisessä syyteoikeudenkäynnissä, mikä tarkoittaa, ettei todistamiskiellon suojaaman intressin voida yleisesti katsoa lakanneen vain tiedon laittoman paljastumisen perusteella. Kysymys ei siten ole mistään syvenemisfunktion (ks. edellä luku 3.2.2) kaltaisesta ajatuksesta. Päinvastoin, todistamiskielto on voimassa kaikissa muissa tapauksissa.<sup>610</sup>

<sup>609</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 61. VOK 17:34.1, sellaisena kuin se tuli voimaan 1948, edellytti kuulustelua suljetuin ovin, jos todistamiskielto murrettiin. Tuolloiseen sääntelyyn sisältyi merkittävä – sittemmin korjattu – aukko, kun todistajan kertomus oli kuitenkin kirjattava oikeuden pöytäkirjaan, joka oli julkinen (Tirkkonen 1949 s. 166).

<sup>610</sup> HE 46/2014 vp s. 58–59, Rautio – Frände 2016 s. 89–90.



Toinen soveltamisalaltaan yleinen, joskin laissa nimenomaisesti säättämätön poikkeus koskee *vastaajalle edullisia tietoja*. Niitä voidaan ilmaista todistamiskielton estämättä, mikä johtuu syyttömän suojaamisen tavoitteesta. Todisteluudistuksen esitöissä onkin terveydenhuollon ammattihenkilöiden osalta vahvistettu sellainen tulkinta, että todistamiskielto koskee potilaalle vahingollisten tietojen ilmaisemista.<sup>611</sup> *E contrario* -kielto ei koske ainakaan selvästi edullisia tietoja. Vaikka sanottua linjausta ei ole esitetty muiden todistamiskieltojen osalta, lienee se periaatteessa voimassa yleisesti.<sup>612</sup> Nyt tarkasteltujen ammattiryhmien edustajilla ei yleensä voine olla intressiä salata tällaisia tietoja. Kysymyksen merkittävyyden vuoksi olisi ollut mielestäni perusteltua säätää siitä nimenomaisesti, kuten esimerkiksi Norjassa on tehty.<sup>613</sup>

Ei tietenkään voida ajatella, että syyttömän suojaaminenkaan oikeuttaisi mil-laisten tietojen paljastamiseen tahansa. Tuomioistuinta olisi informoitava, jos poikkeuksen väitetään soveltuvan, jotta voidaan ryhtyä tarpeellisiin toimiin yleisöjulkisuuden rajoittamiseksi. Lisäksi täytyisi varmistua siitä, että esitettävä todistelu on vaarannettavaan salassapitointressiin nähden merkityksellistä. Pahimmillaan asianomistajaa pyritään nolaamaan tai vahingoittamaan tiedoilla, joita väitetään vastaajalle edullisiksi. Tätä ei tule sallia.<sup>614</sup>

Näiden kahden yleisen poikkeusperusteen lisäksi on säädetty kolme erityistä poikkeusperustetta, jotka koskevat vain tiettyjä todistamiskieltoja. Viranomaisen salassapitovelvollisuus väistyy OK 17:12.1:n mukaan säännöksessä viitatuilla kilpailevilla perusteilla, joita ovat *lapsen etu, erittäin tärkeä yleinen tai yksityinen etu tai epäilty väärinkäytös*. Viimeksi mainittu peruste rinnastuu eräänlaisena salassapidon väärinkäytön kieltona OK 17:9.3:in, kaksi ensin mainittua merkitsevät punnintaratkaisuja. Tiedon paljastamista puoltavat kilpailevat edut voivat olla suhteelliselta painoarvoltaan niin suuria, että poikkeaminen todistamiskiellostosta on perusteltua. Kuten sanamuodosta ilmenee, edun painoarvon on oltava varsin suuri. Lapsen etua voitaneen pitää kaikissa tapauksissa erittäin painavana yksityisenä etuna.<sup>615</sup>

<sup>611</sup> HE 46/2014 vp s. 71. Ks. myös Pölönen 2003 s. 480–481, missä katsotaan, että myös asianajosalaisuuden tulisi väistää tällä perusteella.

<sup>612</sup> Pölönen 2003 s. 238.

<sup>613</sup> Eri ammattikuntien (mm. lääkäreiden) salassapitovelvollisuuksia koskevan StrPL 119.3 §:n mukaan ”forbudet faller bort når forklaringen trengs for å forebygge at noen uskyldig blir straffet”.

<sup>614</sup> Ks. Y. v. Slovenia, 28.5.2015 (kohta 111), missä EIT totesi ”yleisenä huomiona”, että puolustus käytti epäasianmukaisesti edukseen asianomistajaa koskevia tietoja, joiden olisi tullut olla asianajosalaisuuden piirissä. Ks. myös Pölönen 2003 s. 442–444, missä sopimattomista kysymyksistä esitettyä voitaneen pitää eräänä vertailukohtana. Tällaisia kysymyksiä koskeva todistusmetodikielto sisältyy nykyisin OK 17:48.6:in.

<sup>615</sup> Rautio – Frände 2016 s. 112–113.

OK 17:12.4:n mukaan todistajansuojelua koskevista tiedoista saa todistaa, jos ajetaan syytettä todistajansuojeluohjelmalla suojeltavaan henkilöön kohdistuneesta rikoksesta. Tämäkin poikkeusperuste rinnastuu väärinkäytön kieltoon. Kuten edellä todettiin, todistajansuojeluohjelmaa koskevia tietoja suojaa todistusteemakielto, joka sitoo viranomaisten ohella myös suojeltua todistajaa itseään. Siten on selvää, että kiellosta täytyy tehdä poikkeus, jos se on välttämättömä rikoksen asianomistajan oikeuksien tehokkaalle käyttämiselle. Vastaava mutta laajempi poikkeus koskee lakimiehiä ja terveydenhuollon ammattihenkilöitä sekä heidän apulaisiaan, joiden tulee myös voida käyttää omia oikeuksiaan oikeudenkäynnin asianosaisina salassapidon estämättä (OK 17:15.2). Tarve voinee perustua lähinnä asiakkaan valheellisten väitteiden torjumiseen.<sup>616</sup>

### 5.3.2 Suostumus todistamiseen

Yksityinen salassapitointressi henkilöityy aina johonkin tiettyyn tahoon. Lähtökohtaisesti jokaisella on valta määrätä omasta salaisuudestaan. Esimerkiksi asianajajien tai lääkäreiden toiminnan luottamuksellisuuden kannalta ei ole tarpeen suojata sellaista tietoa, jonka asiakas itse on valmis paljastamaan. *Suojatun suostumuksen varaisia* todistamiskieltoja ovat OK 17:11.2–3, 17:12.1–2, 17:13.1 ja 3, 17:14.1 ja 17:16.1.<sup>617</sup> Suurimmassa osassa on käytetty kirjoitustapaa ”ellei se, jonka hyväksi salassapitovelvollisuus on säädetty, suostu todistamiseen”. Juristeja koskevat OK 17:13:n momentit on kirjoitettu muotoon ”ei saa luvottomasti todistaa”. Suojattu henkilö voi näissä tapauksissa suostumuksellaan kumota vaitiolovelvollisuuden. Todistuskeinoneutraalisuudesta johtuen suostumuksella on todistamiskiellon kumoava vaikutus myös reaalityodistusten osalta.

Todistajan kannalta suostumus aiheuttaa vaitiolovelvollisuuden muuttumisen todistamisvelvollisuudeksi positiivisin totuusvelvoittein ja pakkokeino- sekä rangaistusuhin, ellei mikään muu vaitiolooperuste ole käsillä. On selvää, ettei esimerkiksi asianajaja ole velvollinen paljastamaan omalta kannaltaan itsekriminoivia tietoja, vaikka OK 17:13:n todistamiskielto kumoutuisikin. Jos suostumus todistamiselle annetaan asianmukaisesti, sitä ei voine enää myöhemmin peruuttaa (arg. OK 17:17.2)<sup>618</sup>. Joissain tapauksissa voi tosin olla tulkinnan-

<sup>616</sup> Rautio – Frände 2016 s. 120–121 ja 133–135.

<sup>617</sup> Säännöksiä ei esitysteknisistä syistä avata enää tässä yhteydessä, koska useat säännökset joustavat eri perusteilla ja säännökset tulisivat siten toistettaviksi moneen kertaan. Niiden sisältö ilmenee esimerkiksi edellä esitetyistä taulukoista.

<sup>618</sup> Samoin Hormia 1979 s. 121. Jos toisaalta katsotaan, että todistamasta kieltäytymään oikeuteuilla olisi yleinen ja tehokas jälkikäteinen ”katumusoikeus” (ks. Rautio – Frände 2016 s. 148 ja 279), olisi vastaavasti johdonmukaista tulkita niin, että ainakin esitutkinnassa annettu suostumus todistamiseen voitaisiin vastaavasti peruuttaa.

varaista, kuka voi pätevästi antaa suostumuksen. Esimerkiksi sovittelijan osalta suostumus tarvitaan lähtökohtaisesti kummaltakin sovittelun osapuolelta. Kun sovittelussa toisaalta käydään usein myös neuvonpitoja *ex parte*, täytynee näiltä osin disponointivallan olla yksin kyseisellä osapuolella.<sup>619</sup>

Samoin lienee katsottava esimerkiksi sellaisen asianajajan osalta, jolla on useita päämiehiä ja siten usean päämiehen salaisuuksia varjeltavinaan. Jos tiedot sattuisivat koskemaan erottamattomasti useita päämiehiä, täytynee sovittelijoita vastaavasti pitää lähtökohtana sitä, että kaikkien heidän on suostuttava todistamiseen. Vain yhden päämiehen luvalla asianajajan tulee todistaa häntä koskevasta tiedoista, mutta positiiviseen totuusvelvollisuuteen kuului myös, että asianajaja todistaessaan ilmoittaisi, ettei hän voi kertoa sellaisia tietoja, joiden osalta todistamiseen ei ole suostuttu. Tämä antaisi tuomioistuimelle tärkeän tiedon todistelun mahdollisesta aukollisuudesta.<sup>620</sup>

Toinen mahdollisesti tulkinnanvarainen kysymys on suostumuksen pätevyys. Viitataan sen osalta jäljempänä oikeuksista luopumisen osalta todettaviin näkökohtiin (luku 6.3.1). Tuomioistuimen tulisi varmistua siitä, että suojatun suostumus on tietoinen sekä nimenomainen. Suostumus voidaan hyväksyä vain, jos se annetaan tietoisena vaitiolovelvollisuuden olemassaolosta ja laajuudesta. Esitöissä viitataan siihen, ettei todistamiskielto väisty, jos suostumus ilmenee annetuksi esimerkiksi laittoman uhkauksen johdosta. Suostumuksen pätevyyttä koskevasta kysymyksestä voi olla tarpeen esittää todistelua. Suostumukselle ei ole säädetty mitään määrämuotoa, mutta yleensä sellainen annettaneen esituskinnassa tai pääkäsitelyssä ja merkitään pöytäkirjaan. Estettä ei liene sillekään, että esimerkiksi lakimies tai lääkäri esittää asiakkaansa suostumuksen kirjallisessa muodossa.<sup>621</sup>

Erityinen ongelma liittyy alaikäisen tai muutoin vajaavaltaisen disponointivallan käyttämiseen. On mahdollista, että suojatun henkilön ja hänen edustajansa tai edustajiensa näkemykset ovat ristiriidassa keskenään. Tämä lienee kuitenkin erittäin poikkeuksellista. Ratkaisuun KKO 2016:24 sisältyvässä käsittelyratkaisussaan korkein oikeus katsoi, että 15 vuotta täyttäneen lapsen edunvalvojan sijaisella oli OK 12:1:n perusteella itsenäinen muutoksenhaku-oikeus ja oikeus esittää vaatimuksia oikeudenkäynnissä. Päätös todistamaan suostumisesta on kuitenkin varsin korostetusti henkilökohtainen ratkaisu eikä siksi mielestäni ongelmitta rinnastettavissa edunvalvojan sijaisen puhevaltaan. Ristiriitatilanteessa viranomaisten täytynee tehdä ratkaisu pyrkimällä yhtäältä selvittämään puhevaltaa käyttävien henkilöiden näkemysten perusteet ja

<sup>619</sup> HE 46/2014 vp s. 62, LaVM 19/2014 s. 13, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 228.

<sup>620</sup> Ks. KKO 2015:6 (kohta 27). Osittaisen luvan osalta ks. myös KKO 2003:137, jonka päätöslauselmassa asianajaja veloitettiin pitämään salassa päämiesten hänelle ”asiansa ajamista varten mahdollisesti uskomat” tiedot, mutta todistamaan erään keskustelun sisällöstä.

<sup>621</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 92–93. Ks. myös Rautio – Frände 2016 s. 270–271.

tämän jälkeen valitsemalla se vaihtoehto, joka parhaiten edistää suojatun etua.<sup>622</sup>

Osa todistamiskielloista ei ole todistamasta kieltäytymään velvoittavia vaan ainoastaan siihen *oikeuttavia*. Tällöin jo normin luonteesta seuraa, että kuultava itse voi luopua kieltäytymisoikeudestaan pätevästi. Kieltäytymään oikeuttavia säännöksiä ovat OK 17:12.3, 17:19, 17:20.1, 17:21.1 ja 17:32. Vaikenemisoikeuksien osalta on erityisen harhaanjohtavaa puhua todistamiskielloista, vaikka käsitteellä tarkoitetaan vakiintuneesti myös niitä. Esitöiden mukaan vaitiolo-oikeus ”on lähtökohtaisesti aiheellista rinnastaa todistamiskieltoihin, koska laissa ikään kuin säädetään todistamiskielto, jonka asianomainen henkilö suostuessaan todistamaan kumoaa”. Ilmeisesti juuri terminologinen ristiriita on toteamuksen syynä. Olennaista on hahmottaa, että oikeus olla todistamatta antaa todistajalle disponointivallan todistamisen suhteen. Näin on siitä huolimatta, että hän ei välttämättä ole suojattu taho.<sup>623</sup>

Suostuessaan todistamaan vaikenemaan oikeutetusta todistajasta tulee positiivisesti totuusvelvollinen (OK 17:43.2). Jos todistaja suostuu todistamaan esimerkiksi yleisön saataville toimitetun viestin laatijan henkilöllisyydestä tai liikesalaisuudesta, hänen on todistettava omasta aloitteestaan kattavasti ja totuudenmukaisesti.<sup>624</sup> Käytännössä salaisuuden haltija useimmissa tapauksissa lienee joko suojattu henkilö itse tai ainakin sellainen taho, jolla on painava intressi kunnioittaa suojatun tahtoa. Esimerkiksi toimittajan lähdesuojan ylläpitäminen on toimittajan oman työn kannalta tarpeellista. Liikesalaisuuden suojan osalta näin ei välttämättä ole asian laita, mistä syystä esimerkiksi yritykset voivat sisällyttää sopimuksiinsa todistajaa sinänsä sitovia vaitiololausekkeitä. Nämä eivät kuitenkaan sellaisenaan sido todistajaa.<sup>625</sup>

Koska kieltäytymisoikeudesta luopuminen saa aikaan positiivisen totuusvelvollisuuden, ei osittaista luopumista voitane pitää yleensä mahdollisena. Todistaja ei voine esimerkiksi paljastaa vain joitakin asian kannalta merkityksellisiä liikesalaisuuksia. Eri asia on, miten helppoa kiellon alaa on valvoa. Sen sijaan kieltäytymisoikeudesta luopuminen voinee tapahtua vain yhdellä perusteella, joten päätoimittaja voi todistaa mediayhtiön liikesalaisuudesta, mutta kieltäytyä todistamasta lähteistä. Yleensä mahdollinen epäselvyys vaitiolo-oikeuden laajuudesta lienee melko helposti selvitettävissä. Toisaalta positiivinen totuusvelvollisuuskin sisältää relevanssivaatimuksen eli käsittää

<sup>622</sup> Vajaavaltaisen prosessitoimista yleisesti samoin Lappalainen 1995 s. 270. Ks. myös jäljempänä luvussa 6.3.4 läheiskriminointisuojan osalta esitettävää.

<sup>623</sup> HE 46/2014 vp s. 59 (”jos henkilöllä on oikeus kieltäytyä todistamasta, hänellä on toisaalta myös oikeus todistaa”) ja 92. Ks. myös Hormia 1978 s. 163, missä käytetään onnistunutta termiä latenti todistamiskielto. Ruotsissa RB 36 luvun systematiikka on sellainen, että kieltäytymisvelvollisuudet on sijoitettu 5 ja 5 a §:ään kun taas kieltäytymisoikeuksista säädetään luvun 6 §:ssä.

<sup>624</sup> HE 46/2014 vp s. 76, Rautio – Frände 2016 s. 149–152. Norjassa tilanne on toinen: suoraan rikosprosessilain mukaan se, jolla on oikeus kieltäytyä todistamasta, voi vedota tähän oikeuteen vielä kertomuksen aloitettuaan ja kieltäytyä jatkamasta sitä (StrPL 127.3 §).

<sup>625</sup> Ks. Viljanen 2012 s. 630–633 ja Leppänen 2017 s. 197.

vain asiassa merkitykselliset tiedot. Niinpä liikesalaisuuden paljastavalta elinkeinonharjoittajalta ei tietenkään voida vaatia, että hän paljastaisi kaikki liikesalaisuutensa, vaikka niillä ei olisi asiassa merkitystä.

### 5.3.3 Todistamiskiellon murtaminen

Edellä tarkastellut poikkeusperusteet soveltuvat joko *ex lege* tai jonkun henkilön disponoinnin perusteella. Erona nyt tarkasteltaviin murtamisperusteisiin on se, että murtamisessa päätösvalta on tuomioistuimella. Asianosaiset voivat toki kiinnittää tuomioistuimen huomiota erilaisiin murtamisperusteisiin ja vaatia murtamista, mutta ratkaisun tekee tuomioistuin (”tuomioistuin voi velvoittaa – – todistamaan”). Murtamisperusteet merkitsevät todistelun rajoittamista koskevan konkreettisen punninnan delegoimista lainsäätäjältä tuomioistuimelle. Vastakkain on arvioitava salassapitointressin ja selvittämistä painoarvoja yksittäistapauksessa. Asianosaisten tai salassapitointressin suojaaman henkilön<sup>626</sup> tahto ei ole tässä arvioinnissa ratkaisevaa. Kysymys on nimenomaan jonkun velvoittamisesta todistamaan tuomioistuimen päätöksellä.

Eräät todistamasta kieltäytymään oikeutetut tai velvoitetut voidaan vaihtoehtoisesti velvoittaa tuomioistuimen päätöksellä todistamaan. OK 17:12.5 on ainoastaan murrettavissa. Pappeja koskevan OK 17:16:n osalta on huomioitava evankelisluterilaisen ja ortodoksisen kirkon pappeja koskeva erityislaatuinen velvollisuus ilman ripittäytyneen suostumustakin varoittaa tekeillä olevasta rikoksesta viranomaisia siten, ettei tämän henkilöllisyys käy ilmi.<sup>627</sup> Anonyymin todistajan osalta murtamiseen rinnastuu menettely anonymiteetin poistamiseksi (ROL 7:5a). Vahvimpia julkisia tai yksityisiä intressejä koskevat todistamiskiellot eivät kuitenkaan ole murrettavissa. Valtiosalaisuuksia, tuomioistuimen neuvottelusalaisuutta, poikkeuksia asianosaisjulkisuudesta ja vastaajan avustajan salassapitovelvollisuutta ei voida murtaa.

Tuomioistuimen päätösvallassa huolimatta yleensä ei voida pitää asianmukaisena sitä, että tuomioistuin viran puolesta murtaisi todistamiskiellon.<sup>628</sup> Niinpä olisi edellytettävä, että todisteeseen vetoava taho tarvittaessa vaatii murtamista. Samoin selvältä lähtökohdalta tuntuisi se, että murtamista vaativa asianosainen esittää riittävän selvityksen murtamisperusteen täyttymisestä. Tämä olisi sopuisuudessa sen periaatteen kanssa, että todisteeseen vetoavan asianosaisen on

<sup>626</sup> Todistamiskiello ei välttämättä suojaa kenenkään asianosaisen salassapitointressejä. Oikeudenkäynnin julkisuutta koskeneessa tapauksessa KKO 1998:33 todistajina olleet lääkärit oli velvoitettu kertomaan todistajan asemassa ollutta henkilöä koskevia potilastietoja ja asiassa oli lisäksi esitetty ilman hänen suostumustaan häntä koskevia potilasasiakirjoja.

<sup>627</sup> Kirkkolaki (26.11.1993/1054) 5:2.3 ja laki ortodoksisesta kirkosta (10.11.2006/985) 110.2 §.

<sup>628</sup> Poikkeuksina voisivat tulla kysymykseen murtaminen syytetyn eduksi tai indispositiivisessa asiassa esimerkiksi lapsen edun perusteella (Leppänen 2017 s. 206).

tarvittaessa osoitettava todisteen käyttökelpoisuus, jos se riitautetaan. Nytkään ei voitane puhua aivan normaalista todistelutilanteesta eikä todistustaakkaakaan voida varsinaisessa merkityksessä asettaa. Pikemminkin on kysymys jonkinlaisesta informointitaakasta ja siihen liittyvästä tosiasiallisesta prosessiriskistä. Murtamisesta on tehtävä nimenomainen käsittelyratkaisu joko pöytäkirjaan tai erikseen.<sup>629</sup>

Esitöissä on huomioitu myös se mahdollisuus, että todistamiskielto olisi murrettavissa, mutta todistelu olisi kuitenkin hankittu laittomasti. Tällöin siirryttäisiin todisteluratkaisusta hyödyntämisharkintaan eli todisteen hyödynnettävyyttä pitäisi arvioida OK 17:25.3:n kannalta. Riekkinen on tulkinnut esitöissä tarkoitetun tilannetta, jossa itse murtamisessa on menetelty lainvastaisesti. Tällöin ei kuitenkaan ole kysymys todisteen hankkimisesta lainvastaisesti, vaan murtaminen olisi mitätön, minkä tulisi viime kädessä johtaa epäitsenäisen hyödyntämiskiellon asettamiseen. Perusteluissa lienee tarkoitettu tilanteita, joissa todiste olisi alun perin hankittu laittomasti. Murtaminen ei tällöin tekisi laittomasti hankitun todistelun hyödyntämistä suoraan sallituksi, vaan lisäksi olisi otettava huomioon harkinnanvarainen hyödyntämiskieltoasäynnös (ks. siitä luku 8).<sup>630</sup>

Murtamisperuste saattaa täytyä vain yhden syytteen osalta, vaikka oikeudenkäynnissä olisi tutkittavana useita syytteitä ja vaikka todistamiskiellolla suojattu tieto olisi relevantti muidenkin syytteiden kannalta. Voidaanko murtamalla saatua tietoa tällöin hyödyntää myös muiden, lievempien syytekohlien selvittämiseksi? Vastauksen täytynee olla kieltävä. Ensinnäkin kumulointiratkaisu voi olla sattumanvarainen. Toiseksi kyseinen murtamisperuste ilmentää yksiselitteisesti lainsäätäjän abstraktia punnintaa rikoksen selvittämistä ja salassapitoa välillä ja lievempien syytteiden osalta selvittämistä painoarvo suhteessa salassapitoon jää pienemmäksi. Kun edellytyksiä murtamiselle ei niiden osalta voi olla, ei myöskään hyödyntäminen tule kysymykseen. Syytteet voitaneen tällaisessa tilanteessa myös erottaa käsiteltäviksi eri oikeudenkäynneissä.<sup>631</sup>

OK 17:11.2–3, 17:12.5, 17:13.3 ja 17:19:ssä säädetyt todistamiskiellot voidaan murtaa, jos siihen on *erittäin tärkeät syyt* ottaen huomioon 1) asian laatu, 2) todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja 3) seuraukset sen esittämisestä sekä 4) muut olosuhteet. Lisäksi OK 17:12.1, 17:13 tai 17:14:ssä säädetty todistamiskielto voidaan murtaa, jos suojattu henkilö on kuollut ja todistamiseen on samoilla kriteereillä arvioiden erittäin tärkeät syyt (OK 17:15.1). Esitöissä

<sup>629</sup> Ks. HE 224/2010 vp s. 149 ja HE 14/1985 vp s. 30.

<sup>630</sup> HE 46/2014 vp s. 92, Riekkinen 2014 s. 185 av. 200, Rautio – Frände 2016 s. 176 ja 188, Pölonen – Tapanila 2016 s. 333–334.

<sup>631</sup> Ks. myös Rautio – Frände 2016 s. 220 anonyymien todistelun osalta: ”Jos vastaajaa syytetään useista rikoksista, todistaja voi lausua vain niistä rikoksista, jotka ovat perustaneet anonyymiteetin.”

näitä arviointiperusteita avataan varsin suppeasti. Jo sanamuodosta on kuitenkin pääteltävissä, että kysymys on oltava suhteellisen painavasta vastaintressistä. Luetellut lainkohdat eivät nähdäkseni kuitenkaan edusta *prima facie* kaikkein painavimpia salassapitointressejä, mistä syystä kynnystä ei olisi nostettava liian korkeaksi. Arviointikriteerien avoimuutta on pidettävä tietoisena ratkaisuna lisätä todistamiskieltojen joustavuutta.<sup>632</sup>

KKO on antanut 1980-luvulla hieman vaihtelevia ratkaisuja siitä, voidaanko vainajan terveystietoja paljastaa oikeudenkäynnissä. Ratkaisussa KKO 1983-II-30 katsottiin, että koska vainajan suostumusta todistamiseen ei voitu saada, todistajina kuullut sairaanhoitajat eivät saaneet todistaa mistään sellaisesta, mitä asian laadun vuoksi oli pidettävä salassa myös potilaan kuoltua, jotta potilaiden turvaksi säädetyn salassapitovelvollisuuden tarkoitus voitiin saavuttaa. Ratkaisussa KKO 1984-II-60 katsottiin, että lääkärintodistus ei sisältänyt tietoja sellaisista seikoista, jotka vainajan kunnian tai muiston suojelemiseksi tai asian laadun vuoksi muuten olisi pidettävä salassa myös tämän kuoltua. Todistus voitiin ottaa näyttönä huomioon. Ratkaisun KKO 1986-II-14 mukaan testamentintekijän on varauduttava siihen, että hänen kuoltuaan testamentin pätevyys saattaa joutua riidanalaiseksi ja että riidan ratkaisemiseksi on tarpeen selvittää hänen sieluntoimintansa testamentin tekemisen aikana. Tässä tarkoituksessa esitetty lääketieteellinen näyttö voitiin ottaa huomioon.

Esitöiden mukaan asian laatu viittaa siihen, onko kysymyksessä rikosasia, indispositiivinen riita-asia vai dispositiivinen riita-asia. Rikosasiassa on lähtökohtaisesti painavimmat perusteet poiketa todistamiskiellosta ja dispositiivisessa riita-asiassa heikoimmat. Rikoksen vakavuus tulee ottaa huomioon selvittämistäintressiä korottavana ja siten murttamista puoltavana tekijänä. Indispositiivisissa riita-asioissa huomioitavia tekijöitä voivat olla esimerkiksi lapsen tai edunvalvontaan määrätyn etu. Dispositiivisten riita-asioiden osalta punnintaa havainnollistetaan toteamalla, että vakavaa ympäristövahinkoa koskevassa korvausasiassa asian laatu puoltaa todistamiskiellon murttamista enemmän kuin kahden yrityksen välisessä, maksamatonta kauppahintaa koskevassa asiassa. Tämä merkitsee nähdäkseni sitä, että asian laatua arvioitaessa voidaan huomioida erityisen selvä epätasapaino asianosaisten välillä samoin kuin se, onko asialla yleisempää merkitystä.<sup>633</sup>

Mitä suurempi merkitys todisteella olisi osana kokonaisnäyttöä, sitä perustellumpaa olisi todistamiskiellon murttaminen. Näyttöarvoltaan ilmeisen vähäisen todistelun jättäminen oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle voitaisiin sen sijaan sallia helpommin. Esitöiden mukaan huomioon tulisi ottaa myös mahdollisuudet löytää korvaavaa todistelua, joka ei ole todistamiskiellon alaista. Todistamiskiellon murttamista perustelisi näin ollen se, että seikasta on vaikeaa

<sup>632</sup> HE 46/2014 vp s. 61–62, Rautio – Frände 2016 s. 99–100.

<sup>633</sup> HE 46/2014 vp s. 61.

saada muuta todistelua. Ongelmallista on, että arviointi joudutaan tekemään etukäteen. Merkitystä ei voida arvioida täysin konkreettisesti, vaan on tyydyttävä yleistyksiin perustuvaan näkemykseen ja asianosaisten näkemyksiin. Jos todistaja on esimerkiksi ainoana tehnyt havaintoja oikeudenkäynnin kohteena olevasta tapahtumasta, on jo ennakolta selvää, että todisteella olisi huomattava merkitys asiassa.<sup>634</sup>

Todisteen esittämisen seurauksia on arvioitava ensinnäkin todistamiskiellon taustalla olevan intressin perusteella eli ottaen huomioon, miten tärkeää konkreettista salassapitotarvetta murtaminen rikkoo ja miten vakavasti. Todistamiskiellon ylläpitämistä puoltaisivat ainakin hyvin arkaluonteisten seikkojen paljastumisen tai huomattavan aineellisen vahingon syntymisen mahdollisuus. Lisäksi seurauksia tulisi arvioida sen asianosaisten kannalta, jonka hyväksi todistamiskielloa ei ole määrätty. Olisi kysyttävä, mitä seurauksia todisteen jäämisellä laillisen näytön ulkopuolelle olisi vastapuolelle. Kuitenkaan esimerkiksi rikokseen syyllisen rankaisemista ei voida pitää hänen kannaltaan haitallisena seurauksena murtamisharkinnassa, vaan arviointi on kytkettävä nimenomaan salassapitointressiin. Mahdollisuus kuulla todistajaa suljetuin ovin on todettu esitöissä tässä yhteydessä.<sup>635</sup>

Viimeinen harkinnan elementti ”muut olosuhteet” on kaikkein laajin, mutta sitä perustellaan esitöissä lyhyesti mainiten esimerkkinä asianosaisten tasa-arvoinen kohtelu ja oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus. Erityinen merkitys täytynee antaa syyttömän suojaamiselle. Murtamiskynnys ylittyy helpommin, jos väitetään, että todistamiskiellon piirissä on vastaajalle edullisia tietoja. Tasa-arvoinen kohtelu edellyttäne myös, että jos kielto murretaan syyttäjän todistajan osalta, olisi vastaavasti meneteltävä puolustuksen todistajan osalta. Tämä ei tietenkään tarkoita, että puolustuksen todistajat olisivat jotenkin automaattisesti lainsuojattomia. Muutoinkin tulee ottaa huomioon tasapuoliset puolustautumismahdollisuudet. Käytännössä avoimen kriteerin merkitys lienee siinä, että voidaan joustavasti tehdä oikeudenmukaisia murtamisratkaisuja.<sup>636</sup>

Ennakkopäätöksessä KKO 2019:7 murrettiin liike- ja ammattisalaisuutta koskeva todistamiskiello. Asiassa oli kysymys kahden osakkeenomistajan väitetyistä osakassopimusten rikkomuksista. Kaksi yhtiötä ajoi heitä vastaan vahvistuskanteita lunastusoikeuden vahvistamiseksi ja vaati editiolla erinäisiä asiakirjoja. KKO katsoi, että asian laadun osalta ei ollut tullut esille erittäin tärkeitä, esimerkiksi asian intressiin liittyviä syitä murtaa liikesalaisuuksien suojaa. Editiolla vaadittuja kirjeitä ja sähköposteja oli kuitenkin

<sup>634</sup> HE 46/2014 vp s. 61, Rautio – Frände 2016 s. 99–100. Ks. myös Leppänen 2017 s. 204, missä huomautetaan, että merkitystä arvioitaessa tulisi ottaa huomioon sekä todistusteema että todisteen ennakoitu näyttöarvo tuosta teemasta. Tällainen tulkinta on perusteltu arvioitaessa todisteen merkitystä muidenkin todistelunrajoitteiden yhteydessä.

<sup>635</sup> HE 46/2014 vp s. 61.

<sup>636</sup> *Ibid.* s. 62, Leppänen 2017 s. 205.



pidettävä keskeisenä näyttönä väitetystä sopimusrikkomuksesta, mikä seikka tuki erittäin tärkeiden syiden käsilläoloa. Asiassa ei ollut esitetty selvitystä vahingosta, joka tietojen paljastamisesta oikeudenkäynnissä voisi seurata ottaen myös huomioon asiakirjojen laatimisesta kulunut muutaman vuoden aika. Esitetyt asiakirjat voitiin lisäksi määrätä pääasiassa salassa pidettäväksi. Ottaen huomioon muutoksenhakijoiden oikeuden ajaa asiaansa sekä aineellisen totuuden selvittämisen tavoitteen KKO mursi todistamiskiellon.

Tuomioistuimessa murtamista koskevan harkinnan edellytyksistä käytävän keskustelun tulisi pysyä yleisellä tasolla, mikä voi olla vaikeaa erityisesti todisteen merkityksen ja esittämisen seurausten osalta. On mahdollista, että todistamiskiellon piiriin kuuluvan todistelun nimeävä asianosainen jo tietää sen, mitä todistamiskielto koskee, ja pitää sitä asiassa merkityksellisenä. Hänelle saattaa syntyä kiusaus joko suoraan tai riittävän täsmällisesti ilmoittaa tiedon sisältö tukeakseen murtamisvaatimusta. Todistamiskielto kuitenkin menettää merkityksensä, jos sen kohteena oleva tieto paljastetaan murtamisen arvioimiseksi.

Niin sanottuja *ylitörkeitä rikoksia*<sup>637</sup> ovat sellaiset, joista säädetty ankarin rangaistus on vähintään kuusi vuotta vankeutta. Esimerkkeinä voidaan mainita perättömän lausuman ja todistusaineiston vääristelyn törkeät tekemuodot (RL 15:3 ja 15:8), raiskaus (RL 20:1), törkeä kuolemantuottamus (RL 21:9), ryöstö (RL 31:1) ja törkeä huumausainerikos (RL 50:2). Kun erittäin tärkeiden syiden arviointi edellyttää tuomioistuimelta monimuotoista punnintaa, on ylitörkeys puolestaan varsin yksinkertainen murtamisedellytys: riittää, että syyttäjää ajaa syytettä tällaisesta rikoksesta. Punninta selvittämistäntressin ja salassapito-intressin välillä on suoritettu jo abstraktilla tasolla. Ylitörkeä rikos on säädetty murtamisperusteeksi seuraavissa lainkohdissa: OK 17:12.3, 17:13.2–3, 17:14.2 ja 17:20.2. Ainoastaan OK 17:14.2 sisältää pelkästään tämän murtamisperusteen – muissa lainkohdissa on säädetty vaihtoehtoisia edellytyksiä ja OK 17:12.3:ssa lisäedellytyksiä.<sup>638</sup>

Eräitä virkamiehiä koskevassa OK 17:12.3:ssa viitatus lainkohdat koskevat erilaisia vihjetietoja ja salaiseen tiedonhankintaan tai salaisiin pakkokeinoihin liittyviä tietoja sekä poliisin teknisiä ja taktisia menetelmiä. Jo kumotun poliisilain (7.4.1995/493) 44 §:n mukaan henkilöllisyys oli pidettävä salassa oikeudenkäynnissä, jos sen paljastaminen ilmeisesti aiheuttaisi vakavaa vaaraa tietojen antaneen henkilön tai hänen läheisensä turvallisuudelle. Nykyisen poliisilain (22.7.2011/872, PoL) 7:4:n säätämisen yhteydessä lainkohtaa täydennettiin

<sup>637</sup> Termiä on käyttänyt mm. Pölönen 2003 s. 190.

<sup>638</sup> HE 46/2014 vp s. 81–82. Ankarinta rangaistusta laskettaessa ei huomioida RL 6:8:ssä säädettyjä rangaistusasteikon lieventämisperusteita (OK 17:22.3). Esitöiden mukaan tämä tarkoittaa asiallisesti samaa kuin VOK 17:23.3:n sanamuoto, jonka mukaan yritystä tai osallisuutta ei tullut huomioida rangaistusmaksimissa. Nykyinen sanamuoto käsittää kuitenkin kaikki sanotun RL:n pykälän mukaiset perusteet, myös teon tekemisen alle 18-vuotiaana. Lisäksi lainkohdassa lienee kirjoitusvirhe, kun siinä ei mainita OK 17:13.3:a, vaan ainoastaan tuon lainkohdan 2 momentti.

oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen liittyvällä edellytyksellä. Tiedon paljastamista arvioitaessa on otettava huomioon, aiheuttaisiko paljastamatta jättäminen oikeudenkäynnin asianosaisen oikeusturvan heikentymisen. Vihjetiedon salaiseksi jääminen ei välttämättä aiheuta tällaista vaaraa, koska syyllisyyskysymystä arvioidaan vain esitetyn todistelun perusteella.<sup>639</sup>

OK 17:13.2:ssa rajataan murtamismahdollisuuden ulkopuolelle rikosasian vastaajan oikeudenkäyntiasiamies, -avustaja ja tulkki. Mitä vakavammasta rikoksesta on kysymys, sitä suurempi merkitys oikeudella avustajaan on vastaajan kannalta. Pykälän 3 momentissa taas säädetään erittäin tärkeät syyt vaihtoehtoiseksi murtamisedellytykseksi rikoksen ylitörkeydelle. OK 17:20.2:n mukainen vaihtoehtoinen murtamisperuste on syytteen kohdistuminen salassapitovelvollisuuden rikkomiseen rangaistavaksi säädetyllä tavalla. Säännöksen sanamuoto kuulostaa varsin ehdottomalta, mutta alkuperäisten esitöiden mukaan tarkoitus ei ole, että todistamiskielto olisi automaattisesti murrettavissa. Tuomioistuimen olisi harkittava, onko todiste välttämätön asian selvittämiseksi ja puoltaako murtamista tärkeä julkinen tai yksityinen etu. Erikseen on mainittu syyttömän tuomitsemisen välttäminen.<sup>640</sup>

Säännösten sanamuodon perusteella merkitystä ei ole sillä, tuomitaanko vastaaja lopulta ylitörkeästä rikoksesta, vapautetaanko hänet tai tuomitaanko hänet esimerkiksi lievemmästä tekemuodosta. Todistamiskiellon murtamiseen riittää, että syyttäjä ajaa syytettä ylitörkeästä rikoksesta. Näin ollen olisi periaatteessa mahdollista, että syyttäjä keinotekoisesti korottaa rikosnimikettä ylitörkeäksi. Tulkinnanvaraisissa tapauksissa murttaminen olisi tietenkin sallittua, mutta toisaalta rikosnimikkeen manipulointi loukkaisi vakavasti syyttäjän virkavelvollisuuksia. Jos manipulointi olisi ilmeistä, todistamiskielto tulisi nähdäkseni jättää murttamatta. Murttaminen olisi selvästi lainsäätäjän tarkoituksen vastaista, jos kysymys ei olisi vakavan rikoksen selvittämisestä. Kynnys katsoa syyttäjän menetelleen sanotulla tavalla virkavelvollisuuksiensa vastaisesti olisi tietenkin varsin korkea.

Onko syyttäjän katsottava edelleen ajavan syytettä ylitörkeästä rikoksesta, jos hän tyytyy alioikeuden tuomioon, jolla vastaajan syyksi luetaan lievempi tekemuoto? Yhtäältä tällaisella ratkaisulla on relatiivinen lainvoima suhteessa syyttäjään. Anonyymin todistelun edellytyksiä koskevista lausumista olisi kuitenkin pääteltävissä, että syyttäjän ei tällöin katsota luopuneen vaatimasta

<sup>639</sup> HE 57/1994 vp s. 81–83, HE 224/2010 vp s. 148–149. Sanottuja edellytyksiä voidaan arvioida jo esitutkintavaiheessa, tarvittaessa myös tuomioistuimessa (ETL 7:8.2.2). Ks. myös jäljempänä luvuissa 9.3.1 ja 9.4.1 kontradiktorisuudesta esitettävää.

<sup>640</sup> HE 193/1965 vp s. 3, HE 46/2014 vp s. 79 ja 145. Todistelu-uudistuksen esitöissä todetaan varsin lyhyesti OK 17:20.2:n vastaavan asiallisesti VOK 17:24:ä, mikä on valitettavaa, kun sääntelyä olisi voitu yhdenmukaistaa säätämällä vielä lisäperusteeksi, että murttamiselle tulisi olla erittäin tärkeät syyt silloinkin, kun syyttäjä ajaa syytettä salassapitorikoksesta.

rangaistusta ylitörkeästä rikoksesta.<sup>641</sup> Jos syyte on kokonaan hylätty ja syyttäjä valituksessaan vaatii rangaistusta lievemmästä teosta, murtamisen edellytykset eivät muutoksenhakutuomioistuimessa enää täytyisi. Käytännössä kuvattuja ongelmatilanteita ei varmaankaan juuri syntyisi, sillä syyttäjän ”kannattaa” joko pitäytyä törkeässä tekemuodossa mahdollistaakseen murtamisen edelleen hovioikeudessa tai hyväksyä todistelun rajoittuminen ja sen seuraukset.

## 5.4 ULOTTUVUUS

### 5.4.1 Hankkiminen

Edellä on jo mainittu, että todistamiskielloille – siten kuin ne tässä tutkimuksessa on määritelty – tyypillistä on laaja ulottuvuus todistelumenettelyn eri vaiheisiin. Niinpä ne rajoittavat ensinnäkin todisteiden hankkimista esitutkinnassa oikeuttamalla tai velvoittamalla kieltäytymään todistamasta tai luovuttamasta todisteita. Kuten edellä myös on todettu, todisteiden hankkimisen pääasialliset keinot ovat henkilötodistelun osalta kuulustelut ja reaalityodistelun osalta erilaiset pakkokeinot. ETL 7:8:n viittaussäännöksen mukaan velvollisuudet ja oikeudet kieltäytyä todistamasta eli todistamisrajoitukset ovat kuulusteluissa voimassa vastaavalla tavalla kuin ne olisivat oikeudenkäynnissä. Reaalityodisteita koskevat puolestaan PKL 7:3:n takavarikoimis- ja jäljentämiskiellet, jotka pääosin vastaavat todistamiskieltoja todistuskeinoneutraalisuuden periaatteen mukaisesti.<sup>642</sup>

OK 17:9.2:ssa säädetty todistuskeinoneutraali vapautus todistamisvelvollisuudesta koskee esineen tai asiakirjan luovuttamista todisteeksi sekä katselmuksen sallimista. Rikosprosessissa käytännössä merkityksellisempi lienee ETL 7:8, joka koskee paitsi ilmaisovelvollisuutta kuulustelussa myös kuultavan hallussa olevan, esitutkinnan kannalta merkityksellisen asiakirjan tai muun todistusaineiston luovuttamista, jos se voitaisiin takavarikoida. Siten myös ilmaisovelvollisuutta esitutkinnassa on modifioitu todistuskeinoneutraalisti viittaamalla takavarikoimis- ja jäljentämiskieltoihin, jotka vastaavasti perustuvat OK 17 luvussa säädettyihin vaitiolovelvollisuuksiin ja -oikeuksiin.

Todistamiskieltojen tehokkaan toteutumisen kannalta on välttämätöntä, että todistajalle ilmoitetaan kuulustelussa vaikenemisoikeudestaan. ETL 7:10:n mukaan kuulusteltavalle on ennen kuulustelua ilmoitettava hänen asemansa

<sup>641</sup> HE 46/2014 vp s. 98 ja LaVM 19/2014 vp s. 25.

<sup>642</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 27, HE 14/1985 vp s. 67 sekä oikeuskirjallisuudessa laajasti Fredman ym. 2020 s. 924–937 ja Hormia 1978 s. 338–348. Liikesalaisuuksien suoja on poikkeusasemassa, koska se on voimassa ainoastaan kuulusteluissa. VETL:n esitöissä tätä perustellaan sillä, että liike-elämässä syntyvien asiakirjojen takavarikoiminen voisi käydä lähes mahdottomaksi, jos takavarikko voitaisiin torjua perusteettomasti liikesalaisuuden suojaan vetoamalla.

esitutkinnassa, hänen oikeutensa pyytää kuulustelutodistaja paikalle ja hänen kielelliset oikeutensa. Lisäksi todistajalta on tiedusteltava sellaisia seikkoja, jotka lain mukaan oikeuttavat tai velvoittavat hänet kieltäytymään todistamasta, sekä tarvittaessa ilmoitettava hänelle vaikenemisoikeuden sisältö. Jos tällaista ilmoitusta ei tehdä ja vaikenemisoikeudesta tai -velvollisuudesta tietämätön todistaja paljastaa jonkin suojatun tiedon, kertomus on tältä osin asetettava lähtökohtaisesti ennakkolliseen hyödyntämiskieltoon. Suojatun henkilön suostumuksella paljastettua tietoa on kuitenkin sallittua käyttää.<sup>643</sup>

Todistamiskiellot ovat esitutkinnassa vain osin samalla tavalla joustavia kuin ne olisivat pääkäsitelyssä. Todistamiseen suostumisen mahdollisuus ja murtamismahdollisuus tutkittavan rikoksen ylitörkeyden perusteella ovat voimassa samalla tavalla kuin oikeudenkäynnissä (ETL 7:8.2:n 1–2 k., PKL 7:3.3:n 1 ja 3 k.). Toimittajan lähdesuojaa ei sen sijaan esitutkinnassa koske OK 17:9.3:ssa säädetty yleinen salassapitorikosten poikkeusperuste. Harkinnanvaraisia murtamisperusteita ei esitutkintavaiheessa sovelleta ollenkaan, vaan toimivalta niiden osalta on jätetty tuomioistuimelle. Jos poliisilla ja kuultavalla on erilaiset näkemykset todistamisrajoituksen soveltamisesta, todistajankuulustelu voidaan suorittaa tuomioistuimessa, joka arvioi, väistyykö kuultavan todistamisvelvollisuus vai ei (ETL 7:9). Tämä ei kuitenkaan tarkoita harkinnanvaraisen murtamisen mahdollisuutta.<sup>644</sup>

Eräiden takavarikoimis- ja jäljentämiskieltojen soveltumisen edellytyksenä on nimenomaisesti mainittu, että mahdollisesti takavarikoitava kohde on tietyn henkilön hallussa (PKL 7:3.2). Tämä edellytys on tosin todistuskeinoneutraalisuuden vuoksi voimassa myös oikeudenkäynnissä. Siten ei ole estettä takavarikoida esimerkiksi arkaluontoisia tietoja sisältävää lääkärintodistusta, jos se on joutunut vaitiolovelvollisten ja vaitiololla suojattujen henkilöiden piiriin ulkopuolelle. Jos epäilty on luovuttanut tällaisen asiakirjan läheiselleen, sen ei voida enää katsoa nauttivan takavarikoimis- ja jäljentämiskiellon suojaa läheissuhteesta huolimatta (PKL 7:3.2). Lisäksi todistelu-uudistuksen yhteydessä poistettiin eräänlainen kirjesalaisuuden suoja ja nyt myös epäillyn ja hänen läheisensä välinen luottamuksellinen viesti voidaan takavarikoida.<sup>645</sup>

OK 17:9.1:ssä säädetään esineellisestä todistamisvelvollisuudesta. Sen mukaan jokaisella on velvollisuus saapua tuomioistuimeen kuultavaksi todistelutarkoituksessa sekä luovuttaa esine tai asiakirja tuomioistuimelle todisteeksi taikka sallia katselmuksen toimittaminen, jollei laissa toisin säädetä. Viimeinen lause viittaa lähinnä todistamiskieltoihin, jotka pykälän 2 momentin nojalla vapauttavat todistamisvelvollisuudesta myös tältä osin: Sillä, jolla on tuomio-

<sup>643</sup> Pölönen 2003 s. 247.

<sup>644</sup> HE 46/2014 vp s. 144–146. Tapauksessa KKO 2004:30 arvioitiin murtamisedellytyksiä esitutkinnassa.

<sup>645</sup> HE 46/2014 vp s. 148, Pölönen 2003 s. 191.

istuimessa kuulusteltaessa asianosaisena todistelutarkoituksessa, todistajana tai asiantuntijana velvollisuus tai oikeus kieltäytyä todistamasta, ei ole velvollisuutta luovuttaa esinettä tai asiakirjaa käytettäväksi todisteena taikka sallia katselmuksen toimittamista näytön hankkimiseksi salassa pidettävästä tai vaitiolo-oikeuden alaisesta tiedosta.

Todistamiskieltojen suoja on ulotettu myös salaisten pakkokeinojen käyttöön säätämällä PKL 10:52:ssä kuuntelu- ja katselukielloista. Säännöksen mukaan telekuuntelua, tietojen hankkimista telekuuntelun sijasta, teknistä kuuntelua ja teknistä katselua ei saa kohdistaa muun muassa epäillyn ja avustajan, papin tai vapautensa menettäneen epäillyn ja lääkärin väliseen viestiin. Ellei tutkittavana ole rikos, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kuusi vuotta vankeutta, kyseisiä keinoja ei saa kohdistaa myöskään epäillyn ja tämän läheisen, terveydenhuollon ammattihenkilön tai toimittajan väliseen viestiin. Kummassakin tapauksessa poikkeuksena ovat tilanteet, jossa myös viestinnän toista osapuolta epäillään rikoksesta ja hänen osaltaan on tehty päätös pakkokeinon käytöstä. Pakkokeinolla mahdollisesti saatu viesti on hävitettävä.<sup>646</sup>

PKL 8:7:n mukaan *erityistä kotietsintää* varten on määrättävä etsintävaltuutettu huolehtimaan siitä, että takavarikko tai asiakirjan jäljentäminen ei kohdistu todistamiskiellon suojaamaan tietoon. Etsintävaltuutetun on oltava läsnä erityistä kotietsintää toimitettaessa ja seurattava etsintätoimenpiteiden suorittamista (PKL 8:9.1). Jos etsinnän yhteydessä takavarikoidaan, jäljennetään tai muuten otetaan haltuun aineistoa, jonka takavarikoimista, jäljentämistä tai haltuunottamista etsintävaltuutettu on vastustanut, mainittua aineistoa ei saa enemmälti tutkia ja se on sinetöitävä (PKL 8:11). Tämän jälkeen tuomioistuimen tulee ratkaista, voidaanko aineistoa hyödyntää vai kuuluuko se todistamiskiellon piiriin (PKL 8:12). Etsintävaltuutetun vastustuksen perusteella voi siten tulla asetettavaksi ennakkollinen hyödyntämiskielto.<sup>647</sup>

Ennakkopäätös KKO 2019:67 koskee erityistä kotietsintää toimittaja A:n asunnolla ja siihen liittyvissä varastotiloissa. Tutkinnanjohtaja ja erityistä kotietsintää varten määrätty etsintävaltuutettu olivat pitäneet A:n ammatin takia mahdollisena, että takavarikoitavat kohteet sisältäisivät lähdesuojan alaista tietoa. Lisäksi he olivat pitäneet mahdollisena, että löytyvien tietojen seulominen edellyttäisi laite-etsintää. Tutkinnanjohtaja ja etsintävaltuutettu olivat olleet yhtä mieltä siitä, että laite-etsintää ei voitaisi toimittaa etsintäpaikalla. A:ta oli pyydetty kotietsinnän kuluessa ilmoittamaan kustakin takavarikoitavasta kohteesta, sisälsikö se hänen käsityksensä mukaan lähdesuojan alaista tietoa. A:n ilmoittamat kohteet oli pantu hänen ja etsintävaltuutetun läsnä ollessa sinetillä varustettuihin näytepusseihin. Etsintä-

<sup>646</sup> Ks. kuuntelu- ja katselukielloista Fredman ym. 2020 s. 1169–1173, missä ne jaetaan absoluuttisiin ja relatiivisiin, sekä Pölönen 1997 s. 1226–1231.

<sup>647</sup> Pölönen – Tapanila 2015 s. 339–340, Rautio – Frände 2016 s. 192, Fredman ym. 2020 s. 1029–1032. Ks. myös HE 222/2010 vp s. 301–302 ja KKO 2019:67.

valtuutettu ei ollut etsintätilanteessa tutustunut takavarikoitujen kohteiden sisältämään tietoon, eikä hän ollut vastustanut niiden takavarikoimista.

A katsoi, että aineisto olisi pitänyt sinetöidä PKL 8:11:n tarkoittamalla tavalla etsintäpaikalla ja saattaa aineiston tutkiminen ja hyödyntäminen tuomioistuimen ratkaistavaksi kolmen päivän määräajassa PKL 8:12:n mukaisesti. Kun näin ei ollut menetelty, takavarikkojen oli A:n mukaan katsottava rauenneen. KKO totesi, että etsintävaltuutettu ei ollut voinut tutustua takavarikoidun aineiston tietosisältöön tarkemmin etsintäpaikalla. Aineiston seulominen oli tapahtunut vasta varsinaisen etsintätilanteen jälkeen eli käräjäoikeuden annettua laite-etsintäluvan. Erityistä kotietsintää toimitettaessa ei siten ollut syntynyt – tai voinutkaan syntyä – sellaista erimielisyyttä aineiston tutkimisesta tai hyödyntämisestä, joka olisi edellyttänyt sen sinetöintiä ja asian saattamista määräajassa tuomioistuimen ratkaistavaksi. Takavarikot määrättiin pidettäväksi voimassa siltä osin kuin niitä ei ollut jo kumottu.

Samaan etsintään liittyen annettiin ennakkopäätös KKO 2019:112. Suoritetun laite-etsinnän yhteydessä etsintävaltuutettu oli vastustanut erään aineiston takavarikoimista ja jäljentämistä, koska aineisto mahdollisesti sisälsi lähdesuojan alaisia tietoja. Aineisto sinetöitiin ja sen tutkiminen ja hyödyntäminen saatettiin tuomioistuimen ratkaistavaksi PKL 8 luvun säännösten mukaisesti. Arvioitavana oli sanomalehden toimituksessa laadittu excel-taulukko, jonka sisältämät tiedot voisivat etsintävaltuutetun käsityksen mukaan johtaa lähteen tunnistamiseen, vaikka lähde ei taulukosta suoraan ilmenisikään. KKO katsoi EIT:n ratkaisukäytäntöön viitaten, että taulukon sisältämät tiedot olisivat voineet johtaa lähteen tunnistamiseen, etenkin jos ne ovat esitutkinta-aineistoa laajemmalti tuntevan henkilön tutkittavina. Tällä perusteella niiden takavarikoiminen tai jäljentäminen käytettäväksi todisteena rikosasiassa oli kiellettyä. Sen sijaan takavarikko oli sallittu menettämisseuraamuksen turvaamiseksi.

Pidän selvänä, että todistamiskiellon kumoava suostumus voidaan antaa pätevästi vielä hankkimisen jälkeenkin ja että tämä voi tapahtua sitovasti jo esitutkinnassa.<sup>648</sup> Jos poliisi havaitsee rikkoneensa jotain todistamiskieltoa, voidaan suostumusta tiedustella henkilöltä, joka sen voi lain mukaan antaa. Tällöin olisi kuitenkin kiinnitettävä erityistä huomiota suostumuksen pätevytyteen ja todennettavuuteen.<sup>649</sup> Suojatulle täytyisi myös selvittää, että tietoa ei hyödynnetä, ellei hän anna suostumustaan ja toisaalta, että annettua suostumusta ei voi peruuttaa myöhemmin oikeudenkäynnissä. On tosin esitetty, ettei esitutkintavaiheessa ole vielä mahdollista punnita kaikkia ratkaisun kannalta merkityksellisiä seikkoja.<sup>650</sup> Suojatun henkilön suostumusta lieneekin asianmukaista tiedustella tällaisessa tilanteessa vasta esitutkinnan loppupuolella, jos mahdollista.

<sup>648</sup> Ks. Pölönen 2003 s. 247 ja 292.

<sup>649</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 92–93.

<sup>650</sup> Hormia 1979 s. 78.

## 5.4.2 Esittäminen

Todistamiskiellot ovat lakisystemaattiselta perusluonteeltaan todisteiden esittämistä pääkäsittelyssä rajoittavia normeja. Tarkoitan tällä sitä, että todisteiden hankkimista ja hyödyntämistä rajoittava vaikutus johdetaan esittämisrajoitteina ilmaistuista säännöksistä. Niinpä esittämistä rajoittava ulottuvuus on tavallaan kaikkein selvin. Koska todisteiden esittäminen on ensisijaisesti asianosaisten tehtävä, tulisi heidän pidättäytyä viimeistään esittämästä kiellonvastaista todistelua, jos sellaista on hankittu. Edellä on sivuttu sitä lähtökohtaa, että asianosaisten ja kuultavien tulisi olla tietoisia todistamiskiellon sisällöstä. Normin tarkoituksen toteutuessa hyödyntämisongelmaa ei synny, koska kiellonvastaisista todistelukaanoista ei ole. Kun näyttö on laillista, se on tietenkin myös vapaasti hyödynnettävissä.<sup>651</sup>

Todistamiskiellon soveltuvuuden toteamiseksi todistajan on OK 17:23:n mukaan ilmoitettava kieltäytymisensä peruste ja saatettava todennäköiseksi sitä tukevat seikat. Todistamiskiellon *prima facie* soveltuvuuden tultua todetuksi olisi mahdollista esimerkiksi vaatia kiellon murtamista tai selvittää, annetaanko kiellon kumoava suostumus. Oikeudesta tai velvollisuudesta kieltäytyä todistamasta on tarvittaessa annettava käsittelyratkaisu ja sen sisältö tulisi selostaa myös kuultavalle. Ideaalitilanteessa kaikille asianosaisille ja kuultavalle itselleen on jo kuulemisen alussa selvää, miten todistelunrajoite modifioi hänen todistamisvelvollisuuttaan. Mikäli näin ei ole, tuomioistuimen voi olla käytännössä mahdotonta toteuttaa OK 17:43:ssä säädetyt prosessinjohtovelvollisuutensa, joihin kuuluvat todistamiskiellon soveltuvuuden ja vaikutusten selvittäminen kuultavalle.<sup>652</sup>

Valvontavastuunsa mukaisesti tuomioistuimen tulee kieltää asianosaista esittämästä tai kuultavaa paljastamasta tietoja, jotka ovat todistamiskiellon alaisia. Todistajaan voitaneen kohdistaa kurinpitoseuraamuksena ainakin järjestys sakko, jos todistaja kieltäytyy noudattamasta tuomioistuimen todisteluratkaisua (OK 14:7). Tällainen niskoittelu olisi tietenkin täysin poikkeuksellista ja saattaisi kuultavan helposti rikosvastuun piiriin. Käytännössä tehokkain suojakeino lienee oikeudenkäynnin julkisuuden rajoittaminen, jos kuulemista pidetään välttämättömänä. Toisaalta tuomioistuin ei tietenkään saa vaatia kuultavaa paljastamaan tietoja, joista hänellä on oikeus tai velvollisuus vaieta. Eri asia on, että jos tuomioistuin ei esitetystä väitteestä huolimatta katso todistamiskiellon soveltuvan yksittäistapaukseen, todistamisvelvollisuus on tietenkin voimassa.<sup>653</sup>

<sup>651</sup> Ks. Hormia 1978 s. 260–262 ja 287, missä puhtaaseen esittämiskieltoon viitataan termillä ”todistamiskielto lepotilassa”.

<sup>652</sup> Virolainen 1988 s. 112.

<sup>653</sup> LaVM 19/2014 vp s. 8, HE 32/2001 vp s. 53, Virolainen 1988 s. 111.

Huolellisen valmistelun jälkeen ei periaatteessa pitäisi olla mahdollista, että todistamiskiellon soveltuminen paljastuu yllättävästi vasta pääkäsittelyssä. Jos kuitenkin havaitaan, että todistamiskiellosta tietämätön kuultava paljastaa kiel- lon kohteena olevan tiedon, kuuleminen on nähdäkseni välittömästi keskeytet- tävä ja ryhdyttävä edellä selostettuihin prosessinjohtotoimiin eli selvittämään kiellon täsmällistä soveltuvuutta kyseisessä tilanteessa. Jos kysymys on oikeu- desta kieltäytyä todistamasta, henkilö voi todistamiskiellon tultua selostetuksi suostua todistamaan, jolloin myös hänen aikaisemmin antamansa kertomus on käyttökelpoinen. Toisessa tapauksessa eli henkilön vedotessa vaikenemisoikeu- teensa siitä informoimisen jälkeen on lähtökohtaisesti todettava, että paljastettu tieto on saatu todistamiskiellon vastaisesti.<sup>654</sup>

Todistelu-uudistuksessa on jätetty valitettavan epäselväksi se, voiko kuultava pääkäsittelyssä vedota vaitiolo-oikeuteensa sillä seurauksella, että todistamis- kielto elpyy ja aikaisemman suostumuksen perusteella saatuun esitutkintaker- tomukseen viittaaminen OK 17:47.2:n nojalla estyy. Tuon säännöksen esitöissä todetaan vaitiolo-oikeuksia erittelemättä, että läheistodistajaa koskeneesta rat- kaisusta KKO 1995:66 olisi tehtävä tällainen tulkinta.<sup>655</sup> Perusteluissa ei kui- tenkaan lausuta siitä, koskisiko tällainen katumisoikeus esimerkiksi liikesalai- suuden suojaa, josta myös on oikeus eikä velvollisuutta kieltäytyä todistamasta. Raution ja Fränden mukaan viittaaminen aikaisempaan kertomukseen estyisi il- meisesti minkä tahansa vaitiolo-oikeuden nojalla.<sup>656</sup> Läheisten osalta tähän tul- kintaan ja sen ongelmallisuuteen palataan tarkemmin seuraavassa pääluvussa (ks. erityisesti luvut 6.3.1 ja 6.4.2).

Jos suostumus on annettu esitutkinnassa vapaaehtoisesti ja tietoisena tutkitta- vasta teosta sekä olosuhteista muutenkin, luopumistahdonilmaisua ei mielestä- ni tulisi voida peruuttaa. Todistamiskieltoja tulisi ensinnäkin soveltaa mahdol- lisimman yhdenmukaisesti rikosprosessin kaikissa vaiheissa. Tämä ajatus on esitöissä ilmaistu myös todistamisvelvollisuutta koskevien poikkeusten osalta. Jos ja kun poikkeusperusteita sovelletaan esitutkinnassa samoin kuin pääkäsit- telyssä, esitutkinnassa annetun pätevän suostumuksen peruuttamisoikeudelle ei ole nähdäkseni mitään hyväksyttävää syytä – eihän suostumuspoikkeusta oli- si tarpeen soveltaa esitutkinnassa lainkaan, jos suostumus voidaan sitovasti an- taa vasta pääkäsittelyssä. Toiseksi ja mikä tärkeämpää, katumisoikeus merkitsi- si mielestäni lähinnä oikeutta vaikuttaa rikosprosessin lopputulokseen, mitä ei voida pitää hyväksyttävänä.<sup>657</sup>

<sup>654</sup> Pölönen 2003 s. 306–308.

<sup>655</sup> HE 46/2014 vp s. 106–107.

<sup>656</sup> Rautio – Frände 2016 s. 279.

<sup>657</sup> HE 46/2014 vp s. 148. Norjassa, missä StrPL 127.3 §:ssa oikeutetaan todistaja vetoamaan kieltäytymisoikeuteensa vielä todistamaan suostuttuaankin, voidaan tällaisessa tilanteessa tur- vautua esitutkintakertomukseen (Andenæs – Myhrer 2009 s. 200–201). Ruotsin oikeus sopii mie- lestäni huonosti vertailukohdaksi, koska siellä esitutkinnassa kuulusteltavalle ei ole edes



### 5.4.3 Hyödyntäminen

Hyödyntämiskiellot jaetaan itsenäisiin ja epäitsenäisiin sen mukaisesti, onko kiellon perusteena jonkin hankkimis- tai esittämiskiellon loukkaus vai ei (ks. luku 3.1.4). Epäitsenäiset hyödyntämiskiellot toimivat hankkimis- tai esittämisrajoitteiden oikeusseuraamuksina. Niillä on tästä syystä alistainen, näitä kieltoja tehostava tehtävä ja ne myös suojaavat samoja intressejä. Epäitsenäisyys johtuu siitä, että hyödyntämiskiellon asettaminen perustuu todistelumenettelyn aikaisemmassa vaiheessa vaikuttaneeseen mutta toteutumatta jääneeseen normiin ja saa sisältönsä tuolta normilta. Kysymys on tästä syystä pikemminkin hankkimis- tai esittämiskiellon ulottuvuudesta hyödyntämisvaiheeseen. Hyödyntämiskiellolla voidaan poistaa loukkauksen vaikutus ja palauttaa oikeustila sellaiseksi kuin se olisi ollut, jos hankkimis- tai esittämisrajoitusta olisi noudatettu.<sup>658</sup>

Itsenäisillä hyödyntämiskielloilla on vastaavasti oma normisisältönsä eli ne ovat periaatteessa itsenäisiä suhteessa todisteen hankkimis- tai esittämisrajoitteisiin. Niillä voi olla myös erilaisia funktioita kuin todistamiskielloilla. Tämä ei tarkoita, etteikö itsenäisellä hyödyntämiskiellolla voisi olla menettelyn aikaisempiin vaiheisiin ulottuvaa ennakkollista vaikutusta, kuten edellä on esitetty. Ero on lähinnä muodollinen: lainsäätäjä on ilmaissut itsenäiset hyödyntämiskiellot ainoastaan hyödyntämisvaiheeseen ulottuvina normeina, mutta niillä on tosiasiallisesti ennakkollinen vaikutus. Itsenäisiin hyödyntämiskieltoihin palataan tarkemmin jäljempänä, koska todistamiskieltojen kontekstissa hyödyntämiskiellot ovat väistämättä epäitsenäisiä siinä merkityksessä, että ne ovat seurausta todistamiskiellon rikkomisesta.

Epäitsenäisiä hyödyntämiskieltoja voidaan jäsentää myös käsiteparilla *absoluuttiset ja relatiiviset todistamiskiellot*. Pölönen on määritellyt eron sen mukaan, liittyykö todistamiskiellon rikkomiseen oikeusseuraamuksena hyödyntämiskielto vai ei. Absoluuttisia todistamiskieltoja ovat näin määriteltyinä sellaiset, joiden loukkaaminen saa aikaan hyödyntämiskiellon, ja relatiivisia puolestaan sellaiset, joiden rikkomisella ei ole tätä vaikutusta. Määritelmä on sittemmin vakiintunut todistus oikeudessa, vaikka Hormia – johon Pölönen viittaa – nähdäkseni nimenomaisesti hylkää sen. Hormian käsitteistössä absoluuttisuus tarkoittaa todistamiskiellon joustamattomuutta ja relatiivisuus jous-

---

ilmoitettava oikeudesta vaieta (RB 36:3 ja 5, vrt. RB 23:6, ks. myös Bring – Diesen – Andersson 2019 s. 331–335, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 243 sekä Lundqvist 1998 s. 239 ja 317). Tällöin on mielestäni perusteltua ulottaa käyttökielto esitutkintakertomukseen, jos vaikenemisoi-  
keuteen vedotaan pääkäsittelyssä, sillä oikeudesta ei ole ollut mahdollista luopua aiemmin pätevästi, kun sitä ei ole ollutkaan.

<sup>658</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 26, Pölönen – Tapanila 2015 s. 227–229, Rautio – Frände 2016 s. 72, Riekkinen 2014 s. 127–130, Virolainen 1988 s. 79–81 ja Torgersen 2009 s. 16.

tavuutta. Tämä ei tietenkään vähennä Pölösen määritelmän käyttökelpoisuutta. Oman käsitteistöni mukaan voidaan puhua todistelunrajoitteen ulottumisesta hyödyntämisvaiheeseen.<sup>659</sup>

Todistamiskieltojen ulottuvuudesta vallitsi pitkään epäselvyys Suomen oikeudessa. Katsottiin, että todistamiskiellon rikkomisen seuraamuksena tuli vain joissain tapauksissa asetettavaksi hyödyntämiskielto ja pääsääntönä oli hyödyntämisvapaus.<sup>660</sup> Esimerkiksi Tirkkonen ja Hormia ovat todenneet, että esitämiskieltoisäännökset eivät ilmaise mitään oikeusohjetta hyödyntämisen osalta. Tiukan formaalisti tarkastellen asia onkin näin. Vastakysymyksenä voidaan kuitenkin esittää, eikö lainsäätäjän tarkoitus rajoittaa laillista näyttöä ole jокseenkin selvä. Niinpä Tirkkonen katsoi jo vuoden 1948 todistelu-uudistuksen kommentaarissaan, että todistamiskiellon vastaisesti esitettyä seikkaa ei saisi ottaa huomioon. Hormia on puolestaan todennut, ettei vapaa todistelu voinut merkitä täydellistä hyödyntämisvapautta.<sup>661</sup>

Hormia kannatti saksalaista mallia, jossa ratkaisua hyödyntämiskysymykseen etsitään abstraktilla punninnalla. Todistamiskieltojen rikkomisesta ei kaikissa tapauksissa aiheutuisi hyödyntämiskelvottomuutta, vaan ainoastaan silloin, kun todisteen hyödyntäminen syventäisi kieltoa rikkomalla tehtyä oikeudenloukkausta. Jos näin ei olisi, ei hyödyntämiskielto olisi tarpeen, koska sillä ei saavutettaisi mitään lisäarvoa todistamiskiellolla suojellun oikeushyvän kannalta. Hormia kannattaa siten syvenemisfunktioiksi edellä nimitettyä ajattelua (luku 3.2.2). Mielenkiintoisena nyanssina on se, että Hormian mukaan punninnan ei tarvitsisi olla tapauskohtaista, vaan se voisi tapahtua selvittämällä kunkin todistamiskiellon suojatarkoitus. Todistamiskiellon rikkominen johtaisi epäitsenäisen hyödyntämiskiellon asettamiseen vain määrätapauksissa.<sup>662</sup>

Pölösen väitöskirjassaan esittämässä mallissa erotetaan todistamiskielton ja hyödyntämiskiellon väliset suhteet neljään eri tyyppiin: 1) automaattisiin hyödyntämiskieltoihin, 2) vahvaan hyödyntämiskielto-olettamaan, 3) avoimeen hyödyntämiskieltopunnintaan ja 4) hyödyntämiskielto-olettamaan. Automaattisia hyödyntämiskieltoja lukuun ottamatta hyödyntämiskiellon asettaminen perustuisi konkreettiseen punnintaan, mikä eroaa Hormian ajattelusta. Hyödyntämisongelmaa ei Pölösen mukaan voida kokonaan ratkaista yleisellä normilla, joka määräisi todistelun säännönmukaisesti hyödyntämiskelpoiseksi tai -kelvottomaksi. Todistamiskiellon tultua loukatuksi lähtökohtana pidettäisiin kuitenkin hyödyntämiskelvottomuutta eikä vapautta hyödyntämistä. Pölönen perustelee hyödyntämiskielto-olettamaa rikosprosessuaalisella legaliteettiperiaatteella, johon myös esimerkiksi Tirkkosen

<sup>659</sup> Pölönen 2003 s. 192–194, vrt. Hormia 1978 s. 88–92 ja Virolainen 1998 s. 423–424, missä käsitteitä nähdäkseni käytetään Hormian tarkoittamalla tavalla.

<sup>660</sup> Virolainen 1998 s. 425, Pölönen 2003 s. 209–211, Jokela 2018 s. 666.

<sup>661</sup> Tirkkonen 1949 s. 126–127, Hormia 1978 s. 31–32 ja 42–43. Ks. myös Pölönen 2003 s. 211–214 ja 230, Lappalainen 2001 s. 232, Virolainen 1998 s. 424–426 ja oikeuskirjallisuudessa esitetyistä kannoista kokoavasti OMSO 65/2012 s. 63–64.

<sup>662</sup> Hormia 1978 s. 274–276. Ks. myös Grünwald 1966 s. 492–493.

kanta nähdäkseni perustuu. Lisäksi hän katsoo perusoikeusmyönteisen tulokinnan edellyttävän hyödyntämisen kieltämistä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimuksen loukkaustilanteissa.<sup>663</sup>

Myös kansainvälisesti tarkastellen voidaan sanoa, että kysymystä todistamiskiellon loukkauksen vaikutuksesta hyödyntämiseen on pidetty haasteellisenä.<sup>664</sup> Saksan osalta voidaan ensinnäkin todeta, että StPO sisältää nimenomaisia säännöksiä epäitsenäisestä hyödyntämiskielloista. Siltä osin kuin laki vaikenee, on kysymys epäitsenäisistä hyödyntämiskielloista Ederin mukaan edelleenkin erittäin kiistanalainen.<sup>665</sup> Ruotsissa vallitseva kanta on sama kuin Suomessa aikaisemmin eli todistamiskiellon rikkomisesta ei lähtökohtaisesti seuraa hyödyntämiskieltoa. Robert Nordh toteaa kuitenkin itse olevansa toisella eli epäitsenäisen hyödyntämiskiellon asettamisen kannalla.<sup>666</sup> Common law -maissa todistamiskiellon käsitettä tässä määrittämälleni tavalla vastaavat privilege-säännökset. Niiden rikkomisesta saattaa seurata epäitsenäisen hyödyntämiskielto, mutta kysymys ei ole ehdottomasta oikeusseuraamuksesta.<sup>667</sup>

Todistelu-uudistuksessa on otettu selvä kanta todistamiskieltojen absoluuttisuuden puolesta: ”Asian luonnosta kuitenkin seuraa, että asiallisesti edellä tässä luvussa säädettyjä todistamis- tai käyttökieltoja sovelletaan hyödyntämiskielto-säännöksen asemesta. Olisi tarkoitukseton säätää itsenäisesti todistamis- tai käyttökielloista, jos kysymys hyödyntämisestä ratkaistaisiin kuitenkin käsillä olevan momentin nojalla. Johdonmukaisesti todistamis- tai käyttökiellon vastaisen menettelyn oikeudellinen seuraamus on hyödyntämis- tai käyttökielto.”<sup>668</sup> Käytyyn keskusteluun ja kysymyksen merkitykseen nähden perustelut ovat varsin lyhyet. Tulkintani mukaan lainsäätäjän kanta perustuu ennen muuta prosessi-oikeudelliselle laillisuusperiaatteelle, joka oli edellä todetuin tavoin saanut oikeuskirjallisuudessamme perusteltua kannatusta jo ennen todistelu-uudistusta.

Esitöiden maininta hyödyntämiskielloista oikeudellisena seuraamuksena viittaa nähdäkseni selvästi siihen, että tällaisella epäitsenäisellä hyödyntämiskielolla on retrospektiivinen tarkoitus. Hyödyntämiskielolla oikeustila palautetaan sellaiseksi kuin se olisi, jos menettelyvirhettä todistelussa ei olisi tapahtunut eli jos todistamiskieltoa olisi noudatettu. ”Kolmen V:n” mallia (virheen vakavuus,

<sup>663</sup> Pölönen 2003 s. 193–194, 219–226 ja 233–237.

<sup>664</sup> Ks. kokoavasti OMSO 65/2012 s. 65–69.

<sup>665</sup> Eder 2015 s. 45–46. Saksalaisessa oikeustieteessä esimerkiksi Beling ja Peters ovat edustaneet sellaista näkemystä, että todistamiskiellon rikkomisesta tulee aina seurata hyödyntämiskielto, jolloin loukattu oikeustila tulee säännönmukaisesti ennallistetuksi (Beling 1903 s. 30–31, Peters 1966 s. 97).

<sup>666</sup> Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 229–230, Nordh 2019 s. 43.

<sup>667</sup> Ks. Glover 2017 s. 695–698 ja Choo 2015 s. 239–242.

<sup>668</sup> HE 46/2014 vp s. 92. Todistelunrajoitteisiin ilmeisen nihkeästi suhtautunut lakivaliokunta hyväksyi hallituksen esityksen perustelut ja totesi, että tuomioistuimen pitää viran puolesta jättää todistamiskiellon vastainen todiste oikeudenkäyntiaineiston ulkopuolelle (LaVM 19/2014 vp s. 8, ks. myös Vuorenperä 2018 s. 312).

vaikuttavuus ja vakauttaminen, ks. luku 3.2.4) käyttäkseni lailla suojatun salassapitointressin loukkaaminen on vakava virhe, jonka vaikutuksia ei lähtökohtaisesti voida vakauttaa muulla tavalla. Loukkauksen peruuttamattomuus (”vahinko on jo tapahtunut”) ei merkitse, että salassapitointressi lakkaisi nauttimasta oikeusjärjestyksen suojaa. Tällaisessa tilanteessa menettelyllinen oikeus turva pikemminkin korostuu ja rikosprosessuaalinen laillisuusperiaate edellyttää tehokasta oikeussuojakeinoa.<sup>669</sup>

Todistamiskiellon väistyessä voi olla perusteltua rajoittaa oikeudenkäynnin julkisuutta. *De lege ferenda* voidaan kysyä, eikö rikosprosessin yleisöjulkisuuden rajoittaminen olisi ylipäätään soveltuvampi keino suojella useimpia salassapitointressejä kuin todistelun rajoittaminen. Toisaalta voitaisiin ajatella, että esimerkiksi lääkäri ja pappi olisivat salassapitovelvollisuuden asemesta ainoastaan salassapitoon oikeutettuja, jolloin he saisivat itse ratkaista, mitä tietoja katsovat voivansa paljastaa. Ammatillisten vaitiolovelvollisuuksien ensisijaisena tarkoituksena ei ylipäätään voine olla tehdyn rikoksen salaaminen. Luottamuksellisuus liittyy toisaalta hyvin kiinteästi todistamiskiellon suojaa nauttiviin professioihin.

Epäitsenäisen hyödyntämiskiellon asettamisen puolesta voidaan esittää muitakin perusteita. Todistamiskieltojen voimassaolon mielekkyys voitaisiin kyseenalaistaa, jos niiden rikkomisesta ei seuraisi mitään. *Alf Rossin* mukaan voimassa olevaa oikeutta ovat ainoastaan sellaiset normit, joita tuomarit käytännössä soveltavat, koska oikeusnormit määräävät nimenomaan tuomioistuimen menettelemään tietyllä tavalla. Sanottu pätee myös todistamiskieltoihin, joiden viimesijainen valvoja on tuomioistuin (ks. luku 3.1.4). Niiden noudattamista ei voida jättää asianosaisten hyvän tahdon varaan, koska prosessilaki määrää nimenomaan tuomioistuimen valvomaan myös menettelyllisten säännösten noudattamista. Todistamiskielto jäisivät kuvitteellisiksi (*lex imperfecta*), ellei niiden loukkaamisesta seuraisi mitään.<sup>670</sup>

Voidaan toki ajatella, että normi on voimassa, jos asianosaiset noudattavat sitä, vaikka noudattamiseen ei olisikaan mitään pakkoa. Tällöin todistamiskieltojen noudattaminen jäisi kuitenkin asianosaisten ja kuultavien tahdon varaan, mikä ei ole sääntelyn tarkoitus. Kysymys ei ole sellaisesta dispositiivisesta prosessisääntelystä, josta asianosainen voisi todisteen esittämällä poiketa. Päinvastoin normien ilmiselvä tarkoitus on rajoittaa todistelua asianosaisen tai kuultavan tahdosta riippumatta. Samoin olisi mielivaltaista sallia sekundaarisesti todistamiskieltoja loukkaava esitetty todistelu vain, koska tuomari ei ehtinyt esittää todisteen esittämistä ajoissa. Tuomioistuimen valvontatehtävä ja lainkäytön yhdenvertaisuus edellyttävät, että oikeustila on retributiivisesti palautettavissa

<sup>669</sup> Ks. Pölonen 2003 s. 242.

<sup>670</sup> Ross 1959 s. 35–36, Hormia 1978 s. 32 ja 261–262.

vielä loukkauksen jälkeenkin asettamalla epäitsenäinen ja absoluuttinen hyödyntämiskielto.<sup>671</sup>

Absoluuttisuuden ilmeisenä etuna ovat yksinkertaisuus ja ennustettavuus: ”Todistamiskieltojen *prosessuaalinen* problematiikka olisi laadultaan aivan toista, jos kiellonvastaisesti esitutkinnassa hankitut taikka oikeudenkäynnissä esitetyt todisteet olisivat yleisesti hyödyntämiskelvottomia. Erimielisyys saataisi tällöin syntyä enää vain siitä, onko in concreto ylipäätään rikottu pakottavaa normia.”<sup>672</sup> Edeltä lienee jo käynyt riittävän selvästi ilmi, että erimielisyydet todistamiskieltojen tulkinnassa ovat hyvinkin mahdollisia. Todistamiskiellon tultua rikotuksi ei kuitenkaan ole tarpeen ryhtyä pohtimaan todisteen hyödyntämistä millään erillisillä, itsenäisillä kriteereillä. Hyödyntämiskieltonormin soveltamisen perusteena olevat oikeustositseikat ovat samat kuin todistamiskielolla. Juuri tästä syystä se on laadultaan epäitsenäinen.

Vaikka hyödyntämiskielto on joustamaton suhteessa todistamiskieltoon, on otettava huomioon, että todistamiskielto voi olla joustava. Epäitsenäisen hyödyntämiskiellon alisteisuuden vuoksi kieltoa ei aseteta, jos todistamiskielto joustaa eli jos käsillä on siitä tehtävä poikkeus tai suostumus- tai murtamistilanne. Lisäksi todistamiskiellon sisältö on määräävä niissä tapauksissa, joissa todistamiskiellon kohdetta tai joustavuutta on tulkittu tai sovellettu aikaisemmassa prosessin vaiheessa väärin eli esimerkiksi murrettu se ilman perustetta.<sup>673</sup> Edellä on mainittu, että suostumuksen ollessa pätemätön todistamiskielto ei väisty (luku 5.3.2). Silloin todistamiskielto on saatettava jälkikäteen voimaansa sisältöisenä kuin sen olisi tullut olla. Jälkikäteinen aito suostumus vastavasti palauttaa hyödyntämiskelpoisuuden ja vakauttaa oikeustilan.

Tapauksessa KKO 1998:129 oli kysymys asiakirjan esittämisvelvollisuudesta eli editiosta. Editiovelvollisuuden kohteena olleet pankit olivat pääasian käsittelyn ollessa kesken vaatineet kantelulla editiopäätöksen poistamista. Hovioikeus oli jättänyt kantelun tutkimatta, minkä KKO hyväksyi, koska kysymys ei ollut lainvoimaisesta tuomiosta. Pankeilla todettiin olevan oikeus hakea muutosta asiakirjojen esittämisvelvollisuutta koskevaan päätökseen pääasiaratkaisusta tehtävän valituksen yhteydessä. Jos asiakirjojen esittämisvelvollisuutta koskeva ratkaisu valituksen johdosta kumottaisiin, ei asiakirjoja KKO:n mukaan otettaisi todisteina huomioon pääasiaa ratkaistaessa, vaan ratkaisu tehtäisiin muun oikeudenkäyntiaineiston pohjalta. KKO toisin sanoen katsoi, että editiovelvollisuuden poistava ratkaisu johtaisi hyödyntämiskieltoon.

<sup>671</sup> Ks. Hormia 1979 s. 170: ”Asianosainen ei voi laskelmoida, että pyytämällä vaitiolovelvollisuuden sitoman todistajan kuulustelemista hän saavuttaa prosessuaalisen edun, jos todistamiskiellon esiintyminen huomataan vasta jälkeenpäin.”

<sup>672</sup> Hormia 1978 s. 32–33 ja av. 101.

<sup>673</sup> Ks. Rautio – Frände 2016 s. 176, missä todetaan sääntelyn logiikasta seuraavan, että epäitsenäinen hyödyntämiskielto tulee asetettavaksi, jos alempi tuomioistuin soveltaa todistamiskieltoa väärin.

Esitöissä ei ole otettu täsmällistä kantaa epäitsenäisen hyödyntämiskiellon mahdolliseen etäisvaikutukseen. Jos esimerkiksi hoitosuhteessa paljastetaan jonkun rikoksen tekijän tai silminnäkijän henkilöllisyys tai reaalityöidesteen olinpaikka, voidaan tämä tieto paljastaa poliisille ja voiko poliisi käyttää tietoa tutkintansa suuntaamiseen eli hyödyntää sitä välillisesti? Todistelu-uudistuksen esitöissä todetaan, että jos hoitosuhdetta koskevia tietoja sisältävä asiakirja varastetaan hoitoa saaneelta henkilöltä, on hyödyntämisedellytyksiä arvioitava OK 17:25.3:n kannalta.<sup>674</sup> Tästä voitaneen päätellä, että todistamiskieltoon perustuvalla epäitsenäisellä hyödyntämiskielolla ei ole automaattista etäisvaikutusta. Esimerkkitapauksessa vastaus lieneekin myöntävä ja mahdolliset jatkotoimistat siten hyödyntämiskelpoisia.

Tapauksessa KKO 2011:91 vastaaja oli kertonut psykiatrisessa hoidossa häntä hoitaneille lääkäreille ja sairaanhoitajille sytyttäneensä aiemmin tulipalon turkisliikkeessä. Hoitohenkilökunta oli kertonut rikosepäilyistä oma-aloitteisesti poliisille, mihin heillä ei lain mukaan ollut ollut oikeutta. Vastaajaa oli epäilty ja syytetty törkeästä tuhotyöstä, joka on niin sanottu ylitörkeä rikos. Todistamiskielto ei näin ollen soveltunut esitutkinnassa eikä oikeudenkäynnissä. KKO katsoi tästä seuraavan, että sen jälkeen kun vastaajan sairaalassa antama kertomus oli tullut esitutkintaviranomaisten tietoon, lääkärin ja muun hoitohenkilökunnan kuulusteleminen siitä todistajina esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä oli ollut sallittua. Samoin vastaajan kertomusta koskevat lääkärintlausunnot on saatu ottaa vastaan kirjallisina todisteina. Ratkaisun soveltuvuus etäisvaikutusta koskeväksi oikeusohjeeksi on kyseenalainen, koska poikkeusperusteen vuoksi todistamiskielto olisi joka tapauksessa väistynyt.

---

<sup>674</sup> HE 46/2014 vp s. 148.



---

## 6 Myötävaikuttamattomuusperiaate

### 6.1 FUNKTIO

Jokaisella on oikeus kieltäytyä todistamasta siltä osin kuin todistaminen saattaisi hänet syytteen vaaraan tai myötävaikuttaisi hänen syyllisyytensä selvittämiseen (OK 17:18.1). Tätä oikeutta nimitetään *itsekriminointisuoja*ksi.<sup>675</sup> Suomessa oikeus olla myötävaikuttamatta ulottuu lainkohdan mukaan myös läheisiin eli jokaisella on oikeus kieltäytyä todistamasta myös silloin, kun todistaminen saattaisi hänen läheisensä syytteen vaaraan tai myötävaikuttaisi hänen syyllisyytensä selvittämiseen. Tätä nimitetään puolestaan *läheiskriminointisuoja*ksi.<sup>676</sup> Oikeuksien rinnakkaisuuden vuoksi se, mitä jatkossa sanotaan itsekriminointisuoja, pätee lähtökohtaisesti myös läheiskriminointisuojaan, vaikkei tästä erikseen huomautettaisikaan. Käytän termiä myötävaikuttamattomuusperiaate yläkäsitteenä, jolla viitataan kumpaankin suojatyyppiin.

*Laura Ervo* on käyttänyt termiä myötävaikuttamattomuusperiaate synonyyminä itsekriminointisuojaalle.<sup>677</sup> Tapanila kuitenkin toteaa termin hävinneen oikeuskirjallisuudesta.<sup>678</sup> Sekaannusten välttämiseksi korostan, että tässä termillä viitataan yläkäsitteenä sekä itsekriminointisuojaan että läheiskriminointisuojaan. Kumpikin niistä sisältää oikeuden olla myötävaikuttamatta jonkun henkilön – itsensä tai läheisensä – rikoksen selvittämiseen. Olisi mielestäni harhaanjohtavaa käsitellä tässä pelkästään itsekriminointisuoja, kun jo lakisystematiikasta (OK 17:18.1) ilmenee, että läheiskriminointisuoja liittyy siihen läheisesti.<sup>679</sup> Vakiintunutta yläkäsitettä ei tietääkseni ole olemassa.

Tarkastelen myötävaikuttamattomuusperiaatetta erillään muista todistamiskielloista sen erityispiirteiden vuoksi. Ensinnäkin kysymys on vaikutuksiltaan olennaisesti edellä tarkasteltuja, luonteeltaan käytännössä varsin teknisiä todistelunrajoitteita laajemmasta ilmiöstä. Toiseksi sen funktio poikkeaa jossain määrin (muista) todistamiskielloista. Kolmanneksi merkittäviä mekanisme

---

<sup>675</sup> HE 46/2014 vp s. 88, Hormia 1978 s. 172–175, Virolainen – Pölönen 2004 s. 299, Koponen 2006 s. 127–128, Tapanila 2019b s. 29–33, Trechsel 2005 s. 341–343. Ks. oikeushistoriallisina ja -vertailevina katsauksina esim. Jackson – Summers 2012 s. 241–246 ja Tapanila 2019b s. 34–49.

<sup>676</sup> Pölönen – Tapanila 2015 s. 313, Hormia 1978 s. 176–177. Termiä läheiskriminointisuoja käytetään mm. ratkaisussa KKO 2017:65. Lisäksi käytetään termiä lähiomaissuoja (esim. Riekinen 2014 s. 151).

<sup>677</sup> Ervo 2008 s. 360–362. Samoin Virolainen – Pölönen 2003 s. 286.

<sup>678</sup> Tapanila 2019b s. 18.

<sup>679</sup> Ks. myös Pölönen – Tapanila 2015 s. 313, missä läheiskriminointisuojaan todetaan täydentävän itsekriminointisuoja.



koskevia eroja liittyy esimerkiksi rajoitteen joustavuuteen ja ulottuvuuteen. Yhtäältä myötävaikuttamattomuusperiaate ainoastaan oikeuttaa todistamasta kieltäytymiseen, toisaalta suojaa ei voida murtaa yhtä laajasti kuin muita todistamiskieltoja. Suojalla on myös vahvempi todistusmetodiulottuvuus. EIT on todennut selvästi, etteivät suojaa nauti itsekriminoivat tiedot sinänsä, vaan keskeistä on henkilön suojaaminen epäasianmukaiselta pakottamiselta.

Itsekriminointisuoja mainitaan nimenomaisesti esimerkiksi kansalaisoikeuksia ja poliittisia oikeuksia koskevan kansainvälisen yleissopimuksen (SopS 8/1976, KP-sopimus) 14 artiklan 3 kappaleen g alakohdassa, mutta ei sen sijaan PL:ssa eikä EIS:ssa. EIT on kuitenkin tulkinnut sen sisältyvän oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimukseen. Ensimmäisen kerran tämä tulkinta ja itsekriminointisuoja on mainittu Funke-ratkaisussa vuodelta 1993. Tapauksessa oli kysymys siitä, että Ranskan tulliviranomaiset olivat vaatineet valittajaa luovuttamaan eräitä asiakirjoja sanktion uhalla. Perustelematta tulkintaansa oikeastaan mitenkään tuomioistuimien katsoi, että valittajan tällainen pakottaminen oli vastoin epäillyn oikeutta vaieta ja olla myötävaikuttamatta rikoksensa selvittämiseen. Menettelyn todettiin loukanneen EIS 6 artiklan 1 kappaleessa määrättyä yleissäännöstä.<sup>680</sup>

Tulkintaa perusteltiin hieman monisanaisemmin suuren jaoston John Murray -ratkaisussa vuodelta 1996. Tapauksen erityispiirteisiin palataan jäljempänä (luku 6.4.3). Tässä riittää kiinnittää huomiota EIT:n muotoilemiin itsekriminointisuoja koskeviin oikeusohjeisiin. EIT lausui, että oikeus vaieta kuulusteluissa ja itsekriminointisuoja kuuluvat oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin ydinalueeseen. Nämä oikeudet suojaavat vastaajaa viranomaisten epäasialliselta pakottamiselta, vähentävät väärää tuomioita ja turvaavat EIS 6 artiklan tavoitteita.<sup>681</sup> Trechsel huomauttaa, että perustelulausuma on epäselvä ja kehämäinen. Kytöstä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen perustellaan lähinnä sillä itsellään. Mainintaa vääristä tuomioista (miscarriages of justice) voi toisaalta tulkita viittauksena luotettavuusfunktion mukaiseen pyrkimykseen välttää aineellisesti väärää tuomioita.<sup>682</sup>

<sup>680</sup> Funke v. France, 25.2.1993 (kohta 44), Tapanila 2019b s. 50, Jackson – Summers 2012 s. 248–249, Guinchard – Buisson 2018 s. 403. Goss on perustellusti kritisoinut ihmisoikeutta horjuvuudesta siinä, miten ja millä perusteilla se katsoo oikeuksien – kuten itsekriminointisuojan – olevan johdettavissa tietyissä tapauksissa EIS:n artiklan sanamuodon ulkopuolelta. Eräissä tapauksissa tyydytään näet toteamaan, että jokin oikeus ei ole johdettavissa, koska sitä ei nimenomaisesti sopimuksessa mainita (Goss 2014 s. 89–105 ja siellä viitatu tapaukset). Dahlberg 2015 s. 14 huomauttaa, että jäsenvaltioiden velvoitteiden laajentaminen voi vaarantaa koko järjestelmän legitimitiyden. Ks. myös Helfer 2008 s. 74.

<sup>681</sup> John Murray v. the United Kingdom [GC], 8.2.1996 (kohta 45). Ks. myös Koponen 2006 s. 143.

<sup>682</sup> Trechsel 2005 s. 347–348.

Arkijärki viittaisi vahvasti siihen, että ainoastaan syyllisillä on intressi salata asioita, kun taas syytön vastaaja kertoisi avoimesti, mitä on tapahtunut.<sup>683</sup> Pakottaminen todistamaan itseään vastaan saattaisi kuitenkin johtaa myös siihen, että vastaaja antaa valheellisen kertomuksen. Tästä näkökulmasta itsekriminointisuoja ei nähdäkseeni niinkään perustu esimerkiksi rikoksensa tunnustamisen vaikeuteen kuin siihen, että poistetaan kannustin valehdella. Jos henkilö pitää valehtelua ainoana vaihtoehtonaan, saadaan epäluotettavia ja mahdollisesti jopa rikoksen selvittämistä haittaavia todisteita. Tällöin olisi prosessin kannalta edullisempaa sallia vaikeneminen. Joka tapauksessa voidaan yhtyä siihen Launialan johtopäätökseen, että vaikka itsekriminointisuoja ei aina edistä tietojen saamista, se ei vaikuta haitallisesti aineellisen totuuden saavuttamiseen.<sup>684</sup>

Jos henkilö on erehtynyt ”puhumaan itsensä pussiin”, luotettavuus ei lähtökohtaisesti vaarannu. Jos hän esimerkiksi olettaa olevansa velvollinen puhumaan totta, omaa tai läheisen rikosta koskeva tieto voi hyvinkin olla tosi. On tietenkin mahdollista, että henkilö paljastaa eri tavoin pakotettunakin todennukaisia tietoja. Niinpä luotettavuusfunktion mukaista olisi sallia aina myötävaikuttamattomuusperiaatetta loukkaamalla saatu todistelu ja arvioida, onko sen luotettavuus yksittäistapauksessa vaarantunut vai ei. Toisaalta voidaan huomauttaa, että epäillyn vääräkin tunnustus on omiaan vaikuttamaan tutkinnan suuntautumiseen ja aiheuttamaan vahvistusharhan (ks. edellä luku 2.2.5). Itsekriminointisuoja voikin edistää tuomion oikeellisuutta myös korostamalla sitä, että rikosprosessissa on pyrittävä hankkimaan ulkopuolista, objektiivisesti uskottavaa todistelua eikä tyytyä vastaajan kertomukseen, joka voi olla eri syistä virheellinen ja tämä voi paljastua vasta myöhäänkin.<sup>685</sup>

Myöhemmin samana vuonna EIT kehitti oikeusohjeita edelleen suuren jaoston Saunders-ratkaisussa, joka koski rikosprosessin ulkopuolella sanktion uhalta saatujen tietojen käyttämistä syytteen tukena. Ratkaisun perusteluissa viitataan ensin John Murray -ratkaisussa esitettyyn väärrien tuomioiden välttämisen funktioon. Viittausta on kuitenkin pehmennetty lisäämällä, että itsekriminointisuojoilla on ”muun muassa” tämä tavoite. Tämän jälkeen suojan todetaan erityisesti perustuvan sille ajatukselle, että syyte tulee näyttää toteen turvautumatta todisteluun, joka on hankittu vastaajan tahdonmuodostusta loukkaamalla. Tässä merkityksessä itsekriminointisuoja on EIT:n mukaan läheisesti kytköksissä myös syyttömysolettamaan. Myös seuraavassa perustelukappaleessa annetaan keskeinen merkitys vastaajan tahdonmuodostukselle.<sup>686</sup>

<sup>683</sup> Hormia 1978 s. 113 ja 175–176, Zuckerman 1989 s. 314–317, Bentham 1825 s. 241.

<sup>684</sup> Launiala 2013 s. 6. Ks. myös Trechsel 2005 s. 347–348 ja Hormia 1978 s. 175–176.

<sup>685</sup> Ks. Fredman 2018 s. 127–140.

<sup>686</sup> Saunders v. United Kingdom [GC], 17.12.1996 (kohdat 68 ja 69).

Launialan mukaan syyttömyysolettamasta johtuva syyttäjän todistustaakka on itsekriminointisuojan välttämätön edellytys, koska se mahdollistaa vastaajan passiivisuuden. Syyttäjän toimimisvelvollisuus ikään kuin vapauttaa vastaajan toimimisvelvollisuudesta. Toisaalta rikosprosessin kantajapuoli saisi epäoikeudenmukaista etua, jos vastaajan olisi edistettävä syyllisyytensä selvittämistä.<sup>687</sup> Kuten EIS 6 artiklan 2 kappaleen sanamuodosta ilmenee, syyttömyysolettama kumoutuu vasta, kun syyllisyys on laillisesti näytetty toteen. Kytkös itsekriminointisuojan ja syyttömyysolettaman kanssa voidaankin jäsentää myös siten, että todisteita hankittaessa vastaajaa tulee kohdella ikään kuin tämä olisi syytön, vaikka viranomaiset olisivatkin jo vakuuttuneita syyllisyydestä. Näin ymmärrettynä syyttömyysolettama asettaa menettelyllisiä vaatimuksia esitutkintaviranomaisille.<sup>688</sup>

Suuren jaoston Ibrahim-ratkaisussa vuodelta 2016 on pyritty kokoamaan ja sovittamaan yhteen oikeutta avustajaan, itsekriminointisuoja ja tiedonsaanti-oikeuksia koskevat oikeusohjeet. Lopputulos on verrattain onnistunut, joskin paikoin vaikeaselkoinen. Myös tätä ratkaisua selostetaan tarkemmin jäljempänä (luku 6.4.3). Itsekriminointisuojan funktion kannalta huomionarvoista on, että *vastaajan vaikenemistahdon suojaaminen* on perusteluissa nostettu suojan ensisijaiseksi tavoitteeksi. Vertaamalla toisiinsa Saunders-ratkaisun perustelukappaletta 68 ja Ibrahim-ratkaisun perustelukappaletta 266 voi havaita näiden funktioiden vaihtaneen paikkaa. Ei ole mielestäni ylitulkitavaa arvioida, että järjestys on valittu tarkoituksella korostaa vastaajan tahdonmuodostuksen suoja itsekriminointisuojan keskeisenä funktiona.<sup>689</sup>

Kokoavasti EIT:n oikeuskäytännön perusteella voidaan todeta, että luotettavuusfunktio ei ole ainakaan ensisijainen peruste itsekriminointisuojuille. On tosin selvää, että vastaajaan kohdistuva pakko voi vaikuttaa heikentävästi ainakin häneltä saatavan kertomuksen laatuun, mutta tällä argumentilla on lähinnä täydentävä merkitys. Kysymys on ensisijaisesti vastaajan tahdonautonomian suojaamisesta myös siinä tapauksessa, että vastaajan tahtona on olla myötävaikuttamatta rikoksensa selvittämiseen. Tällöin todisteet häntä vastaan on tasapuolisuuden (equality of arms) säilyttämiseksi etsittävä muilla tavoin kuin loukkaamalla tahtoa pysytellä passiivisena. Kysymys on totuuden tavoitteeseen nähden itsenäisestä menettelyllisestä oikeusturvasta. Rikosprosessioikeu-

<sup>687</sup> Launiala 2013 s. 5–6. Ks. myös Tapanila 2019b s. 29, Jackson – Summers 2012 s. 273–277 ja Trechsel 2005 s. 348.

<sup>688</sup> Lippke 2016 s. 17–18.

<sup>689</sup> Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohta 266): ”The right not to incriminate oneself is primarily concerned with respecting the will of an accused person to remain silent and presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused.” Vrt. Saunders v. United Kingdom [GC], 17.12.1996 (kohta 68), missä kyseinen fraasi on perustelukohdan lopussa, kun se Ibrahim-ratkaisussa on nostettu perustelukohdan alkuun ja tuomioiden oikeellisuus on siirretty loppuun.

den syväkenteessa sitä justifioi lähinnä yksilönvapaus, joka on demokraattisen oikeusvaltion keskeisiä arvoja.<sup>690</sup>

Itsekriminointisuojailla on EIT:n mukaan ydinalue (the very essence), johon kohdistuvat loukkaukset ovat peruuttamattomia ja loukkaavat siten myös EIS 6 artiklaa. Toisaalta oikeuskäytännöstä ilmenee myös nimenomaisesti, että kysymys ei ole ehdottomasta oikeudesta.<sup>691</sup> Tästä voidaan tehdä se vastakohtaispäätelmä, että erilaisia vastaperusteita voidaan ottaa punninnassa huomioon erityisesti silloin, kun loukkaus kohdistuu suojan ydinalueen ulkopuolelle. Ydinalueeksi ei kuitenkaan voida nykyisin määritellä pelkästään vastaajan oikeutta vaieta varsinaisessa rikosprosessissa.<sup>692</sup> Haasteellisia kysymyksiä liittyykin muun ohella siihen, oikeuttaako itsekriminointisuoja valehtelevaan ja millaisia aktiivisia toimia henkilöltä voidaan vaatia muissa menettelyissä. Pidän selvänä, että valehtelevä sijoittuu lähtökohtaisesti suojan reuna-alueelle.<sup>693</sup>

Suomessa, kuten useissa muissakin valtioissa, tunnustetaan itsekriminointisuojan lisäksi oikeus olla myötävaikuttamatta läheisensä rikoksen selvittämiseen. Todistelu-uudistuksen esitöistä ilmenee, että tämän vaikenemisoikeuden funktiona on yhtäältä ”suojella asianosaisen ja hänen läheisensä luottamuksellisia ja läheisiä suhteita, jotka voisivat vaarantua, jos toinen osapuoli olisi aina velvollinen kertomaan hänelle luottamuksellisesti uskottuja tai perhe-elämässä saatuja tietoja, jotka voivat olla toiselle haitallisia tai muuten arkaluonteisia”. Toisaalta viitataan luotettavuusfunktion: ”Todistamisvelvollisuus asettaisi osapuolen vaikeaan ristiriitatilanteeseen, jos hänen pitäisi valita valehtelemisen ja toiselle mahdollisesti haitallisten tietojen totuudenmukaisen kertomisen välillä. Tällaisessa tapauksessa voidaan myös asettaa kertomuksen luotettavuus kyseenalaiseksi.”<sup>694</sup>

EIT ei ole johtanut läheiskriminointisuojaan ihmisoikeussopimuksen määräyksistä. Suuren jaoston Van der Heijden -ratkaisussa läheiskriminointisuoja tarkasteltiin EIS 8 artiklan väitettynä loukkauksena, kun Alankomaiden prosessilainsäädännön oli tulkittu rajaavan avoparit lähiomaisen kieltäytymisoikeuden ulkopuolelle. Ihmisoikeustuomioistuin näyttää pitäneen ensisijaisena funktiona *perhe-elämän suojaa* valtiovallan perusteettomia puuttumisia vastaan. Toisaalta se viittasi Alankomaiden lainvalmisteluaineistoon, jossa lausutut

<sup>690</sup> Ks. Virolainen – Pölönen 2003 s. 273, Ervo 2005 s. 237–242, Jackson – Summers 2012 s. 242 ja 266–277, Tapanila 2019b s. 29–33 ja suomalaisesta oikeuskäytännöstä esim. KKO:n ratkaisut 2017:78 (kohta 10), 2016:96 (kohta 34), 2016:76 (kohta 17) 2015:6 (kohta 11), 2012:45 (kohta 41) ja 2009:80 (kohta 10).

<sup>691</sup> Ks. Jackson – Summers 2012 s. 256–257 ja oikeuskäytännöstä esim. Salduz v. Turkey [GC], 27.11.2008 (kohdat 51 ja 54–55) ja Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohdat 266–269).

<sup>692</sup> Tapanila 2010 s. 562–563.

<sup>693</sup> Ks. Hupli 2017 s. 76–77 ja 86–87 sekä KKO 2015:6.

<sup>694</sup> HE 46/2014 vp s. 74–75, Hormia 1978 s. 163–172, Pölönen – Tapanila 2015 s. 304, Rautio – Frände 2016 s. 138. Ks. common law’n osalta Cassidy 2006 s. 355–364.

perusteet vastaavat edellä siteerattua todistelu-uudistuksen kohtaa. Jäsenvaltioilla todettiin olevan laajahko harkintamarginaali vaikenemisoikeuden määrittämisen suhteen. EIT piti hyväksyttävänä, että avioliitolle annetaan vaikenemisoikeuden suhteen erityisstatus, ja hylkää valituksen.<sup>695</sup>

Nähdäkseni voidaan todeta, että myös läheiskriminointisuojan osalta luotettavuusfunktiolla on merkitystä lähinnä täydentävänä argumenttina ja ensisijainen funktio on prosessinulkoiseksi intressiksi jäsenyvä perhe-elämän suoja. Toisaalta läheisen vaikenemistahdon kunnioittaminen voidaan pitkälti rinnastaa vastaajan vaikenemistahdon kunnioittamiseen. Läheiskriminointisuojaalla on näin jäsenennettynä itseksiminointisuojaa tehostava vaikutus. Jo tämän yhteyden vuoksi olisi mielestäni luontevaa samastaa suojan muodot keskenään mahdollisimman pitkälle. Tälle tulkinnalle on saatavissa tukea ratkaisun KKO 2017:65 perusteluista, joissa läheisen vaitiolo-oikeutta on arvioitu itseksiminointisuoja koskevien oikeusohjeiden valossa ja todettu, ”ettei läheiskriminointisuoja ole perusteita ulottaa ainakaan pidemmälle kuin itseksiminointisuoja”.<sup>696</sup>

## 6.2 KOHDE

### 6.2.1 Itse- tai läheiskriminoivat todisteet

Myötävaikuttamattomuusperiaatteen suoja eivät EIT:n oikeuskäytännön mukaan nauti itseksiminoinvat tiedot sinänsä, vaan kiellettyä on pakottaa suojan kohteena oleva henkilö tahtonsa vastaisesti luovuttamaan tietoja, joita käyttääntään häntä vastaan.<sup>697</sup> Näin ollen myötävaikuttamattomuusperiaatteen kohteeksi voitaisiin määritellä ensisijaisesti todistusmetodi – rikoksesta epäillyn vaikenemistahdon loukkaaminen ja näin saadun tiedon käyttäminen häntä vastaan rikosprosessissa. Kohteen jäsentämiseksi on siten tarpeen tarkastella paitsi myötävaikuttamattomuusperiaatteen henkilöllistä kohdentumista myös sellaisia menettelyjä, jotka loukkaavat suojaa. Kysymys on saman asian eri puolista, sillä henkilön oikeutta olla myötävaikuttamatta itsensä tai läheisensä rikoksen selvittämiseen täytyy vastata viranomaisten velvollisuus kunnioittaa tuota oikeutta.

On syytä lyhyesti selvittää myös itseksiminoinvien tietojen suojan aspektia,

<sup>695</sup> Van der Heijden v. the Netherlands [GC], 3.4.2012 (kohdat 25 ja 65–69).

<sup>696</sup> Samoin Tapanila 2019b s. 252–256

<sup>697</sup> Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohta 267), Hirvelä – Heikkilä 2017 s. 419. Itseksiminointisuojan sisältö voidaan Jacksonin ja Summersin mukaan jakaa kolmeen osatekijään. Ensinnäkin saadun todisteen tai tiedon tulee olla käytettävissä antajaansa vastaan eli sen tulee olla laadultaan (itse)ksiminoinva. Toiseksi hankkimiseen tulee liittyä jonkinlaista pakottamista, ja kolmanneksi menettelyn tulee loukata vastaajan vaikenemistahdot (Jackson – Summers 2012 s. 251–256).

vaikka tiedot itsessään eivät olekaan todistelunrajoitteen kohteena. Selvää on, että tapahtuneen rikoksen suullinen paljastaminen kokonaisuudessaan esimerkiksi tunnustamalla merkitsee itsekriminoivaa tietoa. Välittömästi itsekriminoivina voidaan pitää myös vähäisempiä tietoja, joilla on suoraan merkitystä sen osoittamiseksi, että tiedon paljastanut henkilö on syyllistynyt rikokseen. Nämä voivat olla todistusosaisen tai apuosaisen asemassa. Saunders-ratkaisun mukaan suoja koskee myös sellaisia tietoja, joita voidaan käyttää syyllisyyden osoittamiseksi välillisesti, esimerkiksi heikentämällä puolustuksen väitteiden uskottavuutta. Tehokkuusperiaatteen kannalta tämä on perusteltu lähtökohta. Ratkaisevaa on se, käytetäänkö jotain tietoa tosiasiallisesti kuultavan – tai tämän läheisen – syyllisyyden osoittamiseen.<sup>698</sup>

Saunders-tapauksessa oli kysymys panimoyhtiö Guinnessin johtajan osallisuudesta yritysjärjestelyn yhteydessä toteutettuun osakehinnan keinotekoiseen nostamiseen. EIT piti itsekriminoivana tietona muun muassa valittajan lausuntoa siitä, että hän oli suostunut järjestelyyn liittyneeseen viiden miljoonan punnan suoritukseen. Tätä tietoisuutta käytettiin todisteena syytteen tueksi, joten se oli itsekriminoivan ”suuntainen” (”tended to incriminate him”). Olennaista oli se, että tällaisia sinänsä yleisluontoisiakin pakollia saatuja lausumia voitiin käyttää myöhemmässä rikosprosessissa vastaajan vahingoksi muun muassa hänen uskottavuutensa kyseenalaistamiseksi. Itsekriminoivan tiedon määritelmän kannalta keskeistä onkin se, miten pakottamalla saatua tietoa käytetään rikosprosessissa.<sup>699</sup>

EIT:n ratkaisuissa itsekriminointisuoja rinnastetaan *oikeuteen vaieta* tai ainakin ne useissa ratkaisuissa mainitaan yhdessä.<sup>700</sup> Näillä oikeuksilla on kuitenkin teoriassa eräs merkityksellinen ero: Oikeus vaieta kohdistuu vain suullisiin lausumiin, mutta toisaalta se oikeuttaa vastaajan vaikenemaan kokonaan, siis myös itselleen edullisten seikkojen osalta.<sup>701</sup> Todistelunrajoitteen kohteena on tällöin kuultava todistuskeinona eivätkä itse- tai läheiskriminoivat tiedot todistustee- mana. Vaikenemisoikeus äärimmilleen vietyinä tarkoittaakin oikeutta kieltäytyä myötävaikuttamasta rikosasian selvittämiseen millään tavalla. Sitä voidaan nimittää myös kokonaiskieltäytymisoikeudeksi. Käytännössä erolla ei liene juurikaan merkitystä, koska kuultavat yleensä vaikenevat nimenomaan itselleen tai läheiselleen epäedullisista tiedoista.

<sup>698</sup> Ks. Tapanila 2010 s. 565, missä huomautetaan myös, että pintapuolisesti neutraalitkin lausunnot voivat rajoittaa vastaajan puolustuksen järjestämistä.

<sup>699</sup> Saunders v. United Kingdom [GC], 17.12.1996 (kohdat 31, 71 ja 72). Ks. myös Tapanila 2010 s. 563–565, missä huomautetaan, että aikaisemmat tiedot ovat omiaan heikentämään puolustuksen asemaa mahdollisena vertailuaineistona myöhempien kertomusten kanssa ja (pitkälti tästä syystä) rajoittamaan puolustuksen järjestämistä eli ns. juttuteoriaa.

<sup>700</sup> Ks. esim. John Murray v. the United Kingdom [GC], 8.2.1996 (kohta 45) ja Bykov v. Russia [GC], 10.3.2009 (kohta 92).

<sup>701</sup> Tapanila 2010 s. 559, Trechsel 2005 s. 342, Jackson – Summers 2012 s. 248–249.

Kuten seuraavassa alaluvussa ilmenee, myötävaikuttamattomuusperiaate ei kaikissa tapauksissa oikeuta kieltäytymään todistamasta kokonaan vaan ainoastaan siltä osin kuin kysymys on itse- tai läheiskriminoivasta tiedosta. Tällöin rajoitteen kohteena on myös todistusteema ja kuultavan totuusvelvollisuus säilyy muilta osin voimassa normaalisti. Erona edellä tarkasteltuun tilanteeseen on, että kuultava ei nyt ole oikeutettu vaikenemaan kokonaan. Hänen lienee lisäksi nimenomaisesti vedottava vaikenemisoikeuteensa sen sijaan, että esimerkiksi valehtelisi salatakseen tietoja (KKO 2015:6 ja 2017:78). Itse- tai läheiskriminoivan tiedon määritelmä on tarpeen myös tällaisten tilanteiden vuoksi. On kuitenkin muistettava, ettei nykyään suoja saa pelkästään todistusteema, vaan kiellettyä on painostaa vaikenemaan oikeutettua paljastamaan tietoja.

Saunders-ratkaisussa on linjattu myös, ettei itsekriminointisuoja estä viranomaisia hankkimasta – tarvittaessa pakkokeinoihin turvautumalla – sellaisia *reaalitodisteita*, jotka ovat olemassa vastaajan tahdosta riippumatta. Käytännössä tämä tarkoittaa erilaisia reaalityodisteita ja kehosta otettavia näyttöjä.<sup>702</sup> Sen sijaan kiellettyä on pakottaa suojattu henkilö aktiivisesti luovuttamaan reaalityodisteita tai paljastamaan niiden sijainnin. Tämä voidaan näet rinnastaa vaikenemistahdon murtamiseen. Itsekriminointisuoja sovelletaan siten todistuskeinoneutraalisti eikä sitä ole mahdollista kiertää sallimalla vastaajan vaikeneminen ja samalla pakottamalla tämä luovuttamaan reaalityodisteita aktiivisin toimin. Sallittua on kuitenkin velvoittaa henkilö sietämään laillisin pakkokeinoin tapahtuvaa reaalityodisteiden etsimistä jopa hänen kehostaan.<sup>703</sup>

Rajanvetoa voidaan havainnollistaa kotietsintää koskevalla esimerkillä. Sallittua on, että viranomaiset rikosepäilyyn perusteella suorittavat epäillyn asuntoon etsinnän. Jos asunnosta löytyy esimerkiksi asiakirjoja, jotka sisältävät tietoja rikoksesta, niiden takavarikoiminen on täysin sallittua, vaikka epäilty sitä vastustaisikin. Tiedot itse eivät nauti itsekriminointisuoja. Epäiltyä ei kuitenkaan voida velvoittaa esimerkiksi sakon tai vankeuden uhalla paljastamaan asiakirjojen sijaintipaikkaa, koska tällöin hänet pakotettaisiin aktiivisin toimin edistämään oman rikoksensa selvittämistä.

Läheiskriminoivia tietoja on paikoin suojattu laajemmin kuin itsekriminoinvia tietoja, kuten jäljempänä havaitaan (luku 6.4.2). Tämä antaa aiheen kysyä, liittyykö läheiskriminointisuojaan myös sellainen todistusteemaelementti, jota itsekriminointisuojaan ei liity. Saavatko ainakin jossain määrin läheiskriminoivat tiedot sinänsä suoja? Jos näin on asian laita, olisi johdonmukaista, että läheiseltä asianmukaisesti esitutkinnassa saadun kertomuksenkin käyttöä todis-

<sup>702</sup> Saunders v. United Kingdom [GC], 17.12.1996 (kohta 69).

<sup>703</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 148, Tapanila 2019b s. 32, Ervo 2005 s. 240–241, Virolainen – Pölönen 2003 s. 273 ja EIT:n oikeuskäytännöstä Funke v. France, 25.2.1993 (kohta 44) ja Yhdysvaltain oikeuskäytännöstä vastaavasti jo Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886).

teena voidaan rajoittaa, jos läheinen oikeudenkäynnissä vetoaa vaitiolo-oikeuteen. Mielestäni oikeampi tulkinta olisi kuitenkin se, että perhe-elämän suojalla ei voida perustella kohteeltaan olennaisesti laajempia todistelunrajoitteita. Läheiskriminointisuojojen olisi katsottava koskevan viranomaisten epäasianmukaista menettelyä tietojen saamiseksi, mutta ei tietojä itsessään.<sup>704</sup>

## 6.2.2 Suojatut henkilöt

Asianosaisten todistamisvelvollisuuden sisällön ilmaisevasta totuusvelvollisuudesta säädetään OK 17:26:ssä. Sen merkitys todistelunrajoitteena on teoreettisesti mielenkiintoinen. Rikosasian asianosaisten todistamisvelvollisuudet poikkeavat sisällöllisesti paitsi positiivisesta totuusvelvollisuudesta myös toisistaan. *Asianomistajalla* on rikosprosessissa negatiivinen totuusvelvollisuus, joka tarkoittaa, että hänellä ei ole velvollisuutta kertoa asiasta mitään eikä vastata kysymyksiin, vaan hän voi halutessaan vaieta ja kieltäytyä luovuttamasta reaalityodisteita. Jos asianomistaja suostuu todistamaan joltain osin, hänen on kuitenkin pysyttävä totuudessa. Negatiivisen totuusvelvollisuuden vuoksi on mahdollista, että asianomistaja jättää kertomatta joitain asian selvittämiseksi tarpeellisia tietoja ja rajoittaa näin todistelua.<sup>705</sup>

*De lege ferenda* voidaan kysyä, onko asianomistajan (samoin kuin riita-asian asianosaisen) totuusvelvollisuutta koskeva sääntely sanktioiden puuttumisen vuoksi mielekäs, ja toisaalta, miksi asianomistajalle ei voitaisi asettaa positiivista totuusvelvollisuutta. VETL:n esitöissä todetaan asianomistajalla olevan oikeus olla vetoamatta itselleen edulliseen seikkaan tai jättää kertomatta jotain häveliäisyysyistä.<sup>706</sup> VOK 17:61:n totuusvakuutuksin tapahtuneen kuulemisen osalta Tirkkonen viittaa asianosaisten tasapuolisuuteen katsoen, että on vastaajalle epäedullista, jos sääntely on eriytetty.<sup>707</sup> RL 15:1:n alkuperäisissä esitöissä taas katsotaan, että asianosaisen totuusvelvollisuuden tehostaminen rangaistusuhalla olisi epätarkoituksenmukaista, koska se voisi aiheuttaa rajanveto-ongelmia suhteessa ”tosiseikkojen ymmärrettävään omasta näkökulmasta painottamiseen”. Lisäksi arvioitiin, että uhka saattaisi olla liiankin tehokas ja aiheuttaa sen, etteivät asianosaiset kertoisi mitään,

<sup>704</sup> Vrt. Pölönen 2003 s. 263 ja Hormia 1979 s. 72–73.

<sup>705</sup> HE 46/2014 vp s. 95, Melander 2012 s. 103–105, Virolainen – Pölönen 2004 s. 211–214, Niemi-Kiesiläinen 2004 s. 322–324, Viljanen 2001 s. 1005–1007. Ratkaisussa KKO 2000:71 todettiin, että asianomistajan vaikenemisoikeus oikeudenkäynnissä perustui negatiiviseen totuusvelvollisuuteen eikä VOK 17:20:n kokonaiskieltäytymisoikeutta (josta lisää jäljempänä) sovelleta häneen. Vastaavasti voitaisiin katsoa laajemminkin, että ainoastaan positiivisesti totuusvelvollisen olisi vedottava kieltäytymisoikeuteen tai -velvollisuuteen kieltäytyessään todistamasta (OK 17:23.1).

<sup>706</sup> HE 14/1985 vp s. 28. Ks. myös Melander 2012 s. 104, missä kyseenalaistetaan asianomistajan vaitiolo-oikeuden perusteet.

<sup>707</sup> Tirkkonen 1949 s. 253.



mistä ovat epävarmoja.<sup>708</sup> Mikään mainituista perusteista ei tunnu täysin vakuuttavalta etenkin negatiivisen totuusvelvollisuuden osalta.

Asianomistajan negatiivinen totuusvelvollisuus johtaa toisaalta siihen, että he voivat lähtökohtaisesti seuraamuksitta jättää kertomatta paitsi itselleen epäedullisia myös vastaajalle edullisia seikkoja. Onkin huomattava, että asianomistajan negatiivinen totuusvelvollisuus merkitsee puhtaasti todistuskeinon kohdistuvaa rajoitetta ja rinnastuu tässä mielessä kokonaiskieltäytymisoikeuteen. Todistelu-uudistuksen esitöissä mainitaan melko vaarallisen kuuloisesti, että positiivinen totuusvelvollisuus ei tule kysymykseen, koska ”asianomistajalla voi olla vaikea motivaatiotilanne, jos yhtäältä hänellä olisi rangaistusuhkainen totuusvelvollisuus ja toisaalta hän haluaa saada syytetyn tuomitukseksi”.<sup>709</sup> Pelkkä halu saada syytetty tuomitukseksi ei voi saada oikeusjärjestyksen suojaa vastoin syyttömän suojaamisen tavoitetta.

Eräs keskustelun kohteena ollut kysymys on se, saako asianomistaja jättää kertomatta asioita siten, että seurauksena on vääristynyt kertomus. Tällaista mahdollisuutta ovat puoltaneet *Pekka Viljanen*, Rautio ja Frände sekä ainakin osin Virolainen ja Pölönen. Toista kantaa on edustanut Jokela.<sup>710</sup> Hallituksen esitys ei näyttäisi vastaavan kysymykseen selvästi, vaan siinä esitetty kanta jättää tilaa kummallekin tulkinnalle: ”Asianomistajalla ei ole velvollisuutta antaa kertomusta tai vastata kysymyksiin (KKO 2000:71). Jos hän näin tekee, hän ei saa antaa vääriä tietoja eikä myöskään salata asiaan liittyviä tietoja.” Pölönen ja Tapanila katsovat negatiivisesta totuusvelvollisuudesta seuraavan, että asianomistaja ei voi kertoa pelkästään vetoamistaan seikoista ja sitten kieltäytyä vastaamasta hänelle esitettäviin kysymyksiin. Sen sijaan asianomistaja voisi ilmeisesti jättää joitain seikkoja kertomatta oma-aloitteisessa kertomuksessaan.<sup>711</sup>

Esitöissä lausuttua on mielestäni tulkittava sanamuodon mukaisesti, mistä seuraisi, että asianomistaja voi pelkästään antaa oman lausumansa ja sen jälkeen vaieta yhtä hyvin kuin vaieta kokonaankin. Lisäksi pidän sallittuna, että hän vastaa kysymyksiin pää- tai vastakuulustelussa valikoiden eli kieltäytyy vastaamasta joihinkin kysymyksiin. Tämä nimenomaan on negatiivisen totuusvelvollisuuden sisältö. Asianomistaja on kuitenkin velvollinen puhumaan totta siltä osin kuin hän kertoo jotain tai vastaa johonkin kysymykseen (”Jos hän näin tekee –”). Lisäksi vastaamasta kieltäytyminen voidaan ottaa OK 17:6.1:n mukaisesti näyttönä huomioon arvioitaessa asianomistajan kertomuksen uskot-

<sup>708</sup> HE 6/1997 vp s. 23–24. Ks. myös Virolainen – Pölönen 2004 s. 214–216 ja Viljanen 2013 s. 146–147.

<sup>709</sup> HE 46/2014 vp s. 33.

<sup>710</sup> Viljanen 2013 s. 147–148, Rautio – Frände 2016 s. 199, Virolainen – Pölönen 2004 s. 214 ja av. 200, vrt. Jokela 2012 s. 25–26.

<sup>711</sup> Pölönen – Tapanila 2015 s. 390.

tavuutta. Käytännössä vaikeneminen heikentää uskottavuutta, jos esimerkiksi vastakuulustelukysymykset ovat asianmukaisia.<sup>712</sup>

*Vastaajalla* ei sen sijaan ole totuusvelvollisuutta lainkaan eli ei edes negatiivista totuusvelvollisuutta. Erona negatiiviseen totuusvelvollisuuteen on, että jos vastaaja suostuu todistamaan joltain osin, hän saa antaa tietoisesti totuudenvastaisen kertomuksen. Vastaajalla on siten vaikenemisoikeuden lisäksi valehtelemisoikeus, mikä merkitsee pidemmälle menevää todistamisvelvollisuuden rajoitusta kuin negatiivinen totuusvelvollisuus. Valehtelemisoikeutta on hieman haasteellista johtaa itsekriminointisuojusta, joka lähtökohtaisesti oikeuttaisi vastaajan vain vaikenemaan eikä sen sijaan aktiivisesti haittaamaan rikoksen selvittämistä vetoamalla esimerkiksi väärään alibiin.<sup>713</sup> Myötävaikuttamattomuusperiaate ei oikeastaan estäisi jopa rankaisemasta vastaajaa valehtelusta, jos katsotaan tällä olevan vaihtohtona jättäytyä passiiviseksi aktiivisen valehtelun asemasta.<sup>714</sup>

Itsekriminointisuoja koskee jokaista rikoksesta epäiltyä ja vastaajaa. Suojan henkilöllistä soveltuvuutta on mielestäni perusteltua tulkita samoin kuin EIS 6 artiklan suojaa, joten se voisi aktualisoitua ensinnäkin, kun viranomaisen ilmoittaa henkilölle tähän kohdistuvasta rikosepäilystä (ilmoitusperuste). Toisaalta soveltuminen alkaa jo siitä hetkestä, kun viranomaiset ovat ryhtyneet joihinkin henkilön asemaan tosiasiallisesti vaikuttaviin toimiin rikosepäilyn perusteella (vaikutusperuste). Itsekriminointisuoja on siten voimassa esimerkiksi kuulustelussa, jossa kuultava on tosiasiallisesti epäiltynä rikoksesta, vaikka poliisi ei ilmoittaisikaan epäilystä.<sup>715</sup> Suojaa ei siten voida kiertää lykkäämällä tai laiminlyömällä ilmoitusta. Yksinkertaisuuden ja yhdenmukaisuuden vuoksi olisi mielestäni perusteltua, että myös läheisen asemaa tarkastellaan samalla tavalla.

Vaikutusperusteen kannalta huomionarvoinen on ETL 4:9.1:n säännös, jossa edellytetään, että kun henkilöön kohdistetaan esitutkintatoimenpiteitä, hänelle on mahdollisimman nopeasti ilmoitettava hänen asemansa esitutkinnassa. ETL:n esitöiden mukaan esitutkintatoimenpiteen käsitettä ei ole määritelty täsmällisesti, koska sen sisältö kussakin yksittäistapauksessa riippuu jossakin määrin asiayhteydestä. Sillä tarkoitetaan esitutkintavirkamiehen suoritettavaa

<sup>712</sup> Esitutkintakertomuksen käyttämiseen sanoutuissa tilanteissa palataan hieman jäljempänä (luku 6.4.2).

<sup>713</sup> Hupli 2017 s. 76–77, Rautio – Frände 2016 s. 199, Virolainen – Pölönen 2004 s. 304–305. Termiä ”valehtelemisoikeus” käytetään myös todistelu-uudistusta koskevassa lakivaliokunnan mietinnössä (LaVM 19/2014 vp s. 15). Myös vastaajalle oli joskus asetettu negatiivinen totuusvelvollisuus (Aalto 1967 s. 15–16).

<sup>714</sup> Ks. Allen v. the United Kingdom [dec.], 10.9.2002 ja Tapanila 2019b s. 134–137.

<sup>715</sup> Ks. Koponen 2006 s. 136, Simeonovi v. Bulgaria [GC], 12.5.2017 (kohdat 110–111) ja niissä viitattu oikeuskäytäntö, erityisesti Deweer v. Belgium, 27.2.1980 (kohdat 42–46). Deweer-ratkaisun mukaan EIT ei voi tyytyä siihen, miltä asiat näyttävät, vaan se tutkii, mitä on tosiasiaassa tapahtunut.

toimenpidettä, jolla pyritään esitutkinnassa selvitettävän asian selvittämiseen. Myös PKL:sta tai PolL:sta tulevien toimivaltuuksien käyttäminen kuuluu käsitteen piiriin.<sup>716</sup> Esitutkintatoimenpiteeseen ryhtyminen täyttää siten vaikutusperusteen ja edellyttää toisaalta kansallisen lainsäädäntömmekin mukaan, että kohteelle ilmoitetaan hänen asemansa esitutkinnassa.

Asiassa KKO 2017:78 A:ta oli kuultu käräjäoikeudessa takaisinsaantia konkurssipesään koskevan asian pääkäsittelyssä vastaajayhtiön edustajana henkilökohtaisesti todistelutarkoituksessa ja toisessa vastaavassa asiassa asianosaisena henkilökohtaisesti todistelutarkoituksessa. Ennen kuulemistaan näissä oikeudenkäynneissä A:ta oli kuultu rikoksesta epäiltynä velallisen rikoksia koskevassa esitutkinnassa, joka liittyi takaisinsaantioikeudenkäyntien kohteena oleviin toimiin. A:lle vaadittiin rangaistusta törkeästä petoksesta ja petoksesta, koska hän oli hankkiakseen edustamalleen yhtiölle ja itselleen oikeudetonta taloudellista hyötyä erehdyttänyt käräjäoikeutta kertomalla todistelutarkoituksessa henkilökohtaisesti kuultuna totuudenvastaisesti takaisinsaantikanteiden perusteita koskevista seikoista.

KKO totesi, että asianosaisella on riita-asiassa pääsääntöisesti positiivinen totuusvelvollisuus. Koska velallisen rikoksia koskevassa asiassa ja takaisinsaantioikeudenkäynneissä selvitettävänä olivat olleet samat epäselvyydet, kysymys oli sinänsä itsekriminointisuojaan tarkoittamista tilanteista, joissa A oli myös saanut käyttää todistelutarkoituksessa kuultavan kieltäytymisoikeutta. Ratkaisuun KKO 2015:6 viitaten KKO kuitenkin katsoi, että koska A olisi voinut kieltäytyä antamasta kertomusta, kysymys ei ollut ollut pakotamisesta. Toisaalta A katsoi olleensa käytännössä pakotettu antamaan kertomuksen, koska vaikenemiseen olisi voitu vedota rikosasiassa osoituksena hänen syyllisyydestään. Tämän perusteen osalta KKO totesi, että A oli tällaisessa intressikonfliktissa nimennyt itsensä kuultavaksi ja pyrkinyt voittamaan takaisinsaantiasiat totuudenvastaiset kertomukset antamalla. A:n ei olisi kuitenkaan ollut mahdollista pysyä totuudessa tai kieltäytyä todistamasta, joten syyttä ei olisi tullut hylätä itsekriminointisuojaan perusteella.

Ei ole aivan selvää, missä vastaajan puuttuvasta totuusvelvollisuudesta säädetään. OK 17:18.1 oikeuttaisi sanamuotonsa perusteella vastaajan kieltäytymään todistamisesta ainoastaan siltä osin kuin kertomus olisi hänelle vastainen. Toisaalta asianosaisen totuusvelvollisuutta koskevassa OK 17:26:ssä ei mainita rikosasian vastaajaa, ja pykälän perusteluissa todetaan, ettei vastaajalla ole totuusvelvollisuutta lainkaan.<sup>717</sup> KKO on katsonut, että OK 17:17.1:a vastaava VOK 17:20:ä ei sovellettu asianomistajaan, koska hänellä ei ole positiivista totuusvelvollisuutta (KKO 2000:71). Tästä seuraisi mielestäni johdonmukaisesti, että totuusvelvollisuus modifioi kuultavan todistamisvelvollisuutta ensisijaisesti ja todistamasta kieltäytymään velvoittavat tai oikeuttavat säännökset vasta

<sup>716</sup> HE 222/2010 vp s. 166–167, Fredman ym. 2020 s. 314–315.

<sup>717</sup> HE 46/2014 vp s. 26, 76–77 ja 95. Ks. lisäksi ROL 6:5.3, jossa myös säädetään asianomistajan negatiivisesta totuusvelvollisuudesta, mutta tässäkin säännöksessä ei mainita vastaajaa.

toissijaisesti silloin, kun henkilöllä on lähtökohtaisesti positiivinen totuusvelvollisuus.<sup>718</sup>

Velvollisuutta puhua totta ei voida käytännössä valvoa todistelumenettelyn aikana. Ei ole myöskään olemassa varmaa keinoa pakottaa asianomistajaa puhumaan totta siltä osin kuin hän suostuu todistamaan. Asianomistajallakin on tosiasiallisesti oikeus valehdella oikeudenkäynnissä, koska totuusvelvollisuuden tehosteeksi ei ole voimassa rangaistusuhkaa (vrt. RL 15:1). Tähän liittyy erikoisuus, jota Viljanen on kritisoinut perustellusti. Asianomistaja voi nimittäin RL 15:2:n mukaan syyllistyä esitutkinnassa perättömään lausumaan. Ongelman merkitystä vähentää se, että niin asianomistajaan kuin vastaajaankin kohdistuu väärää ilmiantoa koskeva rangaistusuhka. Totuusvelvollisuuden kannalta huomionarvoisia ovat myös petosta, kunnianloukkausta ja törkeän rikoksen ilmoittamatta jättämistä koskevat aineelliset rangaistus-säännökset, joihin valehtelemalla voi syyllistyä.<sup>719</sup>

Edellä on todettu, että luopuminen asianosaisten ja todistajien väliin sijoittuneesta kuultavien kategoriasta on johtanut erilaisiin todistajatyyppeihin. OK 17:29.2–3:ssa ei kuitenkaan säädetä mitään niissä tarkoitettujen *epävarsinaisten todistajien* todistamisvelvollisuuden sisällöstä. Säännöksistä ilmenee, että epävarsinaista todistajaa ei voida sakolla tai vankeudella painostaa täyttämään sisällöllistä todistamisvelvollisuuttaan. Tähän nähden olisi esitöiden mukaan ristiriitaista edellyttää vakuutuksessa positiivista totuusvelvollisuutta. Lisäksi RL 15:13.2:n rajoitussäännös koskee epävarsinaisia todistajia, joten heihin ei sovelleta perätöntä lausumaa tuomioistuimessa koskevia säännöksiä. Todistamisvelvollisuutta täytynee arvioida sen mukaan, mihin asianosaiseen epävarsinainen todistaja rinnastuu.<sup>720</sup>

Rautio ja Frände katsovat, että asianomistajatodistajan totuusvelvollisuus olisi lähtökohtaisesti positiivinen.<sup>721</sup> Kanta on ristiriidassa sen todistelu-uudistuksen yleisperusteluissa esitetyn toteamuksen kanssa, että olisi kohtuutonta asettaa asianomistajatodistajalle ”täysin samanlainen todistamis- ja totuusvelvollisuus” kuin varsinaiselle todistajalle.<sup>722</sup> Lähtökohtaisesti positiivista totuusvelvollisuutta voitaisiin perustella lähinnä sillä, että asianomistajaan soveltuu

<sup>718</sup> Ks. myös Melander 2012 s. 110: ”Asianomistajan vaitiolo-oikeus ei perustu missään olosuhteissa – lähiomaissuojaan, vaan vaitiolo-oikeutta on arvioitava yksin yleisen asianomistaja-asemaan perustuvan vaitiolo-oikeuden perusteella.”

<sup>719</sup> HE 46/2014 vp s. 143, Viljanen 2013 s. 146–147, Virolainen – Pölönen 2004 s. 214–215.

<sup>720</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 30–33, 105 ja 144. Eräs muodollisen todistamisvelvollisuuden eroavaisuus kuitenkin voidaan mainita. OK 17:49.1:n mukaan asianomistajaa, jolla ei ole asiassa vaatimuksia, kuullaan kuten asianosaista. Tämä tarkoittanee myös, että häntä kuullaan ennen vastaajaa. Kanssaepäiltyä sen sijaan kuullaan kuten todistajia yleensäkin eli vastaajan jälkeen (Rautio – Frände 2016 s. 210).

<sup>721</sup> Rautio – Frände 2016 s. 209–210.

<sup>722</sup> HE 46/2014 vp s. 33.

perätöntä lausumaa koskeva rangaistusuhka esitutkintavaiheessa ja tästä seuraisi ainakin RL 15:2:n sanamuodon valossa positiivinen totuusvelvollisuus. Nykyisen sääntelyn kannalta olisi kuitenkin perusteltua katsoa, että todistamisvelvollisuutta on modifioitu samoin kuin asianomistaja-asianosaisen osalta. Niinpä asianomistajatodistajalla olisi lähtökohtaisesti negatiivinen totuusvelvollisuus.<sup>723</sup>

Kanssaepäilyllän asemassa olevalla todistajalla ei sen sijaan ole esitutkinnaakaan rangaistusuhkaista totuusvelvollisuutta itsekriminointisuojaan vuoksi. Perättömään lausumaan viranomaismenettelyssä voi syyllistyä vain muu kuin rikoksesta epäilty rikosasian esitutkinnassa henkilökohtaisesti läsnä olevana kuulusteltaessa (RL 15.2.1:n 2 k.). Pölönen on katsonut VOK 17 luvun kuultavia koskeneen säännöksen osalta, ettei kenelläkään siinä tarkoitetuista vanhan järjestelmän mukaisista kuultavista olisi minkäänlaista totuusvelvollisuutta. Näin ollen heillä olisi myös oikeus valehdella, vaikka asia olisi heidän osaltaan jo lainvoimaisesti käsitelty.<sup>724</sup> Vastaavasti olisi johdonmukaisinta rinnastaa heidät myös nykyisen sääntelyn mukaisina epävarsinaisina todistajina vastaajaan, jolloin heillä ei olisi lainkaan totuusvelvollisuutta.

OK 17:17.1:n mukaan asianosaisen nykyinen tai entinen aviopuoliso taikka nykyinen avopuoliso, sisarus, sukulainen suoraan ylenevässä tai alenevassa polvessa taikka se, jolla on vastaavanlainen parisuhteeseen tai sukulaisuuteen rinnastuva läheinen suhde asianosaiseen, saa kieltäytyä todistamasta. Todistelu rajoittava vaikutus on samanlainen kuin edellä asianosaisten osalta on todettu, koska *läheistodistaja* saa kieltäytyä todistamasta kokonaan eli hänellä ei kieltäytyessään ole lainkaan sisällöllistä todistamisvelvollisuutta. Kyseessä on siten vaikenemisoikeus, joka oikeuttaa vaikenemaan myös läheisen kannalta edullisista tiedoista. Kieltäytymisoikeuden käyttämiseen sinänsä ei voida vedota todisteena, mutta läheistodistajan vaikenemistahdon aitoutta voidaan selvittää suojan murtamista koskevassa menettelyssä.

Läheisen kokonaiskieltäytymisoikeus ei kuitenkaan täysin rinnastu asianosaisen tai epävarsinaisen todistajan totuusvelvollisuutta koskeviin säännöksiin. Nyt kysymys on positiivisesti totuusvelvollisen henkilön kieltäytymisoikeudesta. Läheistodistaja on muun muodollisen todistamisvelvollisuuden ohella velvollinen antamaan todistajan vakuutuksen, jollei sille ole estettä (OK 17:44). Jos läheistodistaja suostuu todistamaan, hänellä ei ole oikeutta antaa vain osittaista kertomusta. Oikeudenkäynnissä annettua suostumusta ei voida peruuttaa, joten läheistodistaja on velvollinen suostumaan myös vastakuuluste-

<sup>723</sup> HE 46/2014 vp s. 32–33 ja 144, Pölönen 2003 s. 287–288. Käytännössä ”lähtökohtainen totuusvelvollisuus” tyhjenisi puheenjohtajan velvollisuuteen ilmoittaa tästä kuultavalle, mikä olisi ristiriitaista esitöissä todetuin tavoin. Vrt. myös Aalto 1967 s. 9–10, missä asianosaisen totuusvelvollisuutta vailla sanktion uhkaa pidetään (perustellusti) *lex imperfecta* -säännöksenä.

<sup>724</sup> Pölönen 2003 s. 295–303.

luun (OK 17:17.2). Läheistodistaja voi siten saattaa itseään sitovasti voimaan positiivisen totuusvelvollisuuden ja sitä tehostavat pakkokeino- ja rangaistus-säännökset. Asianosainen tai epävarsinainen todistaja eivät voi muuttua positiivisesti totuusvelvollisiksi tällä tavalla.<sup>725</sup>

Lainkohdassa tarkoitetun läheissuhteen tulee olla voimassa kuulemishetkelä. Siten avosuhteen päätyminen rikosprosessin aikana voi periaatteessa johtaa siihen, että kuultavalla on kokonaiskieltäytymisoikeus esitutkinnassa mutta ei enää pääkäsittelyssä. Mahdollista on sekin, että läheissuhde syntyy esitutkinnan jälkeen. Eräs kysymys on se, voidaanko entistä avopuolisoa pitää ”vastaavanlaisessa läheisessä suhteessa” olevana ja siten kieltäytymään oikeutettuna henkilönä. Harkinnassa tulee ottaa huomioon esimerkiksi se, kuinka pitkä aika avoliiton päättymisestä on kulunut, ja onko henkilöillä yhteisiä lapsia.<sup>726</sup>

Asianosaisen läheinen voi olla myös epävarsinaisen todistajan asemassa. Totuusvelvollisuus määräytyy tällöin epävarsinaista todistajaa koskevien oikeusohjeiden mukaan. Toisin sanoen läheisasianomistajatodistajalla olisi negatiivinen eikä positiivinen totuusvelvollisuus, vaikka hän suostuisikin todistamaan. Hänellä olisi käytännössä myös oikeus edellä todetuin rajoituksin valehdella oikeudenkäynnissä rangaistusuhan puuttumisen vuoksi mutta ei vastaavaa oikeutta esitutkinnassa. Jos läheistodistaja on kanssaepäilty laajassa merkityksessä, lienee vastaavasti katsottava, että hänelle ei voida asettaa totuusvelvollisuutta lainkaan. Kummassakin tapauksessa epävarsinaiset todistajat voisivat vedota osittaiseen kieltäytymisoikeuteensa, mikä johtaisi vastaavaan lopputulokseen. Läheisasema tulee joka tapauksessa ottaa huomioon näytön arvioinnissa.

OK 17:18.1:n ilmaiseva kieltäytymisoikeus modifioi *jokaisen* kuultavan todistamisvelvollisuutta. Esimerkiksi varsinaiset todistajat ja riita-asian asianosaiset saavat kieltäytyä todistamasta lainkohdassa tarkoitetun itse- tai läheiskriminoinnin vaaran ollessa käsillä, vaikka he ovatkin lähtökohtaisesti positiivisen totuusvelvollisuuden sitomia. Tämä tarkoittaa kuitenkin, että säännökseen sisältyy paitsi todistuskeino-, myös todistusteemaelementti. Sisällöllinen todistamisvelvollisuus väistyy vain itse- tai läheiskriminoinnien tietojen osalta sen sijaan, että kysymys olisi yleisestä vaikenemisoikeudesta. OK 17:23.2:n mukaan, jos henkilö kuitenkin kieltäytyy todistamasta 18 tai 21 §:ssä tarkoitetulla perusteella, kieltäytyminen hyväksytään, jollei siihen vetoava kuultava ole selvästi erehtynyt kieltäytymistä koskevan oikeuden tai velvollisuuden sisällöstä tai kieltäytyminen ole muutoin selvästi perusteeton. Selvä perusteettomuus on käsillä esitöiden mukaan muun muassa silloin, kun tekijäksi epäillään kuultavan edesmennyttä läheistä.<sup>727</sup>

<sup>725</sup> Rautio – Frände 2016 s. 143–144.

<sup>726</sup> *Ibid.* s. 141, Pölönen – Tapanila 2015 s. 306.

<sup>727</sup> HE 46/2014 vp s. 82–83, Tapanila 2019b s. 248–252. Ks. myös Trechsel 2005 s. 342 ja Jackson – Summers 2012 s. 248–249.

Tapauksessa KKO 2015:6 oli kysymys eräästä virantäytöstä, johon tyytymättömän henkilö oli vaatinut kaupungilta hyvitystä riita-asian käsittelyjärjestyksessä ja lisäksi kahdelle virantäyttöön liittyneelle henkilölle rangaistusta muun muassa törkeästä kunnianloukkauksesta. Näitä henkilöitä kuultiin rikosasian ollessa vireillä todistajina riita-asiassa, jossa kumpikin oli antanut totuudenvastaisia tietoja asian kulusta. Heitä syytettiin myöhemmin perättömästi lausumasta tuomioistuimessa, mitä syytettä he vastustivat muun ohella itsekriminointisuojaan vetoamalla. Vastaajat katsoivat, että heillä oli todistajina oikeus valehdella itsekriminointisuojaan perusteella. He olivat toisaalta kieltäytyneet vastaamasta eräisiin kysymyksiin vireillä olleisiin syytteisiin vedoten. Käräjäoikeus ei ollut vaatinut muuta perustelua kieltäytymisoikeuden käytölle.

Toisin kuin konkurssivelallisella ja verovelvollisella tapauksissa KKO 2009:80 ja 2011:46, todistajilla ei ollut lakiin perustuvaa velvollisuutta antaa tietoja, vaan heillä oli oikeus kieltäytyä todistamasta itsekriminointisuojaan vedoten. Kun vastaajilla oli mahdollisuus käyttää kieltäytymisoikeuttaan seurauksella, että pakkokeinojen tai rangaistuksen uhkia ei ollut, heitä ei katsottu pakotetun todistamaan itseään vastaan. KKO totesi myös, että todistajalle esitetyt kysymykset liittyvät ensisijaisesti asiaan, jossa häntä kuullaan todistajana (eikä siis todistajien syyllisyyden selvittämiseen). Todistajina kuultaessa heidän ei siten ollut mahdotonta antaa totuudenmukaista kertomusta tai kieltäytyä todistamasta itsekriminointisuojaan vedoten. Perätöntä lausumaa tuomioistuimessa koskevaa rajoitussäännöstä ei sovellettu, vaan kummankin vastaajan katsottiin syyllistyneen kyseiseen rikokseen.<sup>728</sup>

Kieltäytymisoikeuteen ei sisälly valehtelu-oikeutta eli oikeutta antaa perätöntä lausumaa, jos kuultavalla on lähtökohtaisesti positiivinen totuusvelvollisuus. Niinpä varsinaisena todistajana esiintyvä henkilö ei voi antaa valheellista kertomusta, vaan hänen tulee vedota vaikenemisoikeuteensa rangaistuksen välttämiseksi (KKO 2015:6). Joissain poikkeuksellisissa olosuhteissa positiivisesti totuusvelvollisen perätön lausuma voinee kuitenkin olla RL 15:13:n rajoitussäännöksen piirissä totuudessa pysymisen mahdottomuuden vuoksi.<sup>729</sup> EIT:n Serves-ratkaisussa, johon KKO mainitussa tapauksessa viittasi, itsekriminointisuojaan ei katsottu estäneen henkilön velvoittamista vannomaan todistajan valaa. Valan tarkoituksena ei ollut pakottaa henkilöä todistamaan itseään vastaan, vaan varmistaa kertomuksen todenmukaisuus siltä osin kuin sellainen annetaan.<sup>730</sup>

Läheistodistaja voinee paljastaa läheisensä syyllisyyttä koskevan tiedon, mutta salata tällaisen tiedon omalta osaltaan. Tämän mahdollistaa jo se, että todistajan osittainen kieltäytymisoikeus itse- ja läheiskriminointisuojaan perusteella säilyy voimassa, vaikka läheistodistaja luopuisi vaikenemis- eli koko-

<sup>728</sup> Ks. myös Rautio – Frände 2016 s. 147 ja Pölönen – Tapanila 2015 s. 438.

<sup>729</sup> HE 6/1997 vp s. 49–50. Esitöissä korostetaan, että oman syyllisyyden salaamista ei tällöin saa toteuttaa perättömällä ilmiannolla.

<sup>730</sup> Serves v. France, 20.10.1997 (kohta 47).

naiskieltäytymisoikeudestaan. Periaatteessa todistaja voisi siten myös suostua todistamaan asiassa, mutta rajoittaa kertomustaan sisällöllisesti ainoastaan sellaisiin seikkoihin, joilla ei ole merkitystä hänen itsensä tai läheisensä syyllisyyden kannalta. Kummassakin tapauksessa todistajan tulee kuitenkin nimenomaisesti vedota kieltäytymisoikeuteensa. Lopputulos on sisällöllisesti varsin lähellä negatiivista totuusvelvollisuutta. On kuitenkin huomattava, että kokonaiskieltäytymisoikeudesta luopumisen perusteella läheistodistajan esitutkintakertomus on aina hyödyntämiskelpoinen.<sup>731</sup>

### 6.2.3 Oikeudenloukkausten tyyppitilanteet

Oikeutta olla myötävaikuttamatta oman tai läheisensä syyllisyyden selvittämiseen on osuvasti luonnehdittu passiiviseksi oikeudeksi.<sup>732</sup> Tarkastelen tässä alaluvussa eräitä tyyppisiä oikeudenloukkauksia ja niiden vakavuutta. EIT on eriteltyt Ibrahim-ratkaisussa kolme itsekriminointisuojan loukkauksen perustyyppiä. Ensimmäinen on se, että epäilty veloitetaan antamaan lausunto sanktion uhalla ja hän joko antaa sellaisen tai tuomitaan sanktioon kieltäytyessään. Toinen tyyppitilanne on fyysinen tai psykologinen painostaminen reaalityökalujen hankkimiseksi, ja kolmas tyyppitilanne kuultavan harhauttaminen antamaan itsekriminoiniva lausunto. Kaikissa tapauksissa viranomaisen voidaan katsoa sivuuttaneen epäillyn vaikenemistahdon ja loukkanneen siten itsekriminointisuoja.<sup>733</sup> Käsittelen tyyppitilanteita käänteisesti eli lievimmästä aloittaen.

Eräänä vertailukohtana itsekriminointisuojan loukkauksille voidaan pitää ETL 7:5:n säännöstä kuulusteltavan kohtelusta.<sup>734</sup> Siinä kielletään käyttämästä tietoisesti vääriä ilmoituksia, lupauksia tai uskotteluja erityisistä eduista, uuvuttamista, uhkausta, pakkoa taikka muita kuulusteltavan ratkaisuvapauteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelukykyyn vaikuttavia sopimattomia keinoja tai menettelytapoja. Kiellettyä on myös toimittaa kuulusteluja yöaikaan ja toisaalta kuulusteltavalle on annettava tilaisuus säännölliseen ateriointiin ja riittävään lepoon. Säännöksen vastainen kohtelu tunnustuksen tai määrättyyn suuntaan johtavan lausuman saamiseksi merkitsisi pakottamista tai harhauttamista tavalla, joka loukkaisi vastaajan oikeutta ratkaista itse, missä määrin hän myötävaikuttaa rikoksensa selvittämiseen.<sup>735</sup>

<sup>731</sup> Ks. Pölönen 2003 s. 280–282 ja 286.

<sup>732</sup> Ks. Lundqvist 1998 s. 243 ja Virolainen – Pölönen 2004 s. 273–274.

<sup>733</sup> Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohdat 267 ja 306). Perustelukohdassa ei ymmärtääkseni tarkoiteta esittää mitään loukkauksen arviointikriteerejä eli EIT:n käyttämin käsittein ”testiä”, vrt. Pellonpää ym. 2018 s. 683.

<sup>734</sup> Ks. HE 222/2010 vp s. 217, missä todetaan, että itsekriminointisuojan murtamiseksi epäiltyyn ei saisi kohdistaa säännöksessä mainittuja sopimattomia kuulustelukeinoja.

<sup>735</sup> Fredman ym. 2020 s. 358–363. VETL 24:n esitöissä todetaan: ”Tutkija ei saa vastoin parem-



Vakavakaan loukkaus ei vielä itsessään merkitse, että myötävaikuttamattomuusperiaatetta olisi loukattu. Nytkin syy-yhteyden käsite on keskeinen: loukkauksen (ja juuri sen) on täytynyt olla syynä todisteen saamiseen, toisin sanoen itsekriminoivan tiedon paljastumisen täytyy olla seurausta loukkauksesta, jotta sillä on todistelun kannalta merkitystä. Tällaisen syy-yhteyden arvioiminen voi olla hankalaa. Jotta myötävaikuttamattomuusperiaatteen suoja ei muodostu liian heikoksi, näyttökynnystä tässä suhteessa ei tulisi asettaa liian korkealle.<sup>736</sup>

Henkilön tahdonmuodostukseen vaikuttava *harhauttaminen* (subterfuge, suorausaisemmin esimerkiksi kavaluus tai vilppi) voi EIT:n mukaan loukata itsekriminointisuoja.<sup>737</sup> Harhauttaminen voi periaatteessa tapahtua hyvin monessa muodossa. Siihen ei välttämättä liity esimerkiksi seuraavassa alaluvussa tarkasteltavan ilmoitusvelvollisuuden laiminlyöntiä, vaan henkilö voidaan saada muutoinkin erehdyttämällä antamaan itse- tai läheiskriminoivia tietoja. Viranomaiselta edellytetään jonkinlaista aktiivisuutta sellaisten olosuhteiden luomiseksi, jotka lisäävät tietojen saamisen todennäköisyyttä, kuten EIT:n Allan-tapauksessa. Epäillyn oikeusturva asettaakin poliisin taktisille valinnoille rajoituksia. Esimerkiksi omakohtaisen henkisen paineen seurauksena annettava tunnustus ei tietenkään tarkoita, että viranomaiset olisivat menetelleet väärin.<sup>738</sup>

Allan-tapauksessa epäillyn selliin oli järjestetty poliisin valmentama tietolähde. Tietolähdettä oli ohjeistettu hankkimaan tietoja tutkittavasta tapauksesta. Epäillyn kertomat tiedot eivät siten olleet spontaaneja ja oma-aloitteisia. Koska tietolähde toimi viranomaisten lukuun, viranomaisten ohjeistamana ja ohjasi keskustelun tutkittavaan asiaan ilman epäillyn aloitetta, käytetty menettelytapa rinnastettiin kuulusteluun (functional equivalent of interrogation). Tulkinta on perusteltu menettelyllisen oikeusturvan tehokkuuden kannalta, sillä menettely vastasi tarkoitukseltaan peiteltyä kuulustelua. Rajanvedon kannalta on mielenkiintoista, että oikeudenloukkausta ei Allan-ta-

---

paa tietoansa esimerkiksi ilmoittaa kuulusteltavana olevalle epäillylle, että tämän rikoskumppanit ovat tunnustaneet. Sallittuina ei myöskään voida pitää lupauksia tai uskotteluja tietyistä eduista, kuten pidätetyn päästämisestä vapaaksi.” Tällaiset menettelyt olisivat lähinnä harhautustyyppisiä loukkauksia. Ennen siteeratua kohtaa niihin viitataan kavaluutta tai vilppiä hyödyntävinä menettelytapoina (HE 14/1985 vp s. 27).

<sup>736</sup> Ks. Mirfield 1997 s. 101–105.

<sup>737</sup> Allan v. the United Kingdom, 5.11.2002 (kohta 50): ”The right [to silence and the privilege against self-incrimination], which the Court has previously observed is at the heart of the notion of a fair procedure, serves in principle to protect the freedom of a suspected person to choose whether to speak or to remain silent when questioned by the police. Such freedom of choice is effectively undermined in a case in which, the suspect having elected to remain silent during questioning, the authorities use subterfuge to elicit, from the suspect, confessions or other statements of an incriminatory nature, which they were unable to obtain during such questioning and where the confessions or statements thereby obtained are adduced in evidence at trial.”

<sup>738</sup> Jackson – Summers 2012 s. 169–170, Trechsel 2005 s. 350–352. Ks. painostuksen mahdollisista muodoista esim. Pölönen 2003 s. 260–263.

pauksessa arvioitu oikeuksista luopumisen konstruktion, saati esimerkiksi avustajan käytön kautta, vaan harhauttamisen sellaisenaan katsottiin loukkanne epäillyn vapaata tahdonmuodostusta ja se rinnastettiin pakottamiseen.<sup>739</sup>

Suomalaisesta oikeuskäytännöstä voidaan mainita esimerkkinä KKO 2016:96, jossa tosin ei viitattu Allan-ratkaisuun oikeusohjeena. Tapauksessa epäillyn kuulustelijana toiminut poliisi oli käynyt tapaamassa tätä vankeudessa kahden kesken useaan eri kertaan huolehtiakseen siitä, että epäillyn yhteydenpito perheeseensä ja lääkärikäynnit toteutuvat. Poliisi oli kuitenkin myös tiedustellut epäillyltä, jolla oli puolustaja, haluaisiko tämä puhua tapahtuneesta. Epäilty oli ilmoittanut haluavansa keskustella puolustajansa kanssa ja kieltäytynyt kertomasta tutkittavasta asiasta. Poliisi oli lähtiessään kysynyt epäillyltä, oliko tämä huomannut, että tapahtumapaikalle oli pudonnut jotain. Epäillyn tiedusteltua, mitä tämä tarkoitti, poliisi oli vastannut, ettei kerro, vaan jättää epäillyn miettimään, puuttuuko tältä jotain. Keskustelu on ilmiselvästi käyty tarkoituksessa luoda epäillylle sellainen psykologinen paine, jonka Allan-ratkaisussa katsottiin tekevän lausumien vapaaehtoisuuden kyseenalaiseksi. Puhuttamistilanne rinnastuu myös nähdäkseni selvästi kuulusteluun jo senkin vuoksi, että poliisi pyrki puhuttamaan epäiltyä tutkittavasta rikoksesta.<sup>740</sup>

Ymmärtääkseni viranomaisten tieteen tapahtuneet aktiiviset toimet epäillyn harhauttamiseksi kertomaan tutkittavasta asiasta kuulusteluun rinnastuvassa tilanteessa olivat Allan-tapauksessa ongelmallisia paitsi oikeusturvasyistä myös sen vuoksi, että lausuntoja ei voitu pitää vapaaehtoisesti annettuina. Näin olen harhauttamiseen sisältyi pakottamiselementti, vaikka EIT ei nimenomaisesti täsmentänytkään kyseessä olleen välillinen pakottaminen. Nyt tarkasteltu harhauttaminen edellyttää joka tapauksessa viranomaisten hyväksymiä tai tekemiä aktiivisia ja epäsuoria painostustoimia. Tilanne on toinen, jos viranomaiset laiminlyövät tiedonantovelvollisuutensa ja sen jälkeen jäävät odottamaan, antaako itsekriminointisuoja tietämätön epäilty jonkin lausunnon. Pelkkä tietämättömyys itsekriminointisuoja ei voi tulla arvioitavaksi nyt tarkoitettuna harhauttamisena.<sup>741</sup>

<sup>739</sup> Allan v. the United Kingdom, 5.11.2002 (kohdat 51 ja 52). Jackson ja Summers kritisoivat ratkaisua ja katsovat, että peitehenkilön menettely rinnastuu pikemminkin sallittuun oveluuteen. Olen eri mieltä heidän tulkinnastaan, että kysymys ei ollut minkäänlaisesta pakottamisesta tai toisaalta myös siitä, että mikä tahansa salaa tapahtuva kuuntelu merkitsisi harhauttamista (Jackson – Summers 2012 s. 175–179 ja siinä viitattu Trechsel 2005 s. 113).

<sup>740</sup> KKO 2016:96 (kohdat 8–11) ja Allan v. the United Kingdom, 5.11.2002 (kohta 52). Jos kahdenkeskinen puhuttaminen poliisin kanssa olisi johtanut tunnustukseen, olisi käsillä ollut varsin läheisesti Pishchalnikov v. Russia -tapauksen olosuhteita muistuttanut tilanne. Tuossa tapauksessa katsottiin 6 artiklaa loukatun, koska avustajaa pyytäneen epäillyn kuulustelua oli jatkettu ilman avustajaa (ks. erit. kohdat 75 ja 78–80).

<sup>741</sup> Allan v. the United Kingdom, 5.11.2002 (kohdat 50 ja 52). Vrt. esim. Bykov v. Russia [GC], 10.3.2009 (kohta 102), missä todettiin, että valittajaa ei ollut painostettu antamaan lausuntoa eikä hän ollut menettänyt vapauttaan. Koska itsekriminoinva lausunto oli annettu vapaaehtoisesti,

Fredmanin kokemusten mukaan puolustajina toimivat asianajajat kuulevat usein päämiehiltään, että tutkijat käyvät etenkin poliisivankiloissa ”jututtamassa” epäiltyä kuulusteluiden välillä sellissä. Moni tutkintavanki on kertonut puolustajalleen kokeneensa tilanteen painostavana. Joillekin taas on sopinut se, että asioita on hoidettu pöytäkirjan ulkopuolella. Keskusteluissa on saatettu sopia siitä, mitä varsinaisissa kuulusteluissa kirjataan virallisesti pöytäkirjaan ja mikä jätetään siitä pois. Tällaiset puhuttelut hoidetaan ilman avustajaa. Fredman näkee syynä tavoitteen käydä täysin luottamuksellisia kahdenkeskisiä keskusteluja epäillyn kanssa.<sup>742</sup> Käytäntöä on lähtökohtaisesti pidettävä lainvastaisena (ETL 4:10), koska kysymys ei ole pätevistä oikeudesta luopumisesta, ellei epäilty itse tee aloitetta keskusteluun (ks. myös jäljempänä luvut 6.2.5 ja 6.3.1).

Suorimmin henkilön tahtoon voidaan vaikuttaa *pakottamisella*. Pakottamisen luonteella (nature) tarkoitetaan EIT:n oikeuskäytännössä sitä, onko kyseessä välitön vai välillinen pakko eli miten suora yhteys vaikenemisella ja sanktiolla on. Pakottamisen asteella (degree) tarkoitetaan vastaavasti vakavuuskaalaa, joka alkaa sanktioimattomasta tai lievästi sanktoidusta velvollisuudesta antaa tietoja ulottuen aina EIS 3 artiklan loukkauksiin asti. Ainakin se mahdollisuus, että vastaajan vaikenemisesta tehdään päätelmiä häntä vastaan (ks. luku 6.4.3), merkitsee EIT:n mukaan epäsuoraa pakkoa.<sup>743</sup> Selvää lienee, että epäinhimilliset tai halventavat menettelyt merkitsevät aina myös välitöntä pakottamista (ks. luku 7.1.2). Jos pakottaminen on tätä lievempää, välitöntäkään pakottamista ei ole pidetty peruuttamattomana ja siten 6 artiklan vastaisena.<sup>744</sup>

EIT:n ratkaisukäytännössä ajoneuvojen haltijoita koskevat velvollisuudet vaikuttavat olevan erityisasemassa. Sanktioitua velvollisuutta ilmoittaa, kuka ajoneuvoa on kuljettanut tiettyinä aikana, ei ole pidetty itsekriminointisuojan vastaisena. Perusteluna EIT on esittänyt, että kyseessä on ollut rajallinen tieto. Esimerkiksi ylinopeustuomiota ei voida perustaa kuljettajan henkilöllisyyteen, vaan lisäksi on oltava selvitystä ajonopeudesta tietyssä paikassa. Tässä mielessä tieto kuljettajan henkilöstä ei siten voi osoittaa itsenäisesti syyllisyyttä rikokseen. On toisaalta selvää, että tietoa voidaan käyttää joko rikoksen selvittämiseen tai puolustuksen epäuskottavuuden osoittamiseen,

---

kysymys ei ollut pakottamisesta. EIT otti arvioinnissaan huomioon myös erinäisiä oikeusturvatekijöitä. Ks. myös Koponen 2006 s. 141–142.

<sup>742</sup> Fredman 2018 s. 483.

<sup>743</sup> Ks. John Murray v. the United Kingdom [GC], 8.2.1996 (kohta 50) ja Averill v. the United Kingdom, 6.6.2000 (kohta 48).

<sup>744</sup> Ks. esim. O’Halloran and Francis v. the United Kingdom [GC], 29.6.2007 (kohta 57) sekä Lückhof and Spanner v. Austria, 10.1.2008 (kohdat 53–54), joissa kummassakin oli kysymys sakon uhalla tehostetusta velvollisuudesta ilmoittaa moottoriajoneuvon kuljettajan henkilöllisyyden rankaisutoimia varten. Oikeusohje ilmenee tiivistetysti ratkaisusta Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohta 269): ”[N]ot all direct compulsion will destroy the very essence of the privilege against self-incrimination – –”. Ks. oikeuskirjallisuudesta Trechsel 2005 s. 350, Redmayne 2007 s. 216–218 ja Jackson – Summers 2012 s. 252–256.

mikä puolestaan vaikuttaa ongelmalliselta Saunders-ratkaisusta ilmenevän ”itsekriminoivan tiedon” laajahkon käsitteen kannalta.<sup>745</sup>

Tehokkuusperiaate edellyttää mielestäni, että pakottamisen luonnetta ja astetta arvioidaan oikeudenloukkauksen kohteen kannalta, tosin ei tietenkään pelkääntään subjektiivisin kriteerein. Välitöntä pakottamista olisi esimerkiksi sellaisen virheellisenkin käsityksen antaminen, että henkilö on velvollinen paljastamaan suojatun tiedon rangaistuksen tai pakkokeinon käyttämisen uhalla. Tästä syystä on ongelmallista, jos kuultavalle kerrotaan ainoastaan positiivisen totuusvelvollisuuden sisällöstä ja rangaistusuhista, mutta ei oikeudesta vaieta. VETL:n säätämisen yhteydessä lakivaliokunta katsoi, että jos henkilön asema tutkinnan aikana muuttuu todistajasta epäillyksi, ei tältä todistajan ominaisuudessa saatua itsekriminoivaa lausumaa tulisi hyödyntää. Tämä johtunee ensisijaisesti juuri todistamisvelvollisuudesta ja tavasta, jolla sen sisältö kuultavalle esitetään.<sup>746</sup>

Todistamisvelvollisuuteen kuuluu normaalisti myös editiovelvollisuus eli velvollisuus luovuttaa oma-aloitteisesti viranomaisille rikoksen selvittämisen kannalta merkityksellisiä *reaalitodisteita*. Koska myötävaikuttamattomuusperiaate on todistuskeinoneutraali, sen suojaamalla henkilöllä ei ole editiovelvollisuutta suojattua tietoa sisältävien esine- tai asiakirjatodisteiden luovuttamiseen tai edes niiden sijaintipaikan ilmaisemiseen. Todistelu-uudistuksen esitöissä mainitaan esimerkkinä, ettei suojatulla henkilöllä ole velvollisuutta tietokoneen salasanan ilmoittamiseen. Differenssioppia hyödyntäen voidaan todeta, että myötävaikuttamista rikoksen selvittämiseen on sellaisten reaalitodisteiden sijaintipaikan ilmaiseminen, joita poliisi ei olisi löytänyt muutoin tutkinnassaan. Sama koskee henkilöllisten todistuskeinojen ilmaisemista.<sup>747</sup>

Myötävaikuttamisena rikoksen selvittämiseen ei lähtökohtaisesti pidetä tilanteita, joissa henkilö joutuu sietämään laillisen pakkokeinon käyttöä hänen tahdostaan riippumattomien todisteiden hankkimiseksi. Reaalitodisteita, joiden olemassaolo on henkilön tahdosta riippumatonta, ovat esimerkiksi erilaiset näytteet ja takavarikoitavat asiakirjat tai esineet. Niitä voidaan hankkia ilman henkilön aktiivista myötävaikutusta, jolloin jonkinasteinen pakkokaan ei merkitse myötävaikuttamattomuusperiaatteen loukkausta. Niinpä esimerkiksi nautitun alkoholin toteamiseksi tarpeellisen kokeen toteuttamiseksi voidaan kohdistaa

<sup>745</sup> Ks. O’Halloran and Francis v. the United Kingdom [GC], 29.6.2007 (kohdat 56–62 sekä tuomari Pavlovschin eriyvä mielipide) ja oikeuskirjallisuudesta esim. Lankinen 2020 s. 5, Kiiski – Koillinen 2016 s. 96–100 ja Tapanila 2010 s. 570–572.

<sup>746</sup> HE 46/2014 vp s. 89, LaVM 9/1986 vp s. 8. Viittaus kohdistunee KP-sopimuksen itsekriminointisuoja koskevaan 14 artiklan 3 kappaleen g kohtaan. Jotkin poliisien käyttämät kuulustelutaktiikat saattavat painostavuudessaan lähentyä vaarallisesti suoranaista pakottamista, ks. esim. Santtila – Hartwig 2008 s. 213–217, missä selostetaan mm. Reid-tekniikkaa, jonka tarkoituksena on ”saada epäillyn vastustus murenemaan”.

<sup>747</sup> HE 46/2014 vp s. 89.

fyysistä pakkoa kokeesta kieltäytyvään henkilöön. Myötävaikuttamattomuusperiaatetta ei loukata myöskään turvautumalla kuuntelu- ja tarkkailutyyppeihin pakkokeinoihin. Epäasiallista pakottamista tai harhauttamista ei ole tietojen saaminen rikoksesta tallentamalla henkilön omasta aloitteestaan käymä keskustelu.<sup>748</sup>

Reaalitodisteitakaan ei saa hankkia EIS 3 artiklaa loukkaamalla eli vastaajaa ei voida kohdella epäinhimillisellä tai halventavalla tavalla. EIT on katsonut, että itsekriminointisuoja koskee näissä tilanteissa poikkeuksellisesti myös reaalityodistelua, jonka olemassaolo ei ole vastaajan aktiivisista toimista riippuvaista. Suuren jaoston Jalloh-tapauksessa epäilty oli kätkenyt kehoonsa huumausaineita, jotka hänet pantiin oksentamaan käyttämällä lääkettä. Menettelyä pidettiin epäinhimillisenä ja halventavana. Lisäksi sen katsottiin loukanneen itsekriminointisuoja. Tässä arvioinnissa todettiin ensinnäkin, että pakottamisen tarkoitus oli saada reaalityodisteita vastoin epäillyn tahtoa. Toiseksi käytetyt voimakeinot olivat huomattavan voimakkaita verrattuna tavalliseen näytteenottoon. Kolmanneksi menettely rikkoi 3 artiklaa, mikä ei ole sallittua missään olosuhteissa.<sup>749</sup>

Jalloh-ratkaisun linjaus merkitsee sitä, että itsekriminointisuojualla on kuvattu edellytyksin reaalityodisteisiin ulottuva etäisvaikutus. Pidän tulkintaa perusteltuna sen vuoksi, että kysymys on varsin vakavasta oikeudenloukkauksesta. Edellä esitetyin tavoin loukkauksen vakavuus olisi etäisvaikutuksen kannalta keskeinen arviointiperuste (luku 3.2.5).

## 6.2.4 Ilmoitusvelvollisuus ja sen laiminlyöminen

Myötävaikuttamattomuusperiaatteen tehokas toteutuminen edellyttää, että henkilö on tietoinen oikeudestaan vaieta tai olla luovuttamatta reaalityodisteita.<sup>750</sup> ETL:ssä säädetäänkin velvollisuudesta ilmoittaa epäillylle vaikenemisoikeudesta. Jos henkilö sen sijaan antaa viranomaisille tietoja ymmärtämättä oikeuttaan vaieta, on kysymys erehdyksen hyväksi käyttämisestä: hänän olisi saattanut vaieta, jos olisi ymmärtänyt sen olevan mahdollista.<sup>751</sup> EIT on linjannut, ettei *ilmoitusvelvollisuuden laiminlyöntiä* voida periaatteessa missään tilan-

<sup>748</sup> HE 46/2014 vp s. 89, Saunders v. United Kingdom [GC], 17.12.1996 (kohta 69), Allan v. the United Kingdom, 5.11.2002 (kohta 50), Hormia 1978 s. 339.

<sup>749</sup> Jalloh v. Germany [GC], 11.7.2006 (kohdat 113–116).

<sup>750</sup> Tapanila 2010 s. 160–163, Pölönen 2003 s. 251–252, Brøbech 2003 s. 179–180, Hormia 1978 s. 304–307.

<sup>751</sup> Ks. Torgersen 2009 s. 228–235, Pölönen 2003 s. 251–252 ja Brøbech 2003 s. 181–188. Trechsel 2005 s. 352–353 on suhtautunut tiedonantovelvollisuuteen varovaisesti aikaisemman EIT:n oikeuskäytännön perusteella.

teessa pitää oikeutettuna.<sup>752</sup> Näin ollen neljäntenä loukkaustyyppinä voitaisiin pitää sitä, että viranomaisen kuulee rikoksesta epäiltyä ilmoittamatta tälle oikeudesta vaieta. Tehokkuusperiaatteen mukaisesti suoja ulottuu myös tosiasialliseen epäiltyyn, jonka asemaan rikosepäily on vaikuttanut (vaikutusperuste).

Ilmoitusvelvollisuutta voidaan pitää eräänlaisena taking rights seriously -teesin ilmentymänä. ETL:in lisättiin sitä koskeva säännös kuitenkin vasta vuonna 2014 ETL:n tultua voimaan. Esitöissä perusteltiin, että ilmoitusvelvollisuus on tarpeen, jotta itseksiminointisuoja ”on merkitystä rikoksesta epäillylle”.<sup>753</sup> VETL:n esitöiden mukaan kysymystä oli arvioitu lainvalmistelussa jo tuolloin, mutta se oli osoittautunut ”hyvin vaikeaksi”: ”Erityisesti on keskusteltu siitä, onko epäillylle ilmoitettava hänen oikeudestaan olla lausumatta asiasta vai olisiko päinvastoin pyrittävä edistämään sitä, että hän pyrkisi kaikesta huolimatta avoimesti kertomaan asiasta siinäkin tapauksessa, että hän todella on syyllinen.”<sup>754</sup>

Esitöissä lausutun valossa näyttää siltä, että ilmoitusvelvollisuuden puuttuminen lainsäädännöstämme edusti kompromissiratkaisua ongelmalliseksi koetun myötävaikuttamattomuusperiaatteen ja totuuden selvittämistävoitteen välillä. Vaitiolo-oikeuden käyttöön ei ole haluttu kannustaa, vaikka sellainen sinänsä tunnustettiin. Ajatus olisi ymmärrettävä myös sen vuoksi, että tiedonantovelvollisuuden laiminlyönti ei todennäköisesti heikennä kertomuksen luotettavuutta, koska kysymys ei ole pakottamisesta. Se näyttäytyisi tällöin pitkälti hyväksyttävänä keinona edistää rikosvastuun toteuttamista.

Ibrahim-ratkaisussa todettiin, että valittajan vastapuolena olevan hallituksen on erityisen vaikeaa kyetä osoittamaan EIT:ssa, ettei oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus olisi vaarantunut ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönnin johdosta, vaikka käsillä olisivat avustajan käyttämisen rajoittamiseen oikeuttavat pakottavat syyt (ks. luku 6.2.5). Näin ollen jo pelkkä ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti saa aikaan oletettaman epäillyn oikeusturvaan kohdistuneen loukkauksen peruuttamattomuudesta.<sup>755</sup> Loukkaus voi siten vakavuudeltaan edellyttää hyödyntämiskieltoa. Tuon oletettaman kumoamiseksi tulisi voida osoittaa, että kyseinen oikeudenkäynti olisi säilynyt kokonaisuutena arvioiden oikeudenmukaisena laiminlyönnistä huolimatta. Käytännössä tämä edellyttäisi, että laiminlyönti on yksittäistapauksessa ollut vaikutukseton tai vaikutukseltaan hyvin vähäinen.

<sup>752</sup> HE 46/2014 vp s. 89, Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohdat 272 ja 273). Ks. samoin läheiskriminointisuojan osalta esim. Pölonen 2003 s. 286 ja Øyen 2010 s. 432.

<sup>753</sup> HE 222/2010 vp s. 193 ja 219.

<sup>754</sup> HE 14/1985 vp s. 31. Ks. myös Hormia 1978 s. 304–306.

<sup>755</sup> Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohta 273). Englannin oikeudessa on vastaavasti katsottu, että ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti merkitsee asiallisesti samaa kuin avustajan käytön kieltäminen. Ibrahim-tuomiota vastaavasti Englannin oikeudessa katsotaan lisäksi, että jos laiminlyönti on merkittävä ja vaikutuksellinen (significant and substantial), sovelletaan hyödyntämiskielto-olettamaa (Mirfield 1997 s. 179–180).

Ilmoitusvelvollisuudesta säädetään EU:n tiedonsaantioikeusdirektiivin (2012/13/EU) nojalla muutetuissa ETL 4:16 ja 4:17:ssä. Pykälien mukaan oikeudet on ilmoitettava viipymättä ja viimeistään ennen kuulemista sen jälkeen, kun henkilölle on ilmoitettu, että häntä epäillään rikoksesta tai viipymättä vapaudenmenetyksen jälkeen. Kummassakin tapauksessa henkilö tulee myös EIS 6 artiklan soveltamisalan piiriin, käytännössä ilmoitusperusteella (ks. ajallisesta soveltuvuudesta edellä luku 6.2.2). Ilmoitusvelvollisuuden täyttämisen asianmukaisuutta arvioitaessa on kuitenkin nähdäkseni välttämätöntä ottaa huomioon myös vaikutusperuste. Sääntelyä ei saa kiertää laiminlyömällä ilmoitusvelvollisuus tilanteessa, jossa poliisin toimet ovat vaikuttaneet epäillyn asemaan eli kun tosiasiallinen rikosepäily on käsillä. Käsillä on ainakin huomattava loukkauksen riski, jos vaikenemisoikeudesta ei ilmoiteta.<sup>756</sup>

Edellä on katsottu, ettei hyödyntämiskysymyksen arvioinnissa voitane puhua varsinaisesta todistustaakasta (luku 3.3.3). Suomalainen tuomioistuin voisi kuitenkin arvioida itsekriminointisuojaan loukkauksia samoin kuin EIT. Tämä tarkoittaisi, että ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönnin perusteella astuu voimaan oletama siitä, että oikeudenloukkaus on vaikutuksiltaan peruuttamaton. Luontevinta olisi, että rikosasian kantajataho vetoaisi ja esittäisi selvitystä perusteista, jotka voisivat kumota oletaman. EIT:n käyttämän arviointimallin soveltaminen ei kuitenkaan välttämättä edellytä todistustaakkaa.

Jotta ilmoitusvelvollisuus tulee tosiasiallisesti täytetyksi, henkilön täytyy ymmärtää ilmoituksen sisältö. Ensinnäkin on mahdollista, että kuultava ei ymmärrä tutkinnassa käytettävää kieltä. ETL 4:12:ssa säädetään esitutkinnan käsittelykielestä ja oikeudesta tulkkaukseen. Esimerkiksi pykälän 4 momentin mukaan muulla kuin suomen-, ruotsin- tai saamenkielisellä on oikeus esitutkinnassa käyttää kieltä, jota hän ymmärtää ja osaa puhua riittävästi, sekä viittomakielisellä oikeus käyttää viittomakieltä. Esitutkintaviranomaisen on selvitettävä, tarvitseeko asianosainen tulkkausta sekä huolehdittava siitä, että asianosainen saa tarvitsemansa tulkkauksen. ETL 4:16–17:ssä tarkoitetut ilmoitukset on niissä säädetyn mukaisesti tehtävä epäillyn käyttämällä kielellä, joka määräytyy ETL 4:12:n perusteella.

Toiseksi epäillyn kyky ymmärtää ilmoitusvelvollisuuden sisältö voi olla heikentynyt hänen ikänsä, päihtymyksensä tai terveydentilansa vuoksi. Näissä tilanteissa epäillyn katsotaan EIT:n vakiintuneen oikeuskäytännön mukaan olevan *erityisen haavoittuvassa asemassa* (particularly vulnerable).<sup>757</sup> Erityisen

<sup>756</sup> Ks. esim. Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohdat 249, 296 ja 306 *in fine*). EIT katsoi, että kun neljäs valittaja oli paljastanut itsekriminointia tietoja ja hänestä oli tullut tosiasiallisesti epäilty, oli oikeutta avustajaan ja itsekriminointisuojaan koskevan ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti aiheuttanut valittajalle väärän käsityksen oikeuksistaan.

<sup>757</sup> Ks. esim. alaikäistä epäiltyä koskenut Panovits v. Cyprus, 11.12.2008 (kohta 68 *in fine*), alkoholismista kärsinyttä epäiltyä koskenut Płonka v. Poland, 31.3.2009 (kohta 38) ja Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohta 274 (a)), missä erityinen haavoittuvuus

haavoittuvuuden vaikutuksia ei voida poistaa turvautumalla esimerkiksi tulkaukseen. Viranomaisen tulee ottaa huomioon haavoittuvuuden vaikutukset täyttyessään ilmoitusvelvollisuuttaan, ja heillä on tällöin korostunut velvollisuus huolehtia siitä, että epäilty ymmärtää asemansa ja oikeutensa. Erityisen haavoittuvuuden tasapainottamiseksi tulisi nähdäkseni säännönmukaisesti lähteä siitä, että tällaisessa asemassa olevalle henkilölle määrätään puolustaja ROL 2:1.3:n perusteella, vaikka hän ei itse sitä pyytäisikään.<sup>758</sup>

On nykyisen ETL:n säännösten vastaista jättää ilmoittamatta epäillylle tämän oikeuksia – sen lisäksi, että tällaista laiminlyöntiä ei Ibrahim-ratkaisun mukaan ”periaatteessa” voida oikeuttaa missään olosuhteissa. Esitutkintaviranomaisella on myös erilaisia huolehtimisvelvollisuuksia, jotka tehostavat epäillyn menettelyllistä oikeusturvaa. ETL 4:10.1:n mukaan esitutkintaviranomaisen on muutenkin selvitettävään rikokseen, rikoksen selvittämiseen ja asianosaisen henkilöön liittyvät seikat huomioon ottaen huolehdittava siitä, että asianosaisen oikeus käyttää avustajaa tosiasiallisesti toteutuu hänen sitä halutessaan tai oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin turvaamisen sitä edellyttäessä. Jos epäilty luopuu oikeudesta avustajaan, esitutkintaviranomaisella on pykälän 2 momentissa säädetty velvollisuus varmistaa tiedonsaantioikeuksien toteutuminen.

Henkilöä voidaan kuulustella myös pitämättä ennalta lainkaan mahdollisena, että tämä paljastaisi tietoja itsensä tai läheisensä rikoksesta. Ibrahim-ratkaisun perusteella oikea menettelytapa tällöin on kuulemisen välitön keskeyttäminen. Viranomaisen menettelyä ei kuitenkaan voida moittia, jos paljastus on aidosti yllättävä, koska vaikutusperuste ei tällöin täyty. Vertailukohdaksi voidaan ottaa rikoksentehtäjä, joka tulee vapaaehtoisesti antautumaan poliisille. Täytynee voida olettaa, että henkilöt kummassakin tilanteessa ymmärtävät sinänsä olevansa tekemisissä viranomaisen kanssa. Toisaalta poliisin ei voida olettaa yleisesti valvovan kuulusteltavan etuja rikoksen selvittämisen kustannuksella. Olisi keskimääräistä rikosoikeudellisen järjestelmän uskottavuuden kannalta tosiasiallisesti estää henkilöitä edistämästä omien tai läheistensä rikosten selvittämistä.<sup>759</sup>

---

nostettiin ns. Ibrahim-kriteerien joukkoon (ks. niistä tarkemmin jäljempänä luku 6.3.2).

<sup>758</sup> Ks. Fredman 2018 s. 483. ETL 4:10.3:n mukaan tutkinnanjohtajan tai syyttäjän *on tehtävä* tuomioistuimelle esitys puolustajan määräämisestä rikoksesta epäillylle, jos siihen on aihetta ROL 2:1.3:n nojalla [kursivointi tässä]. Alle 18-vuotiaalle epäillylle voidaan määrätä myös ETL 4:8:ssä tarkoitettu edunvalvoja.

<sup>759</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 90, missä käytetään esimerkkinä henkirikoksen tunnistamista tullimenettelyn yhteydessä.



## 6.2.5 Oikeus avustajaan

ETL 4:10.1. Asianosaisella on oikeus käyttää valitsemaansa avustajaa esitutkinnassa. Rikoksesta epäillylle on ilmoitettava mainitusta oikeudesta siten kuin 16 ja 17 §:ssä säädetään. Asianomistajalle on ennen hänen kuulemistaan kirjallisesti ilmoitettava mainitusta oikeudesta, jollei asia ole suppeassa esitutkinnassa käsiteltävä. Esitutkintaviranomaisen on muutenkin selvittävään rikokseen, rikoksen selvittämiseen ja asianosaisen henkilöön liittyvät seikat huomioon ottaen huolehdittava siitä, että asianosaisen oikeus käyttää avustajaa tosiasiallisesti toteutuu hänen sitä halutessaan tai oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin turvaamisen sitä edellyttäessä.<sup>760</sup>

Itsekriminointisuoja koskevilla ratkaisuilla arvioidaan usein, onko vastaajan oikeus avustajaan toteutunut asianmukaisesti. Kysymys on periaatteessa erillisistä oikeuksista, minkä osoittaa jo se, että toisesta voidaan luopua toisen jäädessä kuitenkin voimaan.<sup>761</sup> Avustajan käytöllä on erityisesti itsekriminointisuoja tehostava merkitys. Avustajan tulee selvittää epäillylle hänen asemansa ja oikeutensa rikosprosessissa, jotta tämä voi tehdä tietoisien päätösten osallistumisestaan. Lisäksi pelkkä avustajan läsnäolo voi välillisesti suojata epäiltyä muilta oikeudenloukkauksilta. Avustajan asianmukainen toiminta edistää myös asian selvittämistä, joten oikeutta voidaan perustella yleisellä edulla. Valtioilla on harkintamarginaalia sen suhteen, miten oikeus toteutetaan käytännössä, mutta niiden on kuitenkin varmistettava oikeuden tehokas toteutuminen.<sup>762</sup>

EIT:n suuren jaoston Salduz-ratkaisun vaikutus esitutkintaa koskeviin säännöksiin on ollut huomattava.<sup>763</sup> Ratkaisun keskeinen oikeusohje on, että epäillyllä tulee tehokkuusperiaatteen vuoksi olla EIS 6 artiklan 3 kappaleen c kohdassa turvattu oikeus avustajaan jo esitutkinnassa. Avustajan käytön merkitys suhteessa itsekriminointisuojaan ei kuitenkaan välttämättä ole hahmottunut niin selkeästi kuin se ratkaisussa esitetään. Salduz-ratkaisun mukaan oikeus

<sup>760</sup> Säännöksellä on pantu täytäntöön avustajadirektiivin (2013/48/EU) määräyksiä. Ks. niistä myös Tapanila 2019b s. 177–183.

<sup>761</sup> Ks. esim. Tapanila 2014 s. 4. Oikeuksien erillisyyttä todetaan nimenomaisesti ainakin ratkaisussa *Navone et autres c. Monaco*, 24.10.2013 (kohta 74).

<sup>762</sup> Ks. puolustajan merkityksestä HE 132/1997 vp s. 31 ja LaVM 9/1997 vp s. 9–10, missä hallituksen esitystä ROL:ksi kritisoidaan vastaajan puolustusta koskevien säännösten puuttumisesta, ja oikeuskirjallisuudesta esim. Fredman 2018 s. 10–13, Tapanila 2019b s. 186–190, Tapanila 2012a s. 150–151 ja Trechsel 2005 s. 244–247 sekä EIT:n ratkaisukäytännöstä *Salduz v. Turkey* [GC], 27.11.2008 (kohta 51), *Ibrahim and Others v. the United Kingdom* [GC], 13.9.2016 (kohta 273) ja *Hermi v. Italy* [GC], 18.10.2006 (kohta 92).

<sup>763</sup> Esimerkiksi EU:n avustajadirektiivi perustuu paikoin suoraan siinä esitetyille oikeusohjeille. Salduz-tuomio on johtanut siihen, että oikeus avustajaan esitutkinnassa vahvistui ainakin Belgiassa, Ranskassa, Skotlannissa, Alankomaissa ja Irlannissa (Jackson 2016 s. 1004). Ks. Ranskan oikeuden osalta myös Tapanila 2019b s. 175–176. Suomen oikeuden osalta sen merkitystä osoittavat esim. HE 99/2016 vp s. 29, KKO 2012:45 ja KKO 2016:76.

avustajaan kytkeytyy itsekriminointisuojaan ydinalueeseen: oikeuden rajoittaminen esitutkinnassa saattaa johtaa itsekriminointisuojaan peruuttamattomaan loukkaukseen. Yksittäistapauksessa saattaa kuitenkin olla käsillä sellaisia vastaajan asemaa ja oikeusturvaa tasapainottavia tekijöitä, että oletama kumoutuu ja oikeudenkäyntiä voidaan loukkauksesta huolimatta pitää kokonaisuutena arvioiden oikeudenmukaisena.<sup>764</sup>

Salduz-tapauksessa Turkin poliisin terrorisminvastainen yksikkö oli pidättänyt valittajan epäilynä osallistumisesta laittomaan mielenosoitukseen ja laittoman julisteen ripustamisesta. Kuulusteluissa, joissa valittajalla ei ollut ollut avustajaa, hän oli tunnustanut teot ja paljastanut erinäisiä tietoja. Ennen ja jälkeen kuulustelun lääkäri oli tutkinut valittajan ja todennut, ettei hänen kehossaan näkynyt merkkejä kaltoinkohtelusta. Valittaja oli myöhemmin antanut eri sisältöiset lausunnot syyttäjälle ja tutkintatuomarille peruuttaen kuulusteluissa antamansa lausunnon väittäen, että se oli saatu pakottamalla. Turkkilainen tuomioistuin oli hyödyntänyt tunnustusta ja katsonut, että sen tueksi oli riittävästi muuta näyttöä. Valittaja tuomittiin kahdeksi ja puoleksi vuodeksi vankeuteen.

Oikeuden avustajaan tehokas toteutuminen edellyttää ensinnäkin, että siitä ilmoitetaan epäillylle ETL 4:16:ssä tai 4:17:ssä säädetyllä tavalla. EIT on katsonut vastaavasti, että oikeus avustajaan sisältää oikeuden saada tieto tästä oikeudesta.<sup>765</sup> Ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti merkitsee lähtökohtaisesti oikeudenloukkausta. Toiseksi epäillyllä tulee olla mahdollisuus käyttää avustajaa heti rikostutkinnan alusta lähtien. Ensimmäinen kontakti poliisin ja epäillyn välillä on usein kriittinen paitsi rikoksen selvittämistavoitteen myös epäillyn oikeusturvan kannalta. Etenkin vakavissa tai monimutkaisissa rikosasioissa vastaajan voi olla mahdotonta ymmärtää oikeuksiaan ja toimintavaihtoehtojaan. Viranomaisille saattaa vastaavasti syntyä houkutus käyttää tietämättömyyttä hyväksi. Lainoppinut avustaja voi estää tällaisen epäreilun epätasapainon syntymistä tai ainakin korjata sitä vastaajan eduksi.<sup>766</sup>

ETL 4:10.2:ssa säädetään, että jos epäilty ei halua käyttää oikeuttaan avustajaan, esitutkintaviranomaisen on tarvittaessa varmistettava, että epäillyllä on riittävät tiedot häntä koskevan rikosepäilyn sisällöstä, hänen oikeudestaan olla myötävaikuttamatta rikoksensa selvittämiseen ja oikeudestaan käyttää avustajaa esitutkinnassa ja oikeudenkäynnissä. Nämä viranomaisen huolehtimis-

<sup>764</sup> Salduz v. Turkey [GC], 27.11.2008 (kohta 54). Ks. myös Tapanila 2012a s. 150.

<sup>765</sup> Ks. Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohta 273), Simeonovi v. Bulgaria [GC], 12.5.2017 (kohta 119) ja Beuze v. Belgium [GC], 9.11.2018 (kohta 129).

<sup>766</sup> Ks. Fredman 2018 s. 11–14 ja 100–113, Tapanila 2010 s. 150–152, Virolainen – Pölönen 2004 s. 347–349 sekä EIT:n oikeuskäytännöstä esim. Salduz v. Turkey [GC], 27.11.2008 (kohdat 51, 52, 54 ja 58), Leonid Lazarenko v. Ukraine, 28.10.2010 (kohdat 50 ja 57). ETL:n esitöiden mukaan jo alustavassa puhutellussa on oikeus käyttää avustajaa (HE 222/2010 vp s. 199).

velvollisuudet kompensoivat avustajan puuttumista. Lisäksi epäillylle on ilmoitettava, että hänellä on oikeus myöhemmin peruuttaa avustajan käyttöä koskevasta oikeudesta luopuminen. Peruutus johtaa tämän oikeuden elpymiseen ja mahdollinen kuulustelu on yleensä keskeytettävä avustajan hankkimiseksi epäillylle. Luopuminen oikeudesta avustajaan ei siis voi tapahtua lopullisesti, mikä on perusteltua sen vuoksi, että epäillyn tilanne esitutkinnassa voi muuttua useastikin uusien tietojen myötä.<sup>767</sup>

Oikeus avustajaan voi toteutua neljällä tavalla. Ensinnäkin epäilty voi hankkia kelpoisuusehdot täyttävän avustajan ja maksaa tästä aiheutuvat kulut itse. Toinen vaihtoehto on avustajan määrääminen oikeusapulain (5.4.2002/257, OAL) mukaisesti. Epäillyn valinnanvapauden edistämiseksi laissa on säädetty, että hänen esittämänsä henkilö on pääsääntöisesti määrättävä avustajaksi (OAL 8.3). Avustajan määrää oikeusaputoimisto vastaajan tai avustajan hakemuksesta, jos oikeusavun määräämiselle on edellytykset (OAL 10.1 ja 14.1:n 6 k.). Lisäksi epäillylle voidaan ROL:n perusteella määrätä puolustaja kahdella eri perusteella eli joko epäillyn pyynnöstä tai viran puolesta. Näistä vaihtoehdoista etusijalle on asetettu puolustaja: jos epäillylle on määrätty avustaja OAL:n nojalla ennen kuin hänelle määrätään puolustaja, on avustaja määrättävä puolustajaksi (ROL 2:2.4).<sup>768</sup>

Lähtökohtaisesti asianosaisella on oikeus käyttää avustajaa mutta ei velvollisuutta siihen. Oikeutta puolustautua henkilökohtaisesti saadaan kuitenkin rajoittaa ja EIT:n mukaan kansallinen harkintamarginaali on näissä tilanteissa laajahko.<sup>769</sup> Suomessa epäillylle on viran puolesta määrättävä puolustaja ROL 2:1.3:ssa säädettyin edellytyksin.<sup>770</sup> Lisäksi OK 15:1.4:ssa säädetään asianajajakakosta eräissä ylimääräistä muutoksenhakua koskeissa asioissa. Oikeusturvan tehokkuus edellyttää toisaalta, että avustaja suoriutuu tehtävästään riittäväällä ammattitaidolla. Viranomaiset ovat tältä osin eräänlaisessa valvontavastuussa

<sup>767</sup> Pishchalnikov-tapauksessa EIT totesi nähdäkseni selvästi yleiseksi tarkoitettuna kantanaan, että kun epäilty on ilmaissut haluavansa osallistua kuulusteluun avustajan välityksellä, kuulustelua ei tulisi jatkaa hänen kanssaan muutoin kuin hänen omasta aloitteestaan ennen kuin avustaja on saatu paikalle (Pishchalnikov v. Russia, 24.9.2009, kohta 79).

<sup>768</sup> Fredman ym. 2020 s. 183–191, Virolainen – Pölönen 2004 s. 350–351. Sivuutan maininnalla sen, että oikeusapujärjestelmästä seuraa eräitä muitakin avustajan käyttöä koskevia rajoituksia, jotka perustuvat prosessiekonomisiin syihin. Tällaiset rajoitteet kuuluvat lähtökohtaisesti kansalliseen harkintamarginaaliin (ks. esim. Dvorski v. Croatia [GC], 20.10.2015, kohta 79).

<sup>769</sup> Ks. esim. Correia de Matos v. Portugal [GC], 4.4.2018 (kohdat 122–124) ja X v. Finland, 3.7.2012 (kohdat 182–183).

<sup>770</sup> Eduskuntakäsittelyssä lisätyn 3 momentin mukaan epäillylle on määrättävä puolustaja viran puolesta, kun hän 1) ei kykene puolustamaan itseään, 2) epäilty, jolla ei ole puolustajaa, on alle 18-vuotias, jollei ole ilmeistä, ettei hän tarvitse puolustajaa, 3) epäillyn valitsema puolustaja ei täytä puolustajalle asetettavia vaatimuksia tai kykene asianmukaisesti puolustamaan epäiltyä; tai 4) siihen on muu erityinen syy (ks. LaVM 17/1997 vp s. 7 ja LVO 1/1993 s. 96–100 ja oikeuskäytännöstä esim. KKO 2012:32, jossa katsottiin, että puolustaja olisi tullut määrätä viime kädessä viran puolesta).

ja heidän on ryhdyttävä toimiin avustajan vaihtamiseksi, jos hänen kyvyssään hoitaa tehtävänsä osoittautuu ilmeisiä puutteita. Toisaalta avustajan vaihtaminen voi merkitä oikeudenloukkausta, jos sille ei ole osoitettavissa asiallisia ja hyväksyttäviä perusteita.<sup>771</sup>

Mikäli oikeutta avustajaan väitetään loukatun, EIT arvioi väitettä soveltaen kaksivaiheista *Salduz-testiä*. Ensimmäisessä vaiheessa arvioidaan, onko oikeutta avustajaan rajoitettu pakottavista syistä (compelling reasons).<sup>772</sup> Kuten jo sanamuodosta ilmenee, kynnys rajoittamiselle on korkealla. Suuri jaosto täsmensi Ibrahim-ratkaisussaan, että rajoitusten tulee aina olla luonteeltaan tilapäisiä ja perustua yksittäistapauksessa vallitsevien olosuhteiden arviointiin. Merkitystä arvioinnissa on sillä, ilmenevätkö rajoituksen perusteet lainsäädännöstä riittävän täsmällisesti viranomaisten päätöksentekoa ajatellen. Pakottavina syinä voidaan pitää kiireellistä tarvetta suojella ihmisten henkeä, vapautta tai fyysisistä koskemattomuutta vakavilta loukkauksilta. Pelkkä ylimalkainen riski siitä, että avustaja vuotaisi tietoja ja vaarantaisi siten tutkinnan tavoitteet, ei sen sijaan muodosta pakottavaa syytä.<sup>773</sup>

Salduz-ratkaisussa linjattiin jokseenkin tiukasti, että vastaajan oikeuksia vahingoitetaan periaatteessa peruuttamattomasti, jos hänen oikeuttaan avustajaan on loukattu ja loukkauksen seurauksena saatua itsekriminoivaa lausuntoa käytetään syyksilukevan tuomion perustelemiseen.<sup>774</sup> Ibrahim-tapauksessa tätä lausumaa selvennettiin ja tosiasiallisesti lievennettiin lisäämällä, että mahdollinen pakottavien syiden puuttuminen ei vielä sellaisenaan merkitse oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden peruuttamatonta loukkausta. Testin toisessa vaiheessa on siten kaikissa tapauksissa arvioitava, miten puolustuksen asema on konkreettisesti vaarantunut eli millainen vaikutus rajoituksella on ollut oikeudenkäyntiin kokonaisuutena. Painavien syiden puuttuessa arviointi on suoritettava erityisen huolellisesti. Lisäksi tällöin oletetaan, että loukkaus on peruuttamaton.<sup>775</sup>

<sup>771</sup> Viranomaisten valvontavastuun laajuudesta ks. esim. *Hermi v. Italy* [GC], 18.10.2006 (kohdat 96 ja 97). Tapauksessa *Martin v. Estonia*, 30.5.2013 (ks. yhteenvetona kohta 93) viranomaiset olivat vaihtaneet avustajaa ilman pätevää syytä ja menettely oli muutoinkin vastoin kansallista lainsäädäntöä. Tällaisesta ”valvontavastuusta” säädetään myös ROL 2:1.3:n 3 kohdassa.

<sup>772</sup> *Salduz v. Turkey* [GC], 27.11.2008 (kohta 55).

<sup>773</sup> *Ibrahim and Others v. the United Kingdom* [GC], 13.9.2016 (kohdat 257–259). Ks. pakottavista syistä myös avustajadirektiivin johdanto-osan kappale 32: ”Jäsenvaltioiden olisi myös saatava väliaikaisesti poiketa oikeudesta käyttää avustajaa oikeudenkäyntiä edeltävässä vaiheessa, jos tutkintaviranomaisten on ehdottomasti toteutettava välittömiä toimia, jotta estetään rikosoikeudellisten menettelyjen merkittävä vaarantuminen, erityisesti olennaisten todisteiden tuhoutuminen tai muuttuminen tai todistajiin vaikuttaminen.” Myös Yhdysvalloissa pidetään sallittuna käyttää todisteena itsekriminoivia lausumia, jotka saadaan ilmoittamatta kuultavalle tämän oikeuksia, jos käsillä on vakava yleinen vaara (Tomkovicz 2011 s. 109).

<sup>774</sup> *Salduz v. Turkey* [GC], 27.11.2008 (kohta 55).

<sup>775</sup> *Ibrahim and Others v. the United Kingdom* [GC], 13.9.2016 (kohdat 260–265). Ks. suomalaisesta oikeuskäytännöstä esim. VaaHO 2018:9. Beuze-tuomiosta täsmennettiin, että *Salduz-*

Tapauksessa KKO 2012:45 omaksuttiin tiukka suhtautuminen oikeutta avustajaan koskeviin rajoituksiin. Vastaajan ei katsottu luopuneen oikeudestaan avustajaan pätevästi, mihin oli useita syitä. Pidän näistä keskeisimpinä kahta seikkaa. Ensinnäkin asiassa saatu selvitys niistä olosuhteista, joissa vastaajan oli väitetty luopuneen oikeudestaan avustajan käyttöön, oli KKO:n mukaan puutteellista. Oikeudesta luopumisen pätevyyttä oli tästä syystä mahdotonta todeta riittävän varmasti. Toiseksi viranomaisten tiedossa oli, ettei vastaaja ollut tavannut hänelle määrättyä puolustajaa, mikä antoi aiheen epäillä puolustuksen oikeuksien tehokkuutta. Salduz-ratkaisuun nojautuen KKO katsoi, että ilman avustajaa annettujen itsekriminoivien lausuntojen hyödyntäminen aiheutti korjaamatonta vahinkoa vastaajan oikeudelle oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Tästä syystä ne asetettiin hyödyntämiskieltoon.

Esitutinnan kulkuun liittyville epäselvyyksille annettiin tapauksessa huomattava merkitys sivuuttaen pitkälti se seikka, että vastaaja oli KKO:ssa ilmoittanut olleensa tietoinen vaihtolo-oikeudestaan. Jos epäily on ollut tietoinen tästä oikeudestaan, on vaikea nähdä, miten avustajan läsnäolo olisi parantanut hänen oikeusturvaansa tältä osin.<sup>776</sup> Epäselvyyttä näytetäänkin arvioidun toisin tapauksessa KKO 2013:25, jossa valittaja ei väittänytään pyytäneensä avustajaa esitutkinnassa. Toisaalta tässä tapauksessa annettiin merkitystä sille, että vastaaja ei ollut väittänyt olleensa tietämätön itsekriminointisuoja. Tällainen arviointi ottaa nähdäkseni paremmin huomioon avustajan puuttumisen tosiasialliset vaikutukset vastaajan oikeusturvan kannalta. Avustajan puuttumista sellaisenaan ei ole pidettävä EIS 6 artiklan (vaikutuksellisenä) loukkauksena.<sup>777</sup>

Olettamasta seuraa, että yksittäistapauksessa tulisi voida osoittaa avustajan käytön rajoittamisen vaikuttaneen puolustuksen asemaan vain vähän tai ei lainkaan (heikentävästi). Merkitystä on muun ohella sillä, ovatko viranomaiset ilmoittaneet itsekriminointisuoja avustajan puuttuessa tai voidaanko epäillyn olettaa tienneen siitä. Vaikutuksellisuutta voidaan arvioida tilannekohtaisesti hieman erilaisin kriteerein, mutta Ibrahim-ratkaisussa esitetään yhteensä kymmenen kohdan luettelo sellaisista arviointiperusteista, joita EIT on ratkaisukäytännössään hyödyntänyt. Näihin ”Ibrahim-kriteereihin”<sup>778</sup> on viitattu useissa myöhemmissä ratkaisuissa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta koskevan kokonaisarvioinnin lähtökohtana.<sup>779</sup> On kuitenkin huomattava, ettei luettelo ole tyhjentävä eikä kaikkia kriteerejä ole tarpeen arvioida kaikissa tapauksissa (ks. jäljempänä luku 6.3.2).

---

tuomiossa ei ole ilmaistu ehdotonta oikeusohjetta, vaan oikeudenloukkauksen peruuttamattomuutta ja oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta kokonaisuutena tulee arvioida, vaikka avustajan käyttöä olisi rajoitettu lainsäädännöllä (Beuze v. Belgium [GC], 9.11.2018, kohdat 144–147).

<sup>776</sup> Tapanila 2012b s. 597.

<sup>777</sup> Tapanila 2013 s. 433–434.

<sup>778</sup> Ks. esim. Artur Parkhomenko v. Ukraine, 16.2.2017 (kohta 83).

<sup>779</sup> Ks. esim. suuren jaoston ratkaisut Simeonovi v. Bulgaria [GC], 12.5.2017 (kohta 120) ja Beuze v. Belgium [GC], 9.11.2018 (kohta 150).

Ibrahim-tapausten tapahtumat liittyivät vuonna 2005 Lontoossa yritettyihin terrori-iskuihin. Valittajat olivat jääneet kiinni neljän pommin asentamisesta julkisiin kulkuneuvoihin. Pommit eivät olleet toimineet ja iskut epäonnistuivat. Kaksi viikkoa aiemmin neljä itsemurhapommia oli räjähtänyt tappaen yhteensä 52 ihmistä ja vahingoittaen useita satoja henkilöitä. Voidaan siten todeta sekä Salduz- että Ibrahim-tapausten koskeneen varsin poikkeuksellisia olosuhteita. Oikeusohjeiden soveltuvuus tavalliseen rikosprosessiin voidaan tätä taustaa vasten kyseenalaistaa. Paitsi EIT myös KKO on kuitenkin ratkaisukäytännössään soveltanut ratkaisujen oikeusohjeita.<sup>780</sup> Etenkin Ibrahim-ratkaisun osalta jo perusteluista on luettavissa EIT:n pyrkimys laajasti yleistettäviin oikeusohjeisiin.

Salduz-testi on nähdäkseni onnistuttu kehittämään melko käytännönläheiseksi Ibrahim-ratkaisussa esitetyin täsmennyksin. Jos epäillyn oikeus avustajaan ei ole toteutunut, on ensiksi arvioitava, onko rajoitus johtunut pakottavista syistä. Selvää on, että kriteeri ei täyty, jos rajoittamiselle ei ole esittänyt mitään syytä. Pakottavien syiden puuttuessa syntyy oletama siitä, että itsekriminointisuoja ja siten oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta on loukattu peruuttamattomasti. Tämä oletama on nähdäkseni samanlainen kuin jos viranomainen laiminlyö velvollisuutensa ilmoittaa epäillylle itsekriminointisuojusta ja oikeudesta avustajaan. Jos toteutumatta jäävät sekä oikeus avustajaan että sitä ja itsekriminointisuoja koskeva tiedonantovelvollisuus, täytyy oikeudenkäynnin kokonaisuudenmukaisuutta osoittavilta seikoilta edellyttää vielä vahvempaa vakuuttavuutta.

Suomen oikeuden mukaan oikeutta avustajaan voidaan rajoittaa lähinnä kahdessa tilanteessa. Ensinnäkin epäillyn avustajan läsnäolo päämiehensä kuulustelussa saadaan kieltää vain, jos se on välttämätöntä rikoksen selvittämisen merkittävän vaarantumisen estämiseksi (ETL 7:12:1). Toisaalta epäiltyä voidaan kuulla ilman avustajaa ETL 11:3.3:n nojalla, jos avustaja osoittautuu esteelliseksi. Salduz-ratkaisun oikeusohjeiden perusteella kumpaakin säännöstä on sovellettava erityisen varovaisesti, sillä rajoitukselle tulisi olla pakottava syy. Tätä edellytetään myös avustajadirektiivin (2013/48/EU) 3 artiklan 6 kohdassa. Muutettaessa ETL:n säännöstä olisi nähdäkseni ollut mahdollista säätää poikkeusperusteesta tarkemmin. Tämä olisi ollut perusteltua sen vuoksi, että Ibrahim-ratkaisussa pidettiin merkityksellisenä sitä, ohjaako kansallinen säännös riittävästi viranomaisten päätöksentekoa.<sup>781</sup>

<sup>780</sup> Ks. esim. KKO 2012:45 (kohdat 42 ja 43) ja KKO 2016:96 (kohta 35). Ennakkopäätöksessä KKO 2016:76 (kohta 22) todetaan, että Ibrahim-ratkaisu ei anna aihetta arvioida todisteiden käyttämisestä korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 2012:45 poikkeavasti. Tämä lausuma on ongelmallinen siihen nähden, että Ibrahim-tuomiossa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta arviointiin Salduz-ratkaisusta joustavampaan suuntaan poikkeavasti (ks. myös jäljempänä luku 6.4.3).

<sup>781</sup> Ks. Tapanila 2019b s. 181–182 ja 188–190. Tapanila huomauttaa, että direktiivi sallii avustajan käytön rajoitukset hieman laajemmin kuin EIT:n Salduz-testi antaa ymmärtää, ja että se johti

Avustajan käyttö voidaan joka tapauksessa ylikansallisten oikeuslähteiden mukaan evätä vain erittäin poikkeuksellisissa tilanteissa. Lähinnä kysymykseen tulee sellainen äärimmäinen kiire, joka oli käsillä Ibrahim-tapauksessa. Muiden ihmisten perusoikeuksien turvaamisen täytyy oikeuttaa se, että poliisi pyrkii selvittämään esimerkiksi epäillyltä terroristilta, onko tällä rikoskumppaneita tai onko jonnekin kätkeytyä lisää räjähteitä. Tällainen kuulustelu rinnastuisi lähinnä alustavaan puhutteluun, vaikka kuultavan asema epäiltyinä olisikin jo selvä. Tärkeänä erona toisaalta on, että epäillylle on aina ilmoitettava oikeudestaan vaieta, millä on erityinen merkitys avustajan puuttuessa. Pidän selvänä, että poliisilla on ETL 4:10.2:ssa tarkoitettu tiedonantovelvollisuus paitsi epäillyn kieltäytyessä avustajasta, myös silloin, kun viranomaisen kieltää avustajan käyttämisen.<sup>782</sup>

Oikeuteen käyttää avustajaa sisältyy lähtökohtaisesti myös oikeus *valita avustajansa*, mutta tuokaan oikeus ei ole ehdoton. On hyväksyttävää edellyttää, että avustaja täyttää tietyt kelpoisuusehdot ja on esteetön. Avustajalla ei toisaalta ole velvollisuutta ryhtyä tehtävään.<sup>783</sup> Väitettyjä oikeudenloukkauksia arvioidessaan EIT soveltaa toisessa suuren jaoston ratkaisussa kehitettyä *Dvorski-testiä*. Testin ensimmäisessä vaiheessa tulee arvioida, onko epäilty tehnyt tietoisin valinnan siitä, kenet haluaa avustajakseen. Epäillyn tietoinen valinta voidaan sivuuttaa, jos siihen on relevantit ja riittävät (relevant and sufficient) syyt. Tämä vaatimus on matalampi kuin Salduz-testin kynnys ”pakottavat syyt”. Kolmannessa vaiheessa arvioidaan oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta kokonaisuutena, mihin lienee nykyisin sovellettava jäljempänä selostettavia Ibrahim-kriteerejä (luku 6.3.2).<sup>784</sup>

Tapauksessa valittaja oli pidätetty epäiltynä vakavista rikoksista. Dvorskin vanhemmat olivat valtuuttaneet juristin (G.M.) avustamaan poikaansa kuulusteluissa. G.M. oli pyrkinyt useita kertoja ottamaan yhteyttä valittajaan,

---

Suomessa laajempaan mahdollisuuteen kieltää avustajan läsnäolo kuulustelussa. Direktiivin 3 artiklan 5 kohdan mukaan mahdollista olisi rajoittaa oikeutta avustajaan myös maantieteellisen etäisyyden vuoksi, mitä mahdollisuutta ei sisälly Suomen ETL:iin.

<sup>782</sup> Ks. avustajadirektiivin johdanto-osan kappale 32, Salduz v. Turkey [GC], 27.11.2008 (kohta 55) ja sitä täsmentävä linjaus Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohdat 260–262).

<sup>783</sup> Ks. Virolainen – Pölonen 2004 s. 351–353, missä käytetään termiä omavalintaperiaate.

<sup>784</sup> Dvorski v. Croatia [GC], 20.10.2015 (kohdat 78–82); eroa Salduz-testiin selostetaan kohdassa 81. Mielenkiintoisena yksityiskohtana voi mainita, että Dvorski-tapauksessa kokonaisuutensa eräänä perusteena mainitaan asian laatu (nature of the proceedings), joka ei Ibrahim-kriteereihin lukeudu, mutta kylläkin OK 17:25.3:iin. Dvorski-ratkaisussa viitataan sen osalta ratkaisuun Meftah and Others v. France, 26.7.2002 (kohta 45), jossa katsottiin, ettei vaatimus tiettyyn asianajajayhdistykseen kuuluvan asianajajan käyttämisestä kassaatioituomioistuimessa loukannut valinnanvapautta. Kriteeri lienee siten sisällöltään varsin rajallinen EIT:n käyttämässä merkityksessä. Ks. oikeudesta valita avustajansa myös Zherdev v. Ukraine, 27.4.2017 (kohdat 138 ja 139), missä viitattiin Ibrahim-kriteereihin, ja Dvorski-ratkaisua edeltäneestä oikeuskäytännöstä esim. Martin v. Estonia, 30.5.2013 (kohta 93).

mutta poliisi oli estänyt nämä yritykset. Kuulustelupöytäkirjojen mukaan valittaja oli suostunut siihen, että häntä avustaa juristi M.R., jonka valittaja oli myös kirjallisesti valtuuttanut tehtävään. EIT:n mukaan valinta ei kuitenkaan ollut ollut tietoinen, koska valittaja ei ollut saanut edes tietää siitä, että G.M. oli pyrkinyt avustamaan häntä. EIT katsoi lisäksi, että relevantteja ja riittäviä syitä G.M.:n sivuuttamiselle ei ollut ilmennyt ja että valittaja ei ollut luopunut oikeudestaan valita avustajansa. Viimeksi mainittu johtopäätös on mielestäni ilmeinen sen johdosta, että valintaa ei pidetty tietoisena. Koska myöskään kokonaisharkinnassa ei ilmennyt riittävästi puolustuksen asemaa tasapainottavia tekijöitä, EIS 6 artiklaa oli loukattu sivuuttamalla valittajan oikeus valita avustajansa.

Mirfieldin mukaan ei ole mitenkään epätavallista, että vapautensa menettäneen sukulaiset tai ystävät järjestävät tälle juristin, joka puolestaan ilmoittautuu avustajaksi poliisille. Englannin oikeuden mukaan poliisilla onkin velvollisuus ilmoittaa epäillylle juristin ilmoittautumisesta ja tiedusteltava epäillyltä, haluaako tämä tavata lakimiehen. Tämä PACE:n menettelytapaohje C:n kohdasta 6.15 ilmenevä velvollisuus on voimassa, vaikka epäilty olisi aikaisemmin luopunut oikeudesta avustajaan tai suostunut kuulusteltavaksi ilman avustajan läsnäoloa. Säännöksen sanamuodon perusteella ei ole kuitenkaan aivan selvää, olisiko vastaavaa velvollisuutta Dvorski-tapauksen tyyppisissä olosuhteissa eli kun epäillylle on viran puolesta määrätty avustaja.<sup>785</sup>

### 6.3 JOUSTAVUUS

EIT:n ratkaisukäytännössä on todettu, että suuresta merkityksestään huolimatta itsekriminointisuoja ei ole ehdoton oikeus.<sup>786</sup> Siirryn nyt tarkastelemaan sellaisia piirteitä, jotka tekevät myötävaikuttamattomuusperiaatteeseen perustuvista todistelunrajoitteista joustavia. Ensinnäkin siitä – kuten muistakin EIS 6 artiklassa taatuista oikeuksista – on mahdollista luopua pätevästi. Toiseksi myötävaikuttamattomuusperiaatteen loukkausten vaikutuksia arvioitaessa olisi sovellettava Ibrahim-kriteerijä, jotka tuovat myös tiettyä joustavuutta todistelunrajoitteisiin. Itsekriminointisuojan loukkaus voi joissain tapauksissa osoittautua vaikutukseltaan vähäiseksi. Todistelun rajoittaminen ei ole näissä tilanteissa punnintalain mukaisesti tarpeellista. Lähiomaisuuksien osalta on puolestaan otettava huomioon laissa säädetty mahdollisuus sen murtamiseen.

<sup>785</sup> Mirfield 1997 s. 179.

<sup>786</sup> Ks. Hirvelä – Heikkilä 2017 s. 420 ja Trechsel 2005 s. 343–346 sekä oikeuskäytännöstä esim. O’Halloran and Francis v. the United Kingdom [GC], 29.6.2007 (kohta 53) ja Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohta 269).



### 6.3.1 Oikeudesta luopuminen

Koska itsekriminointisuoja kuuluu EIS 6 artiklasta johdettuihin oikeuksiin, siitä luopumisen pätevyyttä on nähdäkseen välttämätöntä arvioida EIT:n oikeuskäytännön valossa. Yleisenä oikeusohjeena voidaan pitää sitä, että henkilö voi vapaasta tahdostaan joko nimenomaisesti tai hiljaisesti luopua EIS 6 artiklan turvaamista oikeuksistaan. Jotta luopuminen olisi pätevä, sen täytyy kuitenkin olla yksiselitteinen ja siihen täytyy liittyä luopumisen merkityksen huomioon ottaen oikeasuhteiset vähimmäistakeet. Toisaalta luopumisen täytyy olla tietoinen (knowing and intelligent), minkä lisäksi hiljaista luopumistahdonilmaisua voidaan pitää pätevänä vain, jos voidaan osoittaa, että henkilö on ollut riittävästi tietoinen tämän menettelynsä seurauksista. Vielä edellytetään, ettei luopuminen tapahdu vastoin tärkeää julkista etua.<sup>787</sup>

Luopumisen pätevyydelle asetetaan siten hieman erilaiset vaatimukset riippuen siitä, millä tavalla luopumisen väitetään tapahtuneen. Selvintä on, jos henkilö nimenomaisesti ilmoittaa luopuvansa vaikenemisoikeudesta ja tämä tahdonilmaisuu dokumentoidaan asianmukaisesti. Luopuminen on EIT:n oikeuskäytännön mukaan mahdollista myös hiljaisesti. Jos tietoisien ja järkevien luopumisten edellytykset muutoin täyttyvät, hiljaiseen luopumiseen saattaa riittää jonkin toimimisvelvollisuuden laiminlyönti.<sup>788</sup> Kaikissa tapauksissa luopumisen tulee olla ensinnäkin vapaaehtoista. Ketään ei saa painostaa oikeuksista luopumiseen tai muutoinkaan vaikuttaa hänen tahdonmuodostukseensa. Tässä suhteessa ongelmallista ei kuitenkaan ole esimerkiksi se, että myötävaikuttaminen rikoksen selvittämiseen voidaan ottaa huomioon seuraamusharkinnassa vastaajalle edullisella tavalla.<sup>789</sup>

Håkansson ja Sturesson -tapauksessa Ruotsin lain lähtökohta oli, että hovioikeus ei järjestä asiassa suullista käsittelyä, ellei sellaista pyydetä. Kun valittajat eivät olleet esittäneet pääkäsittelypyyntöä, heidän katsottiin luopuneen oikeudestaan yksiselitteisesti.<sup>790</sup> Myötävaikuttamattomuusperiaatteen osalta tulkinta ei ole aivan näin suoraviivainen. Pishchalnikov-tapauksessa epäilty oli poliisikuulustelussa vedonnut oikeuteensa käyttää avustajaa. Poliisi oli ilmoittanut hänelle vaikenemisoikeudesta ja jatkanut kuulustelua ilman avustajaa. Näissä olosuhteissa epäillyn ei katsottu luopuneen oikeudestaan avus-

<sup>787</sup> Ks. Pishchalnikov v. Russia, 24.9.2009 (kohta 77), Dvorski v. Croatia [GC], 20.10.2015 (kohdat 100 ja 101), Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohta 272) ja Simeonovi v. Bulgaria [GC], 12.5.2017 (kohta 115).

<sup>788</sup> Nimenomaisesta luopumisesta oli kysymys esim. tapauksessa Aleksandr Zaichenko v. Russia, 18.2.2010 (kohta 50). Toisin Simeonovi v. Bulgaria [GC], 12.5.2017 (kohdat 119 ja 124–128) ja Martin v. Estonia, 30.5.2013 (kohdat 88–89), joissa dokumentaation puute vaikeutti asian arviointia. Ks. myös Tapanila 2019b s. 182–183.

<sup>789</sup> Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia, 29.4.2014 (kohdat 88–94) ja Leuska and Others v. Estonia, 7.11.2017 (kohdat 73–74).

<sup>790</sup> Håkansson and Sturesson v. Sweden, 21.2.1990 (kohta 67).

tajaan yksiselitteisesti. Lisäksi EIT täsmensi, että yksiselitteinen luopuminen voisi tulla kysymykseen ainoastaan silloin, jos epäily sanotuissa olosuhteissa tekisi itse aloitteen kuulustelun jatkamiseksi. Lähtökohtaisesti kuulustelu tulee kuitenkin keskeyttää ja ryhtyä toimiin avustajan järjestämiseksi.<sup>791</sup>

Oikeasuhtaisia vähimmäistakeita ja tärkeää julkista etua ei ole arvioitu EIT:n oikeuskäytännössä kovinkaan kattavasti, joten näiden kriteerien merkitys jää melko epäselväksi. Pfeifer ja Plankl -tapauksessa oikeasuhtaiset vähimmäistakeet puuttuivat, kun tuomioistuimen esteellinen puheenjohtaja houkutteli maallikkovastaajan luopumaan tätä koskevan väitteen tekemisestä.<sup>792</sup> Håkansson ja Sturesson -ratkaisusta voidaan päätellä, että julkinen etu saattaisi estää esimerkiksi pätevän luopumisen oikeudesta suulliseen käsittelyyn.<sup>793</sup>

Nykyisin vaatimus tietoisesta luopumisesta näyttää nousseen keskeiseksi vapaaehtoisuuden ohella.<sup>794</sup> Tietoisuusvaatimukseen kuuluu ensinnäkin, että viranomaisen on täytynyt toteuttaa ilmoitusvelvollisuutensa tai täytyy olla muutoin selvää, että henkilö on ollut tietoinen oikeudesta, josta luopuu tai väitetään luovutun. EIT onkin todennut, että henkilölle on tärkeää selvittää hänen oikeutensa paitsi niiden tehokkaan käyttämisen edistämiseksi myös sen varmistamiseksi, että mahdollinen luopuminen tapahtuu pätevästi.<sup>795</sup> ETL:n säännösten mukaisessa menettelyssä epäilylle ilmoitetaan itsekriminointisuojusta ja oikeudesta avustajaan (ETL 4:16–17) sekä vielä varmistutaan tietoisuudesta ennen kuulusteluja (ETL 7:10.2). Epäillyn läheiselle puolestaan ilmoitetaan läheiskriminointisuojusta (ETL 7:10.4).

Tapauksessa KKO 2013:25 todettiin, ettei ilman avustajaa esitutkinnassa kuultu valittaja ollut vedonnut itsekriminointisuojaansa eikä hän ollut väittänyt, ettei hän olisi ollut esitutkinnassa tietoinen oikeudestaan olla vaiti ja myötävaikuttamatta syyllisyytensä selvittämiseen. Asiassa ei myöskään ollut tullut ilmi, etteikö vastaaja olisi ollut tietoinen häntä koskevan rikosepäilyn sisällöstä tai etteikö hän olisi ymmärtänyt avustajasta ja kuulustelutodistajasta luopumisen merkitystä. Toisaalta ei ollut viitteitä siitä, että vastaajaa olisi pakotettu tai taivutettu taikka hänet olisi muutoin epäasiallisesti saatu kertomaan itselleen epäedullisia seikkoja. Luopumista avustajasta ja kuulustelutodistajasta pidettiin yksiselitteisenä ja esitutkintakertomuksen hyödyntäminen sallittiin.

<sup>791</sup> Pishchalnikov v. Russia (kohdat 79 ja 80).

<sup>792</sup> Pfeifer and Plankl v. Austria, 25.2.1992 (kohdat 74–79).

<sup>793</sup> Håkansson and Sturesson v. Sweden, 21.2.1990 (kohta 67). Vrt. esim. Hermi v. Italy [GC], 18.10.2006 (kohta 79) ja Natsvlshvili and Togonidze v. Georgia (kohta 94), missä on tyydytty toteamaan, ettei luopuminen ollut vastoin tärkeää julkista etua.

<sup>794</sup> Ks. esim. Bozkaya v. Turkey, 5.9.2017 (kohta 48) ja Ruşen Bayar v. Turkey, 19.2.2019 (kohta 123), missä luopumisen yksiselitteisyys näyttää samastetun vaatimukseen tietoisuudesta ja ymmärryksestä. Pidän tätä perusteltuna.

<sup>795</sup> Ks. esim. Simeonovi v. Bulgaria [GC], 12.5.2017 (kohdat 118, 119 ja 128), Kalēja v. Latvia, 5.10.2017 (kohta 62) ja Brusco c. France, 14.10.2010 (kohdat 45 ja 54). Ks. myös KKO 2012:45 (kohta 21) ja KKO 2016:96 (kohta 19).

Jos epäilty on ollut jo esitutkinnassa tietoinen oikeudestaan avustajaan tai näin voidaan päätellä olevan, ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti saattaa korjaantua konkludenttisen luopumisen konstruktion perusteella. Edellä omaksuttujen käsitteiden mukaisesti voidaan tällöin katsoa, että sinänsä vakavalla menettelyllisten oikeuksien loukkauksella ei ole haitallisia vaikutuksia yksittäistapauksessa. Epäillyn voidaan lähtökohtaisesti olettaa olleen tietoinen itsekriminointisuoja- ta esimerkiksi silloin, jos hän on ollut myös jonkin ajan kuluessa aikaisemmin- kin rikoksesta epäiltyinä ja tullut tällöin tietoiseksi oikeuksistaan.<sup>796</sup> Toisaalta täytynee voida olettaa, että henkilö ainakin useimmiten käsittää aina menette- lynsä mahdolliset seuraukset, jos hän paljastaa itsekriminoivan tiedon poliisin virkapuvussa olevalle henkilölle.

Eräässä norjalaisessa oikeustapauksessa otettiin mielestäni perustellusti huo- mioon se, että ajoneuvon pysäyttäneet poliisit olivat virka-asuisia ja käytti- vät myös poliisiautoa. Näin ollen epäillyn tuli olla lähtökohtaisesti riittävästi tietoinen siitä, kenen kanssa on tekemisissä.<sup>797</sup> EIT on kuitenkin Aleksandr Zaichenko -tuomion perusteluissa katsonut, ettei valittaja välttämättä ollut ymmärtänyt puhuttamisen merkitystä, vaikka kysymys oli tunnustuksesta virkapukuisille poliiseille. Tapauksen erityispiirteenä tulee ottaa huomioon se, että poliiseilla oli syytä epäillä valittajaa rikoksesta matalalla kynnyksel- lä. Kysymys oli ratsiasta polttoainevarkauksien selvittämiseksi ja valittajan autosta löytyi dieselkanisteri, jonka ostamisesta hän ei voinut esittää selvi- tystä.<sup>798</sup>

Toiseksi henkilön tulee ymmärtää luopumisen merkitys kyseisessä tilanteessa. Epäillyn tulee esimerkiksi yleensä tietää, minkä laatusesta ja miten vakavas- ta rikoksesta on kysymys. Erityisen haavoittuvat henkilöt eivät välttämättä ky-kene ymmärtämään oikeudesta luopumisen konkreettista merkitystä. Jos kysy- mys on esimerkiksi lapsen, iäkkään vanhuksen, päihtyneen tai sairaan ihmisen oikeusturvasta, asettuvat luopumisen pätevyyttä koskevat vaatimukset olennai- sesti korkeammalle tasolle eikä oikeuksista luopumista välttämättä voida pitää pätevänä, vaikka se tapahtuisi nimenomaisella tahdonilmaisulla. Henkilöä oli- si tällöin nähdäkseni pidettävä kykenemättömänä prosessaamaan itse ja hänel- le olisi määrättävä avustaja viran puolesta. Äärimmillään mahdollista on, että

<sup>796</sup> Tapanila 2013 s. 433–434. Vrt. Hormia 1978 s. 307, missä katsotaan, että vastaajan tulisi ni- menomaisesti lausua olleensa tietoinen vaikenemisoikeudestaan ja samansuuntaisesti englantilain- lainen tapaus R. v. Beycan [1990] Crim.L.R. 185: ”If, for example, a suspect who had been de- liberately kept in the dark regarding the right in question were to say, in the course of a taped in- terview: ‘Of course, I could have a lawyer here with me if I wanted one, but I don’t,’ the impact of the breach would be, if not nullified, considerably lessened.”

<sup>797</sup> Rt. 2003 s. 1814. Ks. myös Øyen 2010 s. 433 ja Rautio – Frände 2016 s. 177, missä katsotaan olevan ”monissa tapauksissa ilmeistä”, että epäilty tuntee oikeusturvansa laajuuden ainakin itse- kriminointisuojaajan osalta.

<sup>798</sup> Aleksandr Zaichenko v. Russia, 18.2.2010 (kohdat 42 ja 55).

henkilö ei kykene prosessaamaan lainkaan eikä siten myöskään disponoimaan oikeuksistaan.<sup>799</sup>

Tapauksessa KKO 2016:76 vastaajalle oli ilmoitettu hänen asemansa esitutkinnaissa ja se, mistä häntä epäillään. Hänelle on kerrottu useaan kertaan mahdollisuudesta avustajan käyttöön ja että hänelle tullaan määräämään puolustaja. Vastaajalle oli kerrottu myös oikeudesta olla myötävaikuttamatta rikosepäilyn selvittämiseen, mutta hän ei ollut halunnut avustajaa esitutkin-takuulusteluihinsa. Vastaaja oli aikaisemmin tuomittu alentuneesti syynta-keisena. Aikaisempien mielentilalausuntojen perusteella oli KKO:n mukaan mahdollista, että vastaajan mielentila oli voinut vaikuttaa siihen, miten hän oli todellisuudessa ymmärtänyt esitutkintaan liittyvät oikeutensa sekä esitut-kinnaissa tekemänsä tunnustuksen ja siinä antamansa kertomuksensa oikeu-dellisen merkityksen. Korkein oikeus katsoi, että vastaaja ei ollut luopunut oikeudestaan avustajaan tietoisena siitä, millaisin oikeusvaikutuksin hän sen tekee. Kuulustelussa annettu itsekriminoiva lausunto asetettiin hyödyntämis-kieltoon.

Tapanila on tutkinut kotimaista hovioikeuskäytäntöä vuosilta 2012–2013 se-kä 2014–2018. Havaintoinaan hän toteaa hovioikeuksien antaneen tapauksen KKO 2012:35 mukaisesti huomattavan merkityksen sille, väitetäänkö oikeutta avustajaan ja/tai itsekriminointisuoja loukatun. Jos epäilyllä on ollut avustaja, on lähtökohtaisesti riittänyt se, että epäilty ja avustaja ovat voineet neuvotella ennen kuulemistä. Jälkimmäisellä tarkastelujaksolla väitteet tulkauksen puut-teellisuudesta olivat yleistyneet. Kielivaikeuksilla voikin olla merkitystä arvi-oitaessa oikeuksista luopumisen pätevyyttä (ks. myös edellä luku 6.2.4). Hovi-oikeuskäytännössä on kuitenkin aivan oikein edellytetty, että kielivaikeuksista tai erityisestä haavoittuvuudesta esitetään selvitystä. Pelkän väitteen nojalla oi-keudenloukkausta ei tulekaan todeta.<sup>800</sup>

Itsekriminointisuoja kannalta ongelmallisena ei ole pidettävä sitä, että itse-kriminoiva tieto paljastetaan henkilölle, joka ei ole minkään todistelunrajoitteen suojaama. Voidaan ajatella, että levittäessään tietoa, jonka ei haluaisi päätyvän viranomaisten tietoon, epäilty luo koko ajan uusia ja omasta tahdostaan riippu-mattomia todisteita. Kysymys ei ole itsekriminointisuojaan kiertämisestä, vaan siitä, että epäilty itse on päättänyt kertoa asioita eteenpäin. Samoin tulisi mie-lestäni tulkita läheiskriminointisuoja soveltuvuutta. Esimerkiksi hätäkeskus-nauhoitteen hyödyntämisessä ei voine olla kysymys minkään todistamiskiel-lon tai vaikenemisoikeuden kiertämisestä, koska viranomaiset eivät ole saaneet epäiltyä tai läheistä toimimaan aktiivisesti tietoja antaakseen. Näitä tilanteita ei tosin ole kovin luontevaa tarkastella myöskään oikeuksista luopumisena.

<sup>799</sup> Ks. myös jäljempänä luvussa 6.3.2 a-kriteerin osalta esitettävää.

<sup>800</sup> Ks. yhteenvetona Tapanila 2019b s. 213–219.

Läheiskriminointisuojaan osalta vallitseva oikeustila poikkeaa merkittävästi siitä, mitä edellä on todettu itsekriminointisuojusta. Läheistodistaja ei näet voi pätevin oikeusvaikutuksin luopua OK 17:17.1:ssa säädetystä kokonaiskiel-täytymisoikeudesta vielä esitutkinnassa, vaan siihen voidaan vedota tuomioistuimessa sillä seurauksella, että hänen aikaisemmin antamiaan kertomuksia ei saa hyödyntää. Läheiskriminointisuojaan tätä aspektia ja kritiikkiäni vallitsevaa tulkintaa kohtaan selostetaan tarkemmin jäljempänä (luku 6.4.2). Tässä riittää korostaa, että läheistodistaja voinee luopua oikeudestaan pätevästi vasta tuomioistuimessa ja tällöinkin hän voinee vielä pätevästi vedota OK 17:18.1:sta ilmenevään osittaiseen vaitiolo-oikeuteensa (OK 17:17.2). Viimeksi mainituksa tilanteessa aikaisemmat kertomukset ovat kuitenkin käytettävissä todisteena (OK 17:47.2).<sup>801</sup>

Luopumisen muotoon liittyy kiinteästi myös kysymys sen kontrolloitavuudesta jälkikäteen. EPSA 1:3:n 12 kohdassa säädetään velvollisuudesta tehdä esitutkintapöytäkirjaan kirjaus luopumisesta oikeudesta avustajaan sekä rikos-epäilyä koskevien, luopumista kompensoivien tietojen antamisesta. Avustajasta luopumisen tulee siten olla nimenomaista. Itsekriminointisuojusta luopumista voidaan puolestaan kontrolloida kuulustelupöytäkirjan perusteella. Kuulustelupöytäkirjaan on myös tehtävä merkintä kuultavan oikeuksia koskevista ilmoituksista. Erityisen merkittäviä ilmoitukset ovat, jos kuultavalla ei ole avustajaa. Kuultava saattaa myöhemmin väittää, että viranomainen on merkinnästä huolimatta täyttänyt tiedonantovelvollisuutensa jotenkin virheellisesti. Tällaisilta väitteiltä voitaisiin pitkälti välttyä, jos kuulustelut tallennettaisiin videolle (ETL 9:3).<sup>802</sup>

### 6.3.2 Ibrahim-kriteerit

Ibrahim-ratkaisussa luetellut kriteerit a–j muodostavat Salduz-testin jälkimmäisen, menettelyvirheen vaikutusten arviointiin sovellettavan osan. Ibrahim-kriteerit on johdettu EIT:n omasta oikeuskäytännöstä, joten niiden tulkinnassa voidaan ainakin jossain määrin hyödyntää aikaisempia ratkaisuja. Kriteereillä arvioidaan, onko oikeudenloukkauksen vaikutus jäänyt niin vähäiseksi, että loukkausta ei yksittäistapauksessa ole pidettävä peruuttamattomana itsekriminointisuojaan ydinalueen ja EIS 6 artiklassa turvattujen oikeuksien kannalta.<sup>803</sup>

<sup>801</sup> Rautio – Frände 2016 s. 139 ja 148, Pölönen 2003 s. 266.

<sup>802</sup> Tapanila 2012a s. 151–152. Ks. myös Saranchov v. Ukraine, 9.6.2016 (kohta 58), missä oikeudenkäynnin pöytäkirjan puutteellisuutta pidettiin tekijänä, joka heikensi luopumiseen liittyvää oikeusturvaa.

<sup>803</sup> HE 46/2014 vp s. 89 ja siellä mainitut KKO 2012:45 ja KKO 2013:25. Uudemmassa oikeuskäytännössä ks. esim. KKO 2016:76 ja VaaHO 2018:9. Ratkaisussa KKO 2016:96 (kohta 35) todetaan, että kriteeristö soveltuu ”arvioitaessa koko oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta esitut-

Kysymys on siten erityisesti virheen *vaikuttavuuden* arvioimisesta. Kriteerit sisältävä luettelo on avoin, joten huomioon voidaan ottaa muitakin seikkoja. Toisaalta kaikkia perusteita ei ole tarpeen arvioida kaikissa tapauksissa, vaan on valittava kuhunkin yksittäistapaukseen soveltuvat kriteerit.<sup>804</sup>

(a) *Whether the applicant was particularly vulnerable, for example, by reason of his age or mental capacity.* Ensimmäisenä Ibrahim-kriteerinä tulee arvioida, onko kuultava ollut erityisen haavoittuvassa asemassa esimerkiksi ikänsä tai henkisen toimintansa perusteella. Henkilön erityinen haavoittuvuus lisää loukkauksen vaikutusta. Beuze-ratkaisussa suuri jaosto näyttää halunneen korostaa kriteerin soveltamiskynnystä toteamalla, ettei älyllisiltä ominaisuuksiltaan rajoittuneen valittajan voitu katsoa olleen sen haavoittuvammassa asemassa kuin kuulusteltavat yleensäkin.<sup>805</sup> Näkisin kuitenkin, että erityinen haavoittuvuus on jossain määrin joustava käsite eli oikeudenloukkauksen vaikutus on sitä suurempi, mitä haavoittuvampi henkilö on. Selvintä on, jos väitetystä sairauteen perustuvasta haavoittuvuudesta ja sen vaikutuksista on lääketieteellistä selvitystä.

Erityisellä haavoittuvuudella on merkitystä ensinnäkin arvioitaessa sitä, millaisia viranomaisten toimia voidaan pitää uhkaavina ja siten pakottamisen luonteisina. Toiseksi erityinen haavoittuvuus voi tehdä henkilön harhauttamisesta helpompaa. Kolmanneksi, mitä tällä kriteerillä nähdäkseni yleisimmin arvioidaan, erityinen haavoittuvuus heikentää henkilön kykyä tietoiseen ja järkevään tahdonmuodostukseen, millä on merkitystä oikeuksista luopumisen pätevyyden kannalta. Tutkintatoimet olisi järjestettävä niin, että esimerkiksi alaikäinen tai järkyttynyt epäilty ymmärtää vähintäänkin prosessitoimien keskeisen sisällön ja merkityksen (the general thrust of what is said). Toisaalta menettelyä ei olisi pidettävä sallittuna missään tapauksessa yksin sen perusteella, että henkilö ei ole haavoittuvassa asemassa.<sup>806</sup>

---

kintaa rasittavan puutteen tai siinä tapahtuneen oikeuksien rajoittamisen vuoksi”. Tapaukset, joissa avustajan käytön merkitystä ei olisi pohdittu, ovat harvinaisia, mutta esimerkkinä voidaan mainita ainakin Aleksandr Zaichenko v. Russia, 18.2.2010 (kohdat 52–60). Ratkaisu on ajalta ennen Ibrahim-ratkaisua, mutta siinä sovelletaan loukkauksen vaikutuksen arviointiin käytännössä samanlaisia kriteerejä.

<sup>804</sup> Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohta 274).

<sup>805</sup> Beuze v. Belgium [GC], 9.11.2018 (kohdat 167 ja 168). EIT ei läheskään kaikissa Ibrahim-ratkaisun jälkeisissä ratkaisuissaan eikä itse asiassa siinäkään ole ottanut nimenomaisesti kantaa erityiseen haavoittuvuuteen. Eräissä ratkaisuissa on tyydytty toteamaan fraasimaisen lyhyesti, ettei kriteeri täyty (ks. esim. Ulay v. Turkey, 13.2.2018 (kohta 52) ja Fefilov v. Russia, 17.7.2018, kohta 64). Kansallisessa rikosprosessissa pidän perusteltuna jälkimmäistä kirjoitustapaa eli että tuomioistuimet perusteluissaan edes lyhyesti ottaisivat a-kriteeriin kantaa sen suuren painoarvon vuoksi.

<sup>806</sup> Panovits v. Cyprus, 11.12.2008 (kohta 67). Arvioinnissa tulisi ratkaisun mukaan ottaa etenkin lasten osalta huomioon sekin, ovatko he voineet keskustella huoltajan tai jonkun muun läheisen kanssa tilanteestaan (kohdat 73 ja 74). Ks. lasten, päihtyneiden ja sairaiden kuulustelemisesta

Beuze-tuomiossa<sup>807</sup> oli kysymys murhasta epäillyn valittajan oikeudesta käyttää avustajaa. Asiassa oli riidatonta, että valittaja oli voinut keskustella avustajan kanssa vasta, kun tutkintatuomari oli määrännyt hänet vangittavaksi. Esitutkinnan aikana avustaja ei ollut osallistunut kuulusteluihin tai rekonstruktioon, koska Belgian lain mukaan riitti, että avustajalla oli mahdollisuus vierailla päämiehensä luona vankilassa ja perehtyä esitutkinta-aineistoon ennen oikeuskäsittelyä. Kansalliseen lainsäädäntöön ei sisällynyt mahdollisuutta avustajan läsnäoloon kuulusteluissa. Belgian oikeuden linja muuttui EIT:n Salduz-tuomion jälkeen korkeimman oikeuden ratkaisujen perusteella, mutta tällöinkään avustajan puuttumista ei pidetty automaattisesti puolustuksen oikeuksia loukkaavana, vaan kuulusteluihin liittyvät turvatakeet katsottiin riittäviksi. Lakia on sittemmin muutettu EU:n avustajadirektiivin mukaiseksi.

Valittajan erityistä haavoittuvuutta suuri jaosto arvioi lyhyesti kahdessa perustelukappaleessa. Valittaja vetosi siihen, että hän oli erityisen haavoittuvassa asemassa vapaudenmenetyksen, matalan älykkyydosamäärän ja erittäin heikon sanallisen ilmaisukykyensä perusteella. Näistä esitettiin todisteenä neuropsykologinen lausunto. EIT totesi, että valittajan ymmärryskyky oli lausunnon mukaan kuitenkin normaalin rajoissa. Valittaja ei ollut osoittanut mitään sellaista, josta olisi voitu päätellä hänen heikon ilmaisukykyensä vaikuttaneen kuulusteluihin. Muutoinkaan ei ollut sellaisia olosuhteita, jotka osoittaisivat, että valittaja olisi ollut sen haavoittuvammassa asemassa kuin kuulusteluun joutuvat henkilöt yleensä ovat. Kuulusteluihin ei liittynyt mitään epätavanomaista.

Tapauksessa KKO 2016:96 vastaaja oli puhuttamisen yhteydessä ilmaissut poliisille olevansa vähän masentunut ja hänen käytöksensä on muutoinkin antanut viitteitä siitä, että hänen mielentilansa ei ole ollut tasapainossa. Näin oli siitä huolimatta, että hän oli samalla ilmoittanut olevansa kykenevä suoriutumaan puhuttamisesta. Lisäksi otettiin huomioon vastaajan mielentilasta esitetty selvitys. Eräs kuulustelu oli peruutettu, koska vastaaja ei ollut ollut kykenevä kuulusteluun hänen itkuisuutensa ja tärinänsä vuoksi. Hänet oli pian tämän jälkeen siirretty vankisairaalan psykiatriselle osastolle heikon psyykkisen kuntonsa vuoksi. Sairaalan lääkärin antaman lausunnon mukaan vastaaja ei ollut ollut puhuttamisen aikana kuulustelukunnossa. KKO katsoi vastaajan olleen erityisen haavoittuvassa mielentilassa.

Viranomaisilla voi olla oikeuskäytännön perusteella korostunut velvollisuus selvittää, onko epäilty haavoittuvassa asemassa vai ei. Kuulemisesta ilman avustajaa tulee vahvan pääsäännön mukaan pidättäytyä, jos on aihetta epäillä, ettei hän kykene pätevästi määräämään avustajan käyttämisestä. Tuleva EIT:n oikeuskäytäntö osoittaa, johtaako esimerkiksi Beuze-ratkaisu tulkintojen tiukentumiseen. Ainakin edellä (luku 6.3.1) selostetun tapauksen KKO 2016:76 perusteella vaikuttaisi hieman siltä, että erityisen haavoittuvan aseman kynnyks olisi matalampi kuin suuri jaosto Beuze-ratkaisussa linjaa. Mikä tahansa – edes

myös Fredman ym. 2020 s. 447.

<sup>807</sup> Beuze v. Belgium [GC], 9.11.2018.

lääketieteellisesti todettavissa oleva – henkilön ymmärryskykyä madaltava tila ei voine olla sellainen, että se estäisi ymmärtämästä oman menettelyn seurauksia rikostutkinnassa. Liian varovaiset tulkinnot avaavat mahdollisuuden erilaisille väärinkäytöksille.

Tapanilan empiiristen havaintojen mukaan a-kriteeri on ollut merkittävä suomalaisessa hovioikeuskäytännössä. Epäillyn kuulustelukertomusta koskeva hyödyntämiskielto on asetettu herkimmin tilanteissa, joissa hän on ollut haavoittuvassa asemassa, eikä häntä ole asianmukaisesti informoitu oikeudesta käyttää avustajaa. Oikeustila on vuosina 2014–2018 kehittynyt siten, että tiedonantovelvollisuuksien täyttämiseen ja dokumentoimiseen on kiinnitetty enemmän huomiota kuin aikaisemmin. Tapanilan johtopäätöksensä on, että nyttemmin keskeistä on varmistua luopumisen pätevyydestä epäillyn henkilöä tai terveydentilaa koskevien seikkojen valossa.<sup>808</sup> Tämä tarkoittaa, että itsekriminointisuojaan loukkauksia arvioitaessa erityinen haavoittuvuus nousee usein johtopäätöksen kannalta ratkaisevaksi ”avainkriteeriksi”.

*(b) The legal framework governing the pre-trial proceedings and the admissibility of evidence at trial, and whether it was complied with; where an exclusionary rule applied, it is particularly unlikely that the proceedings as a whole would be considered unfair.* Viranomaisten menettelyn lainvastaisuus lisää loukkauksen vaikutusta. Poikkeaminen kansallisesta lainsäädännöstä voidaan nähdä viitteenä menettelyyn liittyvistä mielivaltaisista piirteistä. Joka tapauksessa se loukkaa prosessioikeudellista laillisuusperiaatetta ja merkitsee epäyhdenvertaista kohtelua. Tästä kriteeristä ei voida tehdä sellaista vastakohtaispäätelmää, että menettelyn formaali lainmukaisuus poistaisi loukkauksen vaikutuksen. Puolustuksen väitteisiin tulee tarvittaessa ottaa kantaa myös sisällöllisesti, eikä toteamus kansallisen lain noudattamisesta tällöin välttämättä riitä.<sup>809</sup>

Myötävaikuttamattomuusperiaate asettaa vaatimuksia myös kansallisen lainsäädännön sisällölle. Oikeudenmukaisuusvaatimuksen vastaisina voidaan pitää erityisesti sellaisia lakisääteisiä rajoituksia, jotka estävät avustajan saamisen. Ihmisioikeustuomioistuin on antanut lukuisia langettavia ratkaisuja tällaisista rajoituksista Turkkiä vastaan.<sup>810</sup> Toisaalta edellä on jo viitattu siihen, että ajoneuvon haltijalle on lainsäädännössä voitu pätevästi asettaa velvollisuus ilmoittaa ajoneuvon käyttäjä tietyinä ajankohtana. Tällainen osittain

<sup>808</sup> Tapanila 2019b s. 197–219.

<sup>809</sup> Ks. esim. Sitnevskiy and Chaykovskiy v. Ukraine, 10.11.2016 (kohta 81).

<sup>810</sup> Ks. esim. Salduz v. Turkey [GC], 27.11.2008 (kohdat 27 ja 28), Dayanan v. Turkey, 13.10.2009 (kohta 33) ja Bayram Koç v. Turkey, 5.9.2017 (kohta 23). Suuren jaoston Beuze-tuomiossa tosin linjattiin, ettei rajoituksen lakisääteisyys vielä sellaisenaan voida päätellä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta loukatun (Beuze v. Belgium [GC], 9.11.2018, kohta 144).



myötävaikuttamaan velvoittava sääntely ei siis ole kiellettyä. Suomen lainsäädäntöä voidaan pitää laadullisesti riittävänä myötävaikuttamattomuusperiaatteen turvaamiseksi.<sup>811</sup> Kysymys on siten lähinnä siitä, noudattavatko viranomaiset sääntelyä vai eivät. Loukkauksen konkreettisia vaikutuksia on nähdäkseni arvioitava e-kriteerin kannalta.

EIT ei ole toistaiseksi täsmentänyt, mitä b-kriteerin loppuosa ”where an exclusionary rule applied, it is particularly unlikely that the proceedings as a whole would be considered unfair” tarkkaan ottaen merkitsee. Onko kysymys pelkästään hyödyntämiskiellon mahdollisesta soveltuvuudesta vai sellaisen asettamisesta? Ymmärtääkseni käytetty verbi mahdollistaisi molemmat tulkinnat. Sillä lienee kuitenkin tarkoitettu jälkimmäistä, koska pelkkä hyödyntämiskiellon soveltuvuus sinänsä ei voisi kumota menettelyvirheen vaikutusta. Loboda-ratkaisussa EIT hylkäsi ilmeisen perusteettomana valituksen, kun hyödyntämiskiello on asetettu. B-kriteerin valossa voidaan joka tapauksessa todeta, että hyödyntämisen rajoittaminen on selvästi hyväksytty ja varma keino poistaa oikeudenloukkauksen vaikutus (vrt. edellä luku 3.2.3).<sup>812</sup>

*(c) Whether the applicant had the opportunity to challenge the authenticity of the evidence and oppose its use.* Loukkauksen vaikutusta voidaan pitää suurempana, jos puolustuksella ei ole tehokasta mahdollisuutta riitauttaa itsekriminoivan lausuman sisältöä ja sen käyttämistä todisteena. C-kriteerin vastainen tilanne oli esimerkiksi Jalloh-tapauksessa, jossa asiaa käsitelleellä kansallisella tuomioistuimella ei ollut ollut harkintavaltaa kieltää todisteiden käyttäminen. Lainsäädännön lisäksi on kuitenkin otettava huomioon todisteiden käyttöä mahdollisesti koskeva oikeuskäytäntö ja sen tosiasiallinen soveltaminen. Esimerkiksi Suomessa tilanne ei olisi ollut aivan samanlainen, koska tuomioistuimet olivat joissain tapauksissa määränneet lausuntoja hyödyntämiskielloon jo ennen todistelu-uudistusta. Tämä oli kuitenkin verrattain harvinaista, eikä voida arvioida, olisiko oikeuskäytännössämme kehittyntä doktriinia pidetty riittävän vakiintuneena täyttämään c-kriteeri vai ei.<sup>813</sup>

<sup>811</sup> Samoin Tapanila 2019b s. 192.

<sup>812</sup> Loboda v. Ukraine, 17.11.2016 (kohdat 43 ja 44). Ks. myös Gäfgen v. Germany [GC], 1.6.2010 (kohta 172) ja Marttinen v. Finland, 21.4.2009 (kohta 72 *in fine*), missä todetaan: ”The Court also notes that the Government did not refer to any domestic case-law which would have authoritatively excluded the later admission in evidence against the applicant of any statements made by him in the enforcement inquiry.” Toisaalta on huomioitava, että itsekriminoituisuutta estää rankaisemasta sen piiriin kuuluvasta tiedonanto- tai toimimisvelvollisuuden laiminlyönnistä (Tapanila 2010 s. 582).

<sup>813</sup> Jalloh v. Germany [GC], 11.7.2006 (kohta 121). Ks. myös Beuze v. Belgium [GC], 9.11.2018 (kohta 176), missä EIT torjui Belgian hallituksen väitteen mahdollisuuden turvaavan oikeuskäytännön vaikutuksesta, koska kansalliset tuomioistuimet eivät olleet ottaneet sitä riittävästi huomioon.

Todisteluuudistuksen jälkeen on selvää, että myötävaikuttamattomuusperiaatetta loukkaava todiste on asetettava hyödyntämiskieltoon (OK 17:25.2). Suomalaisen tuomioistuimen osalta riittää siten todeta, että vastaajalla on ollut mahdollisuus riitauttaa todisteen näyttöarvo ja vaatia, että se määrätään hyödyntämiskieltoon. Jotta tällainen oikeus olisi tehokas, tuomioistuimen tulee ottaa avoimesti ja perustellusti kantaa sekä näyttöarvoon että hyödyntämiskysymykseen ja vastata näin puolustuksen väitteisiin menettelyllisen oikeusturvan vaatimalla tavalla. C-kriteeri ei sen sijaan tarkoita, että tuomioistuimen olisi keinotekoisesti madallettava todisteen näyttöarvoa, saati että hyödyntämiskielto olisi määrättävä. Riittää, että tuomioistuin lausuu näistä vaatimuksista ja perustelee sekä näyttö- että hyödyntämiserätyksensä.

Mitä tulee mahdollisuuteen riitauttaa todisteen näyttöarvo, voidaan perustellusti kysyä, eikö se kuulu väistämättä oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin. Goss kritisoikin ihmisoikeustuomioistuinta siitä, että se antaa oikeudenloukkausta tasapainottavan merkityksen oikeudelle, joka vastaajalle kuuluu joka tapauksessa.<sup>814</sup> Tähän sinänsä perusteltuun kritiikkiin voinee huomauttaa ensinnäkin, että tehokas riitauttamismahdollisuus edellyttää tuomioistuimelta huolellisuutta näytön arvioinnissa ja näyttöerätyksen perustelemisessä. EIT on nimenomaisesti todennut, että riitauttamisen tai vastustamisen menestymisellä ei ole vaikutusta kriteerin soveltamisessa.<sup>815</sup> Toiseksi nytkään ei voida tehdä sellaista vastakohtaispäätelmää, että mahdollisuus näyttöarvon riitauttamiseen tekisi yksinään oikeudenloukkauksen vaikutuksettomaksi.

*(d) The quality of the evidence and whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy, taking into account the degree and nature of any compulsion.* Oikeudenloukkauksen vaikutus on suurempi, jos loukkaus heikentää todisteen luotettavuutta. Kuten monessa yhteydessä on jo korostettu, myös rikoksen selvittämisen edellyttää näytön huolellista arviointia. Epäluotettavan todisteen salliminen merkitsisi mielivaltaa loukatun vahingoksi. Tuomioistuimen tulee siten joka tapauksessa arvioida, onko oikeudenloukkauksella saadun todisteen näyttöarvo heikentynyt menettelyn vuoksi. Pakottamisen luonne ja aste ovat tässä arvioinnissa keskeisiä. Selvänä perusperiaatteena on, että mitä vakavammin käytetty menettely on omiaan vääristämään kuultavan tahdonmuodostusta, sitä heikompi on myös kertomuksen luotettavuus.

Tilanteissa, joissa on loukattu tiedonantovelvollisuutta ja mahdollisesti myös oikeutta avustajaan, voi loukkauksella saatu lausunto useinkin olla täysin luotettava. Kysymyksen ei ole painostamisesta, vaan siitä, että henkilö on erehdyksessään paljastanut seikkoja, joita ei olisi paljastanut tietoisena oikeudestaan vaieta. Merkittävänä erona suhteessa EIT:n tapaan arvioida muita laittoman todistelun

<sup>814</sup> Goss 2014 s. 144–149, samoin Jackson – Summers 2012 s. 181.

<sup>815</sup> Ks. esim. Bašić v. Croatia (kohta 44) ja Schenk v. Switzerland [plenary], 12.6.1988 (kohta 47).

hankkimistilanteita on mainittava se, että myötävaikuttamattomuusperiaatetta loukkaamalla saadun lausunnon luotettavuus ei ole ratkaiseva peruste. Kansallinen tuomioistuin ei siten voi tyytyä toteamaan, että loukkaus ei ole heikentänyt todisteen luotettavuutta. Esimerkiksi Beuze-ratkaisussa EIT ohittaa tämän kriteerin itsekriminointisuojaan loukkauksen vaikutusta arvioidessaan yhdellä (!) perustelukappaleella todeten, ettei mitään pakkoa ollut edes väitetty käytetyn.<sup>816</sup>

Edellä on jo kritisoitu näyttöarvon madaltamista keinona tosiasiallisesti rajoittaa todisteen hyödyntämistä (luku 3.2.2). EIT:n oikeuskäytännön valossa keskeistä on, että kansallinen tuomioistuin arvioi riitautetun todisteen näyttöarvoa huolellisesti, mutta ratkaisukäytännöstä ei sen sijaan ole luettavissa velvollisuutta keinotekoisesti madaltaa todisteen näyttöarvoa. Toisaalta kysymys on ensisijaisesti vastaajan oikeusturvasta eikä todisteen luotettavuudesta. Ratkaisussa KKO 2012:45 on mielestäni tiivistetty oikein, että kysymys itsekriminointisuojaan loukkaamalla saadun todisteen käytettävyydestä oikeudenkäynnissä ei ensisijaisesti liity epäillyn tai hänen lausumiensa uskottavuuden arviointiin.<sup>817</sup> Esimerkiksi itsekriminointisuojaan loukkaamalla saadun kertomuksen osoittautuminen luotettavaksi tukitodistelun perusteella ei siten sellaisenaan oikeuta käyttämään sitä todisteena.<sup>818</sup>

Huomaatan tässä yhteydessä jälleen kuulustelujen videotaltioinnin hyödyllisyydestä myöhemmän rikosprosessin kannalta (ks. myös edellä luku 3.3.3). Jos ainoa saatavilla oleva selvitys kuulustelutilanteen tapahtumista on kirjallinen kuulustelupöytäkirja, sen luotettavuutta ei voida pitää itsestään selvänä. Pöytäkirjasta ilmenee pikemminkin kuulustelun suorittaneen poliisin tulkinta tapahtumista ja olosuhteista. Toisaalta taltioinnit olisivat omiaan vähentämään perusteettomien väitteiden esittämistä. Tallentamisesta olisi myös se etu, että kuulustelija voisi keskittyä pöytäkirjan pitämisen asemesta täysipainoisemmin kuulusteluun ja sen sisältö voitaisiin saattaa tallenteelta kirjalliseen muotoon. Kuulustelukertomuksen tarkastaminen voidaan tällöin lykätä myöhemmäksi, jos sitä ei ole mahdollista tai tarkoituksenmukaista laatia välittömästi.<sup>819</sup>

<sup>816</sup> Beuze v. Belgium [GC], 9.11.2018 (kohta 169). Ks. myös Hormia 1978 s. 283–284, missä kritisoidaan Ranskan oikeuden tuolloista linjaa, jonka mukaan ”poliisin pakottamalla saama tunnus tus voidaan ottaa lukuun indisiona sikäli kuin muut todisteet sitä tukevat”. Tällöinhän kysymys olisi nimenomaan tukitodistelusta. Nykyisin tunnustamaan pakottamista ja esimerkiksi ilmoitusvelvollisuuden laiminlyöntiä pidetään Ranskan oikeuden mukaan menettelyvirheinä, joiden seurauksena saadut lausumat voidaan julistaa mitättömäksi (nullité), mikä käytännössä vastaa hyödyntämiskieltoa (Guinchard – Buisson 2018 s. 1184–1187).

<sup>817</sup> KKO 2012:45 (kohta 46).

<sup>818</sup> Tuomari Bošnjak on tiivistänyt ratkaisuun Murtazaliyeva v. Russia [GC], 18.12.2018 liittyvässä äänestyslauseunossaan, että Ibrahim-kriteerien mukaisessa arvioinnissa painottuvat menettelylliset näkökohdat, kun taas lainvastaisesti hankitun todistelun hyödyntämistä arvioidaan enemmän sisällöllisin kriteerein, painottaen todisteen luotettavuuden merkitystä (lausunnon kohta 11).

<sup>819</sup> Ks. HE 222/2010 vp s. 231, Pölönen 2003 s. 341–345 ja Tapanila 2019b s. 191. Fredmanin mukaan poliisit vastustavat tallentamista (Fredman 2018 s. 497–498). Tällainen tilanne on ristiriidassa lainsäätäjän tarkoituksen kanssa.

(e) Where evidence was obtained unlawfully, the unlawfulness in question and, where it stems from a violation of another Convention Article, the nature of the violation found. Oikeudenloukkauksen lainvastaisuus lisää itsestään selvästi loukkauksen vaikutusta. Arvioinnissa on otettava kantaa loukkauksen luonteen eli siihen, miten menettely on konkreettisesti rikkonut lainsäädäntöä tai ihmisoikeussopimuksessa turvattuja oikeuksia. Esimerkiksi Ibrahim-ratkaisussa korostettiin, ettei tiedonantovelvollisuuden laiminlyönnille voida esittää periaatteessa lainkaan hyväksyttäviä syitä, joten loukkausta on pidettävä ihmisoikeussopimuksen vastaisena ja siten *prima facie* varsin vakavana.<sup>820</sup> Vastaavasti e-kriteerin kannalta ei ole lainkaan merkitystä sillä, onko loukkaus heikentänyt todisteen luotettavuutta. Arviointi perustuu ensisijaisesti integriteettiperiaatteeseen.

Arvioinnissa voidaan esitöiden mukaan ottaa huomioon se, onko loukkaus ollut tietoinen.<sup>821</sup> Tästä ei kuitenkaan tule tehdä sellaista päätelmää, että hyödyntämiskielto automaattisesti väistyisi loukkauksen ollessa tahaton eli oikeudessamme ei ole yleistä good faith -poikkeusta. Sellainen on luonteva järjestelmässä, jossa todistelunrajoitteiden pääasiallisena tai ainoana tarkoituksena on toimia pelotteena viranomaisille. Tahattomia loukkauksia ei näet ole periaatteessa mahdollista kitkeä kurinpidollisin keinoin.<sup>822</sup> Loukatun oikeusturvan kannalta ei ole ratkaisevaa, onko oikeudenloukkaukseen syyllistytty tarkoituksella vai epähuomiossa. Kuten edellä on jo todettu, viranomaisen tarkoituksella voi kuitenkin olla merkitystä täydentävänä argumenttina hyödyntämisharkinnassa.

Myötävaikuttamattomuusperiaatteen kannalta vakavimpina oikeudenloukkauksina voidaan pitää epäinhimillistä tai halventavaa kohtelua. Myötävaikuttamattomuusperiaatetta voidaan näissä tilanteissa soveltaa, vaikka kysymyksessä olisi reaalityodiste (luku 6.2.3). Kidutusta sen sijaan koskee todistusmetodikielto, joka nähdäkseni on *lex specialis* -luonteensa vuoksi etusijalla (luku 7.1.2). Lievempien loukkausten osalta joudutaan tekemään jossain määrin rajanvetoa suhteessa todistusmetodirajoituksiin, kun kysymys on reaalityodisteiden hankkimisesta. Myötävaikuttamattomuusperiaatettakin voidaan kuitenkin loukata eri luonteisella tai asteisella pakottamisella. Olennaista on, saadaanko henkilö vastoin tahtoaan toimimaan aktiivisesti oman tai läheisensä syyllisyyden selvittämiseksi joko antamalla lausumia tai paljastamalla muita raskauttavia todisteita.

EIS 8 artiklassa määrättyjen oikeuksien loukkaukset eivät yleensä tule arvioitaviksi myötävaikuttamattomuusperiaatteen kannalta. Allan-tapauksessa

<sup>820</sup> Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohdat 299 ja 300).

<sup>821</sup> HE 46/2014 vp s. 93–94.

<sup>822</sup> Yhdysvalloissa todistelu voi olla good faith -poikkeuksen perusteella käyttökelpoista, jos se on saatu viranomaisen tahattoman oikeudenloukkauksen seurauksena, ks. Re 2014 s. 1942–1945 ja Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009).

katsottiin menettelyn loukkaanen myös yksityisyyden suojaa, koska menettelylle ei ollut riittävää perustetta lainsäädännössä.<sup>823</sup> Erilaiset laissa säädetyt tarkkailutyypiset pakkokeinot eivät kuitenkaan merkitse tarkkailun kohteen pakottamista tai harhauttamista aktiivisiin toimiin. Niinpä yksityisyyden suojaa loukkaava menettely voi ainoastaan varsin poikkeuksellisissa olosuhteissa loukata myös myötävaikuttamattomuusperiaatetta. Esimerkiksi asianajosalaisuuden loukkaaminen kuuntelemalla salaa vastaajan ja avustajan välistä keskustelua voisi olla tällainen loukkaus. Tällaiseen menettelyyn olisi mahdollisuus lähinnä vankilassa, ja vankeuslaki suojaakin vangin ja avustajan välistä viestintää eri tavoin.<sup>824</sup>

*(f) In the case of a statement, the nature of the statement and whether it was promptly retracted or modified.* Lausunnon sisällön kannalta keskeistä on, voidaanko sitä käyttää vastaajalle epäedullisella tavalla. EIT:n oikeuskäytännössä on täsmennetty, että ratkaisevaa on lausunnon käytön tosiasiallinen vaikutus vastaajan aseman kannalta. Lausunnon ei siten tarvitse sisältää suoranaista tunnustusta, vaan riittää, että epäily kertoo esimerkiksi joitain yksittäisiä seikkoja, joihin syyttäjät myöhemmin vetoaa syytteen tueksi tai puolustuksen vastanäytön uskottavuutta heikentääkseen. Kynnystä ei tältä osin tule asettaa erityisen korkealle, vaan tosiasiallinen vaikutus toteutuu verrattain helposti. Akkusatorisessa prosessissa voidaan mielestäni arvioinnin lähtökohtana pitää sitä, katsooko syyttäjät lausunnon merkitykselliseksi vastaajalle epäedullisella tavalla eli vedotaanko siihen päätodisteluna.<sup>825</sup>

Myötävaikuttamattomuusperiaatteen loukkausta lienee pääsääntöisesti pidettävä todistusoikeudellisesti vaikutuksettomana, jos loukkaavalla menettelyllä joko ei saada lainkaan lausuntoa tai saatu lausunto on sellainen, että sitä ei voida käyttää vastaajalle epäedullisella tavalla. Kalēja-ratkaisussa todettiin, ettei valittaja ollut varsinaisesti tunnustanut rikosta ilman avustajaa eikä tämän jälkeenkään. Koska lausunto ei ollut sisällöltään itsekriminoiva, avustajan puuttuminen ei ollut vaikuttanut puolustuksen asemaan. Toisaalta lienee tarpeen kiinnittää lähemmin huomiota lausunnon sisältöön. Jos loukkauksella saatu itsekriminoiva lausunto on monipuolinen ja yksityiskohtainen, voitaisiin virheen vaikutusta pitää suurempana kuin jos kertomus on ylimalkainen. Beuze-ratkaisussa pidettiin f-kriteerin kannalta merkityksellisenä sitä, että kertomus vahvisti viranomaisten valittajaan kohdistunutta rikosepäilyä.<sup>826</sup>

<sup>823</sup> Allan v. the United Kingdom, 5.11.2002 (kohdat 36 ja 52), vrt. esim. Khan v. the United Kingdom, 12.5.2000.

<sup>824</sup> Ks. esim. vankeuslain (23.9.2005/767) 12:4, 12:7.1:n 3 k. ja 13:6.

<sup>825</sup> Ks. Saunders v. United Kingdom [GC], 17.12.1996 (kohdat 71 ja 72) sekä Beuze v. Belgium [GC], 9.11.2018 (kohta 178).

<sup>826</sup> Beuze v. Belgium [GC], 9.11.2018 (kohta 178), Kalēja v. Latvia, 5.10.2017 (kohdat 67–68). Ks. myös Simeonovi v. Bulgaria [GC], 12.5.2017 (kohdat 136 ja 140) ja Zherdev v. Ukraine, 27.4.2017 (kohta 155).

Lienee itsestään selvää, mitä lausunnon peruuttamisella tai muuttamisella tarkoitetaan. Loukkausta voidaan pitää yleensä todistusoikeudellisesti vaikutuksettomana myös silloin, jos henkilö pitäytyy aikaisemmin antamassaan lausunnossa oikeudenloukkauksen tultua korjatuksi eli ei muuta sitä. Differenssiopin perusteella loukkaus voidaan tällöin todeta vaikutuksettomaksi, koska henkilö olisi ilmeisesti menetellyt samoin loukkauksesta riippumatta. Ogorodnik-tapauksessa kuitenkin todettiin, ettei valittajalle vastaisia johtopäätöksiä voitu tehdä siitä, että hän ei ollut peruuttanut tunnustustaan, kun se oli saatu EIS 3 artiklan vastaisella menettelyllä. Ratkaisevana täytyneekin pitää sitä, onko vastaaja toistanut väitetyllä loukkauksella saadun lausunnon, eikä pelkäänsä sitä, ettei hän ole nimenomaisesti peruuttanut lausuntoaan.<sup>827</sup>

Lausunnon peruuttamisen tai muuttamisen vaikutuksia lienee sen sijaan arvioitava tilannekohtaisesti. Muuttuminen tai peruuttaminen voi ensinnäkin saada jonkinlaista indisioarvoa loukkauksen tapahtumisesta, jos vastaaja vapautuu tutkintavankeudesta mukiloituna ja itse- tai läheiskriminoivan lausunnon antaneena. Tällä lienee Suomessa käytännössä olematon merkitys eikä lausunnon peruuttamisesta itsessään voida päätellä oikeastaan mitään.<sup>828</sup> Jos oikeudenloukkausta ei todeta tapahtuneen, lausunnon muuttaminen voisi lähinnä heikentää kuultavan luotettavuutta.<sup>829</sup> Kolmanneksi on huomioitava, että vastaajalla on aina oikeus peruuttaa tunnustuksensa. Jos tunnustus peruutetaan, tuomioistuin harkitsee, mikä vaikutus tunnustuksella tai tunnustuksen peruuttamisella on todisteena (OK 17:5.3).

Ratkaisusta KKO 2000:35 voidaan johtaa peruutettua tunnustusta koskeva tukitodisteluvaatimus. Sen mukaan tuomiota ei voida perustaa yksin tai pääasiassa syylliseksi epäillyn esitutkinnassa antamaan, sittemmin peruutamaan lausumaan. Tuomio voidaan kylläkin *e contrario* perustaa tällaiseen lausumaan muun todistelun ohella. Ratkaisevaa on se, voidaanko peruutetun lausuman oikeellisuutta kontrolloida muulla todistelulla ja siten poissulkea vastaajalle edullisemmän vaihtoehdoisen tapahtumainkulun mahdollisuus. Merkitystä voidaan antaa sille, perusteleekeo vastaaja lausunnon peruuttamista jotenkin vai ei. Ratkaisussa KKO 2000:35 kynnystä ei asetettu kovin korkealle. Vastaaja oli selittänyt syyksi esitutkinnassa kertomalleen sen, että hän

<sup>827</sup> Ogorodnik v. Ukraine, 5.2.2015 (kohta 108). Ks. myös KKO 2013:25 (kohta 10), mistä ilmenee, että epäillyn kertomus ei ollut muuttunut. Tätä on saatettu pitää eräänä indikaationa siitä, ettei mikään asiassa viitannut esimerkiksi epäasialliseen pakottamiseen (kohta 14). Ks. myös Tapanila 2013 s. 432.

<sup>828</sup> Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohta 306). Ks. myös tuomari Serghidesin äänestyslausunto ratkaisussa Simeonovi v. Bulgaria [GC], 12.5.2017 (lausunnon kohta 98), missä merkityksellisenä pidetään tapauksen ”epäilyttäviä olosuhteita”.

<sup>829</sup> Ks. Beuze v. Belgium [GC], 9.11.2018 (kohta 179): ”– the applicant changed his version of the facts several times in the course of the judicial investigation, thus undermining his general credibility –”.

oli ennen pidätystään nauttinut alkoholia yhteen menoon useita viikkoja ja että kuulustelutilanne oli ärsyttänyt häntä päihtymyksen vuoksi.

(g) *The use to which the evidence was put, and in particular whether the evidence formed an integral or significant part of the probative evidence upon which the conviction was based, and the strength of the other evidence in the case.* Mitä suurempi merkitys loukkauksella saadulla todisteella on rikosprosessissa, sitä suurempi on myös loukkauksen vaikutus. Vaikuttaa selvältä, että olennainen (integral) todiste on aina myös merkittävä (significant). Tämä ei vielä anna paljoakaan eväitä käytännön harkintatilanteisiin. Ibrahim-ratkaisun mukaan valittajan kertomus muodosti olennaisen ja merkittävän osan syyllisyyttä osoittavasta näytöstä, koska se sai poliisin epäilyt kohdistumaan häneen. Kertomus sisälsi sen tapahtumainkulun, jonka perusteella esitutkinta suunnattiin ja syytettä tukenut näyttö saatiin kerätyksi.<sup>830</sup>

Merkityksen määrittämiseksi lieneekin kysyttävä, miten oikeudenloukkaus on tosiasiallisesti vaikuttanut näytön kertymiseen. Käytännössä arviointi voi olla helpointa suorittaa kääntäen eli pohtimalla, miten rikostutkinta olisi edennyt, jos oikeudenloukkausta ei olisi tapahtunut eikä saatua tietoa olisi paljastettu. Loukkauksella ei differenssiopin mukaisesti ole syy-yhteyttä sellaisiin todisteisiin, jotka olisi löydetty siitä huolimatta. Mitä useammat todisteet olisivat löytyneet joka tapauksessa, sitä vähäisempi on oikeudenloukkauksen merkitys todistelun kannalta. Todisteen merkitys ei siten ole staattinen ominaisuus, joka voitaisiin määrittää osuutena kaikesta syyllisyyttä tukevasta näytöstä, vaan sitä on arvioitava dynaamisesti ja käytännöllisesti. Jos muita todisteita saadaan loukkauksen seurauksena, syy-yhteys ei katkea, vaan loukkauksen vaikutus pikemminkin korostuu.

Sanottu tarkoittaa toisaalta, ettei loukkauksella saadun lausunnon hyödyntämistä voitane sallia ongelmitta niin sanotun *välillisen hyödyntämisen* konstruktiolla. Jos esimerkiksi vastaaja on loukkauksen seurauksena paljastanut teon silminnäkijän henkilöllisyyden ja silminnäkijää kuulustellaan todistajana asianmukaisesti, voitaisiin väittää, että todistajalta saatu lausunto on laillinen. Voi kuitenkin olla selvää, että poliisi ei olisi saanut todistetta, jos oikeudenloukkausta ei olisi tapahtunut. Uusikin todiste on tällöin saatu tosiasiallisesti oikeudenloukkauksen seurauksena. Vaikka kyseessä onkin siinänsä erillinen todistuskeino, sen käyttöä ei tee sallituksi pelkästään se, ettei poliisi syyllisty uuteen menettelyvirheeseen. G-kriteerin mukaisessa arvioin-

<sup>830</sup> Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohta 309). Ks. myös Artur Parkhomenko v. Ukraine, 16.2.2017 (kohta 87), Fefilov v. Russia, 17.7.2018 (kohta 63) ja Sitnevskiy and Chaykovskiy v. Ukraine, 10.11.2016 (kohta 84). Pölonen 2003 s. 317 on katsonut, että jos tietty kyselylinja ei olisi aktualisoitunut laillisten tutkintatoimenpiteiden tuotteena, olisi johdonmukaista ulottaa hyödyntämiskielto näin saatuihin todisteisiin. Virhettä voidaankin tällöin pitää tosiasiallisesti varsin vaikutuksellisenä Ibrahim-tuomiossa linjatun tavoin.

nissa itsekriminointisuojaalla saattaisi siten olla jopa jonkinlainen heikohko etäisvaikutus (ks. edellä luku 3.2.5) osana laajempaa kokonaisharkintaa.<sup>831</sup>

Todisteen merkitystä arvioitaessa on tietenkin myös otettava huomioon, miten paljon ja millaista muuta kuin loukkauksella edes välillisesti saatua todistelua syytteen tueksi on käytettävissä. Mitä enemmän syyllisyyden tueksi on esitetävissä oikeudenloukkauksesta täysin riippumattomia todisteita, sitä vähäisempi on vastaavasti loukkauksella saadun todisteen merkitys. Näyttöosuuden kannalta keskeisessä asemassa on todistelun laatu eikä se, kuinka monta muuta todistetta loukkauksella saadun lisäksi voidaan esittää.<sup>832</sup> Mahdollista on sekkin, että syyksilukeminen perustuu kokonaan muuhun näyttöön. Tällöin oikeudenloukkausta lienee pidettävä aina vaikutuksettomana (vrt. b-kriteerin ”where an exclusionary rule applied”). EIT on edellä todetuin tavoin antanut eräitä ratkaisuja, joissa valitus on hylätty ilmeisen perusteettomana, kun hyödyntämiskielltoa on sovellettu.

Vastaava kriteeri ilmenee OK 17:25.3:sta, jonka esitöissä on todettu merkityksen vaikutuksesta päinvastoin seuraavaa: ”Hyödyntämiskielltoa voi puoltaa esimerkiksi se, että todiste on näyttöarvoltaan heikkoa kuulopuhetodistelua ja asiassa on muuta ja parempaa näyttöä. Toisaalta asianosaisen tai silminnäkijätodistajan antama kertomus taikka rikoksentekevälaine vakavassa rikosasiassa voi olla keskeinen todiste, jolloin rikoksen selvittämisen intressi puoltaa todisteen hyödyntämistä.” Toisin sanoen on lähdetty siitä, että todisteen suuri merkitys puhuu sen käyttämisen puolesta. Selvää kuitenkin on, että kun kotimainen sääntelymme on pyritty sovittamaan yhteen EIT:n oikeuskäytännön kanssa, on kriteerille annettava sen kanssa yhdenmukainen sisältö. Päinvastainen ajatus näyttäisi itse asiassa trivialisoivan hyödyntämiskiellon sovellettavaksi lähes merkityksettömään näyttöön.<sup>833</sup>

Tulkintani mukaan siteeratusta esitöiden kohdassa puhutaan oikeastaan kahdesta eri asiasta – ensin todisteen luotettavuudesta (probative value) ja toisessa virkkeessä sen merkityksestä (the weight attached to the evidence). G-kriteerin arvioinnissa merkittävä on nimenomaan jälkimmäinen ominaisuus.<sup>834</sup> EIT:n terminologia ei helpota tämän eron ymmärtämistä, koska kumpaankin voidaan viitata ”sole or decisive”-ilmaisulla. Todisteen on sitä paitsi periaatteessa olta-

<sup>831</sup> Ks. Pölönen 2003 s. 315 ja 317 sekä Brøbech 2003 s. 272–279.

<sup>832</sup> Ks. esim. Bykov v. Russia [GC], 10.3.2009 (kohdat 97 ja 103) ja Kalēja v. Latvia, 5.10.2017 (kohta 67).

<sup>833</sup> HE 46/2014 vp s. 94, Rautio – Frände 2016 s. 183–184. Ks. vastaavasta keskustelusta Tanskan oikeudessa Brøbech 2003 s. 265–272. Brøbechin mukaan tanskalaiset tuomioistuimet eivät yleensä arvioi itsekriminointisuojan vastaisesti hankitun todisteen merkitystä.

<sup>834</sup> Suluissa olevia ilmaisuja käytetään esim. ratkaisussa Jalloh v. Germany [GC], 11.7.2006 (kohdat 105 ja 106). Selkeä ero tehdään myös Khan-ratkaisussa (Khan v. the United Kingdom, 12.5.2000, kohta 37).



va luotettava ollakseen myös merkittävä. On kuitenkin täysin mahdollista, että kahdella yhtä luotettavalla todisteella on eri merkitys näytön arvioinnissa. Jos esimerkiksi vastaajan tunnustus sisältää koko tapahtuman ja todistajan kertomus vain osia siitä, on selvää, että tunnustus on todisteena merkittävämpi ja todistajan luotettavakin kertomus ainoastaan tukee sitä.

Tiivistetysti yllä todetusta seuraisi, että myötävaikuttamattomuusperiaatteen loukkaus on g-kriteerin perusteella vähäinen ainakin, jos syytettä tukeva todistelu on ratkaisevilta osin saatu laillisen tutkinnan seurauksena eikä menettelyvirhe ole tosiasiallisesti vaikuttanut edes tutkinnan suuntaamiseen. Merkitykseltään vähäiset tiedot voisivat olla hyödyntämiskelpoisia ja niitä voitaisiin hyödyntää esimerkiksi muun todistelun tukena. Ervo on kuvannut kontradiktorisuuden yhteydessä tällaista vähämerkityksellisen todistelun sallimista ilmaisulla ”rikkana rokassa”.<sup>835</sup> EIT:n nykyisen oikeuskäytännön perusteella tämä kuvaus soveltuisi mielestäni paremmin myötävaikuttamattomuusperiaatteen loukkauksien arviointiin, sillä loukkauksella saadun lausunnon vähäinen merkitys näyttäisi puoltavan hyödynnettävyyttä.

Tällaisen näyttöosuuspunninnan ilmeinen ongelma on siinä, että se voidaan lopullisesti suorittaa vasta, kun todistelu on otettu vastaan ja voidaan suorittaa näytön kokonaisarviointi. Tällöin olisi tarkoituksenmukaista ratkaista hyödyntämiskysymys vasta pääasian yhteydessä. Asianosaisten huomiota tulee joka tapauksessa kiinnittää siihen mahdollisuuteen, että hyödyntämiskielto tulee määrättäväksi. Etukäteen arvioiminen lienee kuitenkin useissa tilanteissa mahdollista. Tämä johtuu erityisesti siitä, että kysymys ei ole todisteen luotettavuuden vaan ainoastaan sen merkityksen arvioinnista. Samankaltaista ennakoarviointia edellyttävät myös habilitteettisäännökset (luku 4.2.1). Tarpeellista selvitystä voidaan myös ottaa vastaan pääkäsittelyn yhteydessä voir dire -tyyppisesti. Ennakolta voitaneen todeta esimerkiksi se, onko tutkinta toteutettu pääasiassa muiden todisteiden varassa.<sup>836</sup>

Pitäisin johdonmukaisena sitä, että olennaisuutta voitaisiin arvioida myös oikeustosisekkakohtaisesti. Toisin sanoen g-kriteeri voisi täyttyä yksittäisen tunnusmerkistökäsitteiden osalta. Esimerkiksi jos vastaaja paljastaa loukkauksen seurauksena jonkin kvalifiointiperusteen täyttävän tiedon, joka ei olisi muutoin paljastunut, olisi hänen kertomuksensa sanotun oikeustosisaikan osalta olennainen ja saattaisi johtaa siihen, että syyksi voidaan lukea ainoastaan lievempi tekemuoto.<sup>837</sup>

<sup>835</sup> Ervo 2005 s. 235–236. Ks. myös Hirvelä 2006 s. 201.

<sup>836</sup> Huovila on välittömyysperiaatetta koskevassa artikkelissaan katsonut, että todisteen merkitystä voitaisiin jopa useimmiten arvioida ennen sen esittämistä (Huovila 1999 s. 1166). Toisin esim. Vuorenperä 2018 s. 309.

<sup>837</sup> Ks. Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia (kohta 40), missä näyttöä pidettiin pääasiallisena, koska ilman sitä valittajien rangaistukset olisivat olleet ainakin merkittävästi

(h) *Whether the assessment of guilt was performed by professional judges or lay jurors, and in the case of the latter the content of any jury directions.* Puolustuksen oikeusturvan kannalta eräs merkityksellinen tekijä on se, arvioiko näyttöä ammattituomari vai maallikko. Jos maallikot ratkaisevat syyllisyyskysymyksen ja heitä on ohjeistettu puutteellisesti, voidaan oikeudenloukkauksen vaikutusta pitää suurempana kuin jos kysymyksessä on ammattituomari. Englannissa ammattituomarin on selostettava näytön arviointiin sovellettavia oikeusohjeita (directions, vrt. OK 23:2.1) ennen kuin valamiehistö tekee ratkaisunsa. Jos ohjeet ovat virheellisiä eli jos niissä ei esimerkiksi kiinnitetä riittävää huomiota näyttöarvoa mahdollisesti vaarantaviin tekijöihin, katsotaan tämän olevan oikeuskysymys ja siten kelpaavan myös muutoksenhaun kohteeksi.<sup>838</sup>

Suomessa h-kriteerin merkitystä voidaan pitää yleensä varsin rajallisena senkin vuoksi, että meillä ammattituomari osallistuu aina näyttökysymyksen ratkaisemiseen ja muutoksenhaku voi meillä koskea olennaisesti laajemmin näyttökysymyksiä. Kriteeriä ei siten tarvinne yleensä edes mainita. Selvää on, ettei nytkään voida tehdä vastakohtaispäätelmää ja todeta oikeudenloukkauksen jääneen merkityksettömäksi pelkästään sen vuoksi, että näyttöä on arvioinut lainoppinut tuomarikokoonpano. On sitä paitsi ajateltavissa, että äänestyksessä voittaa vastaajalle epäedullinen maallikoiden kanta lainoppineen tuomarin jäädessä vähemmistöön. Tällöin ylempi tuomioistuin voinee kiinnittää huomiota myös h-kriteeriin arvioidessaan oikeudenloukkauksen vaikutusta. Sanotussa tilanteessa hovioikeus joutunee käytännössä toimittamaan pääkäsitteilyn ja arviomaan näyttöä uudelleen (OK 26:14).

(i) *The weight of the public interest in the investigation and punishment of the particular offence in issue.* OK 17:25.3:n esitöiden mukaan mitä vakavampi rikos on kysymyksessä, sitä helpommin voitaisiin käyttää myös laittomasti saatua todistelua. Lisäksi ”tutkittavan rikoksen laatu yleistä turvallisuutta vakavasti vaarantavana tai erittäin syvästi keskeisimpiin perusoikeuksiin kajoavana tekona” puoltaisi hallituksen esityksen mukaan hyödyntämistä. Lakivaliokunta on ilmeisesti ollut halukas menemään vieläkin pidemmälle korostaessaan, että selvittämisenressi on tärkeä kaikissa rikoksissa: ”Vakavuus on suhteellinen käsite ja sen korostamisesta ei tule tehdä vastakohtaisjohtopäätelmää.” Ymmärän tällä tarkoitettua, että selvittämisenressi voisi ainoastaan madaltaa kynnystä käyttää oikeudenloukkauksella saatua todistetta mutta ei nostaa sitä.<sup>839</sup>

---

alemmat, ja OMTR 2005:5 s. 62, jonka mukaan ”vastaajalle ankarampaa teon törkeysarvostelua tai rangaistuksen mittaamista ei saisi perustella yksinomaan tai pääosiltaan seikoilla, jotka on selvitetty anonyymillä todistelulla”.

<sup>838</sup> Glover 2017 s. 48–49 ja esim. kuulopuhetodistelun osalta s. 326, Choo 2015 s. 44 ja 50.

<sup>839</sup> HE 46/2014 vp s. 93, LaVM 19/2014 vp s. 21.

Kannat eivät ole täysin yhdenmukaisia ihmisoikeustuomioistuimen vakiintuneen oikeuskäytännön kanssa. EIT on kylläkin sinänsä hyväksynyt sen, että julkisen intressin painoarvo otetaan huomioon tehtäessä kokonaisarviota oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudesta. Painavallakaan julkisella intressillä ei kuitenkaan voida perustella myötävaikuttamattomuusperiaatteen ydinalueeseen kohdistuvia loukkauksia.<sup>840</sup> Lisäksi EIT on todennut esimerkiksi Suomen hallituksen esittämiin talousrikosten rankaisemista koskeviin näkökohtiin, että itsekriminointisuoja koskee kaikentyyppisiä rikoksia.<sup>841</sup> Julkisen intressin painoarvo vaikuttaa ihmisoikeustuomioistuimen mukaan pikemminkin siihen suuntaan, että oikeudenloukkauksen vaikutusta on pidettävä suurena, jos sellainen tapahtuu tutkittaessa verrattain vähäistä rikosta.

Julkista intressiä voidaan pitää vahvana ainakin silloin, kun on kysymys törkeistä rikoksista. Yleistä turvallisuutta vakavasti vaarantavat tai perusoikeuksia vakavasti loukkaavat teot, jotka hallituksen esityksessä mainitaan, ovat lähtökohtaisesti myös törkeitä. EIT:n Jalloh-ratkaisussa sen sijaan pidettiin vähäisenä rikosta, josta tuomittiin kuuden kuukauden ehdolliseen vankeuteen. Mitään kiinteitä esimerkiksi rangaistusasteikkoihin perustuvia rajoja ei tule asettaa, mutta rangaistusasteikko soveltuu hyvin julkisen intressin arvioinnin lähtökohdaksi. Silmiinpistävää on, että tuoreessakaan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä ei välttämättä mainita julkista intressiä osana harkintaa.<sup>842</sup> Siten tämän kriteerin merkitystä tulisi varoa yliarvioimasta.<sup>843</sup>

Voidaan tietenkin pohtia, onko lainsäätäjä tietoisesti tarkoittanut kriteerin sovellettavaksi eri tavalla kuin EIT on sitä soveltanut. Kuten edellä on todettu, oikeudenloukkauksen hyvitystä ei ole välttämätöntä toteuttaa luotettavan todisteen sivuuttamisella. Periaatteessa olisi mahdollista, että oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimusta katsottaisiin loukatun, mutta ainakin vakavimmissa rikosasioissa ja jos todisteen luotettavuus ei menettelyn johdosta ole heikentynyt, loukkaus hyvitetäisiin vastaajalle esimerkiksi rahallisesti tai rangaistusta alentamalla. Mikään todistelu-uudistuksen esitöissä ei kuitenkaan viittaa siihen, että hyödyntämiskysymys olisi haluttu tällä tavoin ir-

<sup>840</sup> Ks. esim. Jalloh v. Germany [GC], 11.7.2006 (kohdat 117 ja 119, vrt. kohta 101), samoin *Rautio – Frände* 2016 s. 181–182.

<sup>841</sup> *Marttinen v. Finland*, 21.4.2009 (kohta 74). Ks. myös *Tapanila* 2010 s. 565 ja 574.

<sup>842</sup> Ks. esim. *Simeonovi v. Bulgaria* [GC], 12.5.2017 ja *Kalēja v. Latvia*, 5.10.2017.

<sup>843</sup> *Jalloh v. Germany* [GC], 11.7.2006 (kohta 107 *in fine*). Ks. harvinaisena poikkeuksena *Artur Parkhomenko v. Ukraine*, 16.2.2017 (kohdat 85–89), missä EIT totesi aseellisen ryöstön yrityksen olleen rikoksena sellainen, että julkinen intressi rikosvastuun toteuttamiseen oli vahva. Tapauksen muut olosuhteet viittasivat toisaalta varsin vahvasti siihen, ettei oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus ollut peruuttamattomasti vaarantunut. Vastaaja ei esimerkiksi ollut missään vaiheessa kiistänyt uhanneensa uhreja aseella ja hän oli ensimmäisissä kuulusteluissa pätevästi luopunut oikeudestaan avustajaan. Ratkaisun merkitykseen on näin ollen suhtauduttava varauksella eikä pidä sitä minkäänlaisena linjamuutoksena.

rottaa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden arvioimisesta. Lainsäätäjän kanta vaikuttaa itsekriminointisuojan osalta seuraavan Salduz-ratkaisun tiukkaa linjaa.<sup>844</sup>

(j) *Other relevant procedural safeguards afforded by domestic law and practice.* Viimeinen Ibrahim-kriteeri on sisällöltään avoin ja sen puitteissa voidaan ottaa huomioon erilaisia oikeudenloukkauksen vaikutuksen kannalta relevantteja seikkoja. EIT:n oikeuskäytäntö on sellaisten osalta toistaiseksi varsin suppeaa. Esimerkiksi Jalloh-tapauksessa muita seikkoja olivat pakkokeinon käyttämiseen liittyvät vaatimukset, joilla pyrittiin varmistamaan, ettei epäillyn terveys vaarannu (vrt. PKL 8:33). Ne vähensivät loukkauksen vaikutusta. Olenainen kysymys voitaisiinkin muotoilla siten, onko väitettyyn oikeudenloukkaukseen liittyviä kansallisen lainsäädännön mukaisia turvatakeita sovellettu tavalla, joka rajoittaa oikeudenloukkauksen vakavuutta tai vaikutuksia. Esimerkiksi erilaiset pöytäkirjaamista ja muuta viranomaistoiminnan kontrollointia koskevien säännösten noudattaminen voi olla merkityksellistä j-kriteerin kannalta. Tällöin tosin lähestytään jo b-kriteeriä.<sup>845</sup>

Avustajan käyttämistä voitaneen pitää tärkeimpänä prosessuaalisena turvatakeena silloin, kun arvioidaan myötävaikuttamattomuusperiaatteen loukkauksen vaikutusta. Kuten edellä on todettu, Salduz-ratkaisussa korostettiin juuri tätä näkökohtaa ja lähdettiin siitä, että avustajan puuttuminen todennäköisemmin johtaa peruuttamattomiin loukkauksiin. Jos oikeutta avustajaan loukataan, loukkauksen vaikutuksia arvioidaan myötävaikuttamattomuusperiaatteen kannalta. Oikeus avustajaan ei tässä mielessä ole mikään itseisarvoinen oikeus, jota tulisi arvioida erikseen. Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimuksen vastaista on, että oikeus avustajaan ei toteudu ja tästä seuraa, että henkilö antaa itsekriminoivan lausuman. Toiseen suuntaan tarkastellen avustajan merkitys on niin suuri, että loukkaus todennäköisesti samalla loukkaa peruuttamattomasti myötävaikuttamattomuusperiaatteen ydinaluetta.

Salduz-testin yhteydessä mainittuja lailla säättämisen vaatimusta, rajoituksen tilapäisyyttä ja oikeudellista valvontaa voidaan puolestaan pitää avustajan käytön rajoittumisen prosessuaalisina turvatakeina.<sup>846</sup> Suomessa oikeus

<sup>844</sup> Ks. LaVM 19/2014 vp s. 17: ”Korkein oikeus on EIT:n ratkaisujen perusteella katsonut itsekriminointisuoja koskevan oikeudenloukkauksen korjaamattomuuden merkitsevän sitä, että oikeudenkäynti voi yleensä olla oikeudenmukainen vain, mikäli syyllisyyttä arvioitaessa ei nojaututa sellaisiin epäillyn lausumiin, joita rasittaa tällainen oikeudenloukkaus” ja vrt. Salduz v. Turkey [GC], 27.11.2008 (kohta 55). Korostettakoon myös, etten tarkoita, etteikö kysymyksessä olisi EIS 6 artiklan loukkaus – kysymys on siitä, tuleeko tällaiseen loukkaukseen ehdottomasti reagoida todisteen hyödyntämistä rajoittamalla vai ei.

<sup>845</sup> Ks. Beuze v. Belgium [GC], 9.11.2018 (kohdat 48, 67 ja 191–192).

<sup>846</sup> Kalēja v. Latvia, 5.10.2017 (kohta 68), Leonid Lazarenko v. Ukraine, 28.10.2010 (kohta 57 *in fine*). Ks. myös Magee v. the United Kingdom, 6.6.2000 (kohdat 40–44).

käyttää avustajaa voisi nykyisin lain nojalla rajoittua lähinnä tilanteessa, jossa epäillyn ehdottama avustaja todetaan esteelliseksi eikä uutta avustajaa voida välittömästi järjestää (ETL 11:3.3).<sup>847</sup> Tällöin poliisin tiedonantovelvollisuus olisi käsittääkseni ETL 4:10.2:n mukaisesti tavallista laajempi eli käsittäisi tiedot rikosepäilyn sisällöstä ja oikeudesta olla myötävaikuttamatta rikoksensa selvittämiseen. Normaalitytapauksessahan laajempi tiedonantovelvollisuus tulee kysymykseen silloin, kun epäilty kieltäytyy oikeudesta avustajaan, eli sen tarkoitus on tasapainottaa avustajan puuttumista. Sanottu ei toisaalta tarkoita, että avustajan käyttö voitaisiin yleisesti korvata laajemmalla tiedonantovelvollisuudella, koska avustajalla on paljon monipuolisempi merkitys vastaajan aseman ja oikeusturvan kannalta kuin pelkästään ilmoittaa itsekriminointisuojasta.

Muuna olosuhteena täytynee ottaa huomioon myös se, onko henkilö ollut vapautensa menettäneenä. Vapaudenmenetys lisää lähtökohtaisesti oikeudenloukkauksen vaikutusta. Kalēja-tapauksessa todettiin oikeudenloukkauksen vaikutusta vähentävänä tekijänä, että valittaja oli ollut vapaana ja hänen oli siten ollut mahdollista hankkia itselleen avustaja ennen kuulustelua.<sup>848</sup> Vapautensa menettäneellä onkin ETL 4:17:n mukaan laajemmat oikeudet kuin sellaisella epäillyllä, joka on vapaana. Käytännössä ja ainakin psykologisesti tärkeä voi olla myös pykälään sisältyvä oikeus siihen, että vapaudenmenetyksestä ilmoitetaan lähelle. Toisaalta vapautensa menettäneen oikeus avustajaan toteutuu ainakin Suomessa nykyisin melko tehokkaasti ja heidän oikeusturvansa voi siten olla tältä osin paremmallakin tasolla kuin vapaana olevien epäiltyjen.

J-kriteeri jättää jossain määrin tilaa oikeudelliselle luovuudelle ja jopa dialogille EIT:n kanssa. Kansalliset tuomioistuimet voivat ottaa huomioon muitakin tekijöitä, joilla on merkitystä oikeudenloukkauksen vaikutuksen arvioinnissa. On kuitenkin muistettava, että kysymys on loukkauksen vaikutuksen arvioinnista. Suomalaisessa oikeuskäytännössä on edellä todetuin tavoin annettu verrattain paljonkin merkitystä sille, onko epäilty ollut tosiasiallisesti tietoinen itsekriminointisuojastaan, vaikka ilmoitusvelvollisuus ja/tai oikeus avustajaan olisi laiminlyöty (ks. edellä luvut 6.2.4 ja 6.2.5). Selvää lieneekin, että tällä on merkitystä epäillyn aseman kannalta. Tietoisuus oikeudesta vaieta olisi siten sellainen Ibrahim-kriteereihin varsinaisesti sisällymätön peruste, jonka voitaisiin katsoa vähentävän oikeudenloukkauksen vaikutusta kokonaisarvioinnissa.

<sup>847</sup> Tällaiset tilanteet lienevät hyvin harvinaisia. ETL:n esitöissä on korostettu, että myös avustajan ollessa esteellinen tulee ”pyrkii pääsääntöisesti siihen, että asianosaisen oikeus käyttää avustajaa esitutkinnassa toteutuu” (HE 222/2010 vp s. 51 ja 238–239). Tällä on pehmennetty VETL:n esitöistä ilmenevää epäilystä siitä, että tutkintaa voitaisiin viivyttää nimeämällä selvästi esteellisiä avustajia (HE 14/1985 vp s. 40).

<sup>848</sup> Kalēja v. Latvia, 5.10.2017 (kohta 68).

### 6.3.3 Läheiskriminointisuojan murtaminen

Jos läheistodistaja vaikenee pääkäsittelyssä, hänen esitutkintakertomustaan ei lähtökohtaisesti saa esittää todisteena (ks. jäljempänä luku 6.4.2). Esitöissä tätä kantaa perustellaan ratkaisulla KKO 1995:66. Vielä selvempää lienee, ettei läheiskriminointisuoja loukkaamalla saatua todistajankertomusta voida esittää oikeudenkäynnissä. Voimassa olevan oikeutemme mukaan kokonaiskieltäytymisoikeus on siten lähtökohtaisesti joustamattomana voimassa aina oikeudenkäyntiin asti ja vasta tuomioistuimessa annettu pätevä suostumus kumoaa sen (OK 17:17.2). Muutoin kieltäminen on periaatteessa ehdoton ja siten joustamaton. Kiellettyä on paitsi esittää aikaisempi kertomus todisteena myös tehdä mitään näytöllisiä johtopäätöksiä vaikenemisoikeuden käyttämisestä.<sup>849</sup> Näistä syistä läheiskriminointisuojan voidaan todeta etäännyneen melkoisesti itseksiminointisuojusta.

Jos asianomistajalla ei ole asiassa vaatimuksia, häntä pidetään todistelu-uudistuksen jälkeen (epävarsinaisena) todistajana. Tällainen asianomistajatodistaja voi olla toisen asianosaisen – kuten vastaajan – läheinen, jolloin hänellä olisi kokonaiskieltäytymisoikeus muiden läheistodistajien tapaan. Siihen vetoaminen saisi aikaan kiellon esittää läheiseltä asianmukaisestikin saatu esitutkintakertomus todisteena oikeudenkäynnissä. Ratkaisussa KKO 2000:71 katsottiin toisaalta, että asianosaisen asemassa olleen asianomistajan kertomusta voitiin vastaavassa tilanteessa hyödyntää siitä huolimatta, että hän oli vastaajan läheinen. Todistelu-uudistuksessa haluttiin säilyttää eräin edellytyksin mahdollisuus käyttää todistajana kuultavan läheisasianomistajan esitutkintakertomusta todisteena samoin kuin asianosaisen kuultavan läheisasianomistajan esitutkintakertomusta.<sup>850</sup>

Jotta ratkaisun KKO 2000:71 tulkintalinjaa voitaisiin soveltaa asianomistajan ollessa todistaja, lakiin säädettiin mahdollisuus *murtaa läheisasianomistajatodistajan kokonaiskieltäytymisoikeus*. Tuomioistuin voi rikosasiassa päättää, ettei todistajana kuultavalla asianomistajalla, jolla ei ole vaatimuksia, ole vaitiolo-oikeutta, jos on syytä epäillä, ettei hän ole itse päättänyt vaitiolo-oikeuden käyttämisestä (OK 17:18.2). Periaatteessa murtaminen voisi saada aikaan normaalin todistamisvelvollisuuden. Käytännössä säännöksen tarkoituksena on mahdollis-

<sup>849</sup> HE 46/2014 vp s. 77, Hormia 1978 s. 73–78, Pölönen 2003 s. 264–279, Rautio – Frände 2016 s. 138–139 ja 148.

<sup>850</sup> HE 46/2014 vp s. 77. Oikeuskirjallisuudessa vallitsee erimielisyyttä siitä, onko ratkaisun KKO 2000:71 oikeusohje edelleen voimassa. Ks. keskustelusta Tolvanen 2016 s. 201 ja 204 sekä siinä mainitut lähteet, erit. Rautio – Frände 2016 s. 149. Olen samalla kannalla kuin Tolvanen eli nähdäkseni läheisasianomistajaan, joka on asianosaisen asemassa, sovelletaan esitöissä lausutun perusteella edelleen ratkaisun KKO 2000:71 oikeusohjetta. Ks. myös Rautio 2016 ja Tapanila 2019a s. 190–195, missä todetaan oikeuskäytännössä ollun enemmän Tolvasen esittämällä kannalla.

taa kieltäytymisoikeuteen vetoavan todistajan aikaisempien kertomusten käyttäminen todisteena (ks. jäljempänä luvut 9.4.4). Pakkokeinoja tai perättömän lausuman rangaistusuhkaa ei näissäkään tilanteissa asianomistajatodistajaan sovelleta.<sup>851</sup>

Läheiskriminointisuojaan murttamista voidaan tarkastella myös oikeuksista luopumista koskevan doktriinin kautta. Jos joku – tyyppitilanteessa rikosasian vastaaja – esimerkiksi uhkailemalla saa läheisensä luopumaan oikeudestaan todistaa, ei tällaista luopumista voida pitää aitona vapaaehtoisuuden puuttumisen vuoksi. Pätemätön luopuminen voidaan tällöin sivuuttaa ja katsoa esitutkinnassa tapahtuneen disponoinnin vastanneen todistajan aitoa tarkoitusta. Tässä suhteessa murttaminen poikkeaa periaatteellisesti muiden todistamiskieltojen murttamisperusteista – kysymys ei ole todistelun rajoittamisen ja sitä vastaan puhuvien seikkojen välisestä punninnasta vaan kuuluttavan tahdonmuodostuksen arvioinnista. Murttamisperusteella voisi EIT:n oikeuskäytännön mukaan olla vaikutusta myös vastakuulustelu-oikeuden kannalta.<sup>852</sup>

Todistelutoimikunnan mietinnössä esitettiin olennaisesti laajempaa poikkeusta lähiomaissuojaan. Siinä ehdotetun mukaan OK 17:17:ään olisi tullut seuraavasti kuuluva 3 momentti: ”Rikosasiassa todistajana kuuluttavalla asianomistajalla, jolla ei ole vaatimuksia, ei ole kuitenkaan 1 momentissa eikä 18 §:ssä säädettyä vaitiolo-oikeutta häneen edellä 1 momentissa tarkoitettussa suhteessa olevan vastaajan osalta, jos syyttäjä ajaa syytettä virallisen syytteen alaisesta rikosta tai hän ei ole täyttänyt 15 vuotta.” Tällöin kysymys ei olisi ollut vaitiolo-oikeuden murttamisesta ylipäättään, vaan se olisi väistynyt kyseisillä perusteilla ilman tuomioistuimen päätöstä.<sup>853</sup>

Lainkohta sisältää syytä epäillä -tasoisen eli suhteellisen matalan näyttökynnyksen murttamisen edellytysten osalta. Murttamedellytysten selvittäminen johtaa ilmeiseen ristiriitaan sen lähtökohdan kanssa, että todistamasta kieltäytyneelle ei saa esittää kysymyksiä kieltäytymisen syistä eikä laillinen todistamasta kieltäytyminen ole sellaista prosessikäyttäytymistä, jolla olisi merkitystä näyttönä. Esitöissä sallittuna pidetystä tuomarin kyselyoikeudesta huolimatta tuntuisi luontevalta, että todistusvelvollinen asianosainen eli yleensä syyttäjä saisi ensisijaisesti esittää kuuluttavalle kysymyksiä vaikuttamisepäilyn todentamiseksi sen jälkeen, kun hän on vaatinut kieltäytymisoikeuden murttamista. Lisäksi asianosaiset tuntevat esitutkintakertomuksen merkityksen ja sisällön ai-

<sup>851</sup> HE 46/2014 vp s. 77–79, Jokela 2018 s. 613–614, Rautio – Frände 2016 s. 147–149, Pölönen – Tapanila 2015 s. 307–310. Ks. myös Pölönen 2003 s. 272, missä ehdotetaan nyt säädetyn kaltaista mahdollisuutta sivuuttaa lähiomaisen vaitiolotahto tilanteessa, jossa tämän tahdonmuodostuksen aitous on kyseenalainen.

<sup>852</sup> EIT on suuren jaoston Al-Khawaja-ratkaisussa linjannut rohkeasti, että todistajan ”vaikenemaan pelotelleen” vastaajan on katsottava luopuneen oikeudestaan vastakuulustella kyseistä todistajaa (Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011, kohta 123). Ks. myös jäljempänä luku 9.4.2.

<sup>853</sup> OMM 69/2012 s. 107–109 ja 297.

nakin pääpiirteissään, kun taas tuomioistuimen pitäisi pidättäytyä sen tutkimisesta etukäteen.<sup>854</sup>

Ratkaisu asianomistajatodistajan vaikenemisoikeuden murtamisesta joudutaneen yleensä perustamaan aihetodisteluun. Jos asianomistajatodistaja on ker-tonut asiasta laajasti esitutkinnassa, mutta kieltäytyy todistamasta oikeudenkäynnissä ja rikos on tapahtunut parisuhdekumppaneiden välillä tai muutoin henkilöiden välinen asetelma viittaa jonkinlaiseen valta- tai alistussuhteeseen, kynnys lienee ainakin hyvin lähellä ylittymistä. Esitöissä ei täsmennetä sitä, miten vahvan indision esimerkiksi rikostyyppi itsessään voi muodostaa, mutta silläkin täytyy olla merkitystä. Sen sijaan ainakaan ratkaisevaa merkitystä ei voitane antaa sille, että todistaja pääkäsittelyssä ilmoittaa kaiken olevan hyvin ja että hän ei halua asian käsittelyä jatkettavan. Murtamissäännöshän perustuu näkemykseen, jonka mukaan esimerkiksi parisuhdeväkivaltaan liittyy myös yhteiskunnallinen intressi.<sup>855</sup>

Ratkaisussa KKO 2019:17 katsottiin, että osapuolten asumisolosuhteet, keskinäinen yhteydenpito sekä yhteisten lasten huoltoon ja asumiseen liittyvät seikat voivat olla merkityksellisiä osana kokonaisharkintaa siitä, onko aihe-ta olettaa, että asianomistaja ei ole itse päättänyt kieltäytymisoikeudestaan. Erityinen merkitys katsottiin olleen sillä seikalla, että vastaaja oli kohdistanut asianomistajatodistajaan väkivaltaa aikaisemminkin. Kieltäytymiselle ei ollut myöskään esitetty tarkempia perusteita.<sup>856</sup>

Helsingin HO jätti ratkaisuun 26.5.2020 nro 118436 (R 18/2773) liit-tyneessä käsittelyratkaisussaan läheisen vaitiolo-oikeuden murtamatta. HO katsoi, että todistajan tahdonmuodostusta on arvioitava kuulemishetken ti-lanteen mukaisesti, minkä täytyy olla oikea tulkinta. Läheistodistaja – jo-ka oli rikoksen asianomistaja – oli perustellut kieltäytymistään parisuhde-teel-la ja aikaisempaa kertomustaan sillä, ettei hän ollut ymmärtänyt oikeuttaan vaieta. Hän oli käsittelyratkaisun mukaan myös tehnyt omaa elämäänsä kos-kevia itsenäisiä ratkaisuja tapahtuman jälkeen eikä mikään viitannut siihen, että hän ei olisi kyennyt itsenäisesti päättämään myös kieltäytymisestään. Vuosia sitten tehdyille tutkintailmoituksille HO ei antanut merkitystä.

<sup>854</sup> HE 46/2014 vp s. 78. Ks. myös KKO 2019:17 (kohta 19).

<sup>855</sup> Ks. myös HE 22/1994 vp s. 17–18, Hormia 1979 s. 72 ja Pölonen 2003 s. 203 av. 82. Sään-nöstä on perusteltu myös sillä, että fyysinen tai psyykinen alistussuhde vaikuttaa henkilön har-kintakykyyn. Murtaminen olisi siten mahdollista sanotussa tilanteessa, vaikka kuultava sinänsä perustelisi kantaansa aivan järkevästi.

<sup>856</sup> KKO 2019:17 (kohdat 22–25). Vrt. pitkälti samankaltaisesti VaaHO 2017:2, jossa tosin otet-tiin huomioon myös esitutkintakertomuksen sisältö. Tätä voidaan pitää jonkinlaisena kauneusvir-heenä, koska ensin tulisi päättää, voidaanko tallennetta hyödyntää vai ei, ja vasta sitten ottaa sen sisältö huomioon. Käytännössä ei kuitenkaan voine olla estettä ainakaan sille, että syyttäjät toteaa läheisasianomistajatodistajan kertoneen teosta esitutkinnassa seikkaperäisesti.



### 6.3.4 Erityistilanteita

Poikkeuksellisesti voi olla tarpeen pohtia, miten myötävaikuttamattomuusperiaatteen suojaaman henkilön *kuolema* vaikuttaa suojan soveltuvuuteen. Esitöissä on katsottu, että jotkin salassapitoperusteet voivat päteä vielä kuoleman jälkeenkin ja että ne väistyvät lähtökohtaisesti vain vainajan perillisten eduksi. Selvää on kuitenkin, ettei suojaa voida pitää yhtä perusteltuna kuin henkilön eläessä. Toisaalta esitöiden mukaan läheisellä ei ole kokonaiskieltäytymisoikeutta, jos rikoksesta epäillään hänen edesmennyttä läheistään. Vaikka rikosasian vastaajan menehtyminen johtaa siihen, että rangaistusvaatimus raukeaa, voidaan esimerkiksi menettämisseuraamusvaatimusta ajaa myös perikuntaa vastaan. Pidän jokseenkin selvänä, ettei perikunnan taloudellinen intressi rikoksella saadun omaisuuden säilyttämiseen saa oikeusjärjestyksen suojaa. Siten vainajalta saatu itsekriminoiva tieto lienee hyödyntämiskelpoinen.<sup>857</sup>

Johdonmukaisuuden vuoksi samoin lienee suhtauduttava tilanteeseen, jossa vainaja on vastaajan läheinen ja häneltä on saatu läheiskriminoiva tieto myötävaikuttamattomuusperiaatetta loukkaamalla. Todistamisesta määrääminen on läheisen itsensä päätettävissä oleva asia, joten vastaajalla ei voine olla valtaa vedota oikeudenloukkaukseen läheisen puolesta ja näin torjua kannaltaan ras-kauttavia tietoja silloinkaan, kun loukkaus on ilmeinen ja vaikka läheinen olisi ilmaissut toiveenaan, ettei hänen paljastamaansa tietoa käytetä todisteena. Läheisen itsensä kannalta suoja on kuitenkin menettänyt merkityksensä, koska mitään suojattavaa perhesuhdetta ei enää ole. Näytön arvioinnissa on tietenkin otettava huomioon loukkauksen tapahtuminen pakottamalla tai muulla näyttöarvon vaarantavalla tavalla.<sup>858</sup>

*Alaikäisen tai muusta syystä vajaavaltaisen henkilön* ollessa myötävaikut-tamattomuusperiaatteen piirissä joudutaan ratkaisemaan, kuka vaikenemisesta tai todistamisesta määrää. Henkilön oman tahdonmuodostuksen aitous voidaan perustellusti kyseenalaistaa nuoren iän tai muun vajaavaltaisuuden aiheutta- neen syyn perusteella. Näin on etenkin läheistä koskevassa rikosprosessissa. Jos alaikäisellä ja huoltajalla on eturistiriita, tai huoltaja on muutoin kykene-mätön edustamaan lasta rikosprosessissa, tulee lapselle määrätä edunvalvojan sijainen ETL 4:8:n mukaisesti. Täysi-ikäiselle vajaavaltaiselle voidaan mää-rätä prosessiedunvalvoja OK 12:4 a:n nojalla. Kaikissa tapauksissa on kuitenkin

<sup>857</sup> HE 46/2014 vp s. 72 ja 82–83, missä läheisen kokonaiskieltäytymisoikeuden soveltumatto-muus todetaan nimenomaisesti.

<sup>858</sup> Samoin Torgersen 2009 s. 296–297, missä selostetaan Norjan ja Saksan oikeustilaa. Saksassa on katsottu, ettei ainakaan tiedonantovelvollisuuden laiminlyönti muodosta estettä todisteen hyö-dyntämiselle. Tämä onkin linjassa sen kanssa, että hankkimistavan vaikutus todisteen näyttöar-voon tulee ehdottomasti ottaa huomioon.

kin mahdollista, että vajaavaltainen ja hänen edustajansa ovat todistamisesta eri mieltä ja tällöin joudutaan ratkaisemaan, kumman kantaa noudatetaan.<sup>859</sup>

Alle 18-vuotiaat ovat prosessilain kannalta vajaavaltaisia. Tämä koskee myös sellaista 15–17-vuotiasta, jolla on oikeus käyttää puhevaltaa asianosaisena henkilöään koskevassa rikosasiassa (OK 12:1, ROL 1:4.3) ja jota voidaan kuulla todistelutarkoituksessa (OK 17:27). Alle 15-vuotiasta ei yleensä kuulla todistajana tuomioistuimessa, mutta häntä voidaan kuulla esitutkinna videolle (OK 17:30 ja 17:24.3). Viimeksi mainitun lainkohdan mukaan 15–17-vuotiasta asianomistajaa voidaan eräin edellytyksin kuulla videon välityksellä. Lähtökohtaisesti hän on velvollinen todistamaan oikeudenkäynnissä kuten aikuinenkin<sup>860</sup>. Rikosoikeudellisen vastuukäytännön vuoksi myös totuusvelvollisuutta tehostavat rangaistusuhat ovat voimassa (RL 3:4.1). Koska kuultaviin sovelletaan eri säännöksiä, nimitän jatkossa 15–17-vuotiaita nuoriksi ja tätä nuorempia lapsiksi sekä alle 18-vuotiaita yhteisesti alaikäisiksi.

Katsoisin, että nuori saa itse päättää, käyttääkö hän kieltäytymisoikeuttaan esitutkinnassa tai oikeudenkäynnissä. Tämä olisi sopusoinnussa puhevallan käyttöä ja habilitaatiota koskevien säännösten kanssa. Niistä voidaan päätellä lainsäätäjän tarkoituksena olleen, että nuorten asema on itsenäisempi kuin lasten tai täysi-ikäisten vajaavaltainen. Viimeksi mainittujen osalta edustajan näkemyksellä on suurempi painoarvo. Harkintavalta olisi viime kädessä tutkintajohtajalla (ETL 7:7.2) ja oikeudenkäynnissä tuomioistuimella (ks. OK 17:27 ja 17:30 ja edellä luku 4.2.1).<sup>861</sup> Tulee tietenkin selvittää, ymmärtääkö henkilö todistamisen ja kieltäytymisoikeuden merkityksen. Tässä voidaan tukeutua erilaisiin asiantuntijoihin, lapsen läheisiin tai edunvalvojaan. Jos henkilö kykenee riittävään tahdonmuodostukseen, ratkaiseva olisi hänen oma kantansa.<sup>862</sup>

Kaikissa tapauksissa henkilön ei voida katsoa riittävästi ymmärtävän todistamisen merkitystä joko nuoren iän tai henkisen toiminnan häiriön vuoksi. Tällöin myös kertomuksen todistusarvo saattaa jäädä erityisen matalaksi. Useim-

<sup>859</sup> Ks. Tolonen 2018 s. 402–409.

<sup>860</sup> Painostusvankeutta ei kuitenkaan voida käyttää nuoreen (OK 17:64.1).

<sup>861</sup> Ks. ja vrt. Norjan oikeuden osalta Matningsdal 2007 s. 26 ja siellä mainittu Rt. 2005 s. 1293, jossa katsottiin yli 14-vuotiaiden nuorten osalta samoin ja tätä nuorempien lasten osalta, että huoltajan tai edunvalvojan sijaisen kanta on määräävä. Norjan StrPL 122.1 §:n mukaan läheisen vaitiolo-oikeus ei koske alle 12-vuotiaita. Todistelutoimikunta ehdotti Suomeen vastaavaa säännöstä (OMML 69/2012 s. 110 ja 297).

<sup>862</sup> de Godzinsky 2015 s. 870–871. Tämä olisi sopusoinnussa myös YK:n lapsen oikeuksien yleissopimuksen (SopS 59 ja 60/1991) 12 artiklan kanssa. Sen mukaan (1) sopimusvaltiot takaavat lapselle, joka kykenee muodostamaan omat näkemyksensä, oikeuden vapaasti ilmaista nämä näkemyksensä kaikissa lasta koskevissa asioissa. Lapsen näkemykset on otettava huomioon lapsen iän ja kehitystason mukaisesti. (2) Tämän toteuttamiseksi lapselle on annettava erityisesti mahdollisuus tulla kuulluksi häntä koskevissa oikeudellisissa ja hallinnollisissa toimissa joko suoraan tai edustajan tai asianomaisen toimielimen välityksellä kansallisen lainsäädännön menettelytapojen mukaisesti.

min nuoren lapsen todistus lienee tarpeen seksuaalirikosasioissa. Ratkaisun todistamisesta tekisi sanotuissa tilanteissa viranomaisen sillä perusteella, onko todistaminen objektiivisesti arvioiden henkilön edun mukaista. Arvioinnissa voitaisiin käyttää OK 17:27:ssä säädettyjä perusteita eli kuulemisella tulisi yhtäältä olla asiassa keskeinen merkitys ja toisaalta se ei saisi vahingoittaa henkilöä. Näistäkin seikoista voidaan ottaa vastaan esimerkiksi asiantuntijaselvitystä. Tuomioistuimen toimivalta määrätä hankittavaksi todisteita (OK 17:7) soveltuu erityisesti tällaisia seikkoja koskevaan selvitykseen.

Lisäksi on huomattava, että tuomioistuin voinee murtaa myös alaikäisen läheistodistajan vaitiolo-oikeuden OK 17:18.2:n perusteella, jolloin muun kuin kuultavan itsensä suhtautuminen todistamiseen olisi joka tapauksessa merkitykseltään rajallinen ja tuomioistuimen harkintavalta korostuneessa asemassa. Lapsen kuulemista voidaan pitää säännönmukaisesti tarpeellisena silloin, jos hän on seksuaali- tai muun rikoksen asianomistaja. Lapsen kuulematta jättäminen johtaisi tällöin liian helposti aineellisesti syyllisen vastaajan vapauttamiseen. Samalla on tärkeää varmistua siitä, että kuuleminen toteutetaan lapsen edun mukaisella tavalla. Käytännössä lapsen kuulemisen tulisi tapahtua esitutkinnassa siten, että otetaan huomioon lapsen ikä ja kehitystaso. Kuulustelussa tulee tasapainottaa rikoksen selvittämisen intressi, lapsen hyvinvointi ja puolustuksen oikeudet, erityisesti vastakuulustelu-oikeus.<sup>863</sup>

## 6.4 ULOTTUVUUS

Edellä on jo sivuttu monin paikoin kysymystä myötävaikuttamattomuusperiaatteen ulottuvuudesta. Toiston välttämiseksi pyrin tässä alaluvussa tarkastelemaan sitä, millaista menettelyn kussakin vaiheessa tulisi olla, jotta itse- tai läheiskriminointisuoja ei loukata. Olennaista on havaita, että itse- ja läheiskriminointisuoja ulottuvat todistelumenettelyn kaikkiin vaiheisiin ja tässä suhteessa myötävaikuttamattomuusperiaate muistuttaa selvästi muita todistamiskieltoja. Mekanismi ei kuitenkaan ole aivan samanlainen kuin edellä luvussa 5 tarkasteltujen todistamiskieltojen. Tämä on tavallaan välttämätöntä, koska rikosprosessissa täytyy tietenkin voida selvittää vastaajan syyllisyyteen viittaavia tietoja. Keskeinen kiellon sisältöä täydentävä, todistusmetodikiellon kaltainen elementti on vastaajan aktiivinen myötävaikuttaminen suhteessa viranomaisiin.

<sup>863</sup> Ks. lapsen kuulustelemisesta esim. Hirvelä 2006 s. 361 ja Liljenfeldt 1997 s. 256–260.

## 6.4.1 Hankkiminen

Poliisin saapuessa rikospaikalle ei välttämättä ole lainkaan tietoa teosta tai tekijästä. Tilanteen selvittämiseksi voidaan toimittaa *alustavia puhutteluja*, joiden tarkoituksena on selvittää kuultavan henkilön asema esitutkinnessa. Niiden tarkoituksena ei siten ole todisteiden hankkiminen, mutta vapaan todistelun periaatteen vuoksi alustavassa puhuttelussa annettuja lausumia voidaan lähtökohtaisesti käyttää todisteena. Myötävaikuttamattomuusperiaate onkin ETL 7:20:n<sup>864</sup> mukaan voimassa jo alustavissa puhutteluissa, jotta suoja ei voitaisi kiertää. Lisäksi täytynee katsoa, että viranomaiselle voi syntyä myötävaikuttamattomuusperiaatteeseen liittyvä ilmoitusvelvollisuus jo alustavissa puhutteluissa. Toisaalta suojan ajallinen soveltuvuus alkaa vasta, kun kuultavaan tai tämän läheiseen kohdistuu rikosepäily, joten ilmoitusvelvollisuuskään ei voi syntyä ennen tätä ajankohtaa.<sup>865</sup>

Mielestäni on johdonmukaista sekä EIT:n oikeuskäytännön valossa että oman lainsäädäntömme kannalta pitää ilmoitusvelvollisuuden osalta ratkaisevana sitä hetkeä, jolloin poliisilla on syytä epäillä henkilöä rikoksesta. Esitutkintakynnyksen ylittyessä ylittyisi myös EIT:n soveltama vaikutusperuste ja EIS 6 artikla tulisi ajallisesti sovellettavaksi. Ilmoitusvelvollisuutta ei kuitenkaan olisi, jos kuultavaa ei ole syytä epäillä rikoksesta. Toisaalta ajallinen soveltuvuus alkaisi välittömästi, jos kuultava paljastaa itsekriminoivia tietoja. Hänen asemansa muuttuu tällöin epäillyksi (ETL 4:9), minkä vuoksi kuuleminen on keskeytettävä ja kuultavalle ilmoitettava oikeudet ETL 4:16 tai 4:17:ssä säädetyllä tavalla. Jo paljastettu tieto on kuitenkin nähdäkseni saatu myötävaikuttamattomuusperiaatetta loukkaamatta, vaikka ilmoitusta ei ole tehty, eikä sen käyttämiselle todisteena olisi estettä.<sup>866</sup>

<sup>864</sup> Lainkohdassa viitataan ETL 7:8:ään, jossa viitataan edelleen OK 17 luvun todistamiskieltoihin. Itsekriminointisuoja on esitutkinnessa voimassa myös esitutkintaperiaatteena (ETL 4:3).

<sup>865</sup> HE 222/2010 vp s. 197–198, HE 14/1985 vp s. 36, Fredman ym. 2020 s. 179–180 ja 355–358, Tapanila 2019b s. 219–229. EIT:n oikeuskäytännöstä ks. Aleksandr Zaichenko v. Russia, 18.2.2010 (kohta 52) ja Schmid-Laffer c. Suisse, 16.6.2015 (kohdat 29 ja 39) sekä Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohta 270), missä em. ratkaisujen oikeusohjeet vahvistetaan. Avustajadirektiivin johdanto-osan kappaleessa 20 todetaan, että kuulustelemiseen ei kuulu poliisin suorittama alustava kuulustelu, jonka tarkoitus on henkilöllisyyden toteaminen, aseiden hallussapidon todentaminen tai muu vastaava turvallisuuteen liittyvä seikka taikka sen määrittäminen, olisiko tutkinta aloitettava, esimerkiksi poliisin tienvarsitarkastuksen yhteydessä tai säännöllisissä pistotarkastuksissa silloin, kun epäiltyä tai syytettyä ei ole vielä selvitetty.

<sup>866</sup> Samoin Tapanila 2019b s. 228–229. ETL 4:9:n esitöissä todetaan, että ”vähäisenkin rikosepäilyn tapauksissa olisi syytä katsoa henkilö epäillyksi, koska mainittuun asemaan liittyy oikeus olla myötävaikuttamatta kyseisen rikoksen selvittämiseen”, samoin jo HE 14/1985 vp s. 19. Ks. myös avustajadirektiivin johdanto-osan kappale 21, jossa samoin edellytetään kuulustelun keskeyttämistä välittömästi kuvatussa tilanteessa.

Aleksandr Zaichenko -tapausta on sivuttu jo edellä (luku 6.3.1). Poliisi oli pysäyttänyt valittajan osana ratsiaa, jonka tarkoituksena oli selvittää erään yhtiön epäilyä siitä, että työntekijät anastavat polttoainetta yhtiön ajoneuvoista omaan käyttöönsä. Valittajan autosta löytyi pysäytyksen yhteydessä dieseliä, jonka alkuperää hän ei osannut selvittää. Poliisioperaation syyt, polttoaineen löytyminen ja uskottavan selityksen puuttuminen muodostivat EIT:n mukaan riittävät perusteet epäillä vastaajaa rikoksesta. Näin olisi nähdäkseni myös Suomen oikeuden mukaan. Valittajalle olisi pitänyt ilmoittaa itsekriminointisuojusta jo ennen enempää puhuttamista.<sup>867</sup>

Ibrahim-tapauksessa neljättä valittajaa oli aluksi kuultu todistajana. EIT hyväksyi väitteen siitä, ettei poliisilla ollut tuossa vaiheessa syytä epäillä häntä rikoksesta. Kuulemisen aikana hän alkoi kuitenkin paljastaa itsekriminoivia tietoja. Tuossa vaiheessa kuulustelu keskeytettiin ja kuulustelija tiedusteli esimieheltään ohjeita. Kuulemista kuitenkin jatkettiin keskeytyksen jälkeen ilmoittamatta kuultavalle epäillyn oikeuksia. EIT katsoi, että vaikutusperuste oli täytynyt, koska poliisilla oli kuulustelua jatkettaessa tosiasiallisesti syytä epäillä neljättä valittajaa rikoksesta.<sup>868</sup>

Blaj-tuomioissa arvioitiin oikeutta avustajaan menettelyssä, jossa henkilöä kuultiin välittömästi havaitun rikoksen jälkeen ilman, että hänellä vielä tuolloin olisi kansallisen lainsäädännön mukaan ollut epäillyn statusta siitä johtuvine oikeuksineen. EIT:n mukaan kuulemisen tulee rajoittua niihin aineellisiin seikkoihin, joista poliisi on voinut tehdä havaintoja, eikä se saa laajentua varsinaiseksi kuulusteluksi. Linjaus näyttäisi olevan yhtenevä kansallisen oikeustilamme kanssa. Valittaja ei ollut missään rikosprosessin vaiheessa kiistänyt kirjausten oikeellisuutta, mutta toisaalta hän oli johdonmukaisesti kiistänyt syyllistyneensä rikokseen. Asiassa ei ollut väitettykään, että lausunnot olisi saatu pakottamalla. Vaikka kansallinen tuomioistuimien otti lausunnot todisteena huomioon, niillä ei EIT:n mukaan ollut hänen kannaltaan haitallista vaikutusta. EIS 6 artiklaa ei ollut loukattu.<sup>869</sup>

Edellä selostetun oikeuskäytännön perusteella ei siis voida menetellä niin, että poliisi jäisi henkilön muututtua rikoksesta epäillyksi eli vaikutusperusteen täytyttyä odottamaan, kertoisiko kuultava lisää suojattuja tietoja ennen kuin hänelle kerrotaan oikeuksistaan. Tämä loukkaa itsekriminointisuojusta. Jos epäily on herännyt ja henkilöä edelleen kuullaan alustavassa puhuttelussa, puhuttelun jatkaminen olisi myös kansallisen lain vastaista, koska henkilön asema esitutkinnassa ei ole enää epäselvä. Lakivaliokunta on toisaalta korostanut, että itsekriminointisuoja ei koske alustavassa puhuttelussa vapaaehtoisesti annettuja raskauttavia lausuntoja tai aineistoa.<sup>870</sup> Vapaaehtoisuudesta ei kuitenkaan voi olla kysymys silloin, jos poliisi jo tutkii jotain rikosta ja käyttää tosiasiallis-

<sup>867</sup> Aleksandr Zaichenko v. Russia, 18.2.2010 (kohdat 42 ja 52).

<sup>868</sup> Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohta 296).

<sup>869</sup> Blaj v. Romania, 8.4.2014 (kohdat 91–98).

<sup>870</sup> LaVM 19/2014 vp s. 18.

ti hyväkseen kuultavan erehdystä vaikenemisoikeuden olemassaolosta laiminlyötyään ilmoitusvelvollisuutensa.<sup>871</sup>

Valiokunnan kantaa ei juurikaan perustella. Mahdollisia perusteluja lienee ainakin kolme. Ensinnäkin voidaan ajatella, ettei itsekriminointisuoja voi tulla ajallisesti sovellettavaksi, jos paljastus on yllättävä, koska ilmoitus- tai vaikutusperuste ei täyty. Toiseksi voidaan ajatella, että henkilön ollessa tällaisessa tilanteessa tosiasiallisesti tietoinen itsekriminointisuojusta hän menettelyllään luopuu siitä yksiselitteisesti. Kolmanneksi olisi ajateltavissa, että menettelyä pidettäisiin oikeuden väärinkäyttönä.

Edellä todetuvin tavoin (luku 6.3.1) voitaneen useissa tilanteissa katsoa henkilön jo alustavassa puhuttelussa tosiasiallisesti käsittävän, mitä seurauksia on sillä, että hän asiallisesti tunnustaa rikoksen virkapukuiselle poliisille. Tällöin voitaisiin katsoa, että hän on yksiselitteisesti luopunut itsekriminointisuojustaan. Jos oikeudenkäynnissä ei edes väitetä muuta, tällaista johtopäätöstä voidaan pitää selvänä. Poikkeuksina tulisivat kysymykseen lähinnä tilanteet, joissa henkilö on erityisen haavoittuvassa asemassa esimerkiksi ikänsä tai terveydentilansa vuoksi. On myös huomattava, että pelkät neutraalit kysymykset tapahtumista eivät voi pitää sisällään sellaista epäasiallista vaikuttamista viranomaisten taholta, jolta henkilöitä tulee suojata. Väitettyä loukkausta arvioitaessa täytynee nytkin ottaa huomioon Ibrahim-kriteerit.

*Kuulustelun* ja alustavan puhuttelun erona on tieto kuultavan asemasta. Kuulustelun aluksi kuulusteltavalle onkin ilmoitettava tämän asema sekä siihen liittyvät oikeudet ja mahdolliset velvollisuudet (ETL 7:10). Epäillylle on lainkohdan mukaan ilmoitettava muun ohella oikeudesta avustajaan ja itsekriminointisuojusta. Oikeudesta vaieta ja olla muutoinkin myötävaikuttamatta rikoksensa selvittämiseen on ilmoitettava, vaikka ilmoitus tästä oikeudesta olisi jo aiemmin tehty. Lisäksi todistajalta on tiedusteltava sellaisia seikkoja, jotka lain mukaan oikeuttavat tai velvoittavat hänet kieltäytymään todistamasta ja tarvittaessa ilmoitettava tälle kieltäytymisoikeudesta tai -velvollisuudesta. Ilmoitusvelvollisuuden ajankohtaa ja laiminlyöntiä kuulustelujen yhteydessä olisi lähtökohtaisesti arvioitava samoin kuin alustavan puhuttelun osalta on esitetty.

Kuten edellä on todettu, suomalaisessa oikeuskäytännössä on perustellusti otettu huomioon se mahdollisuus, että kuultava on tosiasiallisesti tietoinen vaikenemisoikeudestaan, vaikka ilmoitusta siitä ei olisi tehty. Tässä suhteessa ETL 7:10.2:ssä säädetty vaatimus ilmoitusvelvollisuudesta joka kuulustelukerralla merkitsee varsin pitkälle vietyä varmistumista siitä, että epäilty on tullut oikeuksistaan tietoiseksi. Loukkauksena ei ilman muuta voitaneen

<sup>871</sup> Samoin Pölönen 2003 s. 334–335. Ks. myös Pölönen – Tapanila 2015 s. 328–329.

pitää sitä, jos ilmoitus jollain kuulustelukerralla epähuomiossa laiminlyö-  
dään, kunhan sellainen on tehty ennen ensimmäistä kuulustelua. Voidaan  
toisaalta huomauttaa, että yllätyksellisiin tunnustuksiin liittyvistä rajanveto-  
ongelmista päästäisiin pitkälti eroon, jos poliisi kertoisi kaikille kuultaville –  
myös todistajille – säännönmukaisesti myötävaikuttamattomuusperiaatteen  
sisällöstä, kuten eräissä maissa tehdään.<sup>872</sup>

ETL 7:10.4:n mukaan myös läheistodistajalle on ilmoitettava vaikenemisoikeu-  
desta. VETL:n esitöissä on katsottu hyödyntämiskelvottomaksi ”epäillyn omai-  
sen kuulustelukertomus, jonka hän on antanut tietämättömänä oikeudestaan  
kieltäytyä todistamasta lähiomaista vastaan, kun ilmoitus tästä on kuuluste-  
lun alussa jäänyt epähuomiossa tekemättä”.<sup>873</sup> Lähtökohtaisesti myös läheisen  
vaitiolo-oikeutta koskevan ilmoitusvelvollisuuden laiminlyöntiä olisi siten pi-  
dettävä oikeudenloukkauksena, joka voi estää todisteen hyödyntämisen.<sup>874</sup> Toi-  
saalta läheistodistajan kieltäytymisellä todistamasta pääkäsittelyssä on joka ta-  
pauksessa sama vaikutus (ks. myös jäljempänä luku 6.4.2). Tähän nähden olisi  
periaatteessa samantekevää, ilmoitetaanko hänelle oikeudesta esitutkinnassa  
vai ei. On toisaalta katsottu, että lähiomaissuojalla ei olisi etäisvaikutusta, mi-  
kä puoltaa ilmoittamista.<sup>875</sup>

Ilmoitusvelvollisuuden tehokasta toteutumista ja kuultavan tahdonmuodos-  
tuksen aitoutta voidaan epäillä, jos kuultava on alustavassa puhuttelussa tai var-  
sinaisessa kuulustelussa päihtynyt tai mielentilaltaan häiriintynyt. Alustavia  
puhutteluja koskevassa ETL 7:20:ssä ei kuitenkaan viitata tällaisten henkilöi-  
den kuulustelemista koskeviin rajoituksiin, joista säädetään saman luvun 3 ja  
4 §:ssä. Niiden mukaan lähtökohtana on kuulustelun lykkääminen, jollei ri-  
koksen selvittäminen vaarannu. Lisäksi kuultavalle on varattava tilaisuus  
myöhemmin uudelleen tarkastaa kertomuksensa. VETL:n esitöissä käytetään  
esimerkkinä tilannetta, jossa kuultavalla epäillään olleen pakoon päässeitä ri-  
koskumppaneita, mutta todetaan myös, että kuulustelu epäillyn itsensä kannal-  
ta merkittävistä asioista on lykättävä.<sup>876</sup>

Poliisi ei kuitenkaan voi jättää kysymättä rikospaikalla olevilta henkilöiltä,  
mitä on tapahtunut. Jos esimerkiksi päihtynyt tekijä tällöin tunnustaa teon  
poliisille, olisi kestäväntöntä jättää tunnustus huomiotta pelkästään päihty-

<sup>872</sup> Todistajalle kerrotaan vaikenemisoikeudesta esimerkiksi Latviassa, ks. Kalēja v. Latvia, 5.10.2017 (kohta 24).

<sup>873</sup> HE 14/1985 vp s. 37.

<sup>874</sup> Pölönen 2003 s. 246–247. Ks. myös Torgersen 2009 s. 294–295, Brøbech 2003 s. 152–154 ja Lundqvist 1998 s. 28.

<sup>875</sup> Virolainen 1998 s. 426 av. 3.

<sup>876</sup> Ks. HE 222/2010 vp s. 216–217 ja HE 15/1985 vp s. 27–28, mihin voimassa olevien säännösten esitöissä viitataan. Ks. myös Fredman ym. 2020 s. 459–461. Kuulustelupöytäkirjaan on lisäksi teh-  
tävä merkintä kuulustellun tilasta ja siitä, miksi kuulustelemista ei ole voitu lykätä (ETL 9:1.3).

myksen vuoksi. Ratkaisun KKO 2000:35 perusteella poliisi ei saisi tyytyä yksin (etenkään päähtyneen) tunnustukseen, vaan sen kontrolloimiseksi olisi etsittävä muutakin näyttöä.

ETL 7:5:ssä on kielletty kuultavan ratkaisuvapauteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelukykyyn vaikuttavat sopimattomat keinot tai menettelytavat. Edellä esitetyin tavoin tällaiset keinot voidaan jakaa pakottamiseen ja harhauttamiseen (luku 6.2.3). Erityisen huomionarvoista käytännön kannalta on, että ETL 7:10:n mukaan ennen kuulustelua asianomistajalle, tämän lailliselle edustajalle ja asiamiehelle sekä todistajalle on ilmoitettava totuusvelvollisuudesta ja perättömästä lausumasta säädetystä rangaistusuhasta. Olisi paitsi myötävaikuttamattomuusperiaatteen myös ETL 7:5:n vastaista – lähinnä pakottamista – ilmoittaa tosiasiallisesti epäillylle kuultavalle näistä sanktioiduista velvollisuuksista.<sup>877</sup> Lakivaliokunta onkin VETL:n säätämisen yhteydessä edellyttänyt näin saatujen lausumien asettamista hyödyntämiskieltoon.<sup>878</sup>

Itsekriminointisuojaan ajallista ulottuvuutta olisi arvioitava kuulustelujen yhteydessä samoin alustavissa puhutteluissa. Jos syy epäillä kuultavaa rikoksesta ilmenee yllättäen kesken kuulustelun, on kuulustelu vastaavasti keskeytettävä ja ilmoitusvelvollisuus täytettävä. Vaikka rajanvedolla on lähinnä teoreettista merkitystä, pitäisinpä lupausta pidätetyn vapauttamisesta haluttua lausuntoa vastaan samoin pakottamisena, vaikka vapauttamistarkoitus olisi aitoakin. Sen tehon perustuu vapaudenmenetyksen jatkumisen uhkaan. Muutoin voidaan etujen lupaamista pitää harhauttamisena. Koska itsekriminointisuoja ei suojaa syyllisyyteen viittaavien lausumien antamiselta sinänsä, ei tahton vaikuttamisena voida kuitenkaan pitää esimerkiksi kysymyksiä, joilla epäilty saadaan ”puhuamaan itsensä pussiin”. Niiden näyttöarvo voidaan tietenkin riitauttaa.

Kaikenlaisten loukkausten estämiseksi on säädetty erilaisia kuultavaa suojaavia oikeusturvajärjestelyjä. Näistä voidaan mainita esimerkkinä kuulustelun taltiointi (ETL 9:1–5) ja kuulustelutodistajan sekä mahdollisten muiden kuultavia tukevien henkilöiden läsnäolo-oikeus kuulustelussa (ETL 7:11–12, 7:14 ja 7:16). Käytännössä merkittävin lienee avustajan oikeus olla läsnä kuulustelussa. Avustajan osallistumista esitutkintaan koskevaa ETL 7:17:ä on täydennetty siten, että avustajalla on oikeus puuttua kuulusteluun päämiehensä edun valvomiseksi.<sup>879</sup>

<sup>877</sup> ETL:n esitöissä (HE 222/2010 vp s. 217) viitataan myös 7:5:n osalta VETL:n esitöihin, missä todetaan, että rikoksesta tosiasiallisesti epäillyn kuulusteleminen todistajana on kiellettyä ETL 7:5:ää vastanneen VETL 24.1:n perusteella (HE 14/1985 vp s. 19–20). Ks. myös OKa 8/51/94, jossa pidettiin epäasianmukaisena ilmeisen epäillyn kuulemista todistajana eli ”asemassa, jossa hänet samalla saatetaan sanktioidun totuudessapysymisvelvollisuuden alaiseksi”.

<sup>878</sup> LaVM 9/1986 vp s. 8. Ks. myös Pölönen 2003 s. 246.

<sup>879</sup> HE 99/2016 vp s. 28–29



Myötävaikuttamattomuusperiaate ei lähtökohtaisesti estä passiivista sietämistä edellyttävien laillisten *pakkokeinojen* käyttämistä todisteiden hankkimiseksi. Pakkokeinojen toteuttamiseksi voidaan käyttää tietyissä rajoissa fyysistä pakkoa. Menettely ei kuitenkaan saa loukata EIS 3 artiklaa, kuten suuren jaoston Jalloh-ratkaisussa on linjattu (ks. edellä luku 6.2.3). Riskialttiina voidaan pitää etenkin henkilökatsastusta, joka käsittää katsastettavan kehon tarkastamisen, verinäytteen tai muun näytteen ottamisen taikka muun kehoon kohdistuvan tutkimuksen (PKL 8:30.1:n 2 k.). Tutkimus onkin toimitettava erityisessä tilassa ja lääketieteellistä asiantuntemusta vaativan tutkimuksen saa suorittaa vain terveydenhuollon ammattihenkilö. Lisäksi henkilökatsastuksesta ei saa aiheutua tutkittavalle mainittavaa terveydellistä haittaa (PKL 8:33).<sup>880</sup>

Ennakkopäätöksessä KKO 2017:65 vastaajan äiti oli kieltäytynyt todistamasta oikeudenkäynnissä läheiskriminointisuojaan perusteella. Syyttäjän sallittiin kuitenkin esittää kirjallisina todisteina telekuunteluilla ja teknisellä kuuntelulla tallennetut äidin ja vastaajan sekä äidin ja kahden muun henkilön väliset, kirjalliseen muotoon saatetut keskustelut. KKO katsoi, ettei läheiskriminointisuoja ole perusteita ulottaa ainakaan pidemmälle kuin itsekriminointisuoja, ja ettei se estä epäillyn läheiseltä myös pakkokeinoja käyttämällä saadun todistusaineiston hyödyntämistä, kunhan aineisto ei ole syntynyt tai sitä ei ole hankittu vaikuttamalla epäasianmukaisesti epäillyn tai tämän läheisen tahdonmuodostukseen. Ilman asianomaisen henkilön myötävaikutusta hankittu todiste on hyödynnettävissä. Lähtökohtana täytyy KKO:n mukaan olla, että salaisilla pakkokeinoilla lainmukaisesti tallennettuja keskusteluja voidaan myös käyttää todisteina, vaikka keskustelut olisivat sinänsä luottamuksellisia. Äitiä ei ollut pakotettu todistamaan läheiskriminointisuojaan vastaisesti myöskään oikeudenkäynnissä, koska hän oli voinut vedota kieltäytymisoikeuteensa.<sup>881</sup>

ETL 9 luvussa säädetyt koe nautitun alkoholin tai muun huumaavan aineen toteuttamiseksi, henkilötuntemerkkien ottaminen sekä DNA-tunnisteiden määrittäminen ja tallettaminen ovat sellaisia verrattain vähäisiä puuttumisia henkilökohtaisen koskemattomuuteen, jotka EIT:n oikeuskäytännön mukaan ovat pääsääntöisesti sallittuja. Ratkaisukäytännössä mainitaan esimerkkeinä veri-, hius-, ja kudospäyte, jotka voidaan hankkia ilman tutkittavan aktiivista myötävaikutusta. Ongelmallisena myötävaikutuksena ei pidetä myöskään sellaisia aktiivisia toimia, joissa kysymys on kehon normaaleista toiminnoista, esimerkiksi hengitysilman tai virtsan tuottamisesta tai ääninäytteen antamisesta. ETL

<sup>880</sup> Ks. henkilöön kohdistuvan etsinnän edellytyksistä ja toimittamisesta Fredman ym. 2020 s. 1043–1052. Ks. myös Jalloh v. Germany [GC], 11.7.2006 (kohta 120), jossa todetaan Saksassa olleen voimassa vastaavat turvatakeet. Niiden tehokkuutta kuitenkin heikensi se, että valittaja ei ollut suostunut lääkärin tutkittavaksi ja hän kykeni kommunikoidaan ainoastaan puutteellisesti englannin kielellä.

<sup>881</sup> Ks. myös Tapanila 2019a s. 205–206.

9:2.1:n mukaan koe nautitun alkoholin tai muun huumaavan aineen toteamiseksi on tehtävä siten ja sellaisella menetelmällä, ettei siitä aiheudu tarpeetonta tai kohtuutonta haittaa tutkittavalle.<sup>882</sup>

Myötävaikuttamattomuusperiaate ei myöskään suojaa reaalityodisteiden *takavarikoimiselta* esimerkiksi henkilön vaatteista tai tämän kotoa. Hankkimis- ja menetely ei tällöinkään edellytä vastaajan aktiivista myötävaikuttamista. PKL 7:3:ssä ei takavarikoimis- ja jäljentämiskieltojen osalta viitatakaan itse- tai läheiskriminointisuojaan. Lakia muutettiin tältä osin hieman todistelu-uudistuksen yhteydessä. Aikaisemmin säännökseen sisältyi kielto takavarikoida epäillyn tai tämän läheisen hallusta heidän välisensä viesti. Kyseinen kirjesalaisuus on sittemmin mielestäni aivan asianmukaisesti poistettu, koska viesti on itsenäinen todiste, jonka henkilö on vapaaehtoisesti laatinut. Epäiltyä tai tämän läheistä ei tietenkään saa pakottaa tai harhauttaa luovuttamaan tällaista viestiä tai ilmaisemaan sen olinpaikkaa.<sup>883</sup>

PKL 10:52:ssä on säädetty salaisia pakkokeinoja koskevia *kuuntelu- ja katselukieltoja*, joiden tarkoituksena on varmistaa eräiden todistamiskieltojen tehokkuus. Sääntely on pitkälti yhdenmukainen takavarikoimista koskevien rajoitteiden kanssa. Kiellot koskevat ainoastaan rikoksesta epäillyn viestintää tiettyjen todistamiskieltojen suojaamien tahojen kanssa, joten niiden tehtävä rinnastuu myös myötävaikuttamattomuusperiaatteeseen. Kieltoja ei sovelleta, jos pykälän 1 tai 2 momentissa tarkoitettua henkilöä (esimerkiksi avustajaa) epäillään samasta tai siihen välittömästi liittyvästä rikoksesta kuin rikoksesta epäiltyä ja myös hänen osaltaan on tehty päätös telekuuntelusta, tietojen hankkimisesta telekuuntelun sijasta, teknisestä kuuntelusta tai teknisestä katselusta. Lisäksi lääkärin ja toimittajan osalta sovelletaan ylitörkeyteen perustuvaa poikkeusta.<sup>884</sup>

Lisäksi todistelunrajoitteena voidaan pitää OK 17:7:n vaatimusta siitä, että rikosasiassa tuomioistuimien ei saa hankkia näyttöä, jos se todennäköisesti tukisi syytettyä. KKO on ennakkopäätöksessään 1995:44 vahvistanut tämän oikeusohjeen tilanteessa, jossa hovioikeus oli palauttanut asian alioikeuteen lisätodistelun hankkimiseksi. KKO piti tätä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimukseen sisältyvän tasapuolisuusvaatimuksen (equality of arms) vastaisena. Syytäjällä ja asianomistajalla oli ollut mahdollisuus hankkia tai esittää hankittavaksi jo kihlakunnanoikeudessa kaikki tarpeellisena pitämänsä todisteet syytteen tueksi. Kun hovioikeudessakaan ei ollut tarjottu syytteen tueksi lisänäyttöä, hovioikeuden ratkaisu oli tullut hänelle yllätyksenä. Asia palautettiin hovioikeuden välittömästi ratkaistavaksi. Kyseisessä

<sup>882</sup> Jalloh v. Germany [GC], 11.7.2006 (kohta 114), Saunders v. United Kingdom [GC], 17.12.1996 (kohta 69), Fredman ym. 2020 s. 1052–1055.

<sup>883</sup> HE 46/2014 vp s. 148. Aikaisemman kirjesalaisuutta suojaavan sääntelyn taustasta ei oikeastaan voida sanoa paljoakaan. Säännös on periytnyt PKL:in takavarikkolaista (ks. HE 222/2010 vp s. 275 ja HE 14/1985 vp s. 66), jonka esitöissä sitä ei perustella oikein mitenkään (HE 2/1958 vp s. 2).

<sup>884</sup> Fredman ym. 2020 s. 1169–1173, Pölönen – Tapanila 2015 s. 276–278.

tapauksessa rajoittava vaikutus kohdistui todisteen hankkimiseen. Jos alioikeus toisaalta olisi hankkinut viran puolesta selvitystä syytteen tueksi, olisi se kaiketi tullut jättää huomiotta muutoksenhakuasteessa samojen periaatteiden takia.<sup>885</sup>

Itsekriminointisuoja ulottuu eräin edellytyksin myös rikosprosessin ulkopuoliseen hallinnolliseen menettelyyn, jossa asianosaisella on velvollisuus antaa tietoja. Selvästi ongelmallista on, jos hallinnollista menettelyä tosiasiallisesti käytetään epäillyn pakottamiseksi myötävaikuttamaan rikoksen selvittämiseen. Toisaalta olisi arvioitava, onko tiedonantovelvollinen henkilö voinut perustellusti katsoa joutuvansa syytteen vaaraan.<sup>886</sup> Itsekriminointisuoja ei kuitenkaan tarkoita sitä, että henkilöllä olisi yleinen oikeus salata tekemänsä rikos viranomaisilta jättämällä tietoja antamatta tai valehtelemalla rikosprosessin ulkopuolisessa menettelyssä.<sup>887</sup> Kysymys itsekriminointisuojan ulottuvuudesta rikosprosessin ulkopuolelle on erittäin mielenkiintoinen ja haasteellinen. Sitä ei tässä tutkimuksessa ole mahdollista tarkastella laajemmin.<sup>888</sup>

## 6.4.2 Esittäminen

OK 17:17 ja 17:18:n kieltäytymisoikeudet on, kuten todistamiskielloinkin, kirjoitettu esittämisvaihetta silmällä pitäen. Tuomioistuimen prosessinjohtovelvollisuuksiin kuuluu siten valvoa, että oikeudet toteutuvat tehokkaasti pääkäsitelyssä. Puheenjohtajan on tiedusteltava, onko estettä antaa vakuutusta ja onko kuultavalla velvollisuus tai oikeus kieltäytyä todistamasta. Jos todistajalla tai asiantuntijalla on oikeus kieltäytyä todistamasta, puheenjohtajan on ilmoitettava<sup>889</sup> se kuultavalle ja kerrottava, että jollei hän tahdo käyttää hyväkseen tätä etua, hänellä on sama totuusvelvollisuus kuin muillakin todistajilla tai asiantuntijoilla. Puheenjohtajan on lisäksi tarvittaessa muutoinkin selostettava kuultavaa koskevan vaitiolovelvollisuuden tai vaitiolo-oikeuden sisältö (OK 17:43).

<sup>885</sup> Ks. Pölönen 2003 s. 88–91.

<sup>886</sup> HE 46/2014 vp s. 89–92 (käsitteen piiriin kuuluvat myös ulosotto- ja konkurssimenettely), Vuorenperä 2011 s. 588–590 ja Frände 2011 s. 402–404. Ks. EIT:n oikeuskäytännöstä esim. Funke v. France, 25.2.1993 (kohta 44), J.B. v. Switzerland, 3.5.2001 (kohdat 65–69) ja Martinen v. Finland, 21.4.2009 (kohdat 70–73) sekä kotimaisista ratkaisuksista esim. KKO 2009:80, 2010:41 ja 2015:1. Nähdäkseni olisi ongelmallista menetellä esimerkiksi niin, että poliisi antaa hallinto-  
viranomaiselle vinkin hallinnollisen menettelyn aloittamisesta todennäköisen epäillyn osalta, jotta hänet voidaan hallinnollisessa menettelyssä pakottaa antamaan tietoja tosiasiallisesti rikosprosessia varten. Vaikutusperuste olisi tällöin täyttynyt.

<sup>887</sup> Serves v. France, 20.10.1997 (kohta 47), Hupli 2017 s. 86–87.

<sup>888</sup> Ks. kattavina lähteinä itsekriminointisuojan merkityksestä hallinnollisissa menettelyissä Halila – Lankinen – Nilsson 2018 ja Tapanila 2019b s. 65.

<sup>889</sup> Laissa on tässä sanassa kirjoitusvirhe.

Siten myös tuomioistuimella on myötävaikuttamattomuusperiaatetta koskevat selvälläolo- ja ilmoitusvelvollisuudet.

Puheenjohtajat tiedustelevat säännönmukaisesti todistajankuulustelun alkusi, onko kuultava jonkun asianosaisen läheinen, ja tämän jälkeen suostumusta todistaa asiassa. Jos läheistodistaja suostuu todistamaan tuomioistuimessa, suostumus on pätevä ja sitä ei voida peruuttaa (OK 17:17.2). Suostumus saa aikaan positiivisen totuusvelvollisuuden, jota voivat rajoittaa ainoastaan muut vaitiolo- ja ilmoitusvelvollisuudet tai -oikeudet. OK 17:17 ja 17:18 ovat toisaalta siten päällekkäisiä, että läheistodistaja voinee ensin luopua kokonaiskieltäytymisoikeudestaan ja sen jälkeen vedota nimenomaisesti osittaiseen kieltäytymisoikeuteensa haluamassaan laajuudessa.<sup>890</sup> Estettä ei sen sijaan voine olla sille, että vaitiolo-oikeudestaan tietoiselle todistamaan suostuneelle kuultavalle sallitaan esittää itse- tai läheiskriminoivia kysymyksiä.

Myöskään kuultavan kieltäytyessä ei liene ehdotonta estettä sallia kysymysten esittämistä kuultavalle. EIT totesi Kaste ja Mathisen -tuomiossa, että kanssavastaajilla tulisi olla mahdollisuus vastakuulustelukysymysten esittämiseen silloinkin, kun joku heistä vaikenee itsekriminointisuojaansa vedoten. Ratkaisevaa merkitystä ei esimerkiksi Suomea koskeneen Peltonen-päätöksen perusteella ole sillä, että kuultavan vaikeneminen voi tosiasiallisesti tehdä vastakuulustelun hyödyttömäksi. Asianosaisten tasapuolinen kohtelu edellyttäisi periaatteessa, että asianomistajalle taattaisiin mahdollisuus vastakuulustelukysymyksiin vastaajan vaitiessa. Tuomioistuin ei toisaalta saa pakottaa tai harhauttaa myötävaikuttamattomuusperiaatteen suojaavaa kuultavaa antamaan lausuntoa, mikä voi olla vaikeasti yhteensovitettavissa vastakuulustelumahdollisuuden kanssa.<sup>891</sup>

Tuomioistuimessa – etenkin yleisen ilmoitusvelvollisuuden puuttuessa – todistajana kuultava henkilö voi alkaa yllättäen paljastaa itse- tai läheiskriminoivia tietoja. Asianosaisillehan on jo esitutkinnassa selostettu vaitiolo-oikeuden sisältö ja ilmoitus usein toistetaan vielä pääkäsittelyssä. Puheenjohtajan tulisi tulkintani mukaan menetellä samoin kuin poliisin vastaavassa tilanteessa eli keskeyttää todistajankuulustelu ja ilmoittaa kuultavalle vaikenemisoikeudesta.<sup>892</sup> Jo annettu lausunto lienee myöhemmin käytettävissä todistena, etenkin jos se toistetaan ilmoituksen jälkeen.

<sup>890</sup> HE 46/2014 vp s. 76, Rautio – Frände 2016 s. 144.

<sup>891</sup> Kaste and Mathisen v. Norway, 9.11.2006 (kohdat 50–52) ja Peltonen v. Finland [dec.], 11.5.1999. Kaste ja Mathisen -tuomiossa EIT toteaa nimenomaisesti, ettei se ole vakuuttunut vastakuulustelu-oikeuden ja itsekriminointisuojaan yhteensovittamisen mahdottomuudesta, antamatta kuitenkaan täsmällisiä esimerkkejä siitä, miten tämän tulisi tapahtua.

<sup>892</sup> Näin Ibrahim-tuomiota on tulkittu ainakin Ranskan oikeudessa (Guinchard – Buisson 2018 s. 407). On toisaalta totta, että oikeudenkäyntivaiheessa itsekriminointisuoja koskevat ongelmat ovat harvinaisempia kuin esitutkinnassa (Tapanila 2019b s. 239).

Kuultavan kieltäytyessä vaikenemisoikeutensa nojalla vastaamasta pää- ja vastakuulustelukysymyksiin tulee arvioitavaksi, voidaanko hänen aikaisemmin tuomioistuimelle, syyttäjälle tai esitutkintaviranomaiselle antamaansa kertomusta käyttää todisteena OK 17:47.2:ssa säädetyn lähtökohdan mukaisesti. Viimeistään tällöin voi tulla arvioitavaksi se, onko itsekriminointisuoja loukattu esitutkinnassa. EIT onkin todennut, että yleensä oikeudenloukkaukset tapahtuvat jo tutkinnan aikana ja ”kristallisoituvat” oikeudenkäynnissä, kun todistelua pyritään esittämään.<sup>893</sup> Puolustukselta tulee kuitenkin edellyttää, että väitteet esitutkintavaiheessa tapahtuneista loukkauksista esitetään viipymättä eli jo esitutkinnassa tai viimeistään oikeudenkäynnin (yleensä kirjallisessa) valmisteluvaiheessa eikä vasta kuulustelun yhteydessä.<sup>894</sup>

Mikään säännös ei nimenomaisesti kiellä esittämästä itsekriminointisuoja loukkaamalla saatua esitutkintakertomusta. Tällainen mahdollisuus perustuu-kin OK 17:25.2:n ennakkolliseen vaikutukseen. Jos hyödyntämiskiellon edellytyksiä voidaan arvioida jo etukäteen, sen asettaminen jo ennen todisteen esittämistä on perusteltua, koska todiste jäisi joka tapauksessa huomiotta näytön arvioinnissa. Ennakollinen hyödyntämiskielto vaikuttaa tällöin käytännössä esittämiskieltona. Kaikissa tapauksissa loukkausta ei kuitenkaan voida todeta etukäteen, vaan hyödyntämiskysymys jää ratkaistavaksi tuomiolla. Toisaalta on mahdollista, että ennen esittämisvaihetta poliisi tai syyttäjä asettaa ennakkollisen hyödyntämiskiellon, jolloin todisteeseen ei edes pyritä vetoamaan syytteen tueksi. Menettelyvaihtoehtoja on tarkasteltu jo edellä (luku 3.3.1).

Todistelu-uudistuksen esitöiden mukaan todistajan esitutkintakertomuksen esittäminen vertailuaineistona OK 17:47.2:ssa säädetyn tavoin estyy, jos hän vaitiolo-oikeuteen vedoten kieltäytyy todistamasta oikeudenkäynnissä. Linjaa on perusteltu ratkaisulla KKO 1995:66.<sup>895</sup> Esitutkintakertomukseen on oikeuskäytännössä rinnastettu lääkärintausannon esitiedot (KKO 2018:54), ja epäselvää on, koskeeko tulkinta kaikenlaisia tallennettuja kertomuksia (ks. tästä jäljempänä luku 9.4.3). Lisäksi on esitetty, että samaa linjaa olisi sovellettava myös asianosaisen asemassa olevaan asianomistajaan.<sup>896</sup> OK 17:18.1 koskeekin sanamuotonsa perusteella jokaista läheisasemassa olevaa kuultavaa ja murtamismahdollisuus vain asianomistajatodistajaa. Esitöistä ei kuitenkaan ilmene, että ratkaisun KKO 2000:71 linjaa olisi ollut tarkoitus muuttaa. Tuossa tapauk-

<sup>893</sup> Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohta 274).

<sup>894</sup> Viivyttelyä voinee hyvällä syyllä pitää ROL 9:3:ssä tarkoitettuna huolimattomana asianajona, joka voi johtaa avustajan kuluvaluuseen.

<sup>895</sup> HE 46/2014 vp s. 107. Samaa kantaa puolustaa sinänsä pätevin perustein esim. Pölönen 2003 s. 263–273.

<sup>896</sup> Ks. Virolainen 2000 s. 673–674, Pölönen 2003 s. 273, Melander 2012 s. 110 ja Rautio – Frände 2016 s. 149.

nessä asianomistaja-asianosaisen esitutkintakertomuksen lukeminen sallittiin tämän kieltäytyttyä todistamasta.<sup>897</sup>

Ratkaisun KKO 1995:66 perustelut ovat niukat. Ensimmäisen perustelukappaleen mukaan läheistodistaja oli oikeudenkäynnissä kieltäytynyt todistamasta, mihin hänellä oli ollut oikeus [OK 17:17.1:a vastanneen VOK 17:20:n] nojalla. Vanhemman konstaapelin kuuleminen siitä, mitä läheistodistaja oli kertonut alustavassa puhuttelussa, olisi merkinnyt tosiasiallisesti edellä mainitussa lainkohdassa säädetyn lähisukulaisuuden suojan murtamista. Lausuma vaikuttaa kategoriselta, joskaan perusteluissa ei nimenomaisesti tuoda esille sitä, että alustavassa puhuttelussa läheistodistajalle *ei ollut kerrottu vaikenemisoikeudesta*. Ilmoitusvelvollisuuden laiminlyöntiä voidaan pitää oikeudenloukkauksena (ks. edellä luku 6.2.4). Enemmistö ei lausu lainkaan siitä, voitiinko läheisen myöhemmin eri poliisille vaitiolo-oikeudesta tietoisena antamaa esitutkintakertomusta käyttää todisteena. Lisäksi perusteluissa kiinnitettiin huomiota vastakuulustelu-oikeuden rajoittumiseen, mutta tämän argumentin merkitys jää epäselväksi. Esimerkiksi Pölönen on pitänyt sitä täydentävänä näkökohtana.<sup>898</sup>

Kuten edellä (luku 6.2.2) on todettu, korkeimman oikeuden tulkinta tapauksessa KKO 2000:71 perustui ymmärtääkseni lähinnä siihen kannatettavaan ajatukseen, että oikeudenkäynnissä kuultavan rajoitettu totuusvelvollisuus modifioi todistamisvelvollisuutta ensisijaisesti todistamiskieltoihin nähden: ”Asianomistajan ei tarvitse häntä todistelutarkoituksessa kuulusteltaessa kertoa mitään eikä vastata hänelle esitettyihin kysymyksiin. Näin olen [VOK 17:20:n] säännökset todistajan oikeudesta kieltäytyä todistamasta eivät koske asianomistajaa.” Toisin sanoen koska asianomistajalla ei alun perinkään ole positiivista totuusvelvollisuutta, hänen todistamisvelvollisuuttaan ei ole tarpeen modifioida todistamiskielloilla. Kysymys ei siten ole samantilanteesta kuin ratkaisussa KKO 1995:66.

Käytännössä esitöissä vahvistetulla tulkinnalla on monia erikoisia seurauksia. Ensinnäkin läheistodistajalla on tehokas katumisoikeus ja näin useissa tapauksissa tosiasiallisesti oikeus disponoida tuomion lopputuloksesta estämällä laillisesti hankitun todisteen hyödyntäminen jälkikäteen.<sup>899</sup> Tämä merkitsee laajempaa suojaa kuin minkä itsekriminointisuoja tarjoaa vastaajalle. Toiseksi kokonaiskieltäytymisoikeudesta ei voida luopua pätevästi ennen kuin tuomioistuimessa. Tästä taas seuraa kolmanneksi, että syyttäjän ei yleensä tulisi antaa juurikaan merkitystä läheistodistajan esitutkintakertomukselle, koska on ole-

<sup>897</sup> Ks. Tolvanen 2016 s. 199–201 ja 204, Tapanila 2019a s. 190–195 sekä edellä luku 6.3.3.

<sup>898</sup> Pölönen 2003 s. 264–266. Vastakuulustelu-oikeuden eli kertomuksen testaamismahdollisuuden rajoittuminen otettiin huomioon sekä ratkaisussa KKO 1995:66 että ratkaisussa KKO 2000:71. Olen jo edellä (luku 5.4.2) vastustanut sellaista tulkintaa, että katumisoikeus koskisi kaikkia vaikenemisoikeuksia.

<sup>899</sup> Ks. Melander 2012 s. 105 ja Pölönen 2003 s. 267.

massa riski sen käyttökeltvottomuudesta.<sup>900</sup> Vastaajalle edullisen esitutkinta-kertomuksen täytynee tosin olla käytettävissä todisteena silloinkin, kun läheis-todistaja vaikenee oikeudenkäyntivaiheessa.<sup>901</sup>

Todettakoon toisaalta, että pidän täysin perusteltuna kieltää poliisimiestä to-distamasta siitä, mitä vaikenemisoikeudestaan tietämätön läheistodistaja on paljastanut kuulemisen yhteydessä. Tällöin kysymys olisi eräänlaisesta etäis-vaikutuksesta, koska poliisimiehen todistuksen sisältö olisi saatu välittömästi oikeudenloukkauksen (ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönnin) seurauksena. Kiellon kohteena tulee tällöin olla läheisen kertomus missä tahansa muodossa tallennettuna tai välitettynä, ei pelkästään läheinen itse todistus-keinona. Poliisia on kuitenkin sallittua kuulla hänen itse tekemistään havain-noista esimerkiksi kotihälytystehtävän yhteydessä.<sup>902</sup>

On mielestäni epäjohdonmukaista katsoa vaikenemisoikeutta loukatun pää-käsittelyvaiheessa, jos suostumus on esitutkinnassa saatu pätevästi. Lähtökoh-taisestihan epäitsenäinen hyödyntämiskielto tulee määrättäväksi sillä perusteella, että todisteen hankkimis- tai esittämiskieltoa on loukattu. Oma kantani on, että muissa tapauksissa kertomuksen antamista esitutkinnassa ja vaikenemista pääkäsittelyssä olisi tarkasteltava erillään. Esitutkinnassa tapahtuneen pätevän vaitiolo-oikeudesta luopumisen tulisi johtaa esitutkintakertomuksen esittämis-kelpoisuuteen oikeudenkäynnissä, vaikka sen antajalla olisikin oikeus vaieta vielä pääkäsittelyssä – perustuipa tuo oikeus sitten OK 17:17.1 tai 17:18.1:in. Tällöin jäisi ratkaistavaksi, mikä näyttöarvo aikaisemmalle kertomukselle voi-daan antaa kuultavan vaikenemisesta johtuvan kontradiktorisuuden puuttumi-sen vuoksi.<sup>903</sup>

Läheissuhteen absoluuttinen suojaaminen olisi ymmärrettävissä, jos lä-heiskriminoivat tiedot nauttisivat todistusteemana suojattua asemaa.<sup>904</sup> Analogi-

<sup>900</sup> Vrt. KKO 2017:65 (kohta 28), missä todetaan telekuunteluun ja tekniseen kuunteluun viita-ten, että ”tämän todisteiden hankkimistavan tekisi pitkälti tyhjäksi se, jos läheisen todistamasta kieltäytymisestä kuitenkin seuraisi kielto käyttää näitä tallenteita todisteina”. Oikeuskirjallisuus-dessa on todettu, että parisuhdeväkivallan uhreja – joita kuvattu tilanne useimmiten koskee – saa-tetaan helposti pitää epäluotettavina, oikullisina ja vaikeina asiakkaina. Viranomaiset ja avustajat myös herkästi ennakoivat heidän muuttavan kertomustaan (Niemi-Kiesiläinen 2004 s. 319). Sa-moin Yhdysvaltain osalta Cassidy 2006 s. 349–351.

<sup>901</sup> Pölönen 2003 s. 273.

<sup>902</sup> Niemi-Kiesiläinen 2004 s. 329–330.

<sup>903</sup> Samoin Niemi-Kiesiläinen 2004 s. 333–337. Esitetty tulkinta on voimassa esimerkiksi Norjan oikeudessa (Andenæs – Myhrer 2009 s. 201–202, Matningsdal 2007 s. 28–29 ja oikeuskäytän-nöstä Rt. 2003 s. 1808, Rt. 2004 s. 1789 ja Rt. 2004 s. 1719). Ks. EIT:n oikeuskäytännöstä esim. Hümmel v. Germany, 19.7.2012, jossa kuultiin tutkintatuomaria siitä, mitä vastaajan äiti, veli ja sisar olivat kertoneet esitutkinnassa, ja Unterpertinger v. Austria, 24.11.1986. Kuten edellä on to-dettu, Ruotsin oikeudessa ei ole velvollisuutta ilmoittaa vaitiolo-oikeudesta esitutkinnassa, joten se sopii huonosti vertailukohdaksi. Ks. läheisen kertomuksen näyttöarvoon vaikuttavista seikois-ta Tapanila 2019a s. 195–198.

<sup>904</sup> Tällainenkin jäsenyys on sinänsä mahdollinen, ks. Hormia 1979 s. 73.

sesti itsekriminointisuojaan kanssa suoja ei kuitenkaan saisi saada läheiskriminoiva tieto sinänsä, vaan keskeistä on suojella läheisen vaikenemistahtoa sitä loukkaavalta viranomaisten menettelyltä. Esitöissä ja oikeuskäytännössä onkin katsottu, ettei ole perusteita ulottaa läheiskriminointisuoja ainakaan pidemmälle kuin itsekriminointisuoja, mistä olen samaa mieltä.<sup>905</sup> Perhe-elämän suoja merkitsee kiistatta erilaista suojeluintressiä kuin itsekriminointisuoja, mutta tämä ei mielestäni riitä perustelevaan katumisoikeutta. Vertailukohtana voidaan kysyä, eikö vastaajankin asianmukaisesti saadun esitutkintakertomuksen tulisi vastaavasti muuttua hyödyntämiskelvottomaksi tämän vaietessa oikeudenkäynnissä.<sup>906</sup>

Ratkaisuun VaaHO 18.2.2020 (R 19/284) liittyneessä käsittelyratkaisussa katsottiin, että vastaajan asemassa olleella kuultavalla oli oikeus kieltäytyä todistamasta kanssavastaajana avopuolisooan vastaan. Hovioikeus katsoi, että ratkaiseva oli tilanne kuulemishetkellä, ja asetti esitutkinnassa annetun kertomuksen hyödyntämiskieltoon, koska avoliitto oli solmittu tuon kuulemisen jälkeen. Samoin kanssavastaajana kuullun sisaruksen osalta hyödyntämiskieltoa ei asetettu, koska läheissuhde oli olemassa jo esitutkinnassa (VaaHO 19.2.2020, R 19/197). Tällainen varovainen tulkinta sallii läheiselle erikoislaatuisten katumisoikeuden vielä olosuhteiden muuttutuakin. Alkuperäinen kertomushan on kummassakin tilanteessa saatu asianmukaisesti eikä läheisen kanssavastaajan ”roolimuuos” johdu viranomaisen virheestä. Pidän huomionarvoisena sitäkin, että epäillylle on joka tapauksessa kerrottava itsekriminointisuoja, joka oikeuttaa hänet vaikenemaan asiassa kokonaan. Niinpä myöhemmin syntyvä kanssavastaajan läheisasema ei omasta mielestäni saisi estää asianmukaisesti annetun esitutkintakertomuksen esittämistä.<sup>907</sup>

Hormia on esittänyt, että läheistodistajalla ei välttämättä ole vielä esitutkinnan aikana riittävää käsitystä luopumistahdonilmaisun merkityksestä, mikä olisi

<sup>905</sup> HE 46/2014 vp s. 58, KKO 2017:65 (kohta 13).

<sup>906</sup> Virolainen ja Pölönen ovat katsoneet, ettei OK 17:47.2:a vastannutta VOK 17:33.2:a tullut soveltaa silloin, kun kuultavalla on lakiin perustuva kokonaiskieltäytymisoikeus (Virolainen 2000 s. 674–675, Pölönen 2003 s. 278–279). He eivät tietenkään ole tarkoittaneet itsekriminointisuojaalla olevan tällainen vaikutus, mutta sekin on lakiin perustuva kokonaiskieltäytymisoikeus. Vielä voidaan kysyä, tulisiko läheisellä olla tehokas katumisoikeus myös reaalityodisteiden osalta eli jos hän on esitutkinnassa suostunut luovuttamaan esineen tai asiakirjan poliisille, olisiko tämäkin suostumus johdonmukaisuuden nimissä peruutettavissa sillä seurauksella, että esine muuttuu hyödyntämiskelvottomaksi? Näin ei tietenkään voine olla (samoin ”katumisoikeutta” sinänsä kannattava Pölönen 2003 s. 292). Ks. myös Tapanila 2019b s. 238.

<sup>907</sup> Julkaisemattomassa ratkaisussa KKO 13.7.2017/1469 (kohta 10) todettiin, että asianomistajaa-asianosaisena kuultu henkilö oli saanut riittävän tiedon oikeuksistaan esitutkinnassa, kun hänelle oli kerrottu läheistodistajan vaikenemisoikeudesta. Tästä voi ainakin varovaisesti tehdä sellaisen analogiapäätelmän, että keskeistä on, tietääkö kuultava vaikenemisoikeuden tosiasiallisesta sisällöstä, eikä se, olisiko kuultavalla oikeudenkäynnissä vaikenemisoikeus muulla(kin) perusteella kuin mihin esitutkinnassa on viitattu. Samoin Norjan oikeuden osalta Rt. 1988 s. 314.



omiaan heikentämään sen pätevyyttä.<sup>908</sup> Kuultavalle tulisikin nähdäkseni ennen kuulustelua selvittää se teko, josta hänen läheistään epäillään. Tämän jälkeen on vaikea nähdä, miten luopuminen vaikenemisoikeudesta ei olisi pätevä. Läheisen disponointioikeus merkitsee käytännössä, että perhesuhteiden suojan katsotaan oikeuttavan vaikuttamisen oikeudenkäynnin lopputulokseen ja syyllisen suojaamisen. Tämä johtaa ongelmiin rikosoikeudellisen järjestelmän uskottavuuden kannalta. Lisäksi aiheutuu huomattavien taloudellisten tappioiden riski, koska myöhempi oikeudenkäynti saattaa todistajan mielenmuutoksen vuoksi käydä hyödyttömäksi.

*Johanna Niemi-Kiesiläinen* on torjunut myyttinä sellaisen käsityksen, että parisuhdeväkivallasta olisi esitettävissä todistelua ainoastaan asianosaisten kertomuksilla. Häinkin toteaa tosin, että näytön esittämiseen liittyy erityisiä ongelmia. Kertomuksen muuttaminen tai peruuttaminen kertoo Niemi-Kiesiläisen mukaan ristiriitaisesta ja vaikeasta suhtautumisesta väkivaltaa käsitteleviin viranomaisiin. Uhri saattaa ensinnäkin pelätä tekijää ja vaieta suojellakseen itseään tai läheisiään tämän kustolta siinä tapauksessa, että tekijää rangaistaan. Uhri saattaa toisaalta pitää viranomaisten toimia tehottomina ja tuloksettomina. Kolmanneksi voi olla kysymys siitä, että uhri uskoo väkivallan päättyneen. Neljänneksi syynä voi olla kiintymys tekijään ja halu suojella tätä rangaistukselta. Näistä syistä huolimatta uhri saattaa akuutissa tilanteessa kääntyä poliisin puoleen.<sup>909</sup>

Raution ja Fränden mukaan mikään ei estäisi lainsäätäjää säätämästä, että läheistodistaja ei voisi peruuttaa esitutkinnassa antamaansa suostumusta todistaa.<sup>910</sup> Totta onkin, ettei tällaista säännöstä nykyisin ole olemassa, koska OK 17:17.2 koskee sanamuotonsa perusteella suostumusta todistaa tuomioistuimessa. Toiseen suuntaan asiasta ei tosin ole säädetty. Kysymys lienee viime kädessä pitkälti siitä, mihin menettelyvaiheeseen rikosprosessin painopiste halutaan asettaa. Oikeusturvan saatavuus ja selvittämisintressi puoltaisivat nähdäkseni selvästi sitä, että painopiste on mahdollisimman varhaisessa vaiheessa eli esitutkinnassa. Saatavilla oleva todistelu on tällöin määrällisesti ja laadullisesti parhaimmillaan. Painopiste siirtyy vastaavasti oikeudenkäyntivaiheeseen, jos lain mukaan suoritettavat esitutkintatoimenpiteet voivat pääkäsittelyssä osoitautua merkityksettömiksi.

Selvää lienee, että esitutkinnan aikaisessa tuomioistuimessa tapahtuneessa todistajankuulustelussa (ETL 7:9) annettu suostumus ei ole myöhemmin peruutettavissa, vaan kysymys on OK 17:17.2:ssa tarkoitetusta suostumisesta todistamaan tuomioistuimessa. Lisäksi edellä todettu OK 17:17 ja 17:18:n päällekkäisyys ratkennee käytännössä yleensä käyttämällä todisteena esitut-

<sup>908</sup> Hormia 1979 s. 72–73, samoin Pölönen 2003 s. 271.

<sup>909</sup> Niemi-Kiesiläinen 2004 s. 320.

<sup>910</sup> Rautio – Frände 2016 s. 148.

kintakertomusta: Jos läheinen ensin luopuu pätevästi kokonaiskieltäytymisoikeudestaan tuomioistuimessa, mutta sen jälkeen vetoaa osittaiseen kieltäytymisoikeuteensa, on kysymys peruuttamattomasta suostumuksesta, jonka nojalla esitutkintakertomus on käytettävissä OK 17:47.2:ssa säädetyin edellytyksin.<sup>911</sup>

Voidaan myös kysyä, miksi läheisasianomistajaa tulisi kohdella eri tavalla kuin läheis(asianomistaja)todistajaa. Virolainen ja Pölönen katsovat, että tapauksessa KKO 2000:71 kierrettiin asianomistajan vaitiolo-oikeutta ja että ratkaisu on tältä osin virheellinen.<sup>912</sup> Olen samaa mieltä siitä, että kohtelu ei saisi olla erilaista prosessiaseman mukaan. Katson kuitenkin, että aikaisemman kertomuksen esittämisen tulisi molempien osalta olla sallittua, kunhan se on annettu vaikenemisoikeudesta tietoisena. Kuultavan myöhempi mielenmuutos ei sellaisenaan voi tarkoittaa, että hänen vaitiolo-oikeuttaan olisi kierretty. Velvollisuutta todistaa tuomioistuimessa ja mahdollisuutta esittää todisteena aiemmin annettu kertomus tulisi tarkastella erillisinä kysymyksinä. Näin välttyttäisiin myös ongelmilta, jotka saattavat aiheutua kuultavan roolin muuttumisesta kesken oikeudenkäynnin.

Ratkaisun KKO 2000:71 perusteella voisi ajatella niinkin, että OK 17:18.2:n erillissäätely ei olisi ollut tarpeen ainakaan sellaisten vastaajan läheisten osalta, joita kuullaan asianomistajana tai kanssaepäiltyinä todistajan asemassa, jos näiden epävarsinainten todistajien totuusvelvollisuudesta olisi selvästi säädetty. Nythän heitä koskevien rangaistus- ja pakkokeinouhkien sekä valan vannomisvelvollisuuden puuttumisesta joudutaan päästelemään, että heillä ei ainakaan tosiasiallisesti ole positiivista totuusvelvollisuutta. Joka tapauksessa epävarsinainten todistajan ei tarvitse häntä todistelutarkoituksessa kuulusteltaessa kertoa mitään eikä vastata hänelle esitettyihin kysymyksiin. KKO:n ratkaisun mukaisesti OK 17:17 ja 17:18:ä ei tällöin olisi tarpeen lainkaan soveltaa sanottuihin kuultaviin, vaan määräävää olisi positiivisen totuusvelvollisuuden puuttuminen.<sup>913</sup>

Oikeuskäytännössä on osoittautunut epäselväksi, mitkä tallenteet tai kertomukset kuuluvat hyödyntämiskiellon piiriin läheistodistajan vedotessa vaitiolo-oikeuteensa oikeudenkäynnissä. Suojan kiertämisenä on pidetty esimerkiksi läheiskriminoivia tietoja sisältävän hätäkeskuspuhelun esittämistä<sup>914</sup> ja alustavassa puhuttelussa paikalla olleiden läheistodistajan vanhempien kuulemista alustavan puhuttelun sisällöstä<sup>915</sup>. Toisaalta on katsottu, että kun asianomistaja oli itse kertonut teosta henkilöille, jotka eivät olleet suojan piirissä, voitiin

<sup>911</sup> Tapanila 2019a s. 199.

<sup>912</sup> Virolainen – Pölönen 2003 s. 279–280.

<sup>913</sup> Samoin VOK 17:20:n soveltumisesta kanssaepäiltyihin Pölönen 2003 s. 304.

<sup>914</sup> VaaHO 2013:1 ja 2017:2.

<sup>915</sup> HelHO 26.5.2020 nro 118436 (R 18/2773).

näitä henkilöitä kuulla todistajina.<sup>916</sup> Mielestäni viimeksi mainittua tulkintaa olisi sovellettava myös hätäkeskuspuheluihin, koska ne eivät ole rikosprosessissa annettuja lausuntoja eikä niiden antamiseen lähtökohtaisesti liity mitään epäasiallista soittajaan vaikuttamista.<sup>917</sup>

Yhdysvaltalainen ratkaisu *Davis v. Washington* tarjoaa mielenkiintoisen vertailukohdan. Siinä ei tosin arvioitu läheiskriminointisuoja, vaan sitä, kuuluiko hätäkeskustalenne vastakuulustelu-oikeutta edellyttävän *confrontation* clausen piiriin. Oikeuden enemmistö katsoi, että hätäkeskuspuhelu voidaan joissain tapauksissa rinnastaa kuulusteluun henkilötodistelun hankkimiseksi. Hätäpuhelun sisältö ei ole kuitenkaan *confrontation* clausen piirissä siltä osin kuin sen ensisijaisena tarkoituksena on avun mahdollistaminen välittömästi uhkaavassa hätätilanteessa. Toisin voidaan arvioida, jos hätätilannetta ei ole käsillä ja kysymys on aikaisempia tapahtumia koskevien tietojen selvittämisestä, joilla voi olla merkitystä myöhemmässä rikosprosessissa. SCOTUS päätyi kuitenkin sallimaan hätäkeskusnauhan hyödyntämisen siltä osin kuin siinä ilmoitettiin vastaaja rikoksen tekijäksi.<sup>918</sup>

Alustavan puhuttelun osalta ratkaisuun KKO 1995:66 perustettu tulkintalinja vaikuttaa kuitenkin selvältä. Jos alustavan puhuttelun laittomasta sisällöstä ei saa kuulla sen suorittanutta poliisia, ei myöskään liene mahdollista kuulla paikalle sattunutta tai edes kuultavan sinne kutsumaa henkilöä alustavan puhuttelun sisällöstä läheiskriminoivien tietojen osalta. Selvintä olisi, jos läheiskriminointisuoja tulkittaisiin itsekriminointisuojan kanssa johdonmukaisesti eli viranomaisille syntyisi jo alustavassa puhuttelussa ilmoitusvelvollisuus läheiskriminointisuojusta välittömästi, kun on syytä epäillä, että rikoksen on tehnyt kuultavan läheinen. ”Kotihälytyksissä” tällainen ilmoitus olisi tehtävä käytännössä heti. *De lege ferenda* kuultavalle voitaisiin lisäksi ilmoittaa, että kaikki, mitä hän kertoo, on käytettävissä todisteena myöhemmin.<sup>919</sup>

Itsekriminointisuojan yhteydessä mainittaviksi sopivat myös syyteneuvottelujärjestelmään liittyvät hyödyntämiskiellot (ROL 1:10 a.6 ja 5 b:5.2). Tu-

<sup>916</sup> HelHO 4.4.2017 nro 400 (R 16/1473). Eri mieltä ratkaisusta HelHO 26.5.2020 nro 118436 (R 18/2773) ollut hovioikeuden presidentti olisi sallinut hyödyntämisen, koska hän katsoi, että asianomistajan vanhemmat, jotka suostuivat todistamaan, eivät olleet kertoneet alustavan puhuttelun sisällöstä vaan omista havainnoistaan. Sanotulla perusteella kanta olisikin täysin oikea. Ks. myös Rautio 2016 s. 711, Pölonen 2003 s. 203 av. 82 ja 289–290 sekä Hormia 1979 s. 72.

<sup>917</sup> Ks. myös Tapanila 2019a s. 200–206

<sup>918</sup> *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813 (2006). Jos hätäkeskuspuhelun aikana ryhdytään käytännössä puhuttamaan soittajaa, joka osoittautuu syylliseksi, tuntuisi periaatteessa mahdolliselta jäsentää tilanne kuulustelua vastaavaksi eli EIT:n Allan-tuomiossa omaksutun termin mukaisesti ”functional equivalent of interrogation” (ks. edellä luku 6.2.3).

<sup>919</sup> Vastaava, erityisesti yhdysvaltalaisen viihteen kautta tunnettu itsekriminointisuoja koskeva varoitus perustuu SCOTUSin *Miranda*-tuomioon ja tunnetaankin ”*Miranda*-varoituksena”; ks. *Miranda v. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966) ja esim. Tomkovicz 2011 s. 48 ja Riekinen 2014 s. 172.

loksettoman syyteneuvottelun tai tunnustamisoikeudenkäynnin yhteydessä annettuja vastaajan lausumia ei saa käyttää todisteena rikosasiassa. Koska todistelunrajoite koskee vain sanottuja menettelyjä, se voitaisiin jäsentää myös todistusmetodiokielloksi. Tällaista tulkintaa tukisi sekin, että esitöissä todetaan lausumien käyttö kielletyksi riippumatta siitä, missä muodossa ne ovat. Rajoite on näin ollen todistuskeinoneutraali.<sup>920</sup>

### 6.4.3 Hyödyntäminen

OK 17:25.2:n mukaan tuomioistuin ei saa rikosasiassa hyödyntää OK 17:18:ssä säädetyn vaitiolo-oikeuden vastaisesti hankittua todistetta. Säännös on lajissaan poikkeuksellinen lakisääteinen epäitsenäinen hyödyntämiskielto, joka laajentaa myötävaikuttamattomuusperiaatteen todistelua rajoittavan vaikutuksen hyödyntämisvaiheeseen. Edellä todetulla tavalla todistamiskieltojen vastaisesti hankitun ja esitetyn todisteen hyödyntämistä ei edelleenkään ole kielletty lakisääteisillä epäitsenäisillä hyödyntämiskielloilla, vaan sellainen tulee esitöiden perusteella asetettavaksi kyseisten säännösten tarkoituksen perusteella. Säännöksen sanamuoto ”ei saa” tekee siitä lähtökohtaisesti joustamattoman muiden epäitsenäisten hyödyntämiskieltojen tavoin. Kysymys on siten myötävaikuttamattomuusperiaatteen loukkausten oikeusseuraamuksesta.

Kuten edellä on ilmennyt, itsekriminointisuoja ei EIT:n ratkaisukäytännön mukaan ole ehdoton oikeus. Säännöksen tekeekin nähdäkseni käytännössä joustavaksi se, että on tulkinnanvaraista, milloin todiste on ”hankittu vaitiolo-oikeuden vastaisesti”. Tätä arvioidessaan KKO on turvautunut mielestäni aivan oikein EIT:n oikeuskäytännössä kehitettyihin arviointikriteereihin, jotka nyttemmin on koottu Ibrahim-kriteeristöön.<sup>921</sup> Säännöstä lienee kuitenkin voimassa olevan oikeuden mukaan tulkittava toisin, jos kysymys on esitutkinnassa saaduista läheiskriminoivista tiedoista. Ne nauttivat jokseenkin ehdotonta suojaa hankkimistavan lainmukaisuudesta riippumatta, jos läheistodistaja myöhemmin vetoaa vaitiolo-oikeuteensa. Lisäksi on muistettava, että läheiskriminointisuoja kuuluu kansalliseen harkintamarginaaliin.

Esitöiden mukaan ”jos kysymys on ensisijaisesti puolustuksen järjestämisestä koskevasta loukkauksesta, hyödyntämiskielto ratkeaa [OK 17:25:n] 3 momentin nojalla (ks. myös KKO 2012:45 ja KKO 2013:25)”.<sup>922</sup> Korkein oikeus on hallituksen esityksessä viitatuissa tapauksissa antanut avustajan käytölle merkitystä itsekriminointisuojan kannalta. Kysymys *ei* nähdäkseni ole mistään

<sup>920</sup> HE 58/2013 vp s. 28 ja 33, Pölonen – Tapanila 2015 s. 340.

<sup>921</sup> Ks. esim. KKO 2016:76 ja 2016:96. Vrt. Tapanila 2019b s. 283, missä todetaan, että itsekriminointisuojan loukkaamisesta aiheutuvat seuraamukset arvioidaan eri tavoin EIT:ssa ja kansallisesti.

<sup>922</sup> HE 46/2014 vp s. 89. Ks. tapauksista tarkemmin edellä luku 6.2.5.

itsenäisestä ”puolustuksen järjestämistä” koskevasta loukkauksesta, koska oikeudella avustajaan turvataan itsekriminointisuojaan tehokas toteutuminen. Tämä ilmenee paitsi jo ratkaisujen asiasanoista myös perusteluista.<sup>923</sup> Oikeuskäytännössä esiintyy OK 17:25.3:in kodifioituja arviointiperusteita, koska on omaksuttu EIT:n Salduz-tuomiossa ja Ibrahim-tuomiossa käyttämä arviointimalli.<sup>924</sup>

Ratkaisussa KKO 2016:76 katsottiin hallituksen esityksen perustelukohtaan viitaten, että ”voimassa oleva laki ei siis anna aihetta tarkistaa Korkeimman oikeuden edellä esitettyjä kannanottoja”. Näin ollen itsekriminointisuojaan peruuttamattomasti loukkaava menettely johtaa oikeutemme mukaan edelleen hyödyntämiskieltoon, mikä onkin perusteltu ja selvin ratkaisu. Seuraavassa perustelukappaleessa KKO jatkaa, että ”ihmisoikeustuomioistuimen Ibrahim-ratkaisu ei anna aihetta arvioida todisteiden käyttämisestä Korkeimman oikeuden ratkaisusta KKO 2012:45 poikkeavalla tavalla”. Jälkimmäistä lausumaa pidän hieman ongelmallisena, koska Ibrahim-ratkaisun perusteluista ilmenee selvästi, että loukkauksen peruuttamattomuutta voidaan arvioida monipuolisemmin kuin Salduz-ratkaisusta ilmenisi. Itse asiassa KKO näyttää kuitenkin sinänsä omaksuneen Ibrahim-kriteeristön ja ottaneen ratkaisussa huomioon ainakin vastaajan mielentilan (a-kriteeri), lausunnon luonteen ja muuttumisen (f-kriteeri) sekä rikosepäilyn vakavuuden (i-kriteeri). Kenties myös lausumalla linjan pysyvyydestä on lähinnä tarkoitettu sanoa, että kun loukkaus on vaikutuksiltaan peruuttamaton, hyödyntämiskielto tulee asettaa.

Viimeksi mainittua tulkintaa tukee mielestäni se, että ratkaisussa KKO 2016:96 sovellettiin jo avoimesti Ibrahim-kriteerejä: ”Korkeimman oikeuden ratkaisujen [2011:91 ja 2012:45] jälkeen ihmisoikeustuomioistuin on suuren jaoston ratkaisussaan Ibrahim ja muut v. Yhdistynyt kuningaskunta vielä täsmentänyt Salduz-ratkaisussaan omaksumaansa linjaa sellaisten todisteiden käyttämisestä näyttönä oikeudenkäynnissä, joita rasittaa itsekriminointisuojaan kohdistuva loukkaus. Ihmisoikeustuomioistuimen mukaan myös tällaisten todisteiden käyttämisen vaikutusta on arvioitava silmällä pitäen oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta kokonaisuutena.” Tuossa ratkaisussa KKO näyttäisi painottaneen kuultavan haavoittuvuutta (a-kriteeri), menettelyn lainvastaisuutta (b-kriteeri), loukkauksen vakavuutta (e-kriteeri), kertomuksen muuttumista varsinaisiin kuulusteluihin nähden (f-kriteeri) sekä sen olennaista merkitystä (g-kriteeri). Ratkaisu on nähdäkseni hyvin linjassa Ibrahim-ratkaisun kanssa.

Hormia on jo vuonna 1978 katsonut Englannin oikeuteen viitaten, että hyödyntämiskielto tulisi asettaa, jos epäilty saadaan esitukinnassa tunnustamaan

<sup>923</sup> KKO 2012:45 (kohta 42): ”Ihmisoikeustuomioistuin on siten arvioinut avustajan puuttumisesta johtuvaa loukkausta samaan tapaan kuin muita itsekriminointisuojaan loukkauksia” ja KKO 2013:25 (kohta 13), jossa annettiin merkitystä vastaajan tietoisuudelle itsekriminointisuojustaan.

<sup>924</sup> Ks. myös HE 46/2014 vp s. 93: ”Todisteen hyödynnettävyyttä arvioitaessa on kiinnitettävä huomiota Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen käytäntöön.”

lupauksilla tai uhkaamalla. Toisaalta hän on todennut, ettei mitään yksiselitteisiä kriteerejä pakolla saadun esitutkintakertomuksen hyödyntämiselle voida asettaa.<sup>925</sup> Pölönen on ollut pitkälti vastaavalla kannalla ja katsonut, etteivät kiellettyjen kuulustelukeinojen käyttö tai ilmoitusvelvollisuuden laiminlyönti perusta edes olettamaa hyödyntämiskiellon asettamisesta, koska tämä olisi käytännössä toimimaton ja aineellisen totuuden tavoitteen vastainen ratkaisu. Hän kuitenkin pitää mahdollisena asettaa hyödyntämiskiello yksittäistapauksessa harkinnalla, joka pitkälti vastaisi itsenäisen hyödyntämiskiellon asettamista. Kyseessä täytyisi kuitenkin olla oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta keskeisesti loukkaava menettely tai todiste.<sup>926</sup>

Tulkintani mukaan oikeustila meillä olisi EIT:n oikeuskäytännön perusteella sellainen, että myötävaikuttamattomuusperiaatteen loukkaus esimerkiksi oikeutta avustajaan rajoittamalla nimenomaan saa aikaan – Pölösen käsitettä lainatakseeni – *hyödyntämiskiello-olettaman*.<sup>927</sup> Tämä johtuu siitä, että loukkausten oletetaan olevan vaikutuksiltaan peruuttamattomia. Olettama voidaan kuitenkin kumota, jos vaikutus yksittäistapauksessa voidaan osoittaa vähäiseksi. Vaikutusarvioinnissa sovelletaan Ibrahim-kriteerejä, jotka puolestaan voidaan tulkinnallisesti sovittaa yhteen OK 17:25.3:n kanssa. Mikäli oikeudenloukkaus osoittautuu vaikuttavaksi, kuten vuoden 2016 tapauksissa, hyödyntämiskiello-olettama ei kumoudu. Todiste olisi tällöin katsottava hankituksi OK 17:18:n vastaisesti, joten se on asetettava OK 17:25.2:ssa säädettyyn epäitsenäiseen hyödyntämiskielloon. Peruuttamatonta virhettä ei voida vakauttaa.

Yksinkertaistaen voi sanoa, että mitä useamman Ibrahim-kriteerin perusteella oikeudenloukkaus on vaikuttanut vastaajan asemaan ja mitä suurempi tuo vaikutus niiden perusteella on, sitä selvempää on, että olettama ei kumoudu. Beuze-ratkaisun johtopäätöksissä EIT korosti, ettei oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimuksen loukkauksen toteaminen perustunut mihinkään yksittäiseen kriteeriin vaan niiden yhteisvaikutukseen. Arviointi ei ole puhdasta aritmetiikkaa. Toisaalta olettamasta johtuen tulkinnanvaraisissa tilanteissa liepee päädyttävä hyödyntämiskiellon kannalle. EIT on useissa ratkaisuisaan todennut lopullisena johtopäätöksensä, että koska rikosprosessin myöhemmissä vaiheissa ei ole kyetty *poistamaan* vastaajan kärsimän oikeudenloukkauksen vaikutuksia (cure the defects), oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimusta oli loukattu peruuttamattomasti.<sup>928</sup>

<sup>925</sup> Hormia 1978 s. 314–315.

<sup>926</sup> Pölönen 2003 s. 253–259.

<sup>927</sup> Pölönen 2003 s. 235–237. Pölönen käyttää käsitettä väitöskirjassaan hieman eri tavalla ja itse asiassa katsoi, että se ei ainakaan yleensä soveltuisi tilanteissa, joissa esitutkinta loukkaa itsekriminointisuoja (ibid. s. 258–259). Kanta on luonnollisesti perustunut tuolloiseen oikeustilaan.

<sup>928</sup> Ks. esim. Salduz v. Turkey [GC], 27.11.2008 (kohta 58) ja Płonka v. Poland, 31.3.2009 (kohta 41).

Pölönen on pitänyt mahdollisena, että vähäisemmät itsekriminointisuojan loukkaukset johtaisivat ”kriittiseen todistusharkintaan”, jonka hän täsmentää tarkoittavan, että ”virheellisen menettelyn tulisi näkyä siinä painoarvossa, joka esitutkintakertomukselle annetaan apotosiseikkana tuomioistuimessa annetun kertomuksen luotettavuuden arvioinnissa”.<sup>929</sup> Tällainen arviointi ei nähdäkseni saisi merkitä näyttöarvon keinotekoisista alentamista, vaan ainoastaan sitä, että lieväksikin osoittautuvan menettelyvirheen mahdolliset vaikutukset näyttöarvoon on otettava tarkoin huomioon. Lisäksi on pidettävä mielessä myös ratkaisun KKO 2000:35 oikeusohje: jos vastaaja kiistää syyllisyytensä oikeudenkäynnissä, syyksilukeminen ei voi missään tapauksessa perustua yksin esitutkintakertomukseen, vaan sen lisäksi on esitettävä muutakin näyttöä esimerkiksi tunnustuksen peruutuksen syistä. Jos itsekriminointisuojan loukkaus voidaan todeta vaikutuksettomaksi tai jopa, ettei loukkausta ole tapahtunut, säilynee tämä oikeusohje joka tapauksessa voimassa.

Jos vastaajan tahtoa pysyttellä passiivisena loukataan ja hän todistaa itseään vastaan, oikeudenloukkauksen vaikutuksia *ei yleensä voida vakauttaa* riittävästi esimerkiksi kriittisellä näytön arvioinnilla. Tästä syystä itsekriminointisuojan loukkaus aiheuttaa ”periaatteessa peruuttamattoman vahingon”. Hyödyntämiskielto on ainoa tehokas tapa poistaa oikeudenloukkauksen *vaikutus*: ”Epäillyn oikeuksien loukkaaminen voidaan tällöin välttää vain, jos hänen syyllisyyttään tukevia lausumia ei hyödynnetä oikeudenkäynnissä.”<sup>930</sup> Hyödyntämiskielto voidaan jättää asettamatta, jos loukkauksella ei ole ollut vaikutusta todistelumenettelyyn tai vaikutus on ollut hyvin vähäinen. Tätä arvioidaan Ibrahim-kriteereillä. Oikeus avustajaan ja Salduz-testi, ilmoitusvelvollisuus ja pakkotamisen tai harhauttamisen arviointi sen sijaan liittyvät oikeudenloukkauksen *vakavuuden* toteamiseen.

Oikeuskäytännössä on tullut hovioikeustasolla arvioitavaksi kysymys siitä, estääkö yhteen vastaajaan kohdistunut itsekriminointisuojan loukkaus häneltä saatujen todisteiden käyttämisen myös kanssavastaajaa vastaan. *Tatu Koistinen* on tutkinut useita HelHO:n ratkaisuja ja yhtynyt niiden linjaan, jonka mukaan ratkaisevana olisi pidettävä sitä, miten kiinteä yhteys syyteillä on. Jos kysymys on selvästi samasta tekokokonaisuudesta, useissa hovioikeusratkaisuissa on katsottu hyödyntämiskiellon tarkoituksen vaarantuvan, jos sen laajuutta ei uloteta myös kanssavastaajien suojaksi. Kiellon laajuutta on pidetty tarpeellisenä tulkita vastaajien eduksi, koska muutoin olisi vaara, että hyödyntämiskielto käy merkityksettömäksi. Ratkaisuissa ei kuitenkaan tarkemmin perustella sitä, mistä merkityksettömyys johtuisi.<sup>931</sup>

<sup>929</sup> Pölönen 2003 s. 253 ja 258.

<sup>930</sup> Ks. KKO 2012:45 (kohdat 41–46) ja KKO 2016:96 (kohta 34 ja 35) sekä niissä viitattu oikeuskäytäntö.

<sup>931</sup> Koistinen 2019 s. 127–134.

Itsekriminointisuojaan perustuva epäitsenäinen hyödyntämiskielto on OK 17:25.2:n ensimmäisen virkkeen osalta neutraali. Puhtaasti säännöksen sanamuodon perusteella on ajateltavissa, että jonkun itsekriminointisuoja loukkaamalla saatua todistetta ei saisi käyttää ketään – myöskään muuta kuin loukattua itseään – vastaan. Tämä olisi luonnollista myös siihen nähden, että itsekriminointisuoja vaikuttaa erityisesti todistusmetodikieltona. Toisaalta itsekriminointisuoja tarkoituksena on suojata epäiltyä itseään, kuten jo nimikin kertoo: ketään ei saa pakottaa todistamaan *itseään* vastaan. Tapanila pitääkin itsekriminointisuoja perustellusti sillä tavoin henkilökohtaisena oikeutena, ettei hyödyntämiskielto voi koskea tietoa toisen henkilön syyllistymisestä rikokseen.<sup>932</sup>

Pidän Tapanilan kantaa perusteltuna ja siihen nähden myöskään argumentti hyödyntämiskielton tehokkuudesta ei ole vakuuttava. Jos tiedon käyttö kanssa vastaajan vahingoksi ei lainkaan loukkaa itsekriminointisuoja, sen tehokkuus ei voi vaarantua. Jos loukkaus ei vaikuta epäillyn itsensä vahingoksi, sillä ei ole vaikutusta, jota tarvitsisi poistaa tai vakauttaa. Hyödyntämistä olisi tarpeen rajoittaa ainoastaan, jos kuulustelussa on loukattu jotain muuta todistusmetodirajoitusta (ks. jäljempänä luvut 7 ja 8). Lienee myös selvää, ettei tuomitsemiskynnys voi lähtökohtaisesti ylittyä pelkästään niin epäluotettavan todisteen kuin kanssavastaajan kertomuksen perusteella. Tällaisella kuultavallahan on painava henkilökohtainen intressi vähätellä omaa osallisuuttaan ja vyöryttää rikosvastuu muiden vastaajien kannettavaksi.

Vaikka vastaajalla on itsekriminointisuojaan mukaisesti oikeus pysyellä passiivisena rikosprosessissa, *passiivisuutta itsessään voidaan OK 17:6:n mukaan käyttää todisteena*. Vastaajan poissaoloa tai vaikenemista voidaan kuitenkin käyttää vain rajoitetusti todisteena syytteen tueksi, sillä pykälän 2 momentin mukaan todisteena käyttäminen ei saa loukata itsekriminointisuoja. Tämä sopisi ylipääntään huonosti yhteen itsekriminointisuoja kanssa. Esimerkiksi todistajien osaltahan kieltäytymisoikeuden käyttämistä ei saa pitää todisteena. Vastaajalle on EIT:n oikeuskäytännön mukaan voitu kuitenkin asettaa eräissä tilanteissa niin sanottu *selitysvollisuus*. Jos vastaajalta voidaan syyttäjän esittämän todistelun perusteella selvästi edellyttää selitystä, voidaan vastaajan vaikeneminen ottaa todisteena huomioon arvioitaessa syyttäjän todistelun uskottavuutta.<sup>933</sup>

EIT:n oikeuskäytännössä keskeinen selitysvollisuutta koskeva ratkaisu on suuren jaoston John Murray -tuomio. Tapauksen olosuhteet olivat sellaiset, että poliisi oli ottanut Murrayn kiinni rikospaikalta, erästä talosta.

<sup>932</sup> Tapanila 2019b s. 275–279. Ks. myös KKO 2010:41, jossa katsottiin itsekriminointisuojaan ulottuneen ainoastaan törkeästä velallisen petoksesta konkurssivelalliseen, jonka tuomio oli purettu, mutta ei kätkemisrikoksesta tuomittuun.

<sup>933</sup> HE 46/2014 vp s. 53, Pölonen – Tapanila 2015 s. 370–375, Jackson – Summers 2012 s. 260–266.



Hänen osuudestaan tutkittuun rikokseen voitiin esittää jonkin verran reaali-todistelua, joka tuki talossa vangittuna pidetyn asianomistajan kertomusta. Puolustus kuitenkin väitti, että Murray oli ollut paikalla sattumalta. Oikeudenkäynnissä Murray ei suostunut todistamaan. Näissä olosuhteissa hänen vaikenemisestaan voitiin tehdä syytettä tukevia johtopäätöksiä, minkä myös kansallinen lainsäädäntö nimenomaisesti salli. EIT totesi, että vastaajalla tulee sinänsä olla oikeus vaieta, mutta tuon oikeuden käyttäminen voidaan ottaa näytön arvioinnissa huomioon tietyissä rajoissa.<sup>934</sup>

Tarkennan ensiksi sitä, missä tilanteissa selityselvöllisyys voidaan EIT:n mukaan asettaa. Taustaksi on otettava huomioon common law -maiden oikeudenkäynnin korostunut akkusatorisuus. Esimerkiksi Englannissa rikosoikeudenkäynnissä otetaan ensin vastaan kaikki syyttäjän todistelu. Tämän jälkeen puolustus voi väittää päätodistelun olevan niin heikkoa, ettei puolustuksen tarvitse vastata syyteeseen lainkaan (no case to answer). Tällaisesta prosessiväitteestä lausuu oikeudenkäynnin puheenjohtajana toimiva ammattituomari. Väite menestyy, jos puheenjohtaja katsoo, että oikein ohjeistettu jury ei voisi katsoa päätodistelun ylittävän tuomitsemiskynnystä. Tällöin syyllisyyskysymys ei etene lainkaan juryn ratkaistavaksi, vaan syyte hylätään jo puheenjohtajan harkinnan perusteella. Päänäytön tulisi siis erillään tarkasteltuna riittää syyksilukemiseen (a *prima facie* case).<sup>935</sup>

Ruotsalainen *Anna Nordlander* on arvioinut selityselvöllisyyden soveltumiskynnyksen ja tuomitsemiskynnyksen suhdetta HD:n oikeuskäytännössä ja katsonut, ettei se ole täysin koherenttia. Hänen tulkintansa mukaan selityselvöllisyys voisi oikeuskäytännön perusteella syntyä jo ennen kuin päänäyttö ylittää tuomitsemiskynnyksen, jolloin sitä voitaisiin käyttää heikomman päänäytön tukena. Toisaalta Nordlander toteaa kysymyksen jääneen epäselväksi. En pidä mainittua tulkintaa ainakaan ratkaisun NJA 2015:68 valossa perusteltuna. Ratkaisussa todetaan ensin no case to answer -doktriinin tyypisesti, että syyttäjän todistustaakaan vuoksi puolustuksen lausumilla on periaatteessa merkitystä vasta sitten, kun tuomitsemiskynnys on ylittynyt päänäytön perusteella (muutenhan syyte voidaan hylätä suoraan). Tämän jälkeen todetaan EIT:n oikeuskäytäntöön viitaten, että selityselvöllisyys voidaan asettaa poikkeuksellisissa tilanteissa.<sup>936</sup>

<sup>934</sup> John Murray v. the United Kingdom [GC] (kohdat 17–25 ja 47). Vrt. Telfner v. Austria (kohta 18) ja Krumpholz v. Austria (kohta 40), missä kummassakin katsottiin, että vastaajalle oli asetettu todistustaakka syyttömyydestään EIS 6 artiklan vastaisesti.

<sup>935</sup> Glover 2017 s. 91–93, Howard – Crane – Hochberg 1990 s. 58–61.

<sup>936</sup> Nordlander 2017 s. 660–663 ja 667–668. Ks. myös KKO 2012:27 (kohdat 13 ja 15): ”Syyttäjän todistustaakasta huolimatta voi kuitenkin syntyä tilanteita, jolloin rikosasian vastaajaltakin voidaan edellyttää, että hän puolestaan selvittää niitä seikkoja, joihin hän on puolustukseksi vedonnut. Syytteen tueksi esitetty näyttö vaikuttaa osaltaan siihen, millaista selvitystä vastaajalta voidaan edellyttää kiistämisperusteistaan. – – Korkein oikeus katsoo, ettei asiassa ole ollut sel-

Nordlander ja *Lena Schelin* pitävät selityselvollisuutta syyttömyysolettaman kannalta hyväksyttävänä, jos sellainen asetetaan vasta päänäytön ylittävällä tuomitsemiskynnyksen. Tällöin voidaan heidän mukaansa puhua todistustaakan kääntymisestä, mitä Diesen ei pidä rikosasioissa mahdollisena.<sup>937</sup> Toisaalta syyttäjä onkin yleensä velvollinen esittämään todistelua puolustuksen mahdollisesti tarjoaman selityksen torjumiseksi ja myös tuomioistuin voi edellyttää tätä, joten kysymys lienee lähinnä eräänlaisesta informointitaakasta (ks. edellä luku 2.2.2). Kannat ovat ehkä sovitettavissa yhteen toteamalla, että abstraktilla tasolla selitystaakka ei merkitse näyttötaakan kääntämistä vastaajalle, vaan kysymys on pelkästään tosiasiallisesta prosessiriskistä. Näin asian esittää myös Pölönen, joka käyttää termiä käytännöllinen todistustaakka.<sup>938</sup>

Puolustuksen vastaanäytön heikkous ei muutoinkaan saa lisätä syyttäjän päänäytön vakuuttavuutta sinänsä, vaan lähtökohtana on aina oltava päänäytön riittävyys. Niinpä esimerkiksi puolustuksen väitteiden paljastuessa valheellisiksi ei tästä seikasta vielä itsessään voida tehdä vastaajalle epäedullisia johtopäätöksiä – ei tosin edullisiakaan. Vasta, kun vastaajan syyllisyydestä ei päänäytön perusteella ole jäänyt varteenotettavaa epäilyä, voidaan todeta, että puolustuksen väitteet eivät ole todistelun perusteella uskottavia eivätkä siten horjuta päänäyttöä (ks. tästä edellä luku 2.2.5).<sup>939</sup> Näin ollen niin sanotun eliminaatiododistelun merkitystä olisi arvioitava hyvin varovaisesti. Yleisenä ajatuksena ei voi olla, että vastatosisen kumoutuminen eli esimerkiksi alibin osoittaminen vääräksi nostaisi päänäytön uskottavuutta.

Ennakkopäätöksen KKO 2017:12 mukaan lähtökohtana voidaan pitää sitä, että rikosasian kantaja on esittänyt riittävän vahvan näytön syytteen tueksi ennen kuin syytteelle vaihtoehtoista tapahtumainkulkua koskevan vastaajan kertomuksen epäuskottavuudelle voidaan antaa merkitystä syytteen tueksi esitetyn näytön todistusvoimaa harkittaessa. Vastaajan kertomuksen epäuskottavuus ei myöskään itsessään lisää syytteen tueksi esitettyjen todisteiden ja asian käsittelyssä esiin tulleiden syytettä tukevien seikkojen todistusvoimaa. Eri asia on, että vastaajan kertomuksesta voi ilmetä seikkoja, jotka varsinkin yhdessä muiden asiassa esiin tulleiden seikkojen kanssa voivat tukea syytettä ja osoittaa sen näytetyksi.

---

vää, että syytteen tueksi olisi esitetty niin vakuuttava näyttö, että A:n olisi tullut syytteen kiistäessään selvittää tarkemmin väitettään siitä, että joku toinen oli lainannut ja kuljettanut autoa ja että hän itse oli ollut muualla syytteessä tarkoitettujen tekojen ajankohtana.”

<sup>937</sup> Nordlander 2017 s. 661, Schelin 2007 s. 55–56. Vrt. Diesen 2015 s. 133–134. Diesen on pitänyt varsinaista selityselvollisuutta mahdollisena ainoastaan silloin, kun vastaajaa syytetään teosta, josta hän on ollut tilivelvollinen. Tilivelvollisuudelle näyttää annetun myös Suomessa merkitystä ainakin selityselvollisuutta korostavana tekijänä, ks. KKO 2014:32, kohta 21 *in fine*. Ks. myös Klami 2000 s. 91–94.

<sup>938</sup> Pölönen 2003 s. 137–139.

<sup>939</sup> Ks. KKO 2017:12 (kohta 11) ja KKO 2017:93 (kohta 10).

Toiseksi voidaan kysyä, millainen merkitys passiivisuudella on todisteena. Rautio ja Frände katsovat, että kysymyksessä olisi todistusosiseikka;<sup>940</sup> Schelin puolestaan pitää passiivisuutta aputosiseikkana.<sup>941</sup> Todistuskoneismin käsitteistö ei näytä aivan soveltuvan kuvaamaan selitysvollisuuden laiminlyönin vaikutusta, eikä siihen olekaan pakko sitoutua. Olennaista on, että vastaajan passiivisuus ei lisää päänäytön uskottavuutta, vaan ainoastaan heikentää vastaanäytön uskottavuutta.<sup>942</sup> Passiivisuus vaikuttaa näin ollen eräänlaisena tukitodisteena suhteessa päänäyttöön, mutta tuo tuki kanavoituu vastaanäytön heikkouden kautta. Samanlainen vaikutus tulee nähdäkseni antaa puolustuksen vastaanäytölle, joka osoittautuu valheeksi, vaikka vastaajan valehtelustakaan ei sellaisenaan voida tehdä johtopäätöstä syyllisyydestä.<sup>943</sup>

Nordlander pohtii Diesenin hypoteesimetodiin liittyen myös sitä, miten selitysvollisuus vaikuttaa tuomioistuimen vullisuusuteen pohtia viran puolesta syytteelle vaihtoehtoisia, vastaajalle edullisia tapahtumainkulkuja. Hypoteesimetodin tätä vaatimusta on aiheellisesti kritisoitu.<sup>944</sup> Riittänee todeta, että tuomioistuimen on otettava huomioon olosuhteet kokonaisuudessaan. Joissain tapauksissa vastaajan vaikenemiselle voi olla hyväksyttävä syy, jolloin sen ei voida katsoa tukevan syytettä. Passiivisuutta ei ole automaattisesti pidettävä syyllisyyttä osoittavana näyttönä, vaan sen merkitystä on arvioitava yhtä huolellisesti kuin näyttöä muutenkin. Tämä on eräs selitysvollisuusuteen liittyvä prosessuaalinen turvatae. Ensiksi on tietenkin ratkaistava, voidaanko passiivisuutta ylipäätään käyttää todisteena, ja tämän jälkeen, millaisia johtopäätöksiä siitä voidaan tehdä.<sup>945</sup>

Edellä todettujen rajausten perusteella ja oikeastaan muutenkin on selvää, että syyksilukevaa tuomiota ei voida yksin tai pääasiassa perustaa siihen, että

<sup>940</sup> Rautio – Frände 2016 s. 64.

<sup>941</sup> Schelin 2007 s. 57.

<sup>942</sup> Vrt. Tapanila 2019b s. 243: ”Selitystaakka ei tarkoita sitä, että syytetyn vaikeneminen lisäksi syyttäjän todistelun näyttöarvoa, vaan selityksen antamatta jättäminen heikentää syytetyn puolustuksen mahdollisuuksia horjuttaa syyttäjän esittämää näyttöä.”

<sup>943</sup> John Murray -ratkaisussa sovellettujen kansallisten oikeusohjeiden mukaan passiivisuutta voitiin pitää nimenomaan tukitodisteena (John Murray v. the United Kingdom [GC], kohta 27) – samoin Zuckerman 1989 s. 171, Law Com. No. 202 s. 35 av. 56 ja Israelin oikeuden osalta Ben-David 2019 s. 288–292. Ks. myös Ekelöf–Edelstam–Heuman 2009 s. 35, Klami 2000 s. 51–53, Mirfield 1997 s. 239–240 ja Fredman 2018 s. 83: ”Jos John Murray olisi kertonut poliisille olevansa pizzalähetä, mutta häneltä ei olisi löytynyt sen paremmin pizzaa kuin työnantajaa, olisi valheesta kiinni jääminen ollut ehkä aivan yhtä syyllistävä näyttöä kuin selityksen antamatta jättäminen.” Tapanila sen sijaan näyttää katsovan, että valehtelun paljastuminen voi heikentää puolustuksen uskottavuutta suhteellisesti enemmän kuin vaikeneminen (Tapanila 2019b s. 148).

<sup>944</sup> Nordlander 2017 s. 661 ja kritiikistä esim. Vihriälä 2005 s. 378–382.

<sup>945</sup> John Murray v. the United Kingdom [GC] (kohdat 50 ja 51). Ratkaisu perustuu kokonaisuudessaan itsekriminointisuojaan loukkauksen arviointiin ja EIT toteaa, että selitysvollisuuden asettaminen merkitsee luonteeltaan välillistä pakottamista. Tämän sisältänyttä ilmoitusta pidettiin kuitenkin – hieman ristiriitaisesti – myös loukkauksen vaikutusta vähentäneenä turvatakeena.

vastaaja pysyttelee passiivisena. Eihän pelkästä passiivisuudesta voida päätellä oikeastaan mitään, vaan passiivisuus voi saada merkitystä silloin, kun päänäytö on riittävän vahvaa. Itse asiassa passiivisuuden hyväksyminen yksin syyksilukemisen perusteeksi merkitsisi kiistämistaakan asettamista vastaajalle ja suoraanista syyllisyysolettamaa. Prosessikäyttäytymistä koskevassa OK 17:6:ssä nähdäkseni ilmaistaankin, että passiivisuus voi olla ainoastaan muuta näyttöä tukeva todiste, koska sen vaikutus on arvioitava tapauskohtaisesti. Tämä määrällinen hyödyntämisrajoitus, eräänlainen käännteinen<sup>946</sup> tukitodisteluvaatimus, on vastaajaa suojaava prosessuaalinen turvatae.<sup>947</sup>

Ainoastaan asianosaisen passiivinen prosessikäyttäytyminen voidaan ottaa todisteena huomioon (OK 17:6.1). Läheistodistajan tai läheisasianomistajatodistajan kieltäytymiselle todistamasta ei siten voida antaa merkitystä todisteena.<sup>948</sup> Tarkkaan ottaen myöskään OK 17:18.2:ssa säädetty läheisasianomistajatodistajan vaitiolo-oikeuden murtaminen ei oikeuttaisi käyttämään hänen vaikenemistaan todisteena. Käytännössä se voitaneen ottaa huomioon vähintään arvioitaessa murtamisen edellytyksiä siten, että syyttäjän vaatiessa murtamista sen edellytykset täytyvät helpommin, jos asianomistaja ei edes väitä tehneensä päätöstä itsenäisesti.

<sup>946</sup> Normaalistihan tukitodisteluvaatimus ilmaisee, että jonkin todisteen tueksi on oltava muita todisteita – selitysvelvollisuus tarkoittaa pikemminkin, että vastaajan passiivisuus kelpaa vain tukitodisteeksi. Glover käyttääkin selitysvelvollisuudesta onnistunutta nimitystä ”quasi-corroborative rule” (Glover 2017 s. 281). Näin ymmärrettynä selitysvelvollisuus ei myöskään voine loukata eräiden syyttömysolettamaan liittyvien näkökohtien ja läsnäoloa oikeudenkäynnissä koskevan oikeuden lujittamisesta rikosoikeudellisissa menettelyissä annetun Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivin (2016/343/EU) 7 artiklan 5 kohdan määräystä, jonka mukaan sitä, että epäilty tai syytetty käyttää oikeuttaan vaieta tai oikeuttaan olla todistamatta itseään vastaan, ei saa käyttää häntä vastaan eikä pitää todisteena siitä, että hän on tehnyt kyseessä olevan rikoksen. Ks. myös Tapanila 2019b s. 183–185 ja direktiivin johdanto-osan kappale 28, jonka mukaan mainittu säännös ei saisi vaikuttaa näytön arviointia koskeviin kansallisiin sääntöihin, kunhan oikeutta puolustukseen kunnioitetaan.

<sup>947</sup> HE 46/2014 vp s. 53 ja siinä mainitut ratkaisut.

<sup>948</sup> Hormia 1979 s. 75. Ks. myös Rautio – Frände 2016 s. 138 ja siellä viitattu LaVM 19/2014 vp s. 15.



## 7 Todistusmetodikiellot

Tässä ja seuraavissa pääluvuissa tarkasteltavat todistelunrajoitteet kohdistuvat tiettyyn *todistusmetodiin* eli todisteen hankkimis- tai esittämistapaan. Edellä muotomääräysten yhteydessä mainittiin jo todistusmetodikieltoihin lukeutuva sopimattomien kysymysten kieltö (luku 4.5). Nyt siirrytään tarkastelemaan poikkeuksellisen vakavia oikeudenloukkauksia eli kidutusta ja rikosprovokaatiota. Yleensä tällaisilla menettelyillä loukattaneen vastaajan oikeuksia, joten niiden kieltöä voitaisiin perustella myös itsekriminointisuojailla. Todistusmetodikiellot ovat kuitenkin soveltamisalaltaan yleisiä ja kohdistuvat nimenomaan tiettyyn menettelyyn, mikä tulkintani mukaan tekee niistä *lex specialis* -luonteisia suhteessa itsekriminointisuojaan eli ne tulevat sovellettaviksi sen asemesta. Todistusmetodikiellon luonteesta seuraa myös, ettei hankitulla todistuskeinolla tai todistusteemalla ole lähtökohtaisesti merkitystä.<sup>949</sup>

Kidutuksen kieltö on ollut Suomen oikeudessa voimassa pitkään.<sup>950</sup> Hormian mukaan kiduttamalla hankitun todisteen kieltö oli sellainen *elementaarinen* todistusmetodikieltö, joka oli tapaoikeudellisena normina voimassa ilman nimenomaista lain säännöstäkin.<sup>951</sup> Poikkeuksellista suhtautumista kidutukseen osoittaa nykyisin se, että EIT:n oikeuskäytännössä on edellytetty kidutuksella hankitun todisteen hyödyntämiskieltoa, vaikka muutoin hyödyntämiskysymykset jätetään arvioitaviksi kansallisella tasolla. Toinen oikeudenloukkaus, johon EIT on oikeuskäytännössään suhtautunut poikkeuksellisen tiukasti, on rikosprovokaatio. Myös se voitaneen nykyisin jäsentää elementaariseksi todistusmetodikielloksi.<sup>952</sup> Jäljempänä arvioidaan, onko todistelunrajoite kuitenkaan soveltuva oikeusseuraamus.

Koska loukkauksia pidetään erityisen vakavina, niihin perustuvat todistelunrajoitteet ovat joustamattomia. Tästä syystä elementaarisia todistelunrajoitteita voidaan nimittää kielloiksi. On lähinnä teoreettinen kysymys, jäsennetäänkö kidutuksen tai rikosprovokaation perusteella määrättävä hyödyntämiskielto itsenäiseksi vai epäitsenäiseksi. Jälkimmäistä vaihtoehtoa puoltaisi se, että aineellinen lainsäädäntö kieltää kidutuksen (nimenomaisesti RL 11:9 a ja *de facto* myös ETL 7:5:n kuulusteltavan kohtelua koskevat säännökset) ja rikos-

<sup>949</sup> HE 46/2014 vp s. 87–88 ja Pattenden 2006 s. 7–8.

<sup>950</sup> Kidutukseen suhtaudutaan kielteisesti jo 1500-luvulta olevassa 38. tuomarinohjeessa. Sitä rajoittavia määräyksiä annettiin 1600-luvulla ja lopullisena kidutuksen kieltöä voidaan pitää 1772 annettua määräystä kidutushuoneiden hävittämisestä (Aalto 1967 s. 13–15).

<sup>951</sup> Hormia 1978 s. 95–96, 207–208 ja 223. Ks. myös Pölonen 2003 s. 188.

<sup>952</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 50 ja EIT:n oikeuskäytännöstä kidutuksen osalta erityisesti *Gäfen v. Germany* [GC], 1.6.2010 (kohdat 166 ja 167).

provokaation (jäljempänä lähemmin tarkasteltavat PKL:n ja PoL:n säännökset). Toisaalta luetellut lainkohdat koskevat ainoastaan Suomen viranomaisten menettelyä. Kumpikin kielto ulottuu kuitenkin laajemmalle paitsi henkilöllisesti myös maantieteellisesti.<sup>953</sup> Tämä puoltaisi sitä, että hyödyntämiskiellon katsotaan olevan itsenäinen.

## 7.1 KIDUTUKSEN KIELTO

### 7.1.1 Funktio

Suomessa kidutuksen kieltoa voidaan yleensä onneksi pitää kuriositeettina. Sen on katsottu olleen meillä voimassa jo vanhastaan tapaoikeudellisena normina, joka kodifioitiin OK 17:25.1:in vain selvyyden vuoksi eikä oikeustila ole tältä osin muuttunut. Kielto perustuu kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastaisen yleissopimuksen (SopS 59–60/1989, UNCAT) 15 artiklaan ja Euroopan neuvoston eurooppalaiseen yleissopimukseen kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen estämiseksi (SopS 16–17/1991). Todistelu-uudistuksen esitöissä onkin perusteltu lakimuutosta YK:n kidutuksen vastaisen komitean (CAT) suosituksella. Sopimuksen voimaansaattamisen yhteydessä ei todistelun vapauteen vedoten haluttu säätää normia, joka estäisi todisteiden hyödyntämisen.<sup>954</sup>

UNCAT 15 artiklan mukaan jokainen sopimusvaltio huolehtii siitä, ettei mitään lausuntoa, joka todetaan saadun kidutuksella, käytetä todisteena oikeudellisessa menettelyssä, paitsi kidutuksesta syytettyä vastaan todisteena siitä, että sellainen lausunto on annettu. Artiklan esitöissä hyödyntämiskielloa on perusteltu todistelun epäluotettavuudella ja eräänlaisella kurinpitofunktiolla eli tarpeella poistaa ”kannustin” kiduttaa ketään todisteiden saamiseksi.<sup>955</sup> Kidutus voikin ilmeisistä syistä heikentää henkilötodistelun luotettavuutta. On kuitenkin mahdollista, että kiduttamalla saadaan luotettava lausunto, joten luotettavuusfunktion mukaista olisi periaatteessa sallia hyödyntäminen ja lausunnon luotettavuuden arviointi yhdessä muun todistelun kanssa. Reaalitodisteiden luotettavuutta kidutus ei lähtökohtaisesti heikennä lainkaan.<sup>956</sup>

<sup>953</sup> HE 46/2014 vp s. 87, Pölonen – Tapanila 2015 s. 325–326, Rautio – Frände 2016 s. 175–176, Jackson – Summers 2012 s. 160–163 ja Pattenden 2006 s. 10.

<sup>954</sup> HE 46/2014 vp s. 86 ja siellä viitattu HE 36/1989 vp s. 4.

<sup>955</sup> Pattenden 2006 s. 6–7. Ks. myös Jackson – Summers 2012 s. 158–163, missä mm. huomautetaan, että EIS:een ei sisälly UNCATia vastaavaa hyödyntämiskieltolauseketta, vaan ehdoton hyödyntämiskiello on konstruoitu 6 artiklan tulkinnalla.

<sup>956</sup> Ks. Pattenden 2006 s. 6–7 ja erit. av. 45.

Myös EIT:n oikeuskäytännössä on katsottu kiduttamalla saatujen lausuntojen olevan lähtökohtaisesti epäluotettavia, koska kidutuksen uhri saattaa tunnetusti sanoa mitä tahansa päästäkseen vapaaksi.<sup>957</sup> Lisäksi suuren jaoston Gäfgen-ratkaisussa todetaan, että kiduttamalla hankittujen todisteiden salliminen saattaisi kannustaa viranomaisia tällaiseen menettelyyn.<sup>958</sup> Näitä perusteita ei kuitenkaan ole pidetty kaikkein tärkeimpinä ainakaan uudemmassa oikeuskäytännössä.

EIT on määritellyt tuomioistuimen integriteetin suojaamisen (ks. funktioista tarkemmin edellä luku 3.2.2) johtavaksi hyödyntämiskiellon perusteeksi kiduttamalla saadun todisteiden käytettävyyttä arvioitaessa.<sup>959</sup> Kidutuksen kieltäminen osoittaa kuitenkin kenties parhaiten tämän perusteen selitysvoiman: kidutusta ei voida sallia ennen muuta sen vuoksi, että viranomaisten turvautuminen näin vakavasti yksilön oikeuksia loukkaavaan menettelyyn todisteiden hankkimiseksi heikentäisi vakavasti rikoslainkäytön hyväksyttävyyttä. Tällaista menettelyllistä oikeudenloukkausta ei voida sallia vakavimpienkaan aineellisten oikeudenloukkausten selvittämiseksi. Jalloh-tuomion perusteluissa siteeratussa SCOTUSin Rochin-ratkaisussa tuomari Frankfurter tiivistä ajatuksen toteamalla, että kiduttamalla saadun todisteiden salliminen ”would be to afford brutality the cloak of law”.<sup>960</sup>

Integriteettifunktio kytkeytyy luonnollisesti myös yksilösuojaan, koska kysymys on juuri siihen kohdistuvan vakavan loukkauksen lainkäytön mainetta tahravasta vaikutuksesta. EIS 3 artiklassa säädetty ehdoton kidutuksen kieltäminen merkitsee niin tärkeää suojeleuintressiä, että sen loukkaaminen herättää aina vakavia kysymyksiä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudesta, vaikka EIS 6 artikla ei olekaan ehdoton. Tuomioistuimen integriteetin ylläpitäminen edellyttää, että EIS 3 artiklan loukkaus ennallistetaan asettamalla hyödyntämiskiello, jos näin hankittua todistelua tarjotaan tai päätyy osaksi oikeudenkäyntiaineistoa.<sup>961</sup> Ennallistamisfunktio on siten kiinteässä yhteydessä integriteettifunktioon: integriteettiä suojataan ennallistamalla loukattu oikeustila ja erottautamalla siten oikeudenloukkauksesta.

<sup>957</sup> Ks. esim. *Söylemez c. Turquie*, 21.9.2006 (kohta 122) ja *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, 17.12.2012 (kohta 264).

<sup>958</sup> *Gäfgen v. Germany [GC]*, 1.6.2010 (kohta 178): ”Admittedly, in the context of Article 6, the admission of evidence obtained by conduct absolutely prohibited by Article 3 might be an incentive for law-enforcement officers to use such methods notwithstanding such absolute prohibition.” Samansuuntaisesti myös *Jalloh v. Germany [GC]*, 11.7.2006 (kohta 105).

<sup>959</sup> *Gäfgen v. Germany [GC]*, 1.6.2010 (kohdat 167 ja 175). Ks. myös *Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom*, 17.12.2012 (kohdat 51 ja 264) ja *Jackson – Summers* 2012 s. 162.

<sup>960</sup> *Jalloh v. Germany [GC]*, 11.7.2006 (kohta 105) ja *Rochin v. California*, 342 U.S. 165 (1952). Detaljina mainittakoon, että Rochinia kohdeltiin pitkälti samoin kuin Jallohia, ts. oksennutettiin väkisin kehoon kätkeytyä huumausaineen löytämiseksi. Sitaattiin viitataan myös Gäfgen-tuomiossa (*Gäfgen v. Germany [GC]*, 1.6.2010, kohta 167).

<sup>961</sup> Ks. *Gäfgen v. Germany [GC]*, 1.6.2010 (kohta 165) ja siellä viitattut ratkaisut, erit. *Jalloh v. Germany [GC]*, 11.7.2006 (kohta 105), sekä *Levința v. Moldova*, 16.12.2008 (kohdat 99, 100 ja 105).



## 7.1.2 Kohde

OK 17:25.1:ssa kielletään ehdottomasti kiduttamalla saadun todisteen hyödyntäminen, mutta ei määritellä kidutusta. Säännöksen esitöissä viitataan RL 11:9 a:ään, jonka mukaan kidutusta on voimakkaan ruumiillisen tai henkisen kärsimyksen aiheuttaminen.<sup>962</sup> RL:n säännös puolestaan perustuu UNCAT 1 artiklan 1 kappaleen määritelmään, joka sekin on laveahko.<sup>963</sup> RL:n esitöissä on täsmennetty, että ”kärsimyksen voimakkuutta tulee arvioida kokonaisuutena ottaen huomioon menettelyn kesto, sen ruumiilliset ja henkiset vaikutukset, uhrin sukupuoli, ikä ja terveydentila sekä olosuhteet kokonaisuudessaan”. Fyysisiä tekotapoja voivat olla esimerkiksi kahlitseminen, kuristaminen tai hukuttaminen ja henkisenä kidutuksena voidaan pitää vakavan unenpuutteen aiheuttamista, vakavia uhkauksia tai valeteloitusta. Olennaista kuitenkin on objektiivisen kokonaisarvion suorittaminen.<sup>964</sup>

EIT katsoi suuren jaoston Jalloh-tuomiossa UNCAT 15 artiklaan viitaten, että kiduttamalla hankittuun todisteluun – olipa kysymys lausunnosta tai reaalityodistelusta – ei tulisi koskaan turvautua syytteen tueksi. Kysymys on selvästi yleiseksi tarkoitettua oikeusohjeesta, koska tuossa tapauksessa vastaajan kaltoinkohtelua pidettiin kylläkin EIS 3 artiklan vastaisena mutta ei kuitenkaan kidutuksena.<sup>965</sup>

Koska kiellon kohteena on todistusmetodi, sitä sovelletaan todistuskeinoneutraalisti eli riippumatta siitä, mikä todistuskeino on saatu kiduttamalla. Kidutuksen kiello kohdistuu siten myös reaalityodisteisiin. Selvää on, ettei kiello saa kiertää esimerkiksi kuulemalla kidutustilanteessa paikalla ollutta henkilöä, joka toistaisi saadun lausunnon. Kielletyllä menettelyllä saatua tietoa (todistelutulosta) ei saa esittää millään todistuskeinolla. Tämä ei kuitenkaan estä kuulemasta esimerkiksi poliiseja sen selvittämiseksi, onko menettelyä pidettävä kidutuksena. Toiseksi kidutuksen kiellon kannalta on merkityksentöntä, keneltä tietoa on saatu kiduttamalla. Kidutuksen ei tarvitse esimerkiksi loukata mitään

<sup>962</sup> HE 46/2014 vp s. 86–87.

<sup>963</sup> ”Tässä yleissopimuksessa ’kidutuksella’ tarkoitetaan kaikkia tekoja, joilla aiheutetaan jollekulle tahallisesti kovaa kipua tai kovaa joko henkistä tai ruumiillista kärsimystä tietojen tai tunnustuksen saamiseksi häneltä tai kolmannelta henkilöltä, hänen rankaisemisekseen teosta, jonka hän tai kolmas henkilö on tehnyt tai epäillään tehneen, hänen tai kolmannen henkilön pelottelemiseksi tai pakottamiseksi taikka minkälaiseen tahansa syrjintään perustuvasta syystä, kun virkamies tai muu virallisessa asemassa toimiva henkilö aiheuttaa sellaista kipua tai kärsimystä, yllyttää tai suostuu niiden aiheuttamiseen tai hyväksyy sen hiljaisesti. Kidutusta ei ole sellainen kipu tai kärsimys, joka saa alkunsa pelkästään laillisista seuraamuksista, joko niihin kuuluvana tai niihin liittyvänä.”

<sup>964</sup> HE 76/2009 s. 28, Pattenden 2006 s. 18–20. Hirvelän ja Heikkilän mukaan kidutuksen piirteitä ovat tahallisuus, tietty intensiteetti ja tarkoitus (Hirvelä – Heikkilä 2017 s. 133–135).

<sup>965</sup> Jalloh v. Germany [GC], 11.7.2006 (kohta 105).

todistamiskieltoa. Johdonmukainen tulkinta on, että kidutuksen kiello erityis-säännöksenä syrjäyttää myös mahdollisen todistamiskiellon eli tulee sovelletta-vaksi sellaisen asemesta.<sup>966</sup>

Kolmanneksi on merkityksetöntä, missä menettelyssä todistetta yritetään käyttää ja lähtökohtaisesti myös, missä tarkoituksessa sitä yritetään käyttää. UNCAT 15 artiklaan sisältyvä poikkeus lienee kuitenkin voimassa eli kidutta-malla saatua lausuntoa voidaan käyttää näyttönä kidutuksesta syytettyä vastaan todisteena siitä, että sellainen lausunto on annettu. Esitöiden mukaan sillä, on-ko kysymys syytetä tukevasta vai sitä vastaan puhuvasta todistelusta, ei olisi merkitystä kiellon kannalta. Perusteluksi esitetään, että kidutuksen uhri voi oi-keudenkäynnissä vapaasti lausua käsityksensä tutkittavasta asiasta.<sup>967</sup> Kidutta-malla saatu lausunto olisi kuvatussa tilanteessa nähdäkseni myös torjuttavissa tarpeettomana OK 17:8:n nojalla. Rautio ja Frände katsovat lisäksi, että hyö-dyntämiskielto tulee asetettavaksi, vaikka lausuntoa voitaisiin käyttää jonkun toisen syyttömyyden osoittamiseen.<sup>968</sup>

Vaikka kidutuksen kiello koskee EIT:n oikeuskäytännön ja kansallisen oi-keutemme mukaan myös reaalityodisteita, ei ole aivan selvää, tarkoittaako tämä varsinaista etäisvaikutusta. Jalloh- ja Gäfgen-tuomioiden mukaan kiello kos-kee ainakin ”välittömästi” (as a direct result) kidutuksella saatuja reaalityodis-teita.<sup>969</sup> Tällä tavalla välittömänä voitaneen pitää paitsi reaalityodisteen saamis-ta suoraan henkilön kehosta (kuten Jalloh-tapauksessa) myös tilannetta, jossa henkilö paljastaa kidutuksen seurauksena jonkin toisen todistuskeinon (ku-ten Gäfgen-tapauksessa) – vaikka jälkimmäinen tilanne onkin jossain määrin ”välillisempi”.<sup>970</sup> Lisäksi YK:n kidutuksen vastainen komitea (CAT) on Sak-saa koskevissa suosituksissaan katsonut, että UNCAT 15 artiklan hyödyntämiskielto ulotetaan sekä välittömästi että välillisesti kidutuksella saatuun todiste-luun.<sup>971</sup>

Gäfgen-tapauksessa oli kysymys 11-vuotiaan pojan murhasta. Valittaja oli tu-kehduuttanut hänet asunnollaan, mutta vaatinut pojan vanhemmilta 1 000 000

<sup>966</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 87–88 ja EIT:n oikeuskäytännöstä esim. Gäfgen v. Germany [GC], 1.6.2010 (kohdat 166, 167 ja 173), Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom, 17.12.2012 (kohdat 263–267) sekä Kaçiu and Kotorri v. Albania, 25.6.2013 (kohta 128).

<sup>967</sup> HE 46/2014 vp s. 87–88.

<sup>968</sup> Rautio – Frände 2016 s. 175. Ks. myös HE 46/2014 vp s. 88: ”Toisaalta ei voida hyväksyä ki-duttamalla saadun todisteen käyttöä esimerkiksi siten, että toinen henkilö vetoaa rikosasiassa oman syyttömyytensä puolesta siihen, että toinen henkilö on kidutettuna tunnustanut syyt-teenalaisen teon.”

<sup>969</sup> Gäfgen v. Germany [GC], 1.6.2010 (kohta 167) ja Jalloh v. Germany [GC], 11.7.2006 (kohta 105).

<sup>970</sup> SCOTUS on katsonut, että kun laittoman kotietsinnän yhteydessä kuultu vastaaja ilmaisi toi-sen huumausainerikokseen liittyneen henkilön, tämä oli laittoman menettelyn välitön tulos (Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963)).

<sup>971</sup> CAT 1998 (kohta 193).

euron lunnasrahoja väittäen siepanneensa pojan. Valittaja piilotti tämän jälkeen pojan ruumiin erääseen lampeen. Lunnasrahat toimitettiin valittajan noudettavaksi raitiovaununpysäkille, jota poliisi valvoi hänen tietämättään ja seurasi valittajan liikkeitä. Hänet otettiin kiinni Frankfurtin lentoasemalla voimakkeina käyttäen. Lentoaseman lääkäri tutki hänet ja hänet kuljetettiin sen jälkeen kaupungin pääpoliisiasemalle. Ensimmäisen kuulustelun aikana poliisi tutki valittajan asunnon ja löysi sieltä rikokseen liittyviä muistiinpanoja. Kuulustelussa valittaja kuitenkin väitti, että muut henkilöt olivat siepanneet pojan.

Myöhemmässä kuulustelussa apulaispoliisipäällikkö määräsi erään alaisensa poliisimies E:n uhkaamaan valittajaa hänen terveytensä vahingoittamisella sekä tarvittaessa aiheuttamaan tälle kipua, jotta hän paljastaisi pojan sijaintipaikan. Apulaispoliisipäällikön alaiset osastopäälliköt olivat aikaisemmin toistuvasti kieltäytyneet tällaisesta menettelystä. E kuitenkin uhkasi valittajaa vakavalla väkivallalla ja valittajan väitteen mukaan myös löi häntä useasti rintaan sekä ravisteli siten, että hän löi päänsä seinään. Valittaja paljasti pojan sijaintipaikan, mistä poliisi löysi ruumiin ja lisäksi valittajan auton renkaanjälkiä. Paluumatkalla lammelta valittaja tunnusti teon poliisille ja myöhemmin muista valittajan osoittamista paikoista löydettiin pojan koulukirjoja, reppu, vaatteita ja kirjoituskone, jolla pojan vanhemmille toimitettu lunnasvaatimus oli kirjoitettu. Lisäksi ruumiinavaus vahvisti, että poika oli kuollut tukehtumalla.

Oikeudenkäynnissä valittaja oli vaatinut ensisijaisesti asian määräämistä raukemaan oikeudenloukkauksen perusteella ja toissijaisesti, että hänen myöhemmätkin lausuntonsa määrätään hyödyntämiskieltoon sen vuoksi, että ne oli saatu tapahtuneen loukkauksen vaikutusten jatkumisen vuoksi (Fortwirkung). Toisaalta kaikki reaalityodisteet tuli valittajan mukaan määrätä hyödyntämiskieltoon etäisvaikutuksen vuoksi (Fernwirkung).<sup>972</sup> Alioikeus katsoi, ettei oikeudenloukkausta ollut suhteessa selvitetävän rikoksen vakavuuteen pidettävä niin merkittävänä, että käsillä olisi prosessineste. Lisäksi se katsoi suhteellisuusperiaatteeseen nojautuvalla punninnalla, että myöskään etäisvaikutus ei tullut kysymykseen, joten reaalityodisteet olivat hyödynnettävissä. Valittajan lausunnot kuitenkin määrättiin jatko vaikutuksen perusteella hyödyntämiskieltoon.

Valittaja oli oikeudenkäynnissä tunnustanut tappaneensa pojan. Alioikeus katsoi tuomiossaan, että tämä tunnustus oli hyödynnettävissä jatko vaikutuksen estämättä, koska kuulemisen yhteydessä hänelle oli kerrottu, ettei hänen aikaisempia lausuntojaan käytettäisi todisteina. Jos tällainen ilmoitus olisi tehty jo poliisitutkinnassa, jatko vaikutusta ei olisi ollut. Valittaja tuomittiin muun muassa murhasta elinkaudeksi vankeuteen. Hänen valituksensa ei menestynyt kansallisissa tuomioistuimissa.

EIT totesi Gäfgen-tuomiossa ensinnäkin, että poliisin menettely oli epäinhimillistä ja loukkasi siten EIS 3 artiklaa. Arvioidessaan kansallisen tuomioistuimen ratkaisua EIT vaikuttaa nojautuneen varsin vahvasti jatko vaikutuksen

<sup>972</sup> Ks. näistä vaikutuksista edellä luku 3.2.5.

katkeamiseen, sillä sen mukaan uusi, laillinen tunnustus oli ratkaiseva todiste valittajan syyllisyydestä. Osa merkittävistä reaalityodisteista oli löydetty epäinhimillisestä kohtelusta riippumatta. Vastaajan asunnolla suoritettu etsintä ja sen löydökset olivat seurausta poliisin tarkkailutoiminnasta eivätkä siten syyhteydessä EIS 3 artiklan loukkaukseen. Loukkauksen seurauksena saadun reaalityodistelun, kuten pojan ruumiinavauksen tulosten ja lammen luota löytyneiden renkaanjälkien, katsottiin ainoastaan tukeneen tunnustuksen oikeellisuutta. Tästä tukivaikutuksesta huolimatta EIT katsoi, että nämä todisteet olivat tarpeettomia lopputuloksen kannalta.<sup>973</sup>

Viimeksi mainittu päätelmä vaikuttaa rohkealta. Kenties EIT on halunnut perusteluissaan jossain määrin ”vesittää” loukkauksen seurauksena saatujen todisteiden merkitystä. Toisaalta johtopäätös siitä, etteivät ne olleet ratkaisevassa asemassa tuomion kannalta, on perusteltu, kun otetaan huomioon tunnustus ja laillisesti saatu reaalityodistelu. Jää arvailujen varaan, olisiko arvio ollut toinen, jos kaikki merkittävät reaalityodisteet olisi saatu välittömästi loukkauksen seurauksena. Tällöin olisi voinut syntyä Pölösen mainitsema tilanne, jossa vastaaja kokee itsensä pakotetuksi tunnustamaan laittomasti hankitun todistelun vuoksi. Oma oletukseni on, ettei etäisvaikutusta olisi viety näin pitkälle. Ei toisaalta liene poissuljettua, että laittomasti hankittuja reaalityodisteita käytetään pakottamiseen tai harhauttamiseen tavalla, joka loukkaisi itsekriminointisuoja.<sup>974</sup>

Gäfen-tuomion oikeusvertailevassa osiossa viitataan laajasti Yhdysvaltain oikeuteen. Tuomion perusteluissa todetaan, ettei jäsenvaltioiden kesken ole selvää konsensusta hyödyntämiskiellon laajuudesta ja etäisvaikutuksesta.<sup>975</sup> Saksassa etäisvaikutusta on vastustettu rikosten selvittämisen intressiin vedoten.<sup>976</sup> EIT jätti kysymyksen etäisvaikutuksen laajuudesta jokseenkin avoimeksi lausumalla, että EIS 3 artikla *saattaa* edellyttää sellaistenkin todisteiden säännönmukaista kieltämistä, jotka on saatu millä tahansa artiklan vastaisella menettelyllä, mutta joita ei ole saatu välittömästi loukkauksen seurauksena. Lausuma on monitulkintainen, mutta viittaa siihen Suomen oikeuden osalta esitettyyn

<sup>973</sup> Gäfen v. Germany [GC], 1.6.2010 (kohdat 131, 179, 180 ja 186).

<sup>974</sup> Pölönen 2003 s. 316 ja 319. Gäfen-tapauksen valittaja toisaalta väitti, ettei hänellä ollut muuta mahdollisuutta kuin tunnustaa, koska alioikeus oli hylännyt reaalityodisteita koskeneen hyödyntämiskieltovaatimuksen. EIT katsoi, että oikeudenloukkauksen vaikutukset oli poistettu riittävästi ilmoittamalla valittajalle oikeudesta vaieta ja että aikaisemmat lausunnot asetettaisiin hyödyntämiskieltoon. Lisäksi valittaja oli alioikeudessa ilmoittanut tunnustavansa omasta vapaasta tahdostaan (Gäfen v. Germany [GC], 1.6.2010, kohdat 181–183).

<sup>975</sup> Gäfen v. Germany [GC], 1.6.2010 (kohdat 69–74 ja 174). Ks. myös Jackson – Summers 2012 s. 191, missä todetaan lähinnä yhdysvaltalaisen ja skotlantilaisten tuomioistuinten sovelta- neen etäisvaikutusta, kun taas esimerkiksi Englannissa, Sveitsissä ja Saksassa suhtautuminen on pidättyväistä.

<sup>976</sup> Eder 2015 s. 125–126, Riekkinen 2014 s. 174, Jackson – Summers 2012 s. 191.

ajatukseen, että hyödyntämiskielloilla voi joissain tapauksissa olla etäisvaikutus tämän olematta kuitenkaan lähtökohta.<sup>977</sup>

Oikeuskirjallisuudessamme ja todistelu-uudistuksen esitöissä on lähinnä Gäfgen-tuomioon viitaten mielestäni perustellusti katsottu, että ainakin kidutuksen seurauksena paljastuneeseen todisteeseen kohdistuu hyödyntämiskielto etäisvaikutuksen perusteella.<sup>978</sup> Myös Jackson ja Summers pitävät tätä tulkintaa todennäköisenä.<sup>979</sup> Tulkintaa voidaan perustella myös sillä edellä esitetyllä argumentilla, että etäisvaikutus tulisi kysymykseen ainakin kaikkein vakavimpien loukkausten perusteella. Olisi integriteettiperiaatteen ja yksilön suojan kannalta kestävämpää, jos kidutuksen kielto voitaisiin sivuuttaa sillä muodollisella perusteella, että erillistä todistuskeinoa saataisiin esteettä hyödyntää, vaikka se olisi paljastunut ainoastaan kidutuksen seurauksena. Tällöin yhteyttä kidutuksen ja todisteen saamisen välillä voidaan pitää suorastaan erottamattomana.<sup>980</sup>

*Epäinhimillinen tai halventava kohtelu* ovat kidutusta lievempiä kaltoinkohtelun muotoja, jotka kuuluvat EIS 3 artiklan poikkeuksettoman suojan piiriin. Kohtelun täytyy kuitenkin vakavuudeltaan ylittää artiklan soveltamisen vähimmäistaso. Vähimmäistasoa ja kohtelun luonnetta arvioitaessa otetaan huomioon esimerkiksi kohtelun kesto, sen fyysiset tai henkiset vaikutukset sekä joissain tapauksissa myös uhrin sukupuoli, ikä ja terveydentila. Merkitystä on myös tekijän motiiveilla. Epäinhimillisen kohtelun tunnusmerkkejä voivat olla tahallisuus, useamman tunnin yhtäjaksoinen kesto ja vammojen tai voimakkaan fyysisen tai henkisen kärsimyksen aiheutuminen. Halventava kohtelu merkitsee uhrin nöyryyttämistä esimerkiksi seksuaalisesti. Halventava kohtelu on asteeltaan lievän 3 artiklan loukkaus, joten sitä arvioitaessa vähimmäistasolla on erityistä merkitystä.<sup>981</sup>

Suomea koskeneessa Raninen-tapauksessa EIT ei pitänyt kahden tunnin julkista käsirauoissa pitämistä halventavana kohteluna. Asiassa oli riidatonta, ettei valittajan käyttäytyminen ollut antanut aihetta käsirautojen käyttämiselle, mutta tuomioistuimien totesi myös, ettei raudoittaminen lähtökohtaisesti voisi muodostaa 3 artiklan loukkausta. Kohtelun ei ollut näytetty vaikuttaneen valittajaan fyysisesti tai henkisesti eikä sen tarkoituksena ollut ollut nöyryyttäminen tai alentaminen.<sup>982</sup> Gäfgen-tuomio osoittaa toisaalta, että jo kidutuksella uhkaaminen voi merkitä epäinhimillistä kohtelua.<sup>983</sup>

<sup>977</sup> Gäfgen v. Germany [GC], 1.6.2010 (kohta 178), Spring-Reiman 2012 s. 166.

<sup>978</sup> HE 46/2014 vp s. 86, Rautio – Frände 2016 s. 189, Pölönen – Tapanila 2015 s. 250 ja 326.

<sup>979</sup> Jackson – Summers 2012 s. 193.

<sup>980</sup> Näin Gäfgen-tuomioissa viitattu eteläafrikkalainen ratkaisu Mthembu v. The State (379/2007) [2008] ZASCA 51 (kohta 34 *in fine*).

<sup>981</sup> Pellonpää ym. 2018 s. 404–433, Hirvelä – Heikkilä 2017 s. 129–132 ja 136–143, Pattenden 2006 s. 20–25.

<sup>982</sup> Raninen v. Finland, 16.12.1997 (kohdat 55–59).

<sup>983</sup> Gäfgen v. Germany [GC], 1.6.2010 (kohta 131).

UNCAT 15 artiklassa tai OK 17:25.1:ssa ei mainita epäinhimillistä tai halventavaa kohtelua ehdottoman hyödyntämiskiellon perusteena. EIT:n oikeuskäytännössä keskeistä näyttäisi olevan se, onko kohtelulla saatu lausunto vai reaalityodiste. Kaikki EIS 3 artiklaa loukkaavalla – myös kidutusta lievemmällä – menettelyllä saatu henkilötodistelu on asetettava hyödyntämiskieltoon. Tältä osin tulkintalinja on selvä.<sup>984</sup> Suomen oikeudessa OK 17:25.3:a lienee tulkittava siten, että kaikki epäinhimillisellä tai halventavalla kohtelulla saadut lausunnot ovat samanlaisen todistusmetodiellon suojaamia kuin kiduttamalla saadut todisteet ja ne on jätettävä hyödyntämättä. Jos kysymys on itsekriminoivasta lausunnosta, kiello luonnollisesti perustuisi jo OK 17:25.2:in, koska kohtelu täyttäisi pakottamisen tunnusmerkistön (ks. edellä luku 6.2.3).

### 7.1.3 Joustavuus ja ulottuvuus

Lakiteknisesti kidutuksen kielloa voidaan pitää siitä erikoisena, että se on ulottuvuudeltaan selkeimmin voimassa OK 17:25.1:ssa säädettyä hyödyntämiskieltona. Nimenomaisia hankkimis- tai esittämiskieltoja ei ole säädetty, vaikka hankkimiskielto onkin ongelmitta johdettavissa paitsi OK:n, myös ETL:n, RL:n ja PL:nkin säännöksistä. Kidutus loukkaisi räikeästi esimerkiksi kuulusteltavan kohtelua koskevaa ETL 7:5:n säännöstä. Esittämiskieltoa ei kuitenkaan ilmene mistään. Kidutusväitettä voitaneen tosin aina arvioida jo esitutkinnan ja syyteharkinnan tai viimeistään asian valmistelun aikana. Hyödyntämiskielto voidaan siten määrätä jo ennen kuin todiste esitetään, mistä syystä se vaikuttaa myös esittämiskieltona. Hyödyntämiskielto on asetettava viimeistään tuomitsemisvaiheessa, jos kielloa ei ole jostain syystä asetettu jo ennen sitä.

Kidutuksen kiello sopii esimerkiksi siitä, miten todistelumenettelyn etenemisen ja ennakkollinen vaikutus mahdollistavat lakitekstistä poikkeavien normilauseiden muotoilun. Vaikka hankkimis- ja esittämiskieltoja ei nimenomaisesti sisälly lainsäädäntöön, ne voidaan ennakkollisen vaikutuksen mukaisesti johtaa suoraan hyödyntämiskiellosta. OK 17:25.1:n normi voidaan ensinnäkin ilmaista hankkimiskieltona esimerkiksi normilauseella ”todistetta ei saa hankkia kiduttamalla”. Samoin se voidaan muotoilla esittämiskielloksi: ”Kiduttamalla saatua todistetta ei saa esittää oikeudenkäynnissä.” Tuomioistuinten asettama ennakkollinen hyödyntämiskielto ilmaisee asianosaisille viimeksi mainitun normin.

EIT on korostanut, että EIS 3 artiklan suojaamat oikeudet ovat ehdottomia. Loukkaus on niin vakava, että sen ollessa vaikutuksellinen ei oikeustilan

<sup>984</sup> Ks. *Gäfgen v. Germany* [GC], 1.6.2010 (kohta 166) ja *Ibrahim and Others v. the United Kingdom* [GC], 13.9.2016 (kohta 254).

vakauttaminen tule kysymykseen lainkaan. Tämä ilmenee välillisesti myös siitä, että artiklaan ei sisälly rajoituslauseketta.<sup>985</sup> UNCAT 2 artiklan 2 kappaleessa määrätään vielä selvemmin, että minkäänlaisia poikkeuksellisia oloja, kuten sotatilaa tai sodanuhkaa, sisäistä poliittista epävakaisuutta tai muuta yleistä hätätilaa ei saa käyttää oikeutuksena kidutukselle, ja artiklan 3 kappaleessa lisäksi, että esimiehen tai viranomaisen käskyä ei saa käyttää oikeutuksena kidutukselle. Näin ollen kidutus ei ole oikeutettua missään olosuhteissa. Todistelu-uudistuksessa onkin linjattu, että kiduttamalla saatua lausuntoa ei saa käyttää edes kanssavastaajan syyttömyyden osoittamiseen.<sup>986</sup>

Edellä on toisaalta todettu se varsin vahvana pidettävä pääsääntö, että vastaajalle edullisia todisteita olisi voitava esittää, koska muu merkitsisi tinkimistä syyttömän suojaamisen tavoitteesta. Pattendenin mukaan useissa Euroopan valtioissa UNCAT 15 artiklaa tulkitaan siten kuin artikla oli luonnosteltu eli kiellettyä on käyttää ketään *vastaan* kiduttamalla saatua todistetta. Lisäksi hän pitää mahdollisena, että vastaajan eduksi esitetyn todistelun epäminen, vaikka se olisi saatu kiduttamalla, voi loukata oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta. Hän on toisella kannalla esitöiden kanssa eli katsoo todistusmetodikiellon joustavan puolustuksen eduksi silloinkin, kun todistelu viittaa jonkun toisen syyllisyyteen.<sup>987</sup> Selvää on, että tällaiset tilanteet olisivat äärimmäisen poikkeuksellisia ja hankkimistapa tulisi otettavaksi huomioon näytön arvioinnissa.

Vastaajan oikeusturvaa kyettäisiin nähdäkseni kunnioittamaan asianmukaisesti siten, että puolustus voisi vedota myös kiduttamalla saatuun todisteluun, jos se äärimmäisen poikkeuksellisesti olisi ainoa tapa esittää todistelua vastaajan syyttömyydestä. Tällöin kysymys on todistelusta vastaajan puolesta eikä häntä vastaan. Jos kiduttamalla saatu todistelu osoittaa jonkun toisen henkilön syylliseksi rikokseen, sitä ei kuitenkaan voitaisi käyttää kidutettua henkilöä vastaan. Kiduttamalla saatua todistetta voitaisiin siten käyttää ainoastaan syyttömyyden, mutta ei koskaan muiden kuin kiduttajan syyllisyyden osoittamiseen. Pelkästään se, että joku toinen henkilö on kidutettuna tunnustanut syytteessä tarkoitetun teon, ei kuitenkaan voisi johtaa syytteen hylkäämiseen. Henkilötodistelun osalta arvioinnin tulee siten olla korostuneen varovaista. Lähinnä poikkeus saattaisi koskea reaalityodistelua.

EIS 3 artiklalla on ihmisoikeustuomioistuimen mukaan niin sanottu prosessuaalinen haara (procedural limb), joka edellyttää, että jäsenvaltiot ryhtyvät riittävän tehokkaisiin toimiin oikeudenloukkauksen tutkimiseksi. Loukkaus voidaan

<sup>985</sup> Gäfgen v. Germany [GC], 1.6.2010 (kohta 176), Jackson – Summers 2012 s. 160–161.

<sup>986</sup> HE 46/2014 vp s. 87–88. Samoin Rautio – Frände 2016 s. 175.

<sup>987</sup> Pattenden 2006 s. 10–12 ja 36–37. Esimerkiksi syyttäjän roolia koskevan Havannan julistuksen kohdassa 16 kielletään vastaavasti kiduttamalla tai epäinhimillisellä tai halventavalla kohtelulla saadun todisteen käyttöä ketä tahansa paitsi tuohon menettelyyn syyllistynyttä vastaan (against).

todeta jo sen perusteella, että näin ei ole menetelty. Kansallisen tuomioistuimen kannalta tämä asettaa vaatimuksia sille, miten kidutusväitettä tai -epäilyä tulee selvittää. Pelkkä väite kidutuksesta ei tosin riitä muodostamaan tutkimisvelvoitetta, ellei sen tueksi voida esittää mitään selvitystä. Toisaalta EIT on myös huomauttanut, että selvitystä tapahtumista voidaan saada lähinnä viranomaisilta, eikä valittajalle voida asettaa kovin korkeaa todistustaakkaa. Tutkimuksen tulee olla perusteellinen ja siinä on ryhdyttävä kaikkiin tapahtumien selvittämiseksi tarpeellisiin toimiin.<sup>988</sup>

Pattendenin mukaan UNCATin osalta yleinen näkemys on ollut toinen eli kidutukseen vetoavan tulisi esittää näyttöä kidutuksesta. Tämä on tietenkin ongelmallista, koska kidutus tapahtuu yleensä salassa ja sitä pyritään peittelemään kaikin tavoin. Ihmisoikeuskomitea onkin sittemmin kääntänyt todistustaakan valtiolle EIT:n tapaan.<sup>989</sup> Valtion kannalta tilanne on kuitenkin sikäli haasteellinen, että tunnetusti siitä, mitä ei ole tapahtunut, on vaikeaa esittää todisteita. Näyttötaakan jaolla lienee ilmeinen ohjaustarkoitus: Viranomaisten tulee järjestää toimintansa siten, että valvonta ja dokumentointi on riittävää. Näin voidaan todentaa, ettei kidutusta tapahdu, ja samalla ennaltaehkäistä sitä edistämällä läpinäkyvyyttä. Puutteellinen valvonta mahdollistaa väärinkäytökset niin vastaajien kuin viranomaistenkin taholta.

Kidutusväitteen selvittäminen hankaloituu entisestään, jos väitetty kaltoinkohtelu on tapahtunut ulkomailla. El Haski -ratkaisussa EIT totesi, että arviointiin tulee soveltaa Othman-ratkaisussa omaksuttua arviointimallia. Jos toisen valtion ei voitu olettaa tutkivan väitettä EIS 3 artiklan vastaisesta menettelystä asianmukaisesti, oli riittävää osoittaa, että kidutuksesta oli olemassa ”todellinen riski” (real risk).<sup>990</sup> Vaikka näin matala näyttökynnys mahdollistaa periaatteessa erilaiset väärinkäytökset, voitaneen olettaa, että niiden käytännön merkitys on hyvin vähäinen. Yleensä Suomessa ei voine olla intressiä rangaista sellaisesta teosta, jota koskeva näyttö on saatu jossain toisessa valtiossa kiduttamalla. Poikkeuksen voivat muodostaa erilaiset kansainväliset rikokset, kuten sotarikokset.<sup>991</sup>

<sup>988</sup> Ks. esim. Blokhin v. Russia [GC] (kohdat 139–140), ja Kaçi u ja Kotorri v. Albania (kohdat 94–97 ja 199). Othman-tapauksessa torjuttiin nimenomaisesti se Englannin oikeuden lähtökohta, että puolustuksen on esitettävä todennäköisyysnäyttö väittäessään syyttäjän todistetta laittomaksi, ks. Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom, 17.12.2012 (kohdat 273–280) ja vrt. Glover 2017 s. 129 av. 129.

<sup>989</sup> Pattenden 2006 s. 25.

<sup>990</sup> El Haski v. Belgium, 25.9.2012 (kohdat 88 ja 89).

<sup>991</sup> Ks. myös HE 46/2014 vp s. 87.



## 7.2 RIKOSPROVOKAATION KIELTO

### 7.2.1 Funktio

PolL ja PKL sisältävät säännöksiä salaisista tiedonhankinta- ja pakkokeinoista, joiden käytön tarkoituksena on, ettei niiden käyttäminen tule kohteen tietoon. Kysymys on käytännössä samanlaisista keinoista, joiden käyttötarkoitus on eri: poliisilakia sovelletaan rikoksen estämiseen, paljastamiseen tai vaaran torjumiseen (PolL 5:1.1) ja pakkokeinolakia esitutkinnassa eli selvitettyä epäiltyä rikosta.<sup>992</sup> Yksinkertaisuuden vuoksi jatkossa termillä ”salainen pakkokeino” viitataan myös poliisilaisissa tarkoitettuihin tiedonhankintakeinoihin. Salaiset pakkokeinot voidaan ryhmitellä esimerkiksi 1) telepakkokeinoihin, 2) tarkkailutyyppeihin pakkokeinoihin sekä 3) erityisiin salaisiin pakkokeinoihin.<sup>993</sup> Rikosprovokaation kiellon kannalta ensimmäiset kaksi ryhmää eivät ole juurikaan merkityksellisiä, koska niihin ei liity poliisiin ja epäillyn rikollisen välistä vuorovaikutusta.

Kolmanteen ryhmään kuuluvia keinoja ovat peitetoiminta, valeosto, tietolähteen ohjattu käyttö ja valvottu läpilasku. Näiden hieman jäljempänä tarkemmin määriteltävien salaisten pakkokeinojen käyttöön sisältyy vuorovaikutuselementti. Erityisesti valeoston suoranaisten tarkoituksena on provosoida epäilty luovuttamaan tietoja tai jopa todisteeksi kelpaavia esineitä ilman, että hän tulee tästä tarkoituksesta itse tietoiseksi. Tällaista menettelyä kutsutaan *todisteprovokaatioksi*, joka siis on laillinen tapa hankkia todisteita.<sup>994</sup> Muihin erityisiin salaisiin pakkokeinoihin voi kuitenkin liittyä epäilyihin kohdistuvan vuorovaikutuksen vuoksi riski siitä, että poliisi sitä tarkoittamatta saa jonkun tekemään rikoksen, jota hän ei muutoin tekisi.<sup>995</sup> Esimerkiksi valeoston kohteena oleva omaisuus ei välttämättä olekaan epäillyn hallussa ja hän syyllistyy sen hankkimiseksi rikokseen.<sup>996</sup>

Viimeksi mainitussa tilanteessa todisteprovokaation rajat ylittyvät. *Rikosprovokaatiolla* tarkoitetaan tilannetta, jossa joku tekee poliisiin aloitteesta rikoksen, jota hän ei muutoin tekisi.<sup>997</sup> Esimerkiksi asianomistajan poikkeuksellisen

<sup>992</sup> Fredman ym. 2020 s. 682.

<sup>993</sup> *Ibid.* s. 1058–1059.

<sup>994</sup> Ks. esim. HE 34/1999 vp s. 7 ja 20.

<sup>995</sup> Ks. esim. HE 222/2010 vp s. 365: ”Voi kuitenkin esiintyä myös tapauksia, joissa salainen pakkokeino on vaikuttanut tutkittavaan rikokseen tai joissa ainakin epäillään tällaista.” Esimerkkinä tosin mainitaan vain valeosto.

<sup>996</sup> Tällainen tilanne oli käsillä EIT:n keskeisessä linjaratkaisussa Teixeira de Castro v. Portugal, 9.6.1998 (kohdat 9–12). Ks. myös Frände 2004 s. 408.

<sup>997</sup> Ramanauskas v. Lithuania [GC], 5.2.2008 (kohta 55), Pölönen – Tapanila 2015 s. 250–251, vrt. Axberger 1989 s. 9 ja siinä mainitut lähteet sekä Asp 2001 s. 20–22, missä on pidetty keskeisenä elementtinä täytettyyn tekoon ulottuvan tahallisuuden puuttumista. Tällä on kuitenkin merkitystä erityisesti agent provocateurin rikosoikeudellisen vastuun kannalta (ks. HE 34/1999 vp s. 21 ja Frände 2004 s. 408).

suurta myötävaikutusta rikokseen (RL 6:6.1:n 2 k.) ja yllytystä osallisuuden muotona (RL 5:5) voidaan pitää provokaatioina sanan yleiskielisessä merkityksessä.<sup>998</sup> Rikosprovokaatioissa merkityksellistä onkin se, että provokaattorina (agent provocateur) on viranomainen, tyypillisesti peitetehtävää suorittava poliisi.<sup>999</sup> EIT on suhtautunut rikosprovokaatioon jyrkästi, vaikka lausuukin ymmärtävänsä esimerkiksi järjestäytyneen rikollisuuden vastustamiseen liittyvät haasteet. Rikosprovokaatiolla hankitun näytön hyödyntämisen katsotaan vaarantavan oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden alusta alkaen.<sup>1000</sup>

EIT:n keskeisessä ratkaisukäytännössä ei ole lähemmin perusteltu sitä, mistä syystä rikosprovokaatio vaarantaa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden. Selostaessaan oikeusohjeina soveltamia yleisiä periaatteita se viittaa ainoastaan julkiseen etuun ja etteivät tarkoituksenmukaisuusnäkökohdat voi oikeuttaa – järjestäytyntä rikollisuutta vastustettaessa – ”oikeudenmukaisen oikeudenhoidon uhraamista demokraattisessa yhteiskunnassa”.<sup>1001</sup> Tällainen ylevä lausuma ei kuitenkaan ilmaise, mikä rikosprovokaatiosta tekee ongelmallisen. Myöskään kotimaisessa lainvalmisteluaineistossa kysymystä rikosprovokaation kiellon tarkoituksesta ei näytä käsitellyn erityisen tarkasti<sup>1002</sup> eikä sitä koskevaa suomalaista oikeuskäytäntöäkään tietääkseni ole. EIT näyttää kuitenkin eräissä päätöksessään sivunneen kiellon funktiota.

Shannon-päätöksessä katsottiin ilmeisen perusteettomaksi valitus tapauksesta, jossa agent provocateurina oli toiminut sanomalehtitoimittaja eikä viranomainen. Toimittaja oli järjestänyt tapaamisen viihdealalla toimineen valittajan kanssa ja ohjannut keskustelun huumausaineisiin ilmoittamalla, että tarvitsee kokaiinia erääseen tilaisuuteen. Valittaja oli ilmoittanut, että hän voi toimittaa huumausaineen ja tekikin niin. Myöhemmin toimittaja luovutti keskustelusta tekemänsä nauhoitteet ja huumausaineen poliisille. Kysymys ei ollut EIT:n mukaan rikosprovokaatiosta, koska toimittaja oli toiminut täysin omissa nimissään eli menettelyyn ei liittynyt *julkisen vallan väärinkäyttöä* (misuse of state power), josta päätöksen mukaan oli kysymys Teixeira de Castro -tapauksessa.<sup>1003</sup>

<sup>998</sup> Ks. HE 44/2002 vp s. 196 ja Axberger 2002 s. 62.

<sup>999</sup> Pölonen – Tapanila 2015 s. 250–251, Jackson – Summers 2012 s. 188.

<sup>1000</sup> Ks. esim. Ramanauskas v. Lithuania [GC], 5.2.2008 (kohta 54): ”[W]hile the use of undercover agents may be tolerated provided that it is subject to clear restrictions and safeguards, the public interest cannot justify the use of evidence obtained as a result of police incitement, as to do so would expose the accused to the risk of being definitively deprived of a fair trial from the outset.”

<sup>1001</sup> Ks. esim. Teixeira de Castro v. Portugal, 9.6.1998 (kohta 36), Ramanauskas v. Lithuania [GC], 5.2.2008 (kohdat 53 ja 54) ja Bannikova v. Russia, 4.11.2010 (kohdat 33 ja 34).

<sup>1002</sup> Ks. esim. HE 34/1999 vp s. 7, missä todetaan vain, että ”rikosprovokaatio katsotaan yleisesti kielletyksi EU:n jäsenvaltioissa”.

<sup>1003</sup> Shannon v. United Kingdom [dec.], 6.4.2004. Kansallisessa oikeudessa eroa ei aikaisemmin ollut välttämättä tehty, koska rikosprovokaatio ei kelvannut puolustukseksi ylipäättään; ks. esim. R. v. Morley and Hutton [1994] Crim.L.R. 919, johon Shannon-päätöksessä viitataan, ja Law Com. No. 83 s. 33–34.

Shannon-päätöksen perusteluista on siten pääteltävissä, että rikosprovokaation kiellon perusteena on julkisen vallan väärinkäyttö. PoLL 1:1:n mukaan poliisin tehtävänä on oikeus- ja yhteiskuntajärjestyksen turvaaminen, yleisen järjestyksen ja turvallisuuden ylläpitäminen sekä rikosten ennalta estäminen, paljastaminen, selvittäminen ja syyteharkintaan saattaminen (– –). PoLL 1:5:n mukaan poliisi saa käyttää toimivaltuuttaan vain säädettyyn tarkoitukseen. Rikosprovokaatio onkin ilmeisessä ristiriidassa näiden tavoitteiden kanssa.<sup>1004</sup> Toisaalta rikosprovokaatio edellyttää määritelmällisesti myös sitä, ettei tekijä ole täysin passiivinen välikappale vaan toteuttaa rikoksen. Tämä puoltaisi rangaistusvastuun mahdollisuutta. Rikosprovokaatiota ei olekaan aina pidetty ongelmallisena tai sitä on pidetty enintään esimerkiksi rangaistusta lieventävänä perusteena.<sup>1005</sup>

Yhdysvaltain oikeus muodostaa myös rikosprovokaation osalta mielenkiintoisen vertailukohdan. SCOTUS on jo vuonna 1932 katsonut, että rikosprovokaatio vapauttaa vastaajan rangaistusvastuusta. Perusteena on viitattu julkisen vallan väärinkäyttöön: ”We are unable to conclude that it was the intention of the Congress in enacting this statute [kieltolaki] that its processes of detection and enforcement should be abused by the instigation by government officials of an act on the part of persons otherwise innocent in order to lure them to its commission and to punish them. – – The defense is available, not in the view that the accused though guilty may go free, but that the government cannot be permitted to contend that he is guilty of a crime where the government officials are the instigators of his conduct.”<sup>1006</sup>

Vaikka päätelmän institutionaalinen tuki on kieltämättä heikohko, olisi mielestäni katsottava, että rikosprovokaation kieltö perustuu, kuten kidutuksen kieltökin, ensisijaisesti integriteettifunktioon (ks. edellä luku 3.2.2). Rankaisemista ei voida pitää hyväksyttävänä tilanteessa, jossa rikos on tehty pelkästään julkisen vallan aloitteesta. Toisaalta voidaan ajatella, että salaisten pakkokeinojen käyttöön liittyy näytön luotettavuutta vaarantavia piirteitä. Vakavana ääriesimerkkinä voidaan mainita peitepoliisi, joka itse tuo ja kätkee raskauttavan todistuskappaleen tutkinnan kohteen hallussa olevaan tilaan, mistä se sitten takavarikoidaan. Tällöin kysymys ei tietenkään olisi enää rikosprovokaatiosta vaan rikolliseksi lavastamisesta. EIT:n rikosprovokaatiota koskevassa oikeuskäytännössä tällaisille näkökohdille ei kuitenkaan näyttäisi annetun merkitystä.<sup>1007</sup>

<sup>1004</sup> Ks. myös SOU 2010:103, s. 130: ”[Rikosprovokaation kieltö] anges ibland följa redan av principen att polisen aldrig får begå en kriminaliserad handling för att kunna efterforska eller avslöja brott.”

<sup>1005</sup> Ks. esim. HE 34/1999 vp s. 20–22, Ruotsin osalta SOU 2010:103 s. 124–125, 132 ja 149–150 sekä Axberger 2002 s. 59–60, ja Englannin osalta Law Com. No. 83 s. 34–35.

<sup>1006</sup> Sorrells v. United States, 287 U.S. 435 (1932).

<sup>1007</sup> Ks. esim. Guide on Article 6 (kohdat 229–234), Pellonpää ym. 2018 s. 681–683 ja Hirvelä – Heikkilä 2017 s. 402–407.

## 7.2.2 Kohde

Rikosprovokaatiokiellon kohteena on kaikki kyseisen menettelyn tuottama näyttö, joten kysymys on vastaavanlaisesta kattavasta todistusmetodikiellosta kuin edellä tarkasteltu kidutuksen kiello: rikosprovokaation tuottamilla todistuskeinoilla ei ole merkitystä, kuten ei myöskään todisteista pääteltävillä tiedoilla. Keskeistä on näin ollen määritellä, millainen menettely on rikosprovokaatiota. EIT on todennut, ettei salaisten pakkokeinojen käyttäminen sinänsä voi loukata oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimusta. Koska tällaisia keinoja käytettäessä on käsillä rikosprovokaation riski, niiden käytölle on kuitenkin asetettava selkeät rajat. Keskeistä on se, rajoittuuko poliisin toiminta rikoksen passiiviseen selvittämiseen vai vaikuttavako he kohteeseen tavalla, jota voidaan pitää aloitteellisena rikoksentekopäätöksen suhteen.<sup>1008</sup>

Kumotun poliisilain esitöissä todetaan, että (sallitun) todisteprovokaation ja (kielletyn) rikosprovokaation välinen rajankäynti on käytännössä ongelmallista. Rikosoikeudellisessa arvioinnissa tulisi ottaa huomioon muun muassa valeostoa edeltävät tapahtumat sekä epäillyn aikaisempi toiminta ammattimaisessa rikollisuudessa tai vastaavasti ensikertalaisuus.<sup>1009</sup> Arvioinnissa voitaneen tukeutua myös EIT:n käyttämään ”sisällölliseen testiin” (substantive test), jota se soveltaa väitettyä EIS 6 artiklan loukkausta tutkiessaan. Vastaavaa harkintamallia voidaan nähdäkseni ongelmitta soveltaa myös kotimaisissa tuomioistuimissa, koska hyödyntämiskielto tulisi meilläkin asetettavaksi, jos oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus vaarantuu. Kriteereillä olisi siten merkitystä arvioitaessa salaisen pakkokeinon käytön edellytyksiä ja vaikutuksia.

Rikosprovokaatioväitteen arviointi voidaan jakaa kahteen kokonaisuuteen eli peiteoperaation edellytysten ja sen toteuttamisen asianmukaisuuden tutkimiseen. Edellytysten arvioinnissa kysytään, onko viranomaisilla ollut riittävät, objektiiviset ja todennettavat perusteet epäillä rikosta, jonka estämiseksi tai selvittämiseksi peitetoimintaan on ryhdytty. Riittävänä perusteena ei voida pitää esimerkiksi epäillyn rikoshistoriaa tai ylimalkaisia epäilyjä sellaisinaan. Sen sijaan esimerkiksi sellaiset yksityiskohdat kuin että epäilty tuntee huumeiden markkinahintoja tai kykenee hankkimaan huumausainetta nopeasti voivat EIT:n mukaan tukea objektiivisesti riittävän vakuuttavaa rikosepäilyä.<sup>1010</sup>

<sup>1008</sup> Ks. Pölonen – Tapanila 2015 s. 250–255, Fredman ym. 2020 s. 1133–1137 ja EIT:n oikeuskäytännöstä esim. *Ramanauskas v. Lithuania* [GC], 5.2.2008 (kohdat 51 ja 55) ja *Bannikova v. Russia*, 4.11.2010 (kohdat 35 ja 43).

<sup>1009</sup> HE 34/1999 vp s. 20–21.

<sup>1010</sup> *Bannikova v. Russia*, 4.11.2010 (kohdat 37–42). Ks. sisällöllisestä testistä myös Jackson – Summers 2012 s. 188–190.

Toisessa vaiheessa, joka kiinteästi liittyy ensimmäiseen, arvioidaan sitä, onko poliisin toiminta merkinnyt aloitetta rikokseen vai ainoastaan ”liittymistä” jo käynnissä olevaan rikokseen. Tältä kannalta merkityksellistä on siis ensinnäkin, millaisessa vaiheessa toiminta aloitetaan ja millainen merkitys poliisiin toimilla on. Toiminta on katsottu rikosprovokaatioksi vain harvoin, jos aloite peiteoperaatioon on tullut poliisiin ulkopuolelta. Passiivisuuden raja voi ylittyä esimerkiksi silloin, kun peitepoliisi ottaa itse yhteyttä epäiltyyn tai ryhtyy neuvottelemaan tämän kanssa tarjoten esimerkiksi huumausaineesta tavallista korkeampaa hintaa tai vaatien suurempia määriä. Sekä edellytysten että toimeenpanon arvioinnissa on merkitystä lupamennettelyllä ja valvonnalla. Soveliainpana valvontatahona EIT on pitänyt tuomioistuimia, mutta myös syyttäjän valvontaa voidaan pitää riittävänä, jos väärinkäytösten estämiseksi on muutoin riittävät turvatakeet.<sup>1011</sup>

Sisällöllisen testin lisäksi EIT soveltaa myös prosessuaalista testiä (procedural test), jolla arvioidaan, ovatko kansalliset tuomioistuimet asianmukaisesti tutkineet väitteen rikosprovokaatiosta. Tältä osin voidaan viitata edellä EIS 3 artiklan prosessuaalisesta haarasta todettuun. Näyttötaakka siitä, että poliisi ei ole tehnyt aloitetta rikokseen, on syyttäjällä, ellei vastaajan väite ole ilmeisen epäuskottava (wholly improbable). Rikosprovokaatiöväitteen tutkimismenettelyn tulee olla kontradiktorinen ja kattava. Selvittämistä vaikeuttavana erityispiirteenä on EIT:n mukaan usein se, että poliisi ei ole halukas paljastamaan peiteoperaatioiden yksityiskohtia. EIT on sinänsä osoittanut ymmärrystä tällaisille intresseille, mutta edellyttänyt kuitenkin vastaajan oikeusturvan huomioimista.<sup>1012</sup> Kansallisten tuomioistuinten tulee ottaa arvioinnissaan huomioon myös prosessuaalinen testi.

Vertailukohtana voidaan mainita, että PKL 10:29:n mukaan peitetoinintaa suorittava poliisimies on tietyin edellytyksin rangaistusvastuusta vapaa. Säännöksestä ilmenevä näyttökynnys on tasolla ”erittäin pätevin perustein voidaan olettaa”, joka on korkein PKL:n systematiikassa käytetty näyttökynnys. Se edellyttää todennäköisyysnäyttöä korkeampaa tasoa.<sup>1013</sup>

<sup>1011</sup> Bannikova v. Russia, 4.11.2010 (kohdat 42–47 ja niissä viitattu oikeuskäytäntö). Ks. myös Miliniene v. Lithuania, 24.6.2008 (kohta 38), jossa EIT totesi olleen selvää, että poliisi oli vaikuttanut tapahtumien kulkuun, mutta rikoksentakopäätöksen kannalta kysymys ei ollut ratkaisevasta tekijästä, sekä Teixeira de Castro v. Portugal, 9.6.1998 (kohta 38) ja Lagutin and Others v. Russia, 24.4.2014 (kohta 119).

<sup>1012</sup> Ks. Jackson – Summers 2012 s. 190, Ramanaukas v. Lithuania [GC], 5.2.2008 (kohdat 60–61), Bannikova v. Russia, 4.11.2010 (kohdat 51–65) ja Lagutin and Others v. Russia, 24.4.2014 (kohdat 97–100).

<sup>1013</sup> HE 14/1985 vp s. 16–17.

### 7.2.3 Joustavuus ja ulottuvuus

Poliisin salaisista toimivaltuuksista todisteiden hankkimiseen säädetään PKL:ssa. *Peitetoiminnalla* tarkoitetaan tiettyyn henkilöön tai hänen toimintaansa kohdistuvaa suunnitelmallista tiedonhankintaa käyttämällä soluttautumisesta, jossa tiedonhankinnan edellyttämän luottamuksen hankkimiseksi tai tiedonhankinnan paljastumisen estämiseksi käytetään vääriä, harhauttavia tai peiteltyjä tietoja tai rekisterimerkintöjä taikka valmistetaan tai käytetään vääriä asiakirjoja (PKL 10:27.1). Peitetoiminnan edellytysten täyttymistä valvoo tuomioistuin (PKL 10:32). Esimerkiksi rikollisjärjestöön soluttautuminen on peitetoimintaa. PKL 10:28.1:n mukaan peitetoimintaa suorittava poliisimies ei saa tehdä rikosta eikä aloitetta rikoksen tekemiseen. Kysymys on hankkimisvaiheessa sovellettavasta joustamattomasta todistusmetodikiellosta.<sup>1014</sup>

Toinen mahdollinen todisteprovokaation muoto on *valeosto* (PKL 10:34). Sillä tarkoitetaan poliisin tekemää esineen, aineen, omaisuuden tai palvelun ostotarjousta tai ostoa. Valeostoa voidaan pitää kenties selvimpänä todisteprovokaation muotona. Valeosto on kuitenkin pykälän mukaan toteutettava siten, ettei se saa kohteena olevaa tai muuta henkilöä tekemään rikosta, jota hän ei muuten tekisi. Siten myös valeostoa koskee ehdoton rikosprovokaation kiello. Rikosprovokaatoriskin vähentämiseksi valeoston kohteena tulee ensisijaisesti olla näyte-erä esimerkiksi huumausainetta. Suuren määrän valeostaminen saattaisi johtaa siihen, että valeosto merkitsee aloitetta suuremman huumausaineerän hankkimiseen kuin tekijällä on hallussaan. Tätä voidaan pitää eräänä rikosprovokaation tyyppitapauksena.<sup>1015</sup>

Myös *tietolähteen ohjattu käyttö* (PKL 10:39) mahdollistaa todisteprovokaation. Erona peitetoimintaan ja valeostoon on se, että tietolähde ei ole viranomaisena vaan yksityishenkilö, joka toimii poliisin tietten ja lukuun – oma-aloitteinen tietojen kertominen ei ole ohjattua käyttöä. Ohjattu tietolähde voidaan rikosprovokaatiota arvioitaessa samastaa siihen viranomaiseen, joka hänen toiminnastaan päättää. Rikosprovokaatiokielloa ei suoraan ilmene tietolähteen ohjattua käyttöä koskevista säännöksistä. Lainkohdan mukaan ennen tietolähteen ohjattua käyttöä tietolähteelle on kuitenkin tehtävä selkoa hänen oikeuksistaan ja velvollisuuksistaan sekä erityisesti hänelle lain mukaan sallitusta ja kielletystä toiminnasta. Tässä yhteydessä on esitöiden mukaan selostettava myös rikosprovokaation kiello.<sup>1016</sup>

<sup>1014</sup> HE 222/2010 vp s. 338–339, Fredman ym. 2020 s. 1129–1137 ja päätöksentekomenettelystä s. 1141–1143. On huomattava, että säännöksessä käytetään sanaa *aloite* eikä *yllytys*. Esitöissä todetaankin, että aloitteellisuuden ei tarvitse olla RL:ssa tarkoitettua yllytystä ollakseen kiellettyä.

<sup>1015</sup> HE 222/2010 vp s. 344–346, Fredman ym. 2020 s. 1146–1151.

<sup>1016</sup> HE 222/2010 vp s. 347–349, Fredman ym. 2020 s. 1152–1155.

Myös peitelty tiedonhankinta (PKL 10:14) sisältää vuorovaikutuselementin, mutta rinnastuu luontevammin tarkkailuun toiminnan pintapuolisuuden ja lyhyen keston vuoksi. Vielä selvemmin pelkästä tarkkailusta on kysymys valvotun läpilaskun (PKL 10:41) osalta – tosin siihen voi myös osallistua peitepoliisi (PKL 10:29.2).<sup>1017</sup>

Kaikkia kolmea yllä lueteltua todisteprovokaatiokeinoa koskee tarkka sääntely siitä, millä edellytyksillä menettelyyn voidaan ryhtyä ja miten sitä valvotaan. Päätökset edellä mainituista todisteprovokaatioitoimista ovat esimerkiksi voimassa enintään tietyn määräajan.<sup>1018</sup> Lisäksi päätösten sisällölle on asetettu huomattavan korkeat vaatimukset. Salaisten pakkokeinojen käytön valvonnasta huolehtivat PKL 10:65:ssä mainitut viranomaiset eli poliisiin osalta yksiköiden päälliköt, sisäministeriö ja Poliisihallitus sekä myös eduskunnan oikeusasiamies. Tuomioistuimien valvoo ainoastaan peitetoiminnan edellytyksiä (PKL 10:32), mutta muiden todisteprovokaatiokeinojen osalta on säädetty kattavista turvatakeista. Nähdäkseni onkin selvää, että jos PKL:n säännöksiä on noudatettu, ei menettelyä ole tarpeen arvioida esimerkiksi ”sisällöllisellä testillä”.

Edellä todetuin tavoin todisteiden hankkimisvaiheessa on voimassa joustamaton rikosprovokaation kielto. Esittämiskieltoa sen sijaan laki ei tunne eikä nimenomaista hyödyntämiskieltoakaan. OK 17:25.3:n yksityiskohtaisissa perusteluissa kuitenkin todetaan: ”Suomen oikeusjärjestyksen näkökulmasta luonteva keino on asettaa rikosprovokaation seurauksena syntyneet todisteet hyödyntämiskieltoon, joskin ihmisoikeustuomioistuimien on viitannut muihinkin vaihtoehtoihin todeten, että asia jää lähtökohtaisesti päätettäväksi kansallisella tasolla.”<sup>1019</sup> Hyödyntämiskielto tulisi siten asetettavaksi kyseisen säännöksen perusteella. Sen määrittämisessä ei kuitenkaan ole harkintaa, joten tilanne vastaa epäinhimillisellä tai halventavalla tavalla saadun lausuman käytöstä todettua. Esittämiskielto voi nytkin perustua tuomioistuimen asettamaan ennakkolliiseen hyödyntämiskieltoon.

Hallituksen esityksessä lausuttu näyttäisi jättävän avoimeksi sen mahdollisuuden, että rikosprovokaatiolla saatuja todisteita ei välttämättä asetettaisikaan hyödyntämiskieltoon, koska myös muut vaihtoehdot voisivat tulla kysymykseen. Lausuma perustuu EIT:n Bannikova-tuomioon, jossa soveliaan ratkaisumallin valinta jätetään kansalliseen harkintaan subsidiariteettiperiaat-

<sup>1017</sup> HE 222/2010 vp s. 347–348, Fredman ym. 2020 s. 1106–1108 ja 1157–1159.

<sup>1018</sup> Peitetoimintaa koskeva päätös voidaan antaa enintään kuudeksi kuukaudeksi kerrallaan (PKL 10:31.2), valeostoa koskeva päätös enintään kahdeksi kuukaudeksi kerrallaan (PKL 10:35.2) ja tietolähteen ohjattua käyttöä koskeva päätös enintään kuudeksi kuukaudeksi kerrallaan (PKL 10:40.2).

<sup>1019</sup> HE 46/2014 vp s. 50 ja 93. Myös lakivaliokunta on viitannut hyödyntämiskieltoon ”luontevuuteen”, mikä vahvistaa sen painavaksi lähtökohdaksi oikeudessamme (LaVM 19/2014 vp s. 20).

teen mukaisesti. Mielestäni hyödyntämiskielto ei välttämättä olekaan luontevin ratkaisumalli, joten tarkastelen seuraavaksi – ja poikkeuksellisesti tutkimuksen kysymyksenasettelu ja rajaukset huomioon ottaen – mahdollisia hyödyntämiskieltoille vaihtoehtoisia oikeusseuraamuksia. Joka tapauksessa myöskään rikosprovokaatiosta aiheutuvan oikeudenloukkauksen vaikutuksia ei voida vakauttaa jälkikäteen, vaan ne olisi poistettava.

## 7.2.4 Vaihtoehtoisista oikeusseuraamuksista

Rikosprovokaation kiellon kohteena on oikeastaan rikoksen tekeminen, ei pelkästään näytön hankkiminen. Ongelmana on viranomaisen aloitteesta tapahtuneen rikoksen rangaistavuus sinänsä eikä menettely, jolla rikoksesta on saatu todisteita. Rikosprovokaatiolla on siten pikemminkin aineellisoikeudellinen kuin todistus oikeudellinen vaikutus ja oikeusseuraamuksenkin tulisi heijastaa tätä.<sup>1020</sup> EIT on pitänyt mahdollisina vaihtoehtoina hyödyntämiskieltoille ainakin oikeudenkäynnin keskeyttämistä (stay of proceedings) ja aineellisen rangaistavuuden estymistä (substantive defence) rikosprovokaation perusteella.<sup>1021</sup> Kaikki kolme keinoa johtavat käytännössä samaan lopputulokseen eli siihen, että rikokseen provosoitua ei rangaista.

Monissa oikeusjärjestyksissä on katsottu, että rangaistusta voitaisiin lieventää rikosprovokaation perusteella.<sup>1022</sup> Tämä ei kuitenkaan ole sopusoinnussa EIT:n nykyisen oikeuskäytännön kanssa. Rangaistukseen tuomitsematta jättäminen lienee sen sijaan soveltuva oikeusseuraamus ja sitä on pidetty mahdollisena ainakin Ruotsissa.<sup>1023</sup>

Common law -oikeusjärjestyksissä tunnettu oikeudenkäynnin keskeyttäminen johtaa syyteasian raukeamiseen. Se perustuu oikeudenkäynnin väärinkäytön (abuse of process) kieltoon. Rikosprovokaation perusteella oikeudenkäynti voidaan keskeyttää Australiassa, Kanadassa ja Yhdistyneessä kuningaskunnassa.<sup>1024</sup> Rikosprovokaatiota on pidetty prosessinesteinä ainakin Saksan oikeudessa.<sup>1025</sup> Kummassakin tapauksessa kysymys on prosessuaalisesta oikeus-

<sup>1020</sup> Law Com. No. 83 s. 44–46 ja Jones and Doyle v. HM Advocate [2009] HCJAC 86. Samoin Asp 2001 s. 219–223.

<sup>1021</sup> Bannikova v. Russia (kohdat 55 ja 56), Rautio – Frände 2016 s. 187.

<sup>1022</sup> Ks. esim. Saksan oikeuden osalta Furcht v. Germany, 23.10.2014 (kohdat 28–31 ja 69) ja Asp 2001 s. 96–105, Englannin osalta R. v Tonnessen, mutta toisin Law Com. No. 83 s. 45–46, ja Ruotsin osalta Asp 2001 s. 318–320, Axberger 1989 s. 45–46 ja NJA 2007:124.

<sup>1023</sup> SOU 2003:74 s. 158–160 ja Asp 2001 s. 307–308. Ks. myös Svean hovioikeuden ratkaisu asiassa NJA 2007:124.

<sup>1024</sup> Murphy – Anderson 2014 s. 630, Asp 2001 s. 96–99 ja 129.

<sup>1025</sup> Asp 2001 s. 96–105.



seuraamuksesta. Suomessa kysymykseen tulisi lähinnä syyteasian jättäminen tutkimatta prosessinesteiden perusteella (ROL 5:6). Meillä prosessinesteitä voivat rikosasioissa olla esimerkiksi syyteoikeuden puuttuminen tai syytteen nostaminen väärässä tuomioistuimessa.<sup>1026</sup> Rikosprovokaation jäsentäminen prosessinesteeksi ei liene järjestelmäämme sopiva ratkaisumalli.

Rikosprovokaatio on puolestaan hyväksytty rangaistusvastuun poissulkevaksi perusteeksi jo vanhastaan Yhdysvalloissa.<sup>1027</sup> Ruotsissa on vuonna 2007 annettu ratkaisu, jonka mukaan rikosprovokaatio merkitsee puutetta rangaistavuuden edellytyksissä (bristande materiell straffbarhetsbetingelse). Sellaisena se rinnastuu esimerkiksi syyteoikeuden vanhentumiseen. Tekoa kuitenkin pidetään sinänsä rikoksena eli tunnusmerkistön mukaisena, oikeudenvastaisena ja syyllisyyttä osoittavana tekona.<sup>1028</sup> Lisäksi HD:n mukaan rangaistuksen lieventäminen tai rangaistukseen tuomitsematta jättäminen voisivat tulla kysymykseen, jos provokaatio ei olisi niin vakava, että se vaarantaa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden. Kannatan kumpaakin ajatusta.

NJA 2007:124. Vastaajia syytettiin törkeästä kätkemisrikoksesta, jonka kohteena oli kaksi Ruotsin Nationalmuseumista varastettua taulua. Kaikki tuomioistuimet katsoivat näytetyksi, etteivät vastaajat olisi hankkineet tauluja haltuunsa ilman heihin kohdistunutta provokaatiota. Rikosprovokaation vaikutuksista kaikki oikeusasteet olivat kuitenkin eri mieltä ja prosessissa käytiin läpi melkein koko vaihtoehtojen kirjo. Käräjäoikeus päätyi lieventämään tuomittavaa rangaistusta, hovioikeus jätti vastaajat rangaistukseen tuomitsematta, ja HD hylkäsi syytteen edellä kerrotuin perustein.

NJA 2011:57. Myöhemmissä ratkaisussa päädyttiin soveltamaan rangaistuksen lieventämistä. HD katsoi, että käsillä oli (vain) luvaton todisteprovokaatio, ei varsinainen rikosprovokaatio. Keskeinen peruste on nähdäkseni se, että tutkinta kohdistui jo tapahtuneeseen rikokseen (kohdat 10–11). Ratkaisu on mielestäni erittäin altis kritiikille, koska siinä poiketaan täysin EIT:n Allan-ratkaisun oikeusohjeesta (ks. edellä luku 6.2.3). Tunnustaessaan teon vastaaja oli paitsi peitepoliisien painostuksen kohteena myös huumausainneiden vaikutuksen alaisena. Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytäntö edellyttää selkeästi, että haavoittuvassa asemassa esimerkiksi päihtymyksen vuoksi olevan henkilön itsekriminointisuoja nauttii korostettua suojaa hänen heikentyneen tahdonmuodostuksensa vuoksi.<sup>1029</sup>

<sup>1026</sup> Ks. Virolainen – Pölönen 2003 s. 11 ja Jokela 2018 s. 349.

<sup>1027</sup> Sorrells v. United States, 287 U.S. 435 (1932), Asp 2001 s. 142–157, Murphy – Anderson 2014 s. 627.

<sup>1028</sup> Muita tällaisia edellytyksiä ovat esimerkiksi, ettei vastaaja ole kuollut eikä syyteoikeus vanhentunut. Ks. Jareborg 2001 s. 37 ja Frände 2012 s. 265–266.

<sup>1029</sup> Ks. Allan-ratkaisun lisäksi Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], 13.9.2016 (kohdta 274).

Suomessakin näyttää ainakin pidetyn mahdollisena, että rikosprovokaatio esittäisi nimenomaan rikosoikeudellisessa mielessä teon rangaistavuuden. Kumotun poliisilain esitöissä todettiin: ”Periaatteena valeostossa olisi, että kenellekään ei syntyisi rikosoikeudellista vastuuta yksinomaan poliisin aloitteesta tapahtuvasta valeostosta.”<sup>1030</sup> Lausumasta johdettavaa oikeusohjetta heikentää kuitenkin merkittävästi se, että kyseistä lainkohtaa poliisin toiminnan yleisistä periaatteista ei säädetty. Lakivaliokunta piti sitä tarpeettomana todeten, että ”rikokseen yllyttämisen lainvastaisuus on kiistaton jo nykyisen lainsäädännön perusteella”.<sup>1031</sup> Valiokunnan kannanotto ei toisaalta liity lainkaan provosoidun rikosoikeudelliseen vastuuseen, joten mitään ehdotonta estettä ei mielestäni olisi sille, että rikosprovokaatio johtaisi meilläkin syytteen hylkäämiseen.

Vertailukohtana mainittakoon, että HD totesi nimenomaisesti tapauksen NJA 2007:124 perusteluissa, ettei sen tulkinnalle ollut suoraa lain tukea. HD perusteli ratkaisuaan EIT:n ratkaisukäytännöllä ja totesi, että valittu ratkaisumalli soveltuu parhaiten Ruotsin oikeuteen tilanteessa, jossa EIT katsoisi rikosprovokaation loukkaavan oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta. Lisäksi perusteluissa todetaan, ettei sen omaksumalle tulkinnalle ollut erityisiä esteitäkään. Kriittisenä huomiona voidaan toisaalta esittää, että HD hylkäsi hyödyntämiskiellon mahdollisuuden pelkästään todistelun vapauteen vedoten. Joka tapauksessa kannatan *de lege ferenda* sitä, että myös Suomessa rikosprovokaatiota pidettäisiin aineellisen rikosvastuun poistavana perusteena.

---

<sup>1030</sup> HE 34/1999 vp s. 20.

<sup>1031</sup> LaVL 7/2000 s. 9 ja HaVM 17/2000 s. 10.



---

## 8 Todisteen lainvastainen hankkiminen

### 8.1 FUNKTIO

Edeltävissä pääluvuissa tarkasteltujen todistamiskieltojen, myötävaikuttamattomuusperiaatteen, kidutuksen kiellon ja rikosprovokaation kiellon vastainen näytön hankkiminen on laitonta. Nyt siirrytään tarkastelemaan muita kuin edellä tarkasteltuja tilanteita, joissa todiste hankitaan lainvastaisesti. Todisteiden hankkimista koskevia säännöksiä sisältyy esimerkiksi ETL:in ja PKL:in. Rikosprosessuaalisen laillisuusperiaatteen mukaisesti selvänä lähtökohtana on, että todisteet tulee hankkia lain säännöksiä noudattaen. Jos näin ei tapahdu, voi tulla arvioitavaksi, onko laittomasti hankittu todiste hyödyntämiskelpoinen. Todistelu-uudistuksessa lakiin lisättiin yleinen, harkinnanvarainen hyödyntämiskielto säännös, jonka nojalla tuomioistuin voi aina kieltää lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämisen.

Todisteiden hankkimista koskevilla säännöksillä suojataan ennen muuta yksilöiden perusoikeuksia. Esimerkiksi henkilökohtaiseen koskemattomuuteen ei saa puuttua eikä vapautta riistää mielivaltaisesti eikä ilman laissa säädettyä perustetta (PL 7.3 §). Lailla voidaan säätää perusoikeuksien turvaamiseksi tai rikosten selvittämiseksi välttämättömistä kotirauhan piiriin ulottuvista toimenpiteistä ja välttämättömistä rajoituksista viestin salaisuuteen muun muassa eräiden rikosten tutkinnassa (PL 10.3–4 §). Puuttuminen perusoikeuksiin ei saa tapahtua ilman laissa säädettyä perustetta, koska oikeusvaltiossa yksilöt nauttavat suojaa myös viranomaisten laittomia toimia vastaan. Jos jonkin tutkintatoimenpiteen laissa säädetty edellytykset eivät täyty, puuttuminen perusoikeuteen on oikeudeton ja merkitsee oikeudenloukkausta.<sup>1032</sup>

Hankkimista koskevilla säännöksillä suojataan myös todisteiden luotettavuutta ehkäisemällä epäasiallista vaikuttamista henkilötodistajien kertomuksiin ja reaalityodisteiden manipulointia. Äärimmillään voidaan väittää, että laittomasti toimitetun etsinnän seurauksena takavarikoidut esineet eivät tosiasianssa ole olleet etsityssä kohteessa, vaan poliisi on lavastanut vastaajan syylliseksi. Vastaavasti voidaan väittää, että erilaisia tallenteita on muunneltu tai että ne on kokonaan väärennetty. Todisteiden hankkimista koskevat menettelysäännökset

---

<sup>1032</sup> HE 309/1993 vp s. 29–30, HE 222/2010 vp s. 71 ja 110–111, Fredman ym. 2020 s. 52–53 ja 684–685, Terenius 2013 s. 163–166. Ks. myös Brøbech 2003 s. 388–396 ja HE 2/1958 vp s. 1: ”Vaikkakin pakkokeinojen käyttö useasti kajoaa syvälle yksilön oikeuspiiriin, niin se saa oikeuksensa siitä oikeusvaltioissa yleisesti noudatetusta periaatteesta, että yksilön oikeuksien on alistuttava rajoituksiin suuremmanarvoisen yleisen edun takia, milloin nämä joutuvat keskenään ristiriitaan, kunhan vain samalla luodaan riittävät takeet väärinkäytöksiä ja mielivaltaa vastaan.”

edistävät osaltaan sitä, ettei todisteiden vääristelyä tai vääristymistä tapahtuisi. Laiton menettelytapa saattaa aiheuttaa epäilyn todisteen luotettavuuden vaarantumisesta. Jo tästä syystä on tarpeen selvittää, onko lainvastainen hankkimistapa vaikuttanut luotettavuuteen.

OK 17:25.3:n mukaan muussa kuin pykälän 1 tai 2 momentissa tarkoitettussa tapauksessa tuomioistuin saa hyödyntää myös lainvastaisesti hankittua todistetta, jollei hyödyntäminen vaaranna oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista ottaen huomioon asian laatu, todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus, hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja muut olosuhteet. Hallituksen esityksessä lainkohta oli muotoiltu siten, että tuomioistuimen olisi jätettävä hyödyntämättä lainvastaisesti hankittu todiste, jos siihen on painavat syyt ottaen huomioon säännöksestä ilmenevät perusteet. Toisin sanoen esityksessä painotettiin harkinnanvaraista hyödyntämiskieltoa enemmän kuin oletta-  
maa vapaasta hyödyntämisestä, minkä lakivaliokunta muutti toisin päin.

Lakivaliokunta halusi sitoa harkinnan EIT:n oikeuskäytäntöön ja EIS 6 artiklaan.<sup>1033</sup> Ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä on vakiintuneesti todettu, että kysymys kansallisen lain vastaisesti hankitun todistelun hyödyntämisestä kuuluu lähtökohtaisesti kansalliseen harkintamarginaaliin. Lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen ei siten loukkaa automaattisesti oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimusta, vaan ratkaisevaa on oikeudenmukaisuutta koskeva kokonaisarviointi. EIS 6 artiklan vastaista ei automaattisesti ole sekään, että todisteen hankkiminen loukkaa jotain muuta ihmisoikeussopimuksen artiklaa. Edellä on jo tarkasteltu kidutuksen kieltoa, joka on erityisasemassa (luku 7.1). Sen sijaan EIS 8 artiklassa turvatun yksityisyyden suojan loukkauksen ei katsota suoraan loukkaavan oikeutta oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin.<sup>1034</sup>

Kansallisen oikeutemme mukaan laitton hankkimistapa ei vielä sellaisenaan ole todisteen hyödyntämiskysymyksen kannalta ratkaiseva seikka. Näin ollen legaliteettiperiaatetta ei voida pitää ehdollisen hyödyntämiskiellon keskeisenä funktiona. OK 17:25.3:n sanamuodon mukaan hyödyntämiskysymys on sidottu *oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen*. Tämä peruste on kuitenkin tulkinnanvarainen. Lainkohdan esitöiden mukaan punninnassa tulee ottaa huomioon ”selvittämistä hyödyntämistä puoltavana näkökohtana ja toisaalta hyödyntämiskieltoa puoltavana näkökohtana ne epäedulliset vaikutukset, mi-

<sup>1033</sup> LaVM 19/2014 vp s. 21.

<sup>1034</sup> Ks. Pellonpää ym. 2018 s. 678, Rautio – Frände 2016 s. 180–181, Jackson – Summers 2012 s. 194–195 ja EIT:n oikeuskäytännöstä esim. Schenk v. Switzerland [plenary], 12.6.1988 (kohta 46), Khan v. the United Kingdom, 12.5.2000 (kohta 34) ja Jalloh v. Germany [GC], 11.7.2006 (kohta 94).

tä hyödyntämisestä seuraisi”.<sup>1035</sup> Lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämiskelpoisuus ratkaistaisiin siten ensisijaisesti prospektiivisin perustein, mutta harkinnan laajempaan viitekehyksenä olisi EIS 6 artikla ja sitä koskeva tulkintakäytäntö.

Pölönen on jo vuonna 2003 todennut, että hyödyntämiskieltoratkaisun tulee olla finalistinen ja ottaa huomioon todisteen hyväksymisestä oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle mahdollisesti aiheutuvat negatiiviset seuraamukset. Hänen esittämänsä punnintamalli perustuu hyödyntämiskieltoratkaisun seurausten prospektiiviseen arviointiin, kuten myös OK 17:25.3. Hyödyntämiskieltoratkaisun tulee Pölösen mukaan tuottaa kokonaisuutena arvioiden oikeudenmukainen lopputulos eli sovittaa nämä ristiriitaiset intressit yhteen optimaalisesti. Punnintakriteereinä tulisi Pölösen mukaan ottaa huomioon muun muassa rikoksen selvittämisen intressin painavuus, oikeudenloukkauksen laatu ja laajuus sekä korjauksekelpoisuus, viranomaisen menettelyn tahallisuus, todisteen merkitys ja vastaajan mielipide. Näkemys on varsin lähellä nykyistä sääntelyä.<sup>1036</sup>

Myös EIT:n oikeuskäytännön mukaan keskeistä on arvioida menettelyvirheen vaikutuksia oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kannalta. Tässä arvioinnissa ei kuitenkaan ole nimenomaisesti sitouduttu retrospektiiviseen tai prospektiiviseen näkökulmaan. Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus näyttäytyy harkinnanvaraisen hyödyntämiskielto säännöksen soveltamistilanteissa sellaisena joustavana tulkintakehyksenä, jonka puitteissa voidaan ottaa huomioon niin hyödyntämistä vastaan kuin sen puolestakin puhuvia syitä. Kysymys on monipuolisesta verrattain avoimesta punnintaratkaisusta. Toisaalta on muistettava, että hyödyntämiskielto tulee kysymykseen ainoastaan poikkeuksellisesti eli jos laittomasti hankitun todisteen hyödyttäminen vaarantaisi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden.

## 8.2 KOHDE

OK 17:25.3:ssa säädetty harkinnanvarainen hyödyntämiskielto on todistuskeinoneutraali ja soveltamisalaltaan yleinen, kuten muutkin saman säännöksen hyödyntämistä rajoittavat normit. Pölönen ja Tapanila ovat katsoneet, että harkinnanvarainen yleissäännös on tarpeellinen erityisesti sen vuoksi, että tuomioistuimet voivat sen perusteella ratkaista hyödyntämiskielto väitteitä. Säännös koskee kaikenlaisia todisteita, niin henkilötodistelua kuin reaalityodistelua.<sup>1037</sup> Todistelunrajoitteen kohteena on todistusmetodi, yksinkertaisesti *lainvastainen hankkimistapa*. Lainvastaisesti hankitun todisteen todistusteemalla ei

<sup>1035</sup> HE 46/2014 vp s. 93.

<sup>1036</sup> Pölönen 2003 s. 219 ja 237–244.

<sup>1037</sup> Pölönen – Tapanila 2015 s. 324 ja 331.

lähtökohtaisesti ole merkitystä, joskin esitöissä mainitaan yleisenä lähtökohdiana, että syytetyn syyttömyyttä tukeva todiste on hyödynnettävissä.<sup>1038</sup> Tämä poikkeus soveltuu nähdäkseen todistelunrajoitteisiin laajemminkin, kuten edellä on useassa yhteydessä todettu.

Lainkohdan esitöiden mukaan ”[I]ainvastaisuus voi ilmetä rangaistavaksi säädettyinä menettelynä tai sellaisena prosessuaalisessa tai aineellisessa lain-säädännössä kiellettyinä menettelynä, johon on liitetty muunlainen sanktio tai jota ei ole sanktioitu lainkaan. Viranomaisten osalta kysymys voi olla toimivaltuuksien ylittämisenä. – – Laki käsittäisi paitsi eduskuntalait, myös alemman asteiset kansalliset säädökset, EU-lainsäädännön ja Suomea sitovat kansainväliset sopimukset. Periaatteessa myös vahva ja vakiintunut yhdenmukainen oikeuskäytäntö voisi tulla kysymykseen, jos sitä voidaan pitää vahvuudeltaan tavanomaisena oikeutena.”<sup>1039</sup> Etenkin viimeksi mainituissa tilanteissa voitaisiin puhua laajemmin oikeudenvastaisesta todisteen hankkimisesta. Torgersenin käsittein hyödyntämisrajoitteen perusteena olevaa loukkausta voidaan nimittää laittomuusvaatimukseksi.<sup>1040</sup>

Näin laajasta määritelmästä seuraa, ettei ole tarkoituksenmukaista edes pyrkiä luettelemaan kaikkia laittomuusvaatimuksen täyttäviä todisteiden hankkimistapoja. Olennaista on, että kysymys täytyy olla todistusoikeudellisesti merkityksellisestä normista eli loukkauksen ja todisteen saamisen välillä tulee vallita syy-yhteys.<sup>1041</sup> Tilanteita voidaan karkeasti luokitella ensinnäkin sen mukaan, syyllistyykö oikeudenloukkaukseen viranomainen vai omaan lukuunsa toimiva yksityishenkilö. Erityinen merkitys on viranomaisten toimivaltuuksia koskevilla normeilla. Brøbech jakaa pakkokeinoja koskevat normit kolmeen tyyppiin: muodollisiin kompetenssinormeihin (kuka saa tehdä), prosessuaalisiin normeihin (mitä saa tehdä) ja aineellisiin normeihin (millä edellytyksillä saa tehdä).<sup>1042</sup> Laiton hankkimistapa voi loukata mitä tahansa näistä.

Useat toimivaltuusnormit ilmaisevat jokseenkin selviä todistusmetodirajoituksia. Kohteen perusoikeuksiin puuttuvat tutkintatoimet, esimerkiksi kotietsintä tai telekuuntelu, ovat sallittuja laissa säädetyin edellytyksin ja menet-

<sup>1038</sup> HE 46/2014 vp s. 93.

<sup>1039</sup> HE 46/2014 vp s. 92–93. Ks. myös Rautio – Frände 2016 s. 179–180 ja Pölonen – Tapanila 2015 s. 333. Kirjoittajat ovat erimielisiä siitä, voiko viranomaisen toimintaa koskevan ohjeistuksen vastainen menettely täyttää laittomuusvaatimuksen. Olen taipuvainen hyväksymään Raution ja Fränden näkemyksen siitä, että näin ei olisi asian laita.

<sup>1040</sup> Torgersen 2009 s. 5–8, 102 ja 111 sekä siellä mainitut Rt. 2003 s. 1266 ja Rt. 2004 s. 1336.

<sup>1041</sup> Ks. Øyen 2010 s. 424–425 ja Torgersen 2009 s. 5–6: ”Det at et bevis sies å være ulovlig ervervet, må forstås som en henvisning til en særlig relasjon mellom ulovlig handling (eller unnløstelse) og tilgang til bevis.”

<sup>1042</sup> Brøbech 2003 s. 79–81. Ks. vastaavasti HE 2/1958 vp s. 1, missä todetaan, että pakkokeinoja koskevien säännösten ”on oltava selvät siinä, kenellä on oikeus ryhtyä toimenpiteisiin sekä millä edellytyksillä ja millaista menettelyä noudattaen se voi tapahtua”.

telyin. Muutoin etsintä tai kuuntelu on laiton hankkimismetodi.<sup>1043</sup> Toisaalta todistusmenetelmiloukkauksena voidaan ainakin hallituksen esityksen mukaan pitää todisteen hankkimista rikoksella, esimerkiksi varkaudella tai salakatselulla. Niitä koskevat aineellisen rikosoikeuden säännökset eivät ilmaise todistusmenetelmärajoitusta. Vaikka esimerkiksi salakatselulla voidaan hankkia todisteita, rikosta ei valtaosassa tapauksia tehdä tässä tarkoituksessa. Viimesijaisesti onkin normin luonteesta riippumatta arvioitava syy-yhteyttä eli sitä, onko lainvastainen menettely johtanut todisteen hankkimiseen vai ei.

Alkava pääluku on jäsenetty poikkeuksellisesti siten, että todistelunrajoitteiden ulottuvuutta ja joustavuutta tarkastellaan samassa yhteydessä. Syyntä tähän ovat hankkimista koskevien normien moninaisuus sekä se, ettei laiton hankkimistapa lähtökohtaisesti tee todisteesta hyödyntämiskelvotonta. Hankkimis- ja hyödyntämisrajoitteet joustavat lisäksi eri perustein. Valittu jäsennostapa ei ole ainoa mahdollinen, mutta antaa riittävän yleiskuvan erityyppisistä normeista, jotka voivat täyttää laittomuusvaatimuksen.

## 8.3 HANKKIMISRAJOITTEET

### 8.3.1 Esitutkimintaperiaatteet

ETL 4 luvussa säädetään yleisistä esitutkimintaperiaatteista, joita on noudatettava myös todisteita hankittaessa. Launiala on pohtinut seikkaperäisesti esitutkimintaperiaatteiden normiluonnetta ja katsoo, että osa niistä on enemmän sääntö- ja osa enemmän periaateluonteisia. Esitutkimintaperiaatteet ovat siten sisällöltään erilaisia ja toiset niistä joustavat enemmän kuin toiset. Launialan ehdottama ydinalueajattelu vaikuttaa soveltuvalta välineeltä niiden velvoittavuuden jäsentämiseksi: torjuvimmin olisi suhtauduttava menettelyyn, joka loukkaa jonkin esitutkimintaperiaatteen ydinaluetta. Esitutkimintaperiaatteet voidaan jäsentää hankkimismetodisääntelyn taustalla oleviksi yleisiksi opeksi, joiden vaikutus konkretisoituu yksittäisissä pakkokeinosäännöksissä. Lisäksi monet jäljempänä tarkasteltavista pakkokeinosäännöksistä ovat lainsäätäjän suorittaman periaatepunninnan tuloksia.<sup>1044</sup>

<sup>1043</sup> Useimmat toimivaltuussäännöksistä on kirjoitettu sallivaan muotoon, mutta nekin rajaavat toimivaltuuksia, koska muulle kuin nimenomaisesti sallitulle menettelylle ei ole laissa säädettyä perustetta. Normi, jossa säädetään esimerkiksi pakkokeinon käyttöedellytyksistä, voidaan ilmaista myös kieltona käyttää pakkokeinoa edellytysten puuttuessa. Tämä johtuu oikeusvaltioperiaatteesta: julkisen vallan käytön tulee perustua lakiin (PL 2.3 §). Petersin käsitteistön mukaisesti voitaisiin sanoa, että toimivaltuussäännökset asettavat henkilöllisiä ja aineellisia edellytyksiä todisteiden hankkimiselle (Peters 1966 s. 95, Pölonen 2003 s. 229).

<sup>1044</sup> Launiala 2015 s. 231–233. Launiala mainitsee aiheellisesti esitutkimintaperiaatteena myös menettelyllisen legaliteettiperiaatteen, joka ilmenee ETL 1:1.1:sta.



*Tasapuolisuusperiaatteen* mukaan esitutkinnassa on selvitettävä ja otettava huomioon sekä rikoksesta epäiltyä vastaan että hänen puolestaan vaikuttavat seikat ja todisteet (ETL 4:1). Esitutkinnassa ei saa olla pyrkimyksenä epäillyn syyllisyyden osoittaminen vaan tapahtuman avoin selvittäminen. Tasapuolisuusperiaatteen on esitöissä todettu liittyvän aineellisen totuuden selvittämistavoitteeseen ja ETL 3:7:ssä säädettyyn velvollisuuteen suorittaa asianosaisen – myös epäillyn – pyytämät kuulustelut ja muut esitutkintatoimenpiteet, jos ne saattavat vaikuttaa asiaan ja ovat suoritettavissa ilman kohtuuttomia kustannuksia.<sup>1045</sup> Todisteen hankkimatta jättäminen voi olla oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kannalta merkityksellistä, mutta laitonta todisteen hankkimista se ei tietenkään merkitse. Mikään ei myöskään estä vastaajaa hankkimasta todistetta itse (ks. myös luku 4.1.2).

Launialan mukaan tasapuolisuusperiaatteella on korostunut merkitys esitutkinnassa, mikä onkin ymmärrettävää esimerkiksi syyttömän suojaamisen tavoitteen suuren painoarvon vuoksi. Suhteessa muihin periaatteisiin tasapuolisuus vaikuttaa ensisijaisesti päätettäessä esitutkintatoimenpiteeseen ryhtymisestä, kun taas vähimmän haitan periaate, suhteellisuusperiaate ja hienotunteisuusperiaate vaikuttavat siihen, millä keinoilla ja miten selvitystä tutkittavasta teosta hankitaan. Lisäksi tasapuolisuusperiaate on suhteessa syyttömysolettamaan, koska tasapuolisen tutkinnan tarkoituksena on selvittää myös vastaajan syyttömyyttä tukevia tosiseikkoja. Tasapuolisuusperiaate on merkittävä menettelyllisen oikeusturvan tae, joka mahdollistaa epäillyn osallistumisoikeuden rikosprosessiin jo sen alkuvaiheessa.<sup>1046</sup>

*Syyttömysolettaman* mukaan rikoksesta epäiltyä on kohdeltava esitutkinnassa syyttömänä (ETL 4:2). Tämän periaatteen vastainen menettely eli epäillyn kohteleva syyllisenä esitutkinnassa ei voine sellaisenaan tuottaa mitään todisteita. Sen sijaan tällainen suhtautuminen voi kuitenkin helposti johtaa esimerkiksi toimivaltuuksien ylityksiin tai muuhun laittomaan menettelyyn. Vastaavasti epäillyn kohteleva syyttömänä, vaikka poliisi olisikin varma syyllisyydestä, on omiaan edistämään toimivaltuuksien täsmällistä noudattamista ja rikosprosessin laillisuutta.<sup>1047</sup> *Itsekriminointisuoja* (ETL 4:3) loukkaava menettely esitutkinnassa voi täyttää laittomuusvaatimuksen, mutta tällaisia loukkauksia ei tulkintani mukaan ole arvioitava nyt tarkasteltavan OK 17:25.3:n, vaan saman pykälän 2 momentin mukaisesti (ks. edellä luku 6).

*Suhteellisuusperiaatteen* mukaan esitutkintatoimenpiteen ja siitä aiheutuvan henkilön oikeuksiin puuttumisen on oltava puolustettavia suhteessa selvitetävään rikokseen, selvitetävän asian selvittämistarpeeseen sekä toimenpiteen kohteena olevan henkilön ikään, terveyteen ja muihin vastaaviin häneen liit-

<sup>1045</sup> HE 222/2010 vp s. 192, HE 14/1985 vp s. 11–12 ja 19, Fredman ym. 2020 s. 86–88.

<sup>1046</sup> Launiala 2012 s. 1–4.

<sup>1047</sup> Lippke 2016 s. 83–99.

tyviin seikkoihin ja muihin asiaan vaikuttaviin seikkoihin nähden (ETL 4:4, ks. myös PKL 1:2:n vastaava säännös). Suhteellisuusperiaatetta voidaan pitää eräänlaisena punnintaratkaisujen metasääntönä, jonka mukaan viranomaisten on toimivaltuuksia käyttäessään arvioitava henkilön oikeuksiin puuttumisen konkreettista puolustettavuutta. Näin on siitä huolimatta, että pakkokeino-toimivaltuuksia koskevat säännökset ovat lainsäätäjän suorittaman abstraktin periaatepunninnan tuloksia eli säännökset ”ilmentävät suhteellisuusperiaatetta”, kuten esitöissä todetaan.<sup>1048</sup>

Säännöksestä ilmenevällä tavalla suhteellisuusperiaate edellyttää henkilön (perus)oikeuksiin puuttumisen ja rikoksen selvittämistä toisiaan vastaan. Lainsäätäjän abstraktia punnintaa osoittaa esimerkiksi pakkokeinosääntelyn porrastaminen siten, että mitä vakavampi rikos on tutkittavana, sitä syvemmin tai laajemmin oikeuksiin puuttuvia pakkokeinoja sen selvittämisessä voidaan käyttää. Pakkokeinoja ei kuitenkaan voida pitää konkreettisesti puolustettavana, jos sen käyttöön oikeuttavan rikoksen ilmenemismuoto on niin lievä, että seuraamuksena olisi todennäköisesti vain sakkorangaistus.<sup>1049</sup>

Tapauksessa KKO 2014:57 poliisipartio oli pysäyttänyt epäillyn liikennetarkastusta varten. Tarkastuksen yhteydessä tehdyn puhalluskokeen tulos oli ollut puhdas, mutta epäilty oli kieltäytynyt huumausaineen pikatestistä. Epäillyn asunnossa oli toimitettu kaksi kotietsintää sillä perusteella, että hänen oli epäilty syyllistyneen huumausaineen käyttörikokseen. KKO totesi, että rikoksesta lähes poikkeuksetta määrätään rangaistukseksi lievä sakkorangaistus ja että suhteellisuusperiaatteen merkitystä arvioitaessa on otettava huomioon kotirauhan suoja. Kotietsintäkynnys nousee, jos kotietsinnästä odotettavissa oleva hyöty on hyvin epätodennäköinen tai hyvin vähäinen. Ensimmäisen kotietsinnän osalta KKO katsoi, että epäillyn menettely tai hänen ulkoinen olemuksensa eivät olleet viitanneet merkittävään huumausaineen käyttörikokseen ja hänen hallustaan löydettyjen huumaavien lääkeaineiden määrä oli ollut vähäinen eikä tapauksessa ole edes epäilty sellaista rikosta, johon liittyy huumausaineen levittäminen. Kotietsinnän toimittaminen oli loukannut suhteellisuusperiaatetta.

Suhteellisuusperiaatetta täydentää *vähimmän haitan periaatetta* koskevasa ETL 4:5.1:ssä säädetty välttämättömyyedellytys, jonka mukaan oikeuksiin puuttumisen on oltava välttämätöntä esitutkinnan tarkoituksen saavuttamiseksi (ks. myös PKL 1:3.2:n vastaava säännös). Suhteellisuusperiaate ja vähimmän haitan periaate ovat paljolti päällekkäisiä. Välttämättömyyedellytyksen muotoilu on tosin olennaisesti vähimmän haitan periaatteen muotoilua tiukempi. Launiala jäsentääkin esitutkintatoimenpiteen välttämättömyyden arvioinnin ensisijaiseksi suhteellisuusperiaatteeseen nähden ja katsoo, että jos

<sup>1048</sup> HE 222/2010 vp s. 193–194, Fredman ym. 2020 s. 91–94, Hormia 1978 s. 195–208.

<sup>1049</sup> Fredman ym. 2020 s. 92–93.

välttämättömyyседелlytys ei täyty, jo vähemmän haitan periaate estää toimenpiteen suorittamisen. Välttämättömyyседелlytys ilmaisee myös sen ”taking rights seriously” -tyyppisen lähtökohdan, ettei perusoikeuksiin saa puuttua pelkästään sen ollessa muodollisesti mahdollista.<sup>1050</sup>

Launiala jakaa vähemmän haitan periaatteen myös kahteen muuhun osatekijään, joita hän nimittää optimointivelvollisuudeksi ja minimointivelvollisuudeksi. Optimointivelvollisuus vaikuttaa esitutkintatoimenpiteen valikoitumiseen siten, että jos välttämättömyyседелlytystä ja itsekriminointisuoja koskevan harkinnan jälkeen on olemassa useampia vaihtoehtoisia esitutkintatoimenpiteitä, tulee niistä valita yksilön oikeuksiin vähiten puuttuva toimenpidevaihtoehto. Vasta näiden esivaiheiden jälkeen toimenpiteen valikoitumiseen sovellettaisiin suhteellisuusperiaatetta. Minimointivelvollisuus perustuu ETL 4:5.2:in, jonka mukaan esitutkintatoimenpiteellä ei saa aiheuttaa kenellekään tarpeettomasti vahinkoa tai haittaa (ks. myös PKL 1:3.2:n vastaava säännös). Tämä periaate ohjaa lähinnä toimenpiteen suorittamista.<sup>1051</sup>

Ratkaisun AOA 26.5.2010 dnro 3397/4/08 tosiseikat muistuttavat läheisesti edellä käsiteltyä tapausta KKO 2014:57. Epäilty oli pysäytetty liikenteessä ja hänelle oli tehty huumausaineen pikatesti, jonka tulos oli ollut positiivinen. Epäillyn mukaan tämä johtui hänelle määrätystä lääkityksestä, jota koskevan reseptin olisi voinut tarkistaa läheisestä apteekista. Poliisi kuitenkin vei epäillyn verikokeeseen ja hänen autoonsa ja asuntoonsa tehtiin huumausaineen käyttörökosepäilyn perusteella etsinnät. AOA katsoi, että tässä yksittäistapauksessa epäillyn väitteen selvittäminen olisi ilmeisesti ollut varsin helppoa. Selvitys olisi voinut johtaa käyttörökosepäilyn raukeamiseen, jolloin kotietsintää ei olisi ollut tarpeen toimittaa. AOA viittasi perustelunaan tasapuolisuusperiaatteeseen ja vähemmän haitan periaatteeseen eikä suhteellisuusperiaatteeseen. Tältä osin arviointi eroaa KKO:n ratkaisusta.

ETL 4:6:ssä säädetään, että esitutkinnan asianosaisia ja muita esitutkintaan osallistuvia on kohdeltava hienotunteisesti. PKL 1:4:n vastaavassa säännöksessä todetaan lisäksi, että pakkokeinoja käytettäessä on vältettävä aiheettoman huomion herättämistä. *Hienotunteisuusperiaate* suojaa kaikkia esitutkinnan kohteeksi joutuvia henkilöitä. Tutkintatoimenpiteet olisi suoritettava mahdollisuuksien mukaan siten, etteivät ne leimaa kohdettaan ja että esimerkiksi seksuaalirikosten tutkinta suoritetaan etenkin uhrin kannalta sensitiivisesti. Esi- töiden mukaan periaate saa sisältönsä osin sellaisista lain säännöksistä kuin

<sup>1050</sup> HE 222/2010 vp s. 194, Launiala 2012 s. 4–8. Vähemmän haitan periaate kodifioitiin VETL:in lakivaliokunnan aloitteesta. Hallituksen esityksessä sen todettiin olevan läheisesti yhteydessä hienotunteisuusperiaatteeseen (HE 14/1985 vp s. 12, LaVM 9/1986 vp s. 3 ja 5). Ks. taking rights seriously -vaatimuksesta edellä luku 2.3.4.

<sup>1051</sup> Launiala 2012 s. 8–11.

kuulusteltavan kohtelua koskevasta ETL 7:5:stä.<sup>1052</sup> Tahdikkuusnäkökohdat on otettava huomioon myös rikostutkinnasta tiedotettaessa. Viranomaisten leimavat lausunnot voivat joissain tapauksissa loukata syyttömyysolettamaa.<sup>1053</sup>

Esitutkintaan osallistuvan kohtelulta edellytetään erityistä hienotunteisuutta, jos kysymyksessä on erityisen haavoittuvassa asemassa oleva henkilö, kuten vammainen tai lapsi. ETL 4:7:ssä säädetään lisäksi, että alle 18-vuotiasta on kohdeltava esitutkinnassa hänen ikänsä ja kehitystasonsa edellyttämällä tavalla. Erityisesti on huolehdittava siitä, ettei tutkintatoimenpiteistä aiheudu hänelle tarpeetonta haittaa koulussa, työpaikalla tai muussa hänelle tärkeässä ympäristössä. Alle 18-vuotiaisiin kohdistuvat tutkintatoimenpiteet on mahdollisuuksiensa mukaan annettava tähän tehtävään erityisesti perehtyneille tutkijoille. Esitutkintaviranomaisen on tarvittaessa neuvoteltava lääkärin tai muun asiantuntijan kanssa siitä, voidaanko alle 18-vuotiaaseen kohdistaa tutkintatoimenpiteitä. Hienotunteisuusperiaate saa osin sisältönsä tästä säännöksestä.

### 8.3.2 Kuulusteltavan kohtelu

Kuulusteltavan oikeudet ja velvollisuudet määräytyvät hänen prosessiasemansa perusteella. Edellä on tarkasteltu, miten todistamiskiellot, myötävaikuttamattomuusperiaate, kidutuksen kielto ja rikosprovokaation kielto rajoittavat todisteiden hankkimista. Korostan vielä, että nämä rajoitteet tulevat erityissäännöksinä noudatettaviksi (*lex specialis*) ja niiden vastaisesti hankitut todisteet eivät ole lähtökohtaisesti hyödyntämiskelpoisia. Nyt tarkasteltavat säännökset koskevat kaikkien kuulusteltavien – myös positiivisesti totuusvelvollisten varsinaisten todistajien – kohtelua ja rajoittavat siten yleisesti ja viimesijaisesti poliisin käytettävissä olevia keinoja asian selvittämiseen. Niillä suojataan todistajan ihmisarvoista kohtelua ja hankittavien lausuntojen luotettavuutta. Keskeinen säännös on ETL 7:5, jota on sivuttu jo aikaisemmin (luku 6.2.3):<sup>1054</sup>

Kuulusteltavaa on kohdeltava rauhallisesti ja asiallisesti. Tunnustuksen tai määrättyyn suuntaan johtavan lausuman saamiseksi kuulusteltavalta ei saa käyttää tietoisesti vääriä ilmoituksia, lupauksia tai uskotteluja erityisistä eduista, uuvuttamista, uhkausta, pakkoa taikka muita kuulusteltavan ratkaisuvapauteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelukykyyn vaikuttavia sopimattomia keinoja tai menettelytapoja.

<sup>1052</sup> HE 222/2010 vp s. 45 ja 194, HE 14/1985 vp s. 19, Launiala 2012 s. 9–13.

<sup>1053</sup> Ks. Hirvelä – Heikkilä 2017 s. 502–508.

<sup>1054</sup> Fredman ym. 2020 s. 358–363.

Kuulustelun saa toimittaa kello 22:n ja 7:n välisenä aikana ainoastaan, jos:

- 1) kuulusteltava sitä pyytää;
- 2) asia tutkitaan suppeassa esitutkinnassa, johon kuulusteltava on 6 luvun 3 §:n mukaan velvollinen heti jäämään tai saapumaan; tai
- 3) kuulustelua ei voida lykätä rikoksen selvittämistä vaarantamatta.

Kuulusteltavalle on annettava tilaisuus säännölliseen ateriointiin ja riittävään lepoon.

Pykälässä ilmaistaan aluksi positiivisesti, mutta varsin yleisellä tasolla, miten kuulusteltavaa tulee kohdella. Tämän jälkeen luetellaan erilaisia epäasiallisen vaikuttamisen muotoja, jotka on kielletty. Positiivista toimintavelvollisuutta on siten täsmennetty negatiivisesti. Kuulusteltavan tahdonvoimaan tai arvostelukykyyhän kohdistuvaa vaikutusta voi toisaalta olla vaikeaa arvioida. Epäasiallinen kohtelu voikin toteutua ”asteeltaan ja luonteeltaan” eri muodoissa, kuten myötävaikuttamattomuusperiaatteen yhteydessä on edellä todettu. Selvää kuitenkin on, että suoranaisen pakottamisen tai uhkailun lisäksi lievemmätkin todistajan erehdyttämiseen tai taivutteluun tähtäävät toimet voivat vaikuttaa kuulusteltavan tahdonvoimaan lainvastaisesti. Tällöin kuulustelukertomuksen hyödyntämiskelpoisuus voidaan riitauttaa.<sup>1055</sup>

ETL 7:5 sopii esimerkiksi siitä, miten sallivasta säännöksestä voidaan johtaa kieltäviä normilauseita. Pykälän 1 momentti sisältää tiettyjen menettelytapojen nimenomaisen kiellon (”ei saa”), joka täydentää momentin ensimmäisen virkkeen vaatimusta kohdella kuulusteltavaa rauhallisesti ja asiallisesti. Pykälän 2 momentin mukaan kuulustelun saa ainoastaan eritellyistä syistä toimittaa kello 22:n ja 7:n välisenä aikana. Sanamuoto ei suoranaisesti ilmaise kieltoa, mutta siitä on helposti pääteltävissä, että lähtökohtaisesti – *e contrario* – kuulustelua ei saa toimittaa mainittuna aikana. Pykälän 3 momentin mukaan kuulusteltavalle on annettava tilaisuus säännölliseen ateriointiin ja riittävään lepoon, mikä vaatimus olisi myös melko helposti formuloitavissa ja ymmärrettävissä kielloksi: kuulusteltavaa ei saa nälkiinnyttää tai väsyttää. Myös tällainen menettely voisi tietenkin vaikuttaa hänen tahdonmuodostukseensa epäasiallisesti.

Todistajan positiivista totuusvelvollisuutta on tehostettu erilaisin uhin ja sanktioin. Niiden olemassaoloa ja käyttöä ei ole pidettävä epäasiallisena pakottamisena. Ennen kuulustelua asianomistajalle, tämän lailliselle edustajalle ja

<sup>1055</sup> Ks. Pölönen 2003 s. 259–262.

asiamiehelle sekä todistajalle on päinvastoin ilmoitettava totuusvelvollisuudesta ja perättömästä lausumasta säädetystä rangaistusuhasta (ETL 7:10.3). Todistaja voidaan esimerkiksi noutaa esitutkintaan (ETL 6:2). Toisaalta vähimmän haitan periaatteen mukaisesti ketään ei saa pitää esitutkinnassa kauempaa kuin on välttämätöntä (ETL 6:5.1). Lainvastaista olisi lisäksi kuulla päähtynyttä tai mielentilaltaan häiriintynyttä ilman, että ETL 7:3:ssä tai 7:4:ssä säädetty edellytykset täyttyvät. Esimerkiksi päähtyneen kuulustelemisen tulee olla rikoksen selvittämisen kannalta välttämätöntä.

Jos todistajalla ilmeisesti on tiedossaan seikka, joka on tärkeä syyllisyyden selvittämiseksi tai rikoksella saadun hyödyn jäljittämiseksi ja pois ottamiseksi, ja hän kieltäytyy sitä ilmaisemasta, vaikka hän saattaa olla ilmaisemiseen velvollinen, kysymys kieltäytymisen perusteesta tutkitaan tutkinnanjohtajan pyynnöstä tuomioistuimessa. Todistajankuulustelu toimitetaan tuomioistuimessa, jos kieltäytymiselle ei ole laillista perustetta. Samaa sovelletaan myös todistajaan, joka kieltäytyy esittämästä asiakirjaa tai muuta todistusaineistoa (ETL 7:9.1–2). Positiivisesti totuusvelvollinen, niskoitteleva todistaja voidaan siten kuulustella tuomioistuimessa, jos hänellä oletetaan olevan tärkeitä tietoja. Todistajan edelleen kieltäytyessä häneen voidaan kohdistaa OK 17 luvussa säädettyjä pakkokeinoja eli velvoittaa todistamaan sakon uhalla tai käyttää painostusvankeutta.<sup>1056</sup>

### 8.3.3 Todistelupakkokeinot

Todisteiden hankkimisen kannalta kenties tärkeimmät toimivaltuudet koskevat pakkokeinojen käyttöä. Rikosprosessuaaliset pakkokeinot voidaan määritellä toimenpiteiksi, joilla puututaan yksilön lailla suojattuihin oikeushyviin rikosprosessin häiriöttömän kulun turvaamiseksi ja saattamiseksi aineellisesti oikeaan tulokseen. Kaikki pakkokeinot eivät tosin sovellu todisteiden hankkimiseen. Esimerkiksi vapauteen kohdistuvat pakkokeinot turvaavat ainoastaan sitä, että todisteita ei hävitetä. Jaottelu vapauteen ja muihin oikeushyviin kohdistuviin pakkokeinoihin ei ole todisteiden hankkimiseen soveltuvien pakkokeinojen yhteydessä tarkoituksenmukainen.<sup>1057</sup> Viimeksi mainitut *todistelupakkokeinot* voidaan luokitella alla olevalla tavalla sen mukaisesti, mihin oikeushyvään niillä (lähinnä) puututaan.

<sup>1056</sup> HE 222/2010 vp s. 219, HE 14/1985 vp s. 30.

<sup>1057</sup> Ks. Fredman ym. 2020 s. 689–670, missä käytetään yksilön oikeuksiin perustuvaa jakoa vapauteen kohdistuviin ja muihin oikeushyviin kohdistuviin sekä salaisiin pakkokeinoihin hyläten jaottelun henkilöön ja esineeseen kohdistuviin pakkokeinoihin. Myös tutkimuspaikan tai -kohteen eristäminen (PKL 9:1) ja datan säilyttämismääräys (PKL 8:24) voidaan mainita esimerkkeinä todistelun saatavuutta välillisesti turvaavista pakkokeinoista.

1. Henkilökohtaiseen koskemattomuuteen kohdistuvat todistelupakkokeinot
  - Henkilöntarkastus (PKL 8:30:n 1 k.)
  - Henkilönkatsastus (PKL 8:30:n 2 k.)
  - Koe nautitun alkoholin tai muun huumaavan aineen toteamiseksi (PKL 9:2)
  - Henkilötuntemerkkien (mm. sormenjäljet) ottaminen (PKL 9:3)
  - DNA-tunnisteiden määrittäminen ja tallettaminen (PKL 9:4)
2. Kotirauhan suojaan kohdistuvat todistelupakkokeinot
  - Yleinen kotietsintä (PKL 8:1.2)
  - Asuntokuuntelu (PKL 10:17)
3. Luottamuksellisen viestinnän suojaan kohdistuvat todistelupakkokeinot
  - Erityinen kotietsintä (PKL 8:1.3)
  - Telekuuntelu (PKL 10:3)
  - Tietojen hankkiminen telekuuntelun sijasta (PKL 10:4)
  - Televalvonta (PKL 10:6)
  - Tekninen kuuntelu (PKL 10:16)
  - Lähetyksen takavarikoiminen tai jäljentäminen (PKL 7:5)
  - Telesoitteen tai telepäätelaitteen yksilöintitietojen hankkiminen (PKL 10:25)
4. Muut yksityisyyden suojaan kohdistuvat todistelupakkokeinot
  - Etsintäpakkokeinot
    - ♦ Paikanetsintä (PKL 8:1.4)
    - ♦ Laite-etsintä (PKL 8:20)
  - Seurantatyyppiset pakkokeinot
    - ♦ Sijaintitietojen hankkiminen epäillyn tai tuomitun tavoittamiseksi (PKL 10:8)
    - ♦ Tukiasematietojen hankkiminen (PKL 10:10)
  - Tarkkailutyyppiset pakkokeinot
    - ♦ Suunnitelmallinen tarkkailu (PKL 10:12)
    - ♦ Tekninen katselu (PKL 10:19)
    - ♦ Tekninen seuranta (PKL 10:21)
    - ♦ Tekninen laitetarkkailu (PKL 10:23)

Todistelupakkokeinoilla voidaan saada välittömästi todisteeksi kelpaavaa aineistoa, kuten ääni- tai kuvatallenne keskustelusta tai tietoja henkilön liikkeistä. Pakkokeinot voivat myös mahdollistaa todisteen varsinaisen hankkimisen esimerkiksi siten, että kotietsinnässä löydetään todisteita, jotka takavarikoidaan tai DNA-tunnistetta verrataan rikospaikalta löytyneeseen näytteeseen. Takavarikointi tai vertailu ovat kuitenkin tällaisissa tapauksissa mahdollisia todistelupakkokeinon käytön vuoksi, joten pakkokeinolla on tosiasiallisesti keskeinen merkitys todisteen hankkimiseen johtaneessa tapahtumaketjussa. Eräät salas-

sapitointressit vaikuttavat myös todistelupakkokeinojen käyttöön esimerkiksi takavarikointi- ja jäljentämiskieltoina sekä kuuntelu- ja katselukieltoina (ks. edellä luku 5.4.1).

Pakkokeinosäännökset ovat pääosin erilaisia toimivaltuuksia perustavia säännöksiä, jotka ilmaisevat ainoastaan, miten tulee menetellä, mutta eivät sitä, miten ei saa menetellä. Oikeusvaltioperiaatteen vuoksi ne vaikuttavat kuitenkin myös rajoittavasti. Säädettyä toimivaltuutta ei saa ylittää tai käyttää muutoin kuin laissa on säädetty. Monet sallivat säännökset ovat tästä syystä formuloitavissa kielloiksi, kuten edellä todettiin. Sallittua on puuttua ihmisten perusoikeuksiin ainoastaan laissa säädetyllä tavalla. Lähtökohtaisesti tämä tarkoittaa, että pakkokeinojen käytön tulee olla laillista niin toimivallan, toimeenpanon kuin käytön edellytystenkin osalta.<sup>1058</sup> Toinen mahdollinen jaottelu olisi erottaa pakkokeinojen päätöksentekovaihetta ja toimeenpanovaihetta koskevat aineelliset ja muodolliset määräykset.<sup>1059</sup>

Päätöksentekovaiheessa arvioidaan, ovatko pakkokeinojen käyttämisen *edellytykset* olemassa. Perusedellytyksenä on konkreettinen rikosepäily. Useat pakkokeinot voivat kohdistua vain rikoksesta epäiltyyn itseensä. Koska pakkokeinojen käytön on oltava oikeassa suhteessa perusoikeuksiin, vaikuttavat epäillyn rikoksen vakavuus ja todennäköisyys siihen, millainen pakkokeinovalikoima on käytettävissä. Oikeuskirjallisuudessa on eroteltu kolme pakkokeinojen edellytysten sääntelymallia. Säännöksessä on ensinnäkin voitu luetella tyhjentävästi ne rikokset, joiden tutkintaan pakkokeinoa saadaan käyttää (ks. esim. telekuuntelua koskeva PKL 10:2). Toiseksi käyttöedellytys on voitu sitoa tiettyyn enimmäisrangaistukseen (ks. esim. kotietsintää koskeva PKL 8:2). Kolmas vaihtoehto on näiden yhdistelmä (ks. esim. henkilöntarkastusta koskeva PKL 8:31.1).<sup>1060</sup>

Lisäksi pakkokeinojen edellytysten näyttökynnykset vaihtelevat. Pienin todennäköisyyden aste on voitu ilmaista joko muodossa ”on syytä epäillä” tai ”on syytä olettaa” (ks. esim. kotietsintää koskeva PKL 8:2). Kynnys ylittyy, jos asioita huolellisesti harkitseva ihminen havaintojensa perusteella päätyy tällaiseen tulokseen. Tätä korkeampi näyttökynnys on ”todennäköinen”, jolloin pitää olla todennäköisempää, että epäily osoittautuu oikeaksi kuin että se osoittautuu vääräksi (ks. esim. henkilönkatsastusta koskeva PKL 8:32.1). Korkein todennäköisyyden aste on ilmaistu sanoilla ”erittäin pätevin perustein voidaan olettaa” (ks. esim. kotietsintää paikassa, joka ei ole rikoksesta epäillyn hallinnassa koskeva PKL 8:2.2 ja muuhun kuin epäiltyyn kohdistuvaa henkilöntarkastusta koskeva PKL 8:31.2).<sup>1061</sup>

<sup>1058</sup> Brøbech 2003 s. 79–81.

<sup>1059</sup> Pakkokeinojen käytön kaksivaiheisuudesta ks. Fredman ym. 2020 s. 680–681.

<sup>1060</sup> Fredman ym. 2020 s. 700–708. Torgersen on puolestaan erottanut pelkästään aineelliset ja muodolliset edellytykset (Torgersen 2009 s. 317).

<sup>1061</sup> HE 14/1985 vp s. 16–17, Fredman ym. 2020 s. 708–710.



Tapauksessa KKO 2016:71 poliisi oli mennyt toimittamaan kotietsintää asuntoon, jossa epäilty väestötietojärjestelmän tietojen mukaan asui. Asunnossa ollut toinen henkilö oli ilmoittanut, että epäilty ei enää asu osoitteessa. Etsintä oli kuitenkin päätetty toimittaa, koska asunnossa olleen henkilön käyttäytyminen oli ollut epäilyttävää ja aggressiivista. Hän oli vaatinut saada olla asunnossa pari minuuttia ennen kuin päästäisi poliisit sisään, koska hän oli ilmoituksensa mukaan vasta herännyt. Asukas oli toisaalta kertonut olleensa töissä hotellissa, jossa myös rikoksesta epäillyt olivat tekoaikaan asuneet. Nämä seikat eivät KKO:n mukaan yhdessäkään arvioituna riittäneet muodostamaan ”erittäin päteviä perusteita” pakkokeinon käyttöön.

Ratkaisussa KKO 2007:7 oli kysymys teknisen kuuntelun edellytyksistä. KKO:n mukaan edellytyksiä arvioiva tuomioistuin ei voi pitää riittävänä näyttönä rikoksesta esimerkiksi pakkokeinovaatimuksen esittävän virkamiehen viittausta tutkinnassa saatuihin tietoihin tai hänen niiden perusteella tekemäänsä johtopäätöstä. Vaatimuksen perusteluissa oli todettu, että moottoripyöräkerhon jäsenten epäiltiin syyllistyneen suurten hasis- ja amfetamiinimäärien myyntiin ja välittämiseen, ja että tutkinnassa ilmi tulleiden seikkojen perusteella huumausainetta välitetään ja myydään ja siitä sovitaan kerhotiloissa. Kerhon luonne, eräiden nimettyjen henkilöiden jäsenyys, vaatimuksessa mainittu epäily tai huumausaineiden löytyminen kerhon tiloista noin kaksi vuotta aikaisemmin eivät olleet riittävän konkreettisia perusteita epäillä, että kerhotiloissa tapahtuu huumausainerikoksia. Riittävä peruste ei ollut sekään, ettei telekuuntelulla ollut saatu odotettuja tuloksia.

On korostettava, että edellytysten täyttymistä arvioidaan poliisin tiedossa olleiden seikkojen perusteella. Esimerkiksi kotietsinnän tuloksettomuus ei tee etsintää itsessään laittomaksi, jos siihen on ryhdytty riittävien syiden nojalla päätöksentekijän kannalta arvioituna. Vastaavasti kuitenkin se, että pakkokeino tuottaa todisteita, ei riitä korjaamaan edellytysten puuttumista eli oikeuttamaan käyttöä jälkikäteen.<sup>1062</sup> Eri asia on, miten korkealle kynnyks pakkokeinon käyttöön tulisi asettaa. Tapauksen KKO 2007:7 olosuhteissa näyttää olleen varsin vahvaa selvitystä huumausainerikosepäilyn tueksi. Ilmeisesti tuomioistuinten olisi kuitenkin tullut selvittää konkreettisemmin tutkinnan tuloksia tuossa vaiheessa. On toisaalta muistettava, että kysymys on vasta rikosepäilyn selvittämisestä.

Yksittäisten pakkokeinojen käyttämiselle on asetettu joitain täsmällisempiä edellytyksiä, joita ei tässä voida tarkemmin esitellä.<sup>1063</sup> Esimerkiksi PKL 10:3.3:n mukaan lupa telekuunteluun voidaan antaa, kun jotakuta on syytä epäillä jostain lainkohdassa mainitusta liike- tai ammattitoimintaan liittyvästä rikoksesta, kuten törkeästä veropetoksesta. Pykälän 4 momentin mukaan tällöin luvan antamisen edellytyksenä on lisäksi, että rikoksella on tavoiteltu erityisen suurta hyötyä ja rikos on tehty erityisen suunnitelmallisesti.<sup>1064</sup>

<sup>1062</sup> Ks. esim. KKO 2014:58 (kohta 11).

<sup>1063</sup> Ks. niistä esim. HE 222/2010 vp ja Fredman ym. 2020 yksittäisten pakkokeinojen osalta.

<sup>1064</sup> Mainitut edellytykset ovat – kylläkin vaihtoehtoisina – veropetosrikoksen ankaroitamisperusteita eli kysymys ei voisi olla törkeästä tekemuodosta ylipäättäen, ellei vähintään toinen

Salaisten pakkokeinojen osalta on lisäksi otettava huomioon PKL 10:2:ssä säädetyt yleiset edellytykset. Lainkohdassa säädetään pakkokeinoja koskevas-  
ta tulokellisuusodotuksesta,<sup>1065</sup> merkityksestä rikoksen selvittämiseksi<sup>1066</sup> ja  
pakkokeinon käytön lopettamista koskevasta vaatimuksesta<sup>1067, 1068</sup>.

EIT:n oikeuskäytännön mukaan paitsi muutoin lainvastaisesti hankitun  
myöskään ilman laissa säädettyjä edellytyksiä hankitun todistelun hyödyn-  
täminen ei vielä sellaisenaan loukkaa oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus-  
vaatimusta. Loukkaus voi olla käsillä silloin, kun rikosprosessiin liittyvät  
menettelylliset turvatakeet ovat riittämättömät tai todiste on saatu pakotta-  
malla tai rikosprovokaation seurauksena.<sup>1069</sup> Lähtökohtaisesti kansallises-  
ta lainsäädännöstä ilmenevien pakkokeinon aineellisten käyttöedellytysten  
loukkaaminenkaan ei siten edellytä ehdottomasti hyödyntämiskiellon aset-  
tamista. Eri asia on, että jo hyödyntämiskelpoisuuden arvioiminen voi olla  
merkityksellinen turvatae.

Päätöksenteon kontrolloimiseksi on asetettu muotovaatimuksia, jotka voivat  
koskea päätöksen kirjaamista tai sitä, millaiset tiedot päätöksestä tulee sisäl-  
lyttää. Esimerkiksi PKL 8:16.1:n mukaan kotietsintäpäätöksessä on mahdol-  
lisuuksien mukaan ja riittäväällä tarkkuudella yksilöitävä 1) etsinnän kohteena  
olevat tilat, 2) ne seikat, joiden perusteella etsinnän edellytysten katsotaan ole-  
van olemassa, 3) se, mitä etsinnällä pyritään löytämään, ja 4) mahdolliset eriy-  
tyiset etsinnän rajoitukset. Salaisten pakkokeinojen osalta muotovaatimukset  
ovat erityisen tiukat (ks. esim. PKL 10:5, 10:9, 10:11 ja 10:13). Tämä on pe-  
rusteltua, koska salaisten pakkokeinojen käyttöä olisi muutoin erityisen vaikeaa  
kontrolloida niiden luonteen vuoksi – kohdehan ei välttämättä tule lainkaan tie-  
tämään, että salaista pakkokeinoa on käytetty.<sup>1070</sup>

Kirjallisen pakkokeinopäätöksen laatimisen laiminlyönti lain sellaista edel-  
lyttäessä voi herättää kysymyksiä menettelyn aineellisesta lainmukaisuus-  
desta.<sup>1071</sup> Edellytysten täyttymisestä voitaneen kylläkin monissa tapauksissa

---

niistä täytyisi (RL 29:2). PKL:n säännös on saanut lopullisen muotonsa perustuslakivaliokunnan  
näkemysten mukaan (PeVL 36/2002 vp s. 4–5, LaVM 31/2002 vp s. 11–12).

<sup>1065</sup> PKL 10:2.1: Salaisen pakkokeinon käytön yleisenä edellytyksenä on, että käytöllä voidaan  
olettaa saatavan rikoksen selvittämiseksi tarvittavia tietoja.

<sup>1066</sup> PKL 10:2.2:n mukaan eräitä pakkokeinoja voidaan käyttää vain, jos niillä voidaan olettaa  
olevan erittäin tärkeä merkitys rikoksen selvittämiseksi. Peitetoiminnan, valeoston ja asutokuun-  
telun käyttäminen edellyttää lisäksi, että se on välttämätöntä rikoksen selvittämiseksi.

<sup>1067</sup> PKL 10:2.3: Salaisen pakkokeinon käyttö on lopetettava ennen päätöksessä mainitun määrä-  
ajan päättymistä, jos käytön tarkoitus on saavutettu tai sen edellytyksiä ei enää ole.

<sup>1068</sup> Fredman ym. 2020 s. 1068–1071.

<sup>1069</sup> Wood v. the United Kingdom [dec.], 20.1.2004.

<sup>1070</sup> Ks. myös Fredman ym. 2020 s. 733–734.

<sup>1071</sup> Ks. KKO 2014:57 (kohta 14): ”Korkein oikeus toteaa, että tässä tapauksessa kotietsintä on  
perustunut pidättämiseen oikeutetun virkamiehen eli poliisin suullisesti antamaan määräykseen.

esittää selvitystä jälkikäteen kuulemalla poliiseja. Eri asia on, miten luotettavaksi selvitys voidaan arvioida.

*Toimivalta* pakkokeinopäätöksen tekemiseen ja edellytysten arviointiin on sekin porrastettu. Eräissä vähäisissä tai kiireellisissä tapauksissa päätösvalta on osoitettu yksittäisille poliisimiehille.<sup>1072</sup> Useimmista pakkokeinoista saa päättää pidättämiseen oikeutettu virkamies, joita ovat poliisissa esimerkiksi komisario ja rikostarkastaja (PKL 2:9.1:n 1 k.). Eräiden salaisten pakkokeinojen osalta päätösvalta on ainoastaan päällikkötason virkamiehillä tai salaiseen tiedonhankintaan erityisesti koulutetuilla pidättämiseen oikeutetuilla virkamiehillä (ks. esim. peitetoimintaa koskeva PKL 10:31.1). Valeostosta viimeksi mainittu virkamies voi päättää ainoastaan sillä edellytyksellä, että kysymys on yksinomaan yleisön saataville toimitetusta myyntitarjouksesta tehtävästä valeostosta (PKL 10:35.1). Muutoin toimivalta on päällikkötasolla.<sup>1073</sup>

Myös syyttäjät ovat pidättämiseen oikeutettuja virkamiehiä (PKL 2:9.1:n 4 k.). Toimivalta poliisiin tai muun esitutkintaviranomaisen sekä syyttäjän välillä määräytyy PKL 3:2.1:n mukaisesti siten, että syyttäjällä on yksinomainen toimivalta esitutkinnan päättymisen jälkeen. Esitutkinnan aikana syyttäjän ja poliisin toimivallanjakoon vaikuttavat ETL 5 luvun säännökset esitutkintayhteistyöstä. ETL 5:2.1:n mukaan esitutkintaviranomaisen on syyttäjän pyynnöstä toimitettava esitutkinta tai suoritettava esitutkintatoimenpide ja esitutkintaviranomaisen on muutenkin noudatettava syyttäjän määräyksiä, joilla pyritään turvaamaan asian selvittäminen. Eräiden todistelupakkokeinojen osalta toimivaltaa on tuomioistuimilla. Tuomioistuin päättää esimerkiksi lähtökohtaisesti tevelvonnasta (PKL 10:9.1). Peitetoiminnan osalta toimivalta on jaettu siten, että päällikkötasoinen poliisimies tai koulutettu pidättämiseen oikeutettu virkamies päättävät pakkokeinon käytöstä (PKL 10:31.1), mutta heidän on saatettava tuomioistuimen ratkaistavaksi, ovatko edellytykset pakkokeinon käytölle olemassa (PKL 10:32).<sup>1074</sup>

*Toimeenpanovaiheessa* on noudatettava mahdollisia pakkokeinopäätökseen sisältyviä määräyksiä sekä menettelyä koskevia säännöksiä. Kaikkia niitäkään ei

---

Tämä voi jo sellaisenaan laskea kotietsinnän toimittamisen kynnystä ja se ainakin vaikeuttaa kotietsintämääräyksen perusteiden selvittämistä.”

<sup>1072</sup> PKL 8:15.3:n mukaan poliisimies saa ilman pidättämiseen oikeutetun virkamiehen päätöstä toimittaa yleisen kotietsinnän tai paikanetsinnän henkilön löytämiseksi tai sellaisen esineen takavarikoimiseksi, jota on voitu seurata tai jäljittää rikoksen tekemisestä verkeltään. Poliisimies voi ilman pidättämiseen oikeutetun virkamiehen päätöstä toimittaa yleisen kotietsinnän ja paikanetsinnän myös silloin, kun etsinnän välitön toimittaminen on asian kiireellisyyden vuoksi välttämätöntä. Säännös on siten tarkoitettu poikkeusluonteiseksi, mutta vuosina 2003 ja 2004 tehdyn selvityksen mukaan yli neljännes kotietsinnöistä suoritettiin ilman määräystä (Ruuska 2007 s. 195).

<sup>1073</sup> Fredman ym. 2020 s. 718–721.

<sup>1074</sup> Ibid. s. 721–724 ja asian käsittelystä tuomioistuimessa s. 725–733.

voida tässä esittää, vaan on tyydyttävä mainitsemaan muutamia esimerkkejä. Menettelystä kotietsinnässä on erillinen säännös (PKL 8:6). Toimeenpanossa on noudatettava myös PKL 8:5:n säännöstä läsnäolo-oikeudesta kotietsinnässä. Kaikkien todistelupakkokeinojen toimeenpanossa tulee ottaa huomioon esitutkintaperiaatteiden rajoittava vaikutus, jota on tarkasteltu edellä. Oikeusturvan tehokkuuden varmistamiseksi on välttämätöntä, että toimeenpanoa arvioitaessa otetaan huomioon viranomaisten tosiasiallinen menettely. Laillisen pakkokeinon käytön yhteydessä ei siten saa esimerkiksi toimittaa sellaisia puhutteluja tai tosiasiallisia kuulusteluja, joissa sivuutettaisiin menettelysäännökset.

Eräät pakkokeinojen toimeenpanoa koskevat säännökset kieltävät nimenomaisesti tietynlaisen menettelyn. Varsinaiset kieltonormit ovat kuitenkin hyvin harvinaisia lainsäädännössämme, jos otetaan huomioon, että osa niistä perustuu välittömästi todistamiskieltojen tehokkaaksi tekemiseen hankkimisrajoitteina. Näin on esimerkiksi takavarikoimis- ja jäljentämiskieltojen sekä salaisiin pakkokeinoihin liittyvien kuuntelu- ja katselukieltojen osalta.<sup>1075</sup> Myös kielto toimittaa erityistä kotietsintää ilman etsintävaltuutetun läsnäoloa (PKL 8:5.4) ja velvollisuus ottaa huomioon etsintävaltuutetun käsitys tiedon soveltuvuudesta takavarikon tai jäljentämisen kohteeksi (PKL 8:11) suojaavat käytännössä todistamiskieltojen tehokkuutta.

Osa kieltonormeista perustuu yleisemmin kohteen yksityisyyden tai koskemattomuuden suojaamiseen. Kotietsintää ei saa toimittaa ilman erityistä syytä kello 22:n ja 7:n välisenä aikana (PKL 8:6.4). KKO:n mukaan loukkauksen kannalta merkityksellisiä seikkoja ovat etsinnästä aiheutuva häiriö ja se, kuinka laajaa huomiota etsintä herättää.<sup>1076</sup> Muita kieltoja ovat esimerkiksi henkilökatsastusta ja -tarkastusta koskevat, lähinnä hienotunteisuusperiaatetta ja vähimmän haitan periaatetta konkretisoivat kiellot (PKL 8:33.3–4), tarkoitussidonnaisuutta henkilötuntemerkkien käytössä edellyttävä PKL 9:3.2 ja kielto kohdistaa suunnitelmallista tarkkailua asuntoon ja käyttää teknisiä laitteita (PKL 10:12.4). Viimeksi mainittu kielto tehostaa samalla PKL 10:19.2:ssa säädettyä kieltoa kohdistaa teknistä katselua vakituiseen asumiinseen käytettävään tilaan.

Kuten päätöksentekovaiheessa edellytysten arvioinnin osalta, myös toimeenpanovaiheessa on tärkeää, että pakkokeinon käyttöä voidaan kontrolloida jälkikäteen. Oikeusturvakeinoina ovat esimerkiksi pakkokeinon käytön dokumentointia koskevat vaatimukset (ks. esim. kotietsinnän pöytäkirjaamista koskeva PKL 8:19 ja salaisten pakkokeinojen käytön pöytäkirjaamista koskeva PKL 10:61) ja niin sanotun toimitustodistajan käyttäminen (ks. kotietsinnän osalta PKL 8:5).

<sup>1075</sup> Ks. Pölönen 2003 s. 230 ja edellä luku 5.4.1. Kyseiset kiellot ulottavat tosiasiallisesti todistamiskieltojen ja myötävaikuttamattomuusperiaatteen suojan reaalityodisteiden hankkimismenettelyyn, mistä syystä niitä on tarkasteltu sanottujen todistelunrajoitteiden yhteydessä.

<sup>1076</sup> KKO 2014:57 (kohta 23).

Tällaiset menettelylliset oikeusturvatakeet ylläpitävät luottamusta poliisin toiminnan asianmukaisuuteen ja voivat myös ehkäistä väitteitä väärinkäytöksistä.<sup>1077</sup> Toimeenpanon laillisuudesta voidaan esittää selvitystä pöytäkirjojen välityksellä tai kuulemalla toimitustodistajaa. Lisäksi voidaan luonnollisesti kuulla toimeenpanon suorittaneita henkilöitä ja sitä, johon esimerkiksi etsintä on kohdistunut.

EIT:n Horvatić-tapauksessa<sup>1078</sup> poliisi oli ottanut valittajalta hius-, karvoja kynsinäytteet pidätyksen yhteydessä. Valittaja oli tämän jälkeen poistettu tilasta, jossa poliisi oli pakannut näytteet. Pakkokeinoon toimeenpanosta ei ollut laadittu kansallisen lainsäädännön edellyttämää pöytäkirjaa. Valittaja väitti prosessin kaikissa vaiheissa, että poliisi oli manipuloinut näytteitä. EIT totesi, että luotettavan pöytäkirjan puuttuessa valittajan väitteitä ei ole voitu hylätä ilman, että menettely on perusteellisesti selvitetty. Kansalliset tuomioistuimet eivät olleet menelleet näin, mistä syystä valittajalla ei ollut tosiasiallista mahdollisuutta riitauttaa todisteen näyttöarvoa ja vastustaa sen käyttöä. Muuta konkreettista näyttöä valittajan syyllisyydestä ei ollut. Näillä perusteilla katsottiin, että EIS 6 artiklaa oli loukattu.

Poliisin toiminnan lainmukaisuudesta voitaisiin esittää todistelua niin sanottujen haalarikameroiden tallenteiden välityksellä. Nykyisin on verrattain yleistä, että poliisin toimintaa kuvataan esimerkiksi matkapuhelimella. Haalarikameroiden käyttöönottoa selvittäneen työryhmän loppuraportin johtopäätösten mukaan kameroilla voidaan tuottaa esimerkiksi aistihavaintoja tukevaa videomateriaalia esitutkinta- ja poliisitutkinta-aineistoon sekä vähentää poliisimiehiin kohdistuvien perättömien väitteiden tutkintaan käytettävää aikaa. Kameroilla katsottiin olevan merkittävä ennaltaehkäisevä vaikutus. Oikein käytettynä haalarikameroiden hyödyt ovat raportin mukaan moninaiset ja kiistattomat.<sup>1079</sup>

### 8.3.4 Todisteen hankkiminen rikoksella

Oma mielenkiintoinen kysymyksensä on se, milloin yksityishenkilöiden menettelyä todisteen hankkimiseksi voidaan rajoittaa. Yksityishenkilöä ei tietenkään saa käyttää viranomaistoiminnan tarkoituksiin sellaisena Troijan hevosena, joka voisi hankkia todisteita toimivaltuussäännöksiin sitomatta. Tällainen menettely olisi törkeän moitittavaa menettelyllisen laillisuusperiaatteen kannalta. Toisaalta on katsottu, ettei yksityishenkilö voi olla todistamiskieltojen adressaatti, joten tässä mielessä he eivät edes voi hankkia todisteita laittomasti siten kuin viranomaiset. Yksityishenkilöiden toimintaa todisteiden hankkimi-

<sup>1077</sup> Ks. kotietsinnän kohteen oikeutta kutsua oma todistaja koskeva AOA 19.2.2008 dnro 2294/4/06 ja HE 222/2010 vp s. 296, missä päätöstä on siteerattu.

<sup>1078</sup> Horvatić v. Croatia, 17.10.2013.

<sup>1079</sup> POHA 2/2017 s. 27.

seksi ohjaavat kuitenkin käytännössä aineellisen rikosoikeuden säännökset ja rikoksella hankittuja todisteita voidaan perustellusti kritisoida paitsi oikeusturva- myös luotettavuusnäkökohtiin viitaten.<sup>1080</sup>

Rikosprosessissa todisteet on yleensä hankittu esitutkinnassa. Yksityisten asianosaistenkin on järkevää luovuttaa kannaltaan edulliset todisteet mahdollisimman varhaisessa vaiheessa poliisille, jolloin ne voidaan ottaa huomioon arvioitaessa esitutkinnan jatkamista sekä syytekynnystä. Mikään ei kuitenkaan estä yksityistä asianosaista etsimästä ja hankkimasta todisteita. Tällaiseen toimintaan on voitu ryhtyä jo ennen esitutkinnan aloittamistakin. Yksityishenkilöillä ei tosin ole sellaisia toimivaltuuksia kuin viranomaisilla, joten he eivät voi puuttua muiden henkilöiden oikeuksiin. Niinpä reaalityodisteiden ottaminen toisen henkilön hallusta ilman lupaa merkitsee anastusta ja esimerkiksi salaisia tarkkailupakkokeinoja vastaavaa menettely todennäköisesti täyttää salakuuntelun tai -katselun tunnusmerkistön (RL 24:5–6).

Aineellisen rikosoikeuden vastainen todisteiden hankkiminen täyttää selvästi laittomuusvaatimuksen.<sup>1081</sup> Tämä ei kuitenkaan tarkoita, että esimerkiksi salakuuntelun kriminalisointia olisi käsitteellisesti pidettävä todistusmenetelmien kieltona; se ei ole säännöksen varsinainen tarkoitus. Keskeistä on, että todisteiden hankkimismenettely voi täyttää rikoksen tunnusmerkistön, jolloin hankkimistapa on laiton. Ymmärrän rikollisen hankkimistavan kiellon kohteiksi lähinnä yksityishenkilöt. Hormia mainitsee erilaisia esimerkkejä laittomista hankkimistavoista painottaen niissä yksityisyyden suojaan kohdistuvia loukkauksia. Lisäksi, vaikka Hormia ei pidä yksityishenkilöitä todistamiskieltojen varsinaisina adressaatteina, hän kuitenkin päätyy EIS 6 artiklan 1 kappaleen perusteella katsomaan, että yksityishenkilön salaista ääninauhoitusta koskisi todistamiskielto.<sup>1082</sup>

Vuorenpää huomauttaa, että tuomioistuimen pitää hyödyntämiskieltoa harmitessaan ottaa kantaa kysymykseen, joka useimmiten kuuluisi omaan rikosprosessiinsa.<sup>1083</sup> Selvin tilanne lienee silloin, kun joku on lainvoimaisesti tuomittu tällaisesta rikoksesta. Muissa tapauksissa olisi syyttömyysolettaman kannalta ongelmallista ottaa kantaa menettelyn laittomuuteen. Toisaalta lienee ajateltavissa olosuhteita, joissa rikollinen hankkimistapa on jokseenkin ilmeinen eikä esimerkiksi tekijän henkilöllisyyteen olisi tarpeen ottaa kantaa. Esimerkiksi kuvanauhan perusteella voitaisiin joskus suoraan todeta, että henkilöä on kuvattu kotirauhan suojaamassa paikassa. Tällöin kuvauksen henkilöllisyyteen tai tämän syyllisyyteen ei olisi tarpeen ottaa lähemmin kantaa.

<sup>1080</sup> Ks. Hormia 1978 s. 248, Pölönen 2003 s. 312–314, Riekkinen 2019 s. 351–354.

<sup>1081</sup> HE 46/2014 vp s. 92.

<sup>1082</sup> Hormia 1978 s. 372–394.

<sup>1083</sup> Vuorenpää 2018 s. 311.

Virkamiehen osalta toimivaltuuksien ylittäminen voi merkitä syyllistymistä virkarikokseen, mutta laittomuusvaatimus täyttyy edellä todetuin tavoin jo toimivaltuuden ylittämällä itsessään. Rikosoikeudellinen vastuu ei siten ole ratkaisevassa asemassa. Virkamiehen toiminnan tarkoitushakuisuus ja tietoinen ryhtyminen laittomaan menettelyyn voidaan tietenkin ottaa huomioon loukkauksen vakavuutta arvioitaessa. Joissain tapauksissa toimivaltuuden ylittäminen voisi täyttää myös muun rikoksen tunnusmerkistön. Esimerkiksi jos poliisimies ryhtyy suorittamaan kotietsintää täysin tietoisena siitä, ettei sille ole edellytyksiä, tunkeutuminen kotirauhan suojaamaan paikkaan on oikeudeton ja menettely täyttää siten kotirauhan rikkomisen tunnusmerkistön (RL 24:1). Salaisten pakkokeinojen oikeudeton käyttö voisi vastaavasti täyttää salakuuntelun tai -katselun tunnusmerkistön.<sup>1084</sup>

## 8.4 ESITTÄMISRAJOITTEET

Laissa ei ole säädetty kieltoa esittää laittomasti saatua todistetta. Esittämiskielto voidaan tosin nytkin asettaa ennakkollisena hyödyttämiskieltona, jos kiellon edellytyksiä voidaan arvioida jo ennakolta. Kuten seuraavassa alaluvussa tarkemmin ilmenee, tämä ei välttämättä ole mahdollista. Pyrkimystä etupainotteisuuteen tulisi kuitenkin noudattaa siten, että tuomioistuimien arvioi mahdollisuuksiaan arvioida hyödyntämisedellytyksiä jo rikosasian kirjallisessa valmistelussa sekä tarvittaessa valmisteluistunnossa. Ennakollinen hyödyntämiskielto tulisi kysymykseen erityisesti sellaisissa tapauksissa, joissa kiellon asettaminen on jo ennakolta selvää. Hyödyntämisharkintaa varten voidaan toimittaa ROL 5:14:ssä tarkoitettu pääkäsittely oikeudenkäyntiä koskevan kysymyksen käsittelemistä varten. Hyödyntämiskysymys voi ilmetä myös vasta pääkäsittelyn aikana.

Hyödyntämiseratkaisu voitaisiin yksinkertaisissa tapauksissa tehdä kirjallisen selvityksen perusteella. Esimerkiksi pakkokeinon lainvastaisuus tai hankkiminen rikoksella voivat ilmetä eri prosessissa annetusta ratkaisusta. Jos sen sijaan on tarpeen ottaa vastaan henkilötodistelua, saattaa hyödyntämiskysymyksestä muodostua ”oikeudenkäynnin sisäinen oikeudenkäynti”, josta Englannissa käytetään termiä *voir dire*. Sellainen voidaan järjestää pääkäsittelyssä ennen muun todistelun vastaanottamista. Asianosaisille tarjoutuu tällöin mahdollisuus lausua suullisesti näkemyksensä hyödyntämiskysymyksestä eli argumentoida kiellon asettamisen puolesta ja sitä vastaan. Tuomioistuimen tulee kaikissa

<sup>1084</sup> Ks. HE 222/2010 vp s. 118, 328 (”teknisen kuuntelun yhteydessä ei syyllistyttyä salakuunteluun, *kunhan* kyseistä salaista pakkokeinoa käytetään asianmukaisesti” [kursivointi tässä]) ja 332. Alkuperäinen RL 24:2 (19.12.1889/39) sisälsi erityisen säännöksen, jolla laitton kotietsintä oli kriminalisoitu.

tapauksissa huolehtia siitä, että hyödyntämiskysymys selvitetään tarkoituksenmukaisesti ja riittävästi.

Esitutkintaperiaatteita, kuulusteltavan kohtelua tai todistelupakkokeinoja koskevien säännösten vastaisella menettelyllä tai rikoksella hankitun todisteen hyödyntämistä olisi etupainotteisuudesta huolimatta nähdäkseni tarkasteltava lähtökohtaisesti vasta tuomitsemisvaiheessa jo siitä syystä, että OK 17:25.3:n mukaan lainvastaisesti hankittu todistelu on lähtökohtaisesti hyödyntämiskelpoista. Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta kokonaisuutena – jonka vaarantumiseen hyödyntämiskielto sanotuissa tilanteissa perustuisi – voidaan sitä paitsi luontevimmin arvioida vasta jälkikäteen. Useissa tapauksissa hyödyntämisharkinnassa sovellettavat kriteerit ovat oletettavasti merkityksellisiä pääasian kannalta riippumatta siitä, asetetaanko hyödyntämiskieltoa vai ei. Tällöin todistelu hyödyntämiskysymyksestä ja pääasiasta ovat päällekkäisiä.

Todisteen luotettavuuden kannalta on merkitystä sillä, jos esimerkiksi väitetään, että todistajaa on taivuteltu antamaan tietynlainen kertomus tai että kotietsinnässä löytynyt todiste on tuotu sinne poliisin toimesta. Luotettavuuden arviointi on puolestaan merkityksellistä paitsi todistusharkinnassa myös hyödyntämisharkinnassa. Kuulustelun tai kotietsinnän kulun selvittäminen on siten tarpeen joka tapauksessa. Arviointi on kuitenkin tehtävissä vasta todistelun vastaanottamisen jälkeen, mistä syystä hyödyntämisharkintakin on perusteltua suorittaa vasta tuomitsemisvaiheessa.

Lainvastainen hankkimistapa saattaa loukata jonkun perusoikeuksia niin vakavasti, ettei todisteen käyttämistä voida sallia. Ennakollinen arviointi olisikin mahdollista, jos oikeudenloukkaus on niin vakava, ettei todistelua voida sallia muista edellytyksistä riippumatta. Esimerkiksi ratkaisu I-SHO 2010:5 annettiin ennakollisena hyödyntämiskieltoratkaisuna ennen todistajan kuulemista. Tällainen käsittelyjärjestys ei kuitenkaan välttämättä olisi perusteltu, jos kysymystä arvioitaisiin voimassa olevan oikeuden mukaan. OK 17:25.3:n nojalla ennakollinen hyödyntämiskielto tulee selvimmän asetettavaksi rikosprovokaation (ks. edellä luku 7.2) perusteella tai jos henkilötodistelua on saatu epäinhimillisellä tai halventavalla kohtelulla (ks. edellä luku 7.1.2). Kummassakin näistä tapauksista hyödyntämiskielto on ehdoton.

Jalloh-tuomiossa EIT jätti nimenomaisesti avoimeksi sen, tekeekö minkä tahansa epäinhimillisellä tai halventavalla kohtelulla hankitun todisteen hyödyntäminen oikeudenkäynnistä automaattisesti epäoikeudenmukaisen eli miten on suhtauduttava näin saatuun reaalityodisteluun. Tähän kysymykseen palattiin Gäfgen-tuomiossa. On korostettava, että itsekriminointisuoja voi Jalloh-tuomiosta ilmenevin tavoin ulottua myös reaalityodisteiden hankkimiseen epäillyltä ja tällainen tilanne tulisi Suomen oikeudessa johdonmukaisesti EIT:n tulkinnan kanssa arvioitavaksi OK 17:18:n loukkauksena. Avoin kysymys koskee siis sitä, ovatko kolmansilta henkilöiltä epäinhimillisellä tai



halventavalla kohtelulla saadut reaalityodisteet hyödyntämiskelpoisia. Tältä osin EIT on todennut ainoastaan, että EIS 3 artiklan suoja ”saattaa edellyttää” hyödyntämiskieltoa kaikkien loukkausten osalta.<sup>1085</sup>

Todistelu-uudistuksen esitöissä lausumasta on tehty se nähdäkseni oikea johtopäätös, että EIT ei ehdottomasti edellytä kidutusta lievemällä EIS 3 artiklaa loukkaavalla menettelyllä hankitun reaalityodisteen asettamista hyödyntämiskieltoon.<sup>1086</sup> Epäinhimillistä tai halventavaa kohtelua ei siten koske OK 17:25.1:n ehdoton hyödyntämiskieltoäännös, vaan saman pykälän 2 tai 3 momentti riippuen siitä, onko kysymyksessä itsekriminointisuoja loukkaava todistelu vai kolmannelta hankittu todiste. Itsekriminointisuojan osalta kysymystä on tarkasteltu jo edellä. CAT on suositellut Suomelle sääntelyn muuttamista siten, että epäinhimillisellä kohtelulla saatu todistelu olisi aina asetettava hyödyntämiskieltoon.<sup>1087</sup> Selvää lieneekin, että tällainen oikeudenloukkaus on varsin painava peruste hyödyntämiskiellon asettamisen puolesta.

## 8.5 HYÖDYNTÄMISEN RAJOITTAMINEN

### 8.5.1 Ylimääräisen tiedon käyttö

Ylimääräisellä tiedolla tarkoitetaan telekuuntelulla, televalvonnalla, tukiasematietojen hankkimisella ja teknisellä tarkkailulla saatua tietoa, joka ei liity rikokseen tai joka koskee muuta rikosta kuin sitä, jonka tutkintaa varten lupa tai päätös on annettu (PKL 10:55). Tällainen tieto saadaan ikään kuin laillisen pakkokeinon käyttämisen sivutuotteena. Ylimääräisen tiedon käyttöä on rajoitettu PKL 10:56:n säännöksillä.<sup>1088</sup> Ensinnäkin ylimääräistä tietoa saa käyttää rikoksen selvittämisessä, jos tieto koskee sellaista rikosta, jonka tutkinnassa olisi saatu käyttää sitä pakkokeinoja, jolla tieto on saatu. Sen sijaan ei edellytetä, että kyseistä pakkokeinoja olisi todellisuudessa käytetty rikoksen selvittämiseksi eli kysymys ei ole inevitable discovery -poikkeuksen kaltaisesta tilanteesta (ks. edellä luku 3.2.5) vaan selvittämisintressin ja perusoikeuksien punninnasta.

PKL 10:56.2:n mukaan ylimääräistä tietoa saa käyttää myös, jos ylimääräisen tiedon käyttämisellä voidaan olettaa olevan erittäin tärkeä merkitys rikoksen selvittämiseksi ja rikoksesta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kolme vuotta vankeutta tai kyse on jostakin lainkohdassa luetelluista rikoksista. Tämä

<sup>1085</sup> Jalloh v. Germany [GC], 11.7.2006 (kohdat 105 ja 107), Gäfgen v. Germany [GC], 1.6.2010 (kohta 178). Linjaa ei voi pitää selvänä, mitä eräät tuomaritkin pitivät valitettavana – ks. Gäfgen-tuomioon liittyvä tuomareiden Rozakis, Tulkens, Jebens, Ziemele, Bianku ja Power yhteinen lausunto (erit. kohdat 2 ja 9).

<sup>1086</sup> HE 46/2014 vp s. 93. Ks. myös Pölönen – Tapanila 2015 s. 249, Jackson – Summers 2012 s. 163–164.

<sup>1087</sup> CAT 2016 (kohta 11).

<sup>1088</sup> Ks. ylimääräisen tiedon käytöstä Fredman ym. 2020 s. 1174–1182 ja Jokela 2018 s. 249–250.

poikkeus on esitöiden mukaan suhteellisuusperiaatteen mukainen punnintaratkaisu. Ylimääräistä tietoa saa lisäksi käyttää aina rikoksen estämiseksi, poliisin, Tullin tai Rajavartiolaitoksen toiminnan suuntaamiseksi ja syyttömyyttä tukevana selvityksenä (PKL 10:56.4). Rikoksen vakavuudella ei tällöin ole merkitystä. Ylimääräistä tietoa saa käyttää myös hengelle, terveydelle tai vapaudelle aiheutuvan merkittävän vaaran taikka huomattavan ympäristö-, omaisuus- tai varallisuusvahingon estämiseksi. (PKL 10:56.5).

Poliisin toiminnan suuntaamista koskeva poikkeus merkitsee käytännössä sallivaa suhtautumista niin sanottuun välilliseen hyödyntämiseen ja toisaalta sitä, ettei ylimääräisen tiedon käytön rajoituksilla ole etäisvaikutusta. Aikaisemmin lähtökohtana oli, että ylimääräiseen tietoon suhtauduttiin kuten vihjetietoon: sen käyttäminen oli vapaan todistusteorian mukaisesti rajoittamatonta. Perusteeksi todettiin muun muassa, ettei jo tapahtuneella kuuntelulla saatujen tietojen käyttöä rajoittamalla voitaisi estää oikeudenloukkausta ja ettei ole muutakaan hyväksyttävää perustetta vaikeuttaa esitutkintaa ja suojata rikoksentehtijää.<sup>1089</sup> Alkuperäisessä esityksessä PKL:ksi ylimääräisen tiedon käytöstä päättäminen ei olisi kuulunut tuomioistuimelle ja käytön edellytykset olivat olennaisesti lievemmat.<sup>1090</sup>

Perustuslakivaliokunnan mukaan ehdotettu säännös olisi huomattavasti laajentanut salaisten pakkokeinojen käyttöalaa. Löyhä oikeus ylimääräisen tiedon käyttämiseen saattaisikin johtaa siihen, että poliisi käyttäisi valtuuksia nimenomaan ylimääräisen tiedon saamiseksi. Perustuslakivaliokunta edellytti ensin, että ylimääräistä tietoa saisi käyttää *vain* sellaisen rikoksen selvittämiseksi, jonka perusteella olisi voitu käyttää kyseistä pakkokeinoa. Ennen PKL:n voimaantuloa annettiin uusi hallituksen esitys, joka kuitenkin sisälsi aieman tapaan kahden vuoden rangaistusmaksimin perusteeksi sallia ylimääräisen tiedon käyttö. Kompromissina päädyttiin lopulta kolmen vuoden rangaistusmaksimiin ja eräisiin nimettyihin rikoksiin.<sup>1091</sup>

Ajatus ylimääräisen tiedon käytön vapaudestakin on silti looginen. Esimerkiksi telekuuntelun edellytykset ja päätöksentekojärjestelmä on säädetty sellaisiksi, että yksityisyyden suojaan puuttuminen sallitaan ainoastaan painavin perustein. Jos tällaiset perusteet ovat käsillä ja puuttuminen on siten laillista, voisi puuttumista sinänsä pitää samanlaatuisena ja yhtä vakavana riippumatta siitä, mitä kaikkea tietoa kohteen rikoksista paljastuu. Näin ollen ainakin rikoksesta epäillyn taholta paljastuvat uusiin epäilyihin viittaavat tiedot ovat sellaisia, ettei yksityisyyden suoja tunnu kovinkaan hyvin perustelevan niiden sivuuttamista. Kehitys on kuitenkin kulkenut selvästi siihen suuntaan, että salaista pakkokeinoa voidaan käyttää pääsääntöisesti vain sen rikoksen tutkimiseen, johon lupa on myönnetty.<sup>1092</sup>

<sup>1089</sup> HE 52/2002 vp s. 27. Pölönen on kritisoinut ”syvenemisfunktion” perustuvaa ajattelua lakoniseksi huomauttaen, että se ei ota huomioon lainalaisuusperiaatteesta ja oikeudenmukaisuudesta johtuvia vaatimuksia (Pölönen 2003 s. 243).

<sup>1090</sup> HE 222/2010 vp s. 140–143 ja 357–358.

<sup>1091</sup> PeVL 66/2010 vp s. 10, HE 14/2013 vp s. 21–26, PeVL 32/2013 vp s. 5–7.

<sup>1092</sup> KKO 2019:36 (kohta 13).

Perustuslakivaliokunta on ”pitänyt selvänä, että kaikki sinänsä laillisella salaisella pakkokeinolla saatu ylimääräinen tieto ei voi olla rajoituksessa käytettävissä minkä tahansa rikoksen selvittämiseen”. Lausuman keskeisenä perusteena on yksityisyyden suoja: ”Luottamuksellisen viestin salaisuutta turvaavan säännöksen ensisijaisena tarkoituksena on suojata luottamukselliseksi tarkoitettua viestin sisältöä ulkopuolisilta. Viestin sisältö ei menetä perustuslain suojaa pelkästään sen perusteella, että esimerkiksi telekuuntelun avulla on saatu tieto siitä. [PL] 10 §:n sääntely rajoittaa viestin sisällön käyttöä tämän jälkeenkin”. Lisäksi valiokunta katsoi, että ylimääräisen tiedon laajempi käyttömahdollisuus merkitsisi välillistä telepakkokeinon käytön rajoittamisen väljennystä.<sup>1093</sup> Tällä viitattaneen esimerkiksi vaaraan siitä, että ylimääräistä tietoa hankitaan tarkoituksellisesti.

Ylimääräisen tiedon käyttämisestä näyttönä päättää tuomioistuin pääasian käsittelyn yhteydessä (PKL 10:56.3). Esitöissä todetaan, että tuomioistuimen ei tarvitsisi tehdä nimenomaista erillistä ratkaisua ylimääräisen tiedon käytöstä näyttönä, vaan haastehakemuksessa ja asianosaisten käsittelyssä esiin nostamiin näkökohtiin ja muihin seikkoihin liittyen punninta voitaisiin tehdä tuomioissa, jossa ylimääräisen tiedon käyttämistä näyttönä pohditaan muun näytön arvioinnin lomassa. Erillinen päätös ylimääräisen tiedon käyttämisestä näyttönä saattaisi tulla kysymykseen esimerkiksi silloin, kun päätöksellä on asian käsittelyn edellytyksiä koskeva merkitys. Ratkaisu ylimääräisen tiedon käytöstä näyttönä voitaisiin tehdä myös suullisessa valmistelussa, jos sellainen poikkeuksellisesti ennen pääkäsittelyä järjestetään.<sup>1094</sup>

Ylimääräinen tieto on asetettava hyödyntämiskieltoon, jos edellytykset sen käyttämiselle näyttönä eivät täyty.<sup>1095</sup> Perustuslakivaliokunnan ja lakivaliokunnan kannanottojen jälkeen annetussa uudessa hallituksen esityksessä on todettu, että valiokunnat eivät linjanneet muun muassa sitä, minkä perusteiden mukaan kysymys ylimääräisen tiedon käytöstä olisi ratkaistava. Esityksen mukaan olisi sovellettava punnintamallia, jossa otetaan huomioon esimerkiksi yksityiselämän ja luottamuksellisen viestin suoja, rikoksen selvittämisen intressi ja ylimääräisen tiedon merkitys asian ratkaisun kannalta.<sup>1096</sup> Esitys vaikuttaa tältä osin hyvin tarkoitushakuiselta suhteessa perustuslakivaliokunnan lausuntoon, jossa yksinkertaisesti todetaan, että ylimääräistä tietoa saadaan käyttää vain niiden rikosten tutkintaan, joiden tutkintaan kyseisen pakkokeinon käytöstä olisi voitu päättää.<sup>1097</sup>

<sup>1093</sup> PeVL 32/2013 vp s. 6.

<sup>1094</sup> HE 14/2013 vp s. 45–46.

<sup>1095</sup> KKO 2019:36. Samoin tulkittiin jo ennen ennakkopäätöstä hovioikeustasolla (ks. I-SHO 2017:1, VaaHO 2017:3 ja THO 2019:1) sekä oikeuskirjallisuudessa (ks. Pölonen – Tapanila 2015 s. 273–274 ja Rautio – Frände 2016 s. 191–192). Ks. myös Jokela 2018 s. 676–677.

<sup>1096</sup> HE 14/2013 vp s. 25. Ks. myös KKO 2016:17 (kohdat 18 ja 19).

<sup>1097</sup> PeVL 66/2010 vp s. 10.

Ratkaisu KKO 2007:58 liittyy edellä (luku 8.3.3) tarkasteltuun teknistä kuuntelua koskeneeseen ennakkopäätökseen KKO 2007:7. Käräjäoikeuden myöntämä lupa käyttää pakkokeinoa oli kumottu, koska käytön tarpeellisuudelle ei ollut esitetty riittäviä perusteita. Tällä ei kuitenkaan ollut ratkaisevaa merkitystä arvioitaessa todisteena esitetyn tallenteen hankkimisen laillisuutta. Sen sijaan annettiin painoarvoa sille, ettei käräjäoikeutta ollut suoranaisesti erehdytetty kuunteluluvan myöntämiseen, sekä sille, että poliisi oli toimeenpannut pakkokeinon lupapäätöksen mukaisesti. KKO katsoi, että luvan nojalla suoritettu tekninen kuuntelu ja äänitallenteen sisältämän tiedon hankkiminen on tapahtunut sinänsä laillisesti. Ratkaisuun mietintönsä jättänyt esittelijä olisi asettanut hyödyntämiskiellon katsoen, että luvan olemassaoloa tulisi pitää sekä pakkokeinon käytön että sillä saadun todisteen hyödyntämisen edellytyksenä.

Uutta hallituksen esitystä koskeneessa lausunnossaan perustuslakivaliokunta päätyi hyväksymään sen, että ylimääräistä tietoa voidaan käyttää myös eräiden nimettyjen rikosten selvittämiseksi, vaikka niiden selvittämiseksi ei voitaisikaan käyttää kyseistä salaista pakkokeinoa. Hyväksyttävä enimmäisrangaistuksen taso oli vähintään kolmen vuoden vankeusrangaistus. Perustuslakivaliokunnalla ei ollut huomautettavaa säännöksestä, jonka mukaan ylimääräisen tiedon käyttämisestä päättää tuomioistuin. Se mainitsi myös Khan-tuomioon viitaten, ettei sääntely ole ongelmallista EIT:n oikeuskäytännön kannalta. Lakivaliokunnan harkittavaksi kuitenkin esitettiin, että päätös ylimääräisen tiedon hyödyntämisestä tehtäisiin jo ennen pääkäsittelyä. Sen sijaan perustuslakivaliokunta ei lausunut tarkemmin hallituksen esityksen linjauksista, jotka koskivat hyödyntämisharkintaa.<sup>1098</sup>

Epäselvyys poistui ennakkopäätöksellä KKO 2019:36, jossa todettiin, että perusoikeuksiin tehtävien rajoitusten tulee olla tarkkarajaisia ja täsmällisiä. Koska PKL 10:56.3:ssa ei säädetä mistään punnintakriteereistä, sellaisia ei voida soveltaa ja näin laajentaa oikeutta ylimääräisen tiedon käyttöön. Ainoat sovellettavat kriteerit ovat ilmaistun lainkohdan 1 ja 2 momenteissa ja ne puolestaan ovat tarkkarajaisia. Tulkinta on mielestäni perusteltu ja siitä seuraa, että ylimääräisen tiedon käyttöä ei ole arvioitava OK 17:25.3:n nojalla vaan ainoastaan PKL 10:56:n nojalla. Tuomioistuimen on asetettava ehdoton hyödyntämiskiello, jos edellytykset ylimääräisen tiedon käytölle eivät täyty. Kyseinen kiello ei ole luonteeltaan täysin epäitsenäinen, koska sen perusteena oleva hankkimissäännös on suppeampi eli hyödyntäminen on mahdollista laajemmin kuin hankkiminen.

Ratkaisussa KKO 2019:36 arvioitiin myös mielenkiintoista kysymystä hyödyntämiskiellon etäisvaikutuksesta. Vastaajana ollut asianajaja oli paljastanut salassa pidettävän tiedon puhelimitse eräälle henkilölle. Puhelu oli

<sup>1098</sup> PeVL 32/2013 vp s. 6–7.

tallennettu ja syyttäjä oli nimennyt sen todisteeksi samoin kuin loppulausunnon, jossa vastaaja oli paljastanut puhelun sisällön kannalta relevantteja seikkoja. KKO:n enemmistö katsoi, että loppulausunnon siteerauksella ei ollut tarkoitettu muuttaa esitutkintakertomusta tai tunnustaa rikosta. Lisäksi tuomiossa todetaan ilman laajempia perusteluja, että myös sitaatti on hyödyntämiskiellon alaista tietoa. Esittelijä ja vähemmistöön jäänyt oikeusneuvos olisivat sallineet loppulausunnon hyödyntämisen, koska se oli annettu tietoisena itsekriminointisuojausta ja ilman painostusta. Etäisvaikutus voisi esittelijän mietinnön mukaan tulla kysymykseen sillä perusteella, että vastaaja ei olisi esittänyt sitaattia, ellei tallennetta olisi esitetty hänelle.

Enemmistön tulkinta on ongelmallinen sen vuoksi, että ylimääräisen tiedon käyttökielto on luonteeltaan todistusmetodikielto. Kielletyllä metodilla saatua tietoa voidaan käyttää esteettä, jos se saadaan muutenkin kautta. Vähemmistön kanta vastaa käytännössä independent source -poikkeusta, jonka täytynee soveltaa myös ylimääräisen tiedon käytön ollessa kysymyksessä. Enemmistön niukat perustelut antavat kuitenkin aiheen pohtia, perustuuko etäisvaikutus enemmänkin Fortwirkung-tyyppiseen tilanteeseen. Vastaaja on näet saattanut katsoa, että hänen täytyy lausua tallenteesta jotain siltä varalta, että se tulee hyödynnettäväksi. Ylimääräisen tiedon käyttämisen mahdollisuus olisi tällöin itsessään sellainen paineen luova tekijä, jonka perusteella vastaaja on kokenut välttämättömäksi myöntää tallenteelta ilmenevät seikat sinänsä tosiksi. Katson kuitenkin, ettei tällainenkaan etäisvaikutus voisi säännönmukaisesti tulla kysymykseen ylimääräisen tiedon osalta, koska käyttöä voidaan vastustaa.

## 8.5.2 Harkinnanvarainen hyödyntämiskielto

OK 17:25.3:ssa säädetään harkinnanvaraisesta hyödyntämiskiellosta. Muussa kuin pykälän 1 tai 2 momentissa tarkoitettussa tapauksessa (kidutuksen kielto ja myötävaikuttamattomuusperiaate, joita on käsitelty edellä) tuomioistuin saa hyödyntää myös lainvastaisesti hankittua todistetta, jollei hyödyntäminen vaaranna oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteutumista ottaen huomioon asian laatu, todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus, hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle, todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta ja muut olosuhteet. Säännös sai lopullisen muotonsa eduskunnassa, missä lakivaliokunta asetti hyödyntämiskiellon riippuvaiseksi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudesta. Hyödyntämiskielvotonta on siten todistelu, jonka hyödyntäminen voisi loukata EIS 6 artiklaa.<sup>1099</sup>

Todistelu-uudistuksella lähinnä vahvistettiin voimassa ollut oikeustila. Ratkaisussa KKO 2011:91 linjatun mukaisesti pelkästään se seikka, että todiste tai todisteen sisältämä tieto on hankittu lainvastaisesti tai muutoin virheellisellä menettelyllä, ei vielä välttämättä merkitse sitä, ettei tällaista todistetta saisi

<sup>1099</sup> LaVM 19/2014 vp s. 21.

käyttää oikeudenkäynnissä. Jos todisteen sisältämän tiedon hankkimiseen sen sijaan liittyy vakava oikeudenloukkaus, todisteen käytön kieltäminen voi ratkaisun mukaan tulla tapauskohtaisesti kysymykseen. Punnittavaksi tulee tällöin yhtäältä oikeudenloukkauksen vakavuus ja toisaalta rikoksen selvittämisen intressi. Ratkaisun perusteluissa viitataan myös EIT:n oikeuskäytäntöön, mistä on pääteltävissä, että oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimusta oli jo ennen todistelu-uudistusta pidettävä arvioinnin viitekehyksenä.<sup>1100</sup>

Oikeuskirjallisuudessa hyödyntämiskieltoa oli pidetty mahdollisena ainakin tietyissä tilanteissa. Hormian mukaan hyödyntämiskieltoon olisi asetettava ainakin kuulustelukertomus, joka on saatu käyttämällä hypnoosia, psykofarmakologisia valmisteita tai päihdyttäviä aineita. Lisäksi Hormia näyttää periaatteessa kannattavan sitä, että ilman laissa säädettyjä edellytyksiä suoritettun kotietsinnän seurauksena löydetty todisteet eivät olisi ainakaan vapaasti hyödynnettävissä. Sen sijaan lainvastainen puheluuntelu tai elektronisten havainnointilaitteiden käyttäminen eivät johtaisi hyödyntämiskieltoon, kuten ei myöskään suhteellisuusperiaatteen vastaisesti toimitettu henkilöön kohdistuva etsintä. Hormia on toisaalta korostanut, että koska valmisteilla oli esitutkintalain uudistus, hän ei pitänyt kannanottoja *de lege ferenda* tarkoituksenmukaisina.<sup>1101</sup>

Hormia on katsonut yleisesti, ettei hyödyntämiskieltoja voida tehdä kaavamaisesti. Toisaalta hänen teoriansa perustuu käsitteistöön, jossa itseenäisiä hyödyntämiskieltoja ei eroteta lainkaan, vaan lainvastainen menettely, joka johtaisi hyödyntämiskieltoon, jäsennetään todistamiskielloksi (todistusmetodikielto).<sup>1102</sup> Hormian käsitteistössä kaikki hyödyntämiskielto ovat siten periaatteessa epäitsenäisiä. Ymmärrän tämän siten, että Hormia on vastustanut kaavamaisia ääri ratkaisuja totaalisen hyödyntämismvapauden tai -kelvottomuuden puolesta, mutta sen sijaan katsonut, että todistamiskieltoja ja epäitsenäisiä hyödyntämiskieltoja voidaan tarkastella edellä esitetyn kaltaisten laittoman näytön *tyyppitapausten* muodossa ja sikäli abstraktimmalla tasolla kuin esimerkiksi Pölösen kuvaamassa punnintamallissa, joka edellyttää ratkaisun tekemistä yksittäistapauksissa.<sup>1103</sup>

Ruotsin oikeudessa vapaa todistelu on ollut erittäin vahva pääsääntö, kuten Suomessakin. Hyödyntämistä ei vanhastaan ole rajoitettu vakavienkaan menettelyvirheiden perusteella, vaan on omaksuttu vapaan hyödynnettävyyden mukainen ”ääri ratkaisu”. Erillisyysperiaatteen mukaisesti on katsottu, että oikeudenloukkaus voi johtaa esimerkiksi virkamiesoikeudellisiin sanktioihin,

<sup>1100</sup> Ennakkopäätöksessä KKO 2011:91 (kohta 10) on käytännössä sovellettu Pölösen esittämää punnintamallia (ks. luku 8.1).

<sup>1101</sup> Hormia 1978 s. 324, 333–334, 356–358 ja 371.

<sup>1102</sup> Hormia 1978 s. 250–252, 266–276 ja 289–290.

<sup>1103</sup> Pölönen 2003 s. 219–220.

mutta todisteen hyödyntämistä loukkaus ei ole rajoittanut. Näyttöarvon määrittäminen on luonnollisesti ollut kysymys erikseen. Kanta on lähinnä EIT:n ratkaisukäytännön myötä muuttunut jossain määrin hyödyntämiskielloille myönteisempään suuntaan. On kuitenkin epäselvää, missä sallitun ja kielletyn lainvastaisesti hankitun todistelun raja oikeastaan menee.<sup>1104</sup>

Norjan oikeuskäytännössä on sallittu laittomalla kotietsinnällä saatujen todisteiden hyödyntäminen sekä silloin, kun kotietsinnälle ei ole ollut riittäviä edellytyksiä, että silloin, kun kotietsintä on toimeenpantu lainvastaisesti (ilmoittamatta sille, jonka luona etsintä toimitetaan).<sup>1105</sup> Torgersen pitää hyödyntämiskieltoa mahdollisena, jos henkilöön kohdistuvaan etsintään liittyy vakava oikeudenloukkaus. Sen sijaan takavarikon laittomuus ei Torgersenin mukaan sellaisenaan johda hyödyntämiskieltoon.<sup>1106</sup> Yleisesti ottaen Norjan oikeudessakin on siten lähtökohtana lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämiskelpoisuus. Niin Norjan kuin Tanskankin oikeudessa lainvastaisen hankkimistavan vaikutuksia arvioidaan lähinnä EIT:n ratkaisukäytännön perusteella.<sup>1107</sup>

Myös Englannin oikeudessa hyödyntämismvapaus on vanhastaan ollut lähtökohtana. 1980-luvulla oikeuskäytännössä kuitenkin vahvistettiin, että tuomioistuin voi harkintansa mukaan asettaa hyödyntämiskiellon tilanteessa, jossa todisteen sallimisen haitalliset vaikutukset (prejudicial effect) olisivat merkittävästi suurempia kuin todisteen näyttöarvo.<sup>1108</sup> Vuoden 1984 PACESsa säädettiin, että tuomioistuin voi harkintansa mukaan evätä minkä tahansa todisteen, jos sen salliminen vaikuttaisi haitallisesti oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen.<sup>1109</sup> Yhdysvalloissa lainvastaisella etsinnällä saatujen todisteiden hyödynnettävyyttä on rajoitettu poikkeuksellisen voimakkaasti. Lähtökohtaisesti perustuslain neljännen lisäyksen vastaisella etsinnällä saatua todistetta, kuten kotietsinnässä löytynyttä huumausainetta, henkilön vaatteista löydettyä asetta tai laittoman pidätyksen seurauksena tapahtunutta tunnustusta ei voida käyttää todisteena kohteen syyllisyydestä.<sup>1110</sup>

Hyödyntämiskiellon perusvaatimuksena on, että todiste on hankittu lainvastaisesti. Käsitteelle ”laki” tulee säännöstä tulkittaessa antaa hallituksen esityksen mukaan laaja merkitys (ks. myös edellä luku 8.2). Lisäksi kysymys voi olla kielletystä menettelystä tai toimivaltuuksien ylittämisestä. Toisaalta hallituksen esityksessä on ilmaistu peruslähtökohtana se, että syytetyn syyttömyyttä tukeva todiste ei voi tulla harkinnanvaraisen hyödyntämiskiellon kohteeksi.<sup>1111</sup> Toimivaltuuksien ylittämisenä täytynee pitää myös tilannetta, jossa toimivaltuudesta

<sup>1104</sup> Bring – Diesen – Andersson 2019 s. 149–150, Lundqvist 1998 s. 230–231.

<sup>1105</sup> Torgersen 2009 s. 347–348.

<sup>1106</sup> Torgersen 2009 s. 356 ja 360–361.

<sup>1107</sup> Ks. Norjan osalta tiivistetysti Torgersen 2009 s. 314 ja 338 sekä Tanskan osalta Brøbech 2003 s. 116–117.

<sup>1108</sup> R. v. Sang [1980] A.C. 402, Mirfield 1997 s. 114–120, Glover 2017 s. 77–80.

<sup>1109</sup> Mirfield 1997 s. 120–121, Glover 2017 s. 81–86.

<sup>1110</sup> Ks. tiivistetysti Tomkovicz 2011 s. 2–4 ja oikeuskäytännön kehityksestä s. 4–18.

<sup>1111</sup> HE 46/2014 vp s. 92–93.

ei ole säädetty. Kohteen perusoikeuksiin puuttuviin tutkintatoimenpiteisiin saadaan näet ryhtyä ainoastaan laissa säädetyn toimivaltuuden nojalla ja vastavasti ”kaikki, mitä ei ole erikseen sallittu, on kiellettyä”.<sup>1112</sup> Khan-tuomioissa EIT tosin katsoi, että kuuntelu ei ollut kansallisen lain vastaista, kun siitä ei ollut säädetty mitään.<sup>1113</sup>

EIT on edellä todetuin tavoin vakiintuneesti katsonut, ettei se ota yleisellä tasolla kantaa kansallisen lainsäädännön vastaisesti hankitun todistelun hyödyntämiseen. Hyödyntämiskysymys kuuluu siten kansalliseen harkintamarginaaliin. Jalloh-tapauksessa kiinnitettiin toisaalta huomiota siihen seikkaan, että kansallisella tuomioistuimella ei ollut harkintavaltaa todisteen hyödyntämisen suhteen.<sup>1114</sup> Näin ollen jo mahdollisuutta hyödyntämiskiellon asettamiseen voidaan pitää eräänlaisena oikeusturvatakeena. Jos asianosainen – käytännössä yleensä vastaaja – katsoo todisteen tulleen hankituksi lainvastaisesti, tuomioistuimen olisi arvioitava sen hyödyntämisen edellytyksiä. Menettelyllisen oikeusturvan kannalta keskeistä on, että tuomioistuin lausuu asianosaisen väitteestä perustellusti ja että tuomioistuimella on mahdollisuus asettaa hyödyntämiskiello.<sup>1115</sup>

Laittomasti hankittuja todisteita koskeekin OK 17:25.3:n mukaan lähtökohteisesti hyödyntämismvapaus riippumatta siitä, millaista säännöstä on rikottu. Legaliteettiperiaate ei siten ulotu hyödyntämismvaiheeseen ehdottomana vaan joustavana, harkinnanvaraisena todistelunrajoitteena. Hallituksen esityksen mukaan säännös olisi alkanut sanoilla ”tuomioistuimen on jätettävä hyödyntämättä lainvastaisesti hankittu todiste myös, jos siihen on *painavat syyt*” [kursivoinnit tässä]. Lähtökohtana olisi hallituksen esityksenkin mukaan ollut hyödyntämismvapaus, mutta tämän ei katsottu ilmenevän sanamuodosta riittävän selvästi. Merkittävämpi muutos oli kuitenkin se, että hyödyntämiskiellon asettaminen kytkettiin oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimukseen ja sitä koskevaan EIT:n oikeuskäytäntöön supistaen säännöksen soveltamisalaa hallituksen esitykseen nähden.<sup>1116</sup>

Lakivaliokunnan pykälään tekemän muutoksen seurauksena eräät kysymykset ovat jääneet avoimiksi. Ensinnäkin hallituksen esityksen perusteella vaikuttaa siltä, että hyödyntämiskiello voisi tulla kysymykseen myös pelkästään

<sup>1112</sup> Terenius 2013 s. 165.

<sup>1113</sup> Khan v. the United Kingdom, 12.5.2000 (kohta 36).

<sup>1114</sup> Jalloh v. Germany [GC], 11.7.2006 (kohta 107). Vrt. Khan v. the United Kingdom, 12.5.2000 (kohta 39), missä viitattiin OK 17:25.3:a hyvin läheisesti muistuttavaan PACE 78 §:ään.

<sup>1115</sup> Ks. esim. Prade v. Germany, 3.3.2016 (kohta 41).

<sup>1116</sup> LaVM 19/2014 vp s. 21, vrt. HE 46/2014 vp s. 92–93. Sama lähtökohta on voimassa Norjan oikeudessa (Øyen 2010 s. 424) ja Englannin oikeudessa. Edellä (luku 3.2.3) siteerattu PACE 78 § on kuitenkin kirjoitettu hallituksen esityksen suuntaisesti säännöksen alun osalta, toisin sanoen laittomasti hankitun todisteen hyödyntämismvapautta ei korosteta, vaan käytetään ilmaisua ”the court may refuse”.



yksityisyyden suojan loukkauksen perusteella.<sup>1117</sup> Pölösen perusoikeusmyönteisessä punnintamallissa hyödyntämiskielto voisi perustua paitsi oikeudenkäynnin epäoikeudenmukaisuuteen myös muuhun perus- tai ihmisoikeusloukkaukseen tai muuhun rikoksen selvittämistä varten nähden suhteettoman vakavaan perus- tai ihmisoikeusrajoitukseen.<sup>1118</sup> EIT ei kuitenkaan ole katsonut EIS 8 artiklan loukkausten välttämättä loukkaavan 6 artiklaa. Kansallisen oikeustilamme täytyisi lakivaliokunnan kannanoton perusteella olla yhdensuuntainen tämän linjauksen kanssa.

Tapauksessa I-SHO 2010:5 viitattiin hyödyntämisharkinnan perusteena ennakkopäätöksen KKO 2007:58 punnintamalliin, jonka mukaan lähtökohtana on todisteen hyödyntämiskelpoisuus, mutta jos todisteen sisältämän tiedon hankkimiseen liittyy vakava oikeudenloukkaus, todisteen käytön kieltäminen voi tulla tapauskohtaisesti kysymykseen. RL:n ja PKL:n säännöksiin viitaten hovioikeus totesi, että salakatselulla saatu DVD oli hankittu rangais-tavalla menettelyllä ja ettei esitutkintaviranomainen olisi saanut kohdistaa teknistä katselua henkilöön vastaavassa tilanteessa. Toisaalta syytteessä tarkoitettu rikos, seksuaalinen hyväksikäyttö, oli vakava. Hovioikeus kuitenkin piti yksityiselämän suojan loukkausta niin vakavana, että asetti DVD:n hyödyntämiskieltoon. Kuvaajaa saatiin kuulla havainnoista, jotka hän oli tehnyt omin silmin eli ilman teknistä välinettä.

Todistelu-uudistuksen jälkeen annetussa tuomiossa THO 2017:6 oli kysymys DVD-tallenteesta, joka oli hankittu siten, että todistaja oli kuvannut vastaajan omakotitalotontilla oleskelleita henkilöitä ilman näiden suostumusta. Hovioikeus lausui, ettei salakatselu kohdistunut yksityiselämän tai kotirauhan suojan ydinalueeseen ja että henkilöt olivat olleet tietoisia kuvaamisesta. Hankkimistapa ei ollut vaikuttanut todisteen luotettavuuteen ja todisteen merkitys asiassa oli olennainen. Hyödyntämisen puolesta otettiin lisäargumenttina huomioon se, että todisteen oli hankkinut yksityinen henkilö omasta aloitteestaan. Hyödyntämiskieltoa ei asetettu.

THO:n ratkaisussa on nähdäkseni sovellettu aivan oikein OK 17:25.3:n kriteerejä. I-SHO:n aikaisemmassa ratkaisussa yksityisyyden suojalle on annettu suurempi painoarvo. Lakivaliokunnan supistavan kannanoton perusteella tällainen tulkinta ei tulisi voimassa olevan oikeutemme mukaan kysymykseen, ellei yksityisyyden suojan loukkaus loukkaa myös oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimusta. Toisaalta EIT:n oikeuskäytännössä ei tietääkseni ole katsottu EIS 6 artiklaa loukatun, jos tuomioistuin on hyödyntänyt yksityishenkilön rikoksella hankkimaa todistetta. Näin ollen OK 17:25.3:ssa tarkoitettua *hyödyntämiskieltoa ei voitane yleensä määrätä myöskään sillä perusteella, että*

<sup>1117</sup> Oikeuskäytännössämme yksityisyyden suojalle on annettu merkitystä ainakin ratkaisuissa I-SHO 2010:5 ja THO 2017:6, vaikka kummassakaan tapauksessa ei ollut kysymys todisteen luotettavuudesta. Ks. myös Pölönen 2003 s. 224.

<sup>1118</sup> Pölönen 2003 s. 219–228.

*yksityishenkilö on hankkinut todisteen rikoksella.* Hankkimisesta voi luonnollisesti seurata rikos- tai vahingonkorvausoikeudellinen vastuu.<sup>1119</sup>

Oikeuskirjallisuudessa on pidetty mahdollisena hyödyntämiskiellon määräämistä, jos yksityishenkilö on syllistynyt vakavaan perusoikeuden loukkaukseen.<sup>1120</sup> Selvää lienee, että yksityishenkilön EIS 3 artiklan vastaisesti hankkimaa todistelua on arvioitava kuten viranomaisenkin hankkimaa. Kysymys on lähinnä siitä, miten yksityisyyden suojan loukkauksiin tulisi suhtautua. Olen taipuvainen kannattamaan sitä, että yksityisyydelle annettaisiin lakivaliokunnan lausumasta huolimatta tapauskohtaisesti suojaa myös hyödyntämiskiellon muodossa. Tämä olisi perusteltua erityisesti sen vuoksi, ettei muodostuisi kannustinta ryhtyä yksityisyyttä loukkaaviin rikoksiin, jotka olisivat yksityishenkilöille verrattain helppoja toteuttaa esimerkiksi naapurusriitojen yhteydessä. En pidä mahdollisena myöskään sitä, että hyödyntämiskiello voisi tulla asetettavaksi, jos yksityisyyttä loukataan vakavasti varastamalla esimerkiksi potilasasiakirjoja käytettäväksi todisteina.

Kolmas epäselvyys koskee sitä, voidaanko harkinnanvaraista hyödyntämiskielloa asettaa lainkaan riita-asioissa. On selvää, että EIS 6 artiklan 1 kappale koskee myös riita-asian oikeudenkäyntiä, mutta artiklan 2 ja 3 kappaleet sen sijaan on rajattu koskemaan rikoksesta syytettyä. Tiedossani ei ole sellaista EIT:n ratkaisua, jossa olisi vahvistettu loukkaus sillä perusteella, että kansallinen tuomioistuin on sallinut todisteen hyödyntämisen riita-asiassa. Subsidiariteettiperiaatteen mukaisesti todisteiden hyödyntäminen on jätetty ratkaistavaksi kansallisella tasolla. Näyttäisi siten siltä, *ettei lainvastaisesti hankitun todistelun hyödyntämiselle riita-asiassa ole oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden perusteella estettä.*<sup>1121</sup> Epäinhimillisellä tai halventavalla kohtelulla hankittua lausuntoa ei tosin voida hyödyntää prosessilajista riippumatta ehdottoman todistusmetodiellon vuoksi.

EIT on toistanut riita-asioissa sen subsidiariteettiperiaatteen mukaisen lähtökohdan, että todisteiden hyödyntäminen jää ratkaistavaksi kansallisella ta-

<sup>1119</sup> Ks. Rautio – Frände 2016 s. 183 ja LaVM 19/2014 vp s. 21: ”Hyödyntämiskiello ei valiokunnan mukaan, toisin kuin hallituksen esityksessä on esitetty, kuin erittäin poikkeuksellisesti ulotu hankkimistavan perusteella tapauksiin, joissa todiste on joutunut viranomaisen käsiin kolmannen osapuolen, kuten pankkivirkailijan, tekemän rikoksen perusteella. Tällaisesta tilanteesta on kysymys esimerkiksi silloin, kun Suomen veroviranomaisten haltuun päätyy esimerkiksi ulkomaisesta pankista varastettuja tilitietoja.” Esimerkki on ilmeisesti liittynyt vireillä olleeseen vero-oikeudelliseen asiaan, mikä Vuorenpään mukaan tulee ottaa huomioon lausuttua tulkittaessa (Vuorenpää 2018 s. 312–313). Englannin oikeudessa on vanhastaan linjattu, että todisteen anastaminen ei estä sen hyödyntämistä (ks. R. v. Leatham [1861] 8 Cox CC 498, missä lausutaan todisteeseen viitaten: ”It matters not how you get it; if you steal it even, it would be admissible”, ja Mirfield 1997 s. 109–111).

<sup>1120</sup> Vuorenpää 2018 s. 314, Pölönen 2003 s. 195, 207 ja 312–315, Hormia 1978 s. 248, 372–379 ja 390.

<sup>1121</sup> Toisin Rautio – Frände 2016 s. 180.

solla. Riita-asioiden oikeudenkäynneissä arvioidaan korostetusti menettelyllistä oikeusturvaa, kuten kontradiktorisuutta. Kansallisen tuomioistuimen suorittamaan näytön arviointiin voidaan puuttua sisällöllisesti ainoastaan, jos se on mielivaltainen tai ilmeisen perusteeton (arbitrary or manifestly unreasonable). Todisteen hyödyntämiskysymykseen ei yleensä voine liittyä tällaista vakavaa menettelyvirhettä.<sup>1122</sup>

Rautio ja Frände ovat katsoneet edellä esitetystä poiketen, että todistelu-uudistuksen myötä harkinnanvaraisen hyödyntämiskielto säännöksen kriteerejä tulisi soveltaa eri tavoin riippuen siitä, onko kysymyksessä EIT:n oikeuskäytännön mukaan suoritettava arviointi vai arvioidaanko hyödyntämisen edellytyksiä kansallisen kriteeristön mukaan. Jälkimmäisessä tapauksessa lainkohtaa olisi heidän mukaansa tulkittava hallituksen esityksestä ilmenevällä tavalla, joka eräissä suhteissa selvästi poikkeaa EIT:n oikeuskäytännössä kehittyneistä kriteereistä. Kirjoittajien mukaan viimeksi mainitut kriteerit olisivat sikäli etusijalla, että jos EIT:n oikeuskäytäntö vaatii hyödyntämiskiellon asettamista, sellainen olisi asetettava.<sup>1123</sup> Mielestäni oikeusvarmuuden, ennustettavuuden ja johdonmukaisuuden vuoksi säännöstä tulisi tulkita ainoastaan EIT:n oikeuskäytännön mukaisesti.

### 8.5.3 Arviointikriteerit

EIT:n suuren jaoston Ibrahim-tuomiossa on lausuttu, että siinä esitetyt kriteerit on tarkoitettu sovellettavaksi arvioitaessa esitutkintavaiheessa tapahtuneiden oikeudenloukkausten vaikutuksia oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen. Niihin ei kuitenkaan näytetä nimenomaisesti viitatus myöhemmässä ratkaisukäytännössä silloin, kun on arvioitu muutoin lainvastaisesti kuin itsekriminointisuoja loukkaamalla hankittujen todisteiden vaikutusta. Tätä voidaan pitää erikoisena, koska kriteerit ovat paljolti päällekkäisiä ja Ibrahim-tuomiossa on todettu, että yksittäistapausta arvioitaessa on valittava kulloinkin soveltuvat kriteerit. Lakivaliokunnan kannanoton perusteella vaikuttaa selvältä, että OK 17:25.3:a tulkittaessa on otettava huomioon EIT:n oikeuskäytännössä sovelletut kriteerit ja niitä koskevat tulkintakannanotot.<sup>1124</sup>

EIT on kuitenkin soveltanut samanlaisia kriteerejä esimerkiksi laitonta koti-

<sup>1122</sup> Ks. *García Ruiz v. Spain* [GC], 21.1.1999 (kohta 28) ja *Bochan v. Ukraine* (no. 2) [GC], 5.2.2015 (kohdat 61 ja 62). Ks. myös *Knauth v. Germany* [dec.], 22.11.2001, missä valittaja oli erotettu virasta sen vuoksi, että hän oli työskennellyt Itä-Saksan turvallisuuspalvelulle ja valehdellut tästä työnantajalleen. Valittajan mukaan Stasin asiakirjat olivat salaisia, eikä niitä olisi saanut hyödyntää. Valitus jätettiin tutkimatta ilmeisen perusteettomana. Kysymys oli riita-asiasta, joten myöskään itsekriminointisuoja ei ollut merkitystä.

<sup>1123</sup> Rautio – Frände 2016 s. 181 ja 184.

<sup>1124</sup> Pellonpää ym. 2018 s. 762–763.

etsintää ja laitonta tallentamista koskevissa tapauksissa. Siteeraan seuraavaksi tyyppillistä perustelumallia, jota käytetään kohdassa ”General principles”. Kysymys on siten selvästi abstrakteista ja yleistettävistä oikeusohjeista eikä yksittäistapaukseen rajoittuvista linjauksista, minkä osoittavat myös niiden vaikiintuneisuus ja viittaukset aikaisempaan oikeuskäytäntöön, jotka tosin on luettavuuden helpottamiseksi poistettu. Ennen siteerattavia kohtia EIT yleensä lausuu, ettei EIS 6 artiklaan sisälly hyödyntämiskieltoja, vaan niiden asettaminen jää kansallisesti arvioitavaksi, ja ettei EIT ota periaatteellista kantaa esimerkiksi kansallisen lain vastaisesti hankitun todistelun hyödyntämiseen. Tämän jälkeen luetellaan seuraavat arviointiperusteet:<sup>1125</sup>

The question which must be answered is whether the proceedings as a whole, including the way in which the evidence was obtained, were fair. This involves an examination of the “unlawfulness” in question and, where a violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found – –.

In determining whether the proceedings as a whole were fair, regard must also be had to whether the rights of the defence were respected. It must be established, in particular, *whether the applicant was given the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use* – –.

In addition, *the quality of the evidence must be taken into consideration, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy* – –. While no problem of fairness necessarily arises where the evidence obtained was unsupported by other material, it may be noted that where the evidence is very strong and there is no risk of its being unreliable, the need for supporting evidence is correspondingly weaker – –.

Furthermore, when determining whether the proceedings as a whole have been fair, *the weight of the public interest* in the investigation and punishment of the particular offence in issue may be taken into consideration and be weighed against the individual interest that the evidence against him be gathered lawfully – –.

Totean ensinnäkin, että kaikille mainituille perusteille löytyy lähes sanasta saanaan vastaavuus Ibrahim-kriteereistä (ks. edellä luku 6.3.2). Ensimmäiseksi mainittu oikeudenloukkauksen luonteen selvittäminen vastaa e-kriteeriä, todisteen näyttöarvon ja hyödyntämisen riitauttamismahdollisuus c-kriteeriä, luotettavuutta koskeva peruste d-kriteeriä ja julkinen intressi i-kriteeriä. EIT on kuitenkin tulkinnut lainvastaisesti hankitun todistelun arviointikriteerejä hieman toisin kuin Ibrahim-kriteerejä, mikä voi olla syynä siihen, että Ibrahim-kriteerit

<sup>1125</sup> Ks. ja vrt. esim. Dragojević v. Croatia, 15.1.2015 (kohdat 128–130), Prade v. Germany, 3.3.2016 (kohdat 33–35), Kobiashvili v. Georgia, 14.3.2019 (kohdat 56–58), Hambarzumyan v. Armenia, 5.12.2019 (kohdat 74–76) ja Svetina v. Slovenia, 22.5.2018 (kohdat 43 ja 44). Ks. myös Rautio – Frände 2016 s. 181.

halutaan rajata sovellettaviksi ainoastaan itsekriminointisuojaan loukkauksien arviointiin. Lisäksi voidaan todeta, että EIT:n käyttämä arviointimalli vastaa pitkälti OK 17:25.3:a, mikä tietenkin on ollut pykälän tarkoituskin. Eräät täsmennykset on kuitenkin syytä esittää. Tarkastelen seuraavaksi kriteerejä lainkohdan mukaisessa järjestyksessä.

Arviointiperusteet vastaavat pitkälti myös Pölösen esittämää hyödyntämiskieltojen punnintamallia, joka perustuu osin EIT:n ratkaisukäytäntöön. Sen mukaan ”avoimen” hyödyntämiskieltopunninnan kriteerejä olisivat tutkittavana olevan rikoksen vakavuus, oikeudenloukkauksen laatu ja laajuus, sen korjaamiskelpoisuus [tässä: vakauttaminen!], esitutkintaviranomaisen menettelyn tahallisuus, todisteen merkitys, syytetyn mielipide ja inevitable discovery (ks. edellä luku 3.2.5).<sup>1126</sup>

*Asian laatu.* Esitöiden mukaan rikoksen selvittämistä on todisteen hyödynnettävyyttä puoltava tekijä ja sen painoarvo kasvaa, mitä vakavammasta rikoksesta on kysymys. Arviointi perustuisi abstraktiin rangaistusasteikkoon sekä rikoksen tarkempaan luonteeseen. Esimerkiksi yleistä turvallisuutta vakavasti vaarantava tai keskeisimpiin perusoikeuksiin erittäin syvästi kajoava teko olisi sellainen, joka ”saattaisi puoltaa” todisteen hyödyntämistä.<sup>1127</sup> Lakivaliokunta on vahvistanut hallituksen esityksessä lausutun olevan hyväksyttävä lähtökohta. Lisäksi se on korostanut, että selvittämistä on tärkeä kaikissa rikoksissa ja että sen korostamisesta ei tule tehdä vastakohtaisjohtopäätelmää. Valiokunnan mukaan esimerkiksi törkeissä talousrikoksissa kynnys hyödyntämiskieltoon asettamiselle on korkea.<sup>1128</sup>

EIT:n oikeuskäytäntö ei vaikuta täysin vakiintuneelta julkisen intressin osalta. Esimerkiksi Prade-tuomiolla tämä kriteeri mainitaan Jalloh-tuomioon viitaten, kun taas Svetina-tuomiolla sitä ei mainita lainkaan.<sup>1129</sup> Suuren jaoston Bykov-tuomiolla julkisen intressin osalta lausutaan, että siihen liittyvät näkökohdat eivät voi oikeuttaa puolustuksen oikeuksien ydinalueen loukkauksia.<sup>1130</sup> Prade-tuomiolla EIT on kuitenkin hyväksynyt sen, että kansallinen tuomiois-

<sup>1126</sup> Ks. tiivistetysti Pölönen 2003 s. 326.

<sup>1127</sup> HE 46/2014 vp s. 93. Ks. myös Pölönen 2003 s. 239.

<sup>1128</sup> LaVM 19/2014 vp s. 21. Vuorenpää 2018 s. 309 kuitenkin huomauttaa, että on vaikeaa määrittellä, milloin käsiteltävän asian intressi vakavuudeltaan puoltaa hyödyntämistä.

<sup>1129</sup> Prade v. Germany, 3.3.2016 (kohta 35) ja Jalloh v. Germany [GC], 11.7.2006, vrt. Svetina v. Slovenia, 22.5.2018 (sovellettavat oikeusohjeet selostetaan kohdissa 42–44) ja Khan v. the United Kingdom, 12.5.2000, missä hallitus kiinnitti huomiota rikoksen selvittämistä intressiin (kohta 33), mutta EIT ei lausunut perusteesta mitään. Ks myös Rautio – Frände 2016 s. 182: ”Euroopan ihmisoikeustuomioistuin ei ole ainakaan yleisesti omaksunut tällaista harkintaperustetta.”

<sup>1130</sup> Bykov v. Russia [GC], 10.3.2009 (kohta 93). On huomattava, että Bykov-tuomiolla viitataan myös itsekriminointisuojaan koskeviin oikeusohjeisiin, missä yhteydessä lausuma esitetään. Se on kuitenkin muodossa ”public-interest concerns cannot justify measures which extinguish the very essence of an applicant’s defence rights, including the privilege against self-incrimination” [kursivointi tässä].

tuin on ottanut hyödyntämisharkinnassa huomioon painavan julkisen intressin, kun löydetty huumausaineiden määrä oli ollut suuri – yhteensä 2 606 käyttöannosta. Julkisen intressin huomioon ottaminen ja painoarvo perustuivat huolelliseen harkintaan eikä osoittanut mielivaltaa tai suhteettomuutta.<sup>1131</sup> Näyttää siten selvältä, että tällainen kriteeri voidaan ottaa harkinnassa huomioon.

Prade-tapauksessa oli kysymys kotietsinnästä, joka toimitettiin valittajan asuntoon niin sanottujen piraattituotteiden löytämiseksi. Niiden asemesta poliisi löysi sattumalta lähes puoli kiloa hasista, minkä johdosta käynnistettiin huumausainerikoksia koskeva prosessi. Saksan perustuslakituomioistuimien julisti kotietsinnän valittajan vaatimuksesta laittomaksi suhteellisuusperiaatteen vastaisena. Epäilty immateriaalioikeusrikos ei oikeuttanut puuttumista kotirauhan suojaan niin laajasti kuin kotietsinnässä tapahtuu. Sen asemesta olisi tullut käyttää muita tutkintatoimenpiteitä. Myös syyteasia eteni lopulta perustuslakituomioistuimeen, joka hyväksyi muutoksenhakutuomioistuimen punnintaratkaisun. Etsinnän lainvastaisuus ei siten johtanut löydettyjen huumausaineiden asettamiseen hyödyntämiskieltoon.

Svetina-tapauksessa poliisi oli tutkinut henkirikoksen uhrin ja valittajan matkapuhelimia ilman tuomioistuimen määräystä. Slovenian korkein oikeus katsoi, ettei uhrin puhelimen tutkintaan liittynyt lainvastaisuutta. Valittajan puhelimen osalta tutkinta oli sen sijaan perustuslain vastainen, mutta tutkinnan tulokset olisivat joka tapauksessa löytyneet myöhemmin (inevitable discovery, ks. edellä luku 3.2.3), koska poliisilla olisi ollut käytettävissään kolme eri keinoa selvittää se tosiseikka, että uhrin puhelimesta löytynyt viesti oli lähetetty valittajan puhelimesta. Kansalliset tuomioistuimet eivät tässä tapauksessa näytä argumentoineen sillä, että henkirikoksen selvittämisen intressi on painava.

Asian laadun osalta hallituksen esityksessä on katsottu lisäksi, että riita-asioissa merkitystä voidaan antaa riidan kohteen objektiiviselle arvolle sekä asian merkitykseen asianosaisille. Jos kysymys olisi indispositiivisesta riita-asiasta, esimerkiksi lapsen etu tai yleinen etu olisi otettava huomioon hyödynnettävyyttä puoltavina tekijöinä. Lakivaliokunta halusi kuitenkin supistaa hyödyntämisaikarajoituksen soveltamisalaa, jotta se ”ei menisi pidemmälle kuin mitä ihmisoikeussopimus edellyttää”. Tietääkseni EIT ei ole missään ratkaisussaan ottanut kantaa laittomasti hankitun todisteen käyttämiseen riita-asioissa eikä lakivaliokunta mainitse riita-asioita lainkaan säännöksen yksityiskohtaisissa perusteluissa. Edellä todetuin tavoin vaikuttaa siltä, että OK 17:25.3:n hyödyntämisaikarajoitus ei tulisi lainkaan sovellettaviksi riita-asioissa.<sup>1132</sup>

<sup>1131</sup> Prade v. Germany, 3.3.2016 (kohta 41). Ks. myös Bašić v. Croatia, 25.10.2016 (kohta 43 *in fine*) ja Hambarzumyan v. Armenia, 5.12.2019 (kohta 76), missä on otettu huomioon julkinen intressi viitaten Prade-ratkaisuun.

<sup>1132</sup> HE 46/2014 vp s. 93. Norjan korkein oikeus on todennut, että laittomasti hankitun todistelun arviointiin sovelletaan samoja kriteerejä riita- ja rikosasioissa, mutta konkreettinen punnintaratkaisu saattaa olla erilainen (Rt. 2009 s. 1526, kohta 28).

*Todisteen hankkimistapaan liittyvä oikeudenloukkauksen vakavuus.* Toinen harkintakriteeri tarkoittaa yksinkertaisesti, että mitä vakavampi loukkaus on, sitä painavammin se puoltaa hyödyntämiskiellon asettamista. Arvioinnissa tulee hallituksen esityksen mukaan ottaa huomioon, mitä oikeutta todistetta hankittaessa on loukattu ja kuinka vakavasti.<sup>1133</sup> Tältä osin voidaan viitata myös edellä Ibrahim-kriteeristä e lausuttuun eli tulkinnassa voidaan antaa merkitystä loukkauksen ”luonteelle ja asteelle”. Lakivaliokunta on täydentävästi huomauttanut olevan sinänsä selvää, ettei viranomainen voi ryhtyä menettelemään lainvastaisesti todisteiden hankkimiseksi. Toisaalta se on korostanut sitä hallituksen esityksessäänkin todettua lähtökohtaa, ettei hyödyntämiskieltoa olisi määrättävä muotovirheiden perusteella.<sup>1134</sup>

Kriteeri vastaa EIT:n oikeuskäytännössä sitä, onko todisteen hankkimistapa loukannut jotain toista EIS:n artiklaa (”an examination of the ‘unlawfulness’ in question and, where a violation of another Convention right is concerned, the nature of the violation found”).<sup>1135</sup> Yleensä hankkimismenettely voi loukata EIS 3 tai 8 artiklaa eli kidutuksen ja epäinhimillisen tai halventavan kohtelun kieltoa tai yksityisyyden suojaa. Vakiintuneen tulkinnan mukaan pelkästään EIS 8 artiklaa loukkaavalla menettelyllä saadun todisteen hyödyntäminen ei merkitse sitä, että myös EIS 6 artiklaa olisi loukattu. Näin ollen hyödyntämiskieltoa ei OK 17:25.3:n nojalla tulisi asettaa yksin siitä syystä, että hankkimismenettely on loukannut yksityisyyden suojaa. Tätä voidaan kuitenkin pitää hyödyntämiskiellon asettamista puoltavana perusteena.<sup>1136</sup>

Khan-tapauksessa poliisi oli asentanut kuuntelulaitteen erään rikoksesta epäillyn asuntoon ilman, että kansallinen lainsäädäntö olisi sisältänyt tällaista pakkokeinovaltuutta. Valittaja oli poliisin tietämättä vierailut asunnossa ja paljastanut osallisuutensa huumausainerikokseen. Rikoksesta epäilty asunnon haltija ja valittaja olivat kumpikin tietämättömiä kuuntelulaitteesta. EIS 8 artiklan mukaan yksityisyyden suojaan saadaan puuttua, ”kun laki sen sallii”. Koska asuntokuuntelua koskevaa sääntelyä ei ollut voimassa lainkaan, EIS 8 artiklaa oli loukattu.

Bykov-tapauksessa valittaja oli väitetysti määrännyt erään henkilön (V.) tappamaan entisen liikekumppaninsa. V. paljasti aikomuksen viranomaisille, jotka päättivät käyttää salaisia pakkokeinoja todisteiden hankkimiseksi. Poliisin ohjeistamana V. meni tapaamaan valittajaa tämän kiinteistölle radiolähettimellä varustettuna. Tapaaminen sijoittui valittajan vierastaloon. Kansallisen lainsäädännön mukaan tällaisen pakkokeinon käyttö olisi lähtökohdaisesti edellyttänyt tuomioistuimen lupaa. Säännöstä oli kuitenkin tulkittu siten, että vierastalo ei ollut kotirauhan suojaama paikka, eikä lupaa siten

<sup>1133</sup> HE 46/2014 vp s. 93. Ks. myös Pölönen 2003 s. 239.

<sup>1134</sup> LaVM 19/2014 vp s. 21, HE 46/2014 vp s. 94.

<sup>1135</sup> Rautio – Frände 2016 s. 182.

<sup>1136</sup> Ks. Rautio – Frände 2016 s. 182, Pölönen – Tapanila 2015 s. 255–257 ja Jackson – Summers 2012 s. 171–175.

ollut haettu. EIT totesi, että valittaja ei ollut hyötynyt lainsäädännön turvakeista eikä menettelylle ollut käytännössä katsottu asetetun mitään edellytyksiä. Riittäväenä ei pidetty sitä, että kohdehenkilö saattoi jälkikäteen kannella pakkokeinon käytöstä tai vaatia hyödyntämiskieltoa. Koska riittäviä takeita mielivaltaa ja väärinkäytöksiä vastaan ei ollut, lainsäädännön laatu ei ollut EIS 8 artiklan edellyttämällä tasolla ja sitä oli loukattu.

Kaikkein vakavimpana oikeudenloukkauksena voitaneen pitää todisteen hankkimista epäinhimillisellä tai halventavalla menettelyllä EIS 3 artiklan vastaisesti. Kuten edellä on todettu, tällaista hankkimistapaa koskee henkilötodistelun osalta ehdoton hyödyntämiskielto, joka tulisi asetettavaksi OK 17:25.3:n nojalla ainoastaan, jos hankkimistapa ei loukkaa jotain vaikenemisoikeutta. Itsekriminointisuoja on Jalloh-ratkaisun perusteella myös reaalitydisteisiin ulottuva etäisvaikutus, joten hyödyntämiskielto tulee määrättäväksi OK 17:25.2:n nojalla. Ehdotonta hyödyntämiskieltoa ei kuitenkaan ole EIT:n oikeuskäytännön perusteella asetettava silloin, kun todiste hankitaan todistamisvelvolliselta henkilöltä epäinhimillisellä tai halventavalla tavalla. Tällaista menettelyä voidaan tietenkin pitää erittäin painavana perusteena hyödyntämiskiellon asettamiselle.<sup>1137</sup>

Myös YK:n ihmisoikeuskomitea on katsonut, että paitsi kiduttamalla myös muulla KP-sopimuksen 7 artiklassa kielletyllä (julmalla, epäinhimillisellä tai halventavalla) kohtelulla saadun lausunnon tulisi olla hyödyntämiskiellon piirissä.<sup>1138</sup> CAT on viimeisimmässä Suomea koskevassa raportissaan suositellut, että ehdoton hyödyntämiskielto ulotettaisiin koskemaan myös kielletyn kaltoinkohtelun lievempiä muotoja, rajaamatta tätä kannanottoa henkilötodisteluun. Suositus tarkoittaa käytännössä sitä, että myös epäinhimillisellä tai halventavalla kohtelulla saatu reaalitydiste olisi yleisen ja ehdottoman hyödyntämiskiellon piirissä.<sup>1139</sup>

Käytännössä oikeudenloukkauksen vakavuuden arvioinnissa lienee yleensä syytä lähteä liikkeelle siitä lainkohdasta tai niistä lainkohdista, joita hankkimismenettely on loukannut, viittaamalla niissä suojattuihin oikeushyviin. Loukatun oikeuden tärkeyttä voisi ilmentää se, jos kysymys on PL:ssa tai EIS:ssa turvatus oikeuden ydinalueesta. Ydinalueeseen kohdistuva loukkaus puoltaisi vahvasti hyödyntämiskiellon asettamista, kun taas sen ulkopuolelle jäävällä loukkauksella olisi pienempi painoarvo. Esimerkiksi laitton kotietsintä loukkaisi lievemmin kotirauhan suojaa kohdistuessaan piharakennukseen kuin varsinaisiin asuinhuoneisiin. Esitöissä mainitaan yksityisyyden suojaan liittyvinä esimerkkeinä, että laitonta henkilöntarkastusta voidaan pitää lievempänä

<sup>1137</sup> HE 46/2014 vp s. 93. Ks. myös Rautio – Frände 2016 s. 176 ja Pölonen – Tapanila 2015 s. 249, Spring-Reiman 2012 s. 164 ja Jackson – Summers 2012 s. 163–169.

<sup>1138</sup> General Comment No. 20 (kohta 12) ja Pattenden 2006 s. 8–9.

<sup>1139</sup> CAT 2016 s. 3.



loukkauksena kuin laitonta henkilökatsastusta ja salakuuntelua puolestaan salakatselua lievempänä loukkauksena.<sup>1140</sup>

”Muotoseikkoja” koskevat perustelulausumat jäävät melko epätäsmällisiksi. Tarkoituksena lienee ilmaista, että esimerkiksi kompetenssia tai pakkokeinopäätöksen muotovaatimuksia koskevat puutteellisuudet eivät voisi olla peruste hyödyntämiskiellon määräämiselle. Lähtökohta on perusteltu, mutta tulee muistaa, että monet muotosäännökset ovat merkityksellisiä arvioitaessa esimerkiksi sitä, ovatko pakkokeinon käytön aineelliset edellytykset täyttyneet tai miten pakkokeinon toimeenpanossa on tosiasiallisesti menetelty. Esimerkiksi toimitustodistajan puuttuminen voi johtaa siihen, että kotietsinnän kulusta on vaikeaa saada uskottavaa näyttöä.<sup>1141</sup> On kuitenkin selvää, ettei toimitustodistajan puuttumista itsessään ole pidettävä hyödyntämiskiellon perusteena, koska tällainen laiminlyönti ei voi johtaa todisteen hankkimiseen.

*Peter Murphyn* mukaan prosessisäännöksen leimaaminen ”tekniseksi” (technical) näyttää aina merkitsevän jotain negatiivista, kuten että tällaiset säännökset johtavat aineellisesti syyllisten vapauttamiseen. Sama havainto voitaisiin kenties esittää suomalaisesta termistä ”muotoseikka” siinä merkityksessä, missä sitä hallituksen esityksessä käytetään. Murphy huomauttaa, että esimerkiksi useimpien todistelua koskevien menettelysäännösten tarkoituksena on itse asiassa mahdollistaa asian selvittäminen ja edistää tuomion oikeellisuutta. Säännöksen tekninen tai muodollinen luonne ei siten itsessään ole hyvästä tai pahasta.<sup>1142</sup>

Lisäksi hallituksen esityksessä todetaan, että merkityksettömien virheiden tai puutteiden ei tulisi johtaa hyödyntämiskieltoon. Tätäkään perustelulausumaa ei tarkemmin avata. Merkityksettöminä voitaneen pitää ainakin sellaisia virheitä, joilla ei ole kausaaliyhteyttä todisteen saamiseen, sekä independent source -poikkeuksen tyyppistä tilannetta, jossa todiste saadaan paitsi lainvastaisella menettelyllä myös laillisesti menetellen. Arvioinnissa voitaneen muutoinkin ottaa huomioon se, miten vahva oikeudenloukkauksen ja todisteen saamisen välinen liityntä on. Attenuation-poikkeuksen kaltaisesti hyödyntämistä puoltaisi se, että sinänsä merkityksellisen oikeudenloukkauksen lisäksi todisteen saamiseen ovat vaikuttaneet muutkin syyt tai että syy-yhteyshetki on niin pitkä, että liittynä voidaan pitää heikkona.<sup>1143</sup>

<sup>1140</sup> HE 46/2014 vp s. 93, Vuorenpää 2018 s. 310, Pölonen – Tapanila 2015 s. 230, Brøbech 2003 s. 288–297. Ks. myös I-SHO 2010:5 ja THO 2017:6.

<sup>1141</sup> Ks. esim. Horvatić v. Croatia, 17.10.2013 (kohta 82) ja Kobiashvili v. Georgia, 14.3.2019 (kohdat 62–64), joissa ”muodolliset” menettelyvirheet johtivat siihen, ettei pakkokeinon toimeenpanosta saatu riittävää selvitystä sen arvioimiseksi, olivatko virheet vaikuttaneet hankitun todistelun luotettavuuteen. Kummassakin tapauksessa todettiin EIS 6 artiklan loukkaus. Tapauksia tarkastellaan lähemmin jäljempänä.

<sup>1142</sup> Murphy 2011 s. 145 ja 151–160.

<sup>1143</sup> Ks. mainituista poikkeuksista tarkemmin edellä luku 3.2.3.

Muotoseikkana tai muutoin merkityksettömänä virheenä voitaneen yleensä pitää menettelyä, joka loukkaa pelkästään kompetenssinnormia. Jos pakkokeinosta päättää tai sen panee toimeen poliisimies, jolla ei ole asemansa perusteella riittävää kompetenssia (säännöksen edellyttäessä esimerkiksi pidättämiseen oikeutetun virkamiehen päätöstä), ei tällä yksin liene hyödyntämiskysymyksen kannalta merkitystä, jos ei edes väitetä, etteivät pakkokeinon käytön edellytykset olisi täyttyneet tai että sen toimeenpanossa olisi menetelty muulla tavalla lainvastaisesti. Hyödyntämisharkintana voidaan tosin pitää jo sen toteamista, että menettely on ollut merkityksetöntä eikä se sen vuoksi voi johtaa hyödyntämiskieltoon. Harkinta lienee selvästi tarpeetonta ainoastaan silloin, kun todisteen hankkimistapa ei ole lainkaan lainvastainen.

Esimerkkinä voidaan mainita tapaus NJA 1986:83, jolla perustellaan Ruotsin oikeuden kriittistä suhtautumista hyödyntämisrajoitteisiin.<sup>1144</sup> Tapauksen keskeisenä kysymyksenä oli se, voitiinko verinäytettä hyödyntää, kun sen oli ottanut laboratorioassistentti eikä lääkäri tai sairaanhoitaja, kuten laki olisi edellyttänyt. HD salli todisteen hyödyntämisen. Pelkästään kyseinen peruste lienee selvästi kompetenssia koskeva muotoseikka. Mikäli näytteen hankkimistapaan ei edes väitetä liittyneen mitään sellaista, mikä vaarantaisi sen luotettavuuden, sen hyödyntämiselle ei vastaavassa tilanteessa nähdäkseni olisi estettä myöskään Suomen oikeuden mukaan. Vaikutuksellisia virheitä ovat nähdäkseni pakkokeinon edellytysten täyttymättä jääminen ja perusoikeuksia loukkaava pakkokeinon toimeenpano, kuten suhteellisuusperiaatteen vastainen kotietsinnän toimittaminen aamuyöllä (ks. KKO 2014:57). Siitä, että todisteen hankkimistapa todetaan lainvastaiseksi, ei kuitenkaan yksinään seuraa, että hyödyntämiskielto olisi asetettava.

Loukkauksen vakavuutta arvioitaessa tulisi esitöiden mukaan ottaa huomioon myös loukkaajan tarkoitus. Jos todiste hankitaan ”tarkoituksellisesti lainvastaisella tavalla tietäen, että laillista tapaa ei ole käytettävissä”, olisi loukkausta pidettävä vakavampana kuin jos se olisi tapahtunut selvästi epähuomiossa.<sup>1145</sup> Kuten edellä on todettu, lausumasta ei mielestäni voida päätellä, että Suomen oikeudessa olisi voimassa jonkinlainen good faith -poikkeus, jonka mukaan hyödyntäminen olisi sallittua viranomaisen toimiessa hyvässä uskossa. EIT:n oikeuskäytännössä tällaista kriteeriä ei nähdäkseni ole sovellettu eikä myöskään lakivaliokunnan mietinnöstä ole löydettävissä tällaiselle johtopäätökselle erityistä tukea. Viranomaisen tarkoitus voidaan siten ottaa huomioon harkinnassa täydentävänä argumenttina, mutta keskeinen kriteeri se ei voine olla.<sup>1146</sup>

<sup>1144</sup> Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 229, Nordh 2019 s. 42 ja Bring – Diesen – Andersson 2019 s. 150–151.

<sup>1145</sup> HE 46/2014 vp s. 93–94. Ks. samoin Tanskan oikeudesta Brøbech 2003 s. 81–89 ja 279–282 sekä Englannin oikeudesta Mirfield 1997 s. 180, joka kuitenkin pitää tätä täydentävänä argumenttina. Pölönen huomauttaa, että viranomaisen tarkoituksen arvioiminen liittyy kurinpitofunktion (Pölönen 2003 s. 241). Kriteeri on tähän nähden hieman ristiriitainen, koska esitöissä kurinpitofunktio on nimenomaisesti torjuttu (LaVM 19/2014 vp s. 7).

<sup>1146</sup> Ks. myös Pölönen – Tapanila 2015 s. 336.

Lisäksi hallituksen esityksen mukaan voitaisiin antaa merkitystä lainsäädännön vaikeatulkintaisuudelle tai epäselvyydelle. Viranomaisen voi tietenkin olla vaikeaa toimia lainmukaisesti, jos sovellettava laki on vaikeasti tulkittavissa. On kuitenkin vaikeaa nähdä, miten tämä olisi loukatun oikeusturvan kannalta loukkausta lieventävä tekijä. Vaikeatulkintaisuus merkitsisi pikemminkin sitä, että lainsäädännön laatu on kyseenalainen. Esimerkiksi ylimääräisen tiedon käyttöä ryhdyttiin sääntelemään tarkemmin sen vuoksi, että EIT edellytti lainsäädännön laadulta riittävää tasoa sen sijaan, että kysymys jätettäisiin oikeuskäytännön ja -kirjallisuuden varaan.<sup>1147</sup> Koska todistelupakkokeinoissa kysymys on toimivaltuuksista, joiden nojalla voidaan puuttua ihmisoikeuksiin, on lainsäädännön oltava täsmällistä ja tarkkarajaista:

”The Court has consistently held that when it comes to the interception of communications for the purpose of a police investigation, ‘the law must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in which and the conditions on which public authorities are empowered to resort to this secret and potentially dangerous interference with the right to respect for private life and correspondence’ – –. In particular, in order to comply with the requirement of the ‘quality of the law’, a law which confers discretion must indicate the scope of that discretion, although the detailed procedures and conditions to be observed do not necessarily have to be incorporated in rules of substantive law. The degree of precision required of the ‘law’ in this connection will depend upon the particular subject-matter. Since the implementation in practice of measures of secret surveillance of communications is not open to scrutiny by the individuals concerned or the public at large, it would be contrary to the rule of law for the legal discretion granted to the executive – or to a judge – to be expressed in terms of an unfettered power. Consequently, the law must indicate the scope of any such discretion conferred on the competent authorities and the manner of its exercise with sufficient clarity to give the individual adequate protection against arbitrary interference – –.”<sup>1148</sup>

*Hankkimistavan merkitys todisteen luotettavuudelle.* Hallituksen esityksen mukaan kriteerillä olisi merkitystä ennen muuta harkittaessa henkilötodistelun luotettavuutta. Epäasialliset menettelytavat vaikuttavatkin helpommin henkilötodistelun laatuun. Hankkimistavan merkitys henkilötodisteen luotettavuudelle riippuu käytännössä oikeudenloukkauksen vakavuudesta eli siitä, millaista pakkoa on käytetty. Esitöissä on katsottu, että myös sinnikäs taivuttelu tai uteleminen voi vaikuttaa todisteen luotettavuuteen, ja näin epäilemättä onkin.<sup>1149</sup> Vertailukohtana voidaan pitää lähinnä ETL 7:5:n säännöstä kuulusteltavan koh-

<sup>1147</sup> HE 222/2010 vp s. 142.

<sup>1148</sup> Bykov v. Russia [GC], 10.3.2009 (kohta 78, viittaukset oikeuskäytäntöön poistettu). Ks. myös KKO 2019:36 (kohta 11).

<sup>1149</sup> HE 46/2014 vp s. 94.

telusta (ks. edellä luku 8.3.2). Todisteen luotettavuutta vaarantavia voisivat siten olla kaikki kuulusteltavan ratkaisuvapauteen, tahdonvoimaan, muistiin tai arvostelukykyyn vaikuttavat sopimattomat keinot tai menettelytavat, jotka säännöksessä mainitaan.<sup>1150</sup>

Reaalitodisteen luotettavuus ei välttämättä kärsi lainkaan lainvastaisesta hankkimistavasta. Toisaalta, kuten esitöissä mainitaan, lainvastainen hankkimistapa voi asettaa reaalitodisteen aitouden tai muuttamattomuuden kyseenalaiseksi.<sup>1151</sup> Luotettavaa näyttöä rikoksesta ei olisi esimerkiksi kotietsinnässä takavarikoidun muistitikon sisältö, jos sitä on manipuloitu poliisin toimesta tai jos se on suorastaan poliisin asuntoon sijoittama ja sitten ”löytämä”. Ei ole mitään syytä olettaa, että tällainen menettely olisi Suomessa yleistä, mutta sitä koskevaa väitettä voi olla vaikeaa tai mahdotonta arvioida, ellei etsinnän kuluista voida esittää riittävää selvitystä. Lähtökohtaisesti muotomääräyksen luonteisilla normeilla voi olla tällaisessa arvioinnissa huomattava merkitys ja niillä pyritään osaltaan varmistamaan se, että manipuloinnin mahdollisuus jäisi häviävän pieneksi.<sup>1152</sup>

Kobiashvili-tapauksessa valittaja väitti, että hänen taskustaan löydetty huumausaine oli sijoitettu sinne poliisin toimesta. Selvitys valittajaan kohdistuneen henkilöntarkastuksen edellytysten täyttymisestä oli jäänyt epäselväksi samoin kuin selvitys etsinnän toimeenpanoon liittyneistä tapahtumista. Kahdesta toimeenpanon laillisuuden väitetystä vahvistaneesta todistajasta ensimmäinen oli peruuttanut lausuntonsa ja toinen oli entinen poliisi, jonka luotettavuuden valittaja kyseenalaisti tuloksetta. Valittajan kaksi ystävää väittivät, ettei valittajaa ollut tutkittu välittömästi pidätyksen jälkeen viranomaisten väittämällä tavalla. Georgian tuomioistuimet eivät olleet arvioineet näitä ristiriitaisuuksia riittävästi, jolloin ei riittänyt, että tutkinnan toimeenpanneita poliiseja oli kuultu oikeudenkäynnissä.<sup>1153</sup>

Luotettavuuden osalta huomionarvoista on myös se, että EIT on edellyttänyt puolustuksella olevan tehokas mahdollisuus riitauttaa todisteen näyttöarvo ja

<sup>1150</sup> Vaikka Ibrahim-kriteeriä a eli erityistä haavoittuvuutta ei ole mainittu lainvastaisesti hankitun todistelun hyödyntämistä arvioitaessa, voitaneen lähteä siitä, että tällainen ominaisuus saattaa voimistaa lainvastaisen hankkimistavan henkilötodistelun laatua heikentävää vaikutusta (Rautio – Frände 2016 s. 183, Pölonen – Tapanila 2015 s. 337–339).

<sup>1151</sup> HE 46/2014 vp s. 94. Ks. myös Riekkinen 2019 s. 318, missä huomautetaan tämän olevan erityisen merkittävä kysymys sähköisten todisteiden osalta.

<sup>1152</sup> Ks. esim. LaVM 17/2013 vp s. 5, missä kehoitettiin kiinnittämään huomiota esitutkinnan dokumentointiin esimerkiksi videokuvaamalla, jos laissa tarkoitettua läsnäolo-oikeutta ei voida toteuttaa. Kuten edellä siteeratuista EIT:n soveltamista harkintakriteereistä ilmenee, riittää, että hankkimistapa herättää epäilyjä luotettavuuden vaarantumisesta (”the quality of the evidence must be taken into consideration, including whether the circumstances in which it was obtained cast doubt on its reliability or accuracy”).

<sup>1153</sup> Kobiashvili v. Georgia, 14.3.2019 (kohdat 59–71). Ks. myös Lisica v. Croatia (kohdat 55–58).

hyödyntäminen (”the opportunity of challenging the authenticity of the evidence and of opposing its use”). OK 17:25.3:ssa säädetty merkitsee jo itsessään sitä, että hyödyntäminen voidaan riitauttaa. Todisteen näyttöarvon riitauttamismahdollisuus puolestaan kuuluu itsestään selvästi kontradiktoriseen oikeudenkäyntiin ja puolustuksen oikeusturvaan. Puolustus voi myös päättää riitauttaa joko pelkästään todisteen näyttöarvon tai sen hyödynnettävyyden. Tuomioistuimen on tämän jälkeen huolellisesti arvioitava puolustuksen väitteitä. Merkittävää ei ole, käytetäänkö mahdollisuutta riitautukseen tai menestyykö se, vaan ratkaisevaa on mahdollisuus itsessään.<sup>1154</sup>

Schenk-tapauksessa valittaja, herra Schenk, oli palkannut palvelukseensa Pauty-nimisen miehen, joka oli suorittanut hänelle eräitä tehtäviä. Kesällä 1981 herra Schenk oli määrännyt Pautyn tappamaan entisen vaimonsa, rouva Schenkin, jonka kanssa he olivat eläneet asumuserossa vuodesta 1973 alkaen. Pauty ei ollut suorittanut tehtävää, vaan ottanut yhteyttä rouva Schenkiin, minkä jälkeen he olivat yhdessä kertoneet herra Schenkin aikomuksesta viranomaisille. Pauty odotti herra Schenkin ottavan häneen yhteyttä puhelimitse antamaansa tehtävään liittyen. Pauty asensi käyttämäänsä puhelimeen mikrofonin sekä tallennuslaitteen. Herra Schenk soittikin Pautylle, joka tallensi käydyin keskustelun ja luovutti tallenteen poliisille. EIT totesi, että herra Schenkillä oli mahdollisuus riitauttaa tallenteen luotettavuus ja käyttäminen todisteena, minkä hän tekikin. Se, että väitteet hylättiin, ei ollut merkityksellistä. Puolustuksella oli myös mahdollisuus kuulustella Pautya, joka oli kutsuttu asiassa todistajaksi. Lisäksi puolustuksella olisi ollut mahdollisuus saada tutkinnasta vastannut poliisi haastetuksi todistamaan, mutta tätä mahdollisuutta ei ollut käytetty.

Riitauttamismahdollisuutta koskevaa EIT:n oikeuskäytäntöä on kritisoitu huomauttamalla, ettei kansallisen tuomioistuimen ilmeisesti tarvitsisi koskaan jättää todistetta hyödyntämättä, vaan oikeudenmukaisena pidettäisiin pelkästään mahdollisuutta siihen.<sup>1155</sup> En tulkitse ratkaisukäytäntöä aivan näin kapeasti. Jotta riitauttamista voidaan pitää tehokkaana ja mielekkäänä, täytyy tarkastella sitä, miten tuomioistuin on perustellut näytön uskottavuutta ja onko se ottanut huomioon puolustuksen esittämät perusteet. Tuomioistuimen tulee perustella, miksi se päätyy pitämään syytettä tukevaa näyttöä luotettavampana ja hylkäämään ne perusteet, joihin puolustus on vedonnut. Puolustuksen riitautuksensa tueksi esittämien näkökohtien sivuuttaminen vastaavasti merkitsisi riitautusmahdollisuuden tosiasiallista heikentämistä.<sup>1156</sup>

<sup>1154</sup> Schenk v. Switzerland [plenary], 12.6.1988 (kohta 47), Khan v. the United Kingdom, 12.5.2000 (kohta 38).

<sup>1155</sup> Jackson – Summers 2012 s. 181–182, Goss 2014 s. 146.

<sup>1156</sup> Ks. esim. Kobiashvili v. Georgia, 14.3.2019 (kohdat 70, 72 ja 73) ja Horvatić v. Croatia, 17.10.2013 (kohta 84), missä oli kysymys valittajan hius-, karva- ja kynsinäytteistä, jotka poliisi oli valittajan väitteen mukaan pakannut poissa hänen näköpiiristään. Kansallinen tuomioistuin oli

*Todisteen merkitys asian ratkaisemisen kannalta.* Esityöt todisteen merkitystä koskevan kriteerin osalta ovat äärimmäisen niukat. Hallituksen esityksessä sitä avataan yhden kappaleen verran toteamalla, että hyödyntämiskieltoa voi puoltaa esimerkiksi se, että todiste on näyttöarvoltaan heikkoa kuulopuhetodistelua ja asiassa on muuta ja parempaa näyttöä. Toisaalta asianosaisen tai silminnäkijätodistajan antama kertomus tai rikoksentekevälaine vakavassa rikosasiassa voi olla keskeinen todiste, jolloin rikoksen selvittämisen intressi puoltaa todisteen hyödyntämistä.<sup>1157</sup> Lakivaliokunta ei ole täsmentänyt tätä kriteeriä mitenkään. Nähdäkseni sen soveltamiseksi on kuitenkin mainittava muutama täsmentävä näkökohta, jotka perustuvat EIT:n oikeuskäytäntöön. Siinä on pidetty keskeisenä todisteen luotettavuuden ja merkityksen välistä yhteyttä.<sup>1158</sup>

Schenk-tapauksessa Pautyn puhelinnauhoite ei ollut syyttäjän ainoa todiste, mihin EIT kiinnitti huomiota oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta arvioiessaan.<sup>1159</sup> Khan-tuomiossa kuitenkin korostettiin, että tämä seikka – siis todisteen vähäinen merkitys – ei ollut Schenk-tuomion lopputuloksen kannalta ratkaiseva seikka. Erona ratkaisujen tosiseikoissa on, että Khan-tapauksessa äänite oli käytännössä ainoa syytettä tukeva todiste. EIT totesi kuitenkin, että todisteen merkityksen vaikutusta on arvioitava ottaen huomioon kunkin yksittäistapauksen olosuhteet.<sup>1160</sup>

Ratkaisevaksi Khan-tuomion mukaan nousi se, että poliisin hankkiman nauhoitteen todistusarvo oli erittäin vahva eikä sen epäluotettavuudesta ollut vaaraa. Näin ollen nauhoitteen luotettavuutta tukevan todistelun tarve oli vastaavasti vähäisempi.<sup>1161</sup> Kobiashvili-ratkaisussa on puolestaan vahvistettu, että jos laittoman todisteen luotettavuus on kyseenalainen, tukitodistelun tarve on vastaavasti suurempi.<sup>1162</sup> EIT:n oikeuskäytännöstä voidaan nähdäkseni johtaa eräänlainen liukuva tukitodisteluvaatimus (ks. edellä luku 4.3). Todisteen *prima facie* luotettavuudesta riippuu, miten paljon muuta (tuki)todistelua syytteen tueksi tulee esittää. Jos tukitodistelua on riittävästi, voidaan varmistua lainvastaisesti hankitun todisteen luotettavuudesta, ja samalla lainvastaisesti hankitun todisteen merkitys osana kokonaisuutena pienenee tukitodistelun vuoksi.

---

katsonut, että pakkokeinon käyttö oli dokumentoitu riittävästi, vaikka siitä ei ollut esitetty min-käänlaista pöytäkirjaa. EIT katsoi, että hylkäämällä puolustuksen vaatimukset selvittää asiaa ja hyväksymällä toisaalta syyttäjän väitteet ja todisteet kansallinen tuomioistuimien oli riistänyt valittajalta käytännössä mahdollisuuden riittavasti häntä vastaan esitetyn todistelun luotettavuus ja vastustaa sen käyttöä.

<sup>1157</sup> HE 46/2014 vp s. 94.

<sup>1158</sup> Ks. myös Pölonen – Tapanila 2015 s. 337 ja Vuorenperä 2018 s. 309.

<sup>1159</sup> Schenk v. Switzerland [plenary], 12.6.1988 (kohta 48).

<sup>1160</sup> Khan v. the United Kingdom, 12.5.2000 (kohta 37).

<sup>1161</sup> *Ibid.* Samoin esim. tuore ratkaisu López Ribalda and Others v. Spain [GC], 17.10.2019 (kohta 156).

<sup>1162</sup> Kobiashvili v. Georgia, 14.3.2019 (kohta 72).

Lainvastaisesti hankittua, *prima facie* luotettavaa todistetta voidaan käyttää jopa ainoana syyksilukemista välittömästi perustelevana todisteena. Hyödyntämisharkinta voi tältä osin pitkälti sulautua osaksi todistusharkintaa, jonka lisäksi riittää todeta johtopäätöksenä, ettei hyödyntämiselle ole estettä.<sup>1163</sup> Jos sen sijaan hankkimistapa herättää kysymyksiä todisteen luotettavuudesta, olisi luotettavuus voitava osoittaa tukitodistelulla. Esimerkiksi Kobiashvili-tapauksen perusteluista on luettavissa, että pakkokeinon toimeenpanoa seuraavat niin sanotut toimitustodistajat (attesting witnesses) voisivat soveltua tähän tarkoitukseen, mutta tapauksen olosuhteissa EIT piti heitä epäluotettavina. Myös muu todisteen hankkimisolosuhteita ja muuttumattomuutta koskeva todistelu soveltuu luotettavuutta vahvistavaksi tukitodisteluksi.<sup>1164</sup>

Todisteen merkitykselle ei edellä selostetun perusteella voida antaa itsenäistä merkitystä arvioimatta myös sen luotettavuutta. Hallituksen esityksessäkin viitataan kriteerin osalta luotettavuusnäkökohtiin. Lainvastaisesti hankitun todisteen suuri merkitys ei sellaisenaan voi olla hyödyntämistä puoltava seikka. Lisäksi, kuten todettu, Khan-tuomion mukaan se ei ylipäätään ole harkinnassa ratkaiseva seikka.<sup>1165</sup> Kriteeriä ei tule ymmärtää siten, että se automaattisesti oikeuttaisi hyödyntämään laittomasti saatua todistetta vähäisissä määrin – esimerkiksi sen näyttöarvoa keinotekoisesti madaltamalla. Tällaisesta ”alennuksesta” ei ole kysymys vaan siitä, voidaanko todisteen luotettavuudesta varmistua. Jos hankkimistavan voidaan epäillä heikentäneen todisteen luotettavuutta, edellyttää myös varmuusperiaate huolellista todistusharkintaa.

*Muut olosuhteet.* Hallituksen esityksen mukaan huomioon voitaisiin ensin näkin ottaa se, syveneekö oikeudenloukkaus, kun todistetta käytetään, vai onko ”vahinko jo tapahtunut”, jolloin hyödyntämiskielto olisi merkityksetön.<sup>1166</sup> Olen kritisoinut tätä edellä syvenemisfunktioiksi nimittämäni ajattelutapaa, koska on erittäin epäselvää, milloin kysymys olisi oikeudellisesti merkityksellisestä syvenemisestä ja toisaalta tällainen ajattelu näyttäisi kannustavan vakaaviin loukkauksiin, joilla perusoikeus tehtäisiin ”kerralla tyhjäksi”. Kuten perustuslakivaliokunta on ylimääräisen tiedon käytön osalta huomauttanut, pelkkä yksityisen tiedon paljastuminen ei merkitse, että se menettäisi perustuslailli-

<sup>1163</sup> Ymmärrän lakivaliokunnan tarkoittaneen tätä todetessaan, että lainvastaisuuden merkitys todisteen uskottavuuden ja luotettavuuden kannalta on myös osa sitä harkintaa, sallitaanko todisteen hyödyntäminen (LaVM 19/2014 vp s. 6–7); vrt. Pölönen – Tapanila 2015 s. 337–338, missä sinänsä aiheellisesti korostetaan tarvetta pitää näytön arviointi ja hyödyntämisharkinta erillään.

<sup>1164</sup> Ks. pakkokeinojen toimeenpanon kontrolloinnista edellä luku 8.3.3. Esimerkiksi PKL 8:5.1:n mukaan kotietsinnässä tulee mahdollisuuksien mukaan olla paikalla etsinnän toimittajan nimeämä todistaja ja pykälän 2 momentin mukaan myös sille, jonka luona kotietsintä toimitetaan, tai hänen poissa ollessaan jollekin paikassa asuvalle, työskentelevälle tai muuten luvallisesti oleskelevalle on varattava tilaisuus kutsua siihen todistaja.

<sup>1165</sup> Khan v. the United Kingdom, 12.5.2000 (kohta 37 *in fine*).

<sup>1166</sup> HE 46/2014 vp s. 94.

sen suojan.<sup>1167</sup> Siksi loukkauksen ”syvenemiselle” *ei* mielestäni olisi annettava merkitystä hyödyntämisharkinnassa.

Toiseksi hallituksen esityksen mukaan voitaisiin ottaa huomioon, olisiko todiste joka tapauksessa saatu laillisestikin. Esimerkkinä mainitaan, että jos esitutkintaviranomainen on epäiltyä laillisesti tarkkailemalla saanut tietää huumausaineita sisältävän maastokätkön paikan sillä tarkkuudella, että se olisi väistämättä etsittäessä löydetty, voitaisiin huumausainetta käyttää todisteena, vaikka tieto sen kätköpaikasta tosiasiallisesti saatiin kiinnittämällä huumausaineerään seurantalaite ilman lainmukaisia edellytyksiä.<sup>1168</sup> Kysymys olisi tällöin inevitable discovery -poikkeuksesta, joka perustuu siihen, ettei lainvastaisella hankkimistavalla ole välttämätöntä syy-yhteyttä todisteen saamiseen (ks. edellä luku 3.2.3). Tämän seikan huomioon ottaminen vähintäänkin täydentävänä perusteena on nähdäkseni aiheellista, kunhan hypoteettinen laillinen hankkimistapa on vähintään todennäköinen.<sup>1169</sup>

Kolmantena täydentävänä perusteena mainitaan sen asianosaisen, jota vastaan todiste aiotaan esittää (käytännössä vastaajan), suhtautuminen todisteen hyödynnettävyyteen. Tähän olisi kuitenkin suhtauduttava varoen, koska jälkikäteen lainvastaisen menettelyn hyväksyminen ei sinänsä tee oikeudenloukkausta tyhjäksi ja useat oikeudenloukkaukset ovat laadultaan sellaisia, ettei niihin voi edes suostua pätevästi etukäteen.<sup>1170</sup> Perustelulausuman valossa on vaikea ymmärtää, miten ”vahingon jo tapahtuminen” sitten tekisi oikeudenloukkauksen tyhjäksi. Lakivaliokunta totesi, että syytetyn kielteiselle suhtautumiselle häntä vastaan esitettyyn näyttöön ei voida antaa merkitystä hyödyntämiskieltoa harkittaessa.<sup>1171</sup> Kanta on sinänsä perusteltu, koska riittävää on EIT:n oikeuskäytännön mukaan, että vastaaja voi vastustaa todisteen hyödyntämistä.

Vastaajan suhtautumiselle lienee annettava merkitystä pätevänä luopumisena mahdollisuudesta riitauttaa todisteen käyttö, jos puolustus ilmoittaa suostuvansa todisteen hyödyntämiseen. EIT onkin jättänyt valituksia tutkimatta muun ohessa sillä perusteella, että valittaja ei ole kansallisessa rikosprosessissa

<sup>1167</sup> PeVL 32/2013 vp s. 6.

<sup>1168</sup> HE 46/2014 vp s. 94.

<sup>1169</sup> Pölönen – Tapanila 2015 s. 339. Nix v. Williams -tuomiossa, johon inevitable discovery -poikkeus perustuu, oli kysymys ruumiin löytymisestä joka tapauksessa laillisestikin. SCOTUS viittasi ratkaisunsa perusteluissa Iowan osavaltion rikostutkimusviranomaisen palveluksessa olleen etsinnöistä vastanneen virkamiehen kertomukseen, jonka mukaan noin 200 vapaaehtoista oli organisoitu etsimään järjestelmällisesti lähialueita. Virkamies todisti, että ellei etsintää olisi keskeytetty, sitä olisi laajennettu alueelle, josta vastaaja osoitti ruumiin kätköpaikan. Tätä varten oli hänen mukaansa hankittu jo alueen kartta. SCOTUS katsoi, että ruumis olisi todennäköisesti löytynyt, ja sovelsi sanottua poikkeusta hyödyntämiskieltoon (Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)).

<sup>1170</sup> HE 46/2014 vp s. 94.

<sup>1171</sup> LaVM 19/2014 vp s. 22.



vastustanut todisteen hyödyntämistä.<sup>1172</sup> Katsoisin, että puolustuksen sallivalle suhtautumiselle on annettava merkitystä jo siitä syystä, että perusteena voi olla näkemys todisteen edullisuudesta puolustuksen kannalta. Suostumus voinee saada sellaisenkin muodon, että vastaaja, jota vastaan todiste on aiottu esittää, nimeää sen omaksi todisteekseen. Tällöin hyödyntämiskieltoa ei yleensä voitane asettaa. Todisteen mahdollinen epäluotettavuus tulee ottaa huomioon todistusharkinnassa.

### 8.5.4 Kokonaisarviointi

Selvimmissä tapauksissa arviointikriteerit voivat osoittaa yhdensuuntaisesti joko todisteen sallimisen tai kieltämisen suuntaan. Haasteellisemmissä tapauksissa on punnittava eri suuntiin osoittavia kriteerejä ja niiden keskinäisiä painoarvoja suhteessa rikoksen selvittämisen intressiin. Keskeisenä taustakysymyksenä voidaan pitää hyödyntämiskieltoa perusteltavuutta lainkäytön hyväksyttävyyden näkökulmasta. Puolustuksen riitauttaessa laittomasti saadun todisteen käyttämisen ja/tai luotettavuuden tuomioistuimen tulee ratkaisussaan vastata näihin väitteisiin perustellusti. Perusteluvastuuta ei voida sivuuttaa esimerkiksi vetoamalla lähtökohtaiseen hyödyntämisen vapauteen, rikoksen selvittämisen intressiin tai asianomistajan oikeusturvaan. Hyödyntämisen rajoitus vaatii vähimmilläänkin aitoa hyödyntämisharkintaa, jotta menettelyllinen oikeusturva toteutuu.<sup>1173</sup>

Korostan vielä, että vaikka kontradiktorisessa oikeudenkäynnissä puolustukselle tarjoutuu aina mahdollisuus lausua lainvastaisesti hankitun todisteen luotettavuudesta ja sen hyödyntämisen edellytyksistä, ei riitä vain todeta, että tällainen mahdollisuus on ollut. Olennaista on sen tehokas toteutuminen eli tuomioistuimen perusteluvelvollisuus ja tarvittaessa myös selvitysvelvollisuus. Kun esimerkiksi rikosprovokaatioväite voidaan prosessuaalisen testin perusteella hylätä sen ollessa ilmeisen epäuskottava (wholly improbable, ks. edellä luku 7.2.2), lienee selvää, ettei myöskään ilmeisen epäuskottavien näytön riitauttamisperusteiden hylkäämistä tarvitse perustella kovin laajasti. Perusteluvelvollisuus on tavallaan suhteutettava vastaajan vaatimusten uskottavuuteen ja vastattava erityisesti sellaisiin perusteisiin, jotka eivät ole jo lähtökohtaisesti ilmeisen epäuskottavia.

<sup>1172</sup> Ks. Polednová v. the Czech Republic [dec.], 21.6.2011 ja Dominka v. Slovakia [dec.], 3.4.2018. Myös Pölönen ja Tapanila katsovat, että aitoa suostumusta todisteen käyttämiseen ei ole lähtökohtaisesti syytä sivuuttaa (Pölönen – Tapanila 2015 s. 338–339).

<sup>1173</sup> Ks. myös Suomen v. Finland, 1.7.2003 (kohta 37): ”The Court emphasises that a further function of a reasoned decision is to demonstrate to the parties that they have been heard. Moreover, a reasoned decision affords a party the possibility to appeal against it, as well as the possibility of having the decision reviewed by an appellate body. It is only by giving a reasoned decision that there can be public scrutiny of the administration of justice –.”

Yksittäiset arviointiperusteet voivat saada erilaisia painoarvoja joko hyödyntämisen puolesta tai sitä vastaan. Kriteerien painotukset voivat myös muuttua sen perusteella, riitautetaanko pelkästään todisteen käyttäminen vai myös sen luotettavuus. Vaikuttaisi kuitenkin aiheelliselta ottaa arvioinnin lähtökohdaksi loukkauksen vakavuus. Epäinhimillisen tai halventavan kohtelun ollessa kysymyksessä tulee henkilötodistelu asettaa ehdottomaan hyödyntämiskieltoon EIT:n oikeuskäytännön perusteella. Tällöin loukkauksen vakavuus on avainkriteerin asemassa, eikä hyödyntämistä voida sallia viittaamalla esimerkiksi lausunnon luotettavuuteen tai vähäiseen merkitykseen. Myös reaalityodisteiden osalta tällaisella kidutusta lievemällä EIS 3 artiklaa loukkaavalla kohtelulla tulisi olla erittäin suuri painoarvo hyödyntämiskieltoa puoltavana seikkana.

Loukkauksen ollessa lievempikin tuomioistuimen tulisi arvioida sen vakavuutta ja laatua loukatun perusoikeuden kannalta eli esimerkiksi sitä, kohdistuuko loukkaus oikeuden ydinalueeseen tai miten pitkäkestoinen se on ollut. Lievemmissä tapauksissa loukkauksen vakavuus ei kuitenkaan ole avainkriteeri, vaan sellaisena on pidettävä todisteen luotettavuutta, josta on varmistuttava riittävästi todisteen merkitykseen nähden. Kysymys on eräänlaisesta tukitodisteluvaatimuksesta: Jos lainvastaisesti hankitun todisteen luotettavuus on vahva, syyksilukeminen voi perustua siihen jopa ainoana todisteena. Puolustuksen tulisi siten kyetä riitauttamaan uskottavasti paitsi todisteen hankkimisen lainvastaisuus myös tämän oikeudenloukkauksen vaikutuksellisuus todisteen luotettavuuden kannalta.

Arvioidessaan luotettavuutta tuomioistuimen tulee ottaa huomioon puolustuksen esittämät väitteet ja selvittää niitä asianmukaisella huolellisuudella. Muutoin menettelyllinen oikeus todisteen luotettavuuden ja käytön riitauttamiseen ei toteudu tehokkaasti. Todisteen hankkimisen lainvastaisuuteen liittyvä oikeudenloukkaus voi kuitenkin olla vakautettavissa tukitodistelulla, jonka perusteella voidaan varmistua todisteen luotettavuudesta. Lisäksi vakauttavaa vaikutusta on sillä, että loukattu voi vaatia esimerkiksi vahingonkorvausta valtiolta. Jos loukkaus sen sijaan on erityisen vakava eli kysymys on epäinhimillisestä tai halventavasta kohtelusta tai rikosprovokaatiosta, sen vähäinenkin vaikutus on poistettava kokonaan hyödyntämiskiellolla eli vakauttamista muilla tavoilla ei pidetä mahdollisena.

Yhteenvetona voidaan todeta, että lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämismvapaus on vahva pääsääntö, jota rajoittaa lähinnä todisteen luotettavuudelle asetettu vaatimus. OK 17:25.3:n mukainen hyödyntämisharkinta edellyttää ennen muuta huolellista näytön arviointia. Tällainen vaatimus seuraa jo vapaasta todistusteoriasta ja varmuusperiaatteesta etenkin rikosprosessissa, jonka eräänä keskeisenä tavoitteena on syyttömien vastaajien suojaaminen vääriiltä tuomioilta. Hyödyntämiskiellon asettamisen mielekkyys voidaankin kyseenalaistaa, koska lainvastaisesti saadun todisteen osoittautuessa epäluotettavaksi

merkitykseensä nähden tulisi syyte joka tapauksessa hylättäväksi näytön riittämättömyyden vuoksi.<sup>1174</sup> Hyödyntämisrajoituksen olennaisena sisältönä on lähinnä korostaa tuomioistuimen selvittämis- ja perusteluvellollisuuksia.

Nähdäkseni sovelias perustelumalli viimeksi mainituissa tapauksissa olisi sama kuin muissakin tukitodistelua edellyttävissä tilanteissa, joissa riittävää tukitodistelua ei ole esitetty. Arvioituaan lainvastaisesti hankitun todisteen luotettavuuden heikoksi eli todistusarvon matalaksi tuomioistuin toteaisi, ettei syyksilukevaa tuomiota voida perustaa yksin siihen. Tämän jälkeen riittäisi todeta, että syyte on hylättävä, jos muukaan todistelu ei riittävästi tue syytettä.<sup>1175</sup>

Pölönen on huomauttanut, että rikoksen selvittämisintressin painoarvon muuttuminen voi aiheuttaa ongelmia, jos oikeudenkäynnissä on useita vastaajia. Esimerkiksi avunantajaan kohdistuu lievempi rangaistusuhka kuin varsinaiseen tekijään. Punninta voisi siten periaatteessa johtaa tulokseen, jossa lainvastaisesti hankittua todistetta voidaan käyttää yhtä vastaajaa vastaan, kun taas toisen osalta se olisi jätettävä huomiotta. Tällainen epäyhtenäinen lopputulos olisi epätoivottava oikeusvarmuuden ja yhdenmukaisen kohtelun kannalta, mutta toisaalta punnintamallin tarkoituksena on nimenomaan arvioida hyödyntämiskelpoisuutta yksittäisten vastaajien osalta. Ongelman välttäminen olisi mahdollista lähinnä omaksumalla jompikumpi äärimalli eli automaattinen hyödyntämiskielto tai automaattinen hyödyntämismvapaus, joita taas voidaan perustellusti pitää liian joustamattomina.<sup>1176</sup>

EIT:n ratkaisukäytännössä omaksuttu arviointimalli ei toisaalta näyttäisi johtavan kuvattuun ongelmaan ainakaan pelkästään sen vuoksi, että toinen vastaaja olisi tekijä ja toinen ainoastaan osallinen. Todisteen luotettavuuden vaarantavat seikat ovat yhtä merkityksellisiä rangaistusuhasta riippumatta. Epäluotettavan todisteen perusteella ei tietenkään voida lukea syyksi sen enempää lievää kuin vakavaakaan rikosta. Ratkaisuna ongelmaan näyttäytyy tällöin erityisesti se, että asian laatua koskevalle harkintakriteerille ei anneta korostunutta painoarvoa. Todisteen luotettavuuden asema avainkriteerinä saattaa toisaalta johtaa helposti siihen, että menettelysäännösten suojeluintressit sivuutetaan liian kevyin perustein. Punninnassa tuleekin nähdäkseni luotettavuuden ohella antaa todellista merkitystä myös oikeusvaltioperiaatteelle ja rikosprosessin integriteetille.

<sup>1174</sup> Ks. myös Pölönen – Tapanila 2015 s. 337: ”Yleensä kuitenkin todisteen luotettavuusarviointi on tehtävissä vapaassa todistusharkinnassa, ja kynnyksen sille, että todiste suljettaisiin pois oikeudenkäyntiaineistosta nimenomaan sen epäluotettavuuden takia, tulee olla hyvin korkealla.”

<sup>1175</sup> Vrt. esim. KKO 2000:35, KKO 2008:68 (kohdat 11 *in fine* ja 12) ja KKO 2011:91 (kohdat 21 ja 26). Tapauksissa on kysymys keskenään varsin erityyppisistä oikeudenloukkauksista eikä missään niistä ole käytetty lainvastaisesti pakkokeinoja. Viittaankin niihin ainoastaan perustelumallin havainnollistamiseksi.

<sup>1176</sup> Pölönen 2003 s. 240.

---

## 9 Todistelun kontradiktorisuus ja välittömyys

### 9.1 FUNKTIO

Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimuksen keskeisenä sisältönä on edellä pidetty vastaajan oikeutta päättää, missä laajuudessa hän haluaa käyttää osallistumisoikeuksiaan ja missä määrin pysyä passiivisena (luku 3.2.3). Menettelyllisen oikeusturvan keskeisiä passiivisuuteen liittyviä osatekijöitä ovat syyttömysolettama, itsekriminointisuoja ja oikeus avustajaan, joita kaikkia on tarkasteltu edellä. Todistelun kannalta tärkeimmät aktiiviset oikeudet ovat vastaajan oikeus saada tietää häntä vastaan esitettävät seikat ja todisteet (knowledge of), oikeus esittää näkemyksensä niistä ja koetella niiden luotettavuutta (comment on) sekä oikeus vaikuttaa selvittämistoimien suuntaamiseen kiinnittämällä viranomaisten huomiota asiassa merkityksellisiin tietoihin.<sup>1177</sup> Pohjoismaisin käsittein voidaan puhua *kontradiktorisesta periaatteesta*.<sup>1178</sup>

Kontradiktoreisen periaatteen eli kuulemisperiaatteen sisältönä on yksinkertaisimmillaan asianosaisen oikeus tulla kuulluksi itseään koskevassa oikeudenkäynnissä eli se, että kaikki asianosaiset saavat tilaisuuden lausua asian oikeudenkäyntiaineistosta. Virolainen ja Pölönen ovat luonnehtineet kontradiktoreisuutta vastavuoroiseksi oikeudeksi saada ja antaa informaatiota.<sup>1179</sup> Jos tieto oikeutettaisiin täysin yksipuolisesti, sen varmuus jäisi olennaisesti heikommaksi kuin tilanteessa, jossa asianosaiset ”kilpailevat” esittäen kumpikin evidenssiä väitteidensä tueksi. Myös tuomitsemiskynnyksen edellyttämä vastaajalle edullisten tapahtumainkulkujen poissuljenta tapahtuu tehokkaimmin siten, että vastaajalle itselleen tarjotaan mahdollisuus kumota syyttäjän väitteet riittämällä syyttäjän esittämä näyttö tai esittämällä sen kumoavaa näyttöä. Lopputulos on tällöin tietoteoreettisesti varmempi riippumatta siitä, minkä sisältöinen se on.<sup>1180</sup>

---

<sup>1177</sup> Ks. Jackson – Summers 2012 s. 295–300, Ervo 2005 s. 59–62 ja EIT:n ratkaisukäytännöstä esim. Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 118) sekä Jasper v. the United Kingdom [GC], 16.2.2000 (kohta 51).

<sup>1178</sup> Ks. Tapanila 2019a s. 21–22, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 30–32, Ervo 2005 s. 57, Virolainen – Pölönen 2003 s. 341, Lappalainen 2001 s. 176–179 ja Tirkkonen 1969 s. 81–83. Tapanila on todennut, että kontradiktoreisuutta ei voida täysin samastaa EIT:n edellyttämään osapuolten tasapuolisuuteen (equality of arms), joskaan tämä rajanveto ei ole käytännössä erityisen merkityksellinen (Tapanila 2019a s. 23–24). Ks. myös Ekelöf ym. 2016 s. 75, missä samastetaan akkusatorisuus ja kontradiktoreisuus.

<sup>1179</sup> Virolainen – Pölönen 2003 s. 341–342.

<sup>1180</sup> Lammenranta 1993 s. 94–97.

Virolainen ja Pölönen ovat myös esittäneet, että kontradiktorinen periaate muodostaa rikosprosessista keskustelutilanteen eli diskurssin asianosaisten ja tuomioistuimen välille. Tällainen menettely luo parhaat edellytykset asian selvittämiseksi oikein varmuusperiaatteen edellyttämällä tavalla.<sup>1181</sup> Ervo on korostanut näkemystä oikeudenkäynnistä diskurssina väitöskirjassaan nostamalla sen oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimuksen keskeiseksi sisällöksi: ”Kommunikatiivisuuden perusvaatimuksen mukaan puhtaasti kommunikatiivisessa diskurssissa konsensus saavutetaan yksinomaan paremman argumentin voimalla. Tähän pyritään myös diskursiivisesti oikeudenmukaisessa oikeudenkäynnissä, jossa korostetaan kommunikatiivisten osallistumismahdollisuuksien maksimointia ja rehellistä prosessaamista. – – Tässä mielessä erityisesti kontradiktorisuuden vaatimus on osoittautunut oikeudenmukaisuuden ytimeksi.”<sup>1182</sup>

EIS 6 artiklan 3 kappaleen d kohdassa turvataan nimenomaisesti jokaiselle oikeus kuulustella tai kuulustuttaa todistajia, jotka kutsutaan todistamaan häntä vastaan, ja saada hänen puolestaan esiintyvät todistajat kutsutuiksi ja kuulustelluiksi samoissa olosuhteissa kuin häntä vastaan todistamaan kutsutut todistajat. Tätä nimitetään *vastakuulustelu-oikeudeksi*. Oikeuskäytännössä kohdan on täsmennetty perustuvan siihen, että vastaajalla tulee olla tehokas mahdollisuus riitauttaa häntä vastaan esitetty näyttö. Lähtökohtaisesti kaikki syytettä tukeva näyttö on esitettävä julkisessa ja kontradiktorisessa<sup>1183</sup> pääkäsitelyssä. Jos tätä poiketaan, on huomioitava, että puolustuksen oikeusturva edellyttää riittävää mahdollisuutta esittää kuultavalle kysymyksiä joko silloin, kun hän antaa lausuntonsa, tai jossain rikosprosessin myöhemmässä vaiheessa.<sup>1184</sup>

EIT:n esittämät perustelut vaikuttavat kuitenkin hieman kehämäisiltä eivätkä vastaa kysymykseen vastakuulustelu-oikeuden perimmäisestä tarkoituksesta, siis siitä, minkä vuoksi puolustuksen tulee voida esittää kysymyksiä. Suuren jaoston tuomiossa Al-Khawaja ja Tahery EIT täsmensi suhtautumistaan henkilötodisteluun, jonka osalta vastakuulustelu-oikeus on rajoittunut. Tällaisen todistelun hyödyntämisen vaikutusta oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuteen arvioidaan ”pääasiallisuustestillä” (sole or decisive rule), joka perustuu siihen periaatteeseen, että erityisesti lopputuloksen kannalta tärkeän todistelun osalta on voitava varmistua todisteen luotettavuudesta.<sup>1185</sup> Vastakuulustelu-oikeuden

<sup>1181</sup> Virolainen – Pölönen 2003 s. 342.

<sup>1182</sup> Ervo 2005 s. 57–73 ja 435–439.

<sup>1183</sup> Perustelulausuma on yleensä muodossa ”with a view to adversarial argument”, mikä merkitsee käytännössä samaa kuin kontradiktorisuus (ks. esim. Virolainen – Pölönen 2003 s. 341).

<sup>1184</sup> Ks. esim. Kostovski v. the Netherlands [plenary], 20.11.1989 (kohta 41), Lucà v. Italy, 27.2.2001 (kohta 39), Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 118) ja Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 105).

<sup>1185</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohdat 139 ja 147). Ks. myös Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 163) ja Kostovski v. the Netherlands [plenary], 20.11.1989 (kohta 42 *in fine*).

tarkoituksena näyttää siten olevan ainakin ensisijaisesti henkilötodistelun luotettavuuden varmistaminen.<sup>1186</sup>

Toinen tulkintavaihtoehto olisi katsoa, että vastaajalla tulee olla jonkinlainen itsenäinen oikeus ”kohdata” häntä vastaan esiintyvät kuultavat. Common law -maissa tällaista tulkintaa näyttää pidetyn mahdollisena.<sup>1187</sup> On kuitenkin vaikea nähdä, mikä merkitys tällaisella oikeudella olisi. Wigmore onkin tiivistänyt hyvin suorasukaisesti, että vastakuulustelu-oikeus on paras keino totuuden selvittämiseen rikosprosessissa ja ettei Yhdysvaltain perustuslain kuudennesta lisäyksestä ilmenevän ”confrontation clausen” tarkoituksena ole taata oikeutta päästä ”mulkoilemaan todistajaa”, vaan mahdollistaa vastakuulustelu-oikeuden toteutuminen.<sup>1188</sup> Myöskään EIT:n oikeuskäytännöstä ei nähdäkseni löydy mitään viitteitä siitä, että vastakuulustelu-oikeudella olisi jokin muu funktio kuin henkilötodistelun luotettavuuden varmistaminen.

Ennen suuren jaoston vuoden 2011 lopussa antamaa Al-Khawaja ja Tahery -tuomiota EIT:n oikeuskäytännössä katsottiin, että syyksilukevan tuomion perustaminen yksin tai pääasiallisesti testaamattomaan henkilötodisteluun loukkasi EIS 6 artiklaa. Esimerkiksi kyseisissä asioissa annetun jaoston tuomion mukaan henkilötodistelun luotettavuuteen viitannut seikat eivät riittäneet tasapainottamaan vastakuulustelu-oikeuden puuttumista.<sup>1189</sup> On mahdollista, että aikaisempi ratkaisukäytäntö perustui osaltaan vastakuulustelu-oikeuden täsmentymättömyyteen, koska sen funktioon ei ollut otettu täsmällisesti kantaa.<sup>1190</sup> Tulkintalinjan muutosta ja sen vaikutuksia tarkastellaan lähemmin jäljempänä.

Vastakuulustelu-oikeuden tehokkuus luotettavuuden varmistajana perustuu siihen, että henkilötodistelun luotettavuuden kannalta merkityksellisiä tietoja ei voida riittävästi havainnoida päältäpäin, vaan ne on pyrittävä saamaan esille kysymyksin. Kuultavan käyttäytymisellä ja muulla sanattomalla viestinnällä kuulemisen aikana voi tosin olla merkitystä hänen kertomuksensa luotettavuutta arvioitaessa, mutta todistajanpsykologisen tiedon perusteella tuota merkitystä

<sup>1186</sup> Samoin mm. Glover 2017 s. 295, Choo 2015 s. 280, Jackson – Summers 2012 s. 329–330, Maffei 2006 s. 28–30, Ervo 2005 s. 336 ja Pölönen 2003 s. 512–513.

<sup>1187</sup> Ks. Choo 2015 s. 281–282 ja Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004), jossa SCOTUSin enemmistö katsoi ”confrontation clausen” edellyttävän luotettavuuden testaamista nimenomaan välittömällä vastakuulustelulla. Oikeus välittömään vastakuulusteluun edellytti perustelujen mukaan tietynlaista menettelyä luotettavuuden toteamiseksi. Aikaisemmassa ratkaisukäytännössä myös SCOTUS oli pitänyt kuulopuhetodistelun kieltävän ”hearsay rulen” tarkoituksena henkilötodistelun luotettavuuden varmistamista (ks. esim. Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980) ja Jackson – Summers 2012 s. 330).

<sup>1188</sup> Wigmore 1923 III s. 94.

<sup>1189</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom, 20.1.2009 (kohdat 34–40).

<sup>1190</sup> Ks. esim. Unterpertinger v. Austria, 24.11.1986 (kohdat 31 ja 33), Lucà v. Italy, 27.2.2001 (kohta 41) ja Jackson – Summers 2012 s. 336–338.

helposti yliarvioidaan. Paremmiin lausunnon luotettavuutta osoittavat esimerkiksi johdonmukaisuus, muuttumattomuus ja yksityiskohtaisuus. Vastakuulustelulla voidaan pyrkiä osoittamaan erilaisia ristiriitaisuuksia tai kuultavan luotettavuutta heikentäviä seikkoja. Lisäksi näin voidaan estää se, että kertomuksesta muodostuisi yksipuolinen ja vääristynyt.<sup>1191</sup>

Suomalaisin käsittein todistelun kontradiktorisuutta vahvistavat periaatteet todistelun *julkisuudesta, suullisuudesta, välittömyydestä ja keskittämisestä*. Välittömyysperiaatteelle todistelumenettelyssä voidaan Lappalaisen mukaan antaa ainakin viisi eri merkitystä: 1) Niiden tuomareiden, jotka ovat ottaneet suullisen todistelun vastaan, tulisi myös ratkaista asia. Kokoonpano ei siten saa vaihtua käsittelyn aikana (ROL 6:11). 2) Laillista oikeudenkäyntiaineistoa on vain se näyttö, joka esitetään pääkäsittelyssä (ROL 11:2.1). 3) Tuomarin tulee perustaa näyttöratkaisunsa pääkäsittelyssä tekemiinsä omakohtaisiin aistihavaintoihin näytöstä. 4) Todisteet tulee ottaa vastaan pääkäsittelyssä, jotta tuomari pääsee mahdollisimman välittömään kontaktiin todistuskeinojen kanssa. 5) Todistelun tulee olla rakenteellisesti mahdollisimman välitöntä.<sup>1192</sup>

Vastakuulusteluoikeuden ja todistelun kontradiktorisuuden asemesta tai rinnalla voidaan korostaa myös tuomioistuimen mahdollisuutta välittömään näytön vastaanottamiseen ja arviointiin (*todistelun välittömyys*). Välittömyydellä tässä merkityksessä tarkoitetaan, että tuomioistuimen tulisi päästä mahdollisimman välittömään kontaktiin arvioitavien todisteiden kanssa. Henkilötodistelun osalta tämä luonnollisesti edellyttää kuultavan läsnäoloa pääkäsittelyssä ja mahdollisuutta havaintojen tekemiseen sekä kysymysten esittämiseen suoraan hänelle. Todistelun välittömyyttä on pidetty painavana menettelyperiaatteena 1990-luvun oikeudenkäynti uudistuksista lähtien. Myös sen tavoitteena on mahdollistaa todisteiden luotettavuuden arviointi parhaalla mahdollisella tavalla ja siten viime kädessä tuomion oikeellisuus.<sup>1193</sup>

Kontradiktorisuuden ja välittömyysperiaatteen yhteydestä on esitetty oikeuskirjallisuudessa erilaisia näkemyksiä. Huovila on katsonut, ettei niillä ole mitään oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin arvopohjaan liittyvää yhteyttä keskenään, vaikka niillä voikin olla samoja oikeusseuraamuksia joissain soveltamistilanteissa. Kontradiktorinen periaate voi toteutua myös välillisessä menettelyssä ja todistelussa, eikä välittömyyden toteutuminen edellytä välttämät-

<sup>1191</sup> Ks. Tapanila 2019a s. 139, Maffei 2006 s. 28–30, Pölönen 2003 s. 519–520 ja henkilötodistelun luotettavuuden arvioimisesta edellä luku 2.2.4.

<sup>1192</sup> Lappalainen 2001 s. 163–169. Ks. myös HE 82/1995 vp s. 16–17.

<sup>1193</sup> Hirvelä 2006 s. 204–206, Ervo 2005 s. 167–172, Virolainen – Pölönen 2003 s. 374–377, Lappalainen 2001 s. 165, Hormia 1978 s. 119–129. EIT on viitannut välittömyysperiaatteella (”principle of immediacy”) siihen, että vastaajan tulee voida kohdata kuultava asian ratkaisevan tuomarin läsnä ollessa, jotta tuomari voi tehdä omakohtaisia havaintoja kuultavan uskottavuudesta (P.K. v. Finland [dec.], 9.7.2002 ja Pitkänen v. Finland, 9.3.2004, kohta 58).

tä prosessin kontradiktorisuutta.<sup>1194</sup> Virolainen ja Pölönen eivät pidä tätä eroa olennaisena, koska heidän mukaansa välittömässä menettelyssä ja todistelussa kontradiktorisuus voi toteutua paljon tehokkaammin ja helpommin kuin kirjallisessa ja välillisessä prosessissa, ja vastaavasti kontradiktorinen menettely on omiaan edistämään välittömyyttä.<sup>1195</sup>

Todistelun kontradiktorisuus ja välittömyys eroavat joka tapauksessa eräissä merkittävässä suhteessa. Kontradiktorisuudessa on kysymys ensisijaisesti asianosaisten toimintamahdollisuuksista ja oikeuksista. Välittömyys sen sijaan liittyy korostetummin tuomioistuimen arviointi- ja ratkaisuedellytyksiin. Asianosaiset voivat käyttää oikeuksiaan lähtökohtaisesti haluamallaan tavalla. Puolustus voi esimerkiksi pätevästi luopua vastakuulustelu-oikeudestaan. Sen sijaan asianosaisilla ei ole disponointivaltaa tuomioistuimen näytön arvioinnin edellytysten osalta. Asetelmaa voidaan jäsentää myös määräämisperiaatteen ja virallisperiaatteen käsittein. Määräämisperiaatteen mukaan päätösvalta menettelyn kulusta on asianosaisilla, kun taas virallisperiaatteen mukaan se on tuomioistuimella. Todistelun välittömyys liittyy näin tarkasteltuna virallisperiaatteeneseen.<sup>1196</sup>

Esimerkiksi ennakkopäätöksessä KKO 2018:54 (kohta 17) kyseisiä perusteita näytetään pidetyn jokseenkin rinnakkaisina: ”Korkein oikeus toteaa, että kiellolla käyttää todisteena esitutkintapöytäkirjaan merkittyä tai muuten tallennettua lausumaa turvataan ensinnäkin syytetyn oikeutta kuulustella tai kuulusteluttaa häntä vastaan todistavia henkilöitä, mikä on taattu muun muassa Euroopan ihmisoikeussopimuksen 6 artiklan 3 kappaleen d kohdassa. Kiellon tavoitteena on kuitenkin myös turvata todistelun välittömyyttä ja sen myötä näytön arvioinnin luotettavuutta. Henkilön kuuleminen suullisesti tuomioistuimessa antaa kirjallista kertomusta selvästi paremmat edellytykset kertomuksen uskottavuuden arvioinnille.”

Kontradiktorisen periaatteen (knowledge of – comment on) tulee toteutua myös reaalityodisteiden osalta. Niiden testaaminen ei tietenkään voi tapahtua samantapaisessa vuorovaikutuksessa kuin henkilötodistelun. Sen sijaan on mahdollista esittää erilaisia havaintoja ja tulkintoja esimerkiksi reaalityodisteiden aitoudesta, tietosisällöstä tai relevanssista. Reaalityodisteista voidaan tehdä erilaisia johtopäätöksiä, joten puolustus voi näyttöväitteensä tueksi myös riitauttaa syyttäjän johtopäätöksiä eri reaalityodisteista, vaikka myöntäisikin sinänsä reaalityodisteiden luotettavuuden. Jotta tämä olisi mahdollista, puolustuksen on saatava tietää reaalityodisteet ja syyttäjän näkemys niiden merkityksestä. Reaalityodisteiden

<sup>1194</sup> Huovila 2003 s. 229. Ks. myös Hirvelä 2006 s. 202–203, missä käsitteiden taustojen erottamista pidetään mielekkäänä.

<sup>1195</sup> Virolainen – Pölönen 2003 s. 371.

<sup>1196</sup> Ks. määräämis- ja virallisperiaatteista Virolainen – Pölönen 2003 s. 389 sekä näkökulmaerosta samoin Huovila 2003 s. 230.



asianosaisjulkisuus on siten edellytys sille, että puolustus voi riitauttaa todisteen luotettavuuden tai vastustaa sen käyttöä.<sup>1197</sup>

## 9.2 KOHDE JA JOUSTAVUUS

Kontradiktorisen periaatteen mukaan vastapuolen todistelun luotettavuutta on voitava testata, millä on rikosprosessissa erityisen korostunut merkitys syytömmän suojaamistavoitteen vuoksi. Kontradiktorisuuteen perustuvat todistelunrajoitteet kohdistuvatkin testaamattomiin todisteisiin (untested evidence) rajoittamalla sellaisten hankkimista, esittämistä tai hyödyntämistä.<sup>1198</sup> Testaamatonta todistelua voidaan esittää erilaisten todistuskeinojen välityksellä esimerkiksi kuulopuhetodistelun, kirjallisen kertomuksen tai äänitallenteen muodossa. Tällainen todistelu on välillistä, mikä lähtökohtaisesti vaikeuttaa sen luotettavuuden arvioimista. Kontradiktorisuutta suojaavien todistelunrajoitteiden konkreettisena kohteena ovat siten todistuskeinot, joilla testaamatonta henkilötodistelua pyritään esittämään oikeudenkäynnissä.<sup>1199</sup>

Toisaalta olisi mahdollista katsoa, että kysymys on lähinnä todistusmetodirajoituksesta, koska testaamismahdollisuus liittyy siihen tapaan, jolla todiste hankitaan tai esitetään oikeudenkäynnissä. On myös huomattava, että tallennettu lausunto voidaan jäsentää henkilötodisteluksi kirjallisessa muodossa<sup>1200</sup>, jolloin kysymys olisi yhden ja saman todistuskeinon käyttämisestä eri tavoilla. Todistuskeinoa (esimerkiksi tiettyä henkilöä) voitaisiin kuitenkin esteettä käyttää suullisuus- ja välittömyysperiaatteiden mukaisesti, joten kysymys ei näin tarkasteltuna voisi olla todistuskeinoon kohdistuvasta rajoitteesta. Kohteeksi voidaan kenties täsmällisimmin jäsentää todisteen esittämistapa (todistusmetodi), koska keskeistä on se, millä tavalla todistuskeinoa käytetään rikosprosessissa – kontradiktorisen periaatteen mukaisesti vai siitä poiketen.

*Stefano Maffei*n mukaan henkilötodistelun tehokas riitauttaminen edellyttää vastakuulustelumahdollisuuden lisäksi yleisöjulkisuutta, vastaajan ja asian ratkaisevan tuomarin läsnäoloa, kuultavan positiivista totuusvelvollisuutta sekä tämän henkilöllisyyden paljastamista. Kaikki nämä kontradiktorisuuden osatekijät vahvistavat henkilötodistelun luotettavuutta ja/tai parantavat luotettavuuden

<sup>1197</sup> Jackson – Summers 2012 s. 295–300, Ervo 2008 s. 251.

<sup>1198</sup> Käännös ei ole kovin onnistunut, mutta pyrkii viittaamaan kansainvälisesti käytettyyn käsitteistöön. Jo Wigmore viittasi vastakuulusteluun ”testaamisena” (Wigmore 1923 III s. 26) ja EIT vastaavasti käyttää ilmaisuja untested evidence eli ”testaamaton todistelu”, ks. esim. Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 131) ja Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 107). Käsitteellä viitataan jatkossa muihinkin poikkeuksiin kontradiktorisesta periaatteesta kuin tallennetun kertomuksen käyttöön.

<sup>1199</sup> Ervo 2008 s. 231, Pölonen 2003 s. 185–187.

<sup>1200</sup> HE 46/2014 vp s. 10, Rautio –Frände 2016 s. 279.

arvioimisen edellytyksiä. Toisaalta kaikkia näistä osatekijöistä voidaan rajoittaa pätevin perustein. Jos kontradiktorisesta menettelystä poiketaan minkään osatekijän osalta, voidaan poikkeamisen vaikutuksia vähentää tai jopa poistaa ne kokonaan erilaisin prosessuaalisin turvatakein, jotka tasapainottavat eli hyvitävät kontradiktorisuudesta poikkeamista. Tasapainottavien tekijöiden tulisi periaatteessa olla sitä tehokkaampia, mitä laajempaa poikkeaminen on.<sup>1201</sup>

Yleisöjulkisuuden merkitys on lähinnä välillinen. Se kuitenkin luo kuultavalle eräänlaisen sosiaalisen paineen, jonka puuttuessa valehtelevä voidaan kokea helpommaksi. Lisäksi on mahdollista, joskaan ei käytännössä mitenkään yleistä, että joku yleisössä havaitsee omien tietojensa vuoksi kuultavan valehtelevan ja tuo tämän viranomaisten tietoon. Vastaja ja tuomari läsnäolo puolestaan mahdollistavat henkilötodistelun välittömän riitauttamisen ja välittömän luotettavuuden arvioinnin myös vastakuulustelun osalta. Tuomarin kannalta käytännössä merkittävämpi kuin esimerkiksi ilmeistä tai eleistä tehtävät havainnot lienee mahdollisuus tarkentavien kysymysten esittämiseen. Totuusvelvollisuuden luotettavuutta vahvistava vaikutus lienee ilmeinen, vaikka sen käytännön toteutumista onkin vaikeaa arvioida. Kuultavan henkilöllisyyden paljastaminen on puolestaan tarpeen sen vuoksi, että hänen luotettavuutensa kannalta merkittäviin seikkoihin on mahdollista kiinnittää huomiota.<sup>1202</sup>

Gani-ratkaisussa EIT totesi, että vastakuulustelu-oikeuden toteutumista on arvioitu yleensä kolmessa tyyppitilanteessa, joita ovat anonymi todistelu, todistajan poissaolo sekä kieltäytyminen todistamasta itsekriminointisuojaan vedoten. Myös muu kieltäytymisoikeuteen vetoaminen voi tietenkin rajoittaa vastakuulustelumahdollisuutta. Neljäntenä ryhmänä voidaan mainita erityisen haavoittuvat kuultavat, jollaisesta Gani-tapauksessakin oli kysymys. Lisäksi on mahdollista, että yksittäisen kuultavan osalta aktualisoituu useampi tyyppitilanne – kysymyksessä voi olla esimerkiksi sekä anonymi että poissaoleva kuultava.<sup>1203</sup> Kaikissa tapauksissa todistelun kontradiktorisuus ja vastakuulustelu-oikeus rajoittuvat jossain määrin. Tässä luvussa esitettävät huomiot koskevatkin lähtökohtaisesti kaikkia mainittuja tyyppitilanteita.

Erityinen haavoittuvuus viittaa tässä siihen, että kuuleminen aiheuttaisi kuultavan terveydelle ja hyvinvoinnille vakavan vaaran, vaikka läsnäolo sinänsä voitaisiin toteuttaa. Erityisen haavoittuvina kuultavina voidaan pitää ensinnäkin todistajaksi yleisesti esteellisiä lapsia ja henkisesti toiminnaltaan häiriintyneitä henkilöitä (ks. edellä luku 4.2.1). Lisäksi voidaan tärkeänä ryhmänä mainita seksuaalirikosten asianomistajat, joille oikeudenkäynti voisi olla poikkeuksellisen järkyttävä kokemus. Haavoittuvien kuultavien hyvin-

<sup>1201</sup> Maffei 2006 s. 23–32.

<sup>1202</sup> *Ibid.* s. 23–28.

<sup>1203</sup> Gani v. Spain, 19.2.2013 (kohdat 40 ja 45).

voinnin ja vastakuulustelu-oikeuden yhteensovittamiseksi onkin pyritty kehittämään erityisiä menettelyjä, joita tarkastellaan jäljempänä.<sup>1204</sup>

Erilaiset salassapitointressit voivat olla ristiriidassa testaamismahdollisuuden kanssa muutoinkin kuin todistamiskiellon kautta. Kaikkien rikostutkintaa koskevien tietojen paljastaminen vastaajalle saattaisi vaarantaa jonkin erittäin painavan yksityisen tai julkisen edun, esimerkiksi todistajan hyvinvoinnin tai poliisin teknisiä tai taktisia menetelmiä. Tällaiset oikeuksien kollision on pyrittävä ratkaisemaan tavalla, joka mahdollisimman hyvin turvaa myös puolustuksen oikeudet. Salassapitointressistä huolimatta yksittäiset todisteet voivat nimittäin olla epäluotettavia. Vaarallisin mielivallan muoto olisi se, että viranomaiset salaavat vastaajalta hänelle edullisia todisteita tai niiden löytymiseen johtavia tietoja. Toisaalta vastaaja ei saa hyötyä pelkästään spekuloidulla sillä mahdollisuudella, että hänelle edullisia todisteita olisi olemassa mutta viranomaiset ovat ne salanneet.<sup>1205</sup>

Vastakuulustelumahdollisuuden estyessä oikeudellisista tai tosiasiallisista syistä todisteen luotettavuuden arviointi vaikeutuu. Kuten edellä on todettu, todistetta voidaan vain harvoin pitää jo etukäteen niin selvästi epäluotettavana, että sen käyttö olisi perusteltua ehdottomasti kieltää. Pikemminkin hyödyntäminen tulisi sallia luotettavuuden arvioimiseksi ennen lopullista kannanottoa. Testaamattoman todistelun hankkimista, esittämistä tai hyödyntämistä ei olekaan ehdottomasti kielletty, vaan todistelunrajoitteet ovat pääosin joustavia. Hankkimisvaiheessa vastakuulustelu-oikeutta ei välttämättä toteuteta lainkaan, vaan keskeistä on sen toteuttaminen välittömyysperiaatteen mukaisesti todistelun esittämisvaiheessa tuomioistuimessa. Vastakuulustelumahdollisuus tulisi kuitenkin tarjota, jos vaikuttaa selvältä, ettei sellaista myöhemmin voida järjestää (ks. jäljempänä luku 9.3.2).

EIT on katsonut, ettei aikaisemmin annetun, tallennetun lausunnon esittäminen pääkäsitellyssä ole sellaisenaan EIS 6 artiklan 3 kappaleen d kohdan vastaista.<sup>1206</sup> Kansallisen tuomioistuimen tulisi kuitenkin varmistua siitä, että käsillä on *hyväksyttävä peruste* poiketa kontradiktorisuudesta ja sallia tallennetun kertomuksen esittäminen. Toisaalta EIT on edellyttänyt lähtökohtaisesti, että puolustuksella on jossain menettelyn vaiheessa mahdollisuus vastakuulusteluun. Jos tämä ei toteudu, voi testaamattoman todisteen hyödyntäminen loukata oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimusta etenkin silloin, jos kysymyksessä on *ainoa tai pääasiallinen* syyksilukemisen perusteena oleva näyttö, eikä

<sup>1204</sup> Maffei 2006 s. 91–93.

<sup>1205</sup> Ks. *M v. the Netherlands*, 25.7.2017 (kohta 68): ”In so far as the applicant wishes to imply that the investigation might have yielded information capable of disculpating him, the Court dismisses such a suggestion as entirely hypothetical.”

<sup>1206</sup> Näin jo *Unterpertinger v. Austria*, 24.11.1986. Ks. uudemmassa oikeuskäytännössä samoin esim. *F and M v. Finland*, 17.7.2007 (kohta 56) ja *Schatschaschwili v. Germany* [GC], 15.12.2015 (kohta 105).

vastakuulustelun puuttumista voida riittävästi kompensoida. Testaamattoman todisteen esittämistä ja hyödyntämistä on siten arvioitava hieman eri tavoin.<sup>1207</sup>

Joka tapauksessa myöskään testaamattoman todisteen hyödyntämiselle ei EIT:n oikeuskäytännön perusteella ole ehdotonta estettä, ainakaan jos se ei ole ainoa tai pääasiallinen todiste eli jos syyksilukeminen perustuu pääasiallisesti sellaiseen näyttöön, jonka osalta kontradiktorisuus on toteutunut. Eri asia on, että nähdäkseni hyödyntäminen itsessään – todistusharkinnan merkityksessä – edellyttää, että tuomioistuimien arvioi todistusarvon huolellisesti. On myös huomioitava, että kontradiktorinen periaate edellyttää ainoastaan riittävää mahdollisuutta todistelun testaamiseen. Jos vastaaja ei käytä mahdollisuutta esimerkiksi todistajan vastakuulustelemiseen, vaikka sellainen on tarjottu, kysymys on yksiselitteisestä oikeudesta luopumisesta. Testaamismahdollisuuden puuttumiseen ei tämän jälkeen voida vedota tehokkaasti oikeudenloukkauksena.<sup>1208</sup>

Oikeudessamme ei nykyisin ole voimassa yleistä *kuulopuhetodistelun kielltoa*, joka vastaisi *common law*'n *hearsay rule*'ia.<sup>1209</sup> VVOK 17:7:n mukaan rikosasioissa sellaiset henkilöt olivat jääneitä todistamaan, jotka ”muilta ainoastans sen cuulleet owat” ja VVOK 17:24:ssä säädettiin yleisempänä pääsääntönä: ”Todistajain pitää todistaman sijtä, cuin he itze nähnet, eli asiasa cuulleet owat, ja ei sijtä cuin he muiden puhen jälken tietävät”. Viimeksi mainittu säännös salli kuulopuhetodistelun silloin, kun selvittävänä oli kauan sitten tapahtunut asia ja tällöinkin tuomarin oli pyrittävä arvioimaan sen henkilön uskottavuutta, joka oli välittömän havainnon tehnyt. Vapaa todistusteoria sallii periaatteessa kuulopuhetodistelun, vaikka sen luotettavuutta on haasteellista arvioida todistelun välillisyyden vuoksi. Koska kuultava ei ole itse tehnyt havainnoja rikoksesta, häneltä ei voida saada merkittäviäkin lisätietoja eikä alkuperäisen kertojan luotettavuutta voida ainakaan kovin tehokkaasti arvioida.

Kuulopuhetodistelu on rakenteellisesti välillistä, koska kuultava ei kerro omista havainnoistaan eikä kuulopuheen lähteenä olevaa henkilöä voida vastakuulustella. Kuulopuhetodistelu muistuttaa tässä suhteessa tallennettua kertomusta. Erona tosin on, että tallenteeseen verrattuna henkilötodistelun virhelähteet kertaantuvat, koska kuulopuhetodistajan luotettavuutta voivat rasittaa samanlaiset virhelähteet kuin muitakin todistajia, mukaan luettuna se henkilö, jolta kertomus väitetään kuullun. Välikkappaleena toinen henkilö on lähtökohtaisesti epäluotettavampi kuin esimerkiksi videotallenne. Kuulopuhetodistelu voidaan evätä OK 17:8.1:n 4 kohdan perusteella, sillä samoja tosiseikkoja koskevaa välitöntä todistelua voidaan jo ennalta arvioiden pitää olennaisesti luotettavampana (ks. edellä luku 4.1.2).

<sup>1207</sup> Ks. tiivistetysti *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* [GC], 15.12.2011 (kohdat 119 ja 147).

<sup>1208</sup> Jackson – Summers 2012 s. 357–361, Maffei 2006 s. 30–31.

<sup>1209</sup> Englannin ja Yhdysvaltain *hearsay rule*'itkaan eivät ole ehdottomia. Niistä poiketaan itse asiassa hyvin pitkälti samanlaisilla perusteilla kuin meillä voimassa olevasta tallennetun kertomuksen käyttökiellosta (ks. tiivistetysti *Glover* 2017 s. 321–324).

Henkilötodistelun välittömyydellä on merkitystä näytön arvioinnissa, vaikka vastaaja ei käyttäisikään oikeutta vastakuulusteluun. Tuomioistuimen näkökulmasta välittömyys mahdollistaa kuultavan ja hänen kertomuksensa luotettavuuden arvioinnin olennaisesti tallennetta paremmin, millä on merkitystä tuomion oikeellisuuden kannalta. OK 17:24.2:ssa säädettyä tallennettujen kertomusten käyttökieltoa vastanneen VOK 17:11:n (11.7.1997/690) esitöissä todetaan, että kielto perustuu sekä todistelun suullisuus- ja välittömyysperiaatteisiin että vastakuulustelu-oikeuteen. Kielto on olennaisesti EIT:n ratkaisukäytännössä kehittynyttä arviointimallia joustamattomampi ja sääntöluonteisempi, sillä tallennettua kertomusta ei saada käyttää todisteena, jos jokin säännöksessä tarkoitettu poikkeusperuste ei täyty (ks. niistä tarkemmin jäljempänä luku 9.4.4).<sup>1210</sup>

Ervo on tiivistänyt, että vaikka todistajan henkilökohtaisesta läsnäolosta on tietyissä tilanteissa tingitty tarkoituksenmukaisuuden, prosessiekonomian ja todistajansuojelullisten näkökohtien hyväksi, on näissäkin tilanteissa todistelun uskottavuuden arviointi asetettava *prima facie* etusijalle muihin mainittuihin intresseihin nähden. Todistajan henkilökohtainen läsnäolo on välttämätöntä aina, jos todistelun uskottavuus sitä edellyttää eikä tätä vaatimusta ole lupa modifioida prosessiekonomian tai muilla tarkoituksenmukaisuuden vaatimuksilla. Maksimaalisen kommunikaation tuottaminen on katsottu todistelun uskottavuuden arvioimiseksi niin välttämättömäksi, että näissä tilanteissa on pakollista edistää sekä menettelyn diskursiivisuutta todistelun suullisuudella että maksimoida suullisuus henkilökohtaisella läsnäolon vaatimuksella.<sup>1211</sup>

Pölönen ja Huovila ovat toisaalta korostaneet välittömyysperiaatteen olevan ”vain” periaate, jota ei voida noudattaa ehdottomasti. Huovila on kritisoinut VOK 17:11:n joustamattomuutta huomauttaen, ettei välittömyys aina edistä oikean ratkaisun saavuttamista. Välittömyyden hyödyt heikkenevät etenkin ajan kulumisen ja useiden kuulemiskertojen myötä. Henkilötodistelun välittömyydestä kiinni pitäminen vielä hovioikeusvaiheessa voi johtaa niin sanottuun tiedostamattomaan siirtymään, mikä tarkoittaa, että aikaisemmat kertomukset ja muualta saadut tiedot sekoittuvat todellisiin muistikuviin ja vääristävät niitä.<sup>1212</sup> Pölönen on ollut Huovilan kanssa samaa mieltä siitä, että välittömyysperiaatteen merkitystä tulisi arvioida tapauskohtaisesti ja myös suhteessa todisteen merkitykseen. Toisin sanoen merkittävimpien todisteiden osalta välittömyys olisi tärkeintä.<sup>1213</sup>

Kontradiktorisuuteen reaalityodisteiden osalta liittyy erityisenä kysymyksenä esitutkinta- ja oikeudenkäyntiaineiston asianosaisjulkisuus. Jos aineistoa

<sup>1210</sup> HE 82/1995 vp s. 143. Ks. myös Jokela 2018 s. 21–22, 546–548 ja 551–552, Frände 2009 s. 374, Pölönen 2003 s. 48–51 ja Lappalainen 2001 s. 169–171.

<sup>1211</sup> Ervo 2005 s. 150–151.

<sup>1212</sup> Huovila 1999 s. 1159–1162 ja 1167. Ks. tiedostamattomasta siirtymästä Haapalainen – Kiesiläinen – Niemi-Kiesiläinen 2000 s. 25. Käsitteellä viitataan usein tunnistamiseen liittyviin virhelähteisiin.

<sup>1213</sup> Pölönen 2003 s. 50, Huovila 1999 s. 1167.

joltain osin salataan puolustukselta, sitä on mahdotonta käyttää todisteena tai esimerkiksi tutkinnan suuntaamiseen. Tämä heikentäisi olennaisesti vastaajan oikeusturvaa ja rikosprosessin kontradiktorisuutta (knowledge of). Asianosaisjulkisuutta koskevat säännökset muodostavatkin eräänlaisen todistusmetodirajoituksen. Rikosprosessissa ei voida esteettä hankkia, esittää tai hyödyntää sellaisia tietoja, jotka salataan puolustukselta, mikä merkitsee toisin ilmaistuna salaisen tiedon käytön rajoittumista. Oikeutta tiedonsaantiin voidaan kuitenkin painavin vastaperustein rajoittaa, joten myös salaisen aineiston käyttöä koskevat rajoitukset ovat joustavia.

## 9.3 HANKKIMISVAIHE

### 9.3.1 Esitutkinta-aineiston asianosaisjulkisuus

Kontradiktorinen periaate edellyttää ensisijaisesti testaamismahdollisuutta pääkäsittelyssä. Todisteiden hankkimisvaiheessa kontradiktorisuus on sen sijaan vähäisempää. Vastakuulustelumahdollisuus tulee kysymykseen lähinnä silloin, jos kuulustelusta tehdään ääni- ja kuvatallenne käytettäväksi todisteena pääkäsittelyssä. Esitutkintaviranomaisella on toisaalta verrattain laajat mahdollisuudet rajoittaa aineiston asianosaisjulkisuutta ja vastakuulustelu-oikeutta esitutkinnan aikana. Eräissä tapauksissa todisteen hankkimistoimenpide voidaan salata pysyvästi. Nämä valtuudet eivät tietenkään rajoita viranomaisten mahdollisuutta todisteiden hankkimiseen. Tarkastelen niitä kuitenkin lyhyesti sen vuoksi, että niillä voi olla erityisesti puolustuksen kannalta todistelua vähintään tosiasiallisesti rajoittavia vaikutuksia.<sup>1214</sup>

Vastaajan osallistumisoikeuden tehokas toteutuminen edellyttää ensinnäkin oikeutta saada tietää, mitä esitutkinnassa on selvitetty. Esitutkinta-aineiston tulee siten olla epäillyn saatavilla eli asianosaisjulkista. ETL 4:15.1:n mukaan asianosaisella on esitutkinnan aloittamisen jälkeen oikeus saada tieto esitutkintaan johtaneista ja esitutkinnassa ilmi tulleista seikoista sekä esitutkinta-aineistosta, joka voi tai on voinut vaikuttaa hänen asiansa käsittelyyn. Painavan pääsäännön mukaan asianosaisjulkista on sellainenkin esitutkinta-aineisto, joka ei ole yleisjulkista. Tämä johtuu asianosaisten ja yleisön erilaisista intresseistä. Asianosaisjulkisuus on pääasiassa oikeussuojakeino, kun taas yleisjulkisuus antaa mahdollisuuden viranomaistoiminnan valvontaan. Epäillyllä on asiassa aina omakohtainen intressi, vaikei asia olisikaan yleisesti kiinnostusta herättävä.<sup>1215</sup>

<sup>1214</sup> Ilman tietoa esitutkinta-aineistosta epäilty ei esimerkiksi pysty tekemään perusteltua lisätutkintapyyntöä (Tapanila 2019a s. 37).

<sup>1215</sup> HE 89/1981 vp s. 3–4, Fredman ym. 2020 s. 602–610, Tapanila 2019a s. 36–37, Ervo 2005 s. 341–350, Jackson – Summers 2012 s. 295–296. Ks. myös KKO 2011:27 (kohta 20), missä kat-

Asianosaisjulkisuuden merkitys oikeusturvatekijänä hahmottuu kahdella tavalla. Epäilyn syyllisyyttä (väitetysti) osoittavaa näyttöä on mahdotonta testata, jos hän ei saa sitä tietoonsa. Jos poliisi ja syyttävä voisivat hankkia ja esittää tuomioistuimelle raskauttavaa aineistoa, jota puolustukselle ei paljasteta, tuon näytön luotettavuus jäisi kyseenalaiseksi ja merkitys yksipuoliseksi. Toisaalta puolustuksen oikeusturvan kannalta olisi vaarallista salata periaatteessa mitään esitutkinnassa ilmi tulleita seikkoja tai todisteita, koska tällaiset asianosaisjulkisuuden rajoitukset voisivat rajoittaa puolustuksen mahdollisuuksia vaikuttaa tutkinnan suuntaamiseen vastaajalle edullisten todisteiden löytämiseksi. Vastaaja ei välttämättä tulisi tietoiseksi edes tällaisten todisteiden olemassaolon mahdollisuudesta, jos esitutkinta-aineistoa salataan.

Tietojensaantioikeus koskee sellaisiakin seikkoja ja aineistoa, joka *voisi* vaikuttaa asian käsittelyyn.<sup>1216</sup> Tällaisia seikkoja ja aineistoa voidaan nimittää potentiaalisesti relevantiksi. Kontradiktorisuuden kannalta tärkeää on, että asianosaisilla on mahdollisuus arvioida tietojen merkitystä omalta kannaltaan.<sup>1217</sup> Tasapuolisuusperiaatteen noudattaminen ei yksin riitä takaamaan sitä, että puolustukselle edulliset seikat tulisivat perusteellisesti selvitettyiksi. Ongelmana on tiedon epäsymmetria. Poliisi ja syyttävä tietävät, mitä aineistoa heillä on, mutta eivät välttämättä sitä, mikä merkitys niillä voisi puolustuksen kannalta olla. Epäily sen sijaan saattaisi ymmärtää näennäisesti merkityksettömän tiedon relevanssin, mutta hän ei välttämättä tiedä, mitä aineistoa viranomaisilla on. Asianosaisjulkisuus palvelee näin jäsenettynä yhtäläisesti oikeusturva- ja selvittämisenintressejä.

Asianosaisjulkisuuden kääntöpuolena on se mahdollisuus, että puolustuksen strategia perustuu totuudenvastaisesti esitutkinta-aineiston heikkoihin kohtiin. Epäily voisi toisin sanoen ensin pysytellä passiivisena itsekriminointisuojaan vedoten ja tutkinnan lopussa tai vasta pääkäsittelyssä antaa kertomuksen, joka on sovitettu muihin esitutkinnassa selvitettyihin tietoihin. Epäilyllä on toisaalta joka tapauksessa mahdollisuus esittää jälkikäteen kertomus, joka näennäisesti selittää kaikki häntä vastaan esitetyt todisteet ”parhain päin” ja syyttäjäl-

---

sottiin ETL 4:1:ssä säädettyä tasapuolisuusperiaatetta vastanneen VETL 7 §:n toteutumisen edellyttävän, että epäilyllä on mahdollisuus tietää, mitä esitutkinnassa on selvitetty, ja tarvittaessa vaikuttaa esitutkinnan suuntaamiseen.

<sup>1216</sup> PeVL 5/1999 vp s. 6.

<sup>1217</sup> KKO 2011:27 (kohta 37): ”Asianosaisten tehtävänä on arvioida, onko jokin tieto oikeudenkäynnissä hyödyllinen.” Ks. myös KKO 2004:79, missä todetaan, ettei tuomioistuimen arviointi oikeudenkäyntiaineiston merkityksestä saa olla ratkaiseva (kohdat 7–8): ”Vasta perehdyttyään aineiston asianosaiset voivat käyttää heille kuuluvaa oikeutta muodostaa oma käsityksensä aineiston merkityksellisyydestä tai merkityksettömyydestä.” EIT:n oikeuskäytännöstä voi esimerkiksi mainita ratkaisut *Lomaseita Oy and Others v. Finland*, 5.7.2005 (kohta 36) ja siinä viitatus *Nideröst-Huber v. Switzerland*, 18.2.1997 (kohta 29): ”Only the parties to a dispute may properly decide whether this is the case; it is for them to say whether or not a document calls for their comments.”

lä mahdollisuus väittää kertomusta tekaistuksi. Jos puolustukselle välittömästi paljastetaan kaikki esitutkinnassa saadut tiedot, on vaarana lisäksi se, että epäilty pyrkii estämään asian selvittämistä. Hän voisi esimerkiksi varoittaa rikostovereitaan, jotka ryhtyisivät hävittämään todistusaineistoa, tai pyrkiä vaikuttamaan henkilötodistelun sisältöön.

EIT:n oikeuskäytännössä onkin toistuvasti katsottu, ettei vastaajan oikeus tiedonsaantiin esitutinnan aikana kertyneestä aineistosta ole poikkeukseton. Vastaajan oikeutta saattavat rajoittaa kilpailevat intressit, kuten kansallinen turvallisuus, tarve suojella todistajia kostotoimilta tai tarve pitää salassa poliisin rikostutkimusmenetelmät. Näitä täytyy punnita syytetyn oikeuksia vasten. Sallittuja ovat kuitenkin ainoastaan sellaiset rajoitukset, jotka ovat ehdottoman välttämättömiä. Lisäksi sen varmistamiseksi, että syytetty saa oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin, oikeuksien rajoittamisella aiheutettuja vaikeuksia puolustukselle täytyy kompensoida riittäväällä oikeusviranomaisen valvonnalla. Aineiston salaamista koskevan menettelyn tulee lisäksi olla mahdollisimman kontradiktorista ja tasapuolista eli puolustuksen osallistuminen tulee sallia mahdollisimman laajasti.<sup>1218</sup>

Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimuksen ei ole katsottu ehdottomasti estävän tietojen pysyvääkään salaamista, kunhan tätä koskeva menettely on mahdollisimman kontradiktorista. Ei riitä, että poliisi tai syyttäjä yksin arvioi aineiston tai seikan puolustuksen kannalta merkityksettömäksi. Toisaalta tieto, jota poliisi ei paljasta, ei voi vaikuttaa syyksilukevaan ratkaisuun. Ongelmana onkin, että puolustus ei saa tietoa kannaltaan mahdollisesti edullisen aineiston olemassaolosta. Todisteen potentiaalisen relevanssin eli vaikutuksellisuuden kynnys ei sitä paitsi ole erityisen korkea. EIT:n oikeuskäytännössä on kuitenkin edellytetty, että valittaja selostaa, mistä syystä tietyn todistelun esittäminen olisi tarpeellista.<sup>1219</sup>

Hallintovaliokunta on vuonna 2000 katsonut, ettei todistajana kuultavalla poliisimiehellä ole velvollisuutta vastata, onko epäkonventionaalisia tutkintamenetelmiä käytetty, jos peitetoimintaa tai valeostoa on käytetty vain tiedonhankintamenetelmänä ilman, että tiedoilla olisi ollut merkitystä syyteharkinnan tai itse oikeudenkäynnin kannalta. Tällöin ei myöskään tehdä merkintää esitutkintapöytäkirjaan kyseisten tutkintamenetelmien käytöstä. Valiokunnan mukaan oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus ei vaaranna silloin, kun peitetoiminnalla ja valeostolla saatuja tietoja ei ole käytetty syyteharkinnan perustana eikä oikeudenkäynnissä, vaan ne ovat ainoastaan auttaneet poliisitoiminnan suuntaamisessa.<sup>1220</sup> Olennaista ei kuitenkaan ole se,

<sup>1218</sup> Ks. esim. Jasper v. the United Kingdom [GC], 16.2.2000 (kohdat 52 ja 53), Rowe and Davis v. the United Kingdom [GC], 16.2.2000 (kohdat 61 ja 62), V. v. Finland, 24.4.2007 (kohta 75) ja KKO 2011:27 (kohdat 31–33). EIT:n ratkaisuja selostetaan tarkemmin jäljempänä (luku 9.4.1). Myös EU:n tiedonsaantioikeusdirektiivin 7 artiklan 4 kohdan mukaan oikeus tutustua tiettyyn aineistoon voidaan evätä tietyn edellytyksin.

<sup>1219</sup> Ks. esim. Bendenoun v. France, 24.2.1994 (kohta 52) ja yleisemmin edellä luku 4.1.1.

<sup>1220</sup> HaVM 17/2000 vp s. 9–10.



mitä tietoja vastaajaa vastaan käytetään, vaan se, olisiko viranomaisilla vastaajalle edullisia tietoja, joita se ei halua paljastaa. Valiokunnan kanta ei vastaa voimassa olevaa oikeutta.

Asianosaisjulkisuutta voidaan *rajoittaa tilapäisesti* esitutkinnan aikana. ETL 4:15.2:n mukaan tiedonsaantioikeutta ei ole ennen tutkinnan lopettamista, jos tietojen antamisesta on haittaa asian selvittämislle. Tällöin rikoksen selvittämisen intressi katsotaan tilapäisesti painavammaksi kuin asianosaisen tiedonsaantioikeus. Esitutkinnan alussa ei useinkaan liene edes edellytyksiä arvioida sitä, voisiko tietojen paljastamisesta olla haittaa, jolloin on perusteltua soveltaa rajoitussäännöstä ikään kuin varmuuden vuoksi. On myös taktisista syistä ymmärrettävää, että epäilty halutaan pitää ainakin aluksi epätietoisena siitä, mitä todisteita poliisilla on. Toisaalta olisi tiedonsaantioikeuden tarkoituksen vastaista käyttää sitä esitutkinnan estämiseen. Oikeus toteutetaan lähtökohteisesti täysimääräisenä tutkinnan päätyttyä.

Jos toisaalta on selvää, ettei tällaista vaaraa ole, saattaisi kontradiktorisuus tehostaa jo esitutkinnan suorittamista ja siten myös mahdollista jatkoprosessia. Pyrkimyksenä tulisi olla, että tutkinnan edetessä punnitaan jatkuvasti asian selvittämislle aiheutuvan haitan suuruutta ja asianosaisen tiedonsaantioikeutta keskenään. Esitutkinnan edetessä voi olla mahdollista paljastaa asianosaisille enemmän tietoja kuin alkuvaiheessa.<sup>1221</sup> Fredman on todennut VETL 11 §:n tiedonsaantioikeussäännöksen jääneen merkitykseltään melko vähäiseksi. Hänen mukaansa esitutkinnan etenemisestä ei tiedotettu aktiivisesti asianosaisille ja suhtautuminen tietopyyntöihin oli ”nihkeää”. Salassapitomahdollisuutta on Fredmanin mukaan puolestaan sovellettu liian aktiivisesti.<sup>1222</sup> Kysymys on pitkälti asenteista ja ajattelumalleista, eräänlaisesta esitutkintakulttuurista.

VETL 11 §:n mukaan asianosaisella oli oikeus saada tietoonsa, mitä esitutkinnassa on käynyt ilmi, niin pian kuin siitä ei voi aiheutua haittaa rikoksen selvittämislle. Fredman tulkitsee tämän tarkoittavan, että salassapitokynnystä on nostettu. Tulkinnalle on kuitenkin vaikea löytää tukea, koska – minä Fredman myös toteaa – sanamuodon muutosta ei ole perusteltu esitöissä lainkaan.<sup>1223</sup> Perusteen sisällöstä ei itse asiassa lausuta kovin tarkasti missään hallituksen esityksessä. Uudistetun ETL 4:15:n esitöissä<sup>1224</sup> viitataan JulkL 11.2 §:n 1 kohtaan ja lainkohdan aikaisempaan sanamuotoon, jonka esitöissä<sup>1225</sup> viitataan puolestaan JulkL:in ja VETL:in. JulkL 11 §:n ja VETL 11 §:n esitöissä<sup>1226</sup> taas viitataan edelleen VJulkL 19 §:än. Sen niukkojen esitöiden

<sup>1221</sup> Fredman ym. 2020 s. 614–617, Tapanila 2019a s. 35–36.

<sup>1222</sup> Fredman 2012 s. 26–27.

<sup>1223</sup> *Ibid.* s. 27.

<sup>1224</sup> HE 71/2014 vp s. 24.

<sup>1225</sup> HE 222/2010 vp s. 205–206.

<sup>1226</sup> HE 30/1998 vp s. 65 ja HE 14/1985 vp s. 20.

mukaan rikoksen selvittämiseksi aiheutuva haitta voisi tarkoittaa rikostutkinnalle tai rikoksen tutkijan työrauhalle aiheutuvaa haittaa.<sup>1227</sup>

Väliaikaisia rajoituksia asianosaisjulkisuudelle seuraa myös salaisten pakko- tai tiedonhankintakeinojen käytöstä. Asianosaisjulkisuus on useiden tällaisten keinojen osalta sidottu viranomaisen velvollisuuteen ilmoittaa käytöstä asianosaiselle. Ilmoitusvelvollisuus syntyy PoL:n mukaan sen jälkeen, kun tiedonhankinnan tarkoitus on saavutettu (PoL 5:58) ja PKL:n mukaan sen jälkeen, kun asia on saatettu syyttäjän harkittavaksi, taikka esitutkinta on muuten päätetty tai se on keskeytetty (PKL 10:60). Lisäksi ilmoittamiselle on asetettu kummasakin laissa vuoden takaraja siitä lukien, kun pakko- tai tiedonhankintakeinon käyttö on lopetettu. Ennen ilmoittamista salaisen pakkokeinon käytön kohde ei tule tietämään pakkokeinon käytöstä eikä hän siten voi vedota pakkokeinolla saatuun, kannaltaan mahdollisesti edulliseen näyttöön. Ilmoittamista voidaan samojen säännösten mukaan *lykätä* eri perustein.

Ensinnäkin on selvää, ettei käytöstä voida ilmoittaa, jos kohteen henkilöllisyys ei ole tiedossa. Lisäksi tuomioistuimien voi päättää, että ilmoitusta saadaan lykätä enintään kaksi vuotta kerrallaan, jos se on perusteltua käynnissä olevan tai tulevan<sup>1228</sup> tiedonhankinnan turvaamiseksi, valtion turvallisuuden varmistamiseksi tai hengen tai terveyden suojaamiseksi. Tuomioistuimenkin on harkinnassaan otettava huomioon asianosaisen oikeus puolustautua asianmukaisesti tai muuten asianmukaisesti valvoa oikeuttaan oikeudenkäynnissä. ”Perusteltua”-kynnys ei kuitenkaan ole erityisen korkea. Ilmoittamista voidaankin lähtökohtaisesti lykätä esimerkiksi silloin, kun tutkittavana on rikoskokonaisuus ja joidenkin epäiltyjen osalta salaisten pakko- tai tiedonhankintakeinojen käyttäminen lopetetaan aikaisemmin kuin muiden.<sup>1229</sup>

ETL 4:15.3:n mukaiset rajoitusperusteet voivat tulla sovellettaviksi vielä esitutkinnan jälkeen. Lainkohdan mukaan asianosaisen oikeutta tiedonsaantiin voidaan *rajoittaa pysyvästi*, jos tiedon antamatta jättäminen on välttämätöntä erittäin tärkeän yleisen tai yksityisen edun turvaamiseksi. Harkinnassa on saman pykälän 4 momentin mukaan otettava huomioon asianosaisen oikeus puolustautua asianmukaisesti tai muuten asianmukaisesti valvoa oikeuttaan oikeudenkäynnissä. Perusteita on esitöiden mukaan arvioitava lähtökohtaisesti samoin kuin JulKL 11.2 §:n 1 kohdassa säädettyä rajoitusedellytystä. Erittäin painava julkinen etu voi siten liittyä esimerkiksi valtion turvallisuuteen. Erittäin tärkeä

<sup>1227</sup> HE 89/1981 vp s. 5–6.

<sup>1228</sup> PoL 5:58:ssä ei mainita tulevaa tiedonhankintaa. Se lisättiin PKL:in eduskunnassa (LaVM 44/2010 vp s. 32).

<sup>1229</sup> HE 222/2010 vp s. 359–363 ja HE 224/2010 vp s. 136–140.

yksityinen etu voi olla tarve suojata henkilön yksityisyyttä tai turvallisuutta. Lienee ilmeistä, että lapsen etu voi olla erittäin tärkeä yksityinen etu, vaikkei sitä lainkohdassa erikseen mainita.<sup>1230</sup>

Toinen pysyvän salaamisen peruste ei ole harkinnanvarainen. Asianosaisella ei ETL 4:15.3:n mukaan ole oikeutta saada tietoa JulKL 11.2 §:n 6 a, 7 tai 7 a kohdassa tarkoitetuista tiedoista. Lainkohdan 6 a kohta koskee anonyymin todistajan henkilöllisyyttä. 7 kohdan mukaan salaisia ovat rikoksesta ilmoittaneen henkilön yhteystiedot, jos tiedon antaminen vaarantaisi todistajan, asianomistajan tai asianosaisen tai ilmoituksen tekijän turvallisuutta, etuja tai oikeuksia. 7 a kohta koskee asiakirjoja, jotka sisältävät tietoja asianomistajan pyynnöstä saada ilmoitus vangin tai tutkintavangin vapauttamisesta ja vankilasta tai muusta säilytystilasta poistumisesta tai tietoja mainituista ilmoituksista. Kaikissa tapauksissa on kysymys tiedoista, joilla ei voi olla merkitystä syytömän suojaamiseksi, mutta salassapitoon on painava yksityinen intressi.<sup>1231</sup>

*Salaisten tiedonhankinta- tai pakkokeinojen* käyttämisestä tehtävä ilmoitus voidaan tuomioistuimen päätöksellä jättää kokonaan tekemättä, mistä seuraa, että asianosaisjulkisuus ei toteudu lainkaan. Ilmoitus saadaan jättää tekemättä, jos se on välttämätöntä valtion turvallisuuden varmistamiseksi taikka hengen tai terveyden suojaamiseksi (PKL 10:60.3 ja PoIL 5:58.2). Kynnys on korkeampi kuin väliaikaisen lykkäämisen edellytyksenä oleva ”perusteltua”. Lakivaliokunnan mukaan syytetyllä pitää yleensä olla tieto siitä, että syytteesä tarkoitettun rikoksen selvittämisessä on käytetty epäkonventionaalista menetelmää, lähinnä siis salaista pakkokeinoja. Muutoin syytetty joutuu valiokunnan mukaan suorittamaan eräänlaista ”varjonyrkkeilyä”. Esimerkiksi peitetoinnin käyttäminen ei siten olisi automaattisesti salaista, mutta salassa voitaisiin pitää peitehenkilön henkilöllisyys.<sup>1232</sup>

Puolustus voi kommentoida hankittua aineistoa ja selvityksen laajuutta, jos esitutkinnassa varataan tilaisuus loppulausunnon antamiseen esitutkinta-aineiston riittävydestä, näytön arvioinnista, oikeuskysymyksistä tai muista asian käsittelyn kannalta tärkeistä seikoista (ETL 10:1). Loppulausunnosta voi olla merkittävääkin prosessiekonomista hyötyä, sillä se palvelee jatkoprosessin kohdentumista. Onnistuessaan loppulausuntomenettely on eräänlainen oikeudenkäynnin esiaste, jossa asianosaiset voivat esittää näkemyksiään konkreettisen esitutkinta-aineiston perusteella ja viranomaiset päättävät noiden näkemysten perusteella, onko tutkintaa tarpeen täydentää. Selvää on, että esitutkinta-aineis-

<sup>1230</sup> HE 71/2014 vp s. 24–25, HE 30/1998 vp s. 66–67. JulKL 11.2.1:n 1 kohdan mukaan asianosaisella, hänen edustajallaan ja avustajallaan ei ole oikeutta asiakirjaan, josta tiedon antaminen olisi vastoin erittäin tärkeää yleistä etua taikka lapsen etua tai muuta erittäin tärkeätä yksityistä etua. Ks. myös Fredman ym. 2020 s. 610 ja Tapanila 2019a s. 37.

<sup>1231</sup> Fredman ym. 2020 s. 610–611.

<sup>1232</sup> LaVL 7/2000 vp s. 6 ja 14, Fredman ym. 2020 s. 1182–1195, Tapanila 2019a s. 51–52.

to tulisi viimeistään tällöin paljastaa kokonaisuudessaan puolustukselle, ellei käsillä ole poikkeuksellisia perusteita sen pysyvään salaamiseen.<sup>1233</sup>

### 9.3.2 Vastakuulustelumahdollisuus esitutkinnassa

ETL:n kuulusteluja koskeviin säännöksiin ei sisälly yleistä vaatimusta vastakuulustelumahdollisuuden toteuttamisesta esitutkinnassa, vaikka sellainen tulee edellä selostetun EIT:n oikeuskäytännön mukaan säännönmukaisesti (as a rule) järjestää joko kuultavan antaessa lausuntonsa tai myöhemmin rikosprosessin aikana.<sup>1234</sup> Lähtökohtaisesti vastakuulustelu toteutuu vasta pääkäsittelyssä. Tilaisuus siihen voidaan kuitenkin varata jo esitutkinnassa ja eräissä tilanteissa se on pakollistakin. *Harkinnanvarainen* vastakuulustelumahdollisuus perustuu ETL 7:13:än ja 7:17:än. Ensin mainitun pykälän mukaan tutkija voi sallia asianosaisen ja hänen avustajansa tai asiamiehensä sekä asianomistajalle määrätyn tukihenkilön osallistua asianomistajan kanssa toisen asianosaisen tai todistajan kuulusteluun, jollei siitä voi aiheutua haittaa rikoksen selvittämislle.<sup>1235</sup>

Haittaa rikoksen selvittämislle lienee arvioitava samoin kuin esitutkinta-aineiston asianosaisjulkisuutta koskevan säännöksen mukaan. Vastaavasti voitaneen lähteä siitä, että osallistumisen rajoittaminen on perusteltua esitutkinnan alkuvaiheessa, mutta loppua kohden se tulisi sallia avoimemmin. Erityisesti kuultaessa jotakuta puolustuksen aloitteesta olisi perusteltua sallia puolustuksen osallistuminen kuulusteluun. Siten varmistetaan, että kuuleminen kohdistuu puolustuksen vetoamiin seikkoihin.<sup>1236</sup> Käytännössä lienee usein taktisesti perusteltua aloittaa tutkinta siten, että kuultavat eivät tiedä toistensa kertomuksia ja näin pienentää kolluusion eli kertomusten tarkoituksellisen yhteensovittamisen vaaraa.

ETL 7:17:n mukaan asianosainen ja hänen avustajansa tai asiamiehensä voivat kuulustelussa tutkijan luvalla esittää kuulusteltavalle kysymyksiä asian selvittämiseksi. Tutkija saa pykälän mukaan kuitenkin päättää, että kysymykset on esitettävä hänen välityksellään. Asianosaisella, hänen avustajallaan ja asiamiehellään on pykälän mukaan muulloinkin oikeus pyytää tutkijaa kysymään kuulusteltavalta asian selvittämiseksi tarpeellisia seikkoja. Vastakuulustelumahdollisuus voidaan siten järjestää enemmän tai vähemmän välittömänä. Joissain tapauksissa voidaan sallia kysymysten esittäminen suoraan. Muutoin olisi mahdollista menetellä esimerkiksi siten, että puolustuksen sallitaan esittää

<sup>1233</sup> HE 222/2010 vp s. 233–234, Fredman ym. 2020 s. 323–329, Tapanila 2019a s. 160–161.

<sup>1234</sup> Ks. esim. *Lucà v. Italy*, 27.2.2001 (kohta 39), *Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom* [GC], 15.12.2011 (kohta 118) ja *Schatschaschwili v. Germany* [GC], 15.12.2015 (kohta 105).

<sup>1235</sup> Tapanila 2019a s. 157–159.

<sup>1236</sup> HE 222/2010 vp s. 222 ja HE 14/1985 vp s. 33.

kuulustelijalle lista tarpeellisista kysymyksistä ja mahdollisesti myös tilaisuus seurata kuulustelua esimerkiksi videoyhteydellä.<sup>1237</sup>

Oikeutta olla läsnä toisen henkilön kuulustelussa ei kuitenkaan saa käyttää väärin. ETL 7:18:n mukaan tutkija saa poistaa kuulustelutilaisuudesta henkilön, joka käytöksellään häiritsee kuulustelua tai jonka läsnäolo muuten vaikeuttaa asian selvittämistä. Esimerkiksi todistajaa uhkaileva epäilty voidaan poistaa lainkohdan nojalla. Tällainen vastakuulustelumahdollisuuden rajoittuminen voitaneen kuitenkin jäsentää oikeudesta luopumiseksi, koska syyinä on epäillyn oma menettely. ETL 7:19:n mukaan asianosaiselle ja hänen avustajalleen tai asiamiehelleen, joka ei pyynnöstään huolimatta ole saanut olla läsnä kuulustelussa tai on siitä poistettu, on kuitenkin varattava tilaisuus saada tietoonsa, mitä kuulustelussa on käynyt ilmi, ja tehdä kysymyksiä niin pian kuin siitä ei voi aiheutua haittaa rikoksen selvittämiseksi.<sup>1238</sup>

Esitutinnan aikana poliisiin tietoon saattaa tulla, että henkilön kuuleminen pääkäsittelyssä todennäköisesti estyy esimerkiksi vakavan sairauden vuoksi tai siitä syystä, että kuultava on palaamassa kotimaahansa. Tällöin jo esitutinnassa on perusteltua nimenomaisesti tarjota epäillylle mahdollisuutta kysymysten esittämiseen kyseiselle kuultavalle. Epäillylle voidaan myös määrätä puolustaja vastakuulustelua varten, jollei sellaista ole jo aikaisemmin määrätty. Tällainen kuulustelu, joka todennäköisesti korvaa kuulemisen pääkäsittelyssä, tulisi ottaa kokonaan ääni- ja kuvallenteeseen kuulusteltavan kertomuksen jälkikäteistä todentamista varten (ETL 9:3).<sup>1239</sup> Puolustukselle tulee myös selvittää, että vastakuulustelu todennäköisesti estyy pääkäsittelyssä. Mahdollista vastakuulustelu-oikeudesta luopumista voitaneen tällöin pitää yksiselitteisenä.

EIT:n suuren jaoston Schatschaschwili-tuomion mukaan vastakuulustelumahdollisuus tulisi järjestää, jos esitutkintaviranomainen katsoo perustellusti, että kuuleminen oikeudenkäynnissä tulisi estymään. Tapauksessa oli kysymys todistajista, jotka olivat viranomaisten tieteen palaamassa Saksasta kotimaahansa Latviaan ja heitä oli tästä syystä kuulustellut tutkintatuomari<sup>1240</sup>. Epäillylle ei kuitenkaan ollut tarjottu mahdollisuutta esittää kysymyksiä kuultaville edes asiamiehen välityksellä, vaikka tämä olisi ollut kansallisten säännösten mukaan mahdollista. Viranomaisten katsottiin ottaneen sittemmin toteutuneen riskin siitä, ettei puolustus voisi käyttää vastakuulustelu-oikeuttaan rikosprosessin myöhemmissä vaiheissa.<sup>1241</sup>

<sup>1237</sup> Tapanila 2019a s. 159.

<sup>1238</sup> Ks. Fredman ym. 2020 s. 403.

<sup>1239</sup> Kyseisessä tilanteessa esitutkintaviranomainen on lainkohdan mukaan *velvollinen* tallentamaan kuulustelun videolle. Esitöissä mainitaan esimerkkinä ”tilanteet, joissa kuulusteltavaa henkilöä ei ilmeisesti voida kuulla pääkäsittelyssä (esimerkiksi todistaja on kuolemanvakavasti sairas)”, ks. HE 222/2010 vp s. 228–229.

<sup>1240</sup> Menettely muistuttaa OK 17:61:ssä säädettyä todistelun vastaanottamista vastaisuuden varalta, mikä ei kuitenkaan ole mahdollista rikosasioissa (HE 46/2014 vp s. 115).

<sup>1241</sup> Schatschaschwili v. Germany [GC] (kohdat 130 ja 156–160). Tällaisesta kuultavasta käyte-

Koska vastakuulustelun tulee tapahtua pääsääntöisesti oikeudenkäynnissä, ei lopullisena ja yksiselitteisenä luopumistahdonilmaisuna voitane yleensä pitää sitä, ettei vastakuulustelumahdollisuutta vaadita tai käytetä esitutkinnessa.<sup>1242</sup> Näin lienee silloinkin, kun todistajaa kuullaan puolustuksen pyynnöstä. Tilannetta voitaisiin arvioida toisin, jos puolustus on jo esitutkinnan aikana tietoinen siitä, että henkilön kuuleminen myöhemmin todennäköisesti estyy, mutta tästä esteperusteesta ei kerrota poliisille eikä poliisi tule siitä muutenkaan tietoiseksi.

Edellä tarkastelluissa tapauksissa vastakuulustelumahdollisuuden järjestäminen esitutkinnessa on harkinnanvaraista. Mahdollisuuden varaaminen on sen sijaan *pakollista*, jos ääni- ja kuvatalenteelle tallennetulla esitutkintakuulustelulla on tarkoitus korvata henkilön kuuleminen tuomioistuimessa. Rikoksesta epäillylle on tällöin varattava mahdollisuus esittää kysymyksiä kuulusteltavalle kaikista asian selvittämisen kannalta merkityksellisistä seikoista. Jos rikoksesta epäilty niin pyytää, hänen kysymyksensä saa esittää myös asiamies tai avustaja. Kuulustelija voi kuitenkin määrätä, että kysymykset on esitettävä kuulustelijan välityksellä kuulusteltavalle (ETL 9:4.2). Myös syyttäjälle on varattava tilaisuus olla läsnä kuulustelutilaisuudessa. Hänellä on oikeus esittää kysymyksiä kuulusteltavalle itse tai kuulustelijan välityksellä (ETL 9:4.3).

ETL 9:4.1:n mukaan asianomistajan ja todistajan kuulustelu on tallennettava, jos kuulusteltavaa ei tämän nuoren iän tai henkisen toiminnan häiriintyneisyyden vuoksi<sup>1243</sup> todennäköisesti voida kuulla henkilökohtaisesti aiheuttamatta haittaa kuulusteltavalle. Lisäksi tulee ottaa huomioon kuulusteltavan kehitystason asettamat erityisvaatimukset. Pykälän 4 momentin mukaan edellä todettua sovelletaan myös 1) 15–17-vuotiaaseen asianomistajaan, joka on erityisen suojelun tarpeessa ottaen huomioon etenkin hänen henkilökohtaiset olosuhteensa ja rikoksen laatu; 2) RL 20:1, 20:2, 20:4, 20:5, 20:6, 20:7 tai 20:7 b:ssä tarkoitetun seksuaalirikoksen 15–17-vuotiaaseen asianomistajaan, joka ei halua tulla oikeudenkäyntiin kuultavaksi; ja 3) mainittujen seksuaalirikosten 18 vuotta täyttäneeseen asianomistajaan, jos kuuleminen oikeudenkäynnissä vaarantaisi hänen terveytensä tai aiheuttaisi muuta vastaavaa merkittävää haittaa.<sup>1244</sup>

---

tään Bátek-ratkaisussa nimitystä ”potentially unreachable witness” (Bátek and Others v. the Czech Republic, 12.1.2017, kohta 44).

<sup>1242</sup> Ks. esim. Gani v. Spain, 19.2.2013 (kohta 44), missä katsottiin, ettei oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kannalta ratkaisevaa ollut valittajan avustajan mahdollisuus vastakuulustella asianomistajaa esitutkinnessa, ja Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 130), missä vastakuulustelumahdollisuuden esitutkinnessa todettiin olevan mahdollinen tasapainottava tekijä arvioitaessa sitä, miten mahdollisuuden puuttuminen pääkäsittelyssä on vaikuttanut puolustuksen oikeuksiin.

<sup>1243</sup> Peruste vastaa todistajan yleistä kelpoisuutta (ks. siitä tarkemmin edellä luku 4.2.1). Toisaalta se, voidaanko lasta kuulla oikeudenkäynnissä, ratkaistaan OK 17:27:n ja 17:30:n nojalla (HE 52/2002 vp s. 43).

<sup>1244</sup> Fredman ym. 2020 s. 472–473, Tapanila 2019a s. 176–179, Rautio – Frände 2016 s. 168–174.

Erityisen haavoittuvien kuultavien kuulusteluissa on otettava huomioon ja punnittava toisiaan vastaan rikoksen selvittämisintressiä, kuultavan hyvinvointia ja puolustuksen oikeuksia. Lainkohdassa tarkoitetuissa tilanteissa kuulemista esitutkinnassa voidaan erityisesti kuultavien itsensä kannalta pitää suositeltavampana menettelynä kuin kuulemista tuomioistuimessa. Kuulustelussa on kuitenkin varmistuttava siitä, että kertomuksen näyttöarvo olisi mahdollisimman korkea ja että puolustuksen oikeus vastakuulusteluun toteutetaan asianmukaisesti. Lakivaliokunta on huomauttanut, että rikosprosessissa saattaa myöhemmin ilmetä seikkoja, joiden johdosta puolustuksen olisi tarpeen esittää lisäkysymyksiä kuultavalle. Tällöin tulisivat kysymykseen esitutkinnan täydentäminen tai (käytännössä harvoin) kuuleminen pääkäsittelyssä.<sup>1245</sup>

Lakivaliokunta on myös huomauttanut, että tallennettu kertomus ja vastakuulustelumahdollisuuden puuttuminen pääkäsittelyssä (EIT:n edellyttämällä tavalla) antavat lähtökohtaisesti heikommat edellytykset todistusharkintaan. Tämä johtuu välittömyyden rajoittumisesta. Erityisesti on korostettu, ettei tallennetun kertomuksen hyödyntäminen saa johtaa tuomitsemiskynnyksen madaltumiseen.<sup>1246</sup> Toisaalta esimerkiksi yleisesti esteellisten kuultavien osalta vaihtoehtona tallenteen käytölle olisi lähinnä heidän lausuntonsa esittäminen kirjallisesti, koska kuuleminen pääkäsittelyssä ei useinkaan tulisi kysymykseen. Tältä kannalta ETL 9:4:ssä säädetty menettely merkitsee huomattavaa parannusta niin varmuusperiaatteen kuin vastaajan oikeusturvankin kannalta.

Ensimmäinen kohta koskee kuultavia yleisesti. Muut kolme perustetta tallentaa kuulustelu käytettäväksi todisteena soveltuvat pelkästään asianomistajaan. Niistä laajin koskee 15–17-vuotiasta asianomistajaa, joka on erityisen suojelun tarpeessa ottaen huomioon etenkin hänen henkilökohtaiset olosuhteensa ja rikoksen laatu. Ratkaisevaa on harkinnanvarainen erityissuojelun tarve. Sääntely perustuu EU:n uhridirektiivin (2012/29/EU) 23 ja 24 artiklan määräyksiin. Direktiivin mukaan alle 18-vuotiaiden erityissuojelun tarpeessa olevien lapsiuhrien kuulustelut on voitava tallentaa audiovisuaalisin välinein ja niitä on voitava käyttää todistusaineistona rikosoikeudenkäynnissä. Poliisi on ETL 11:9 a:n mukaisesti velvollinen arvioimaan erityissuojelun tarpeen ilman aiheutonta viivytystä.

Myös eräiden nimettyjen seksuaalirikosten rikosten nuoren asianomistajan kuuleminen on ETL 9:4.4:n 2 kohdan mukaan korvattavissa ääni- ja kuvatallenteella. Lainkohdan tarpeellisuus suhteessa erityistä suojelua koskevaan 1 kohtaan voidaan kyseenalaistaa, koska uhridirektiivin 22 artiklan 4 kohdan mukaan lapsiuhrien oletetaan olevan erityissuojelun tarpeessa. Vakavissa seksuaalirikoksissa oletus ei voine kumoutua. Neljäs ja viimeinen peruste koskee ainoana täysi-ikäisiä asianomistajia. Hallituksen esityksen mukaan näissäkin tapauksissa olisi riittänyt, ettei asianomistaja halua tulla

<sup>1245</sup> LaVM 19/2014 vp s. 17. Ks. myös Vronchenko v. Estonia, 18.6.2013 (kohta 65), missä todettiin, ettei vastakuulustelu-oikeuden käytöstä olisi aiheutunut lapselle merkittävää lähähaittaa, kun häntä joka tapauksessa kuulusteltiin esitutkinnassa.

<sup>1246</sup> LaVM 19/2014 vp s. 17.

oikeudenkäyntiin kuultavaksi.<sup>1247</sup> Lakivaliokunta katsoi perustuslakivaliokunnan lausunnossa todettujen näkökohtien perusteella, että täysi-ikäisten asianomistajien osalta pelkkä tahto kieltäytyä henkilökohtaisesta kuulemisesta oikeudenkäynnissä ei voi olla riittävä peruste henkilökohtaisesta kuulemisesta luopumiselle. Myöskään uhridirektiivissä ei edellytetä, että erityis-suojelun tarpeessa olevan täysi-ikäisen asianomistajan videolle tallennettua kuulustelukertomusta olisi voitava käyttää todisteena. Perustuslakivaliokunta katsoi EIT:n oikeuskäytäntöön viitaten, ettei asianomistajan haluttomuutta voitaisi pitää pätevänä syynä poiketa vastakuulustelu-oikeudesta.<sup>1248</sup>

EIT:n ratkaisukäytännön mukaan rikosprosessissa voidaan ottaa huomioon seksuaalirikoksiin liittyvät erityispiirteet. Prosessi voi olla uhrille koettelemus etenkin, jos hän joutuu vastoin tahtoaan kohtaamaan vastaajan. Nämä erityispiirteet korostuvat, jos asianomistaja on alaikäinen. Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta arvioitaessa onkin otettava huomioon asianomistajan yksityisyyden suoja. Uhrin suojaamiseen käytettävien toimenpiteiden tulee kuitenkin olla sellaisia, että puolustuksen oikeudet toteutuvat riittävästi ja tehokkaasti. Tämä saattaa edellyttää puolustuksen asemaa vahvistavia toimia, jos oikeuksien toteuttaminen rajoittuu.<sup>1249</sup> EIT:n oikeuskäytännön perusteellakaan välitöntä vastakuulustelumahdollisuutta tuomioistuimessa ei voida kaikissa tapauksissa edellyttää. Riittää, että vastaaja voi kuulustuttaa henkilöä jonkun välityksellä.<sup>1250</sup>

EIT tiivistä Suomea koskeneessa tuomiossa A.S., että puolustuksen ja *alikäisen* asianomistajan edut ovat hyväksyttävässä tasapainossa, jos seuraavat turvatakeet toteutuvat: 1) Epäillyn tulee saada tietää lapsen kuulemisesta esitutkinnassa; 2) hänellä tulee olla mahdollisuus seurata kuulustelua joko silloin, kun sitä suoritetaan, tai myöhemmin videotallenteen välityksellä; ja 3) puolustuksen tulee saada esittää kysymyksiä lapselle joko välittömästi tai välillisesti jonkun kuulemisen yhteydessä. Kun näin ei tapauksessa ollut menetelty, EIS 6 artiklaa oli loukattu.<sup>1251</sup> Ruotsia koskeneessa tapauksessa S.N. tällaiset menettelylliset turvatakeet olivat olemassa, mutta puolustus ei ollut käyttänyt niitä hyväkseen. Riittävänä tuossa tapauksessa pidettiin sitä, että kuulustelu tallennettiin ääninauhalle, koska puolustuksella oli mahdollisuus pyytää kuulustelun tallentamista videolle sen kulun kontrolloimiseksi.<sup>1252</sup> Videotallenne on kuitenkin ehdottomasti suositeltavampi vaihtoehto, koska se mahdollistaa kuulustelun kulun ja kuultavan käyttäytymisen tarkastelun.<sup>1253</sup>

<sup>1247</sup> HE 46/2014 vp s. 84–85.

<sup>1248</sup> PeVL 39/2014 vp s. 3–4, LaVM 19/2014 vp s. 4–5 ja 16–17. Ks. myös Rautio – Frände 2016 s. 168–174 ja Fredman 2018 s. 441–443.

<sup>1249</sup> Ks. esim. S.N. v. Sweden, 2.7.2002 (kohta 47), A.S. v. Finland, 28.9.2010 (kohta 55) ja Aigner v. Austria, 10.5.2012 (kohta 37).

<sup>1250</sup> Ks. esim. S.N. v. Sweden, 2.7.2002 (kohta 52), Rosin v. Estonia, 19.12.2013 (kohta 52) ja Vronchenko v. Estonia, 18.6.2013 (kohdat 55 ja 65 *in fine*).

<sup>1251</sup> A.S. v. Finland, 28.9.2010 (erit. kohta 56).

<sup>1252</sup> S.N. v. Sweden, 2.7.2002 (erit. kohdat 49 ja 50).

<sup>1253</sup> Ks. esim. Rosin v. Estonia, 19.12.2013 (kohta 62), Vronchenko v. Estonia, 18.6.2013 (kohta



*Täysi-ikäisten* kuultavien osalta hyväksyttävänä perusteena tallennetun kertomuksen esittämiselle on pidetty ainakin laissa säädettyä kieltäytymisoikeutta ja kuultavan terveydentilaa. Aigner-tapauksessa oli kysymys raiskauksen yrityksen täysi-ikäisen asianomistajan kuulemisesta. Häntä oli kuulusteltu esitutkinnassa kaksi kertaa poliisin toimesta ja kerran tutkintatuomarin edessä siten, että paikalla olivat myös valittaja, tämän avustaja ja psykiatrian asiantuntija. Kuulustelu tallennettiin videolle ja sen päätyttyä valittajan avustaja oli ilmoittanut, ettei hänellä ollut enempää kysymyksiä. Oikeudenkäynnissä asianomistaja kieltäytyi todistamasta, mihin hänellä oli lain mukaan oikeus. EIT totesi varsin lyhyesti vaikenemisoikeuden olleen hyväksyttävä syy vastakuulustelumahdollisuuden rajoittumiselle. Puolustuksen pyynnöstä myös videotallenne yritettiin esittää, mutta tallenne osoittautui tyhjäksi. EIT katsoi kuitenkin kansallisten tuomioistuinten tavoin, ettei videotallenteen puuttumisella ollut ratkaisevaa merkitystä, koska kysymyksessä oli aikuinen kuultava.<sup>1254</sup>

Gani-tuomiossa oli samoin kysymys täysi-ikäisestä seksuaalirikoksen asianomistajasta, jota valittaja tai tämän avustaja eivät olleet vastakuulustelleet. Vastakuulustelu oli estynyt traumaperäisen stressihäiriön vuoksi. Esitutkintavaiheessa vastakuulustelu olisi ollut mahdollinen, koska valittajan avustaja oli kutsuttu tutkintatuomarin suorittamaan kuulemiseen. Hän oli kuitenkin jäänyt pois syytä ilmoittamatta. Tämä ei ollut asiassa EIT:n mukaan ratkaisevaa, vaan arvioitavaksi tuli se, olivatko viranomaiset ryhtyneet toimiin sen varmistamiseksi, että vastakuulustelumahdollisuus toteutuisi pääkäsittelyssä, missä sen normaalisti tulee toteutua. Tällaisia toimia olivat olleet lääkärintarkastus asianomistajan terveydentilan selvittämiseksi ja tuken henkilön määrääminen pääkäsittelyä varten. Kun asianomistaja oli murtunut syyttäjän kuulustelun aikana, oli tuomioistuimella vielä yrittänyt useita keinoja, jotta hän olisi voinut antaa lausuntonsa. Viranomaisten toimia pidettiin riittävän huolellisina ja esitutkintakertomusten lukemiselle oli perusteltu syy.<sup>1255</sup>

Vastakuulustelun tehokas ja tuloksellinen toteuttaminen edellyttää usein sitä, että epäillyllä on avustaja.<sup>1256</sup> Erityisesti jos kysymys on ETL 9:4:ssä tarkoitettuista kuultavista, voidaan olettaa vastakuulustelumahdollisuuden tarjoutuvan ainoastaan esitutkinnassa, jolloin sen merkitys vastaajan oikeusturvan kannalta on erityisen korostunut. Isgrò-tuomiossa vuodelta 1991 EIS 6 artiklaa ei kuitenkaan katsottu loukatun, vaikka valittajalla ei ollut ollut avustajaa esitutkinnassa. Riittävänä pidettiin, että valittaja itse saattoi esittää vastakuulustelukysymyksiä. Menettelyä pidettiin ilmeisesti tasapuolisena myös sen vuoksi, ettei syyttäjään ollut osallistunut kuulusteluun. Lisäksi EIT totesi, ettei kuulustelu ollut ainoa syytettyä tukeva todiste. Jo tuomion ikä antaa kuitenkin aiheen pohtia, onko ratkaisu enää voimassa olevan tulkintalinjan mukainen.<sup>1257</sup>

65) ja A.S. v. Finland, 28.9.2010 (kohta 66).

<sup>1254</sup> Aigner v. Austria, 10.5.2012 (erit. kohdat 39 ja 42).

<sup>1255</sup> Gani v. Spain, 19.2.2013 (erit. kohdat 44 ja 45).

<sup>1256</sup> Tapanila 2019a s. 155, Fredman 2018 s. 445.

<sup>1257</sup> Isgrò v. Italy, 19.2.1991 (erit. kohta 36). Vrt. esim. YK:n ihmisoikeuskomitean ratkaisu

Fredman on huomauttanut, että vastakuulustelun suorittamistapaan esitutkinnassa on kiinnitettävä huomiota, jos sillä on tarkoitus korvata kuuleminen pääkäsittelyssä. Esitutkinnassa olisikin sinänsä mahdollista suorittaa samanlainen vuorokuulustelu kuin pääkäsittelyssä. Fredman huomauttaa myös, että esitutkinta-aineiston asianosaisjulkisuudella on merkitystä vastakuulustelun tehokkuuden kannalta. Epäillylle olisi ennen asianomistajan kuulustelua annettava tiedoksi sellaiset esitutkinnassa ilmenneet seikat, joilla voi olla merkitystä asianomistajaa kuulusteltaessa. Vastakuulustelijalla tulisi siten olla tiedossaan kuultavan aikaisempien kertomusten mahdolliset ristiriitaisuudet tai se, jos joku todistaja on kertonut asiasta oleellisesti eri tavalla kuin asianomistaja.<sup>1258</sup>

Etenkään alaikäisen seksuaalirikoksen asianomistajan kuulemista ei kuitenkaan voitane järjestää pääkäsittelyä muistuttavalla tavalla. Lisäksi on periaatteessa aina mahdollista, että tutkinnan aikana ilmenee joitain seikkoja, jotka antaisivat puolustukselle aiheen esittää lisäkysymyksiä. Joka tapauksessa lienee perusteltua, että ETL 9:4:ssä tarkoitettu vastakuulustelumahdollisuus järjestetään lähellä esitutkinnan loppulausuntovaihetta tai sen yhteydessä, jolloin puolustus saisi käyttöönsä kaiken esitutkinta-aineiston ja vaara uusien seikkojen ilmenemisestä olisi vähäisempi.

Lakivaliokunta on todennut käytännössä olevan tavallista, että asianomistajalle esitettävien lisäkysymysten tarve täsmentyy oikeudenkäynnin aikana.<sup>1259</sup> Toisaalta lienee selvää, ettei vastaajalle olisi suotava tilaisuutta taktikoida siten, että jo kuulustelun aikana relevantteja kysymyksiä jätetään esittämättä ja myöhemmin vedotaan vastakuulustelumahdollisuuden puuttumiseen kertomuksen luotettavuuden riitauttamiseksi. Lisäkysymysten tarpeen täsmentymiselle tulisi olla pätevä syy eli lähinnä se, että rikosprosessin aikana ilmenee joitain uusia ja merkityksellisiä seikkoja. Jos sen sijaan on kysymys seikasta, jonka merkityksestä puolustuksen on täytynyt olla tietoinen jo esitutkintavaiheessa, olisi sitä koskevien kysymysten esittämättä jättäminen mielestäni katsottava yksiselitteiseksi luopumiseksi vastakuulusteluoikeudesta.<sup>1260</sup>

---

asiassa *Brown v. Jamaica*, 23.3.1999 (kohta 6.6), jossa KP-sopimuksen oikeutta avustajaan koskevaa 14 artiklan 3 kappaleen d kohtaa katsottiin loukatun, kun vastakuulustelu esitutkinnassa toteutettiin ilman avustajaa. Ks. myös Jackson – Summers 2012 s. 347–348.

<sup>1258</sup> Fredman 2018 s. 444.

<sup>1259</sup> LaVM 19/2014 vp s. 5.

<sup>1260</sup> Vrt. *Poletan and Azirovik v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, 12.5.2016 (kohta 87) ja *Bátek and Others v. the Czech Republic*, 12.1.2017 (kohta 57), joissa oli kysymys vastakuulustelusta luopumisesta pääkäsittelyssä.

### 9.3.3 Anonyymistä todistelusta päättäminen

Todistelu-uudistuksen eräs periaatteellisesti tärkeimpiä muutoksia oli anonyymia todistelua koskevien säännösten lisääminen. ROL 5:11 a.1:n legaalimääritelmän mukaan anonyymi todistelu tarkoittaa henkilön kuulemistä todistajana siten, ettei hänen henkilöllisyytensä eivätkä yhteystietonsa paljastu.<sup>1261</sup> Kyseiset tiedot eivät siten tule edes asianosaisjulkisiksi muutoin kuin anonymiteetin hakijalle, joka yleensä lienee syyttäjä. Tieto todistajan henkilöllisyydestä on varsin merkityksellinen arvioitaessa hänen kertomuksensa luotettavuutta. Sen salaaminen rajoittaa mahdollisuutta testata henkilötodistelua. Anonymiteetti voi kuitenkin joissain tapauksissa olla välttämätön keino todistajan ihmisoikeuksien suojaamiseksi ja rikoksen selvittämiseksi. Sääntelyssä onkin pyritty tasa-painottamaan nämä ristiriitaiset tavoitteet.<sup>1262</sup>

Anonyymien todistelun tarpeellisuutta oli pohdittu jo pitkään ennen todistelu-uudistusta. Esimerkiksi lakivaliokunta kiirehti todistajansuojelua koskevan lainsäädännön valmistelua vuonna 2000 poliisilakia koskenutta esitystä antamassaan lausunnossa. Lausunnon mukaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin toteuttaminen epäkonventionaalisia rikostutkintakeinoja käytettäessä olisi usein helpompaa, ”jos Suomessa – kuten monissa muissa maissa – olisi mahdollisuus käyttää anonyymia todistelua”.<sup>1263</sup> Vuonna 2004 asetettu oikeusministeriön ja sisäasiainministeriön työryhmä selvittikin erityisesti mahdollisuutta säätää peitetoiminnassa toimineen poliisimiehen anonyymistä kuulemisesta todistajana. Työryhmä kuitenkin ehdotti anonyymia todistelua koskevan säännösten soveltamista kaikkiin todistelutarkoituksessa kuultaviin henkilöihin eli todistajiin, asiantuntijoihin ja asianomistajaan.<sup>1264</sup> Mietintö ei edennyt lainsäädännöksi.

Anonyymistä todistelusta voidaan päättää jo esitutkintavaiheessa. Esitöiden mukaan tarkoituksena on, ettei anonyymia todistajaa tarvitsisi kuulla pääkäsittelyssä lainkaan, vaan kuulemalla häntä esitutkinnassa voitaisiin löytää riittävästi muita todisteita.<sup>1265</sup> Anonyymi todistelu on siten tarkoitettu hyödynnettäväksi välillisesti. EIT:n oikeuskäytännössä on vakiintuneesti katsottu, ettei oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus estä esimerkiksi nimettömien

<sup>1261</sup> Pölönen – Tapanila 2015 s. 395, Ervo 2008 s. 303, Maffei 2006 s. 47. Kuten Pölönen ja Tapanila huomauttavat, todistajan yhteystietojen salaamismahdollisuuden laki on tuntenut jo vanhastaan, joten olennainen muutos koskee nimenomaan henkilöllisyyden salaamista.

<sup>1262</sup> Ks. OMTR 2005:5 s. 37, Pölönen – Tapanila 2015 s. 395–396, Ervo 2008 s. 303–304. On esimerkiksi mahdollista, että viranomaiset eivät tule tietämään todistajan vanhasta kaunasta vastaa-jaa kohtaan, mutta vastaaja itse ymmärtäisi kiinnittää tähän huomiota, jos tietäisi todistajan henkilöllisyyden.

<sup>1263</sup> LaVL 7/2000 vp s. 7.

<sup>1264</sup> OMTR 2005:5, ks. erit. s. 9–10 ja 39.

<sup>1265</sup> HE 46/2014 vp s. 126.

tietolähteiden hyödyntämistä esituskintavaiheessa tällä tavoin. Eri asia on, jos anonyymejä lausuntoja käytetään tuomioistuimessa.<sup>1266</sup> Tähän ei kuitenkaan ole tarvetta, jos anonyymit vihjetiedot johtavat poliisin sellaisten reaali- tai henkilötodisteiden jäljille, jotka voidaan esittää oikeudenkäynnissä avoimesti ja joita puolustus voi testata kontradiktorisuuden edellyttämällä tavalla.

Poliisi saa vihjetietoja myös monilla muilla tavoilla kuin kuulusteluissa. Vihjeiden antajien henkilöllisyys ei välttämättä edes tule poliisin tietoon. Eräänlainen tosiasiallisen anonymiteetin muoto onkin OK 17:12.3:ssa säädetty todistamiskielto, joka saa sisältönsä PoL 7:1.1:ssa. Sen mukaan poliisi on lähtökohtaisesti velvollinen pitämään salassa luottamuksellisesti tietoja antaneen taikka valeostajana tai peitehenkilönä toimineen henkilöllisyyttä koskevan tiedon, jos tiedon ilmaiseminen vaarantaisi luottamuksellisesti tietoja antaneen tai valeostajana tai peitehenkilönä toimineen tai hänen läheistensä turvallisuuden. Toisaalta poliisi ei ole velvollinen ilmaisemaan hänelle hänen palvelussuhteensa aikana luottamuksellisesti tietoja antaneen henkilöllisyyttä koskevaa tietoa eikä salassa pidettäviä taktisia tai teknisiä menetelmiä (PoL 7:3.1).

Perustuslakivaliokunta lausui todistelu-uudistusta arvioidessaan, että anonyymiä todistelua koskevan sääntelyn valtiosääntöoikeudellisessa arvioinnissa huomio kiinnittyy myös siihen, onko ehdotettu sääntely linjassa EIT:n oikeuskäytännön kanssa.<sup>1267</sup> Erityisesti on otettava huomioon, että hieman jäljempänä tarkasteltava pääasiallisuudesta (luku 9.4.5) rajoittaa anonyymien todistelun hyödyntämistä. Anonymiteetti heikentää puolustuksen mahdollisuuksia tehokkaasti riitauttaa syyttäjän henkilötodistelun luotettavuus, koska puolustus ei voi kiinnittää huomiota kuultavan luotettavuuteen ja ominaisuuksiin. Päätettäessä anonymiteetistä on otettava huomioon pääasiallisuustestiin sisältyvä vaatimus siitä, että vastakuulustelu-oikeuden rajoittumiselle on hyväksyttävä peruste.<sup>1268</sup> Hallituksen esityksessä onkin korostettu, että anonyymi todistaminen on viime-sijainen keino suojella todistajaa.<sup>1269</sup>

<sup>1266</sup> Ks. esim. Kostovski v. the Netherlands [plenary], 20.11.1989 (kohta 44), Doorson v. the Netherlands, 26.3.1996 (kohta 69) ja Ramanaukas v. Lithuania [GC], 5.2.2008 (kohta 53).

<sup>1267</sup> PeVL 39/2014 vp s. 5. Ks. myös HE 46/2014 vp s. 129: ”Viime kädessä päätös anonymiteetistä tulee tehdä EIT:n käytäntö huomioon ottaen.”

<sup>1268</sup> Ks. Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 127), Pesukic v. Switzerland, 6.12.2012 (kohta 45) ja KKO 2016:88 (kohta 17) sekä oikeuskirjallisuudesta esim. Tapanila 2019a s. 215–220.

<sup>1269</sup> HE 46/2014 vp s. 159. Ks. myös Van Mechelen and Others v. the Netherlands, 23.4.1997 (kohta 56), missä lausutaan, että anonyymiin todisteluun tulisi turvautua ainoastaan erityisissä olosuhteissa (”in exceptional circumstances”). On huomattava, että asianosaisen henkilöllisyyttä ei voida salata, mutta sen sijaan anonyyminä todistajana voidaan kuulla epävarsinaista todistajaa eli asianomistajaa, jolla ei ole vaatimuksia, tai kanssaepäiltyä (HE 46/2014 vp s. 125). Jos roolit muuttuisivat eli asianomistaja päättäisikin esittää vaatimuksia, olisi anonymiteetti ilmeisesti pu-rettava. Tämä on yksi monista mahdollisista ongelmista, joihin uusi todistajakäsite voi johtaa.

ROL 5:11 a.1:ssa anonymiteetin myöntämiselle on asetettu kaksi edellytystä, joista kummankin tulee täytyä. Ensinnäkin kyseessä täytyy olla vakava rikos, jotta selvittämisen suuri suhteellinen painoarvo puoltaisi kontradiktorisuuden rajoittamista. Rikosepäily tai syytteen tulee koskea rikosta, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kahdeksan vuotta vankeutta, tai törkeää paritusta (RL 20:9 a) tai ihmiskauppaa (RL 25:3) tai tällaisen rikoksen yritystä tai osallisuutta tällaiseen rikokseen. Toiseksi edellytetään, että menettely on välttämättömän anonyymien todistajan tai läheisensä<sup>1270</sup> suojaamiseksi henkeen tai terveyteen kohdistuvalta vakavalta uhalta. Jälkimmäinen edellytys voidaan siten jakaa vielä kahteen osatekijään (välttämättömyys ja uhka). Jos tämäkin edellytys täyttyy, on todistajan oikeusturva toinen painava peruste anonymiteetin myöntämiselle.

Esitöissä on todettu, että uhan vakavuus tarkoittaisi sekä uhan laatua että sen todennäköisyyttä. Vakavana uhkana voitaisiin pitää lähinnä henkirikoksen tai sellaisen rikoksen uhriksi joutumista, joka aiheuttaa uhrille vakavan ruumiinvamman. Uhkaa ei kuitenkaan tulisi arvioida tiettyjen yksittäisten rikostunnusmerkistöjen kannalta. Pelkkä todistajan subjektiivinen pelko ei olisi riittävä peruste anonymiteetille, vaan uhka olisi arvioitava objektiivisesti. Uhkaa olisi arvioitava samoin kuin päätettäessä kuulemisjärjestelyistä OK 17:51:n mukaisesti. Pelkät mukavuussyyt eivät siten voi oikeuttaa anonymiteetin myöntämiseen. Toisaalta näyttökynnys ei saisi olla kohtuuttoman korkea, vaan kuultavan perusteltua ja uskottavaa kertomusta uhan olemassaolosta voitaisiin pitää riittävänä.<sup>1271</sup> Selvää lienee, että myös rikoksen laadulla on huomattava merkitys.

Toisaalta anonyymien todistelua voidaan pitää ensisijaisena menettelynä siihen verrattuna, että pelkäävän todistajan kuulemisen asemesta esitettäisiin ainoastaan testaamaton esitutkintakertomus.<sup>1272</sup> Käytännössä pelkäävä todistaja saattaisi usein kieltäytyä antamasta kertomusta, jos hänen ei sallittaisi todistaa anonyymisti. *De lege ferenda* pitäisikin tärkeänä, että ainakin maallikkotodistajien osalta anonymiteetin myöntämisen kynnystä ei nostettaisi kohtuuttoman korkeaksi. Erityisesti järjestäytyneen rikollisuuden tehokas hillitseminen voi edellyttää todistajan suojelemista nykyistä laajemmin. Pidän selvänä, että jo tietoisuus vastaajan kuulumisesta rikollisjärjestöön on omiaan tekemään todistamisesta hyvin epämiellyttävää niin keskivertokansalaiselle kuin pikkurikollisellekin. Lakivaliokunta onkin todistelu-uudistuksen yhteydessä jättänyt oven auki anonymiteetin laajentamiselle.<sup>1273</sup>

<sup>1270</sup> Läheisyys on määritelty viittaamalla OK 17:17.1:in, joten läheiseksi katsotaan anonyymien todistajan nykyinen tai entinen aviopuoliso tai nykyinen avopuoliso, sisarus, sukulainen suoraan ylenevässä tai alenevassa polvessa tai se, jolla on vastaavanlainen parisuhteeseen tai sukulaisuuteen rinnastuva läheinen suhde todistajaan.

<sup>1271</sup> HE 46/2014 vp s. 129 ja siellä viitattu HE 190/2002 vp s. 27–28, Pölönen – Tapanila 2015 s. 403–404, Jokela 2018 s. 591.

<sup>1272</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 125).

<sup>1273</sup> LaVM 19/2014 vp s. 10, Jokela 2018 s. 594.

EIT on todennut suuren jaoston tuomiossa Al-Khawaja ja Tahery, että todistajan kokemus uhka perustuu harvemmin vastaajan tai tämän puolesta toimivien tahojen suoranaisiin uhkauksiin, vaan yleensä kysymys on vastaajan yleisestä pahamaaineisuudesta, kuten rikollisjärjestön jäsenyydestä. Suoranaisia uhkauksia ei toisaalta tulekaan edellyttää. Huomioon voidaan ottaa paitsi henkeen ja terveyteen kohdistuva uhka myös taloudellisen menetyksen uhka<sup>1274</sup>. Mikä tahansa subjektiivinen pelon kokemus ei kuitenkaan muodosta hyväksyttävää perustetta rajoittaa vastakuulustelu-oikeutta myöntämällä anonymiteettiä. Asiaa käsittelevän tuomioistuimen tulee arvioida ensinnäkin, onko todistajan pelolle olemassa objektiiviset perusteet, ja toiseksi, onko kyseisten perusteiden tueksi riittävästi näyttöä.<sup>1275</sup> Anonymiteettiä koskee siten erityinen perusteluvelvollisuus.

Riittävät perusteet eivät olleet käsillä esimerkiksi Krasniki-tapauksessa. Siinä yksi todistaja oli perustellut anonymiteettiä esitutkinnassa sen vuoksi, että hänellä oli huumevelkoja. Kysyttäessä, oliko häntä koskaan uhkailtu velkojien taholta, todistaja oli kertonut erään jugoslaavin pahoinpidelleen hänet ja että muitakin vastaavia tapauksia oli ollut. Toinen anonymi todistaja oli kertonut, että jugoslaavit olivat äkkipikaisia ihmisiä ja että he olivat uhkailleet häntä ja että hän pelkäsi myös perheensä turvallisuuden puolesta. EIT arvioi kansallisten viranomaisten ottaneen huomioon, että huumauserikolliset usein uhkaavat väkivallalla tai käyttävät väkivaltaa heitä vastaan esiintyviä todistajia kohtaan. Pelon aiheellisuutta olisi kuitenkin tullut perustella tarkemmin. Edes tuomioistuin ei ollut selvittänyt, oliko anonymiteetin myöntämiselle riittävät perusteet. Koska syyksilukeminen perustui ratkaisevasti anonymiin todisteluun, EIS 6 artiklaa oli loukattu.<sup>1276</sup>

Tapauksen keskeinen ongelma näyttää olleen se, etteivät kansalliset viranomaiset olleet riittävästi perustelleet anonymiteetin myöntämistä. Kuten Al-Khawaja ja Tahery -tuomiossa on lausuttu, EIT on sinänsä hyväksynyt verrattain yleisluontoisenkin arvion uhan olemassaolosta hyväksyttäväksi perusteeksi.<sup>1277</sup> Esimerkiksi Doorson-tuomiossa hyväksyttiin kansallisen tuomioistuimen poliisiraportteihin perustunut arvio, jonka mukaan oli olemassa todellinen mahdollisuus (a real possibility), että huumekauppiat uhkailisivat todistajia.<sup>1278</sup> Myös Pesukic-tuomiossa arvio perustui lähinnä uhkaaviin olosuhteisiin, joskin siinä todistaja oli uskottavasti kertonut koston vaarasta ja vakavuudesta. Lisäksi muut asiassa esiintyneet todistajat olivat olleet erityisen pelokkaita esittäessään vastaajan syyllisyyttä koskevia lausuntoja.<sup>1279</sup>

<sup>1274</sup> ROL 5:11 a.1:n 2 kohdan mukaan tämä ei ole mahdollista. Ks. myös HE 46/2014 vp s. 128.

<sup>1275</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 124). Ks. myös Jokela 2018 s. 591, Pölönen – Tapanila 2015 s. 398 ja 400, Jackson – Summers 2012 s. 351–352, Maffei 2006 s. 85–86 ja Ervo 2008 s. 304.

<sup>1276</sup> Krasniki v. the Czech Republic, 28.2.2006 (erit. kohdat 80–84). *Samoin Visser v. the Netherlands*, 14.2.2002 (kohdat 47, 48 ja 50).

<sup>1277</sup> *Samoin Pölönen – Tapanila* 2015 s. 404.

<sup>1278</sup> *Doorson v. the Netherlands*, 26.3.1996 (kohdat 28 ja 71). Ks. myös Maffei 2006 s. 85–86, missä katsotaan, että perusteet olivat riittämättömät.

<sup>1279</sup> *Pesukic v. Switzerland*, 6.12.2012 (kohdat 12, 13 ja 46).

Vuoden 2005 työryhmämietinnössä luetellaan esimerkkejä henkilöryhmistä, jotka saattaisivat erityisesti tulla kuultavina uhatuiksi. Ensimmäisenä ryhmänä mainitaan rikoskumppanit ja samaan rikollisryhmään kuuluvat henkilöt, joiden epäillään ryhtyneen yhteistyöhön viranomaisten kanssa (ns. vasikat). Toiseksi poliisit, jotka ovat osallistuneet peitetoimintaan tai valeostoihin, olisivat todennäköisesti uhattu ryhmä. Kolmanneksi kuultavien uhkailua tunnistettiin tapahtuvan perheväkivaltatapauksissa teon tutkinnan estämiseksi. Neljäntenä pelkäävien todistajien ryhmänä mainitaan satunnaiset todistajat. Mietinnössä kuitenkin korostetaan EIT:n oikeuskäytännön suuntaisesti, että todistaja pelko on pidettävä erillään häneen kohdistuvasta uhasta. Satunnaiseen todistajaan ei välttämättä kohdistu mitään todellista uhkaa, vaikka kysymys olisi esimerkiksi järjestäytyneestä rikollisuudesta.<sup>1280</sup>

Konkreettisen uhan lisäksi edellytetään, että sen poistamiseksi on välttämätöntä myöntää todistajalle anonymiteetti. Välttämättömyysedellytys ei täyty, jos jokin vähemmän kontradiktorisuutta rajoittava todistajansuojelukeino on riittävä. Esimerkkeinä voidaan mainita erilaiset kuulemisjärjestelyt, kuten kuuleminen näkösuojan takaa tai vastaajan läsnä olematta (OK 17:51). Toisaalta anonymiteetistä ei olisi hyötyä, jos todistajan henkilöllisyys todennäköisesti paljastuisi kertomuksen sisällön, todistajan aseman tai hänen henkilöönsä liittyvän erityispiirteen vuoksi, vaikka häntä kuultaisiin nimettömästi. Anonymiteetistä ei tällöin olisi hyötyä todistajalle, eikä välttämättömyysedellytys kuvatussa tilanteessa täytyisi.<sup>1281</sup> Satunnaisen todistajan osalta tällainen vaara on pienin, mikä puoltaisi anonymiteetin myöntämistä heille.<sup>1282</sup>

Kuten todettu, vuonna 2004 asetetun työryhmän tavoitteena oli selvittää erityisesti sitä, voidaanko *peitepoliiseja* suojata anonymiteetillä. Suojan tarve saattaisi tällöin perustua paitsi konkreettiseen uhkaan peitepoliisia tai tämän perhettä kohtaan myös pelkästään siihen puhtaasti rikostutkinnalliseen intressiin, että peitepoliisi voisi jatkaa tiedonhankintaa paljastumatta. Tällaista perustetta lakiin ei kuitenkaan säädetty EIT:n oikeuskäytäntöön viitaten. Erityisesti Van Mechelen -tuomioon viitaten pidettiin kyseenalaisena, että edellytykset anonymiteetin myöntämiseen poliisimiehelle olisivat lievemmat kuin sivullisen kohdalla. Siten myös poliisille voidaan myöntää anonymiteetti, mutta ainoastaan samoin edellytyksin kuin muillekin todistajille.<sup>1283</sup> Perustuslakivaliokunta piti tulkintaa oikeana.<sup>1284</sup>

<sup>1280</sup> OMTR 2005:5 s. 35–36. Ks. myös HE 46/2014 vp s. 22–23.

<sup>1281</sup> HE 46/2014 vp s. 128–129, Pölönen – Tapanila 2015 s. 395 ja 404–405. Ks. myös HE 46/2014 vp s. 16–17, missä luetellaan vaihtoehtoisia todistajansuojelukeinoja.

<sup>1282</sup> OMTR 2005:5 s. 35–36.

<sup>1283</sup> HE 46/2014 vp s. 125.

<sup>1284</sup> PeVL 39/2014 vp s. 6.

Van Mechelen -tuomion mukaan puolustuksen tarpeiden ja todistajien anonymiteetin säilyttämistä puoltavien perusteiden tasapainottaminen oli erityisen ongelmallista, kun todistajat ovat poliiseja. Poliiseilla on erityisiä velvoitteita valtion viranomaisia kohtaan. Sen vuoksi poliisitodistajien anonymiteetti voidaan sallia vain poikkeuksellisissa olosuhteissa. Lisäksi poliisin virkavelvollisuuksiin saattaa kuulua julkisessa oikeudenkäynnissä todistaminen. Toisaalta EIT hyväksyi periaatteessa tarpeen suojata peitepoliisin käytettävyyttä myöhemmissä operaatioissa. Poliisit antoivat lausuntonsa tutkintatuomarille ilman, että vastaajan tai edes tämän avustajan sallittiin olla läsnä. Puolustus saattoi seurata kuulemista ainoastaan äänilyhdydellä. Näin laajoja kontradiktorisuuden rajoituksia pidettiin liiallisina eivätkä kansalliset viranomaiset olleet perustelleet niitä riittävästi. EIT huomautti myös, että eräs siviilihenkilö todisti asiassa omalla nimellään. Kun kysymys oli lisäksi vastaajien tunnistamisen osalta ainoasta näytöstä, EIS 6 artiklaa katsottiin loukatun.<sup>1285</sup>

Suomalaisessa tapauksessa KKO 2016:88 katsottiin, ettei alankomaalaisiin peitepoliiseihin tai heidän läheisiinsä kohdistuneesta uhasta ollut esitetty mitään objektiivista selvitystä. Hieman samoin kuin Van Mechelen -tapauksessa asiassa oli kuultu todistajia myös heidän omalla nimellään ilman, että heidän osalta olisi edes vaadittu anonymiteettiä tai esitetty kenenkään heistä joutuneen alttiiksi henkeen tai terveyteen kohdistuvalle uhalle kyseisen rikosasian johdosta. Yhteenvetona KKO totesi, että anonymiteetin myöntämistä ei varsinkaan poliisitodistajien osalta voida perustaa pelkästään rikoksen laatuun ja tietoihin todistajien virka-asemasta ja siitä, että rikollisjärjestölle on aiheutunut vahinkoa rikoksen paljastumisen johdosta.<sup>1286</sup> Sitä, että todistajien mahdollisuudet toimia ammatissaan jatkossa vaarantuisivat, jos he todistaisivat henkilöllisyytensä ilmaisten, ei ole Suomessa säädetty perusteeksi anonymille todistelulle. Anonymiteettiä koskenut hakemus hylättiin.

Eräissä EIT:n ratkaisuissa on toisaalta suhtauduttu sallivammin siihen, että peitepoliisin ”käyttökelpoisuus” muodostaisi perusteen anonymiteetille. Lüdi-tuomion perusteluista on pääteltävissä, että tällaista tarvetta pidettiin hyväksyttävänä (legitimate).<sup>1287</sup> Bátek-tapauksessa anonymiteettiä oli perusteltu ainoastaan sillä, että henkilöllisyyden paljastaminen vaarantaisi myöhemmät peiteoperaatiot. EIT ilmaisi ymmärtävänsä poliisin kohtaamia vaikeuksia todisteiden hankkimisessa. Se katsoikin, että korruption vastustaminen on epäilyksettä julkisen intressin mukaista ja että peitepoliisien henkilöllisyyden salaaminen tällaisten rikosten tutkimiseksi on hyväksyttävä peruste anonymiteetille.<sup>1288</sup>

Anonymiteetin myöntämistä koskeva tuomioistuinkäsittely ei ilmeisistä syistä voi olla avoin ja kontradiktorinen. Menettelystä säädetään ROL 5:11 a–11 e:ssä.

<sup>1285</sup> Van Mechelen and Others v. the Netherlands, 23.4.1997 (erit. kohdat 56–63).

<sup>1286</sup> Tapanila katsoo KKO:n tulkinneen, että anonymi todistaminen on lähtökohtaisesti mahdollista myös poliisitodistajan osalta. Lisäksi hän arvioi, että muun kuin poliisitodistajan osalta anonymiteetin myöntämisen kriteerejä olisi kenties arvioitu toisin (Tapanila 2017 s. 725–727).

<sup>1287</sup> Lüdi v. Switzerland, 15.6.1992 (kohta 49 *in fine*).

<sup>1288</sup> Bátek and Others v. the Czech Republic, 12.1.2017 (kohdat 46 ja 47).



Kontradiktorisuuden lisäämiseksi tuomioistuimen on myös viipymättä määrättävä julkinen asiamies valvomaan epäillyn tai vastaajan etua, jollei tämä itse ole esittänyt vaatimusta anonyymistä todistelusta. Muulla kuin syyttäjällä ja anonyymiä todistelua vaatineella epäillyllä tai vastaajalla taikka julkisella asiamiehellä ei ole oikeutta olla läsnä asian käsittelyssä eikä päätöstä julistettaessa. Sitä, jota vaaditaan kuultavaksi anonyymisti, voidaan kuitenkin kuulla. Tuomioistuin voi myös kuulla muuta henkilöä kuin epäiltyä tai vastaajaa, joka ei ole vaatinut anonyymiä todistelua, jos se on asian selvittämiseksi tarpeen eikä kuuleminen vaaranna käsittelyn tarkoituksen toteutumista (ROL 5:11 c).<sup>1289</sup>

Julkisen asiamiehen määrääminen ei tietenkään johda täysin kontradiktoriaiseen menettelyyn, mutta lisää kuitenkin menettelyn kontradiktoriaisuutta niissä rajoissa, joissa se on mahdollista. Anonymiteetin myöntämistä koskevan vaatimuksen käsittelyssä epäillyn edustajana toimivan julkisen asiamiehen tehtävänä on erityisesti tarvittaessa riitauttaa anonymiteetin edellytysten riittävyys. Hallituksen esityksessä pohdittiin järjestelyä, jossa todistajan henkilöllisyys olisi paljastettu vastaajan avustajalle, mutta tämä olisi sallassapitovelvollinen suhteessa päämieheensä. Tällaista järjestelyä pidettiin perustellusti ongelmallisena sekä avustajan että todistajan aseman kannalta.<sup>1290</sup> Julkisen asiamiehen määräämistä on pidetty EIT:n oikeuskäytännössä soveltuvana menettelynä tilanteissa, joissa puolustukselle ei voida paljastaa kaikkea oikeudenkäyntiaineistoa.<sup>1291</sup>

Julkinen asiamies tulee PKL 10:44:n mukaisesti määrätä myös asuntokuuntelua koskevan vaatimuksen käsittelyyn valvomaan rikoksesta epäillyn ja muiden kuuntelun kohteeksi mahdollisesti joutuvien etuja. Erityistä kotietsintää varten PKL 8:7:n mukaisesti määrättävä etsintävaltuutettu valvoo pitkälti samankaltaisesti etsinnän kohteen etuja.

## 9.4 ESITTÄMISVAIHE

Kontradiktoriainen periaate oikeudenkäyntivaiheessa ilmenee esimerkiksi OK 17:1.1:sta, jonka mukaan asianosaisella on oikeus esittää haluamansa näyttö asian tutkivalle tuomioistuimelle sekä lausua jokaisesta tuomioistuimessa esitetystä todisteesta, jollei laissa toisin säädetä. Säännöksen kirjoitusasu on si-

<sup>1289</sup> Ks. menettelystä anonymiteetin myöntämisessä myös Pölonen – Tapanila 2015 s. 406–412 sekä käytännön järjestelyistä myös Tapanila 2017 s. 723–724.

<sup>1290</sup> HE 46/2014 vp s. 131. Norjan StrPL 130 a §:n mukaan puolustajalle on lähtökohtaisesti paljastettava anonyymien todistajan henkilöllisyys, mutta hän voi kieltäytyä tästä (ks. myös OMTR 2005:5 s. 18–19, missä todetaan, että tuolloin anonyymiä todistelua oli tietyvästi vaadittu vain yhdessä tapauksessa, mutta sitä ei sallittu).

<sup>1291</sup> Ks. erit. maahanmuuttoasioita koskenut *Chahal v. the United Kingdom* [GC], 15.11.1996 (kohta 144).

käli kritiikille altis, ettei tietääkseni mikään säännös estä eikä voisikaan esittää asianosaista lausumasta esitetyistä todisteista. Viimeinen lause sopisi siten parhaiten kahden ensimmäisen väliin. Kuten todettu, realitodisteiden osalta testaamismahdollisuus rajoittuu lainkohdassa tarkoitettuun kommentointiin eli lausumiseen todisteen merkityksestä. Vastakuulustelu oikeudesta säädetään OK 17:48:ssä. Lisäksi puolustus saa tietenkin lausua näkemyksensä myös henkilötodistelusta, mikä kuuluu loppulausuntoon.

### 9.4.1 Oikeudenkäyntiaineiston asianosaisjulkisuus

Edellä (luku 9.3.1) esitutkinta-aineiston salaamisen aiheuttamista ongelmista sanottu pätee myös oikeudenkäyntiaineistoon, joskin nyt puolustuksen intressiä voidaan pitää suhteellisesti korostuneena. Kun esitutkinta on saatettu päätökseen, ei asianosaisjulkisuuden rajoittamiseksi voida vedota siihen vaaraan, että rikoksen selvittämistä pyrittäisiin haittaamaan. Periaatteessa vastaajalle epäedullisen aineiston käyttämättä jättäminen ei olisi puolustuksen kannalta ongelmallista, mutta sellaisen esittäminen yksipuolisesti tuomioistuimelle esittäisi todistelun testaamisen. Nytkin voidaan kuitenkin huomauttaa, että asianosaisjulkisuuden rajoituksista aiheutuu aina riski siitä, ettei puolustus saa tietää kaikkea asiassa potentiaalisesti relevanttia aineistoa. Kontradiktorisuus ei toteudu myöskään, jos viranomaiset yksin arvioivat sitä, onko aineisto vastaajan kannalta edullista vai epäedullista.<sup>1292</sup>

Oikeudenkäyntiaineiston julkisuus määräytyy YTJulkL:n mukaisesti. Lain systematiikassa oikeudenkäynnin julkisuus on jaettu diaarijulkisuuteen, oikeudenkäyntiasiakirjojen julkisuuteen, käsittelyjulkisuuteen ja ratkaisun julkisuuteen. Todistelun osalta merkityksellisiä ovat oikeudenkäyntiasiakirjojen ja käsittelyn julkisuus. YTJulkL 12 §:n mukaan oikeudenkäyntiasiakirjojen osalta asianosaisjulkisuutta voidaan rajoittaa ainoastaan hyvin poikkeuksellisesti. Esimerkiksi rikoksesta ilmoittaneen henkilön yhteystiedot tai tieto asianomistajan pyynnöstä saada tieto vangin vapauttamisesta eivät ole millään tavalla merkityksellisiä vastaajan oikeusturvan kannalta, mutta salaamisella voidaan suojata kyseisten henkilöiden oikeuksia.<sup>1293</sup> Kaikki syyttäjän todisteiksi nimeämät asiakirjat sen sijaan ovat asianosaisjulkisia.

Toisin kuin ETL:ssa, YTJulkL:ssa ei mahdollisteta edes tilapäisiä rajoituksia todistelun osalta, kuten oikeudenkäyntiasiakirjojen asianosaisjulkiseksi tuleminen lykkäämistä. Salaisia todisteita ei siten voida esittää. Puolustus saattaa kuitenkin olla – perustellusti tai perusteetta – siinä käsityksessä, että syyttäjä tai poliisi ovat salanneet jotain puolustuksen kannalta merkityksellistä aineistoa.

<sup>1292</sup> Tapanila 2019a s. 33, 46–47 ja 56–57.

<sup>1293</sup> Ks. Ervo 2008 s. 279 ja Tapanila 2019a s. 49.

Jos tällaista aineistoa on olemassa, mutta se *ei tule osaksi oikeudenkäyntiaineistoa*, puolustuksen oikeusturva vaarantuisi. Juuri tällaisessa tilanteessa on käsillä vaara ”varjonyrkkeilystä”. Puolustuksen jäädessä epätietoiseksi tutkimuksessa käytetyistä menetelmistä ja niiden tuottamista tuloksista on käytännössä mahdotonta esittää väitteitä esimerkiksi menetelmien laillisuudesta tai vedota sellaisiin tietoihin, jotka voisivat olla puolustukselle edullisia.<sup>1294</sup>

EIT:n Suomea koskeneessa tapauksessa V. vuodelta 2007 valittaja ei ollut lukuisista pyynnöistä huolimatta saanut käyttöönsä televalvontatietoja, jotka hänen mukaansa olisivat voineet osoittaa, että kysymys oli rikosprovokaatiosta. Valittaja väitti, että hänelle soittanut ja huumausainetta tilannut henkilö oli puhelinsoiton aikaan vapautensa menettäneenä ja toimi poliisin ohjaamana. EIT totesi, ettei se voinut arvioida rikosprovokaatiövaihetta, vaan ainoastaan sitä, oliko tiedonsaantioikeus toteutunut oikeudenmukaisesti. EIT totesi poliisin aluksi salanseen niin valittajalta, syyttäjältä kuin tuomioistuimiltakin sen seikan, että soittaja oli ollut poliisin hallussa. Lisäksi poliisi oli pyrkinyt estämään valittajan yritykset selvittää poliisin osallisuutta asiaan. Poliisin katsottiin myös johtaneen käräjäoikeutta harhaan. Kritiikki on poikkeuksellisen voimakasta. Lopputuloksena EIS 6 artiklaa katsottiin loukatun, koska puolustus ei ollut saanut riittävästi tietoja ja mahdollisuutta osallistua päätöksentekoprosessiin kontradiktorisen periaatteen edellyttämällä tavalla.<sup>1295</sup>

Epäkonventionaalisten tutkimusmenetelmien käyttöön liittyy myös PoL 7:4:n säännös, jonka mukaan tuomioistuin voi määrätä ilmaistavaksi lähtökohtaisesti salassa pidettävän tiedon luottamuksellisesti tietoja antaneesta henkilöstä, valeostajasta tai peitehenkilöstä, jos ilmoittamatta jättäminen voisi loukata asianosaisen oikeutta puolustautua asianmukaisesti tai muuten asianmukaisesti valvoa oikeuttaan oikeudenkäynnissä. Edellytyksenä on lisäksi, että syyttäjä ajaa syytettä rikoksesta, josta säädetty ankarin rangaistus on vähintään kuusi vuotta vankeutta, tai sellaisen rikoksen yrityksestä tai osallisuudesta siihen. Luottamuksellisesti tietoja antaneen henkilön tai valeostajana tai peitetöiminnassa toimineen henkilöllisyyttä ei tällöinkään saa määrätä ilmaistavaksi, jos siitä ilmeisesti aiheutuisi vakavaa vaaraa hänen tai hänen läheistensä turvallisuudelle. Säännöstä vastaa OK 17:12.3:n todistamiskielto.

EIT:n ja tiedonsaantioikeusdirektiivin edellyttämä mahdollisuus salassapito-perusteen saattamisesta oikeusviranomaisen arvioitavaksi toteutuu paitsi hallintotuomioistuimeen tehtävällä valituksella myös tilanteessa, jossa asianosainen vaatii aineistoa viranomaiselta editiolla (OK 17:40). Esitöissä linjataan kuitenkin perustellusti, että editio on toissijainen menettelytapa ja että ensi-

<sup>1294</sup> Ks. Tapanila 2019a s. 56–64.

<sup>1295</sup> V. v. Finland, 24.4.2007. Ks. myös OMTR 2005:5 s. 9: ”Vastaajan kannalta tiedolla peitetöiminnasta on merkitystä erityisesti tilanteessa, jossa epäillään olevan kyse rikosprovokaatiosta. Tällöin puolustuksen järjestäminen edellyttäisi, että vastaaja saa tietoonsa sen, onko tapauksessa käytetty peitetöimintaa.”

sijaisesti asiakirjaa tulisi pyytää viranomaiselta.<sup>1296</sup> Editiopyynnön tekeminen ei välttämättä tule kysymykseen, jos aineistosta ei ole saatu lainkaan tietoa. Asianosaisen voi myös olla mahdotonta osoittaa aineiston merkitys, jos hän ei ole tietoinen sen sisällöstä. Toisaalta vastaajan voidaan edellyttää esittävän yksilöidyn synn tiedonsaantivaatimuksensa tueksi. Vastaajan puolustuksen kannalta perustelematonta tai kohteeltaan epäselvää vaatimusta ei siten ole välttämätöntä hyväksyä.<sup>1297</sup>

Tapauksessa KKO 2011:27 oli kysymys murhatutkintaan liittyneestä peite-toiminnasta laadituista asiakirjoista. Vastaaja oli saanut tietää syyteasiaa koskeneessa käräjäoikeuden pääkäsitellyssä, että häneen oli kohdistettu peite-toimintaa, minkä keskusrikospoliisi (KRP) oli ilmoittanut myös julkisesti. KRP:n edustaja myönsi peite-toimintaa käytetyn, mutta kieltäytyi paljastamasta sitä koskevaa pöytäkirjaa, koska se sisälsi ainakin osaksi salassa pidettäviä poliisin taktisia ja teknisiä menetelmiä, joita koskeva osuus ei ollut erotettavissa asiasisällöstä. Lisäksi edustajan kertoman mukaan peite-toiminnassa ei ollut tullut esiin seikkoja, jotka olisivat olleet syytteessä todettua tapahtumainkulkua tukevia tai sitä vastaan puhuvia. Käräjäoikeus hylkäsi asiakirjojen esittämistä koskevan pyynnön.

Hovioikeudessa pyyntö laajennettiin koskemaan muutakin asiakirja-aineistoa. Hovioikeus kiinnitti huomiota EIT:n oikeuskäytäntöön ja katsoi, että menettely, jossa poliisi arvioi salassa pidetyn tiedon potentiaalista relevanssia, ei ole riittävän kontradiktorinen. Puolustus ei ollut vaatinut saada tietoa peitepoliisin henkilöllisyydestä tai poliisin taktisista ja teknisistä menetelmistä, vaan siitä, mitä hänen ja peite-toiminnan suorittaneen poliisimiehen välisessä kanssakäymisessä oli tullut ilmi. KRP veloitettiin suorittamaan peite-toimintaa koskevista pöytäkirjasta ja raportista sellaiset otteet, joihin ei sisältynyt tietoa peite-toiminnan suorittaneen henkilöllisyydestä eikä tietoa salassa pidettävistä taktisista ja teknisistä menetelmistä. Kaikilta muilta osin otteisiin oli sisällytettävä asiakirjoissa olevat tiedot.

OK 17:38.2:n mukaan realitodisteita voidaan esittää tai hankkia siitä huolimatta, että asiakirjasta taikka esineestä tai muusta katselmuskohteesta ilmenee salassa pidettävää tai vaitiolo-oikeuden alaista tietoa, jos todistetta voidaan

<sup>1296</sup> HE 46/2014 vp s. 101. VOK 17:12:n säännöksen mukaan riitti, että asiakirjalla ”voidaan olettaa olevan merkitystä todisteena asiassa”. Nykyisen säännöksen sanamuoto ”voi olla merkitystä näyttönä” vaikuttaa tässä suhteessa nostaneen kynnystä, mutta esitöiden mukaan tämä ei ole ollut tarkoitus (HE 46/2014 vp s. 101). Potentiaalisen relevanssin kynnys on siten matala myös editio-säännöstä tulkittaessa.

<sup>1297</sup> KKO 2011:27 (kohta 37). KKO totesi, että EIT:n ratkaisujen mukaan vastaajan voidaan edellyttää esittävän yksilöidyn synn tiedonsaantivaatimuksensa tueksi, mutta tämä lausuma ei niinkään viittaa asiakirjojen paljastamiseksi vaadittaviin erityisen painaviin syihin, vaan siihen, ettei vaatimusta, joka on vastaajan puolustuksen kannalta perustelematon tai kohteeltaan epäselvä, ole välttämätöntä hyväksyä. EIT on kuitenkin vahvistanut esimerkiksi tuoreessa Rook-tuomiossa, että kansallisessa lainsäädännössä voidaan edellyttää vastaajan esittävän perustellut syyt todisteen paljastamiselle (Rook v. Germany, 25.7.2019, kohta 59).

ilman kohtuutonta haittaa käsitellä niin, ettei tällainen tieto tule ilmi. Esimerkiksi asiakirjasta voidaan siten peittää salatut kohdat. Tuomioistuin voi määrätä salaamisesta tarkemmin, esimerkiksi niin, että salattujen osien pituus ja sijainti ilmenevät edelleen todisteesta. KKO on kuitenkin ratkaisussa 2011:27 todennut, ettei tuomioistuimen ole mahdollista ainakaan ilman asianosaisten nimenomaista suostumusta ratkaista todisteen salassapitoa siten, että se tutustuisi asiakirjojen sisältöön.<sup>1298</sup> EIT:n oikeuskäytännössä tällaista menettelyä on pidetty jopa suotavana – ainakin valamiesoikeudenkäynnissä.

Jasper-tapauksessa<sup>1299</sup> valittajaa syytettiin huumausaineiden maahantuonnista hänen jäätyään kiinni varastosta suuren huumausainemäärän sisältäneen rekan kanssa. Hieman ennen oikeudenkäyntiä syyttäjä oli esittänyt tuomioistuimelle ilman puolustuksen läsnäoloa käsiteltävän (*ex parte*) pyynnön määrätä salaiseksi syyttäjällä olevaa aineistoa painavan julkisen intressin (*public interest immunity*)<sup>1300</sup> perusteella. Puolustukselle ilmoitettiin tällaisen pyynnön esittämisestä, mutta ei sitä, minkä tyyppistä aineistoa se koski. Sen sijaan puolustuksen sallittiin esittää keskeiset väitteensä, jotta niitä tukevat todisteet voitaisiin tarvittaessa paljastaa. Tuomari tutki aineiston syyttäjän pyynnön ja puolustuksen väitteiden perusteella ja määräsi sen pidettäväksi salassa. Myös päätöksen perustelut olivat salaiset. Aineistoa ei toisaalta käytetty syytteen tukena eikä paljastettu myöskään valamiehistöille. Muutoksenhakutuomioistuin pysytti alioikeuden salassapitoratkaisun.

EIT totesi periaatteellisena lähtökohtana, että oikeus tiedonsaantiin ei ole ehdoton, vaan sitä vastaan voidaan joutua punnitsemaan sellaisia kilpailevia intressejä kuin kansallinen turvallisuus, todistajien suojelu tai poliisin tutkintamenetelmien salassapito. Joissain tapauksissa voi siten olla välttämätöntä salata puolustukselta tiettyjä todisteita muiden ihmisoikeuksien tai julkisen edun suojaamiseksi. Tällaisia rajoituksia täytyy kuitenkin tasapainottaa mahdollisimman kontradiktorisella menettelyllä, jossa otetaan huomioon puolustuksen etu. Subsidiariteettiperiaatteesta ja tietojen salaamisesta johtuen EIT ei ottanut kantaa salassapidon perusteeseen sinänsä. Ratkaisun mukaan puolustuksen sallittiin tietää ja osallistua salassapitopyynnön käsittelyyn niin laajasti kuin oli mahdollista paljastamatta tietoja. Salaista aineistoa ei ollut käytetty oikeudenkäynnissä. Tärkeä menettelyllinen oikeusturvan tausta oli myös se, että asiaa käsitellyt tuomari oli tietoinen salaisesta aineistosta ja pystyi jatkuvasti arvioimaan sitä, olisiko tietoja joltain osin paljastettava. Menettely oli siten riittävän kontradiktorinen eikä EIS 6 artiklaa ollut loukattu.

Samana päivänä Jasper-tuomion kanssa EIT antoi suuren jaoston tuomion asiassa Rowe ja Davis.<sup>1301</sup> Siinä oli kysymys murhasta ja väkivaltaisista ryöstöistä, joista vastaajat tuomittiin alioikeudessa. Muutoksenhakutuomioistuin antoi syyttäjän pyynnöstä salassapitomääräyksen ja lisäksi kieltäytyi paljas-

<sup>1298</sup> KKO 2011:27 (kohta 48).

<sup>1299</sup> Jasper v. the United Kingdom [GC], 16.2.2000.

<sup>1300</sup> Ks. salassapitoperusteesta Englannin oikeudessa esim. Choo 2015 s. 204–220.

<sup>1301</sup> Rowe and Davis v. the United Kingdom [GC], 16.2.2000.

tamasta puolustukselle, kenelle tai keille henkilöille tapauksen selvittämisestä luvattu palkkio oli suoritettu. Syyttäjä esitti tähän liittyvät asiakirjat tuomioistuimelle mutta ei puolustukselle. Puolustus saattoi kuitenkin vedota tietojen paljastamista puoltaviin seikkoihin. Viitattuaan samoihin oikeusperiaatteisiin kuin Jasper-tuomiossa EIT totesi syyttäjän salanneen aineistoa omasta aloitteestaan alioikeudessa, mikä ei täyttänyt kontradiktorisuuden vaatimuksia. Keskeinen ero Jasper-tapaukseen nähden oli myös se, että menettely muutoksenhakutuomioistuimessa oli kirjallista. EIT:n mukaan salattun aineiston tuntevan tuomarin valvontatehtävän kannalta oli tärkeää, että se tapahtui välittömässä menettelyssä. Koska menettelylliset oikeusturvatakeet eivät kompensoineet kontradiktorisuuspuutteita riittävästi, EIS 6 artiklaa oli loukattu.

Asiassa Edwards ja Lewis annettu EIT:n suuren jaoston tuomio vuodelta 2004<sup>1302</sup> antaa kuitenkin aiheen epäillä menettelyn soveltuvuutta järjestelmään, jossa näyttökysymyksen ratkaisee tuomari eikä erillinen valamiehistö. Ratkaisun oikeuslähdearvon kannalta huomionarvoista on, että Yhdistynyt kuningaskunta luopui vaatimasta asian käsittelyä suuressa jaostossa, mikä johti jaoston tuomion hyväksymiseen. Tapauksessa puolustus oli esittänyt rikosprovokaatioväitteen, jonka ratkaiseminen kuului valamiehistön asemesta lainoppineelle tuomarille. Englannissa omaksutun menettelyn mukaisesti syyttäjä paljasti tuomarille aineistoa, joka ei ollut asianosaisjulkista. EIT piti mahdollisena, että salattu aineisto oli vaikuttanut puheenjohtajan ratkaisuun hylätä väite rikosprovokaatiosta. Se sisälsi tietoja, jotka viittasivat toisen valittajan aikaisempaan osallisuuteen heroisiin salakuljetuksissa. Toista valittajaa koskeneen aineiston luonteesta ei ollut tietoa, mutta sama mahdollisuus todettiin hänen osaltaan.<sup>1303</sup> Tuomarin tietoisuus salatusta aineistosta oli nyt keskeinen peruste sille, että EIS 6 artiklaa katsottiin loukatun.

McKeown-tuomiossa<sup>1304</sup> EIT selosti omaa ratkaisukäytäntöään toteamalla, että syyteasiaa käsittelevän tuomarin asema on keskeinen ja – Edwards ja Lewis -tuomioon viitaten – että EIS 6 artiklan kannalta kaikissa tilanteissa ei riitä, että tuomari valvoo aineiston salassapidon tarpeellisuutta. Puolustuksen mukaan salassapito esti sitä ajamasta tehokkaasti rikosprovokaatioväitetä. Tapauksen tosiseikkoja olennaisempaa on mielestäni se, että EIT suhtautui myönteisesti Pohjois-Irlannissa käytettyyn menettelyyn, jossa aineiston salassapidosta päättää eri tuomari kuin syyteasiasta (disclosure judge, ”salassapitotuomari”). Salassapitotuomari oli ottanut ratkaisussaan huomioon puolustuksen keskeiset väitteet Jasper-tuomion tapaan. Syyteasiaa käsitellyt tuomari ei ollut ensin perehtynyt edes salassapitotuomarin ratkaisuun ja sen perusteluihin, mutta muutti kantaansa myöhemmin. Asiassa keskusteltiin myös mahdollisuudesta käyttää julkista asiamiestä vastaavaa tahoa, joka olisi valvonut salassapitotarvetta prosessin ajan. Sellaista ei kuitenkaan määrätty.

<sup>1302</sup> Edwards and Lewis v. the United Kingdom [GC], 27.10.2004 (erit. kohta 46, jossa siteerataan jaoston tuomiota).

<sup>1303</sup> Voidaan toisaalta huomauttaa, että ratkaisuun vaikuttaneiden tekijöiden tulisi aina ilmetä ratkaisun (vähintään asianosaisjulkisista) perusteluista. Ottamatta kantaa EIT:n arvioitavana olleeseen yksittäistapaukseen vaikuttaa erikoiselta tehdä pitkälle meneviä oletuksia tuomarin vaikuttimista, jos mikään ratkaisun perusteluissa ei sellaisiin viittaa.

<sup>1304</sup> McKeown v. the United Kingdom, 11.1.2011.

EIT:n mukaan kansallinen järjestely on hyväksyttävä, kunhan salassapitotuomarin ratkaisuun on mahdollista hakea muutosta. Erityisesti järjestelyn vahvuutena nähtiin se, ettei syyteasiaa käsittelevälle tuomarille muodostu ennakkokäsitystä asiasta, mutta toisaalta salassapitotarve ei jää yksin syyttäjän ratkaistavaksi. Lisäksi EIT huomautti nimenomaisesti, että tällaisella järjestelyllä voidaan välttää Edwards ja Lewis -tuomiossa ongelmalliseksi katsottu tilanne. Ongelmallisena ei ainakaan kyseisen tapauksen olosuhteissa pidetty sitä, että pääasian käsitellyt tuomari perehtyi salassapitomääräyksen perusteluihin, koska niistä ei paljastunut aineiston sisältöä. Valittajan mukaan esimerkiksi Jasper-tuomiossa edellytetty valvonta ei toteutunut, kun pääasiaa käsitellyt tuomari ei tiennyt salaista aineistoa eikä salassapitotuomari seurannut syyteasian käsittelyä. Syyteasian käsittelyyn osallistuneista henkilöistä ainoastaan syyttäjä tiesi salaisen aineiston sisällöstä, mutta mahdollisuus osoittaa salassapitokysymys uudelleen salassapitotuomarin ratkaistavaksi ei valituksen mukaan ollut riittävä turvatae.

Valitus ei kuitenkaan menestynyt. Ensinnäkin EIT katsoi, että puolustuksella oli riittävä mahdollisuus osallistua salassapitomääräystä koskeneeseen päätöksentekoprosessiin ja että salassapitotuomari oli ottanut puolustuksen näkemykset huomioon. Aineistossa oli hänen mukaansa ainoastaan vastaajalle epäedullista aineistoa ja sellaista poliisitutkintaa yleisesti koskevaa aineistoa, jolla ei ollut merkitystä puolustukselle. Salassapitomääräyksen mukaan tuomari ei pitänyt mahdollisena, että aineistolla olisi merkitystä puolustuksen väitteiden kannalta, mutta siinä myös huomautettiin, että jos näin olisi, syyttäjän tulisi kiinnittää tähän huomiota. Puolustuksen väitteet eivät oikeudenkäynnin aikana muuttuneet eikä asiassa ollut ilmennyt mitään salassapidosta johtuvia esteitä puolustuksen asianajolle. Toiseksi EIT hyväksyi muutoksenhakuuomioistuimen arvion siitä, että prosessuaaliset turvatakeet olivat riittävät. Tältä osin huomionarvoinen on perustelulausuma, jonka mukaan tapauksen olosuhteissa Jasper-tuomion kaltainen salassapitotarpeen jatkuva arviointi ei ollut tarpeen, kuten ei myöskään se, että muutoksenhakuuomioistuimen olisi perehtynyt salattuun aineistoon. EIS 6 artiklaa ei ollut loukattu.

Viranomaisilla olevan aineiston salassapitoon liittyvät kysymykset ovat edellä selostetun oikeuskäytännön<sup>1305</sup> perusteella osoittautuneet varsin haasteellisiksi. Suomessa ongelmia ei pitäisi aiheutua, koska esitutkinta-aineiston salassapittoa ja esimerkiksi salaisesta pakkokeinosta ilmoittamatta jättämisen edellytyksiä (PKL 10:60) arvioi eri tuomari kuin syyteasiaa. Mikäli aineistoa vaaditaan editiolla, lienee perustelluinta myös EIT:n oikeuskäytännön valossa menetellä ratkaisussa KKO 2011:27 viitoitetulla tavalla. Tämä tarkoittaa, että syyteasiaa käsittelevän tuomioistuimen ei lähtökohtaisesti tulisi perehtyä salaiseen aineistoon. Yleensä riittävää lienee antaa sellainen verrattain yleispiirteinen editiomääräys kuin kyseisessä tapauksessa. Tällöin tuomioistuimella ja asianosaisilla on käytettävissään sama aineisto.

<sup>1305</sup> Ks. oikeuskäytäntöä koskevinä analyysinä myös Trechsel 2005 s. 92–93 ja Jackson – Summers 2012 s. 295–307.

Lisäksi mainitun ennakkopäätöksen mukaisesti huomiota tulee kiinnittää siihen, että kaikki esimerkiksi poliisille salaisen pakkokeinon käytöstä kertynyt aineisto ei edes voisi olla puolustuksen kannalta merkityksellistä. Rikosasian vastaajan painavakaan oikeusturvaetu ei siten edellytä, että näin saatu aineisto olisi välttämätöntä paljastaa kokonaisuudessaan. Edition ja vastaavasti salassapidon laajuutta arvioitaessa voi olla syytä kuulla tutkijaa tai muuta viranomaisen edustajaa, joka tuntee asiakirjojen sisällön. Näin tuomioistuimen on mahdollista määrätä asiakirjojen sisältöön tarkemmin perehtymättä, mitkä tiedot tulee paljastaa ja mitkä voidaan pitää salassa. Toisaalta KKO piti tarpeellisena täsmentää salassa pidettävien taktisten ja teknisten menetelmien käsitettä, jottei sen tulkinta johtaisi tarpeettoman laajaan salassapitoon.<sup>1306</sup>

PKL 10:60:n esitöissä on kiinnitetty huomiota siihen mahdollisuuteen, että puolustus esittää rikosprovokaatioväitteen, jonka selvittämiseksi salassapitotarvetta joudutaan arvioimaan. Jos esimerkiksi valeostajan tai peitehenkilönä toimineen henkilöllisyyttä ei voida ilmaista, tuomioistuimen harkittavaksi tulee, mikä merkitys ilmaisevalla jättämisellä on näytön arvioinnin ja asian lopputuloksen kannalta. Tällaisella kysymyksellä voisi olla merkitystä jo harkittaessa syytteen nostamista. Oikeudenmukaiseen oikeudenkäyntiin liittyvien vaatimusten noudattamisen seuraaminen kuuluu hallituksen esityksen mukaan luontevimmin viralliselle syyttäjälle.<sup>1307</sup> *De lege ferenda* voidaan kuitenkin kysyä, onko tällainen asetelma kovinkaan luonteva tasapuolisuusperiaatteesta huolimatta. Luontevampaa saattaisi olla, että pakkokeinon käytöstä ilmoittamatta jättämistä koskevaan käsittelyyn määrättäisiin julkinen asiamies.

Ilmoituksen tekemisen jälkeenkin salaisen pakkokeinon käyttöä koskevasta asiakirjasta tai tallenteesta voidaan jättää antamatta tieto, jos se on välttämätöntä valtion turvallisuuden varmistamiseksi tai hengen, terveyden, yksityisyyden tai salassa pidettävien taktisten ja teknisten menetelmien suojaamiseksi. Kun harkitaan asiakirjan, tallenteen tai tiedon antamatta jättämistä, arvioinnissa on otettava huomioon sen, jonka oikeutta tai velvollisuutta asia koskee, oikeus puolustautua asianmukaisesti tai muuten asianmukaisesti valvoa oikeuttaan oikeudenkäynnissä (PKL 10:62). Tietopyyntöä koskeva muutoksenhaku ohjautuu hallintotuomioistuimeen. Oikeuskirjallisuudessa on esitetty, että syyteasiaa käsittelevällä tuomioistuimella olisi paremmat edellytykset arvioida puolustuksen asemaa.<sup>1308</sup> EIT:n oikeuskäytännön perusteella kantaan on vaikea yhtyä, koska salassapitotarpeen arviointi tulisi osoittaa muulle kuin näyttökysymyksen ratkaisevalle taholle.

<sup>1306</sup> Ks. myös Tapanila 2019a s. 52–56 ja 64–67, missä selostetaan erilaisia menettelytapoja salassapitointressin ja asianosaisjulkisuuden toteuttamiseksi käytännössä.

<sup>1307</sup> HE 222/2010 vp s. 362.

<sup>1308</sup> Fredman ym. 2020 s. 1195.



## 9.4.2 Vastakuulustelumahdollisuus pääkäsitelyssä

Oikeudenkäyntivaiheessa vastakuulustelu-oikeuden toteuttaminen on selvä pääsääntö (OK 17:48). Henkilötodistelun vastaanottaminen suullisesti ja välittömästi varmistaa tehokkaan vastakuulustelumahdollisuuden, sillä läsnä ovat yleensä asianosaiset ja tuomioistuimien, jotka voivat tehdä havaintoja kuultavan käyttäytymisestä ja esittää tälle asian selvittämiseksi tarpeelliset kysymykset. Vastakuulustelua edeltää kuultavan nimenneen asianosaisen toimittama pääkuulustelu. Siinä kuultavan tulee oma-aloitteisesti ja tarvittaessa hänelle esitettyjen täydentävien kysymysten avulla esittää kertomuksensa yhtäjaksoisesti. Vastakuulustelussa on sallittua koetella kertomuksen uskottavuutta myös niin sanotuilla johdattelevilla kysymyksillä, joita pääkuulustelussa koskee muotomääräystyyppinen todistusmetodikielto (ks. edellä luku 4.5).

Fredmanin mukaan vuorokuulustelujärjestelmää ei ole vielä aivan hahmotettu tuomioistuimissa. Hänen mukaansa saattaa käydä niin, että ensin kaikki asianosaiset suorittavat pääkuulustelua ja tämän jälkeen kaikki asianosaiset myös vastakuulustelua.<sup>1309</sup> Tuomioistuimen näkökulmasta kokemus viittaisi kyllä siihenkin mahdollisuuteen, että avustajat pitävät vuorokuulustelujärjestelmää turhana hienosteluna, vaikka tuomioistuin haluaisikin valvoa sen asianmukaista noudattamista. Tuomioistuimen tulisi lähtökohtaisesti rajoittaa vastakuulustelu niihin kysymyksiin, joita pääkuulustelussa on käsitelty, mutta rikosasiassa voidaan varsin vapaasti nimetä uutta todistelua vielä oikeudenkäynnissäkin. Asianmukaista olisi tällöin menetellä niin, että pääkuulustelusta ”etäntyvä” asianosainen nimeää kuultavan myös omaksi henkilötodistelukseen.

Vuorokuulustelun käytännön järjestämisessä tulisi kiinnittää huomiota tasa-puolisuuteen ja johdonmukaisuuteen. Jos jonkun kuultavan osalta halutaan pitäytyä tarkassa kuulustelujärjestyksessä, sitä on noudatettava kautta linjan ja kiellettävä esimerkiksi syyttäjää viittaamasta jo pääkuulustelussa esitutkintakertomukseen, jos hän tällaista ehdottaa. Vastaavasti jos pidetään tarkoituksenmukaisena sallia esitutkintaan viittaaminen jo pääkuulustelussa, sama tulee sallia myös puolustukselle. Tässä tarkoituksessa tuomioistuimen on syytä lyhyesti ilmoittaa asianosaisille ne perusteet, miksi jokin kuulustelujärjestely sallitaan tai kielletään. Asianosaisten kannalta tämä merkitsee ennakoitavuutta ja selkeät pelisäännöt ovat omiaan parantamaan kuulemisen jäsentelyä.

Tuomioistuimella on velvollisuus pyrkiä varmistamaan kuultavan läsnäolo oikeudenkäynnissä vastakuulustelumahdollisuuden toteuttamiseksi. OK 17:62.2:n nojalla todistaja tai muu todistelutarkoituksessa henkilökohtaisesti kuultava voidaankin määrätä noudettavaksi istuntoon.<sup>1310</sup> Noutoyritys ei välttä-

<sup>1309</sup> Fredman 2018 s. 252–253.

<sup>1310</sup> EIT piti Mild ja Virtanen -tuomioissa Suomen lainsäädäntöä puutteellisenä, kun aikaisemmin

mättä tuota tulosta, jos kuultava on esimerkiksi kadoksissa, eri valtion alueella tai menehtynyt. Lisäksi se, missä määrin läsnä olevan kuultavan vastakuulustelu tosiasiallisesti toteutuu, riippuu pitkälti kuultavasta. Todistajalla voi olla lailinen oikeus kieltäytyä vastaamasta kysymyksiin tai hän saattaa kieltäytyä pakkokeinojen käytön mahdollisuudesta huolimatta.<sup>1311</sup> Luetelluissa tapauksissa vastakuulustelumahdollisuuden rajoittuminen ei kuitenkaan johdu viranomaisen toimista tai laiminlyönneistä.

Vastakuulusteluoikeudesta on mahdollista luopua pätevästi. Luopuminen voi tapahtua nimenomaisesti tai konkludenttisesti. Nimenomaisesta luopumisesta on kysymys esimerkiksi silloin, jos pääkäsittelyssä ilmoitetaan, että kuultavalle ei ole kysymyksiä. Vastakuulustelumahdollisuus on tällöin tarjoutunut täysin asianmukaisesti ja todistusharkinnassa voidaan lähteä siitä, että kertomus on luotettava. Yksiselitteisenä mutta hiljaisena luopumisena voidaan vastaavasti pitää esimerkiksi poissaoloa pääkäsittelystä, jossa kuulustelu tapahtuu. Samoin oikeudesta luopumiseksi voidaan jäsentää se, että puolustus ei vaadi pääkäsittelyn toimittamista. Selvää on, ettei puolustus voi jättää vastakuulustelumahdollisuutta käyttämättä ja sen jälkeen riitauttaa uskottavuutta sellaisin perustein, jotka olisi voitu selvittää vastakuulustelemalla.<sup>1312</sup>

Esimerkiksi Poletan ja Azirovik-tapauksessa EIT piti vastakuulusteluoikeudesta luopumista pätevänä, kun puolustus ei vastustanut tallennetun kertomuksen esittämistä eikä oikeudenkäynnin kuluessa ilmoittanut haluavansa kuulustella kertomusten antajia.<sup>1313</sup> Sen sijaan esimerkiksi suostuminen oikeudenkäynnin jatkamiseen viranomaisten ilmoitettua, ettei kuultavan läsnäoloa voida järjestää, ei merkitse vastakuulusteluoikeudesta luopumista.<sup>1314</sup> Jos tosiasiallinen este ilmenee yllättäen, ei puolustusta – sen enempää kuin viranomaisiakaan – voida moittia siitä, ettei vastakuulustelumahdollisuutta ole pyritty järjestämään. Tällöinkään ei voi olla kysymys vastakuulusteluoikeudesta luopumisesta jättäytymällä passiiviseksi.<sup>1315</sup> Bonev-tuomiossa luopumista ei pidetty yksiselitteisenä, kun vastaajana olleelle maallikolle ei ollut selvitetty luopumistahdonilmaisun mahdollisia seurauksia.<sup>1316</sup> Tuomioistuimen tulee siten pyrkiä varmistumaan luopumisen yksiselitteisyydestä.

---

todistajan läsnäoloa ei voitu varmistaa tehokkain toimin. Esitutkintakertomusten käyttäminen todisteina loukkasi vastakuulusteluoikeutta ja oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta (Mild and Virtanen v. Finland, 26.7.2005, erit. kohdat 45–47).

<sup>1311</sup> Ks. pakkokeinoista Rautio – Frände 2016 s. 322–329.

<sup>1312</sup> Ks. Bonev v. Bulgaria, 8.6.2006 (kohta 41).

<sup>1313</sup> Poletan and Azirovik v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, 12.5.2016 (kohta 87). Ks. myös Murtazaliyeva v. Russia (kohdat 122–127), missä puolustus oli nimenomaisesti suostunut todistajan tallennetun kertomuksen käyttämiseen, ja Bátek and Others v. the Czech Republic, 12.1.2017 (kohta 57 *in fine*), missä puolustaja ei ollut esittänyt anonyymeille todistajille kysymyksiä.

<sup>1314</sup> Avetisyan v. Armenia, 10.11.2016 (kohdat 61 ja 62).

<sup>1315</sup> Dimović and Others v. Serbia, 11.12.2018 (kohta 60).

<sup>1316</sup> Bonev v. Bulgaria, 8.6.2006 (kohta 41).

Oikeudesta luopumisena pidetään myös sellaista tilannetta, jossa kuultava kieltäytyy todistamasta vastaajan tai tämän puolesta toimivan henkilön painostuksen seurauksena. Vastaava sääntö on voimassa Yhdysvalloissa, missä käytetään osuvampaa ilmaisua vastakuulustelu oikeuden ”menettämisestä” (forfeiture).<sup>1317</sup> Mielenkiintoinen tässä suhteessa on OK 17:18.2:n säännös, joka koskee lähiomaissuojan murtamista. Jos murtamiseen päädytään sen vuoksi, että vastaaja on painostanut todistajaa luopumaan kieltäytymisoikeudesta, ollaan ainakin lähellä tilannetta, jossa EIT:n luopumisdoktriini soveltuisi. Tämä taas johtaisi periaatteessa siihen, että pääasiallisuudesta ei olisi tarpeen suorittaa sanotuissa tilanteissa. Näin jyrkkää tulkintaa ei kuitenkaan voida pitää itsestään selvänä.<sup>1318</sup>

Kuultavan väitettyyn uhkailuun täytynee joka tapauksessa yrittää puuttua ensisijaisesti todistajansuojelu keinoihin, koska välittömyyden rajoituksessa näytön arvioinnin edellytykset rajoittuvat. Vapaaseen näyttöharkintaan ei voida sovitaa esimerkiksi sellaista ajatusta, että kuultavan uhkailu sanktioitaisiin tallennetun kertomuksen näyttöarvoa korottamalla. Lienee tosin ilmeistä, että kuultavaa on yleensä tarpeen pelotella ainoastaan silloin, jos hänen kertomuksensa olisi vastaajalle vahingollinen ja sinänsä luotettava. Oikeuden väärinkäytöstapauksissakin tuomioistuimen on OK 17:1.2:n mukaisesti perusteellisesti ja tasapuolisesti arvioitava todisteiden ja muiden seikkojen näyttöarvo. Tämä saattaa edellyttää esimerkiksi aktiivisempaa kyselyoikeuden käyttöä. Myös näkemys mahdollisen luopumisen pätevyyydestä on tietenkin perusteltava asianmukaisesti.

Todistelun kontradiktorisuus toteutuu parhaiten, kun vastaaja kykenee tekemään välittömiä havaintoja kuultavasta. Lähtökohtaisesti asianosaisjulkisuuteen kuuluukin, että vastaaja saa olla läsnä oikeudenkäynnissä kuulemisen ajan. Asianosaisen ja siten myös vastaajan läsnäoloa suullisessa käsittelyssä voidaan kuitenkin rajoittaa, mikä saattaa vaarantaa vastakuulustelu oikeuden tehokkaan toteutumisen. Toisaalta kuuleminen voidaan toteuttaa siten, että kuultava, tuomioistuin ja asianosaiset eivät kaikki ole samassa istuntohuoneessa tai heillä ei kaikilla ole toisiinsa näkö- tai kuuloyhteyttä. Nimitän tällaisia henkilötodistelun välittömyyttä eri relaatioissa rajoittavia toimenpiteitä *kuulemisjärjestelyiksi*. Vaikka vastakuulustelu oikeus periaatteessa toteutuu näissä tilanteissa, voi tuomioistuimen olla syytä kiinnittää huomiota oikeuden tehokkuuteen.

OK 17:52:n mukaan todistelutarkoituksessa kuultavaa asianosaista sekä todistajaa ja asiantuntijaa voidaan kuulla pääkäsittelyssä hänen henkilökohtaisesti läsnä olematta käyttäen videoneuvottelua tai muuta soveltuvaa teknistä tiedonvälitystapaa, jossa istuntoon osallistuvilla on puhe- ja näköyhteys keskenään, jos tuomioistuin harkitsee tämän soveliaaksi ja jos jokin kuudesta

<sup>1317</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 123), Ho 2008 s. 162 ja Maffei 2006 s. 36–38. Yhdysvaltain oikeuden osalta ks. myös F.R.E. 804.b,6 ja Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004).

<sup>1318</sup> Vrt. Pölonen – Tapanila 2015 s. 322, missä ROL 11:4.3:n katsotaan soveltuvan ”OK 17:18.2:n mukaisesti ’hiljaiseksi pelottelun’ tilanteisiin”.

siinä luetellusta täsmällisestä edellytyksestä täyttyy. 1–3 kohta koskevat lähinnä tarkoituksenmukaisuusnäkökohtia; 4–6 kohdassa on enemmänkin kysymys kuultavan etujen turvaamisesta. Pykälässä edellytetään nimenomaisesti vastakuulustelumahdollisuutta ja hyvälaatuinen videoneuvottelu vastaa pitkälti henkilökohtaista läsnäoloa. Kuulemisen välittömyys rajoittuu enemmän, jos videoneuvottelun asemesta käytetään puhelinta. Videoneuvottelu onkin asetettava vaihtoehtoista selvästi etusijalle.<sup>1319</sup>

OK 17:51:ssä säädetyt kuulemisjärjestelyt ovat vastakuulustelun välittömyyden kannalta jossain määrin pidemmälle meneviä. Kuultavaa voidaan ensinnäkin kuulla näkösuojan takaa, jolloin näköyhteys puuttuu. Toiseksi kuuleminen voidaan suorittaa jonkun henkilön – tyypillisesti vastaajan – läsnä olematta, jolloin istunnosta poistetulla henkilöllä ei ole myöskään kuuloyhteyttä. Vaikka pykälässä ei sitä varsinaisesti edellytetä, olisi suotavaa – ja niin käytännössä menetelläänkin –, että vastaajalle järjestetään tällöinkin etäyhteys saliin. Tällainen salista poistaminen rinnastuu lähinnä näkösuojan tai puhelinyhteyden käyttämiseen. On myös huomattava, että salista poistetun vastaajan avustaja yleensä jää saliin suorittamaan vastakuulustelun ja hänellä on kuultavaan näköyhteys. Välittömyyttä voidaan rajoittaa todistajansuojellulisista ja järjestyksenpitoisista.<sup>1320</sup>

EIT on todennut, että oikeudenkäynnissä tulee noudattaa arvokkuutta, järjestystä ja hyviä tapoja. Vastaajan törkeää piittaamattomuutta näistä säännöistä ei voida eikä tule hyväksyä. Vastaajan epäasianmukainen käytös pääkäsittelyssä voidaan lähtökohtaisesti tulkita yksiselitteiseksi läsnäolo-oikeudesta luopumiseksi. Idalov-tapauksessa EIT katsoi kuitenkin, että vastaaja ei ollut voinut ennakoida sitä, että hänet tultaisiin poistamaan, koska häntä ei ollut varoitettu eikä huomautettu tästä mahdollisuudesta. Puheenjohtajan lieene siten selvitetävä vastaajalle, että hänet voidaan käyttäytymisensä vuoksi poistaa istunnosta ja jatkaa henkilötodistelun vastaanottamista. Jos vastaaja poistetaan, tuomioistuimen on harkittava, voidaanko asian käsittelyä jatkaa. Estettä käsittelyn jatkamiselle ei yleensä ole ainakaan silloin, jos vastaajalla on avustaja.<sup>1321</sup>

Erikoisen avoin on peruste, joka sallii vastaajan poistamisen salista ”jos kuultava muuten jättäisi ilmaisematta, mitä asiasta tietää”. Rautio ja Frände mainitsevat

<sup>1319</sup> Ks. HE 190/2002 vp s. 31.

<sup>1320</sup> Rautio – Frände 2016 s. 289–292. Esitöissä katsotaan, että kuultavan perusteltua ja uskottavaa kertomusta uhasta olisi käytännössä pidettävä usein riittävänä. Toisaalta kysymyksessä täytyy olla riittävän konkreettinen ja vakava uhka, jotta sen perusteella voidaan oikeuttaa vastaajan läsnäolo-oikeuden rajoittaminen (HE 190/2002 vp s. 27–28). Al-Khawaja-ratkaisussa on tehty ero puolustuksen taholta tulevasta uhasta johtuvan pelon ja todistamiseen liittyvän, yleisemmän pelon kesken (Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011, kohta 122).

<sup>1321</sup> Ananyev v. Russia (kohdat 43–46), Idalov v. Russia (kohdat 175–178), HE 271/2004 vp s. 60–62.

esimerkkinä voimakkaan riippuvuussuhteen.<sup>1322</sup> Lainsäätäjä ei näytä tehneen kovin selkeää valintaa sen suhteen, olisiko todistamasta vastaajan edessä kieläytyvään henkilöön sovellettava pakkokeinoja vai poistettava vastaaja salista. Pelkät mukavuussyyt eivät esitöiden mukaan riitä kuulemisjärjestelyihin ryhtymiseksi, mihin voi huomauttaa, että vähäinenkin psykologinen paine voi vaikuttaa merkittävästi kuultavan haluun kertoa tapahtumista. Todistamisesta tulisi pyrkiä tekemään mahdollisimman turvallinen ja miellyttävä kokemus ainakin sivulliselle.<sup>1323</sup> Samalla olisi pyrittävä valitsemaan sellainen kuultavan turvallisuuden varmistava keino, joka vähiten estää osallistumista.

Rautio ja Frände ilmeisesti katsovat, että istunnosta poistettu vastaaja saisi käyttää vastakuulustelu-oikeuttaan aina itse, vaikka hänellä olisi avustaja. Kysymysten esittäminen puheenjohtajan kautta ei kirjoittajien mukaan ole enää tätä päivää.<sup>1324</sup> Pidän kuitenkin selvänä, ettei oikeutta henkilökohtaiseen kysymysten esittämiseen voida poikkeuksetta sallia. Uhkaavasti käyttäytyneen tai kuultavassa muusta syystä pelkoa tai ahdistusta aiheuttavan vastaajan oikeusturva ei voi edellyttää, että hän saisi esittää kuultavalle kysymyksiä ilman minkäänlaista etukäteiskontrollia, jolla varmistutaan kysymysten asianmukaisuudesta. Mahdollinen olisi esimerkiksi sellainen järjestely, jossa etäyhteys saliin välillä katkaistaan ja vastaaja voi neuvonpidossa esittää tarpeellisia pitämänsä kysymykset avustajalleen tai, jos sellaista ei ole, puheenjohtajalle ja tämä edelleen kuultavalle.

EIT on katsonut, että uhrin – ja nähdäkseni vastaavasti kenen tahansa muunkin kuultavan, joka on autonomisen todistajakäsitteen piirissä – yksityisyyden suoja tulee ottaa huomioon ainakin seksuaalirikostapauksissa. Kansallisten tuomioistuinten tulee arvioida erityisen varovaisesti sitä, voidaanko vastaajan sallia kuulustella asianomistajaa henkilökohtaisesti vai esimerkiksi avustajansa välityksellä. Vastaajalla ei EIT:n vakiintuneen tulkintalinjan mukaan ole rajoittamatonta oikeutta puolustautua henkilökohtaisesti. Vastaaja voineekin erityisen helposti sortua sellaiseen henkilökohtaisuuksiin menevään vastakuulusteluun, jota tulisi jo sopimattomana rajoittaa, koska oikeutta ei saa käyttää väärin eli esimerkiksi kuultavan pelotteluun tai nöyryyttämiseen.<sup>1325</sup> Siten tuomarilla olisi päinvastoin velvollisuus kontrolloida vastakuulustelua.

<sup>1322</sup> Rautio – Frände 2016 s. 291.

<sup>1323</sup> Samoin jo Bentham 1825 s. 234.

<sup>1324</sup> Rautio – Frände 2016 s. 292.

<sup>1325</sup> Y. v. Slovenia (kohdat 106–109). Ks. myös S.N. v. Sweden, 2.7.2002 (kohta 52), P.V. v. the Federal Republic of Germany [dec.], 13.7.1987.

### 9.4.3 Kirjallisen kertomuksen käyttökielto

OK 17:47.1:n mukaan todistelutarkoituksessa kuultavan asianosaisen ja todistajan tulee esittää kertomuksensa suullisesti viittaamatta kirjalliseen kertomukseen. Kuultava saa kuitenkin käyttää muistinsa tukemiseksi kirjallista muistiinpanoa. Henkilötodistelun tulee olla suullista ja välitöntä myös vastakuulustelun osalta, jotta asianosaisilla ja tuomioistuimella on parhaat mahdolliset edellytykset arvioida kertomuksen luotettavuutta. Suullisuuden ja välittömyyden varmistamiseksi on lisäksi säädetty tallennettujen todistajankertomusten lähtökohtainen käyttökielto. Tuomioistuimessa ei saa lähtökohtaisesti käyttää todisteena kirjallista yksityisluonteista kertomusta, joka on annettu vireillä olevan tai alkavan oikeudenkäynnin varalta eikä esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa (OK 17:24.1–2).<sup>1326</sup>

Käyttökiellosta on syytä todeta muutama käsitteellinen huomio. Lainkohdtaa edeltävän otsikon mukaan legaalitermi on ”kirjallisen kertomuksen käyttökielto”, mutta säännöksestä ilmenee, että kielto koskee kaikenlaisia tallenteita. Sen vuoksi on mielestäni kuvaavampaa puhua tallennetun kertomuksen käyttökiellosta. Entä mitä ”käyttökielto” ylipäätään tarkoittaa? Pölönen on väitöskirjassaan päätenyt pitämään käyttökieltoa ainakin osittain todistamiskieltona, vaikka aiemmassa artikkelissaan hän oli katsonut sen itsenäiseksi hyödyntämiskieltonormiksi.<sup>1327</sup> Esitöissä todetaan OK 17:25:n yksityiskohtaisten perustelujen yhteydessä, että ”todistamis- tai käyttökiellon vastaisen menettelyn oikeudellinen seuraamus on hyödyntämis- tai käyttökielto”, mikä puolestaan vaikuttaa jokseenkin kehämäiseltä.<sup>1328</sup>

Erolla on lähinnä teoreettista merkitystä. Päätelen esitöissä lausutusta, että käyttökielto voi kohdistua jo esittämisvaiheen prosessitoimiin, joiden vastainen menettely voisi hyödyntämisvaiheessa johtaa kiellon asettamiseen. Ennakkopäätöksessä KKO 2018:54 syyttäjä oli vedonnut asianomistajan esitutkintakertomukseen, mihin puolustus oli suostunut. Hovioikeus oli sallinut (tällaisen) esitutkintakertomuksen käyttämisen todisteena ja viitannut siihen tuomiossaan. Sekä esitutkintakertomukseen vetoamista että sen ottamista huomioon ratkaisussa voidaan sinänsä luontevasti pitää tallennetun kertomuksen käyttämisenä. Tuomioistuimen on kuitenkin lähtökohtaisesti tehtävä selvä päätös kirjallisen kertomuksen hyväksyttävyydestä jo pääkäsittelyssä (KKO 2011:20). Näin ollen kirjallisen kertomuksen käyttökielto ulottuu ensisijaisesti esittämisvaiheeseen.

<sup>1326</sup> Tapanila 2019a s. 168–172, Jokela 2018 s. 546–548, Rautio – Frände 2016 s. 164–168, Pölönen – Tapanila 2015 s. 151–155 ja 322–324, Frände 2009 s. 395–396.

<sup>1327</sup> Pölönen 2003 s. 186 vrt. Pölönen 1997 s. 1227.

<sup>1328</sup> HE 46/2014 vp s. 85–86 ja 92.

OK 17:24.1:n mukaan kirjallista yksityisluonteista kertomusta saadaan käyttää todisteena asianosaisten suostumuksella, vastustettaessa juoksevaan velkakirjaan, vekseliin tai shekkiin perustuvia vaatimuksia, jos laissa toisin säädetään tai jos tuomioistuin sen erityisestä syystä sallii. Säännös jättää epäselväksi, onko sitä tarkoitettu lainkaan sovellettavaksi rikosasioissa. 1 ja 2 kohdan maininnat riita-asioista antaisivat aiheen vastakohtaispäätelmään, että 3 ja 4 kohtaa sovelletaan myös rikosasioissa. 2 momentissa, jota Raution ja Fränden mukaan 3 momentin tavoin sovelletaan ainoastaan rikosasioissa,<sup>1329</sup> säädetään kuitenkin asiallisesti vastaavista poikkeusperusteista. Lisäksi 2 momentissa kielletään tallennettujen kertomusten käyttäminen rikosasioissa laajemmin, koska se kattaa nimenomaisesti esitutkintapöytäkirjan, joka ei ole yksityisluonteinen asiakirja. Tästä seuraa, että yksityisluonteisen tallennetun kertomuksen käyttökielto ei rikosasiassa voine jäädä mitään käytännöllistä soveltamisalaa, kun sellainen kertomus kuitenkin olisi OK 17:24.2:n nojalla lähtökohtaisesti kielletty.

Voi toisaalta kysyä, missä määrin esitutkintakertomus on esitettävissä todisteena riita-asiaissa, kun se ei ole yksityisluontoinen kirjallinen kertomus, mutta voi olla hyvinkin relevantti esimerkiksi rikokseen perustuvan korvauskanteen kannalta. Tuntuisi erikoiselta sallia yleisesti tällaisten kertomusten käyttö todistajan henkilökohtaisen kuulemisen asemesta. Jos kaikki riita-asian asianosaiset eivät suostu henkilökohtaisen kuulemisen korvaamiseen tallennetulla kertomuksella OK 17:24.1:n 1 kohdan mukaisesti, tulisi tuomioistuimen nähdäkseni tarkastella sallittavuutta suhteessa OK 17:8.1:n 4 kohdan epäämisperusteeseen. Tallennettu kertomus voitaisiin tällöin evätä, koska henkilökohtaisella kuulemisella saataisiin olennaisesti luotettavampaa todistelua. Ainakin kysymys tulisi prosessinjohtotoimin nostaa keskustelun kohteeksi.

Rikosasioissa 1 momentilla lienee joka tapauksessa vähäisempi merkitys kuin 2 momentilla. Sen poikkeusperusteen mukaan esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa saadaan käyttää, jos laissa toisin säädetään tai jos lausuman antajaa ei voida kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella tai hän on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta, eikä asian ratkaisemista tulisi enää viivyttaa. Tallennetun kertomuksen käyttökielto on siten joustava todistelunrajoite. Siihen ei kuitenkaan liene sovellettava todistelunrajoitteiden yleistä poikkeusperustetta, jonka mukaan vastaajalle edullinen todistelu tulee yleensä voida esittää.<sup>1330</sup> Tallennettua kertomusta ei siten tule hyväksyä myöskään puolustuksen taholta, ellei mikään poikkeusperuste täyty.

Tapanilan tulkinnan mukaan OK 17:24.2 koskee samaa oikeudenkäyntiä varten laadittuja kirjallisia kertomuksia, mutta ei sen sijaan estä muussa viranomaismenettelyssä tai oikeudenkäynnissä kirjattujen kertomusten käyttä-

<sup>1329</sup> Rautio – Frände 2016 s. 167.

<sup>1330</sup> EIT:n mukaan tallennetun kertomuksen käyttökieltoa vastaavaa hearsay rule'ia voidaan soveltaa myös puolustuksen todisteisiin (Thomas v. the United Kingdom [dec.], 10.5.2005).

mistä silloin, kun niillä ei pyritä korvaamaan pääkäsitellyssä esitettävää henkilötodistelua, vaan selvittämään kyseisen menettelyn tapahtumia. Viimeksi mainitussa tilanteessa kysymys lieneekin selvästi kirjallisesta todisteesta eikä henkilötodistelusta kirjallisessa muodossa. Lainkohdan sanamuoto ei kuitenkaan tue sellaista johtopäätöstä, että tallennetun kertomuksen käyttökielto rajoittuisi koskemaan ainoastaan kyseistä menettelyä varten laadittuja asiakirjoja. Olennaista on pikemminkin se, yritetäänkö asiakirjalla osoittaa esimerkiksi toisen menettelyn kulkua vai yritetäänkö sillä korvata henkilötodistelua.<sup>1331</sup>

Jo 1940-luvun todistelu-uudistuksessa välittömyysperiaatteen toteuttamiseksi aiottiin säätää yleinen kielto käyttää etukäteen laadittuja kirjallisia todistajankertomuksia. Kielto olisi kohdistunut myös esitutkintapöytäkirjoihin. Tuolloin käytetty suullis-pöytäkirjallinen menettely ei kuitenkaan – erityisesti KKO:n lausunnon mukaan – mahdollistanut näin laajakantoista siirtymää kohti suullisuutta ja välittömyyttä.<sup>1332</sup> Nykyinen säännös onkin nähdäkseni soveltamisalaltaan yleinen, sillä se koskee paitsi esitutkintapöytäkirjaan merkittyä myös muutoin asiakirjalle merkittyä tai tallennettua lausumaa. Kiellolla turvataan vastakuulustelu-oikeutta sekä todistelun välittömyyttä ja sen myötä näytön arvioinnin luotettavuutta. Henkilön kuuleminen suullisesti tuomioistuimessa antaa kirjallista kertomusta selvästi paremmat edellytykset kertomuksen uskottavuuden arvioinnille.<sup>1333</sup>

Ennakkopäätöksessä KKO 2018:54 arvioitiin asianomistajan tallennetun kertomuksen käyttöä todisteena. Todistelutarkoituksessa kuultava asianomistaja oli jäänyt kutsuttuna pois hovioikeuden pääkäsitelystä, minkä johdosta hovioikeus oli käyttänyt kuulemisen sijasta näyttönä hänen esitutkinnassa antamaansa kertomusta. Hovioikeus nojautui näyttönä myös lääkärinlausunnon esitietoihin merkittyyn asianomistajan kertomukseen ja luki vastaajalle syyksi törkeän ryöstön. KKO katsoi, että myös lääkärinlausunnon sisältämät esitiedot olivat henkilötodistelua kirjallisessa muodossa ja siten käyttökiellon piirissä. Sen sijaan esimerkiksi salaisilla pakkokeinoilla saadut talenteet eivät ole lainkohdassa tarkoitettuja tallennettuja kertomuksia (KKO 2017:65). Samaa voidaan todeta esimerkiksi takavarikoidusta päiväkirjasta.

Keskeinen ero esimerkkien välillä on siinä, että lääkärille tai poliisille annettu lausuma on jälkikäteen annettu, tutkittavaa tapahtumaa koskeva selvitys, joka olisi lähtökohtaisesti esitettävissä samansisältöisenä suullisesti ja välittömästi. Salaisen pakkokeinon käytöstä tietämättömänä käyty keskustelu tai merkinnät päiväkirjassa eivät puolestaan ole syntyneet tutkittavan

<sup>1331</sup> Tapanila 2019a s. 171–172. Tapanilan käytännölliseen peukalosääntöön voi yhtyä: ”Jos teemasta ilmenee, että kirjallisella todisteella pyritään osoittamaan jonkun henkilön omakohtaisia, todistajan roolille tyypillisiä havaintoja, hyödyntämiskieltoa voidaan ryhtyä harkitsemaan.”

<sup>1332</sup> Tirkkonen 1949 s. 64–65. Ratkaisun KKO 2018:54 perustelujen (kohta 14) mukaan kieltoa käyttää esitutkintapöytäkirjaan merkittyä kertomusta todisteena ilman, että henkilöä itseään kuullaan tuomioistuimessa, on noudatettu jo pitkään (esim. KKO 1991:84). Nimenomainen säännös asiasta otettiin oikeudenkäymiskaaren vuonna 1997 (17 luvun 11 § laissa 690/1997).

<sup>1333</sup> KKO 2018:54 (kohta 17).



teon seurauksena eikä niiden tarkoituksena ole selvittää tapahtumia viranomaismenettelyssä. Niistä ilmenevät tiedot voitaisiin sinänsä esittää myös kuulemalla esimerkiksi puhelinkeskusteluun osallistunutta henkilöä tai päiväkirjan laatijaa, mutta tällainen todistelu olisi itse asiassa välillistä, kun todistusteemana on puhelun tai päiväkirjan sisältö itsessään.

Paitsi kirjallisiin todisteisiin, kirjallisen kertomuksen käyttökieltoa ei sovelleta asiantuntijalausuntoihin. Asiantuntija antaa lausuntonsa yleensä kirjallisesti (OK 17:36). Ratkaisun KKO 2018:54 perusteellakin kirjallisessa muodossa voitaneen esittää ainakin lääkärinlausunnon sellaiset osat, joita olisi pidettävä asiantuntijalausuntoina. Asiantuntijaa on kuitenkin kuultava tuomioistuimessa suullisesti, jos se on tarpeen asiantuntijan lausunnon epäselvyyksien, puutteellisuuksien tai ristiriitaisuuksien poistamiseksi, tuomioistuin katsoo sen muusta syystä tarpeelliseksi, tai asianosainen sitä pyytää eikä kuuleminen ole ilmeisesti merkityksetöntä.<sup>1334</sup> Jos pyyntöä ei esitetä, voitaneen kirjallinen lausunto katsoa riittäväksi ja puolustuksen luopuneen asiantuntijan vastakuulustelumahdollisuudesta yksiselitteisesti.<sup>1335</sup>

#### 9.4.4 Käyttökiellon poikkeukset

Tallennetun kertomuksen käyttökielto on joustava esittämisrajoitus. Siirryn nyt tarkastelemaan lähemmin perusteita, joilla tallennettua kertomusta saadaan käyttää todisteena. Totean ensinnäkin, että tallennetun kertomuksen käyttämistä olisi arvioitava suhteessa EIT:n vastakuulusteluoiikeutta koskevaan oikeuskäytäntöön. Tämä tarkoittaa, että tallennetun kertomuksen käyttöä ei tulisi sallia, jos EIT katsoisi vastaavassa tilanteessa, ettei vastakuulusteluoiikeuden rajoittumiselle ole hyväksyttävää perustetta (a good reason). Perusteen hyväksyttävyyttä arvioidaan osana niin sanottua pääasiallisuustestiä (sole or decisive rule), jota tarkastellaan lähemmin jäljempänä. Vastaavasti hyväksyttävä peruste vastakuulusteluoiikeuden rajoittumiselle olisi ainakin lähtökohtaisesti hyväksyttävä peruste käyttää tallennettua kertomusta todisteena.<sup>1336</sup>

<sup>1334</sup> Ks. esim. *Mirilashvili v. Russia*, 11.12.2008 (kohta 158), missä todettiin, että EIT:n autonomisen tulkinnan mukaan vastakuulusteluoiikeus voi ulottua myös asiantuntijaan.

<sup>1335</sup> Ks. KKO 2015:86 sekä EIT:n ratkaisukäytännöstä *Poletan and Azirovik v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, 12.5.2016 (kohta 87) ja *Bátek and Others v. the Czech Republic*, 12.1.2017 (57).

<sup>1336</sup> HE 46/2014 vp s. 141. Esitöissä lähdetään ymmärtääkseni samoin siitä, että kirjallisen kertomuksen käyttökiellon väistymisperustetta ja testaamismahdollisuuden rajoittumisen perustetta olisi arvioitava yhdenmukaisesti. Hallituksen esityksen mainitulla sivulla viitataan selvästi OK 17:24.2:in eikä saman luvun 25.2:in, kuten siellä lukee. Norjan osalta samoin *Matningsdal* 2007 s. 16–22.

EIT on tiivistänyt suuren jaoston Schatschaschwili-tuomioissa seuraavasti: ”Good reason for the absence of a witness must exist from the trial court’s perspective, that is, the court must have had good factual or legal grounds not to secure the witness’s attendance at the trial. If there was a good reason for the witness’s non-attendance in that sense, it follows that there was a good reason, or justification, for the trial court to admit the untested statements of the absent witness as evidence. There are a number of reasons why a witness may not attend trial, such as absence owing to death or fear – –, absence on health grounds – – or the witness’s unreachability.”<sup>1337</sup>

Tallennetun kertomuksen käyttäminen on sallittua ensinnäkin, jos laissa toisin säädetään. Keskeinen tällainen säännös on OK 17:47.2. Sen mukaan kuultavan aikaisempaa kertomusta saadaan käyttää todisteena ensinnäkin, jos kuultava suullisessa kertomuksessaan poikkeaa siitä, mitä hän on aikaisemmin tuomioistuimelle, syyttäjälle tai esitutkintaviranomaiselle kertonut. Aikaisempaa kertomusta voidaan kuitenkin käyttää ainoastaan siltä osin kuin suullinen kertomus oikeudenkäynnissä *poikkeaa* siitä. Vastakuulustelu-oikeus ei kyseisessä tilanteessa rajoitu, koska tallennettua kertomusta käytetään ainoastaan vertailuaineistona tai täydentämään oikeudenkäynnissä välittömästi annetun kertomuksen puutteita. Vastakuulustelu pikemminkin onnistuu, jos kuultavan luotettavuutta voidaan horjuttaa eri aikoina annettujen kertomusten ristiriitaisuuksilla.

Eräs common law’n tuntema todistelunrajoite on kieltö käyttää todisteena aikaisempaa yhtäpitävää lausuntoa. Tästä käytetään myös nimitystä rule against self-corroboration, millä viitataan siihen aikaisemmin tukitodistelun yhteydessä todettuun lähtökohtaan, ettei kuultava periaatteessa voi vahvistaa itse omaa luotettavuuttaan vetoamalla useisiin aikaisempiin kertomuksiin.<sup>1338</sup> Suomen oikeudessa on tietyllä tapaa voimassa vastaava sääntö, koska aikaisemman kertomuksen käyttäminen edellyttää, että kuultava poikkeaa siitä jollain merkityksellisellä tavalla. Tästä seuraa, että esimerkiksi aikaisempiin yhtäpitäviin esitutkintakertomuksiin ei ole luvallista vedota kertomuksen muuttamattomuuden osoittamiseksi.

Toiseksi tallenteeseen voidaan OK 17:47.2:n mukaan viitata, jos pääkäsitteilyssä läsnä oleva kuultava *ei anna kertomusta*. Tallennettua kertomusta saadaan tällaisessa tapauksessa käyttää todisteena ainoastaan siltä osin kuin kuultava ei ole antanut kertomusta. Jos kuultava esimerkiksi kieltäytyy vastaamasta yksittäisiin kysymyksiin, voidaan tallennettua kertomusta käyttää vain vastaavilta osin. Viittaamisen tarkoituksena on siten esittää todistelua oikeus- tai todistusosiseikasta, josta kuultava ei anna kertomusta oikeudenkäynnissä. Kysymys ei sen sijaan ole kahden toisistaan poikkeavan kertomuksen vertaamisesta

<sup>1337</sup> Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 119).

<sup>1338</sup> Glover 2017 s. 213, Choo 2015 s. 76–79.

toisiinsa, koska vertailukelpoista, poikkeavaa kertomusta ei anneta. EIT:n oikeuskäytännön perusteella lienee lisäksi katsottava, että oikeus tehokkaaseen vastakuulusteluun estyy siltä osin kuin kuultava ei anna kertomusta.<sup>1339</sup>

Jo kuultavan läsnäolon perusteella voitaisiin katsoa, että puolustuksella on riittävä *mahdollisuus* vastakuulusteluun. Peltonen-päätöksessä EIT katsoikin vastakuulusteluoikeuden toteutuneen, kun valittajan avustajalla oli ollut tilaisuus esittää kuultavalle kysymyksiä pääkäsittelyssä. Asiassa ei ollut merkityksellistä se, että kuultava kieltäytyi vastaamasta.<sup>1340</sup> Niinpä esimerkiksi Norjassa on päätelty vastakuulusteluoikeuden kannalta riittävän, että kuultava on läsnä pääkäsittelyssä.<sup>1341</sup> Kaste ja Mathisen -ratkaisussa EIT kuitenkin totesi, että vastakuulusteluun tulee olla asianmukainen ja riittävä tilaisuus. Ei riitä, että kuultava on saapuvilla pääkäsittelyssä, vaan merkitystä on myös sillä, missä määrin kuultava vastaa hänelle esitettyihin kysymyksiin.<sup>1342</sup> Näin ollen täytynee ottaa huomioon se, miten laajasti vastakuulustelu on tosiasiallisesti toteutunut.

Kaste ja Mathisen -tuomion perusteella vaikuttaa siltä, että puheenjohtajan tulisi tarjota vastakuulustelumahdollisuutta puolustukselle silloinkin, kun kuultava on laillisesti kieltäytynyt antamasta kertomusta. Jos puolustus ilmoittaa, että kysymyksiä ei ole, on luopuminen tällöin tapahtunut täysin yksiselitteisesti. Toisaalta puheenjohtajan täytynee ensin tehdä kuultavalle selväksi, että tämän ei ole pakko vastata esitettäviin kysymyksiin.

Mikäli kuultavalla on laissa säädetty oikeus kieltäytyä todistamasta, joudutaan arvioimaan, onko aikaisempaan kertomukseen viittaaminen sallittua. Todistelu-uudistuksen esitöiden mukaan esitutkintakertomusta ei saisi käyttää, jos todistaja vetoaa vaihtelu-oikeuteensa oikeudenkäynnissä.<sup>1343</sup> Olen edellä kritisoinut tätä tulkintaa ja ylipäättään ajatusta siitä, että aikaisemmin asianmukaisesti annetun kertomuksen käyttöä pidettäisiin vaikenemisoikeuden kiertämisenä. Vaikenemaan oikeutettu kuultava voisi näkemykseni mukaan kylläkin kieltäytyä antamasta kertomusta pääkäsittelyssä ilman pakkokeinojen käytön uhkaa, mutta tästä ei tarvitsisi mielestäni seurata aikaisemman, tallennetun kertomuksen käyttökieltoa. Eri asia on, miten kertomuksen välillisuus ja kieltäytyminen vaikuttaisivat kertomuksen todistusarvoon pääasiallisuudesta sovellettaessa.

Yllä selostettuun tulkintaan voitaisiin päätyä myös puhtaasti lainkohtien sanamuotoja tarkastelemalla. Todistamasta kieltäytymään oikeuttavista säännöksistä ei miltään osin ilmene, että niissä tarkoitettua suostumusta ei voitaisi antaa pätevästi jo esitutkinnassa. Tällainen johtopäätös voidaan lähinnä

<sup>1339</sup> Rautio – Frände 2016 s. 278–279.

<sup>1340</sup> Peltonen v. Finland [dec.], 11.5.1999.

<sup>1341</sup> Ks. esim. Rt. 2003 s. 1808 ja Matningsdal 2007 s. 100–114.

<sup>1342</sup> Kaste and Mathisen v. Norway, 9.11.2006 (kohta 47). Ks. myös Schatschaschwili v. Germany [GC] (kohta 127 ja siinä viitatus ratkaisut).

<sup>1343</sup> HE 46/2014 vp s. 107.

perustaa vastakohtaispäätelmään kuulemista tuomioistuimessa koskevasta OK 17:17.2:sta. Missään lain säännöksessä ei edellytetä, että kieltäytyminen oikeudenkäynnissä tekisi aikaisemmista, laillisesti ja vaitiolo-oikeudesta tietoisena annetuista kertomuksista automaattisesti hyödyntämiskelvottomia. Myöskään EIT:n oikeuskäytäntö ei tällaista edellytä. OK 17:47.2:n sanamuoto ei toisaalta tee eroa niiden perusteiden välillä, joiden vuoksi todistaja kieltäytyy antamasta kertomusta, kuten Niemi-Kiesiläinen on huomauttanut sisällöltään mainittua säännöstä vastaavaan VOK 17:32:än viitaten.<sup>1344</sup>

Cabral-tuomiossa kuultava oli paikalla oikeudenkäynnissä ja puolustuksen sallittiin esittää hänelle kysymyksiä. Tämä ei kuitenkaan ollut tuloksellista, koska kuultava kieltäytyi todistamasta itsekriminointisuojaansa vedoten. EIT piti perustetta hyväksyttävänä, mutta sovelsi kuitenkin pääasiallisuustestiä, koska vastakuulustelumahdollisuus oli rajoittunut.<sup>1345</sup> Läheisen kieltäytyessä todistamasta hänen aikaisemmin antamansa kertomuksen lukemista pääkäsittelyssä ei tietääkseni ole pidetty ongelmallisena missään EIT:n ratkaisussa. Esimerkiksi Unterpertinger-tuomiossa, jossa pääasiallisuustestiin on ensimmäisen kerran viitattu, oli kysymys kieltäytymisoikeuttaan pääkäsittelyssä käyttäneiden läheisten esitutkintakertomusten käyttämisestä todisteina.<sup>1346</sup>

Selvää on, ettei tallennetulla kertomuksella voida kiertää hyödyntämiskieltoa eli esittää laittomasti saatua henkilötodistelua. Voimassa olevan oikeutemme mukaan ainakin läheiskriminointisuoja lienee edellä selostetuin tavoin tulkittava siten, ettei esitutkintakertomukseen voida vedota, jos läheistodistaja vetoaa suojaan tuomioistuimessa eikä sitä murreta. Asianosaisen asemassa olevan läheisasianomistajan esitutkintakertomus sen sijaan voitaneen edelleen esittää todisteena ratkaisun KKO 2000:71 mukaisesti (ks. edellä luku 6.4.2). Todistamiskieltoina suojattujen kieltäytymisoikeuksien osalta tilanne on vieläkin tulkinnanvaraisempi, koska ratkaisun KKO 1995:66 oikeusohjetta ei voitane suoraan soveltaa esimerkiksi liikesalaisuuksiin. Katson, että asianmukaisesti saatu esitutkintakertomus olisi hyödyntämiskelpoinen (ks. edellä luku 5.4.2).

Kieltäytyminen antamasta kertomusta voi olla myös oikeudetonta, jos kuultavalla on positiivinen totuusvelvollisuus. Koska pakkokeinoja todistajia vastaan ei juurikaan käytetä, viitataan tällöinkin yleensä tallennettuun kertomukseen.<sup>1347</sup> OK 17:47:ssä ei säädetä siitä, olisiko todistamasta kieltäytyvään

<sup>1344</sup> Niemi-Kiesiläinen 2004 s. 335.

<sup>1345</sup> Cabral v. the Netherlands, 28.8.2018 (kohta 33). Ks. myös Sievert v. Germany, 19.7.2012 (kohta 60), missä samoin hyväksyttiin itsekriminointisuojaan vetoaminen perustelluksi syyksi tallennetun kertomuksen käyttämiselle.

<sup>1346</sup> Unterpertinger v. Austria, 24.11.1986 (kohta 30). Ks. uudemmasta oikeuskäytännöstä esim. Hümmer v. Germany, 19.7.2012 (kohta 41).

<sup>1347</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 106–107, Rautio – Frände 2016 s. 278–279. Ks. myös Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 48–49 ja Maffei 2006 s. 44–46.

sovellettava ensisijaisesti pakkokeinoja, jos tämä on positiivisesti totuusvelvolinen, vai tyydyttävä vain viittaamaan esitutkintakertomukseen. Käytännössä pakkokeinojen käyttäminen on erittäin poikkeuksellista, vaikka kuultava kieltäytyisi todistamasta. Kieltäytyminen tosin verhoetaan usein muistamattomuuteen tai vastaavaan näennäiseen syyhyn, jonka kontrolloiminen on käytännössä mahdotonta. Pakkokeinot eivät toisaalta saisi olla kuollut kirjain, kun niiden käyttömahdollisuus on todistelu-uudistuksessa säilytetty.

Esitöissäkään kysymykseen ei oteta kantaa, mutta pitäisn mahdollisena ottaa pakkokeinojen käyttämistä koskevassa harkinnassa huomioon eräänä tekijänä sen, onko todistajan kertomusta käytettävissä tallennetussa muodossa vai ei. Jos todistajaa kuullaan ensimmäisen kerran tuomioistuimessa, tämä voisi osaltaan puoltaa pakkokeinojen käyttöä, koska muutoin lausunto kyseiseltä henkilöltä voisi jäädä kokonaan saamatta. Kysymykseen ei näytetä otetun kantaa myöskään EIT:n oikeuskäytännössä. Pichugin-tuomioissa kuitenkin pidettiin outona, että tuomioistuin salli todistajan kieltäytyä vastaamasta puolustuksen kysymyksiin kansallisen lain vastaisesti ja mitään perusteita esittämättä.<sup>1348</sup>

OK 17:47.2:n sanamuodon mukaan voidaan viitata ainoastaan tuomioistuimelle, syyttäjälle tai esitutkintaviranomaiselle annettuun kertomukseen. Edellä selostetun ratkaisun KKO 2018:54 mukaan säännös koskee lisäksi ainakin lääkärintodistuksen esitietoja. Epäselvää on, koskeeko se tallennettuja kertomuksia eli tallennetussa muodossa olevaa henkilötodistelua yleisesti. Pidän tällaista tulkintaa perusteltuna, koska kuultava on voinut antaa lausunnon muullakin tavoin kuin lainkohdassa luetelluille viranomaisille. Säännöksen soveltaminen tallennettuun henkilötodisteluun yleisesti olisi myös linjassa edellä tarkastellun OK 17:24.2:n ja jäljempänä tarkasteltavan ROL 11:4.3:n kanssa. Kumpaakin näistä säännöksistä sovelletaan tallennettuihin lausumiin edellyttämättä, että lausuma olisi annettu tietylle viranomaiselle.

Laissa säädettyinä poikkeuksena voidaan mainita myös OK 17:24.3, jonka mukaan ETL 9:4:ssä säädettyin tavoin hankittua tallennettua kuulustelua voidaan käyttää todisteena edellyttäen, että vastakuulustelumahdollisuus on toteutunut (ks. edellä luku 9.3.2). Jos mahdollisuutta vastakuulusteluun ei esitutkinnassa ole ollut, tallenteen esittämistä on arvioitava käyttökieltosäännöksen 2 momentin perusteella.

Toiseksi OK 17:24.2:n mukaan tallennettua kertomusta voidaan käyttää, *jos lausuman antajaa ei voida kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella taikka hän on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta taivoittamatta, eikä asian ratkaisemista tulisi enää viivyttää*. Vaikka kuultavan läsnäolo ei vielä yksin takaa vastakuulustelu-oikeuden tehokasta toteutumista,

<sup>1348</sup> Pichugin v. Russia, 23.10.2012 (kohdat 201–205).

tarkoittaa se toisaalta, että kuultavaa voitaisiin kuulustella ja että hänet on tavoitettu. Kuultavan läsnäolo estää siten lähtökohtaisesti kyseisen poikkeusperusteen soveltamisen.<sup>1349</sup> Toisin lienee arvioitava tilannetta, jossa kuultava ei kykene antamaan kertomusta oikeudenkäynnissä läsnäolosta huolimatta. Oikeampi tulkinta lienee katsoa, ettei kuultavaa tällöin voida kuulustella, kuin se, että hän ei anna kertomusta. Joka tapauksessa tallennettua kertomusta voidaan tällöin käyttää todisteena.

EIT:n edellä selostetussa Gani-tapauksessa kuultava kärsi traumaperäisestä stressihäiriöstä, mutta lääkärinlausunnon mukaan hän sinänsä pystyisi todistamaan. Jo pääkuulustelun aikana hän kuitenkin murtui eikä kyennyt jatkamaan kertomustaan lukuisista yrityksistä ja terveydenhuollon avusta huolimatta. Aikaisemman kertomuksen käyttämiselle todisteena oli hyväksyttävä syy.<sup>1350</sup> Kuultavan läsnäolo pääkäsittelyssä mahdollistaa toisaalta hänen käyttäytymisensä tarkkailun, mitä EIT on pitänyt henkilötodistelun luotettavuuden kannalta merkityksellisenä. Esimerkiksi Seton-tuomiosta todettiin, että vaikka kuultava olisi vedonnut oikeuteensa vaieta, olisi hänen käyttäytymisestään voitu tehdä havaintoja.<sup>1351</sup> Edellä selostetun Kaste ja Mathisen -ratkaisun mukaisesti vastakuulustelu-oikeus rajoittuu kuitenkin pitkälti samalla tavalla sekä kuultavan ollessa kokonaan poissa että hänen ollessaan läsnä mutta vaietessa.

Selvin kuulemisen tosiasiallinen este on kuultavan kuolema. Suomen väestötietojärjestelmää vastaavia rekistereitä ei ole monessa valtiossa, joten esteperusteen selvittäminen voi vaikeutua ulkomailla asuvan kuultavan ollessa kysymyksessä. Toinen tosiasiallisen esteen tyyppitilanne on kuultavan huono terveydentila. Sen osalta vertailukohtia voitaneen hakea laillista estettä koskevista oikeusohjeista. KKO:n oikeudenkäytännössä on vakiintuneesti katsottu, että sairaus muodostaa laillisen esteen ainoastaan, jos se estää henkilöä saapumasta oikeuden istuntoon terveydentilaansa vaarantamatta. Ainakin välitön sairaalahoito muodostaa tällaisen esteen. Jos sairaalahoidon tarve on pysyvä, henkilöä ei voida kuulla pääkäsittelyssä. Kuuleminen pääkäsittelyn ulkopuolella tai etäyhteyden välityksellä voi kuitenkin tulla kysymykseen.<sup>1352</sup>

Kolmas tosiasiallisen esteiden tyyppitilanne on, että kuultava oleskelee ulkomailla eikä häntä voida kuulla kansainvälistä oikeusapua käyttäen. Kuulta-

<sup>1349</sup> Rautio – Frände 2016 s. 167–168.

<sup>1350</sup> Gani v. Spain, 19.2.2013 (kohta 45).

<sup>1351</sup> Seton v. the United Kingdom, 31.3.2016 (kohta 62).

<sup>1352</sup> Tapanila 2019a s. 179–182, Rautio – Frände 2016 s. 168, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 51, Maffei 2006 s. 43–44. Ks. myös KKO 2016:84 (kohta 14 ja siinä viitatu ratkaisut) ja vastaajaa koskeva KKO 2007:2. Myös EIT on korostanut, että vaikka sairaalahoito sinänsä on hyväksyttävä peruste kuultavan poissaololle, tilanteen arviointi on tehtävä kuulemishetkellä vallitsevien olosuhteiden mukaan mukaan (ks. Zadumov v. Russia, 12.6.2017, kohdat 54 ja 55, missä kuultava oltiin kotiuttamassa katkaisuhoidosta).

van asuinvaltio voi antaa oikeusapua esimerkiksi siten, että kuuleminen järjestetään sikäläisessä tuomioistuimessa. Parhaassa tapauksessa tuomioistuimesta järjestyy etäyhteys Suomeen. Eurooppalaista tutkintamääräystä koskevan direktiivin (2014/41/EU) mukaan kuuleminen voidaan pääsääntöisesti toteuttaa videokokouksella tai puhelimitse. Direktiivin 24 artikla sisältää seikkaperäiset määräykset videokuulemisen toteuttamisesta. Jos tällaista mahdollisuutta ei jossain valtiossa ole, vastakuulustelumahdollisuus voidaan pyrkiä turvaamaan esimerkiksi pyytämällä asianosaisilta oikeusapua antavalle tuomioistuimelle toimitettavaksi ne kysymykset, joita kuultavalle halutaan esittää.

Tapauksessa KKO 2007:101 syyte oli koskenut muun ohella kahta paritusta ja todistajiksi oli nimetty kaikkiaan viisi henkilöä, joista kolme oli maksullisia seksipalveluja tarjonneita ulkomaalaisia. Käräjäoikeus sai annettua kutsun pääkäsittelyyn tiedoksi yhdelle viimeksi mainituista. Kukaan maksullisia seksipalveluja tarjonneista henkilöistä ei ollut tullut käräjäoikeuden pääkäsittelyyn. Käräjäoikeus oli peruuttanut pääkäsittelyn ja pyytänyt ulkomaan viranomaiselta oikeusapua henkilöiden kuulemiseksi videoneuvottelua käyttäen. Ulkomaan poliisiviranomainen oli tavoittanut yhden henkilöistä, mutta kaksi muuta oli jäänyt tavoittamatta. Kun tavoitettukin henkilö oli esteen vuoksi ollut poissa, kuuleminen ei ollut onnistunut tälläkään tavoin. Käräjäoikeus otti tämän jälkeen huomioon maksullisia seksipalveluja tarjonneiden henkilöiden esitutkintakertomukset, minkä hovioikeus ja KKO hyväksyivät.

Jos kuultavan tiedetään olevan ulkomailla, mutta kuuleminen osoittautuu mahdottomaksi esimerkiksi oleskeluvaltion kieltäytyessä sen järjestämisestä, kuultavaa ei voida kuulustella. Jos henkilön olinpaikasta ei sen sijaan ole varmaa tietoa tai häntä ei muutoin tavoiteta, voi tulla sovellettavaksi OK 17:24.2:n kolmas poikkeusperuste: tallennettua kertomusta voidaan käyttää, jos kuultava on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta, eikä asian ratkaisemista tulisi enää viivyttää. Poikkeusperusteen soveltamiseksi ei riitä, ettei kuultavaa ole tavoitettu. Tuomioistuimen on lisäksi arvioitava, ovatko tavoittamisyritykset olleet asianmukaisia ja voidaanko asian ratkaisemista enää viivyttää. Poikkeusperuste vastaa OK 17:8.1:n 5 kohdassa säädettyä epäämisperustetta, joten henkilökohtainen kuuleminen voidaan perusteen täytyessä myös evätä.<sup>1353</sup>

Tapauksessa KKO 2018:54 asianomistaja oli jäänyt kutsuttuna pois hovioikeuden pääkäsittelystä, ja hovioikeus oli sallinut esitutkintakertomuksen käyttämisen todisteena, koska asianomistaja oli hovioikeuden mukaan jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta, eikä asian ratkaisemista tullut enää viivyttää. Pelkkä poissaolo ei kuitenkaan KKO:n mukaan ollut OK 17:42.2:ssa tarkoitettu syy, jonka nojalla esitutkintakertomusta voitaisiin käyttää todisteena. Koska edellytykset esitutkintakertomuksen käyttä-

<sup>1353</sup> Tapanila 2019a s. 182–187, Rautio – Frände 2016 s. 168.

miseen todisteena eivät olleet täyttyneet, hovioikeus ei olisi saanut sallia sen käyttämistä todisteena siitäkään huolimatta, että vastaaja oli hovioikeudessa hyväksynyt kertomuksen käyttämisen todisteena.

Ratkaisussa KKO 2018:54 sivuttiin myös tavoittamistoimilta edellytettävää tasoa. Perustelujen mukaan istunnosta pois jäänyttä todistajaa tai muuta kuuluttavaa on yritettävä tavoittaa aktiivisesti, tarpeen vaatiessa poliisin tai muiden viranomaisten avulla, ennen kuin esitutkintakertomusta voidaan käyttää todisteena. Asianmukaisena toimenpiteenä voidaan pitää esimerkiksi sitä, että istunnosta pois jäänyt henkilö määrätään tuotavaksi myöhempään istuntoon, minkä määräyksen täytäntöönpano annetaan poliisin tehtäväksi.<sup>1354</sup> Myös OK 11 luvun mukaisia haastemiehen tavoittamisyrityksiä lienee yleensä pidettävä riittävinä. Jos kuultava asuu ulkomailla, on kuuleminen pyrittävä järjestämään kansainvälisen oikeusavun keinoin sen ollessa mahdollista.<sup>1355</sup> Asiaa käsittelevällä tuomioistuimella on OK 17:24:ää soveltaessaan velvollisuus varmistua tavoittamisyritysten tehokkuudesta.<sup>1356</sup>

EIT on Yevgeniy Ivanov -tapauksessa katsonut, ettei haastemiesten tavoittamisyrityksiä voitu pitää asianmukaisina. Ensimmäistä kuultavaa oli yritetty tavoittaa viidesti samasta osoitteesta, vaikka jo ensimmäisellä kerralla haastemiehille oli ilmoitettu hänen muuttaneen sieltä pois. Uutta osoitetta ei tiedusteltu tarkemmin, vaikka kuultavan äiti oli kertonut tämän uuden asuin-kaupungin. Toista kuultavaa oli tavoiteltu vain kerran ja sen jälkeen käytetty eräänlaista sijaistiedoksiantoa jättämällä kutsu yliopiston kampuksen varti-jalle. Kolmannen kuultavan tiedettiin olleen työmatkalla, mutta hänen työn-antajaltaan ei ollut tiedusteltu matkan kohdetta ja kestoa eikä kuultavan yhteystietoja.<sup>1357</sup> Suomalaisenkin tuomioistuimen voi olla syytä perehtyä tarkemmin tavoittamistoimiin ja tarvittaessa antaa tarkempia ohjeita tiedoksi-annosta (OK 11:1.2).

<sup>1354</sup> KKO 2018:54 (kohta 19). Linjaus perustuu EIT:n oikeuskäytäntöön, ks. esim. Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 121).

<sup>1355</sup> Ks. Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 121 *in fine*), KKO 2007:101 sekä jo KKO 1978-II-70, jonka mukaan Ruotsissa oleskelleen henkilön allekirjoittaman yksityisluon-toisen kertomuksen käytölle ei ollut esitetty erityistä syytä. Huomioon otettiin myös, että asian-osaaisella olisi ollut tilaisuus kuulustuttaa kertomuksen antajaa todistajana Ruotsin tuomioistui-messa kansainväliseen oikeusapuun turvautuen. Myös Tirkkonen piti VOK 17 luvun kommentaa-rissaan lähtökohtana turvautumista kansainväliseen oikeusapuun ennen kuin voidaan katsoa ole-van erityisiä syitä käyttää todisteena tallennettua kertomusta (Tirkkonen 1949 s. 69).

<sup>1356</sup> Ks. Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 121): “It is not for the Court to compile a list of specific measures which *the domestic courts must have taken* in order to have made all reasonable efforts to secure the attendance of a witness whom they finally considered to be unreachable –. However, it is clear that they must have actively searched for the witness with the help of the domestic authorities, including the police” [oikeustapaustulkaukset poistettu ja kursivointi lisätty].

<sup>1357</sup> Yevgeniy Ivanov v. Russia, 25.4.2013 (kohdat 46 ja 47). Ks. myös Mild and Virtanen v. Finland, 26.7.2005 (kohdat 44–46).



Jos ulkomailla oleskelevan kuultavan nimi- tai osoitetiedot ovat selvästi puutteelliset, asianmukaista tiedoksiantoyritystä ulkomaille ei käytännössä voida suorittaa. Tuomioistuimen on aiheellista selvittää niitä ainakin mahdolliselta avustajalta, poliisilta sekä tarvittaessa Maahanmuuttovirastolta. Tuomioistuinten tietopyyntöihin on kokemukseni mukaan joissain tapauksissa suhtauduttu Maahanmuuttovirastossa nihkeästi asiakirjojen salassapitooon vedoten. Salassapitoperusteet nähdäkseni kuitenkin väistyvät sen vuoksi, että tuomioistuin ei voi käsitellä asiaa lainmukaisesti selvittämättä henkilön olinpaikkaa kohtuudella käytettävissä olevin keinoin (vrt. KHO 29.3.1999 taltio 590). Lisäksi on huomioitava, että tuomioistuin käyttää henkilön tietoja ainoastaan tarkoituksessa tavoittaa hänet oikeudenkäyntiä varten.

Käytännössä jo tavoittamisyritykset voivat viedä runsaasti aikaa. Esitöissä ei kuitenkaan ole otettu tarkemmin kantaa siihen, milloin asian ratkaisemista ei tule viivyttää. Viittauksesta ennakkopäätökseen KKO 2007:101 voinee päätellä, että jos pääkäsittelyä on jo kertaalleen lykätty kuultavan tavoittamiseksi, ei ratkaisemista yleensä tulisi viivyttää tätä enempää eli lykätä useampaan kertaan. Lienee selvää, että asia sietää vähemmän viivytystä, jos se olisi käsiteltävä kiireellisesti. Vastajaan ollessa vangittuna,<sup>1358</sup> matkustuskiellossa, virantoimituksesta pidätettynä tai alaikäinen pääkäsittely on yleensä pidettävä ROL 5:13:ssä<sup>1359</sup> säädettyssä määräajassa. Tuomioistuimen tulee ottaa huomioon myös asianosaisten käsitykset arvioidessaan sitä, onko kysymyksessä tilanne, jossa asian ratkaisemista ei tulisi enää viivyttää.<sup>1360</sup>

EIT:n oikeuskäytännön mukaan oikeudesta vastakuulusteluun voidaan *luopua*, kuten muistakin EIS 6 artiklan takaamista oikeuksista. Yksiselitteisenä luopumisena on pidetty esimerkiksi sitä, että puolustus ei vastustanut esitutkintakertomuksen lukemista eikä pyrkinyt esittämään kysymyksiä kuultavalle.<sup>1361</sup> Tällaista poikkeusta ei sisälly OK 17:24:ään. Ratkaisussa KKO 2018:54 todettiin kuitenkin, että OK 17:24.2:a on sovellettava viran puolesta. Säännöksen sanamuodon mukaan asianosaisten suostumus ei muodosta perustetta esitutkintakertomuksen käyttämiselle todisteena. Tällaista tulkintaa eivät perustelujen mukaan tukeneet myöskään säännöksen esityöt tai tavoitteet.<sup>1362</sup> Tapanila on

<sup>1358</sup> EIT:n Gani-tuomion mukaan salliessaan esitutkintakertomusten käyttämisen todisteena kansallinen tuomioistuin kiinnitti huomiota siihen, että valittaja oli tutkintavankeudessa eikä kuulemisen onnistumisesta kohtuullisessa ajassa ollut mitään takeita. Näissä olosuhteissa esitutkintakertomuksen käyttäminen oli hyväksyttävää (Gani v. Spain, 19.2.2013, kohta 45).

<sup>1359</sup> Toisaalta määräaika voidaan säännöksessä viitatus ROL 7:11:n nojalla määrätä säädettyä pidemmäksi muun muassa silloin, kun on tarpeen ryhtyä muuhun valmistelevaan toimenpiteeseen sen turvaamiseksi, että todisteet ovat yhdellä kertaa saatavilla pääkäsittelyssä. Esimerkiksi kansainvälinen oikeusapupyyntö on tällainen toimenpide.

<sup>1360</sup> KKO 2018:54 (kohta 20).

<sup>1361</sup> Poletan and Azirovik v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, 12.5.2016 (kohta 87).

<sup>1362</sup> KKO 2018:54 (kohta 20).

kritisoitua tulkintaa ja katsonut, että se on epäjohdonmukainen suhteessa EIT:n ratkaisuihin.<sup>1363</sup> Ilmeisesti KKO on painottanut tuomioistuimen edellytyksiä välittömän todistelun arviointiin eli käyttökiellon toista suojeluintressiä.

#### 9.4.5 Anonyymi todistelu

Todistajan kuuleminen anonyymisti pääkäsittelyssä edellyttää, että anonymiteetti on myönnetty ROL 5 luvun mukaisessa menettelyssä ja että päätös on lainvoimainen tai sitä on ROL 5:11 e.3:n mukaan noudatettava. Lisäksi pääkäsittelyssä tulee olla tutkittavana syyte siitä rikoksesta, jonka selvittämiseksi todistajalle on myönnetty anonymiteetti, ja todistajan tulee vaatia, että häntä kuulustellaan siten, ettei hänen henkilöllisyytensä paljastu (OK 17:33). Anonymiteetin myöntämisen edellytyksiä pääkäsittelyvaiheessa ei enää tutkita uudelleen. Jos kaikki edellytykset eivät ole käsillä, tulisi joko anonymiteetistä tai todistajan kuulemisesta luopua. Jos anonyymiä todistajaa kuullaan ainoastaan esitutkinnassa sen suuntaamiseksi ja tutkinta tuottaa riittävästi todisteita myös lievemmistä rikoksista, ei kuuleminen pääkäsittelyssä ole edes tarpeen.<sup>1364</sup>

Jos syyttäjä hakisi muutosta ja vaatisi rangaistusta alkuperäisen syyteen mukaisesti, anonymiteetti säilyisi edelleen muutoksenhakuasteissa. Jos kuitenkin syyttäjä muuttaisi rangaistusvaatimustaan koskemaan sellaista rikosta, jota koskevaa syyteasiaa varten anonymiteettiä ei voida myöntää, ei anonyymi todistelu tule kysymykseen.<sup>1365</sup> Lakivaliokunnan mietinnössä on arvioitu tilannetta, jossa vastaaja valittaa tuomioistuimen ratkaisusta tuomita hänet lievemmästä rikoksesta, joka ei oikeuttaisi anonyymin todistelun käyttöä, ja vaatii syyteen hylkäämistä kokonaan syyttäjän tyytyessä käräjäoikeuden ratkaisuun. Valiokunnan mukaan tällöin ei ole kysymys siitä, että syyttäjä olisi luopunut syytteestä tai vaatisi rangaistusta lievemmästä teosta kuin mitä varten anonymiteetti voidaan myöntää. Siksi ei olisi estettä kuulla todistajaa anonyymisti myös muutoksenhakuasteessa.<sup>1366</sup>

Todistajalta tulisi esitöiden mukaan ennen pääkäsittelyä kysyä, vaatii-ko hän vielä, että kuulustelu tapahtuu anonymiteetin turvin. Syyttäjän pitäisi käytännössä huolehtia tästä, koska hänellä on tieto anonyymin todistajan henkilöllisyydestä ja yhteystiedoista. Tuomioistuimen tulisi siksi tyytyä syyttäjän ilmoitukseen siitä, että todistaja edelleen vaatii anonymiteettiä.<sup>1367</sup> Jos todistaja ei vaadi anonymiteettiä, syyttäjä voisi Raution ja Fränden mu-

<sup>1363</sup> Tapanila 2019a s. 175. Ks. myös KKO 2020:84 (kohdat 17 ja 18).

<sup>1364</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 98 ja Rautio – Frände 2016 s. 219–220, missä lainkohtaa luonnehditaan anonyymiä todistajaa koskevaksi avainpykäläksi OK 17 luvun systematiikassa.

<sup>1365</sup> HE 46/2014 vp s. 98.

<sup>1366</sup> LaVM 19/2014 vp s. 25. Perustelu ei ole täysin vakuuttava.

<sup>1367</sup> HE 46/2014 vp s. 98.

kaan vedota anonymiteetin myöntämistä koskeneessa käsittelyssä kerrotuihin tietoihin.<sup>1368</sup> Tulkinta on nähdäkseni perusteltu.

Anonymiteetin tarkoituksena on, ehkä hieman ristiriitaisesti, edistää todistelun kontradiktorisuutta mahdollistamalla todistajan vastakuulusteleminen. Todistelu on anonymiteetistä huolimatta suullista ja välitöntä toisin kuin käytettäessä tallennettua kertomusta. Asianosaisille onkin OK 17:53.2:n mukaan varattava tilaisuus esittää anonyymille todistajalle kysymyksiä pääkäsittelyssä. Vaikka asianosaiset eivät näkisi anonyymin todistajan käyttäytymistä tai vaikka tämän ääni olisi muunnettu, tapahtuu todistajan kuuleminen kuitenkin vuorovaikutuksessa. *Kertomuksen luotettavuutta* – sen muuttumattomuutta, yksityiskohtaisuutta ja sisällöllistä johdonmukaisuutta – voidaan arvioida, vaikka kertomuksen antajan henkilöllisyyttä ei paljasteta. Puolustuksen tulisi voida kysyä myös mahdollisimman paljon *kuultavan luotettavuuden* kannalta merkityksellisiä kysymyksiä.

Vastakuulustelumahdollisuutta ei kuitenkaan saa käyttää anonymiteetin kiertämiseen. OK 17:21.1:n mukaan anonyymi todistaja saa kieltäytyä todistamasta siltä osin kuin todistaminen saattaisi paljastaa hänen henkilöllisyytensä tai yhteystietonsa. Todistamisvelvollisuuden sisällöllinen laajuus jää käytännössä lähinnä anonyymin todistajan itsensä arvioitavaksi, joskin syyteasian puheenjohtajan tulee olla tietoinen anonyymin todistajan henkilöllisyydestä (ROL 5:11 b.3). Todistajan kieltäytyminen vastaamasta joihinkin kysymyksiin ei kuitenkaan sinänsä estä puolustusta ajamasta asiaansa ja vetoamasta esimerkiksi rikosprovokaatioon tai väittämästä anonyymin todistajan valehtelevan.

Esimerkiksi Van Mechelen -tuomiosta ilmenevin tavoin (ks. edellä luku 9.3.3) myös anonyymin kuulemisen toteuttamistavalla on merkitystä arvioitaessa kontradiktorisuuden rajoittumista. Vuoden 2005 mietinnössä käytetään nimitystä anonymiteetin aste viitattaessa siihen, miten todistajan henkilöllisyys salataan. Henkilöllisyyden salaamiseksi voi olla tarpeen ryhtyä erilaisiin kuulemisjärjestelyihin.<sup>1369</sup> OK 17:53.1:n mukaan anonyymia todistajaa voidaan pääkäsittelyssä kuulla näkösuojan takaa tai vastaajan läsnä olematta taikka hänen henkilökohtaisesti läsnä olematta käyttäen puhelin- tai videoyhteyttä taikka muuta soveltuvaa teknistä tiedonvälitystapaa. Todistajan ääni voidaan kuulemisessa muuntaa siten, ettei anonyymia todistajaa voi siitä tunnistaa. Pykälän 3 momentin mukaan kuuleminen voidaan järjestää myös yleisön läsnä olematta.

<sup>1368</sup> Rautio – Frände 2016 s. 220.

<sup>1369</sup> OMTR 2005:5 s. 3. Tapauksessa KKO 2016:88 edes anonymiteettiä koskeneessa hakemuksessa ei mainittu kuultavien henkilöllisyyksiä, vaan ainoastaan koodinimet (kohta 20). Menettely oli tältä osin lainvastainen.

Tarpeellinen kuulemisjärjestely riippuu yksittäistapauksen olosuhteista. Pitkälle menevät rajoitukset ovat yleensä tarpeen, jos kysymyksessä on esimerkiksi rikollisjärjestöön soluttautunut peitepoliisi. Kuuleminen saattaa olla perusteltua toteuttaa vaikkapa niin, että poliisia kuullaan videoyhteydellä hänen äänensä muuntaen, jolloin asianosaiset eivät tiedä edes sitä, missä paikassa todistaja on. Kaikista turvallisuustoimista huolimatta tai pikemminkin niiden takia voi tosin käydä ilmeiseksi, että kuultava on peitepoliisi. Eniten anonymiteetistä hyötynee esimerkiksi rikollisjärjestöjen välienselvittelyn sattumalta nähnyt ulkopuolinen todistaja, jonka henkilöllisyydellä ei ole kertomuksen luotettavuuden kannalta juurikaan merkitystä. Tällaista anonyymiä todistajaa voitaisiin periaatteessa kuulla ilman mitään erityisjärjestelyjä, koska häntä ei voisi tunnistaa kasvojen perusteella.

Anonymiteetin perusteiden ollessa käsillä todistajat eivät kuitenkaan liene halukkaita tällaiseen avoimuuteen etenäkään, kun nykyisin on mahdollista, että asianosainen tai joku yleisöstä – jos yleisöä ei ole poistettu salista – ottaa puhelimellaan huomaamatta kuvan todistajasta ja julkaisee sen tarkoituksessa selvittää todistajan henkilöllisyys. Tarpeellisten kuulemisjärjestelyjen kartoittamiseksi voidaan hallituksen esityksen mukaan järjestää suullisen valmistelun istunto. Periaatteellisenä lähtökohtana tulee tietenkin pitää todistelun välittömyyttä, joten anonyymiä todistajaa olisi kuultava mahdollisimman välittömän järjestelyin.

Hallituksen esityksen mukaan anonyymistä todistelusta päättänyt tuomari nimenomaan ei olisi saanut käsitellä rikosasiaa, jossa kuullaan kyseistä todistajaa. Yleisperustelujen mukaan pääasiaa käsittelevän tuomarin tietämättömyys todistajan henkilöllisyydestä voidaan nähdä takeena sille, ettei anonyymi todistelu saa liian merkittävää painoarvoa ja ettei tuomarille muodostu ennakkokäsitystä vastaajasta. Muunlainen ratkaisu olisi varsin ongelmallinen myös siksi, että vakiintuneen ja painavan lähtökohdan mukaan tuomari ei saa käyttää asian ratkaisemisessa yksityisiä tietojaan. Perusteena viitattiin erityisesti siihen, että syyllisyyksykysymystä ei meillä ratkaise valamiehistö.<sup>1370</sup> Vuoden 2005 työryhmämietinnössä katsottiin samoin, ettei anonyymistä todistelusta päättävä tuomari saisi käsitellä pääasiaa, joskin hieman eri perustein.<sup>1371</sup>

EIT:n edellä selostetun oikeudenkäyntiaineiston salassapitoa koskevan oikeuskäytännön valossa asian ratkaisevan tuomarin tietämättömyys vaikuttaisi perustellulta. Anonyymien todistelun osalta tuomarin tietoisuuden ei kuitenkaan ole katsottu johtavan sellaisiin ongelmiin, joihin esitöissä on viitattu. Tietoisuutta anonyymien todistajan henkilöllisyydestä on sen sijaan pidetty

<sup>1370</sup> HE 46/2014 vp s. 38.

<sup>1371</sup> OMTR 2005:5 s. 68. Mietinnössä viitattiin tuomarin yksityisten tietojen lisäksi siihen, että tuomarille saattaisi syntyä ennakkokäsitys todistajan luotettavuudesta – ei vastaajasta.

kontradiktorisuutta vahvistavana oikeusturvatekijänä, koska se parantaa mahdollisuuksia arvioida todistajanlausunnon luotettavuutta ja vahvistaa siten puolustuksen oikeusturvaa. Perustuslakivaliokunta edellyttikin Doorson- ja Pesukic-tuomioihin viitaten, että lainkohtaa muutetaan.<sup>1372</sup> Toisaalta tuomarin tietoisuuteen viitataan useissa ratkaisuisa hyvin lyhyesti, mistä voi päätellä, ettei kysymys välttämättä ole painoarvoltaan ratkaisevasta tasapainottavasta turvatakeesta.<sup>1373</sup>

Tuomarin tietoisuutta vastaan puhuvat seikatkin ovat sinänsä huomionarvoisia. Esimerkiksi jos tuomari tietää vastaajan uhkailleen anonyymiä todistajaa tai tämän olevan peitepoliisi, voi anonyymiteetin myöntämisperusteella olla todistajan kertomuksen luotettavuutta vahvistava vaikutus. Tällainen tieto on vastaajan tavoittamattomissa ja rinnastuu siten tuomarin yksityiseen tietoon. Oikeusturvan kannalta tuomarin tietoisuutta voidaan puoltaa myös huomauttamalla, että hänellä on paremmat mahdollisuudet sekä valvoa anonyymiteetin ylläpitämistä että edistää todistelun välittömyyttä tietoisena todistajan henkilöllisyydestä.

Tapanila huomauttaa, että sääntely on ongelmallista monijäsenisessä tuomioistuimessa. On näet epäselvää, saako puheenjohtaja (tai tulisiko hänen) kertoa yksityiset tietonsa todistajan henkilöllisyydestä ja anonyymiteetin myöntämisen perusteista muillekin kokoonpanon jäsenille. Tapanilan selostamassa tapauksessa hän itse ei ollut kollegion jäsenenä halunnut tietää todistajien henkilöllisyyttä, eikä kyseinen tieto tuossa tapauksessa ollut merkityksellisenkään.<sup>1374</sup> Lähtökohtana on perusteltua pitää kiinni lain sanamuodosta, joka edellyttää vain puheenjohtajan olevan tietoinen anonyymin todistajan henkilöllisyydestä. Lakivaliokunta on pitänyt tätä riittävänä ottaen huomioon esimerkiksi puheenjohtajan prosessinjohtovelvollisuudet.<sup>1375</sup>

<sup>1372</sup> PeVL 39/2014 vp s. 6. Doorson-tapauksessa anonyymin todistajan henkilöllisyydestä ei kuitenkaan ollut tietoinen pääasiaa käsitellyt tuomari, vaan tutkintatuomari, joka vastasi anonyymin todistajan kuulemisesta (Doorson v. the Netherlands, 26.3.1996, kohdat 25 ja 73). Kostovski-tuomiossa kiinnitettiin toisaalta kriittisesti huomiota siihen, että tutkintatuomarikaan ei ollut tietoinen todistajan henkilöllisyydestä (Kostovski v. the Netherlands [plenary], 20.11.1989, kohta 43). Järjestelmien eroavaisuuksista johtuen Alankomaita koskevien ratkaisujen merkitys Suomen kannalta voidaan perustellusti kyseenalaistaa. Pesukic-tapauksessa syyteasiaa käsitelleen tuomioistuimen puheenjohtajan tietoisuutta anonyymin todistajan henkilöllisyydestä sen sijaan pidetään selvästi oikeusturvatekena (Pesukic v. Switzerland, 6.12.2012, kohta 50).

<sup>1373</sup> Tuomarin tietoisuutta sivutaan varsin lyhyesti paitsi Pesukic-tuomion edellä mainitussa kohdassa myös ratkaisuisa *Bátek and Others v. the Czech Republic*, 12.1.2017 (kohta 56) ja *Papadakis v. the former Yugoslav Republic of Macedonia*, 26.2.2013 (kohta 91). Ratkaisussa *Ellis and Simms v. the United Kingdom* and *Martin v. the United Kingdom* [dec.], 10.4.2012 (kohta 83) tuomarin tietoisuus henkilöllisyydestä ja mahdollisuus arvioida salassapidon perusteita näyttää sen sijaan olleen painoarvoltaan suurempi tekijä. EIT:n tulkintalinja ei vaikuta täysin täsmentyneen.

<sup>1374</sup> Ks. Tapanila 2017 s. 733 ja siellä viitattu Pölönen – Tapanila 2015 s. 408.

<sup>1375</sup> LaVM 19/2014 vp s. 25. Prosessinjohtovelvollisuuksien kannalta lienee suotavaa, että puheenjohtaja käy anonyymin todistajan kanssa läpi tämän todistamisvelvollisuuden laajuutta ja perusteita kieltäytyä vastaamasta kysymyksiin anonyymiteetin suojaamiseksi (Tapanila 2019a s. 217).

## 9.5 HYÖDYNTÄMISVAIHE

### 9.5.1 Kontradiktorisuuteen perustuva hyödyntämiskielto

Hallituksen esityksessä todistelu-uudistukseksi tuomarin tietämättömyyttä anonyymien todistajan henkilöllisyydestä perusteltiin muun ohella sillä, että kontradiktorisen periaatteen mukaan tuomari ei saa käyttää asian ratkaisemisessa yksityisiä tietojaan. Muutoin ratkaisu perustuisi osittain sellaiselle aineistolle, joka ei olisi ollut kaikkien asianosaisten tiedossa ja jota he eivät olisi voineet oikeudenkäynnissä kommentoida.<sup>1376</sup> Katsonkin, että ROL 11:2:n säännös on ilmaistavissa kontradiktoriseseen periaatteeseen perustuvana ehdottomana hyödyntämiskieltona. Sen mukaan tuomiossa saadaan ottaa huomioon vain se oikeudenkäyntiaineisto, joka on esitetty pääkäsittelyssä tai joka on tullut asianosaisten tietoon pääkäsittelyn ulkopuolella tai pääkäsittelyä täydennettäessä. Päinvastaisessa tapauksessa tietoa ei saa ottaa huomioon eli sen hyödyntäminen on kielletty.<sup>1377</sup>

Säännöksen esitöissä korostetaan, että esimerkiksi esitutkintapöytäkirja ei ole sellainen asiakirja, joka otettaisiin huomioon asiaa pääkäsittelyssä ratkaistaessa, ellei se ole tullut huomioon otettavaksi oikeudenkäyntiaineistoksi (laillisen) viittauksen perusteella. Esitutkintapöytäkirjaan merkittyä henkilötodistelua ei saa ottaa huomioon myöskään, jos syyte pääkäsittelyä toimittamatta jätetään tutkimatta tai hylätään (ROL 11:2.2). Ainoastaan esimerkiksi esitutkintapöytäkirjan liitteenä olevat kirjalliset todisteet, siitä selvästi ilmenevät objektiiviset olosuhteet, esimerkiksi rikoksentelepaikkaa tai -aikaa tai epäillyn ikää koskevat tiedot voidaan tarkistaa esitutkintapöytäkirjasta ilmenevästä aineistosta.<sup>1378</sup>

Yksityisten tietojen käytön kieltö liittyy läheisesti tuomioistuimen velvollisuuteen viran puolesta lähettää asianosaisille tiedoksi kaikki asiassa kertynyt oikeudenkäyntiaineisto. Tämä koskee paitsi muiden asianosaisten toimittamaa aineistoa myös tuomioistuimen viran puolesta hankkimia todisteita.<sup>1379</sup> Asianosaisilla tulee olla myös riittävä mahdollisuus perehtyä tällaiseen aineistoon ennen pääkäsittelyä. ROL 11:2.1:n nojalla kiellettyä on sellaisen viran puolesta hankitun aineiston hyödyntäminen, jota ei esitetä pääkäsittelyssä.

ROL 11:2.1:n tarkoituksena on turvata pääkäsittelyn välittömyyttä ja ehkäistä epäselvyys siitä, mihin oikeudenkäyntiaineistoon tuomioistuin voi ratkaisunsa

<sup>1376</sup> HE 46/2014 vp s. 160–161. Ks. myös Virolainen – Pölonen 2003 s. 342 ja Tirkkonen 1969 s. 82.

<sup>1377</sup> Lappalainen 2001 s. 141, Hormia 1979 s. 47.

<sup>1378</sup> HE 82/1995 vp s. 125–126.

<sup>1379</sup> Ervo 2008 s. 254.

perustaa.<sup>1380</sup> Samalla se tosiasiallisesti kieltää myös sellaisen ei-asianosaisjulkisen oikeudenkäyntiaineiston hyödyntämisen, joka olisi saatettu ainoastaan tuomioistuimen tietoon mutta jota ei esitetty pääkäsittelyssä. Anonyymien todistelun osalta on periaatteessa olemassa vaara siitä, että tuomari ottaa kielon vastaisesti huomioon anonyymien todistajan henkilöllisyyden ja anonyymiteetin myöntämismenettelyyn liittyviä seikkoja, joita pääkäsittelyssä ei esitetä. Viitataan tältä osin siihen, mitä edellä (luku 3.2.2) on sanottu tuomarin kognitiivisesta ongelmasta. Ammattitaitoisen tuomarin tulee kyetä sivuuttamaan anonyymiteetin myöntämistä koskevassa menettelyssä paljastetut seikat, ja tuomion perustelut mahdollistavat tämän kontrolloinnin.

Ennakkopäätöksessä KKO 2015:20 (kohta 11) todetaan, että asianosaisen oikeus tulla kuulluksi on keskeisimpiä prosessuaalisia oikeusperiaatteita. PL 21.2 §:n mukaan oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin takeisiin kuuluu jokaisen oikeus tulla tuomioistuimessa kuulluksi häntä koskevassa asiassa. Oikeuskäytännössä on katsottu asianmukaisen käsittelyn tuomioistuimessa edellyttävän, että tuomioistuimen ratkaisu perustuu vain sellaiseen oikeudenkäyntiaineistoon ja sellaisiin seikkoihin, jotka ovat olleet oikeudenkäynnin asianosaisten tiedossa ja joihin heillä on ollut asianmukainen tilaisuus perehtyä ja joista he ovat voineet lausua käsityksensä. Kuulemisperiaatteen mukaan tuomioistuin *ei saa osaksikaan perustaa ratkaisuaan* sellaiseen oikeudenkäyntiaineistoon, josta asianosaisella ei ole ollut mahdollisuutta halutessaan lausua [kursivointi tässä].

## 9.5.2 Käyttökiellon vastainen menettely oikeudenkäyntivirheenä

Miten sitten tulee suhtautua tilanteeseen, jossa kirjallisen kertomuksen käyttäminen todisteena on sallittu eli sitä on hyödynnetty tuomioistuimen ratkaisussa, vaikka mikään käyttökiellon poikkeusperuste ei ole käsillä? Oikeuskäytännön perusteella tällaista menettelyä lienee pidettävä OK 31:1.1:n 4 kohdassa tarkoitettuna muuna oikeudenkäyntivirheenä, joka on voinut vaikuttaa jutun lopputulokseen. Sellaisen nojalla asia voitaisiin joko palauttaa alempaan tuomioistuimeen kertomuksen antaneen henkilön kuulemiseksi, ottaa asia muutoksenhakutuomioistuimessa välittömästi ratkaistavaksi ja järjestää kuulemismahdollisuus siellä tai muutoksenhakutuomioistuin voisi ratkaista asian välittömästi muun näytön perusteella, mikä käytännössä voisi johtaa syytteen hylkäämiseen. Jatkokäsittelyssä voisi tietenkin käydä ilmi, että poikkeusperuste silloin täyttyy, mikä mahdollistaisi tallenteen käytön.

Pölösen mukaan KKO:n tulkintalinja on muuttunut 1990-luvulla tiukempaan suuntaan. Varhaisimmissa tapauksissa KKO 1991:84, 1991:145, 1993:101 ja

<sup>1380</sup> HE 82/1995 vp s. 125.

1995:5 asia on palautettu alempaan oikeusasteeseen vastakuulustelu-oikeuden toteuttamiseksi. Tapauksissa KKO 1995:66, 1996:50 ja 2000:71 syyte-asia on sen sijaan ratkaistu välittömästi ja syyte hylätty. Pölösen tulkinnan mukaan linjamuutoksen taustalla on ollut se nykyisin OK 17:7:stä ilmenevä periaate, että rikosasiassa tuomioistuin saa hankkia näyttöä ainoastaan, jos se todennäköisesti ei tue syytettä. Ennakkopäätöksissä KKO 1995:44 ja 1996:133 onkin katsottu, että ei olisi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimuksen mukaista palauttaa asiaa alempaan oikeusasteeseen syytettä tukevan lisäselvityksen hankkimiseksi. Asian palauttaminen vastakuulustelua varten saattaisi merkitä sitä, että syyteasia ratkaistaan muutoksenhaun jälkeen vastaajan vahingoksi.<sup>1381</sup>

Ennakkopäätökseen KKO 2017:93 sisältyvässä käsittelyratkaisussa arvioitiin ulkomailla annetun tuomion käyttämisestä todisteena siltä osin kuin siinä selostettiin kahden henkilön kertomuksia. Nämä kertomukset olivat erotettavissa tuomion muusta sisällöstä. Kysymys oli siten selvästi henkilötodistelusta tallennetussa muodossa ja kertomuksiin sovellettiin OK 17:24.2:a. Henkilöitä, joiden kertomuksia tuomiossa oli selostettu, ei kuitenkaan ollut nimetty kuultaviksi suomalaisessa oikeudenkäynnissä eikä heitä ollut näin ollen yritettykään tavoittaa mainitun lainkohdan edellyttämällä tavalla. Koska poikkeuseruste ei täyttynyt, tuomiossa selostettuja kertomuksia ei hyödynnetty KKO:ssa.

Hyödyntämiskiellon asettamisesta puhuminen voi tuntua tarpeettomalta, jos muutoksenhakutuomioistuin ratkaisee asian välittömästi eikä todistetta ole edes tarjottu oikeudenkäyntiaineistoksi aikaisemmin. Tällöin hyödyntämättä jättäminen voitaisiin jäsentää myös käyttökiellon oikeaksi soveltamiseksi. Sinänsä ei ole mitään estettä katsoa, että tuomioistuin asettaa ennakkollisen hyödyntämiskiellon. Kysymys on lähinnä teoreettinen. Jos muutoksenhakutuomioistuin sen sijaan palauttaa asian alempaan tuomioistuimeen ja lausuu, ettei tallennettua kertomusta olisi saanut hyödyntää, näyttäytyy tällainen lausuma selvästi alemmaa tuomioistuinta sitovana hyödyntämiskieltona. Hyödyntämiskieltoa lienee joka tapauksessa pidettävä käyttökieltoon perustuvana epäitsenäisenä hyödyntämiskieltona eikä itsenäisenä hyödyntämiskieltona.<sup>1382</sup>

Tapauksessa KKO 2018:54 asiaa ei ratkaistu välittömästi, vaan se palautettiin kuulemisen toteuttamiseksi hovioikeuteen. Siinä asianomistaja oli nimetty kuultavaksi suullisesti jo hovioikeuden pääkäsittelyssä ja myös puolustus oli nimennyt asianomistajan kuultavaksi jatkokäsittelyssä. Palauttamisen perusteena oli hovioikeudessa tapahtunut asian lopputuloksen kannalta merkityksellinen oikeudenkäyntivirhe. Asianomistajan kuulemiseksi ja muun näytön vastaan-

<sup>1381</sup> Pölönen 2003 s. 85–93.

<sup>1382</sup> Ks. HE 46/2014 vp s. 92 (”johdonmukaisesti todistamis- tai käyttökiellon vastaisen menettelyn oikeudellinen seuraamus on hyödyntämis- tai käyttökielto”) ja Rautio – Frände 2016 s. 188. Vrt. Tapanila 2019a s. 231–235, missä pidetään mahdollisena soveltaa OK 17:25.3:a sanotussa tilanteessa hyödyntämiskiellon perusteena.



ottamiseksi asia palautettiin hovioikeuteen. Palauttaminen vastaavalla perusteella olisi periaatteessa ollut mahdollista myös tapauksessa KKO 2017:93 ulkomaisten todistajien kuulemiseksi, mutta heitä ei ollut nimetty KKO:ssa henkilökohtaisesti kuultaviksi.<sup>1383</sup>

Pölönen on katsonut, että hovioikeuden ei yleensä tulisi palauttaa asiaa ali-oikeuteen vaan ratkaista se välittömästi. Tämä olisi perusteltua ainakin silloin, kun henkilökohtainen kuuleminen ei ole järjestettävissä eli ei ole mahdollista korjata puutetta. Jos virhe on sen sijaan korjattavissa, olisi jutun ratkaiseminen välittömästi hovioikeudessa prosessiekonomisesti ja myös instanssijärjestyksen periaatteen kannalta tarkoituksenmukaisin vaihtoehto.<sup>1384</sup> Näkemys on perusteltu myös EIT:n ratkaisukäytännön valossa.<sup>1385</sup> Asian palauttaminen kärjä-oikeuteen voinee kuitenkin olla joskus tarpeen menettelytapojen ohjaamiseksi oikeammalle uralle. Instanssijärjestyksen periaatteen mukaista ei näet voi olla, että jokin kärjäoikeus säännöllisesti näyttäisi ”ulkoistavan” vastakuulustelu-oikeuden toteuttamisen hovioikeudelle.

Vallitseva oikeustila lienee, että ensisijaisesti ratkaistaan, onko tallennetun kertomuksen käyttäminen (ollut) sallittua kyseisessä tapauksessa eli onko henkilökohtaiselle kuulemiselle ollut tosiasiallinen este tai onko kuultava jäänyt tavoittamattomiin tai kieltäytynyt todistamasta. Jos mikään poikkeusperuste ei ole käsillä, tallennettua kertomusta ei saa esittää todisteena. Kärjäoikeus ja hovioikeus voinevat kiinnittää kenen tahansa asianosaisen huomiota käyttökieltoon, jos kertomuksen antajaa ei nimetä kuultavaksi henkilökohtaisesti.<sup>1386</sup> Jos syyttäjä tai asianomistaja tästä huolimatta pitäytyisi ainoastaan tallenteen nimeämisessä, sen esittäminen todisteena olisi kiellettävä, ellei mikään poikkeusperuste täyty. Puolustuksen nimeämän kertomuksen antaja voitaneen sen sijaan määrätä viime kädessä viran puolesta kuultavaksi OK 17:7:n nojalla.

<sup>1383</sup> Preklusio KKO:ssa (ks. edellä luku 4.3) ei olisi ilmeisesti tullut kysymykseen, koska ulkomainen tuomio oli annettu vasta suomalaisen hovioikeustuomion antamisen jälkeen. KKO ei nimenomaisesti lausunut preklusiosta mitään ennakkopäätöksessä KKO 2017:93.

<sup>1384</sup> Pölönen 2003 s. 90. Vanhastaan palauttamista on puollettu siitä syystä, että uutta henkilö-todistelua ei voitu kirjallisessa hovioikeusmenettelyssä arvioida. Nykyisin tätä ongelmaa ei ole, joten lähtökohdانا lienee pidettävä, että uusi todistelu otetaan vastaan ja pääasiallisuudesta tarvittaessa suoritetaan hovioikeudessa, jos tämä suinkin on tarkoituksenmukaista. Palauttaminen voisi tulla kysymykseen lähinnä, jos uusi todistusaineisto olisi varsin laajaa, mikä ei ole käytännössä yleistä. Ks. Reinikainen 1956 s. 230–231, Leppänen – Välimaa 1998 s. 96–97, Jokela 2010 s. 459–462.

<sup>1385</sup> Ks. Edwards v. the United Kingdom, 16.12.1992 (kohdat 37–39), missä katsottiin, että puolustuksella oli mahdollisuus pyytää todistajien kuulemista vielä muutoksenhakuasteessa, mikä riitti korjaamaan kontradiktorisuuspuutteet alioikeuden käsittelyssä. Tapauksessa KKO 2007:36 asia palautettiin ylimääräisen muutoksenhaun johdosta hovioikeuteen, koska vastakuulustelumahdollisuuden puuttuminen voitiin lainsäädännön muututtua korjata ja antaa vastaajille tilaisuus poissa olleiden kansavastaajien kuulustelemiseen.

<sup>1386</sup> Ks. Pölönen 2003 s. 89–91.

Jos kärjäoikeus on sallinut tallennetun kertomuksen käytön, vaikka mikään poikkeusperuste ei täyty, kysymyksessä on menettelyvirhe. Se voidaan kuitenkin korjata nimeämällä kertomuksen antaja hovioikeudessa henkilökohtaisesti ja joko kuulemalla häntä tai sallimalla tallenteen käyttö jonkin esteperusteen täytyessä. On esimerkiksi mahdollista, että kuultava on menehtynyt prosessin aikana tai että hovioikeuden asianmukaiset tavoittamistoimet jäävät tuloksettomiksi. Tällöinkin menettelyvirhe korjaantuu siinä mielessä, että tallenteen esittäminen todisteena voidaan sallia hovioikeudessa. Vaikka kärjäoikeus olisi laiminlyönyt asianmukaiset tavoittamistoimet, lienee Pölösen esittämin tavoin yleensä perusteltua, että hovioikeus ottaa asian käsiteltäväkseen välittömästi ja ryhtyy tavoittamistoimiin sen sijaan, että asia palautettaisiin tätä varten kärjäoikeuteen.

Eräs kysymys on, onko virhe korjattavissa, jos kuultava on vedonnut alioikeudessa oikeuteen kieltäytyä todistamasta (tai kieltäytynyt pakkokeinojen uhasta huolimatta) ja esitutkintakertomus tai muu tallennettu kertomus on luettu tästä syystä. Periaatteessa henkilö voisi muuttaa mieltään jatkokäsittelyssä, kuten tapauksessa KKO 2018:54 todettiin asianomistajasta. Tällainen mahdollisuus on pelkkää spekulatiota, kuten Tapanila huomauttaa.<sup>1387</sup> Lähtökohtana täytynee kuitenkin pitää, että myös todistamasta kieltäytymään oikeutettu kuultava, joka on käyttänyt kieltäytymisoikeuttaan, kutsuttaisiin pääkäsittelyyn. KKO on toisaalta tapauksessa 2017:93 hyväksynyt sen, että suulliseen käsittelyyn saapumatta jäänyt vastaaja oli ilmoittanut asiamiehensä välityksellä, ettei halua tulla kuulluksi asiassa.

Entä miten olisi meneteltävä tilanteessa, jossa hovioikeus ei ole kiinnittänyt asianosaisen huomiota kirjallisen kertomuksen käyttökieltoon, vaikka tämä ei ole nimennyt kertomuksen antajaa henkilökohtaisesti kuultavaksi? Jos hovioikeus on jättänyt kertomuksen hyödyntämättä vasta pääasiasratkaisun yhteydessä, kysymys lienee lähtökohtaisesti asian palauttamista edellyttävästä menettelyvirheestä, koska tällainen ratkaisu on tullut kertomuksen nimenneen asianosaisen kannalta yllätyksenä. Tapauksessa KKO 2011:20 katsottiin, että päätös kirjallisen todisteen hyväksyttävyydestä olisi pitänyt tehdä pääkäsittelyssä. Kun todiste oli kirjallisena kertomuksena jätetty ottamatta huomioon pääasiasratkaisussa, hovioikeuden menettely ei ollut ollut asianmukaista (ks. myös KKO 2015:20 ja 2015:86). Mahdollista on sekin, että hovioikeus hyödyntää tallennettua kertomusta kuvatussa tilanteessa lainvastaisesti eli vaikka mikään poikkeusperuste ei täyty. Pölönen on katsonut, että tällöin KKO:n tulisi lähtökohtaisesti ratkaista asia välittömästi ottamatta tallennettua kertomusta huomioon.<sup>1388</sup>

Ratkaisussa KKO 2018:54 katsottiin, että tallennetun kertomuksen käyttökieltoa on sovellettava viran puolesta. Kun hovioikeus ei olisi saanut sallia kirjallisten kertomusten käyttämistä todisteena, asiassa oli tapahtunut oikeudenkäyntivirhe, jonka voitiin olettaa vaikuttaneen jutun lopputulokseen (OK 31:1.1:n 4 k.). Asia palautettiin vastaajan pyynnön mukaisesti hovioikeuteen asianomistajan kuulemiseksi henkilökohtaisesti ja muun näytön vastaan-

<sup>1387</sup> Tapanila 2019a s. 174.

<sup>1388</sup> Pölönen 2003 s. 90–91.

ottamiseksi, jotta sitä voitaisiin harkita kokonaisuutena (ks. OK 31:6). Menettelyvirheenä lienee vastaavasti pidettävä muitakin tilanteita, joissa tallennetun kertomuksen käyttöä ei olisi saatu sallia. Ratkaisevaa ei liene se, onko kertomuksen antaja nimetty henkilökohtaisesti kuultavaksi. Tapauksen KKO 2018:54 olosuhteissa hovioikeuden menettelyvirhe tosin oli sikäli ”kaksin-kertainen”, että juuri tuomioistuimen olisi tullut ryhtyä asianmukaisiin toimenpiteisiin kuulemisen toteuttamiseksi. Toisin sanoen menettelyvirheitä olivat asianmukaisten toimenpiteiden laiminlyönti ja tallennettujen kertomusten käyttäminen tilanteessa, jossa poikkeusperuste ei täyttynyt.

Periaatteessa vastaava menettelyvirhe olisi käsillä myös, jos hovioikeus on lainvastaisesti sallinut puolustuksen esittämän tallennetun kertomuksen käytön todisteena. Esimerkiksi ratkaisusta KKO 2015:86 on löydettävissä tukea sille johtopäätökselle, että todistelua koskevien (informatiivisten) prosessinjohtotoimien tulee olla tasapuolisia eikä todistelua koskeva ratkaisu saa olla myöskään syyttäjälle yllätyksellinen. Oikeuskäytännössä on katsottu, että tuomioistuimen velvollisuutena on kyselyoikeuttaan käyttäen selvittää asianosaisten vaatimuksiin liittyvät epäselvyydet myös silloin, kun vaatimus kohdistuu rikosasian vastaajaan (KKO 2010:40, kohta 18 ja KKO 2013:98, kohta 10). Jos syyttäjä olisi kyseisessä, asiantuntijalausuntoa koskeneessa tapauksessa prosessinjohtotoimien jälkeenkin vedonnut vain kirjalliseen lausuntoon sen näyttöarvon vaarantumisesta huolimatta, tämä olisi ollut asianosaisten tietoinen valinta.

Korostan jo nyt, että seuraavaksi käsiteltävää *sole or decisive rule*’ia eli niin sanottua pääasiallisuustestiä ei mielestäni voida pitää varsinaisena hyödyntämiskieltona, vaan lähinnä tukitodisteluvaatimuksena (ks. niistä edellä luku 4.6). Tapanila näyttää pitävän varsin laajasti mahdollisena sitä, että vastakuulustelu-oikeuden laiminlyönti johtaisi hyödyntämiskiellon määräämiseen OK 17:25.3:n nojalla.<sup>1389</sup> Mielestäni Suomen oikeuden mukaan ei kuitenkaan olisi asetettava hyödyntämiskieltoa, jos tallennettu kertomus on ainoa tai pääasiallinen syytettyä tukeva todiste eikä riittäviä oikeusturvatakeita ole käsillä. Esimerkiksi tuoreen EIT:n oikeuskäytännön mukaisissa ennakkopäätöksissä KKO 2013:97 ja 2017:93 *syyte on hylätty*, mutta hyödyntämiskieltoa ei ole asetettu. Samoin on menetelty aikaisemman tulkintalinjan mukaisissa ratkaisuissa KKO 2000:71 ja 2008:68.

### 9.5.3 Sole or decisive rule

Vastakuulustelumahdollisuuden rajoittumisen vaikutukset on EIT:n oikeuskäytännön mukaan otettava huomioon näytön arvioinnissa, vaikka tallennetun kertomuksen käyttäminen sallittaisiinkin. Rajoittumisen perusteella ei tosin sellaisenaan ole katsottava oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta loukatun. EIS 6 artiklaa

<sup>1389</sup> Tapanila 2019a s. 231–235.

loukkaavaa puolustuksen oikeuksien rajoittumista saattaa merkitä se, että syyksilukeminen perustuu *yksin tai ratkaisevassa määrin* (solely or to a decisive degree) sellaiseen lausuntoon, jonka antajaa vastaaja ei ole voinut kuulustella tai kuulustuttaa. EIT:n soveltamaa pääasiallisuustestiä koskeva tulkintakäytäntö on muuttunut merkittävästi suuren jaoston Al-Khawaja ja Tahery -tuomion seurauksena. Nämä muutokset on huomioitu todistelu-uudistuksessa.<sup>1390</sup>

Pääasiallisuustestiä sovellettiin ensimmäisen kerran Unterpertinger-tuomiossa.<sup>1391</sup> Valittajaa syytettiin tytärpuolensa ja vaimonsa pahoinpitelyistä. Alioikeudessa asianomistajat kuitenkin vetosivat oikeuteensa kieltäytyä todistamasta, joten heitä ei voitu kuulustella eikä vastakuulustella. Oikeudenkäynnissä käytettiin todisteina heidän aikaisemmin poliisille antamiaan kertomuksia. EIT totesi, että asiassa esitettiin muutakin näyttöä, mutta muutoksenhakutuomioistuin ratkaisi asian pääasiallisesti (mainly) poliisille annettujen kertomusten perusteella. Rikoksen syyksilukeminen tällaisen kontradiktorisuudeltaan puutteellisen näytön perusteella loukkasi EIS 6 artiklan 1 kappaletta ja sen 3 kappaleen d kohtaa.

Myöhemmässä oikeuskäytännössä pääasiallisuustestiä noudatettiin varsin ehdottomassa muodossa. Keskeisenä linjaratkaisuna voidaan pitää Doorson-tuomiota, jonka perusteluissa linjattiin, että vaikka oikeudenkäyntiin liittyi puolustuksen asemaa sinänsä riittävästi tasapainottavia menettelyjä, syyksilukemista ei saa perustaa yksin tai pääasiassa anonyymien todistajien lausuntoon.<sup>1392</sup> Niinpä pääasiallisuustestin sisältö tiivistettiin esimerkiksi Lucà-tuomiossa näin: ”[W]here a conviction is based solely or to a decisive degree on depositions that have been made by a person whom the accused has had no opportunity to examine or to have examined, whether during the investigation or at the trial, the rights of the defence *are restricted* to an extent that is incompatible with the guarantees provided by Article 6” [kursivointi tässä].<sup>1393</sup>

VOK 17:11.2:in (11.7.1997/690) sisältyi OK 17:24.2:a vastaava poikkeusperuste, jonka mukaan tuomioistuin saattoi sallia tallennetun kertomuksen ottamisen huomioon oikeudenkäynnissä, jos todistajaa ei voitu kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella. Lainkohdan esitöissä todettiin, että tallennetun kertomuksen salliminen ei merkinnyt kannanottoa sen näyttöarvoon. Hallituksen esityksen mukaan tällaisen aineiston hyödyntämistä todisteena rajoittaa jo EIS 6 artiklan 3 kappaleen d kohta. Lisäksi todetaan, että joissakin tapauksissa momentissa tarkoitettulla aineistolla voi olla muuta todistelua jossain määrin täydentävä vaikutus. Näin ollen myös kansallinen oikeutemme on jo viimeistään rikosprosessiuudistuksesta alkaen lähtenyt siitä, ettei tallennettua kertomusta voida käyttää todisteena täysin vapaasti.<sup>1394</sup>

<sup>1390</sup> Ks. esim. HE 46/2014 vp s. 50 ja Tapanila 2019a s. 236–238.

<sup>1391</sup> Unterpertinger v. Austria, 24.11.1986 (erit. kohta 33).

<sup>1392</sup> Doorson v. the Netherlands, 26.3.1996 (kohta 76).

<sup>1393</sup> Lucà v. Italy, 27.2.2001.

<sup>1394</sup> HE 82/1995 vp s. 144.

Ennakkopäätös KKO 2007:101 on harvinainen esimerkki Doorson-linjan mukaisesta pääasiallisuustestistä Suomen oikeudessa. Tapauksessa katsottiin, että tavoittamattomiin jääneiden todistajien esitutkintakertomuksia voitiin käyttää todisteina. Niiden merkitystä näyttönä arvioitiin kuitenkin pääasiallisuustestin mukaisesti. KKO katsoi, että paritusrikoksen kannalta keskeiset seikat olivat tulleet näytetyiksi käräjäoikeuden pääkäsittelyssä kuultujen todistajien kertomusten perusteella. Esitutkintakertomukset olivat ainoastaan tukeneet kuultujen todistajien kertomuksiin perustuvaa näyttöä, mutta esitutkintakertomukset eivät ole olleet ratkaiseva näyttö asiassa. Näin ollen niiden huomioon ottamiselle ei ollut estettä ja syyte hyväksyttiin.

Doorson-tuomion mukainen pääasiallisuustesti oli kategorisuutensa vuoksi verrattain yksinkertainen soveltaa.<sup>1395</sup> Anonyymiä todistelua koskevassa vuoden 2005 työryhämietinnössä ehdotettiin nimenomaista säännöstä siitä, että syylliseksi tuomitseva tuomio ei saa perustua ainoastaan tai pääasiallisesti anonyymiin todisteluun.<sup>1396</sup> Käytännössä Doorson-ratkaisun oikeusohje johti siihen erikoiseen tilanteeseen, että testaamattoman näytön osuuden suhteellisesti vähäinenkin muutos voi olla todisteen hyödyntämisen ja asian lopputuloksen kannalta ratkaiseva. Havainnollistan tätä lukuina: Jos ajatellaan, että syytettä tukevaa näyttöä on yhteensä 80 %, josta testaamattonta 45 %, testaamaton näyttö on ratkaisevaa ja ainoastaan 35 % kokonaisnäytöstä voidaan hyödyntää. Jos testaamattoman näytön osuus sen sijaan olisi 35 %, voitaisiin hyödyntää kaikki 80 %.<sup>1397</sup>

Joustamattomuutta myös kritisoitiin.<sup>1398</sup> Erityisen merkitykselliseksi osoitautui Al-Khawaja ja Tahery -tuomion linjamuutokseen vaikuttanut Yhdistyneen kuningaskunnan korkeimman oikeuden kritiikki, jonka mukaan ensinnäkin common law'n kuulopuhetodistelun käyttöä rajoittava ja tässä mielessä tallennetun kertomuksen käyttökieltoon rinnastuva hearsay rule suoja riittävästi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta. Toiseksi huomautettiin, että pääasiallisuutta on vaikeaa arvioida juryjärjestelmässä, jossa valamiehet ratkaisevat näyttökysymyksen. Kolmanneksi pääasiallisuustestin funktiota pidettiin epäselvänä, koska kaikkea välillistä todistelua ei voida pitää automaattisesti epäluotettavana. Neljänneksi testiä pidettiin liian joustamattomana, kun se ei ottanut huomioon erilaisten prosessuaalisten turvatakeiden merkitystä.

<sup>1395</sup> Biral kannattaisi paluuta joustamattomampaan linjaan (Biral 2014 s. 349–350) samoin kuin Goss, joka katsoo, että EIS 6 artiklan loukkaus tulisi todeta automaattisesti minkä tahansa 3 kapaleen kohdanloukkauksen perusteella (ks. myös edellä luku 3.2.3).

<sup>1396</sup> OMTR 2005:5 s. 62.

<sup>1397</sup> Ervo lienee tarkoittanut samaa todetessaan, että ”tuomio ei voi ikään kuin seisoa tai kaatua sellaisen todistusaineiston myötä, jonka osalta vastakuulustelumahdollisuus ei ole toteutunut”. Toisaalta sallittua on Doorson-tuomion perusteella ollut testaamattoman todisteen hyödyntäminen ”rikkana rokassa”, muuta todistelua täydentäen (Ervo 2005 s. 326).

<sup>1398</sup> Ks. esim. Hirvelä 2006 s. 201, missä todetaan, että kontradiktorista periaatetta ei tule soveltaa sääntötyyppisesti, koska silloin osa tapauksista jää rikosvastuun ulkopuolelle.

Suuren jaoston Al-Khawaja ja Tahery -tuomiossa EIT otti kantaa esitettyyn kritiikkiin ja perusteli varsin laajasti pääasiallisuustestin kehitystä oikeuskäytännössä. Perusteluilla näytetään pyrityn antamaan kuva siitä, ettei kysymys olisi ollut mistään linjamuutoksesta. Jo perustelujen alussa selostetut yleiset oikeusperiaatteet kuitenkin osoittavat, että pääasiallisuustestin tulkintaa muutettiin olennaisesti joustavammaksi. Tämä ilmenee esimerkiksi verrattaessa yllä siteerattua Lucà-tuomion perustelulausumaa ja Al-Khawaja ja Tahery -tuomiota. Sitaatin kursivoitu kohta ”are restricted” on muutoin vastaavan sisältöisessä perustelukohdassa kirjoitettu muotoon ”may be restricted”.<sup>1399</sup> EIT korosti testaamattoman henkilötodistelun merkityksen ja luotettavuuden välistä yhteyttä ja totesi yhteenvetona pääasiallisuustestistä seuraavaa:

”[W]here a hearsay statement is the sole or decisive evidence against a defendant, its admission as evidence will not automatically result in a breach of [EIS 6 artiklan 1 kappale]. At the same time where a conviction is based solely or decisively on the evidence of absent witnesses, the Court must subject the proceedings to the most searching scrutiny. Because of the dangers of the admission of such evidence, it would constitute a very important factor to balance in the scales – –, and one which would require sufficient counterbalancing factors, including the existence of strong procedural safeguards. The question in each case is whether there are sufficient counterbalancing factors in place, including measures that permit a fair and proper assessment of the reliability of that evidence to take place. This would permit a conviction to be based on such evidence only if it is sufficiently reliable given its importance in the case.”<sup>1400</sup>

EIT totesi yleisenä huomiona tai lähtökohtana, että todistajan poissaolo ja anonymiteetti eivät johda täysin samanlaisiin ongelmiin, mutta kumpikin on omiaan vaikeuttamaan vastaajan puolustautumista. Keskeisenä tavoitteena oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kannalta on, että puolustus voisi tehokkaasti riitauttaa häntä vastaan rikosasiassa esitetyn todistelun. Se edellyttää, että vastaaja tietää syyttäjän todistajien henkilöllisyyden voidakseen riitauttaa heidän luotettavuutensa ja että hänellä on lisäksi mahdollisuus testata heidän lausuntojensa luotettavuutta vastakuulustelemalla joko lausuntoa annettaessa tai prosessin myöhemmässä vaiheessa.<sup>1401</sup> Anonymiteetti heikentää siis lähtökohtaisesti edellytyksiä kuultavan luotettavuuden arviointiin ja vastakuulustelumahdollisuuden puuttuminen kertomuksen luotettavuuden arviointiin.

<sup>1399</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 119). Myöhemmin annetussa suuren jaoston Schatschaschwili-tuomiossa puhutaan jo suoraan linjamuutoksesta: ”[T]he rationale underlying its judgment in Al-Khawaja and Tahery, in which it departed from the so-called ‘sole or decisive rule’” [korostus tässä] (Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015, kohta 112).

<sup>1400</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 147).

<sup>1401</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 127).

Linjamuutosta voidaan luonnehtia siten, että vastakuulusteluoikeuden periaatteellinen luonne ja funktio korostuivat.<sup>1402</sup> Samalla pääasiallisuustestistä tuli olennaisesti joustavampi ja monimuotoisempi todistelunrajoite, mikä tekee sen soveltamisen haasteelliseksi. Joustavuus on toisaalta perusteltua jo sen vuoksi, että oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta on EIT:n vakiintuneen tulkintakäytännön mukaan tarkasteltava kokonaisuutena.<sup>1403</sup> Al-Khawaja ja Tahery -ratkaisussa esitetyssä muodossaan se näyttää olevan *ensisijaisesti tukitodisteluvaatimus, jota sovellettaessa tulee ottaa huomioon todisteen merkitys sekä erilaiset kontradiktorisuutta vahvistavat menettelylliset turvatakeet*.<sup>1404</sup> Tulkintalinjan muutos on otettava huomioon myös tulkittaessa vanhoja KKO:n ratkaisuja, jotka saattavat perustua aikaisempaan Unterpertinger- ja Doorson-tuomioiden mukaiseen linjaan.<sup>1405</sup>

Al-Khawaja ja Tahery -tuomion mukaan pääasiallisuustestiin kuuluu kolme eri osatekijää tai vaihetta. Ensinnäkin vastakuulusteluoikeuden rajoittumiselle – käytännössä yleensä tallennetun kertomuksen käytölle tai todistajan anonymiteetille – tulee olla hyväksyttävä peruste. Toiseksi on arvioitava, onko testaamaton todiste ainoa tai pääasiallinen eli mikä on sen näyttöosuus. Jos tämä kynnys ylittyy, on vielä arvioitava, onko rikosprosessissa ollut riittävästi sellaisia puolustuksen asemaa tasapainottavia oikeusturvatakeita, joiden perusteella vastakuulustelun rajoittamista on voitu riittävästi kompensoida. Erityinen merkitys on sillä, voidaanko todisteen luotettavuutta arvioida vastakuulustelumahdollisuuden rajoittumisesta tai puuttumisesta huolimatta. Testaamaton lausunto voi olla langettavan tuomion pääasiallinenkin peruste – toisin kuin aikaisemmin –, jos oikeusturvatakeet ovat riittävät.

Al-Khawajaa syytettiin kahden päihdekuntoutuspotilaan seksuaalisesta ahdistelusta hypnoosin aikana. Toinen potilaista teki ennen oikeudenkäyntiä itsemurhan syistä, jotka eivät liittyneet syytteeseen. Asiassa oli riidatonta, että asianomistajan kuolema oli hyväksyttävä peruste käyttää todisteena hänen aikaisemmin antamaansa lausuntoa. Kansallisen tuomioistuimen ratkaisuun viitaten EIT katsoi, että lausunto oli pääasiallinen todiste valittajaa vastaan. EIT totesi lisäksi, että lausunto oli kirjattu asianmukaisesti ja että sen luotettavuutta tukivat asianomistajan kahden ystävän kertomukset sekä erityisesti toisen vastaavanlaisen rikoksen asianomistajan kertomus. Kolluusiosta asianomistajien välillä ei ollut näyttöä. EIT totesi, että olisi vaikeampaa kuvitella tätä vahvempaa tukitodistelua rikoksen olosuhteissa eli kun se oli tapahtunut ilman silminnäkijöitä lääkärin ja potilaan välillä. EIS 6 artiklaa ei ollut loukattu, vaikka valittaja ei ollut voinut vastakuulustella asianomistajaa.

<sup>1402</sup> Ks. esim. Tapanila 2019a s. 148–150, Hirvelä 2006 s. 201 ja Biral 2014 s. 340–342.

<sup>1403</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 146).

<sup>1404</sup> Tapanila 2019a s. 237.

<sup>1405</sup> Ks. esim. Pölönen 2003 s. 86 ja siellä viitatus KKO 1991:84, 1991:145, 1993:101, 1995:5, 1995:66 ja 1996:50.

Taheryn tapauksessa oli keskeisesti kysymys siitä, oliko hän puukottanut asianomistajaa selkään riidan aikana. Riidassa oli ollut osallisena useita henkilöitä, joilla oli liityntöjä Lontoon iranilaisyhteisöön. Asianomistaja oli kertonut oikeudenkäynnissä, ettei hän ollut nähnyt, kuka puukottaja oli. Vastakuulustelussa asianomistaja oli lisäksi kertonut olleensa kasvokkain valittajan kanssa ja ettei hän ollut nähnyt valittajan menevän taakseen. Eräs todistaja oli kuitenkin antanut poliisille lausunnon, jonka mukaan valittaja oli syyllinen. Syyttäjän pyynnöstä todistajan kirjallinen lausunto luettiin oikeudenkäynnissä, koska hän kertoi pelkäävänsä turvallisuutensa puolesta iranilaisyhteisössä. EIT katsoi, että lausunnon lukemiselle oli hyväksyttävä peruste. Asiaa käsitellyt tuomari oli muun muassa arvioinut, voitaisiinko todistajaa kuulustella näkösuojan takaa tai muilla kuulemisjärjestelyillä. Todistajan kertomusta pidettiin vähintään ratkaisevana näyttönä valittajan syyllisyydestä, mutta sitä ei voitu pitää ”ilmeisen luotettavana” (demonstrably reliable) eikä tukitodistelua ollut. EIT katsoi, etteivät puolustuksen mahdollisuus esittää näyttöä tai valamiehistöle kohdistettu varoitus kirjallisen lausunnon luotettavuudesta erikseen tai yhdessä riittäneet tasapainottamaan vastakuulustelumahdollisuuden puuttumista, koska ne eivät mahdollistaneet luotettavuuden asianmukaista arviointia. Taheryn osalta EIS 6 artiklaa oli loukattu.

Todistelu-uudistuksessa säädetty ROL 11:4.3 perustuu EIT:n kontradiktorisuutta koskevaan oikeuskäytäntöön. Sen yksityiskohtaisissa perusteluissa viitataan nimenomaisesti Al-Khawaja ja Tahery -tuomioon.<sup>1406</sup> Jos rikosasiassa on kuultu anonyymiä todistajaa, tuomioistuimen on lainkohdan mukaan erityisesti perusteltava, mikä merkitys hänen kertomuksellaan oli näyttönä asiassa ja mihin toimenpiteisiin ryhdyttiin puolustuksen oikeuksien turvaamiseksi. Käytännössä merkittävämpää on, että tuomioistuimella on sama perusteluvollisuus, jos asianomistajan tai todistajan henkilökohtaisen kuulemisen asemesta todisteena käytettiin esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa. Tuomioistuimen on tällöin myös erityisesti perusteltava, miksi asianomistajaa tai todistajaa ei kuultu henkilökohtaisesti oikeudenkäynnissä.

Lainkohdan soveltuminen tallennettuihin lausumiin ilmenee siitä tarpeettoman epäselvästi. Lisäksi säännös on kirjoitettu näitä tilanteita ajatellen erikoiseen järjestykseen. Al-Khawaja ja Tahery -tuomion mukaan hyväksyttävän perusteen arviointi on esikysymys suhteessa testaamattoman todisteen näyttöosuuden määrittämiseen.<sup>1407</sup> Suuren jaoston Schatschaschwili-tuomiossa tosin vahvistettiin, ettei testiä tarvitse soveltaa tietyssä järjestyksessä. Erityisen

<sup>1406</sup> HE 46/2014 vp s. 141. Testin sisältö on esitetty tiivistelmänä muun muassa seuraavissa ratkaisuisissa: Seton v. the United Kingdom, 31.3.2016 (kohta 58), Poletan and Azirovik v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, 12.5.2016 (kohta 82) ja Dadayan v. Armenia, 6.9.2018 (kohta 41).

<sup>1407</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 120).



tarkoituksenmukaista on arvioida ensin painoarvoltaan selvästi ratkaisevassa asemassa olevaa tekijää. Yleensä lienee kuitenkin loogisinta arvioida ensimmäiseksi sitä, miksi asianomistajaa tai todistajaa ei kuultu henkilökohtaisesti oikeudenkäynnissä. Al-Khawaja ja Tahery -tuomiossa esitettyä arviointijärjestystä voidaan siten pitää lähtökohtana.<sup>1408</sup>

ROL 11:4.3:sta ei toisaalta ilmene lainkaan, että pääasiallisuustestiä ei sovelleta pelkästään kuultavan ollessa poissa oikeudenkäynnistä vaan myös vasta-kuulustelun estyessä kokonaan kuultavan vaikenemisen vuoksi. Tällöinkin kuulemisen asemesta käytetään todisteena tallennettua lausumaa. Lainkohtaa lienee tältäkin osin tulkittava yhdenmukaisesti EIT:n oikeuskäytännön kanssa. Eri asia on, että vaitiolo-oikeuteen tai -velvollisuuteen voitaneen viitata varsin lyhyesti eikä sitä tarvitse ”erityisesti perustella”. Säännöstä tulisi soveltaa myös, kun epävarsinainen todistaja vaikenee oikeudenkäynnissä, koska tallennetun kertomuksen käyttäminen rajoittaa tällöinkin vastakuulustelumahdollisuutta. Lisäksi ROL 11:4.3 koskee OK 17:24.3:ssa tarkoitettuja tapauksia, joissa henkilökohtaisen kuulemisen asemesta käytetään videoitua esitutkintakertomusta.<sup>1409</sup>

Viimeksi mainittua tulkintaa lienee lyhyesti perusteltava, koska EIT on useissa ratkaisuissa todennut, että vastakuulustelu-oikeus edellyttää mahdollisuutta kuulustella tai kuulustuttaa henkilöä joko silloin, kun hän antaa lausuntonsa, tai myöhemmin rikosprosessin aikana. Vaikuttaisi siltä, että vastakuulustelumahdollisuus esitutkinnassa on siten automaattisesti riittävä. EIS 6 artiklan kannalta on kuitenkin pidetty ratkaisevana sitä, toteutuuko mahdollisuus vastakuulusteluun oikeudenkäynnissä, missä henkilötodistelu normaalisti otetaan vastaan. Esitutkintaan ajoittuvalla vastakuulustelulla voi käytännössä olla ratkaiseva merkitys lausunnon luotettavuuden arviointia edistävänä turvatakeena, mutta tämä mahdollisuus ei sellaisenaan merkitse, että vastakuulustelu-oikeus olisi toteutunut riittävästi.<sup>1410</sup>

Lainkohdassa ei mainita kuulopuhetodistelua. KKO on kuitenkin EIS:en ja EIT:n oikeuskäytäntöön viitaten todennut, että ”mainituista sopimusvelvoitteista ja ratkaisuista ilmenevien periaatteiden asettamat vaatimukset todistelulle on otettava huomioon arvioitaessa kuulopuhetodistelun merkitystä yksittäisessä rikosasiassa”. Lähtökohtaisesti erityinen perusteluvelvollisuus koskeekin mielestäni selvästi myös tilanteita, joissa käytetään kuulopuhe-

<sup>1408</sup> Schatschaschwili v. Germany [GC] (kohta 118).

<sup>1409</sup> Pölönen – Tapanila 2015 s. 323. Ks. myös Tapanila 2019a s. 213, missä erityistä perusteluvelvollisuutta pidetään tältä osin liioiteltuna. EIT:n oikeuskäytännön perusteella näin ei voine olla, vaan tuomioistuimen tulee ottaa erityisen huolellisesti huomioon tallennetun kertomuksen näyttöarvon määrittämiseen mahdollisesti liittyvät haasteet. Tämä ei tarkoita, että näyttöarvo olisi jotenkin automaattisesti matala.

<sup>1410</sup> Ks. esim. Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohdat 105 ja 130 sekä niissä viitattut ratkaisut).

todistelua välittömän todistelun asemesta, ainakin sen ollessa näyttöosuudeltaan merkittävää.<sup>1411</sup>

### 9.5.4 Hyväksyttävä peruste

Kuten Al-Khawaja ja Tahery -tuomioissa nimenomaisesti todetaan, on EIT antanut langettavia tuomioita tapauksissa, joissa hyväksyttävää perustetta vastaakuulustelumahdollisuuden rajoittumiselle ei ole ollut käsillä, *vaikka* testaamaton todiste ei olisikaan ollut ainoa tai pääasiallinen. Hyväksyttävän perusteen puuttuminen on tällöin ollut avainkriteeri. Eräs tällainen ratkaisu on edellä sivuttu Mild ja Virtanen -tuomio. Al-Khawaja ja Tahery -tuomion perustelujen mukaan yleisenä sääntönä on, että henkilötodistelu otetaan vastaan oikeudenkäynnissä ja viranomaiset ryhtyvät kaikkiin asianmukaisiin toimiin heidän läsnäolonsa varmistamiseksi. Poissaolotilanteissa on vastaavasti selvítettävä, onko poissaololle hyväksyttävät perusteet.<sup>1412</sup> Tuomioissa ei kuitenkaan otettu täsmällisesti kantaa siihen, merkitsikö jo hyväksyttävän perusteen puuttuminen EIS 6 artiklan loukkausta.

Kysymystä arvioitiin suuren jaoston Schatschaschwili-tuomioissa. Vaatimus hyväksyttävästä perusteesta oli EIT:n mukaan kehittynyt yhdessä pääasiallisuustestin kanssa, ja olisi merkinnyt joustamatonta sääntöä edellyttää, että vastaakuulustelumahdollisuuden puuttumiselle on kaikissa tapauksissa hyväksyttävä syy. Tällaisista säännöistä haluttiin Al-Khawaja ja Tahery -tuomioissa luopua. Al-Khawaja ja Tahery -tuomion jälkeiseen oikeuskäytäntöön viitaten EIT vahvisti, että oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden kannalta ratkaisevaa ei ole yksin se, että todistajan anonymiteetille tai tallennetun kertomuksen käytölle henkilökohtaisen kuulemisen asemesta ei olisi ollut hyväksyttävää syytä. Hyvä syy on kuitenkin tärkeä ja mahdollisesti ratkaiseva osatekijä kokonaisarviointissa.<sup>1413</sup> ”Kolmen V:n mallissa” se rinnastuu lähinnä virheen vakavuuteen.

Kontradiktorisuuden osalta rajoittuneen näytön hyödyntämiseen liittyvää erityistä perusteluvollisuutta koskevan ROL 11:4.3:n esitöissä on mainittu esimerkkinä OK 17:24.2:ssa säädetty kirjallisen kertomuksen käyttökiellon poikkeusperusteet. Nähdäkseni mainittuja säännöksiä tulisi kuitenkin tulkita

<sup>1411</sup> KKO 2008:68 (kohta 5 *in fine*).

<sup>1412</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 120). Aikaisemmasakin oikeuskäytännössä viranomaisten toimien huolellisuudelle on annettu merkitystä. Artner-tuomioissa esimerkiksi lausutaan: ”It would of course have been preferable if she could have testified in court, but her failure to appear did not in itself make it necessary to halt the prosecution – –, provided that the authorities had not been negligent in their efforts to find the persons concerned.” (Artner v. Austria, 28.8.1992, kohta 21).

<sup>1413</sup> Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohdat 111–113).

ja soveltaa täysin yhdenmukaisesti.<sup>1414</sup> Jos laissa toisin säädetään tai lausuman antajaa ei voida kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella tai hän on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta, eikä asian ratkaisemista tulisi enää viivyttää, olisi käsillä hyväksyttävä peruste sille, että asianomistajaa tai todistajaa ei kuulu henkilökohtaisesti oikeudenkäynnissä. Käyttökiellon poikkeusperuste muodostaisi siten samalla hyväksyttävän perusteen vastakuulusteluoikeuden rajoittumiselle myös ROL 11:4.3:a sovellettaessa.

Kuten kuultavan kuoleman ollessa kysymyksessä, riittäisi varsin lyhyt perusteluteamus, jos kuultavalla on velvollisuus tai oikeus kieltäytyä todistamasta ja tallennettua kertomusta voidaan hyödyntää. ETL 9:4:ssä ja OK 17:24.3:ssa tarkoitetuissa tapauksissa kuultavan nuori ikä tai muu erityisen haavoittuvuuden muodostava peruste on lähtökohtaisesti hyväksyttävä peruste, johon voitaneen viitata lyhyestikin. Laajemmat perustelut voivat olla tarpeen, jos kuultava on jäänyt asianmukaisista toimenpiteistä huolimatta tavoittamatta. Tällöin on syytä selostaa, mihin toimiin kuultavan tavoittamiseksi oli ryhdytty ja miksi ne ovat epäonnistuneet. Viitataan tältä osin edellä (luku 9.4.4) tallennetun kertomuksen käyttökiellon poikkeusperusteesta lausuttuun. Esimerkiksi poliisin tai haastemiehen tavoittamistoimia voidaan lähtökohtaisesti pitää riittävinä. Lisäksi on yleensä syytä selostaa, onko asianosaisilla tai heidän avustajillaan tietoa kuultavan olinpaikasta tai yhteystiedoista.

Jos poikkeusperusteita sen sijaan ei ole käsillä, tallennetun kertomuksen käyttökielto ei ilmeisesti jousta eikä tällaisen kertomuksen käyttämistä voitane jälkikäteen oikeuttaa esimerkiksi pääasiallisuustestin muiden arviointikriteerien perusteella. ROL 11:4.3:a ei siten voida tulkita tavalla, joka merkitsisi tallennetun kertomuksen käyttökiellon kiertämistä tai sen poikkeusperusteiden vesittämistä. Jos jokin OK 17:24.2:ssa tarkoitetuista poikkeusperusteista ei täyty, tallennettua kertomusta ei voida kansallisen oikeutemme mukaan käyttää todisteena ja käyttäminen merkitsee oikeudenkäyntivirhettä (ks. edellä luku 9.5.1). Toisaalta hyväksyttävän perusteen olemassaolo ei EIT:n ratkaisukäytännön mukaan yksinään merkitse, että testaamatonta, tallennettua lausumaa voitaisiin esittää hyödyntää langettavan tuomion perusteena, vaan tätä on vielä arvioitava ROL 11:4.3:n muiden harkintakriteerien perusteella.

Tallennetun kertomuksen käyttökiellon takia hyväksyttävän perusteen kriteerille ei Suomen oikeudessa näyttäisi jäävän juurikaan itsenäistä merkitystä, vaan se vaikuttaisi tulkintaan lähinnä arvioitaessa sitä, täyttyykö jokin tallennetun kertomuksen käyttämisen poikkeusperuste. Esimerkiksi kuultavan tavoittamistoimien riittävyttä arvioitaessa on otettava huomioon EIT:n oikeuskäytäntö. Tallennetun kertomuksen käyttäminen ilman OK 17:24.2:ssa tarkoitettua

<sup>1414</sup> HE 46/2014 vp s. 141.

hyväksyttävää perustetta on kansallisen oikeutemme mukaan oikeudenkäynti-  
virhe. Kielto käyttää sitä todisteena on tällaisessa tilanteessa joustamaton. Hy-  
väksyttävän syyn vaatimus käyttökiellon poikkeusperusteen merkityksessä on  
siten harkinnan avainkriteeri. Ainoastaan poikkeusperusteen täytyessä tulevat  
arvioitaviksi lausuman merkitys ja tasapainottavat tekijät.

Myös todistajan anonymiteetille on oltava hyväksyttävä peruste. Sitä koske-  
vat ROL 5:11 a:ssä säädetty edellytykset perustuvatkin EIT:n oikeuskäytän-  
töön (ks. edellä luku 9.3.3). Jos nämä edellytykset eivät täyty, anonyymiä to-  
distelua ei voida sallia. Kun anonymiteetin myöntämistä koskevaa ratkaisua  
on noudatettava, syyteasiaa käsittelevä tuomioistuin voi perustellusti katsoa,  
että anonymiteetille on hyväksyttävä peruste. Myöskään ROL 11:4.3:n mu-  
kaan anonymiteetin edellytyksiä ei tule arvioida enää syyteasiaa käsiteltä-  
essä. Toisaalta edellytysten puuttumista ei voida oikeuttaa esimerkiksi ROL  
11:4.3:n perusteella jälkikäteen.

### 9.5.5 Lausuman merkitys

Kuten edellä todettiin, ennen Al-Khawaja ja Tahery -tuomion linjamuutosta  
testaamattoman henkilötodistelun merkitystä osana kaikkea syytettä tukevaa  
todistelua pidettiin avainkriteerinä arvioitaessa sitä, onko vastakuulustelu-  
oikeuden rajoittuminen loukannut oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta. Ny-  
kyisen linjan mukaan testaamaton lausunto saa olla ainoa tai pääasiallinen  
todiste syytettä vastaan, jos sen luotettavuudesta voidaan varmistua riittävästi  
ottaen huomioon sen merkitys.<sup>1415</sup> Testaamattoman lausunnon näyttöosuus  
on siten edelleen tärkeä kriteeri ja esitöissä korostetaankin, että kansallisen  
lainsoveltajan tulee ROL 11:4.3:a soveltaessaan ottaa nimenomaisesti kantaa  
siihen, onko testaamaton (tai anonyymi) lausunto ainoa tai ratkaiseva todiste.<sup>1416</sup>  
Testaamattoman lausunnon merkitystä tulee siten arvioida osana erityis-  
tän perusteluvollisuutta. Kysymys on vastakuulustelu-oikeuden rajoittumisen  
vaikutuksesta yksittäistapauksessa.

Eräs Yhdistyneen kuningaskunnan korkeimman oikeuden kriittisistä havain-  
noista koski pääasiallisuustestin tulkinnanvaraisuutta. Kuten EIT itsekin hu-  
mautti Al-Khawaja ja Tahery -tuomion perusteluissa, ei epäselvyyttä yleensä  
liittyne sen määrittämiseen, milloin lausunto on ainoa syytettä tukeva todiste.  
Sen sijaan on haastavampaa määritellä, milloin se on merkitykseltään pää-  
asiallinen tai ratkaiseva. EIT täsmensi tältä osin, että näytön tulee olla enem-  
män kuin todistusvoimaista (probative). Ei myöskään riitä, että lausunnon puut-  
tuessa langettavan tuomion todennäköisyys heikkenisi ja vapauttavan kasvaisi.

<sup>1415</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 147).

<sup>1416</sup> HE 46/2014 vp s. 141.

Sen sijaan termiä ”ratkaiseva” on tulkittava suppeasti. Se tarkoittaa, että lausunto on niin merkittävä, että se on todennäköisesti tuomion lopputuloksen kannalta määräävässä asemassa.<sup>1417</sup>

Lausunnon merkitys riippuu myös siitä, miten vahvaa tukitodistelua asiassa on esitetty. Mitä vahvempaa tukitodistelu on, sitä epätodennäköisempää on, että testaamatonta lausuntoa voitaisiin pitää ratkaisevana.<sup>1418</sup> Perustelulausumasta voidaan päätellä, että pääasiallisuudesta on luonteeltaan itse asiassa tukitodisteluvaatimus: Testaamattoman lausunnon käyttöä syyksilukevan tuomion perusteena on rajoitettu erityisesti tilanteissa, joissa lausunnon luotettavuutta vahvistavaa tukitodistelua ei ole riittävästi. Jos tukitodistelua sen sijaan on riittävästi, testaamattoman lausunnon hyödyntäminen voidaan sallia ainakin sen merkitystä koskevan kriteerin perusteella. Myös näytön arviointia koskevien yleisten kokemussääntöjen perusteella voitaisiin edellyttää, että testaamattoman lausunnon luotettavuudesta esitetään tukitodistelua.

Parhaan todistusaineiston periaate perustuu ajatukseen, että välillisen todistelun näyttöarvo on lähtökohtaisesti matalampi kuin välittömän todistelun, koska välillisuus heikentää mahdollisuuksia näytön luotettavuuden riittäytämiseen ja arvioimiseen. Tallennetta eivät voi sen enempää asianosaiset kuin tuomioistuinkaan kuulustella varmistuakseen sen luotettavuudesta. Ei kuitenkaan voi sanoa, että tallenne olisi kaikissa tapauksissa heikompi todiste. Erityisesti pian tutkittavan teon jälkeen annettu kertomus on usein merkittävästikin luotettavampi kuin suullinen kertomus, joka annetaan vuosia havaintojen tekemisen jälkeen. Kuultavat eivät usein etenkään muutoksenhakutuomioistuimessa ymmärrä, miksi heitä vaivataan muistelemaan vanhoja asioita, ja kuulustelun asemasta selvitys tosiasioista saadaan tallenteelta.<sup>1419</sup>

Edellä (luku 9.5.3) on selostettu Al-Khawaja ja Tahery -tuomion keskeiset tosiseikat sekä johtopäätökset kummankin valittajan osalta. Kuten todettu, kummassakin tapauksessa testaamattomia lausuntoja pidettiin ratkaisevina todisteina. Al-Khawajan osalta kysymys oli asianomistajan kertomuksesta tapahtumasta, jolla ei ollut muita silminnäkijöitä. Taheryn osalta pelkäävä todistaja oli ainoa henkilö, joka oli oikeudenkäynnissä kertonut vastaajan syyllistyneen puukotukseen. Asianomistaja oli kertonut oletaneensa aluksi näin, mutta hän kertoi myös olleensa koko ajan kasvokkain vastaajan kanssa. Tähän nähden olisi ollut mahdotonta, että vastaaja olisi puukottanut häntä

<sup>1417</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 131).

<sup>1418</sup> *Ibid.*

<sup>1419</sup> Ks. esim. HE 46/2014 vp s. 10, 83–84 ja 106–107, Rautio – Frände 2016 s. 167–168, Pölönen – Tapanila 2015 s. 151–155, Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009 s. 48–54, Huovila 1999 s. 1167 ja 1174–1175. Hovioikeusprosessia tullaan toivottavasti kehittämään Ruotsin mallin suuntaan eli siten, että suullinen todistelu vastakuulusteluineen tallennetaan videolle viimeistään käräjäoikeudessa ja sen vastaanottaminen hovioikeudessa voisi tapahtua tallenteelta (ks. OMMML 2019:6). Oikeusministeriö on 2.12.2019 asettanut työryhmän selvittämään tallenteiden hyödyntämistä. Työryhmän toimikausi päättyy 30.11.2020.

selkäpuolelle. Asianomistaja oli myös nimenomaisesti kertonut, ettei hän ollut nähnyt tekijää.

Useissa muissakin EIT:n tuomioissa ratkaisevana on pidetty silminnäkijän lausuntoa, etenkin jos kyseessä on teon ainoa silminnäkijä tai jos muu todistelu ei riitä osoittamaan juuri vastaajaa rikoksen tekijäksi.<sup>1420</sup> Näytön merkityksen arvioinnissa voidaan nähdäkseni edelleen tukeutua myös ennen Al-Khawaja ja Tahery -tuomiota annettuihin ratkaisuihin. Ratkaisevana on lisäksi pidetty lausuntoa, jonka perusteella syylliseksi tuomitaan joku useista vastaajista tilanteessa, jossa kanssavastaajat ovat antaneet keskenään ristiriitaisia kertomuksia osallisuudestaan.<sup>1421</sup> Joissain tapauksissa, etenkin seksuaalirikosten osalta, testaamattoman kertomuksen on todettu olleen ainoa syytettä tukeva todiste.<sup>1422</sup> EIT näyttää olevan suhteellisen varovainen tekemään tällaisen johtopäätöksen testaamattoman lausunnon merkityksestä. Toisaalta riittääkin, että lausunnon todetaan olevan ratkaiseva. Jo tämän perusteella tapainottavien oikeusturvatekijöiden merkitys korostuu.

Artner-tuomiossa katsottiin, että asianomistajan esitutkintakertomus ei ollut ainoa syytettä koronkiskonnasta tukenut todiste. Sen lisäksi oli esitetty asiakirjatodistelua, kuten lainasopimus, vaatimuskirje sekä valittajaa koskenut aikaisempi tuomio vastaavasta rikoksesta.<sup>1423</sup> Doorson-tapauksessa syyte katsottiin näytetyksi neljän erityyppisen todisteen perusteella. Kahden anonyymien todistajan lausuntojen lisäksi otettiin huomioon kahden nimetyn todistajan kertomukset, se, että poliisi oli lisännyt vastaajan valokuvan epäiltyjen joukkoon, sekä se, että vastaaja oli tunnistanut itsensä valokuvasta. Vaikka valokuvien merkitystä lienee pidetty vähäisenä, on toisaalta selvää, etteivät anonyymien todistajien lausunnot olleet merkitykseltään ratkaisevia. Ne ainoastaan vahvistivat muuta näyttöä.<sup>1424</sup>

Štefančič-tuomiossa oli kysymys kansainvälisestä huumausainekaupasta. Tallennettu lausunto oli saatu henkilöltä (J.G.), joka oli tuomittu rikoksesta Lontoossa. Lisäksi toinen samaan kokonaisuuteen liittynyt henkilö (D.M.) oli tuomittu Freiburgissa Saksassa. J.G. oli kertonut, että D.M. oli pyytänyt hänet kuljettamaan erään auton pois Sloveniasta. He olivat menneet yhdessä Sloveniaan ja asuneet eräissä hotelleissa. Valittaja oli luovuttanut J.G.:lle kirjekuoren, jossa J.G. luuli olleen rahaa auton ostamiseen, mutta se olikin sisältänyt heroiniä. Kertomuksen luotettavuutta tukevinä todisteina viitattiin hotellin asiakastietoihin, J.G.:ltä tämän pidätyksen yhteydessä löytyneet junaliput, puhelutiedot sekä Freiburgilainen tuomio ja J.G.:n kertomus

<sup>1420</sup> Ks. esim. Van Mechelen and Others v. the Netherlands, 23.4.1997 (kohta 63), S.N. v. Sweden, 2.7.2002 (kohta 46), Aigner v. Austria, 10.5.2012 (kohta 40), Hümmel v. Germany, 19.7.2012 (kohta 44), Gani v. Spain, 19.2.2013 (kohta 43), Yevgeniy Ivanov v. Russia, 25.4.2013 (kohta 48), Vronchenko v. Estonia, 18.6.2013 (kohta 59), Lučić v. Croatia, 27.2.2014 (kohta 81), Schatschawili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 144), Cabral v. the Netherlands, 28.8.2018 (kohdat 35 ja 36), Dadayan v. Armenia, 6.9.2018 (kohta 52) ja Yakuba v. Ukraine, 12.2.2019 (kohta 48).

<sup>1421</sup> Ks. Șandru v. Romania, 15.10.2013 (kohta 62) ja Zadumov v. Russia, 12.6.2017 (kohdat 59–61).

<sup>1422</sup> Ks. esim. P.S. v. Germany, 20.12.2001 (kohta 30), B. v. Finland, 24.4.2007 (kohta 44), F and M v. Finland, 17.7.2007 (kohta 60) ja Paić v. Croatia, 29.3.2016 (kohta 49).

<sup>1423</sup> Artner v. Austria, 28.8.1992 (kohdat 23 ja 24).

<sup>1424</sup> Doorson v. the Netherlands, 26.3.1996 (kohdat 34 ja 76).

Britannian tuomioistuimille. J.G.:n kertomusta ei pidetty ainoana eikä ratkaisevana näyttönä syyllisyydestä.<sup>1425</sup>

EIT:n oikeuskäytännöstä voidaan päätellä, että pääasiallista näyttöä ovat ainakin sellaiset lausunnot, joiden perusteella päädytään sulkemaan puolustuksen esittämä tapahtumainkulku pois. Esimerkiksi ainoan silminnäkijän lausunto lieinee automaattisesti pääasiallinen todiste syytteen tueksi, jos syyte menestyy.<sup>1426</sup> Myös merkitykseltään hieman vähäisempi lausunto voi ylittää pääasiallisuuskynnyksen riippuen yksittäistapauksen olosuhteista ja muusta todistelusta. Toisaalta lausuntoa ei yleensä voida pitää ratkaisevana, jos se on tukitodisteen asemassa eli ainoastaan vahvistaa muun todistelun perusteella tehtäviä johtopäätöksiä.<sup>1427</sup> Jos syytteen tueksi on voitu esittää vakuuttavaa reaalityodistelua, ei suhteellisen keskeinenkään lausunto välttämättä nouse pääasialliseksi. Arviointi joudutaan kuitenkin suorittamaan tapauskohtaisesti.

Anonyymiä todistelua koskeneessa vuoden 2005 työryhmämietinnössä esitettiin Doorson-oikeuskäytäntöön perustunutta joustamatonta säännöstä, jonka mukaan syylliseksi tuomitseva tuomio ei olisi saanut perustua ainoastaan tai pääasiallisesti anonyymiin todisteluun. Lisäksi mietinnössä katsottiin, että myöskään vastaajalle ankarampaa teon törkeysarvostelua tai rangaistuksen mittaamista ei saisi perustella yksinomaan tai pääosiltaan seikoilla, jotka on selvitetty anonyymillä todistelulla.<sup>1428</sup> Pidän tulkintaa edelleen perusteltuna, vaikka tulkintalinja onkin muuttunut. EIT on katsonut ainakin Asani-tuomiolla, että anonyymejä lausuntoja oli pidettävä ratkaisevina, koska ilman sitä valittajien tuomiot olisivat vähintään lieventyneet merkittävästi. Toisaalta lausuntoja olisi ollut pidettävä ratkaisevina jo yksin siitä syystä, että he olivat teon ainoat silminnäkijät ja olivat tunnistaneet valittajat.<sup>1429</sup>

Testaamattoman lausunnon merkitystä täytynee arvioida myös tunnusmerkkitehtekijöittäin. Mainitsen tärkeänä käytännön esimerkkinä seksuaalirikoksia koskevan näytön arvioinnin tilanteessa, jossa vastaaja myöntää sukupuoliyhteyden, mutta väittää sen tapahtuneen kummankin asianosaisen suostumuksin. Tällaisessa tilanteessa ei voida lähteä siitä, että esimerkiksi raiskaus olisi jo puoliksi näytetty, koska vapaaehtoinen sukupuoliyhteys ei täytä minkään rikoksen tunnusmerkistöä. Tällainen ajattelu voinee olla yksi – ja hyvin vaarallinen – mahdollinen selitys sille, että Ruotsissa raiskauksia erään tutkimuksen mukaan luetaan syyksi vähäisemmällä tukitodistelulla kuin laittomia uhkauksia.<sup>1430</sup> EIT

<sup>1425</sup> Štefančič v. Slovenia, 25.10.2012 (kohdat 41–43).

<sup>1426</sup> Ks. Tapanila 2019a s. 143.

<sup>1427</sup> Näin esim. HE 82/1995 vp s. 144 ja KKO 2007:101.

<sup>1428</sup> OMTR 2005:5 s. 62.

<sup>1429</sup> Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, 1.2.2018 (kohta 40).

<sup>1430</sup> Dahlman – Korths-Aspegren 2018 s. 327–334.

on kuitenkin perustellusti katsonut, että asianomistajan kertomusta pakottamisesta on tällaisessa tilanteessa pidettävä ratkaisevana näyttönä.<sup>1431</sup>

Poletan ja Azirovik -tuomion mukaan kahden todistajan tallennetut lausunnot eivät olleet ratkaisevassa asemassa, koska kumpikin heistä oli kieltänyt tavanneensa ensimmäisen valittajan eivätkä he olleet toisaalta osanneet kertoa, olivatko puhuneet hänen kanssaan puhelimesta. Ensimmäinen valittaja oli vahvistanut itse keskustelleensa heidän kanssaan. Tämä ilmeni myös puhelutiedoista. EIT totesi, ettei kansallinen tuomioistuin ollut hyödyntänyt lausuntoja arvioidessaan mitään ensimmäisen valittajan syyllisyyden kannalta relevantteja tosiseikkoja.<sup>1432</sup>

EIT:n suuren jaoston Schatschaschwili-tuomion mukaan kontradiktorisuutta tasapainottavien tekijöiden (counterbalancing factors) riittävyyttä tulee arvioida paitsi silloin, kun kontradiktorisuudeltaan rajoittunut lausunto on ainoa tai ratkaiseva näyttö vastaajan syyllisyydestä, myös silloin, kun lausunnon merkitys ei ilmene kansallisen tuomioistuimen ratkaisusta, mutta EIT katsoo lausunnon olleen painoarvoltaan merkittävä (carried significant weight) ja että sen käyttö on saattanut heikentää puolustuksen asemaa. Tasapainottavien tekijöiden riittävyyttä tulee arvioida suhteessa testaamattoman lausunnon merkitykseen siten, että mitä suurempi lausunnon merkitys on, sitä painavampia tasapainottavien tekijöiden tulee vastaavasti olla, jotta oikeudenkäyntiä kokonaisuutena arvioiden voidaan pitää oikeudenmukaisena.<sup>1433</sup>

Perustelulausumaa tulee mielestäni lukea yhdessä siinä viitatus subsidiariteettiperiaatetta koskevan perustelukohdan kanssa. EIT:n tehtävänä ei ole toimia neljäntenä oikeusasteena vaan valvoa EIS:ssa turvattujen oikeuksien toteutumista. Näin ollen testaamattoman lausunnon merkitystä koskevan arvioinnin lähtökohdaksi tulee ottaa kansallisen tuomioistuimen näkemys lausunnon merkityksestä. EIT:n rooli on ikään kuin toissijaisesti tarkastella sitä, onko kansallinen tuomioistuin arvioinut lausunnon merkityksen tavalla, joka on mielivaltainen tai mahdoton hyväksyä. Toisaalta EIT:n tulee itse arvioida lausunnon merkitystä, mikäli kansallinen tuomioistuin ei ole lainkaan ottanut kantaa siihen tai sen näkemys on epäselvä.<sup>1434</sup> Perustelut jättävät avoimeksi sen, onko tasapainottavia tekijöitä arvioitava lainkaan, jos mikään kynnnyksistä ei ylitä.

Ymmärrän edellä selostetut perustelut siten, että EIT subsidiariteettiperiaatteen mukaisesti hyväksyisi yleensä kansallisen tuomioistuimen asian-

<sup>1431</sup> Salikhov v. Russia, 3.5.2012 (kohdat 115 ja 119).

<sup>1432</sup> Poletan and Azirovik v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, 12.5.2016 (kohta 89).

<sup>1433</sup> Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 116).

<sup>1434</sup> Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 124). Oikeuskirjallisuudessa pääasiallisuudesta onkin kritisoitu huomauttamalla, että se on ristiriidassa subsidiariteettiperiaatteen kanssa (ks. esim. Tapanila 2019a s. 143–144, Goss 2014 s. 59–61 ja Jackson – Summers 2012 s. 339).



mukaisesti perustellun näkemyksen kontradiktorisuudeltaan rajoittuneen lausunnon merkityksestä. Jos tällainen esimerkiksi ROL 11:4.3:n esitöissä edellytetty kannanotto ilmenee tuomiosta, EIT voisi tyytyä vahvistamaan sen, kuten Schatschaschwili-tuomion perusteluissa viitatussa Garofolo-päätöksessä oli menetelty.<sup>1435</sup> Viittauksesta on mielestäni selvästi pääteltävissä, että suuri jaosto halusi korostaa subsidiariteettiperiaatetta eikä niinkään muodostaa erillistä, kolmatta näyttökynnystä ”ainoan näytön” ja ”ratkaisevan näytön” lisäksi.

Seton-tuomiossa<sup>1436</sup> EIT kuitenkin tiivistä Schatschaschwili-tuomion oikeusohjeen siten, että EIT:n tulee arvioida tasapainottavien tekijöiden riittävyttä myös, kun on epäselvää, onko lausunto ainoa tai ratkaiseva syytettyä tukeva näyttö, jos se kuitenkin on ollut painoarvoltaan merkittävä ja on voinut heikentää puolustuksen asemaa. Tässä tiivistyksessä ei viitata lainkaan subsidiariteettiperiaatteeseen eikä kansallisen tuomioistuimen arvioon lähtökohtana. Niinpä tasapainottavia tekijöitä arvioitiin siitä huolimatta, että kansallinen tuomioistuin oli pitänyt syyttäjän muuta todistelua ylivoimaisena (overwhelming), eikä tätä arviota ainakaan nimenomaisesti kyseenalaistettu. Toisaalta tallennettuja kertomuksia oli pidetty kansallisten tuomioistuinten mukaan myös ”tärkeinä” esimerkiksi muutoksenhakulupaa arvioitaessa. Kyseisessä tilanteessa EIT:n ei nähdäkseni olisi tullut – jos Schatschaschwili-tuomiota olisi tulkittu oikein – arvioida itse lausunnon merkitystä ainakaan ottamatta ensin kantaa siihen, oliko kansallisten tuomioistuinten arvio mieltävaltainen, selvästi väärä tai epäselvä.

Seton-tapauksessa valittaja oli syytteessä murhasta. Tallennettuina todisteina käytettiin kahta puhelua, jotka Pearman-niminen mies oli soittanut vankilasta läheisilleen ja ilmoittanut niissä, ettei tiedä murhasta mitään. Näiden lisäksi syyttäjä esitti runsaasti muutakin näyttöä. Ensinnäkin osoitettiin, että vastaaja ja uhri olivat tunteneet toisensa ja olivat harjoittaneet laajaa huumausainekauppaa. Uhrin kotoa oli löytynyt asiakirja, jonka mukaan vastaaja oli hänelle velkaa 24 000 puntaa. Vastaajan hallusta oli aikaisemman pidätyksen yhteydessä löytynyt tuliase. Puhelutiedoista ilmeni, että uhri ja vastaaja olivat olleet yhteydessä murhapäivänä, viimeksi vain vähän aikaa ennen tekoa. Todistajien mukaan ampuja oli paennut hopeanvärisellä Vauxhall Vectralla, jonka myyjä kertoi, että hän oli ollut yhteydessä vastaajaan. Tekopaikan lähellä oli nähty myös pakettiauto, jonka yhteys vastaajaan voitiin osoittaa. Vastaajan puhelin paikannettiin lähelle tekopaikkaa tekoajan samoin kuin lähelle paikkaa, josta Vauxhall myöhemmin löydettiin poltettuina. Silminnäkijöiden kuvaukset ampujasta täsmäsivät valvontakamerakuviin vastaajasta. Lisäksi esitettiin näyttöä siitä, että puolustuksen syylliseksi väittämän Pearmanin ja uhrin välillä ei ollut yhteyksiä eivätkä silminnäkijöiden kuvaukset vastanneet Pearmania.

<sup>1435</sup> Garofolo v. Switzerland [dec.], 2.4.2013 (kohdat 52 ja 53): ”– – the Court has no reason to challenge the domestic courts’ finding that even without taking into consideration R.A.’s testimony, the available body of evidence taken together provided a sufficient basis for the applicant’s conviction and that, consequently, R.A.’s statements were not decisive for establishing the applicant’s guilt. – – the applicant has not substantiated that R.A.’s oral testimony at trial could have been determinative of the outcome of the case.”

<sup>1436</sup> Seton v. the United Kingdom, 31.3.2016.

Seton-tuomion tiivistykseen viitaten EIT sivuutti Bátek-tuomioissa täysin kansallisen perustuslakituomioistuimen perustelut, joiden mukaan anonyymi todistelu ei ollut ratkaisevaa ja että asiassa oli huomattavasti syytetä tukevaa aihetodistelua. Asiassa oli kysymys tullimiesten lahjusrikoksista. Anonyymien peitepoliisin lausunnon lisäksi langettava tuomio oli perustunut tulliasiakirjoihin, tavarankuljettajien tallennettuihin lausuntoihin ja matka-asiakirjoihin sekä muihin asiakirjoihin, jotka osoittivat vastaajien olleen läsnä tullitoimistossa tulliselvitysten aikaan.<sup>1437</sup> Eräissä ratkaisuissa Schatschaschwili-tuomiota on tulkittu esittämälläni tavalla subsidiariteettiperiaatteen mukaisesti eli ottamalla lähtökohdaksi kansallinen tuomio. Esimerkiksi tuomioissa Poletan ja Azirovik, Zadumov ja Täu todettiin kuitenkin kaikissa, että kansallinen tuomioistuin ei ollut ottanut selvästi kantaa kontradiktorisuudeltaan rajoittuneen näytön merkitykseen. Näin ollen EIT suoritti arvioinnin itse.<sup>1438</sup>

Merkittävän painoarvon kynnyksen soveltaminen on haasteellista, koska sen arviointiperusteita ei ole täsmennetty. Oikeuskäytännöstäkään ei vielä voida tehdä kovin pitkälle meneviä johtopäätöksiä.<sup>1439</sup> Selvää on, että kynnyks on matalampi kuin ainoa tai ratkaiseva, joten kysymyksessä ei tarvitse olla esimerkiksi silmännäkijähavainto rikoksesta. Painoarvoltaan merkittävänä on pidetty epäsuoraakin todistelua. Esimerkiksi Bátek-tuomioissa tavarankuljettajien lausunnot katsottiin painoarvoltaan merkittäviksi, vaikka he eivät olleet nimenneet ketään yksilöitä syyllisiksi lahjusten ottamiseen, vaan olivat kertoneet kyseisellä tulliasemalla noudatetusta lahjuskäytännöstä yleisesti.<sup>1440</sup> Asani-tuomioissa esitutkintakertomusta käytettiin vastaajan motiivin osoittamiseen. Vaikka todiste ei ollut välittömästi relevantti, sitä pidettiin painoarvoltaan merkittävänä.<sup>1441</sup>

Sitnevskiy ja Chaykovskiy -tuomioissa<sup>1442</sup> EIT suoritti varsin perusteellisen merkitysarvioinnin. Asiassa oli kysymys kaikkiaan seitsemästä eri rikoksesta, joiden tosiseikat ja näyttö on selostettu tuomion liitteessä. Testaamattomien lausuntojen merkityksen kannalta kiinnostavia ovat kuudes ja seitsemäs rikos. Kuudes rikos oli valittajien ja kanssavastaajien syyksi luettu ryöstö. Liikennepoliiseiksi pukeutuneet tekijät olivat pysäyttäneet Harkovan lähellä Ukrainassa auton, jossa oli kaksi kenkäkauppiasta. Pian tämän jälkeen oli pysäytetty toinenkin auto, jossa oli niin ikään kaksi kenkäkauppiasta. Kenkäkauppiat oli ryöstetty ja jätetty rikospaikalle. Toisella autolla liikkuneiden uhrien tallennettujen lausuntojen mukaan tekijät olivat käyttäneet liikennepoliisin asuja ja oransseja liivejä, pysäyttäneet heidät muka poliisitarkastusta

<sup>1437</sup> Bátek and Others v. the Czech Republic, 12.1.2017 (kohdat 24 ja 50).

<sup>1438</sup> Poletan and Azirovik v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, 12.5.2016 (kohta 88 *in fine*), Zadumov v. Russia, 12.6.2017 (kohta 58) ja Täu v. Romania, 23.7.2019 (kohta 58).

<sup>1439</sup> Ks. Schatschaschwili-tuomion jälkeisestä oikeuskäytännöstä myös Tapanila 2019a s. 151–154.

<sup>1440</sup> Bátek and Others v. the Czech Republic, 12.1.2017 (kohta 49).

<sup>1441</sup> Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, 1.2.2018 (kohdat 47 ja 48).

<sup>1442</sup> Sitnevskiy and Chaykovskiy v. Ukraine, 10.11.2016.

varten ja ryöstäneet heidät aseella uhkaamalla. Lausuntoja ei pidetty painoarvoltaan merkittävänä, koska tärkein todiste valittajien osallisuudesta rikokseen olivat kansavastajaisten lausunnot.

Seitsemäs rikos oli luettu valittajien ja kahden muun syyksi ryöstönä, murhan yrityksenä ja murhana. Valuutanvaihtaja (R.M.) ja hänen henkivartijansa olivat joutuneet moottoripyörällä liikkuneiden tekijöiden uhreiksi Krimillä. Testaamaton lausunto oli henkiin jääneen R.M.:n kertomus, jonka mukaan hänen noustuaan autosta kaksi miestä ilmaantui moottoripyörällä ja toinen heistä otti esille aseensa. R.M. oli kumartunut ja häntä oli ammuttu kahdesti. Toinen tekijöistä oli tämän jälkeen määrännyt henkivartijaa luovuttamaan hänellä olleen rahasäkin. Kansallinen tuomioistuin katsoi muun todistelun perusteella ensimmäisen valittajan osallistuneen rikoksen suunnitteluun, mistä R.M. ei ollut tiennyt mitään. Lausuntoa ei pidetty painoarvoltaan merkittävänä ensimmäisen valittajan osalta. Toisen valittajan oli sen sijaan katsottu osallistuneen hyökkäykseen. Koska R.M. oli teon ainoa henkiin jäänyt silminnäkijä, hänen lausuntoaan pidettiin painoarvoltaan merkittävänä. R.M. ei kuitenkaan ollut esimerkiksi tunnistanut toista valittajaa.

### 9.5.6 Tasapainottavat tekijät ja kokonaisarviointi

Jos rikosasiassa on kuultu anonyymiä todistajaa, tuomioistuimen on ROL 11:4.3:n mukaan erityisesti perusteltava myös, mihin toimenpiteisiin ryhdyttiin puolustuksen oikeuksien turvaamiseksi. Tuomioistuimella on sama perusteluvelvollisuus, jos asianomistajan tai todistajan henkilökohtaisen kuulemisen asemesta todisteena käytetään esitutkintapöytäkirjaan tai muulle asiakirjalle merkittyä tai muulla tavalla tallennettua lausumaa. EIT:n oikeuskäytännössä puolustuksen oikeuksien turvaamista koskevista toimenpiteistä käytetään ilmaisua ”counterbalancing factors”. Tämä viittaa selkeämmin siihen, että kysymys on kontradiktorisuuspuutteille vastapainon muodostavista tekijöistä, jotka voivat vakauttaa kontradiktorisuuden rajoittumista. Suomessa käänös ”tasapainottavat tekijät” näyttää kuitenkin vakiintuneen.<sup>1443</sup> Lainkohtaa tulkittaessa on otettava huomioon näitä tekijöitä koskeva EIT:n oikeuskäytäntö.

Al-Khawaja ja Tahery -tuomion mukaan vastakuulustelu-oikeuden rajoittumista tasapainottaviin tekijöihin tulisi *sisältyä* menettelyjä, jotka mahdollistavat testaamattoman lausunnon luotettavuuden reilun ja asianmukaisen arvioinnin.<sup>1444</sup> Schatschaschwili-tuomion perusteluissa kyseiseen kohtaan viitattaessa mainitaan ainoastaan luotettavuuden arvioinnin merkitys.<sup>1445</sup> Lisäksi kaikki Schatschaschwili-tuomiossa selostetut tasapainottavat tekijät ovat sellaisia, joilla on

<sup>1443</sup> Ks. esim. KKO 2018:54 (kohta 22), Tapanila 2019a s. 150, Kempainen 2017 s. 393–394 ja Jämsä 2016 s. 826.

<sup>1444</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 147).

<sup>1445</sup> Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 116).

merkitystä lähinnä todisteen luotettavuuden kannalta. Voinee siten päätellä, että luotettavuusfunktio on entisestään korostunut vastakuulustelu-oikeuden riittävää toteutumista koskevassa harkinnassa. Toisaalta on selvää, että lausuman merkitys ja tasapainottavat tekijät kytkeytyvät yhteen: kontradiktorisuuspuutteita on tasapainotettava sitä enemmän, mitä merkittävämpää todistelu on.<sup>1446</sup>

Edellä tulkinnanvaraiseksi todetussa Schatschaschwili-tuomion perustelukohdassa todettiin, että tasapainottavia tekijöitä on epäselvässä tilanteessa arvioitava silloinkin, kun EIT katsoo lausuman olevan painoarvoltaan merkittävä. Tästä olisi tehtävissä se vastakohtaispäätelmä, että tasapainottaviin tekijöihin ei ole tarpeen ottaa kantaa, jos lausunto ei ylitä sanottua kynnystä. Mikäli subsidiariteettiperiaatetta koskeva tulkintani on oikea, sama vastakohtaispäätelmä koskisi tilannetta, jossa kansallinen tuomioistuin on asianmukaisesti katsonut, että lausunto ei ole ratkaiseva. Tällöin EIT:n ei näet tulisi edes arvioida sitä, onko todiste joka tapauksessa painoarvoltaan merkittävä. Oikeustila ei kuitenkaan tällä hetkellä näytä vastaavan esitettyä, joten lienee katsottava, että tasapainottavia tekijöitä olisi arvioitava jo silloin, kun testaamaton lausunto on painoarvoltaan merkittävä.

Sitnevskiy ja Chaykovskiy -tuomion mukaan tasapainottavia tekijöitä ei ollut tarpeen arvioida niiden lausuntojen osalta, joita ei pidetty painoarvoltaan merkittävänä. Samassa perustelukohdassa kuitenkin todetaan, että asiassa esitetty tukitodistelu olisi joka tapauksessa muodostanut tasapainottavan tekijän.<sup>1447</sup> Perustelut ovat tältä osin ristiriitaiset. Rastoder-tuomiossa EIT katsoi hieman vastaavasti, että sen oli tarpeetonta lausua todistelun merkityksestä, koska tasapainottavia tekijöitä pidettiin joka tapauksessa riittävänä.<sup>1448</sup>

EIT:n suuri jaosto joutunee vielä selventämään tulkintalinjaa ”painoarvoltaan merkittävän” todistelun osalta. Tulkintaongelma koskee tilanteita, joissa tuokynnys ylittyy, mutta testaamaton todistelu ei kuitenkaan ole merkitykseltään ”ratkaisevaa”. Jos tasapainottavia tekijöitä tutkitaan säännönmukaisesti näissä tapauksissa kansallisten tuomioistuinten näkemykset sivuuttaen, kuten nyt näyttää tehtävän, korostuu *sole or decisive rule*’in merkitys kokonaisuarkintaa edellyttävänä hyödyntämisrajoitteena. Haluttomuus pitäytyä kansallisen tuomioistuimen ratkaisun arvioinnissa Schatschaschwili-tuomion perustelujen

<sup>1446</sup> Ks. esim. *Seton v. the United Kingdom*, 31.3.2016 (kohta 59) ja *Štulír v. the Czech Republic*, 12.2.2017 (kohta 68). Ks. myös Huovila 1999 s. 1167 ja 1172: ”Mitä merkittävämmästä teemasta ja keskeisemmästä todisteesta on kysymys, sitä tärkeämpää oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin periaatteen, esim. kontradiktorisen periaatteen, noudattaminen tuon teeman ja todisteen osalta on.” Tukitodisteluvaatimuksen nykyistä tulkintaa voidaan myös kritisoida. Esimerkiksi Maffei katsoo, että tukitodisteluvaatimus sallisi liian monen testaamattoman lausunnon hyödyntämisen (Maffei 2006 s. 95).

<sup>1447</sup> *Sitnevskiy and Chaykovskiy v. Ukraine*, 10.11.2016 (kohta 125).

<sup>1448</sup> *Rastoder v. Slovenia*, 28.11.2017 (kohta 62).

mukaisesti voi selittyä osaltaan sillä, että todisteen merkitystä koskevan kriteerin painoarvoa ei haluta korostaa. Tämä johtaa toisaalta siihen, että tasapainotavat tekijät muodostuvat hyödyntämisharkinnan avainkriteeriksi.

Suomen oikeuden osalta tulkintaongelman merkitys lienee vähäinen, vaikka tuomioistuinten tuleekin ottaa huomioon EIT:n oikeuskäytäntö ja sen kehittyminen. ROL 11:4.3:n sanamuoto kuitenkin edellyttää puolustuksen oikeuksia turvaavien toimenpiteiden erittelyä kaikissa tapauksissa riippumatta lausuman merkityksestä. Lainkohtaa lienee tulkittava EIT:n tavoin liukuvasti siten, että puolustuksen oikeuksia turvaavia toimenpiteitä on arvioitava erityisen huolellisesti, jos testaamaton lausuma on merkitykseltään ainoa tai ratkaiseva. Jos lausuman merkitys on vähäisempi, riittävät periaatteessa myös vähäisemmät toimenpiteet tasapainottamaan puolustuksen oikeuksia siten, että oikeudenkäyntiä voidaan kokonaisuutena arvioiden pitää oikeudenmukaisena.<sup>1449</sup> Schatschaschwili-tuomioissa suuri jaosto luetteli seuraavat kuusi tasapainottavaa tekijää.

*1) Varovainen suhtautuminen testaamattomaan lausumaan.* Tuomion perusteluista tulee ilmetä, että tuomioistuin on tiedostanut testaamattoman todisteen näyttöarvon olevan lähtökohtaisesti matalampi kuin kontradiktorisuuden vaatimuksia vastaavalla tavalla esitetyn henkilötodistelun. Jos testaamatonta lausumaa pidetään luotettavana, tätä koskeva arviointi tulisi perustella yksityiskohtaisesti. Varovainen suhtautuminen ei siten merkitse, että tallennetun kertomuksen näyttöarvoa olisi jotenkin välttämätöntä keinotekoisesti madaltaa. Olennaista on, että tuomioistuin tunnistaa vastakuulustelumahdollisuuden rajoittumisesta ja todistelun välillisyydestä aiheutuvat haasteet kertomuksen luotettavuuden arvioinnin kannalta eikä pidä tallennettua kertomusta automaattisesti yhtä luotettavana kuin pääkäsittelyssä suullisesti ja välittömästi esitettyä henkilötodistelua.<sup>1450</sup>

Tallennetun kertomuksen yleisestä käyttökiellosta säädettiin ROL:n säätämisen yhteydessä VOK 17:11:ssä. Nykyistä OK 17:24.2:a vastaavan poikkeussäännöksen mukaan tallenteen ottaminen huomioon oikeudenkäynnissä

<sup>1449</sup> Ks. Jämsä 2016 s. 829–830 ja siinä mainitut lähteet, samoin Kemppinen 2017 s. 395 ja av. 15. Tulkintaa voidaan perustella myös ”painoarvoltaan merkittävä” -kynnyksen määrittämiseen liitetyillä haasteilla. Toisaalta tärkein oikeusturvatekijä näyttäisi olevan perusteellinen näytön arviointi, jota OK 17:1.2:ssa joka tapauksessa edellytetään kaikkien todisteiden osalta niiden merkittävyyteen katsomatta.

<sup>1450</sup> Ks. Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 126 ja siellä viitatus ratkaisut), Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 157) sekä vrt. Paić v. Croatia, 29.3.2016 (kohta 43): ”The Court notes that in the national court’s judgments there is no indication that they approached the statement given by E.R. with any specific caution or that the fact that she was an absent witness prompted the national courts to attach less weight to her statement –. On the contrary, the national courts based the applicant’s conviction solely on the statement given by E.R. and held that her statement was ‘credible and truthful’, without providing detailed reasons for such a view –.”

voitiin sallia, jos todistajaa ei voida kuulustella pääkäsittelyssä tai pääkäsittelyn ulkopuolella. Säännöksen esitöiden mukaan momenttiin ei sisältynyt kannanottoa siitä, mikä todistusarvo tallennetulla lausumalla asiassa on. EIS 6 artiklan 3 kappaleen d kohdan todettiin nimenomaisesti *rajoittavan* sellaisen aineiston hyödyntämistä todisteena. Joissakin tapauksissa tallennetulla kertomuksella voisi esitöiden mukaan olla ”muuta todistelua jossain määrin täydentävä vaikutus”.<sup>1451</sup> Selvää on, ettei kysymys tuolloin olisi ainoasta tai ratkaisevasta todisteesta.

2) *Kuulustelun esittäminen kuva- ja äänitallenteelta.* Puolustuksen oikeusturvaa voidaan vahvistaa myös siten, että pääkäsittelyssä esitetään videotallenne aikaisemmasta kuulemistilaisuudesta. Tällöin tuomioistuin, kantajapuoli ja puolustus voivat tarkkailla kuultavan käyttäytymistä kuulemisen aikana ja muodostaa oman käsityksensä kuultavan uskottavuudesta.<sup>1452</sup> Videotallenteilla on erityinen merkitys lapsia koskeissa seksuaalirikosasioissa, joissa esitutkintakuulustelu tallennetaan käytettäväksi todisteena pääkäsittelyssä tapahtuvan kuulemisen asemesta (ks. edellä luku 9.3.2). Toisaalta esimerkiksi ratkaisussa KKO 2013:96 on todettu, että nykyisin vallitsevan oikeuspsykologisen käsityksen mukaan henkilötodistelun luotettavuutta ei voida juurikaan perustaa henkilön puhetavasta, ilmeistä ja eleistä tai tunnereaktiosta oikeudenkäynnissä tehtävien havaintojen ja vaikutelmien varaan.<sup>1453</sup>

3) *Lausuman luotettavuutta vahvistava tukitodistelu.* Vaikuttaa jossain määrin ristiriitaiselta, että tukitodistelua arvioidaan myös tasapainottavana tekijänä. Al-Khawaja ja Tahery -tuomion mukaanhan tukitodistelu otettaisiin huomioon lausuman merkityksen arvioinnissa siten, että mitä vahvempaa tukitodistelu on, sitä epätodennäköisempää olisi, että tallennettua lausumaa pidettäisiin merkitykseltään ratkaisevana.<sup>1454</sup> Ilmeisesti arviointikriteerit ovat osin päällekkäisiä. Schatschaschwili-tuomiossa luetellaan useita tukitodistelun lajeja (ks. niistä myös edellä luku 4.6.2). Ensinnäkin tukitodistelua voivat olla sellaisten henkilöiden lausunnot, joille poissa oleva kuultava on kertonut tapahtumista välittömästi niiden jälkeen. Toiseksi tukitodisteita voivat olla erilaiset reaalityodisteet, kuten DNA-näytteet, paikannustiedot<sup>1455</sup> ja telekuuntelutallenteet.<sup>1456</sup>

<sup>1451</sup> HE 82/1995 vp s. 143–144.

<sup>1452</sup> Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 127 ja siellä viitatus ratkaisut).

<sup>1453</sup> KKO 2013:96 (kohta 8). Ks. myös Maffei 2006 s. 25–26.

<sup>1454</sup> Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 131).

<sup>1455</sup> Käytännössä paikannustietojen hankkimisen mahdollisuudesta ollaan nykyisin tietoisia ja niitä voidaan käyttää keinotekoisien alibin hankkimiseen jättämällä puhelin jonkun toisen henkilön mukaan.

<sup>1456</sup> Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 128 ja siellä viitatus ratkaisut). Maffei on kritisoinut EIT:n aikaisempaa ratkaisukäytäntöä epäjohdonmukaisuudesta tukitodistelua arviotaessa (Maffei 2006 s. 82–83).

Kolmanneksi tukitodistelua voivat olla asiantuntijalausunnat, jotka koskevat esimerkiksi uhrin vammoja tai hänen luotettavuuttaan. Ensin mainittuja ovat esimerkiksi lääkärinlausunnat, jos ne vahvistavat kuultavan kertomusta vammamekanismista.<sup>1457</sup> Toisaalta on otettava huomioon, että lääkärit toteavat usein ainoastaan sen, että heille esitettyä vammamekanismia – jota heidän ei tietenkään tarvitse kyseenalaistaa – on mahdollinen. Tästä ei vielä sellaisenaan voida päätellä, että jokin muu vammamekanismi olisi suljettu pois. Asianomistajan kertomuksen luotettavuutta toki tukee myös se, jos puolustuksen väittämä vammamekanismi on asiantuntijan näkemyksen mukaan mahdoton tai erittäin epätodennäköinen. Kuultavan luotettavuudesta voidaan esittää esimerkiksi todistajanpsykologinen asiantuntijalausunto.<sup>1458</sup>

Tukitodisteluna voidaan pitää myös lausunnon kanssa myötävaikutussuhteissa olevia itsenäisiä todisteita. Al-Khawaja ja Tahery -tuomioon viitaten tukitodisteluna voidaan pitää myös vahvoja yhtäläisyyksiä poissa olevan kuultavan lausunnon sekä toisen kuultavan kertomuksen kanssa. Edellytyksenä on kuitenkin, ettei ole viitteitä kolluusiosta eli kuultavien kertomusten tarkoituksellisesta yhteensovittamisesta. Myötävaikuttavaa tukitodistelua vahvistaa siihen kohdistuva testaamismahdollisuus.<sup>1459</sup>

4) *Mahdollisuus kuulustuttaa lausuman antajaa jonkun välityksellä.* Tasapainottavana tekijänä on pidetty myös puolustukselle tarjottua mahdollisuutta esittää kysymyksiä esimerkiksi tutkintatuomarin välityksellä sellaiselle kuultavalle, jota ei voida kuulustella oikeudenkäynnissä.<sup>1460</sup> Mahdollisuus esittää kysymyksiä esitutkinnassa tutkijan välityksellä (ETL 7:17 ja 9:4.2) lienee merkityksellinen tällaisena tasapainottavana tekijänä. Jos kysymys sen sijaan on kuulemisjärjestelystä oikeudenkäynnissä – kuten kysymysten esittäminen tuomioistuimen välityksellä kuultavalle, joka ei ole täyttänyt 15 vuotta tai jonka henkinen toiminta on häiriintynyt (OK 17:48.5) – ei vastakuulustelu-oikeuden liene ainakaan yleensä katsottava rajoittuneen sillä tavalla, että ROL 11:4.3 tai sole or decisive rule tulisivat ylipäättään sovellettaviksi.

5) *Mahdollisuus vastakuulusteluun esitutkintavaiheessa.* Kuten edellä (luku 9.3.2) on jo todettu, vastakuulustelu-oikeuden tulee pääsääntöisesti toteutua oikeudenkäynnissä. Vastakuulustelumahdollisuus esitutkintavaiheessa ei siten ainakaan automaattisesti merkitse, että oikeus olisi toteutunut EIS 6 artiklan 3 kappaleen d kohdassa edellytetyllä tavalla. Kysymys on kuitenkin tärkeästä

<sup>1457</sup> Ks. esim. Gani v. Spain, 19.2.2013 (kohta 48).

<sup>1458</sup> Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 128 ja siellä viitatus ratkaisu).

<sup>1459</sup> Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 128), Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohta 156).

<sup>1460</sup> Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 129 ja siellä viitatus ratkaisu).

tasapainottavasta tekijästä. Esitutkinnassa tarjottavan vastakuulustelumahdollisuuden merkitys korostuu silloin, kun viranomaisten tiedossa on jokin kuultavan myöhemmän läsnäolon toteuttamisen vaarantava seikka. Puolustuksen oikeusturva ei toteudu tehokkaasti, jos jo esitutinnan aikana tiedetään vastakuulustelun käyvän mahdottomaksi pääkäsittelyssä. Tilannetta ei riitä korjaamaan se, että tallennetun kertomuksen käyttämiselle on tuolloin sinänsä hyväksyttävä syy.<sup>1461</sup>

6) *Mahdollisuus tulla kuulluksi ja riitauttaa testaamattoman todistelun luotettavuus.* Kontradiktorinen periaate edellyttää itsestään selvästi sitä, että puolustukselle tarjotaan mahdollisuus esittää oma näkemyksensä tapahtumien kulusta sekä riitauttaa syyttäjän todistelu. Tällaisten mahdollisuuksien merkitys tasapainottavina tekijöinä voidaankin kyseenalaistaa, koska ne eivät näytä vahvistavan puolustuksen oikeuksia oikeastaan lainkaan.<sup>1462</sup> Nytkin voidaan huomauttaa, että kysymys on riitauttamismahdollisuuden tehokkuudesta eli esimerkiksi mahdollisuudesta esittää vastatodistelua riitautuksen tueksi. Tuomioistuimen on myös otettava kantaa niihin näkökohtiin, jotka puolustus on esittänyt.<sup>1463</sup> Schatschaschwili-tuomiossa todetaan esimerkiksi, että jos kuultavan henkilöllisyys on puolustuksen tiedossa, se voi yksilöidä ja selvittää, miksi kuultava saattaisi valehdella.<sup>1464</sup>

Esimerkiksi Bátek-tuomiossa<sup>1465</sup> katsottiin, ettei tullin kautta tavaraa kuljetaneiden henkilöiden poissaololle ja tallennettujen kertomusten käytölle ollut hyväksyttävää perustetta, kun heitä ei ollut edes yritetty kutsua henkilökohtaisesti oikeudenkäyntiin. Lausuntojen katsottiin olleen painoarvoltaan merkittäviä. Tasapainottavien tekijöiden osalta EIT totesi, ettei tallennettuihin lausumiin ollut suhtauduttu erityisen varovaisesti (1). Toisaalta näytön arviointi kokonaisuutena oli ollut huolellista, vastaajien syyllisyydestä oli muutakin todistelua ja tallennetut lausumat olivat lähinnä tukitodistelun asemassa (3). Henkilötodistelun vastaanottaminen tuomioistuimessa muodosti myös tasapainottavan tekijän. Puolustuksella oli mahdollisuus esittää oma näkemyksensä tapahtumainkulusta ja riitauttaa syyttäjän todistelun luotettavuus (6). Näihin väitteisiin oli otettu kantaa rikosprosessissa. EIS 6 artiklaa ei katsottu loukatun.

Täu-tuomioon<sup>1466</sup> voidaan viitata verrattain vakavana varoittavana esimerkkinä. Erään todistajan (F.D.) kuulemiseen pääkäsittelyssä ei ollut suositettu valittajan useista pyynnöistä huolimatta. Kansallinen tuomioistuin ei

<sup>1461</sup> Rosin v. Estonia, 19.12.2013 (kohta 57) ja Vronchenko v. Estonia, 18.6.2013 (kohdat 61 ja 63). Virolainen on ratkaisua KKO 2007:101 kommentoidessaan todennut, että ulkomaalaisten todistajien osalta ainoa realistinen mahdollisuus vastakuulustelun toteuttamiseen on yleensä esitutkinnassa, ja perustellusti suositellut tällaista menettelyä (Virolainen 2008 s. 225–226). Ks. myös Tapanila 2019a s. 155–157.

<sup>1462</sup> Trechsel 2005 s. 313, Goss 2014 s. 141.

<sup>1463</sup> Ks. esim. Dimović v. Serbia (kohta 46).

<sup>1464</sup> Schatschaschwili v. Germany [GC], 15.12.2015 (kohta 131 ja siellä viitatus ratkaisut).

<sup>1465</sup> Bátek and Others v. the Czech Republic, 12.1.2017.

<sup>1466</sup> Täu v. Romania, 23.7.2019.



ollut kutsunut häntä kuultavaksi eikä myöskään perustellut kieltäytymistään. Hyväksyttävää syytä poissaololle ei siten ollut. Kansallinen tuomioistuin ei ollut myöskään ottanut kantaa F.D.:n lausunnon merkitykseen, mutta EIT piti sitä painoarvoltaan merkittävänä ja eteni näin ollen arvioimaan pääasiallisuustestin kolmatta osaa, tasapainottavia tekijöitä. Tässäkään tapauksessa ei ollut viitteitä varovaisesta suhtautumisesta testaamattoman todistelun luotettavuuteen (1). Merkityksellistä tukitodistelua ei ollut esitetty (3). Puolustukselle oli tosin tarjottu vastakuulustelumahdollisuus esitutkinnassa (5), mutta pääkäsittelyssä ei ollut ollut mahdollista kuulustuttaa häntä edes välillisesti (4). Mahdollisuus tulla kuulluksi ja riitauttaa syytettä tukeva todistelu (6) eivät riittäneet tasapainottamaan vastakuulusteluoikeuden rajoittumista, koska tuomioistuimen näytön arviointi oli puutteellista.

Zadumov-tuomiossa todistaja oli niin sanotussa katkaisuhoidossa, joka sinänsä olisi voinut muodostaa hyväksyttävän syyn poissaololle, jos hän olisi ollut vuodepotilaana. EIT totesi kuitenkin, että kansallinen tuomioistuin oli saanut kirjeitse tiedon kuultavan kotiuttamisesta, eikä kuitenkaan ollut ryhtynyt toimiin vastakuulustelun järjestämiseksi. Hyväksyttävän perusteen kriteeri ei täytynyt. Kuultava oli kanssavastaaajien ohella ainoa silminnäkijä ja hänen lausuntonsa oli keskeisessä asemassa arvioitaessa kanssavastaaajien ristiriitaisia kertomuksia. Lausuman merkitys oli siten ratkaiseva. Kansallinen tuomioistuin pyrki tasapainottamaan puolustuksen asemaa määrämällä kuultavan noudettavaksi ja kuulemalla kuulustelun esitutkinnassa suorittanutta tutkijaa kuultavan luotettavuuden arvioimiseksi. Tuomioistuin kuitenkin salli kirjatun kertomuksen käyttämisen todisteena perustelematta tätä ratkaisua mitenkään, vaikka kansallinen oikeus sitä edellytti. Näytön arviointia pidettiin lisäksi ”pinnallisena”. Koska tasapainottavat tekijät eivät olleet riittävän painavia lausuman merkitykseen nähden eikä kuultavan poissaololle ollut hyväksyttävää syytä, EIS 6 artiklaa oli loukattu.

Suomen oikeuden osalta voidaan katsoa lainsäädännön sisältävän vaadittavat oikeusturvatekijät. Kansallisia säännöksiämme on tietenkin tulkittava sopu-soinnussa EIT:n oikeuskäytännön kanssa. Zadumov-tuomiossa EIT totesi, että sinänsä asianmukainen lainsäädäntö ja korkeimpien oikeuksien sen soveltamista ohjaava oikeuskäytäntö eivät vielä yksin riitä, vaan niiden lisäksi asiaa käsittelevien tuomioistuinten velvollisuutena on arvioida yksittäisten asioiden erityisiä olosuhteita. Niiden velvollisuutena on varmistaa EIS:ssa turvattujen oikeuksien toteutuminen ryhtymällä tarvittaessa yksilöllisiin toimenpiteisiin, joilla kompensoidaan kuultavan poissaolon aiheuttamaa puolustuksen oikeuksien heikentymistä. Menettelyn tulee turvata vastaajan oikeudet, mahdollistaa hänen tehokas osallistumisensa prosessiin ja ehkäistä epäyhdenvertainen asettelu suhteessa syyttäjään.<sup>1467</sup>

Pääasiallisuustestin kahden jälkimmäisen perusteen soveltamisessa keskeistä on näytön luotettavuus. ROL 11:4.3:n mukainen arviointi voidaan näiltä osin

<sup>1467</sup> Zadumov v. Russia, 12.6.2017 (kohta 64).

suorittaa yhdessä muun näytön arvioinnin kanssa.<sup>1468</sup> Jos testaamattoman lausunnan luotettavuudesta voidaan varmistua riittävästi suhteessa sen merkitykseen, voidaan todeta, ettei sen hyödyntämiselle ole estettä. Päinvastaisessa tapauksessa eli jos testaamaton lausunto on keskeinen syytettä tukeva todiste ja sen luotettavuus jää kyseenalaiseksi, syyte tulee hylätä, koska syyksilukevaa tuomiota ei voida perustaa siihen.<sup>1469</sup> Kysymys on näytön arviointiin ja erityisesti näytön riittävyteen liittyvästä vaatimuksesta eikä siitä, että käytettävissä olevaa todistusaineistoa jälkikäteen rajoitettaisiin. Pääasiallisuustestiä ei siksi voi pitää hyödyntämiskieltona. Todistettahan itse asiassa nimenomaan arvioidaan.<sup>1470</sup>

Sanotusta huolimatta kysymys ei ole myöskään vapaasta hyödyntämisestä. Tuomioistuimella on velvollisuus erityisesti perustella, miksi se pitää luotettavuudeltaan lähtökohtaisesti epävarmaa henkilötodistelua riittävänä näyttönä vastaajan syyllisyydestä. Tallenteiden käyttö ja todistelun muu välillisuus vaikeuttavat kuultavan ja tämän kertomuksen luotettavuuden arviointia. Kertomusta ei siten voida ilman muuta hyväksyä luotettavaksi, vaan tätä on arvioitava erityisen huolellisesti. Tukitodisteluvaatimuksen tarkoituksena on myös näissä tapauksissa estää se, että tuomioistuin yliarvioi todisteen luotettavuutta tilanteessa, jossa yleisten kokemussääntöjen perusteella on käsillä tällainen vaara. Oikeus vastakuulusteluun palvelee tältä osin samaa päämäärää kuin välittömyysperiaatekin eli keskeistä on, voiko tuomioistuin riittävästi varmistua todisteen luotettavuudesta.

Näistä lähtökohdista seuraa myös, että todistelua ei ole tarpeen rajoittaa ehdottomasti. Välillinen tai muutoin kontradiktorisuudeltaan rajoittunut henkilötodistelu ei näet ole automaattisesti ja kaikissa tapauksissa epäluotettavaa, vaan sen luotettavuuden arviointiin voi olla riittävät edellytykset yksittäistapauksessa kuultavan tai tämän kertomuksen luotettavuutta vahvistavan tukitodistelun vuoksi. Jos tukitodisteluna esitetään muuta itsenäistä, myötävaikutussuhteessa

<sup>1468</sup> Ks. vastaavasti ylimääräisen tiedon käyttöä koskeva HE 14/2013 vp s. 45: ”Tuomioistuimen ei tarvitsisi tehdä nimenomaista erillistä ratkaisua ylimääräisen tiedon käytöstä näyttönä, vaan haastehakemuksessa ja asianosaisten käsittelyssä esiin nostamiin näkökohtiin ja muihin seikkoihin liittyen punninta voitaisiin tehdä tuomiossa, jossa ylimääräisen tiedon käyttämistä näyttönä pohditaan muun näytön arvioinnin lomassa.”

<sup>1469</sup> Samaan lopputulokseen tulisi päätyä myös vapaalla näytön arvioinnilla, koska luotettavuus on epistemologinen eikä oikeudellinen kysymys. Pääasiallisuustesti näyttäisi lähinnä korostavan tuomioistuimen velvollisuutta ottaa huomioon testaamismahdollisuuden puuttuminen. Jackson ja Summers lienevät siten oikeassa tiivistäessään, että oikeudenmukaisuuden ja luotettavuuden arviointia ei voida erottaa toisistaan (Jackson – Summers 2012 s. 341).

<sup>1470</sup> Ks. Tapanila 2019a s. 237–238 ja Jämsä 2015 s. 106–109. Vrt. Pölonen 2003 s. 92–93, missä pidetään epäonnistuneena ratkaisun KKO 1996:50 otsikon kirjoitustapaa ”A:n esitutkinnaassa antamia lausuntoja ei pidetty todistajanlausunnot huomioon ottaen riittävänä selvityksenä –”. Tällainen kirjoitustapa on kuitenkin EIT:n nykyistä tulkintalinjaa erityisen hyvin vastaava, koska sole or decisive rulen kannalta on keskeistä arvioida sitä, tukeeko muu todistelu kontradiktorisuudeltaan puutteellisen lausuman luotettavuutta.

olevaa näyttöä rikoksesta, ei testaamaton todiste välttämättä ole merkitykseltään ratkaisevaa. Erityinen perusteluvollisuus edellyttää, että tuomioistuimien kiinnittäisi näytön arvioinnissa huolellisesti huomiota testaamattomuuteen ja sen merkitykseen kyseisessä tapauksessa. Kysymys on siten hyödyntämismäärästä tai -rajoituksesta eikä hyödyntämiskiellostä.<sup>1471</sup>

Tapanila on katsonut, että lausuman merkityksen ja tasapainottavien tekijöiden arviointi saatetaan kokea ”semanttiseksi kikkailuksi”, koska tuomioistuimien voi ottaa todisteen vastaan ja sen jälkeen yrittää perusteluissaan vakuuttaa, että myös muu todistelu on ollut merkityksellistä.<sup>1472</sup> Virolainen on hieman vastavasti katsonut, että ”ainoa tai ratkaisevan näytön”-kriteeristä huolimatta tuomioistuimet voisivat varsin laajasti hyväksyä todisteiksi esitutkintakertomuksia, ”kunhan ne vain muistavat perusteluissaan korostaa asiassa esitetyn muun näytön merkitystä”.<sup>1473</sup> Tuomioistuimen lienee kuitenkin vaikeaa väaristellä perusteluja siten, että ratkaiseva todistelu ”kirjoitettaisiin” merkitykseltään vähäiseksi. Objektiivinen lukija voi kyllä tunnistaa tällaisen harhautuksen.<sup>1474</sup> Lisäksi tärkeää on, että juuri puolustuksen väitteisiin otetaan kantaa tuomion perusteluissa.

Pääasiallisuustestin todistelua rajoittavaa vaikutusta ei nykyisin voida riittävästi hahmottaa sanaparilla ”ainoa tai ratkaiseva todiste”. Testaamattoman henkilötodistelun hyödyntäminen ei ole enää, toisin kuin Doorson-linjan mukaisesti, kytköksissä sen osuuteen syytettyä tukevista näytöistä. Myöskään ”erityinen perusteluvollisuus” ei mielestäni ole kuvaava ilmaisu. Kysymys ei ole niinkään näyttöosuutta koskevasta kriteeristä vaan erityisesti näytön luotettavuudesta ja sen arvioimisen edellytyksistä. Erityisen perusteluvollisuuden sisältönä näet on, että puolustuksen oikeusturvalle todisteen testaamattomuudesta lähtökohtaisesti aiheutuva vaara voidaan yksittäistapauksessa välttää ja oikeustila vakauttaa, jos epävarman todisteen luotettavuudesta voidaan varmistua tukitodistelun avulla tai jos muu todistelu on merkitykseltään ratkaisevaa.

Lausuman merkitystä osana muuta näyttöä sekä tasapainottavia tekijöitä – erityisesti tukitodistelua ja sen vaikutusta – voitaneen säännönmukaisesti arvioida vasta sen jälkeen, kun kontradiktorisuudeltaan puutteellinen todiste on otettu vastaan. Vastaaja voi kuitenkin hakea tuomioon muutosta pait-

<sup>1471</sup> Aikaisemmin esittämälläni hyödyntämismääräyksen käsitteellä ei ole tarkoitettukaan kuvata mitään konkreettista arviointimallia (vrt. Tapanila 2019a s. 236). Käsitteen tarkoituksena on ollut korostaa ainoastaan sitä, ettei pääasiallisuustestin soveltaminen merkitse hyödyntämiskieltoa, mutta ei myöskään hyödyntämismääräyksiä, vaan sen todistusvoimallisuuden vaikutuksen jäsentämiseksi on ollut tarpeen kehittää uusi käsite.

<sup>1472</sup> Tapanila 2019a s. 237.

<sup>1473</sup> Virolainen 2008 s. 225.

<sup>1474</sup> Ks. Spring-Reiman 2012 s. 150 ja Martin v. Estonia, 30.5.2013 (kohdat 48, 95 ja 96).

si sillä perusteella, että hyväksyttävää perustetta tallenteen käytölle<sup>1475</sup> ei ole ollut, myös sillä perusteella, että lausuman merkitystä tai tasapainottavia tekijöitä on arvioitu väärin ja että syytettä ei olisi tullut hyväksyä. Muutoksenhaku tuomioistuimen tulee tällöin suorittaa oma arvionsa pääasiallisuustestin mukaisesti ottaakseen kantaa alemman tuomioistuimen menettelyn laillisuuteen. Se lienee usein alioikeutta paremmassa asemassa arvioimaan etenkin näytön merkitystä mutta myös sitä, ovatko tasapainottavat tekijät riittävästi kompensoineet kontradiktorisuuspuutteita kyseisessä tapauksessa.<sup>1476</sup>

---

<sup>1475</sup> Anonymiteetin myöntämistä koskevassa menettelyssä vastaajan etua valvoo julkinen asia-mies, jolla on yksinomainen valitusoikeus (ks. KKO 2016:88).

<sup>1476</sup> Ks. Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], 15.12.2011 (kohdat 133 ja 135).



---

# 10 Lopuksi

## 10.1 OIKEUDELLISTEN TODISTELUNRAJOITTEIDEN JÄRJESTELMÄ

Rikosprosessissa tutkitaan kantajan syytettä eli väitettä siitä, että vastaaja on menetellyt rangaistavalla tavalla. Syytteen käsitteleminen edellyttää, että tuomioistuimelle esitetään tietoja prosessinulkoisen todellisuuden tapahtumista. Tätä nimitetään todisteluksi. Koska vastaajan oletetaan olevan syytön rikokseen, kunnes toisin todistetaan, on kantajan tehtävänä esittää riittävästi todistelua syytteen tueksi. Esitutkinnan aloittaminen ja syytteen nostaminen perustuvat toisaalta viranomaisten näkemykseen siitä, että henkilö on riittävän todennäköisesti syyllistynyt rikokseen. Aineellisen rikosoikeuden normit eivät voisi tehokkaasti suojella kriminalisoinneilla turvattuja oikeushyviä, kuten perusoikeuksia, ellei rikosvastuun toteuttamisesta vastaavaa viranomaiskoneistoa voida käynnistää jo rikosepäilyn selvittämiseksi.

Syytteen toteennäyttämisen mahdollisuudet riippuvat ensinnäkin sellaisista ei-oikeudellisista seikoista kuin mitä todisteita menettelystä on ylipäättään olemassa, mitä todisteita oikeudenkäynnissä voidaan esittää ja miten luotettavia todisteet ovat. Tällaiset seikat rajoittavat tuomioistuimen kykyä arvioida syytteessä esitetyn väitteen todenmukaisuutta. Olen nimittänyt niitä tosiasiallisiksi todistelunrajoitteiksi erotuksena oikeudellisista todistelunrajoitteista. Oikeudelliset todistelunrajoitteet ovat oikeusnormeja, joiden soveltamisella on tai voi olla todisteiden hankkimista, esittämistä tai hyödyntämistä rajoittava vaikutus. Näin ollen myös niiden soveltaminen vaikuttaa siihen, voidaanko syyte katsoa toteennäytetyksi vai ei. Oikeusnormien todistelua rajoittava vaikutus poikkeaa kuitenkin merkittävästi tosiasiallisten todistelunrajoitteiden vaikutuksesta.

Oikeudelliset todistelunrajoitteet ovat poikkeuksia vapaasta todistusteoriasta, jolla pyritään varmistamaan, että tuomioistuimen näyttöratkaisu vastaisi totuutta niin hyvin kuin mahdollista. Vapaan todistusteorian mukaisesti todisteiden käytön tulisi määräytyä tiedollisten eikä oikeudellisten sääntöjen perusteella. Toisaalta todistelun vapaus ei saa merkitä mielivaltaa, vaan tuomioistuimella on velvollisuus perustella eli tietoteorian käsittein tiedollisesti oikeuttaa näyttöratkaisunsa. Näytön arvioinnin tulee lisäksi olla tasapuolista ja huolellista, jotta tuomion lopputulos vastaisi totuutta varmuusperiaatteen edellyttämällä tavalla. Tämän lisäksi tarkoituksenmukaiseen oikeudenkäyntiin on katsottu kuuluvan, että se on mahdollisimman nopea ja halpa. Näistä tavoitteista tärkeimpänä on kuitenkin pidetty tuomion aineellista oikeellisuutta.

Tässä tutkimuksessa esittämäni oikeudellisten todistelunrajoitteiden järjestelmä perustuu oikeudellisten todistelunrajoitteiden keskeisten ominaisuuksien

tunnistamiseen ja jäsentämiseen. Näiden ominaisuuksien välityksellä voidaan hahmottaa todistelua rajoittavien normien eroavaisuuksia ja luokitella niitä ominaisuuksiltaan toisiaan vastaaviksi todistelunrajoitteiden tyypeiksi. Ensimmäisenä oikeudellisten todistelunrajoitteiden erottelukykyisenä ominaisuutena on pidetty sen funktiota eli tarkoitusta. Tarkoitus voidaan ilmaista todistelunrajoitteen suojeluintressin tai -intressien muodossa. Nämä intressit voivat myös painottua hieman eri tavoin niin, että todistelunrajoitteella voi olla useita suojeluintressejä, mutta jokin niistä on painoarvoltaan merkittävin. Muilla suojeluintresseillä on tällöin lähinnä täydentävä merkitys.

Jotkin oikeudelliset todistelunrajoitteet ovat olemassa todistelun luotettavuuden varmistamiseksi. Ne ikään kuin täydentävät vapaata todistusteoriaa. On tosin hieman paradoksaalista, että todistelun vapaudella ja rajoittamisella olisi yhteisenä päämääränä tuomion oikeellisuus. Näyttöratkaisun pohjimmiltaan epistemologisesta, ei-oikeudellisesta luonteesta johtuu, että todistelun luotettavuutta on haasteellista edistää oikeusnormeilla. Yleisenä lähtökohtana oikeusvaltiossa on toisaalta se, ettei tuomion oikeellisuuteen saa pyrkiä millä keinolla hyvänsä. Joissain tapauksissa totuuden selvittäminen saattaa loukata tai vakavasti vaarantaa sellaisia intressejä, jotka nauttivat oikeusjärjestyksen suojaa. Erityisesti tällaiset muita suojeluintressejä turvaavat todistelunrajoitteet saattavat edellyttää luotettavankin todistelun sivuuttamista.

Tuomion oikeellisuutta tavoitellaan aineellisen rikosvastuun toteuttamiseksi. Oikeudelliset todistelunrajoitteet saattavat siten johtaa siihen, ettei rikokseen tosiasiaassa syyllistynyttä vastaajaa voida tuomita rangaistukseen. Tästä syystä todistelua rajoittavien säännösten säätämisessä ja tulkinnassa voi olla tarpeen punnita vastakkain todisteen luotettavuutta ja muita suojeluintressejä. Eräissä tilanteissa nämä tavoitteet vaikuttavat yhdensuuntaisesti joko todisteen käytön sallimisen tai kieltämisen puolesta. Rikosvastuun toteuttamistavoitetta ei kuitenkaan tule ymmärtää vaatimukseksi tuomita kaikki rikostutkinnan kohteeksi joutuvat epäillyt tai vastaajat rangaistukseen. Edellä todetun rikosoikeudellisen järjestelmän tehokkuusvaatimuksen takia epäilysten kohteeksi joutuu väistämättä myös syyttömiä henkilöitä.

Toisena todistelunrajoitteiden ominaisuutena on tarkasteltu niiden kohteita. Jokaisella oikeudellisella todistelunrajoitteella täytyy olla tietty soveltamisala. Soveltamisala ilmaisee, millaiseen todisteluun normin rajoittava vaikutus kohdistuu. Käsitteellisenä viitekehyksenä on hyödynnetty oikeudessamme vakiintunutta kolmijakoa siten, että oikeudellisen todistelunrajoitteen kohteena voi olla todistusteema, todistuskeino tai todistusmetodi. Kohde on voitu ilmaista myös näiden kolmen kohdetyypin jonkinlaisena yhdistelmänä. Esimerkiksi kiellettyä voi olla esittää tietoja tietystä todistusteemasta (kuten potilas-salaisuus) käyttämällä tiettyä henkilöä todistuskeinona (kuten lääkäriä). Niin sanottu todistuskeinoneutraalisuus laajentaa suojan kohteeksi myös lääkäriillä

olevat asiakirjat, joista kyseinen tieto ilmenee. Joku muu henkilö voi kuitenkin esteettä todistaa samoista tiedoista.

Kolmantena oikeudellisten todistelunrajoitteiden keskeisenä piirteenä olen pitänyt niiden joustavuutta. Todistelunrajoitteet voivat tulla sovellettaviksi enemmän tai vähemmän ehdottomasti. Rajoitteilla voi olla erilaisia poikkeusperusteita, ne voivat joustaa jonkun henkilön suostumuksen perusteella tai ne voivat olla tuomioistuimen murrettavissa tietyin edellytyksin. Toisaalta jotkin todistelunrajoitteet ovat ainoastaan todisteen tietynlaiselle hyödyntämiselle asetettuja edellytyksiä. Esimerkkinä sellaisesta voidaan mainita tukitodisteluvaatimukset, joiden mukaan syyksilukemista ei voida yksin tai pääasiassa perustaa tiettyyn todisteeseen, kuten peruutettuun tunnustukseen. Ehdottomat todistelunrajoitteet ovat järjestelmässämme poikkeuksia ja koskevat kaikkein vakavimpia oikeudenloukkauksia, kuten kidutusta.

Neljäs tarkastelemani piirre on todistelunrajoitteiden ulottuvuus todistelumennettelyn eri vaiheisiin, jotka ovat todisteen hankkiminen, todisteen esittäminen ja todisteen hyödyntäminen. Eräät rajoitteet ulottuvat ainoastaan yksittäiseen vaiheeseen rajoittaen esimerkiksi todisteen esittämistä. Tarpeettoman todisteen epääminen voidaan mainita esimerkkinä tällaisesta varsin rajallisesta todistelunrajoitteesta, koska tarpeettoman todisteen hankkimista tai hyödyntämistä ei ole nimenomaisesti kielletty. Sen sijaan esimerkiksi potilassalaisuuden suoja ja itsekriminointisuoja ulottuvat kaikkiin todistelumennettelyn vaiheisiin rajoittaen potentiaalisesti niin todisteiden hankkimista, esittämistä kuin hyödyntämistäkin. Hyödyntämistä rajoittavilla normeilla voi olla ennakkollinen vaikutus, joka ulottuu todistelumennettelyn aikaisempiin vaiheisiin.

Pääluvuissa 4–9 on pyritty kokeilemaan tämän teoreettisen viitekehyksen soveltuvuutta oikeudellisten todistelunrajoitteiden järjestelmän jäsentämiseksi. Monista viitekehyksen yksityiskohdista voinee olla perustellustikin eri mieltä, mutta näkemykseni mukaan käsitejärjestelmä kokonaisuutena on samalla sekä teoreettisesti onnistunut että käytännönläheinen tapa kuvata todistelunrajoitteita ja siten osoittaa, miten ne vaikuttavat laillisen näytön muodostumiseen. Tässä omaksuttu tarkastelutapa voi monissa käytännön yhteyksissä olla tarpeettoman hienojakoinen. Esimerkiksi käytettyä tyypittelyä ei ole välttämätöntä omaksua yksittäisten todistelunrajoitteiden soveltamiseksi. Toisaalta konkreettisesti soveltamistilanteessa tulee ymmärtää todistelunrajoitteiden ominaispiirteet ja niiden eroavaisuudet.

Todistelunrajoitteita tulee soveltaa etupainotteisesti aina, kun se on mahdollista. Näin sekä tuomioistuimien että asianosaisien tietoisia laillisen näytön laajuudesta ja voivat ottaa rajoitteet huomioon omassa toiminnassaan. Parhaiten todistelunrajoitteet toteutuvat siten, että asianosaiset ottavat ne huomioon jo todisteita hankkiessaan ja viimeistään niitä esittäessään. Viime kädessä valvonstavastuu on kuitenkin syyteasiaa käsittelevällä tuomioistuimella, jonka tulee



asian valmisteluvaiheessa tai viimeistään pääkäsitellyssä prosessinjohton keinoin kiinnittää asianosaisten huomiota oikeudellisiin todistelunrajoitteisiin sekä tarvittaessa myös päättää todistelun rajoittamisesta joko siten, että sen vastaanottaminen estetään, tai viimeistään pääasiallisen yhteydessä. Eräitä todistelunrajoitteita voitaneen arvioida pitkälti todistusharkinnan lomassa.

Eräs yksittäinen käsite, jota olen vuosia pitänyt ongelmallisena määritellä täsmällisesti, on hyödyntämisrajoitus. Kun tuo aikaisemmassa tutkimuksessani<sup>1477</sup> ehdottamani termi kuitenkin näyttää jo verrattain vakiintuneelta, on ollut syytä selvittää sen merkitystä. Käytin sitä alun perin kuvaamaan pääasiallisuustestin vaikutusta todisteen hyödynnettävyydelle eli sitä, että vapaan näytön arvioinnin lisäksi on otettava kantaa muun muassa hyväksyttävään perusteesseen ja vastaajan oikeusturvaa vahvistaviin tekijöihin. Toisaalta pääasiallisuustestin perusteella voidaan päätyä myös sallimaan todiste, joten kysymys ei ole joustamattomasta kiellosta. Mikään ei sinänsä estäisi näidenkin tilanteiden jäsentämistä esimerkiksi hyödyntämiskiellon kautta, mutta pidin uutta käsitettä tarpeellisena juuri sen vuoksi, että hyödyntäminen ei aina ole kiellettyä.

Hyödyntämisrajoituksella voidaan mielestäni viitata kaikkiin sellaisiin normeihin, joilla on todisteen hyödyntämistä joustavasti rajoittava vaikutus. Hyödyntämisen ollessa harkinnanvaraista voidaan päätyä sallimaan hyödyntäminen, mutta jo hyödyntämisharkinta itsessään rajoittaa todistelumenettelyn vapautta velvoittamalla tuomioistuimen ottamaan kantaa harkinnan kriteereihin. Näin on silloinkin, kun kriteerit sisällöllisesti rinnastuvat näytön arvioinnin yleisiin vaatimuksiin. Arviointikriteerit muodostuvat eräänlaisiksi kynnyksiksi, jotka on ylitettävä ennen kuin hyödyntäminen on sallittua. Hyödyntämiskiellosta on vastaavasti perustellumpaa puhua, kun normi on vaikutukseltaan ehdoton. Tällaisenkin normin soveltaminen edellyttää tulkintaa sen toteamiseksi, soveltuuko normi vai ei, mutta ei mahdollista harkintaa todisteen sallimiseksi.

Esimerkiksi ratkaisussa KKO 2000:35 asetettu peruutettua tunnustusta koskeva tukitodisteluvaatimus voidaan jäsentää hyödyntämisrajoitukseksi. Useat hyödyntämisrajoitukset perustuvat kuitenkin EIT:n oikeuskäytäntöön, jonka erityisiä ongelmia ovat muuttuvuus ja vaikeatulkintaisuus. Eräs tutkimukseni pyrkimyksistä on ollut selvittää – toki omien käsitysteni perusteella – EIT:n ratkaisuja sekä niiden perusteluissa sovellettuja oikeusohjeita. Ratkaisuja pyritään nykyisin kirjoittamaan käytännönläheisiksi muodostamalla hyödyntämisharkinnan kriteereistä kokonaisuuksia eli testejä. Valitettavasti nekin on paikoin kirjoitettu hyvin monipolvisesti. Testien soveltamisen vaikeus on omiaan heikentämään lainkäytön ennustettavuutta, sillä hyödyntämisrajoitukset ovat täysin riippuvaisia harkintakriteerien sisällöstä ja keskinäisestä suhteesta.

Tosiasiasta mielestäni on se, että suomalaisten tuomioistuinten tulee ottaa EIT:n ratkaisuissa sovelletut oikeusohjeet huomioon eikä rajoittua ajattelemaan, että

<sup>1477</sup> Jämsä 2015.

kysymys on yksittäistapauksista. Nykyinen todistelua koskeva sääntelymme perustuu monin paikoin EIT:n ratkaisukäytäntöön, joka on jo tästä syystä otettava huomioon kansallisten säännösten tulkinnassa. Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus on lisäksi turvattu perusoikeutena, joten todistusoi-keudessa tulee ottaa huomioon myös perusoikeusmyönteinen tulkintametodi. Tämä edellyttää yksinkertaisimmillaan esimerkiksi puolustuksen oikeusturvan ottamista vakavasti, mikä tarkoittaa vähimmillään, että puolustuksen menettelyllisiä oikeuksia ei sivuuteta merkityksettöminä muutoseikkoina, vaan niistä poikkeamisen vaikutuksia arvioidaan huolellisesti.

EIT:n ratkaisukäytäntö ei kuitenkaan näyttäisi asettavan kohtuuttomia vaatimuksia suomalaiselle lainkäyttäjälle. Puolustuksen oikeuksien turvaaminen ei automaattisesti edellytä esimerkiksi syyttäjän todisteiden näyttöarvon mekaanista madaltamista tai johda aineellisesti syyllisten vastaajien vapauttamiseen. Useissa tapauksissa menettelylliset oikeudenloukkaukset antavat aiheen kyseenalaistaa todisteiden luotettavuuden, jolloin siitä tulee varmistua riittävästi. Tätä edellyttävät myös kansallisen oikeutemme vanhastaan tunnustamat vapaa todistusteoria ja varmuusperiaate. Uskallan väittää, että useissa tapauksissa, joissa EIT on katsonut oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuutta loukatun, on vastaajan syyllisyydestä jäänyt myös varteenotettava epäily. Tällöin asia on ratkaistava vastaajan eduksi.

Osalla todistelunrajoitteista on kuitenkin selvästi prosessinulkoinen funktio, joka voi olla ristiriidassa rikosvastuun toteuttamistavoitteen kanssa. Tällaiset rajoitteet ovat olleet ankarimman arvostelun kohteina. Tarkoitukseni ei ole ollut ottaa kantaa siihen, ovatko esimerkiksi EIT:n soveltamat harkintamallit tai oikeusperiaatteet yleisesti ottaen ”oikeita” tai ”väärä” vaan selvittää voimassa olevaa oikeustilaa. Punninta tuomion aineellisen ja menettelyllisen oikeudenmukaisuuden välillä voi olla erittäin haastavaa. Tämä lienee merkittävä syy siihen, että EIT:n perustelut muodostuvat laajoiksi ja monimutkaisiksi. Vaikeimmissa harkintatilanteissa hyödyntämiskäytännön tulisi tasapainoisesti toteuttaa oikeusvaltioperiaatetta. Aineellista oikeusturvaa ei voida kaikissa tapauksissa asettaa menettelyllisen oikeusturvan yläpuolelle.

## 10.2 AJATUKSIA DE LEGE FERENDA

Keskeistä todistelulainsäädäntöämme on viime vuosina uudistettu laajasti. Todistelu-uudistuksen lisäksi ETL:n keskeisiä periaatteita on muutettu ja niin epäillyn kuin asianomistajankin asemaa esitutkinnassa vahvistettu. Uudistusten eräänä tarkoituksena on ollut saattaa säännökset EIT:n oikeuskäytännön edellyttämälle tasolle. Yleisesti ottaen kansallisten säännöstemme mukainen menettely vastaa ihmisoikeutena turvatus oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden asetta-

mia vaatimuksia. Tutkimuksen käytännöllisessä osassa on kuitenkin kiinnitetty huomiota eräisiin potentiaalsiin ongelmakohtiin. Jotkin niistä ovat korjattavissa ainoastaan lainsäädäntötoimin, jotkin oikeuskäytännön linjamuutoksin ja jotkin edellyttävät lähinnä ajattelutapojen muutoksia. Kiinnitän tutkimuksen loppuksi vielä uudelleen huomiota eräisiin edellä sivuttuihin kysymyksiin.

Todistelua rajoittavien muotomääräysten osalta kehitystarpeet lienevät vähäisiä. Oman rajallisen kokemukseni perusteella suomalaisessa oikeudenkäynnissä keskustellaan kuitenkin vain vähän – jos lainkaan – todistelun tarpeellisuudesta. Myös rikosasioissa pyritään usein esittämään enintäänkin hyvin etäistä aihetodistelua esimerkiksi luonnetodistelun muodossa. Tuomareiden hallittomuus puuttua tällaiseen prosessinjohtotoimin liittyynee pelkoon siitä, että todistelun tarpeen kyseenalaistaminen koetaan puolueelliseksi. Näin ei kuitenkaan voi olla, jos tarpeellisuudeltaan epäselviin todisteisiin puututaan tasapuolisesti. Sellaisia tarjoavat aika ajoin myös syyttäjät. Tuomarin tulee jo valmistelun aikana huolellisesti selvittää itselleen ja asianosaisille, millaista todistelua asiassa esitetään ja mitä sillä pyritään näyttämään toteen.

Tyypillisessä oikeudenkäynnissä sovellettavat oikeusohjeet tai kysymykseen tulevat vaihtoehdot lienevät jokseenkin selvät. Asianosaiset eivät silti useinkaan prosessaa sillä tavoin jäsentyneesti, että argumentaatio ja todistelu kohdistuisivat esimerkiksi tiettyihin rikoksen tunnusmerkistökiteijöihin. Todistelun osalta tuomioistuimen selventävä prosessinjohto palvelee jatkoprosessia oletettavasti parhaalla tavalla, jos valmistelu on teemalähtöistä. Sellaista prosessaamista ei tule hyväksyä, että lainoppineet avustajat esittävät tuomioistuimelle vain joukon faktoja ja olettavat sen jälkeen tuomioistuimen poimivan joukosta oikeustositteikat sekä soveltavan niihin oikeaa säännöstä. Teemalähtöisessä valmistelussa asianosaisten tulee selvästi ilmoittaa vaatimustensa perusteena olevat oikeusohjeet ja kytkeä todistelu näiden oikeusohjeiden edellyttämiin oikeustositteikkoihin.

Todistamiskieltojen osalta oikeustilamme on muuttunut merkittävästi todistelu-uudistuksen myötä. Eräs lainsäätäjän teoreettisesti tärkeimpiä linjauksia oli se, että todistamiskieltojen vahvistettiin ulottuvan myös tuomitsemisvaiheeseen hyödyntämiskieltoina. Edelleenkin ei tosin ole nimenomaista säännöstä, joka kieltäisi todistamiskielton vastaisesti esitetyn todistelun hyödyntämisen. Aikaisemmin jo tästä seikasta pääteltiin hyödyntämisen olevan sallittua. Oikeusvaltioperiaatteen kannalta olisi kuitenkin täysin kestäväntöntä säätää kieltonormeja, joiden noudattaminen jäisi kiinni sellaisista sattumanvaraisista seikoista kuin asianosaisten lainkuuliaisuus tai puheenjohtajan reaktionopeus. Myöskään oikeustieteen kehittämät teoriat hyödyntämiskysymyksen ratkaisemiseksi eivät ole onnistuneet tuottamaan selkeää ratkaisumallia.

Se, että todistamiskielton rikkomisesta seuraa hyödyntämiskielto, on yksinkertainen ja selvä lähtökohta. Tällaisen ratkaisumallin kannalla on ollut jo esimerkiksi todistamiskieltojen isänä pidetty saksalainen Ernst Beling ja sitä oli

kannatettu Suomenkin oikeuskirjallisuudessa. Todistelu-uudistuksen esitöistä on kuitenkin luettavissa, että ainakin jotkut todistamiskiellon vastaisesti esitetyt tiedot olisivat tästä huolimatta hyödynnettävissä, jos ne olisivat vastaajalle edullisia. Syytetyn suojaamisen periaate onkin rikosprosessioikeuden syvä-rakenteen keskeisiä aineksia ja sitä loukkaavat menettelyt järkyttävät rikosprosessin yhteiskunnallista hyväksyttävyyttä kaikkein vakavimmalla tavalla. Lainsäätäjät ei kuitenkaan ole ottanut kysymykseen selvää kantaa, joten sen ratkaiseminen jäänee riippuvaiseksi lähinnä KKO:n ratkaisukäytännöstä.

Eräs rikosprosessioikeuden kiistellyimpiä kysymyksiä on itsekriminointisuoja. Lienee yleisesti hyväksyttyä, etteivät viranomaiset saa rikoksen selvittämiseksi turvautua ainakaan fyysiseen pakottamiseen. Rajanveto muuttuu kuitenkin häilyvämmäksi, jos viranomaiset turvautuvat rikoksen selvittämiseksi keinoihin, jotka eivät täysin kunnioita epäillyn itsemääräämisoikeutta, mutta jotka eivät toisaalta myöskään vakavasti vaaranna hankittujen tietojen luotettavuutta. Jos esimerkiksi epäiltyä uhkailemalla saadaan tietää reaalityodisteista, jotka osoittavat epäillyn syyllistyneen vakavaan rikokseen, on käsillä rikoksen selvittämisen ja epäillyn menettelyllisten oikeuksien välinen kollisio. Todisteiden luotettavuudesta ei tällöin ole epäilystäkään, kuten ei myöskään siitä, että epäilty ei ole voinut vapaasti päättää osallistumisestaan rikosprosessiin.

Itsekriminointisuoja on oikeuskirjallisuudessa verrattu kaleidoskooppiin, jonka kuva muuttuu jokaisella katselukerralla.<sup>1478</sup> Kysymyksessä onkin paitsi kiistelty myös poikkeuksellinen moni-ilmeinen oikeusperiaate, jonka soveltuvuus voi ulottua rikosprosessin ulkopuolelle erilaisiin hallinnollisiin menettelyihin. EIT on toisaalta osoittautunut halukkaaksi rajoittaa sen soveltumista esimerkiksi liikennevalvontaan katsomalla, että vähäisiä tietoja voidaan hankkia myös sanktion uhalla. Äärimmilleen vietyinä itsekriminointisuoja saattaa johtaa rikosvastuun toteuttamistavoitteen estymiseen tavalla, jota ei voida pitää legitimiinä. Rikosoikeudellisen järjestelmän tehokkuuden ylläpitämiseksi oikeusjärjestyksen suoja ei voi saada pelkkä yksilön halu välttää rikoksensa paljastuminen. Rajanveto hyväksyttävien ja kiellettyjen menettelyjen välillä on paikoin haastavaa.

EIT:n oikeuskäytännössä on ollut havaittavissa yleinen suuntaus joustavuuden lisääntymiseen. Itsekriminointisuoja ja oikeutta avustajaan koskevien väitettyjen loukkausten arviointiin sovelletaan nykyisin niin sanotun Salduztestin lisäksi Ibrahim-kriteerejä, joilla määritellään loukkauksen vaikutukset oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuudelle kokonaisuutena. Suomen oikeudessa näitä kriteerejä on esittämäni tulkinnan mukaan sovellettava arvioitaessa sitä, onko todiste hankittu OK 17:18:ssä turvattua itsekriminointisuoja loukkaavalla tavalla. Toisin kuin todistelu-uudistuksen esitöissä on katsottu, oikeutta

<sup>1478</sup> Tapanila 2019b s. 15.

avustajaan arvioidaan osana itsekriminointisuojaaja eikä kysymys ole mistään erillisestä ”puolustuksen järjestämistä” koskevasta loukkauksesta. KKO:n oikeuskäytännössä näin onkin nähdäkseni tulkittu.

Epäillyn avustajan käyttöön jo esitutkintavaiheessa suhtauduttaneen aikaisempaa positiivisemmin erityisesti vakavien rikosten osalta. Tämä on aiheellista jo sen vuoksi, että jatkuva epäillyn oikeusturvasta huolehtiminen ei luontevasti sovi poliisin rooliin. Huolehtimalla puolustuksen asianmukaisesta järjestämisestä esitutkintaviranomainen voi ikään kuin ulkoistaa tämän tehtävän ja toisaalta lainoppineen avustajan apu tasapainottaa prosessiasetelmaa. Puolustuksen oikeudet tulee turvata jo esitutkinnassa siitä syystä, että esitutkinnassa tapahtuvat virheet usein heijastuvat koko myöhempään prosessiin eikä niitä välttämättä ole mahdollista korjata. Lisäksi lainoppinut avustaja voi paremmin kiinnittää viranomaisten huomiota asiassa tarpeellisiin esitutkintatoimenpiteisiin ja valvoa epäillyn etua niiden suorittamisessa.

Eräs harkinnan arvoinen kysymys on se, tulisiko esitutkintaa menettelynä kehittää lähemmäs niin sanottua tutkintatuomarijärjestelmää esimerkiksi syytäjän roolia vahvistamalla. Jos esitutkinta järjestetään käytännössä täysin inkvisitoriseksi menettelyksi, sitä ei voida pitää oikeudenkäynnin valmisteluvaiheena. Puolustuksen oikeusturvaa voitaisiin vahvistaa myös nauhoittamalla säännönmukaisesti kuulustelutilaisuudet ja tarjoamalla aktiivisesti puolustukselle mahdollisuus kysymysten esittämiseen heti, kun se rikoksen selvittämistä vaarantamatta olisi mahdollista. Ainakin loppulausuntomenettelyä voitaisiin kehittää tällaiseen suuntaan, jolloin se saattaisi paremmin palvella myös syyteharkintaa. Tällainen puolustuksen osallistumismahdollisuuksien lisääminen voisi tuottaa myös prosessiekonomisia hyötyjä esimerkiksi nopeuttamalla oikeudenkäyntejä.

Olen suhtautunut korostuneen kriittisesti siihen ajatukseen, että aikaisemmin asianmukaisesti saadun ja tallennetun kertomuksen käyttäminen muuttuisi kielletyksi, jos kuultava vetoaa vaikenemisoikeuteensa oikeudenkäynnissä. Kuultavalla olisi edelleen esimerkiksi läheisasemaan perustuva vaitiolo-oikeus pääkäsittelyssä, mutta tämä ei saisi estää aikaisemman, laillisesti saadun kertomuksen esittämistä OK 17:47.2:n mukaisesti. Kun lausuntoa ei ole hankittu lainvastaisesti, ei kysymys voi olla oikeudenkäynnissä turvatus vaitiolo-oikeuden kiertämisestä. Useissa Euroopan maissa tätä pidetään itsestään selvänä, kuten edellä on osoitettu. Eri asia on, että tallennetun kertomuksen käyttämisestä aiheutuva kontradiktorisuuspuute voi aiheuttaa sen, ettei ainakaan tällainen kertomus yksin riitä langettavan tuomion perusteeksi.

Ehdottomien todistusmetodikieltojen soveltamisala jäänee Suomessa kapeaksi erityisesti kidutuksen kiellon osalta. Suomelle on tosin huomautettu, että kaikkien epäinhimillisellä tai halventavalla kohtelulla saatujen todisteiden tulisi olla ehdottoman hyödyntämiskiellon piirissä. Olen katsonut EIT:n oikeuskäytäntöön

viitaten, että ehdoton kielto koskee ainoastaan henkilötodistelua. Käytännössä merkittävämpi tulee olemaan rikosprovokaation kielto. Sen osalta olen huomauttanut, ettei hyödyntämiskielto välttämättä ole kaikkein soveliain oikeusseuramus, koska rikosprovokaatiossa ongelmallista on pikemminkin viranomaisen aloitteesta tehdyn rikoksen rangaistavuus kuin tapa, jolla tällaisesta rikoksesta on hankittu todisteita. Olen sen vuoksi kannattanut Ruotsissa omaksuttua tapaa jäsentää rikosprovokaatio rangaistusvastuun poistavaksi perusteeksi.

Periaatteellisesti tärkeä on myös OK 17:25.3:n harkinnanvarainen hyödyntämiskielto­säännös, jossa vahvistetaan, että tuomioistuimilla on valta suorittaa niin sanottu hyödyntämisharkinta ja kieltää lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntäminen, jos se vaarantaisi oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuuden. Pidän perusteltuna, että todistelu-uudistus vahvasti prosessioikeudellista laillisuusperiaatetta tällä tavoin. Hallinnon lainalaisuuden tulee toteutua korostetusti niin keskeisellä julkisen vallan käytön alueella kuin rikoslainkäyttö on. Lainsäädännössämme on sitä paitsi kautta linjan varsin onnistuneesti sovitettu yhteen rikosprosessin potentiaalisesti ristiriitaiset tavoitteet. Jo säännöksen olemassaolo merkitsee sitä, että tuomioistuinten tulee tarvittaessa perustella, miksi todistetta saadaan hyödyntää. Myös tällä vaatimuksella on oikeusvaltioperiaatetta vahvistava merkitys.

Lakivaliokunta piti toisaalta tärkeänä rajoittaa harkinnanvaraisen hyödyntämiskielto­säännöksen soveltamisalaa ja kytkeä se EIT:n ratkaisukäytäntöön. Tätä voidaan pitää perusteltuna sen vuoksi, että oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus olisi joka tapauksessa keskeinen harkintakriteeri arvioitaessa edellytyksiä lainvastaisesti hankitun todisteen hyödyntämiseen. Lisäksi kansalliset tuomioistuimemme voivat hyödyntää päätöksenteossaan täysimääräisesti EIT:n ratkaisuja. Tämä tietenkin edellyttää niiden tuntemista. Lainsäätäjän omaksuma ajattelutapa saattaa tosin heijastua haitallisesti säännöksen tulkintaan ja soveltamiseen: jos hyödyntämisharkintaa pidetään ”välttämättömänä pahana” eikä edes pyritä ymmärtämään ihmisoikeuslähtöistä (taking rights seriously) ajattelutapaa, säännös ei vastaa tarkoitustaan.

Kontradiktorisen periaatteen rajoittumisen vaikutuksia olisi esittämälläni tavalla arvioitava yhdenmukaisesti EIT:n soveltaman pääasiallisuustestin (sole or decisive rule) kanssa. Sen sisältämää hyväksyttävän perusteen vaatimusta tulisi arvioida jo anonymiteetin myöntämistä koskevassa menettelyssä tai kun aiotaan viitata tallennettuun kertomukseen. Vaikka anonymiteetille tai tallennetun kertomuksen käytölle on sekä kansallisen lainsäädäntömme että EIT:n oikeuskäytännön perusteella hyväksyttävä syy, on lisäksi arvioitava pääasiallisuustestin kahta muuta harkintakriteeriä eli todisteen merkitystä ja puolustuksen asemaa tasapainottavia tekijöitä. Tässä arvioinnissa sovellettavaa ROL 11:4.3:a on vastaavasti tulkittava yhdenmukaisesti EIT:n oikeuskäytännön kanssa. Mitä merkittävämpi todiste on kyseessä, sitä painavampia tasapainottavien tekijöiden tulee olla.

Erityisen tärkeäksi EIT:n suuren jaoston Al-Khawaja ja Tahery -tuomion linjauutoksen jälkeen on noussut kontradiktorisuudeltaan puutteellisen todisteen luotettavuus. Vastakuulustelu-oikeuden tarkoituksena on mahdollistaa se, että henkilötodistelun luotettavuutta testataan. Tämän mahdollisuuden rajoituksessa tuomioistuimien ei voi automaattisesti pitää todistelua yhtä luotettavana kuin jos testaamiseen olisi ollut mahdollisuus. Poikkeuksia kontradiktorisesta periaatteesta on pyrittävä kompensoimaan menettelyllisin järjestelyin, jotka vahvistavat todistelun luotettavuutta. Reaalitodistelun osalta Suomen oikeudessa ei tunneta esimerkiksi sellaista julkiseen etuun perustuvaa salaamismahdollisuutta kuin Englannissa. Toistaiseksi tällaisille järjestelyille ei ole nähty tarvetta, joten tuomioistuimella ja asianosaisilla tulee olla samat tiedot.

Yleisenä havaintona EIT:n tuoreesta oikeuskäytännöstä voi todeta, että siinä kenties jo lähitulevaisuudessa otetaan entistä korostetummin huomioon muidenkin asianosaisten kuin vastaajan oikeusturva. Tällainen kehitys on ainakin toivottavaa ja siihen tulisi tarvittaessa kannustaa myös kansallisten tuomioistuinten ja ihmisoikeustuomioistuimen välisen vuoropuhelun kautta. Rikosoikeudellisen järjestelmän legitimiisyys joutuu koetukselle, jos syntyy sellainen vaikutelma, että menettelyllistä oikeusturvaa saa ainoastaan vastaaja. Vielä vaarallisempaa on, jos hän saa sitä suhteettoman paljon, koska lopputulos on tällöin epäoikeudenmukainen. Koettua oikeudenmukaisuutta on arvioitava myös uhrien, todistajien ja koko oikeusyhteisön kannalta. Toisaalta oikeusvaltioperiaatteen mukaan menettelyllisestä oikeusturvastakaan ei tule tinkiä kevyin perustein:

”An important critique of this conception of the exclusionary rule is that letting guilty criminals go free also undermines the rule of law. Citizens, too, must obey the law, and when no consequences are imposed on those who have committed a crime, this also impairs the integrity of the justice system. While this is true, it can be argued that lawlessness by the government is uniquely worrisome. When a person is released because of the exclusionary rule, this is done according to clear and preexisting rules and a reasoned decision by a court. Such decisions are still constrained by the law and are therefore relatively rare and predictable. By contrast, when government agents are not held accountable for violations of the law, this opens the door to the exercise of arbitrary discretion by the executive, not constrained by reasons, precedent, or preexisting rules. Executive discretion – when unconstrained by law – is easily subject to abuse, often on a grander scale than violations of the law by private individuals. It is therefore more injurious to the rule of law than an exclusionary rule that hinders the state’s inability to convict guilty defendants only in cases where a court concludes, in a reasoned decision bound by precedent, that key evidence was obtained unlawfully.”<sup>1479</sup>

---

<sup>1479</sup> Turner 2014 s. 831.

---

## Abstract

The topic of this research is legal norms restricting the admissibility of evidence in Finnish criminal procedure. Its primary method is doctrinal, but in addition, epistemological and comparative notions are employed to broaden the view of the subject. Traditionally, Finnish legal research has used Scandinavian and German law as the point of comparison. Here an attempt is made to focus more on British and American law of evidence. This does not mean, however, that Scandinavia or Germany should be overlooked. The normative structure of Finnish law of evidence has, after all, been influenced mostly by these.

It has been said that evidence law is a matter of epistemology, the philosophy of knowledge. The role of evidence is to provide grounds for knowledge with legal implications. For that reason, the basic maxim of free proof is to allow as much information in a trial as possible. Indeed, any limitation on evidence means a limitation on knowledge, and may have direct effects on a trial's outcome. Against this background, the admissibility of evidence should only be restricted if its admission would jeopardise an interest even greater in weight than a correct outcome. A brief analysis of such interests is essential for understanding rules of admissibility.

For at least two decades now, praxis of the European Court of Human Rights (ECtHR) on the right to a fair trial has had a great impact on the development and interpretation of Finnish evidence law. As a result of this, it is important to recognise and analyse exactly what requirements for the use of evidence can and should be derived from this praxis. This research suggests that the traditional German framework of admissibility rules – which distinguishes between forbidden subjects, means, and methods of gathering and introducing evidence – needs to be modified in order to understand the latest developments.

The framework suggested in this research is based upon three variable elements that are common for all rules restricting the use of evidence. The traditional division is incorporated into the framework as its first element, pointing out the object of the restriction, i.e. what sort of use of evidence is being restricted. Secondly, it is important to recognise and distinguish between rigid rules forbidding a particular use from those more flexible that set conditions for using evidence. Should the conditions be met, the evidence may be used. Lastly, not all restrictions apply similarly (or at all) in all three stages of the procedure: pre-trial investigation, trial, and deliberation.

After outlining a framework, it is put into use by analysing the target, flexibility, and phase(s) of application of all legal norms restricting the freedom of



proof. The main focus is on the ECtHR praxis, which is growing in importance but not comprehensively analysed. Using the new and more nuanced framework, an attempt is made to explain in greater details the differences between the more traditional rules of admissibility on the one hand and those derived from the ECtHR's judgements on the other. It is especially within these judgements that a greater flexibility is found in comparison to the established rules of admissibility such as various professional privileges.

Perhaps the most difficult and challenging rules of evidence are those resulting from the breaches of either the privilege against self-incrimination or the right to cross-examine prosecution witnesses. There are landmark judgements within the jurisprudence of the ECtHR on both subjects; yet, it seems that the Strasbourg Court has been unsuccessful in creating an understandable and practical model for evaluating the effects of these breaches. Another important attempt of this research is to clarify and interpret the ECtHR's judgements in order to understand how these evaluations should be made. This would hopefully benefit not only the academia, but the legal practitioners as well.

---

# Lähteet

## OIKEUSKIRJALLISUUS

- Aalto 1967. Aalto, Jorma S., Syytetyn totuusvelvollisuuden kehityksestä. *Lakimies* 1–2/1967, s. 8–38.
- Aarnio 1978. Aarnio, Aulis, Mitä lainoppi on?. Tammi, Helsinki 1978.
- Aarnio 2002. Aarnio, Aulis, Oikeusvaltio – tuomarivaltio?, s. 1–12 teoksessa Aarnio, Aulis – Uusitupa, Timo (toim.): *Oikeusvaltio*. Kauppakaari, Helsinki 2002.
- Aarnio 2006. Aarnio, Aulis, Tulkinnan taito – ajatuksia oikeudesta, oikeustieteestä ja yhteiskunnasta. WSOY, Helsinki 2006.
- Alexy 2002. Alexy, Robert, *A theory of constitutional rights*. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Andenæs – Myhrer 2009. Andenæs, Johs. – Myhrer, Tor-Geir, *Norsk straffeprosess*. 4. painos. Universitetsforlaget, Oslo 2009.
- Andersson 2014. Andersson, Simon, Rättsdogmatisk metod och bevisvärdering, s. 427–450 teoksessa Simon Andersson – Katrin Lainpelto (toim.), *Festschrift till Christian Diesen*. Norstedts Juridik, Tukholma 2014.
- Aristoteles 2009. Aristoteles, *The Nicomachean ethics*. Oxford University Press, Oxford 2009.
- Asp 2001. Asp, Petter, *Straffansvar vid brottsprovokation*. Norstedts juridik, Tukholma 2001.
- Axberger 1989. Axberger, Hans-Gunnar, *Brottsprovokation*. Stiftelsen Juristförlaget vid Stockholms universitet, Tukholma 1989.
- Axberger 2002. Axberger, Hans-Gunnar, *Brottsprovokation – en uppdatering*, s. 59–79 teoksessa Asp, Petter – Herlitz, Carl Erik – Holmqvist, Lena (toim.), *Flores juris et legum*. Festschrift till Nils Jareborg. Iustus Förlag, Uppsala 2002.
- Bayles 1987. Bayles, Michael D., *Principles of law. A normative analysis*. D. Reidel, Dordrecht 1987.
- Beling 1903. Beling, Ernst, *Die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitserforschung im Strafprozess*. Schlettersche Buchhandlung, Breslau 1903.
- Ben-David 2019. Ben-David, Guy, *The 'Corroborative Rule' from a comparative and critical perspective*. *The International Journal of Evidence & Proof* 2019, s. 282–298.
- Bentham 1825. Bentham, Jeremy, *A treatise on judicial evidence*. J. W. Paget, Lontoo 1825.
- Bex – Verheij 2012. Bex, Floris – Verheij, Bart, *Legal stories and the process of proof*. 21. *Artificial Intelligence and Law* 2012–2013, s. 253–278.
- Biral 2014. Biral, Marianna, *The Right to Examine or Have Examined Witnesses as a Minimum Right for a Fair Trial. Pitfalls and Trends*. 22. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice* 2014, s. 331–350.
- Bradley 2001. Bradley, Craig M., *Mapp goes abroad*. *Case Western Reserve Law Review* 2001–2002, s. 375–400.
- Bratholm 1959. Bratholm, Anders, *Den straffeprosessuelle betydning av at et bevis er skaffet til veie på ulovlig måte*. *Tidsskrift for rettsvitenskap* 1959, s. 109–132.
- Bring – Diesen – Andersson 2019. Bring, Thomas – Diesen, Christian – Andersson, Simon, *Förundersökning*. 5. painos. Norstedts Juridik, Tukholma 2019.
- Brøbech 2003. Brøbech, Birgitte, *Ulovligt tilvejebragte beviser i straffeprocessen*. Jurist- og Økonomforbundets Forlag, Kööpenhamina 2003.

- Bårdsen 2007. Bårdsen, Arnfinn, Reflections on "Fair Trial" in Civil Proceedings According to Article 6 § 1 of the European Convention on Human Right, s. 99–129 teoksessa Wahlgren, Peter (toim.), *Procedural Law. Court Administration. Scandinavian Studies in Law*, Volume 51. Stockholm Institute for Scandinavian Law, Tukholma 2007.
- Cassidy 2006. Cassidy, R. Michael, Reconsidering Spousal Privileges after Crawford. 33. *American Journal of Criminal Law* 2006, s. 339–375.
- Choo 2015. Choo, Andrew L-T, *Evidence*, 4. painos. Oxford University Press, Oxford 2015.
- Cohen 1989. Cohen, L. Jonathan, *An Introduction to the Philosophy of Induction and Probability*. Clarendon Press, Oxford 1989.
- Dahlberg 2015. Dahlberg, Maija, *Do You Know It When You See It? A Study on the Judicial Legitimacy of the European Court of Human Rights*. Itä-Suomen yliopisto, Yhteiskuntatieteiden ja kauppatieteiden tiedekunta, Joensuu 2015.
- Dahlman – Korths-Aspegren 2018. Dahlman, Christian – Korths-Aspegren, Andreas, Varför är bevisning som uppfyller beviskravet i våldtäktsmål inte tillräcklig i mål om olaga hot?. *Svensk Juristtidning* 2018, s. 327–342.
- Damaška 1997. Damaška, Mirjan, *Evidence Law Adrift*. Yale University Press, New Haven 1997.
- Dautert 2015. Dautert, Franziska, *Beweisverwertungsverbote und ihre Drittwirkung*. Herbert Utz Verlag, München 2015.
- de Godzinsky 2015. de Godzinsky, Virve, Kohti lapsiystävällisempää oikeudenkäyttöä. *Lakimies* 6/2015 s. 856–878.
- Diesen 2015. Diesen, Christian, *Bevisprövning i brottmål*, 2. painos. Norstedts juridik, Tukholma 2015.
- Dworkin 1978. Dworkin, Ronald, *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press, Cambridge 1978.
- Eder 2015. Eder, Florian, *Beweisverbote und Beweislast im Strafprozess*. Herbert Utz Verlag, München 2015.
- Ekelöf – Edelstam – Heuman 2009. Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik – Heuman, Lars, *Rättegång*. Fjärde häftet, 7. painos. Norstedts Juridik, Tukholma 2009.
- Ekelöf ym. 2016. Ekelöf, Per Olof – Edelstam, Henrik – Heuman, Lars – Pauli, Mikael, *Rättegång*. Första häftet, 9. painos. Wolters Kluwer, Tukholma 2016.
- Ellilä 1960. Ellilä, Reino, *Liikennerikosten tutkintaopin perusteet*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1960.
- Ervasti 2002. Ervasti, Kaijus, *Lainkäytön funktiot*. *Lakimies* 1/2002, s. 47–72.
- Ervasti – de Godzinsky 2014. Ervasti, Kaijus – de Godzinsky, Virve-Maria, *Koettu oikeudenmukaisuus tuomioistuimissa*. *Lakimies* 2/2014, s. 175–195.
- Ervo 1996. Ervo, Laura, *Ylimmät prosessiperiaatteet. Oikeudenmukaisen oikeudenkäynnin osatekijät*. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1996.
- Ervo 2001. Ervo, Laura, *Pappi todistajana*. *Lakimies* 3/2001 s. 407–433.
- Ervo 2005. Ervo, Laura, *Oikeudenmukainen oikeudenkäynti*. WSOY, Helsinki 2005.
- Ervo 2008. Ervo, Laura, *Oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuusvaatimus*. Käsikirja lainkäyttäjille. WSOYpro, Helsinki 2008.
- Fredman 2012. Fredman, Markku, *Asianosaisjulkisuus esitutkinnassa ja vangitsemisesta päätettäessä*, s. 11–76 teoksessa Ervo, Laura – Lahti, Raimo – Siro, Jukka (toim.), *Perus- ja ihmis-oikeudet rikosprosessissa*. Helsingin hovioikeus, Helsinki 2012.
- Fredman 2018. Fredman, Markku, *Puolustajan rooli. Rikoksesta epäillyn ja syytetyn avustajan roolin kehitys Suomessa 1980-luvulta nykypäivään*. Alma Talent Oy, Helsinki 2018.
- Fredman ym. 2020. Fredman, Markku – Kanerva, Janne – Tolvanen, Matti – Viitanen, Marko, *Esitutkinta ja pakkokeinot*. 6., uudistettu painos. Alma Talent, Helsinki 2020.

- Frände 2009. Frände, Dan, *Finsk Straffprocessrätt*. Edita, Helsinki 2009.
- Frände 2011. Frände, Dan, KKO 2010:41 ja sen arviointi laajemmassa kontekstissa. *Lakimies 2/2011*, s. 402–423.
- Frände 2012. Frände, Dan, *Yleinen rikosoikeus. 2., uudistettu painos*. Edita, Helsinki 2012.
- Giddings 2006. Giddings, Julie M., *The Interaction of the Standing and Inevitable Discovery Doctrines of the Exclusionary Rule: Use of Evidence Illegally Obtained from the Defendant and a Third Party*. *Iowa Law Review* 2006, s. 1063–1089.
- Glover 2017. Glover, Richard, *Murphy on Evidence*. 15. painos. Oxford University Press, Oxford 2017.
- Goss 2014. Goss, Ryan, *Criminal fair trial rights. Article 6 of the European Convention on Human Rights*. Hart, Oxford 2014.
- Grünwald 1966. Grünwald, Gerald, *Beweisverbote und Verwertungsverbote im Strafverfahren*. *Juristenzeitung* 15/1966, s. 489–501.
- Guinchard – Buisson 2018. Guinchard, Serge – Buisson, Jacques, *Procédure pénale*. 11. painos. LexisNexis, Pariisi 2018.
- Haapasalo 2008. Haapasalo, Jaana, *Todistajanpsykologia – aikuiset todistajat*, s. 153–175 teoksessa Pekka Santtila – Gitta Weizmann-Helenius (toim.), *Oikeuspsykologia*. Edita, Helsinki 2008.
- Halijoki 2004. Halijoki, Juha, *Vastajan tunnustus rikosprosessissa*. *Defensor Legis* 5/2004, s. 791–817.
- Halila – Lankinen – Nilsson 2018. Halila, Leena – Lankinen, Veronica – Nilsson, Annika, *Administrativa sanktionsavgifter. En nordisk komparativ studie*. Nordiska ministerrådet, Kööpenhamina 2018.
- Halila 1955. Halila, Jouko, *Todistustaakan jaosta silmällä pitäen erityisesti varallisuus oikeudellisia oikeussuhteita*. *Suomalainen Lakimiesyhdistys*, Helsinki 1955.
- Havansi 1994. Havansi, Erkki, *Taakkaa kerrakseen*, teoksessa *Asianajajan työkentältä – Från advokatens arbetsfält*. *Suomen Asianajajaliitto*, Helsinki 1994.
- Havansi 2007. Havansi, Erkki, *Oikeudenkäynti ja pakkotytäntö*. *Prosessioikeuden oikeusdogmaattiset perusteet*. Helsingin yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Helsinki 2007.
- Helfer 2008. Helfer, Laurence R., *Nonconsensual International Lawmaking*. *University of Illinois Law Review* 1/2008, s. 71–126.
- Hirvelä 2006. Hirvelä, Päivi, *Rikosprosessi lapsiin kohdistuvissa seksuaalirikoksissa*. 2. painos. WSOYpro, Helsinki 2006.
- Hirvelä – Heikkilä 2017. Hirvelä, Päivi – Heikkilä, Satu, *Ihmisoikeudet*. *Käsikirja EIT:n oikeuskäytäntöön*. 2., uudistettu painos. Alma Talent, Helsinki 2017.
- Ho 2008. Ho, Hock Lai, *A Philosophy of Evidence Law. Justice in the Search for Truth*. Oxford University Press, Oxford 2008.
- Hormia 1978. Hormia, Lauri, *Todistamiskielloista rikosprosessissa I*. *Oikeustieteellinen tutkimus*. *Suomalainen Lakimiesyhdistys*, Helsinki 1978.
- Hormia 1979. Hormia, Lauri, *Todistamiskielloista rikosprosessissa II*. *Oikeustieteellinen tutkimus*. *Suomalainen Lakimiesyhdistys*, Helsinki 1979.
- Howard – Crane – Hochberg 1990. Howard, M. N. – Crane, Peter – Hochberg, Daniel A.: *Phipson on evidence*. 14. painos. Sweet & Maxwell, Lontoo 1990.
- Huovila 1999. Huovila, Mika: *Todistelun välittömyys prosessuaalisten oikeusperiaatteiden valossa tarkasteltuna*. *Lakimies* 8/1999, s. 1159–1187.
- Huovila 2003. Huovila, Mika: *Periaatteet ja perustelut*. *Tutkimus käräjäoikeuden tuomion fakta-perusteluista prosessuaalisten periaatteiden valossa arvioituna*. *Suomalainen Lakimiesyhdistys*, Helsinki 2003.

- Hupli 2017. Hupli, Tuomas: Would I lie to you? Valehtelu itsekriminointisuojan erityisongelmana, s. 75–87 teoksessa Juhana Riekkinen (toim.), Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon. Juhlajulkaisu Tuula Linna 1957–25/9–2017. Alma Talent, Helsinki 2017.
- Husa 2010. Husa, Jaakko, Valkoista yksisarvista pyydystämässä vai mörköä paossa – ”oikeaa oikeusvertailua”? Lakimies 5/2010, s. 700–718.
- Husa 2013. Husa, Jaakko, Praktinen oikeusvertailu ja ratkaisargumentaatio – opittavaa Euroopasta?, s. 3–16 teoksessa Mirjami Paso – Petri Saukko – Matti Tolvanen (toim.), Iura novit curia. Juhlakirja Veijo Tarukannel. Edita, Helsinki 2013.
- Jackson 2016. Jackson, John D., Responses to Salduz: Procedural tradition, Change and the Need for Effective Defence. *The Modern Law Review* 6/2016, s. 987–1018.
- Jackson – Summers 2012. Jackson, John D. – Summers, Sarah J., *The Internationalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Civil Law Traditions*. Cambridge University Press, Cambridge 2012.
- Janz 2016. Janz, Outi, Menikö lapsi pesuveiden mukana? Alle 18-vuotiaiden vastaajien asemasta jatkokäsittelylupajärjestelmässä. Lakimies 7–8/2016, s. 1146–1168.
- Jareborg 2001. Jareborg, Nils, *Allmän kriminalrätt*. Iustus Förlag, Uppsala 2001.
- Jokela 2010. Jokela, Antti, *Hovioikeusmenettely*. 2., uudistettu painos. Talentum, Helsinki 2010.
- Jokela 2012. Jokela, Antti, *Oikeudenkäynnin asianosaiset ja valmistelu*. Oikeudenkäynti II. 3., uudistettu painos, Talentum, Helsinki 2012.
- Jokela 2015. Jokela, Antti, *Pääkäsitely, todistelu ja tuomio*. Oikeudenkäynti III. 2., uudistettu painos, Talentum, Helsinki 2015.
- Jokela 2018. Jokela, Antti, *Rikosprosessioikeus*. 5., uudistettu painos, Alma Talent, Helsinki 2018.
- Jonkka 1991. Jonkka, Jaakko, *Syytekynnyks*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1991.
- Jonkka 1992. Jonkka, Jaakko, *Rikosprosessioikeuden yleisistä opeista*. Helsingin yliopiston rikos- ja prosessioikeuden laitos, Helsinki 1992.
- Jonkka 1993. Jonkka, Jaakko, *Todistusharkinnasta*. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1993.
- Jyränki 2002. Jyränki, Antero, *Oikeusvaltio ja demokratia*, teoksessa Aulis Aarnio – Timo Uusitupa (toim.), *Oikeusvaltio*. Kauppakaari, Helsinki 2002.
- Jämsä 2015. Jämsä, Jurkka, *Hyödyntämisrajoituksen vaikutus näyttöharkinnassa*. COMI, Helsinki 2015.
- Jämsä 2016. Jämsä, Jurkka, *Vastakuulustelu ja henkilötodistelun hyödyntäminen – Schatschawili v. Germany [GC] (EIT)*, Lakimies 5/2016, s. 823–832.
- Jääskeläinen 1997. Jääskeläinen, Petri, *Syyttäjän tuomarina. Rikos- ja prosessioikeudellinen tutkimus seuraamusluontoisen syyttämättä jättämisen ja rangaistusmääräysmenettelyn ehdoista Suomessa ja Ruotsissa*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1997.
- Karppinen 2006. Karppinen, Raija, *Todistamiskieltoista*, s. 47–62 teoksessa Juha Lappalainen – Timo Ojala (toim.), *Kirjoituksia todistus oikeudesta*. Helsingin hovioikeus, Helsinki 2006.
- Kelsen 1968. Kelsen, Hans, *Puhdas oikeusoppi*. Werner Söderström Osakeyhtiö, Porvoo 1968.
- Kemppinen 2017. Kemppinen, Heikki, *Vastakuulustelu oikeuden toteutuminen rikosoikeudenkäynnissä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen viimeaikaisessa oikeuskäytännössä*, *Defensor Legis* 3/2017, s. 389–401.
- Keynes 1921. Keynes, John Maynard, *A Treatise on Probability*. Macmillan and Co., Lontoo 1921.
- Kiiski – Koillinen 2016. Kiiski, Kimmo – Koillinen, Mikael, *Tieliikennevirhemaksu vähäisten tieliikenteen rikkomusten sanktiona*, s. 83–106 teoksessa Anssi Keinänen – Reima Kukkonen – Mia Kilpeläinen (toim.), *Oikeustieteiden moniottelija*. Matti Tolvanen 60 vuotta. Edita, Helsinki 2015.
- Klami 2000. Klami, Hannu Tapani, *Todistusratkaisu*. Kauppakaari Oyj, Helsinki 2000.

- Koistinen 2019. Koistinen, Tatu, Vastaaan itsekriminointisuojaan loukkauksen perusteella hyödyntämiskieltoon asetetun esitutkintakertomuksen käytöstä näyttönä kansavastaajaa kohtaan, s. 119–135 teoksessa Pekka Koponen – Raimo Lahti – Elina Elo (toim.), Valittuja kysymyksiä rikos- ja rikosprosessioikeudesta II. Helsingin hovioikeus, Helsinki 2019.
- Kolflaath 2004. Kolflaath, Eivind, Bevisbedømmelse – sannsynlighet eller fortellinger?. Jussens Venner 2004, s. 279–304.
- Kolflaath 2013. Kolflaath, Eivind, Bevisbedømmelse i praksis. Fagbokforlaget, Bergen 2013.
- Koponen 2006. Koponen, Pekka, Itsekriminointisuoja, s. 127–148 teoksessa Petri Jääskeläinen – Pekka Koskinen – Martti Majanen (toim.), Rikosoikeudellisia kirjoituksia VIII. Raimo Lahdelle 12.1.2006 omistettu. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 2006.
- Koponen 2017. Koponen, Pekka, Ylimääräinen muutoksenhaku. Alma Talent, Helsinki 2017.
- Lahtinen 2008. Lahtinen, Hanna, Todistajanpsykologia – lapsitodistajat, s. 176–198 teoksessa Pekka Santtila – Gitta Weizmann-Helenius (toim.), Oikeuspsykologia. Edita, Helsinki 2008.
- Lainpelto 2012. Lainpelto, Katrin, Stödbevisning i brottmål. Jure Förlag, Tukholma 2012.
- Lammenranta 1993. Lammenranta, Markus, Tietoteoria. Gaudeamus, Helsinki 1993.
- Lankinen 2020. Lankinen, Veronica, Administrativa avgiftssanktioner samt rätten att tåga och inte belasta sig själv. Självinkrimineringskydd och sanktionsavgifter i de nordiska länderna Finland, Sverige och Norge. JFT 1/2020, s. 1–52.
- Lappalainen 1988. Lappalainen, Juha, Todistajan esteellisyydestä. Prosessioikeudellinen tutkimus oikeudenkäymiskaaren 17 luvun 18 §:n tulkinnasta. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1988.
- Lappalainen 1995. Lappalainen, Juha, Siviiliprosessioikeus I. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1995.
- Lappalainen 2001. Lappalainen, Juha, Siviiliprosessioikeus II. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 2001.
- Launiala 2010. Launiala, Mika, Esitutkinnasta tuomioon. Esitutkinta osana rikosprosessia ja rikosprosessin funktiot. Edilex 2010/3.
- Launiala 2012. Launiala, Mika, Välttämättömyys, optimointi ja minimointi – vähimmän haitan periaate uudessa esitutkintalaissa (805/2011). Edilex 2012/34.
- Launiala 2013. Launiala, Mika, Itsekriminointisuoja esitutkinnassa – rikoksesta epäillyn oikeudesta olla myötävaikuttamatta oman syyllisyytensä selvittämiseen. Edilex 2013/12.
- Launiala 2015. Launiala, Mika, Esitutinnan tarkoituksiperistä ja esitutkintaperiaatteista, s. 225–237 teoksessa Anssi Keinänen – Reima Kukkonen – Mia Kilpeläinen (toim.), Oikeustieteiden moniottelija. Matti Tolvanen 60 vuotta. Edita, Helsinki 2015.
- Lehtimaja 1981. Lehtimaja, Lauri, Aineellinen totuus ja järkevä epäily. Lakimies 2/1981, s. 170–174.
- Leppänen 1998. Leppänen, Tatu, Riita-asian valmistelu todistusaineiston osalta. Prosessioikeudellinen tutkimus. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 1998.
- Leppänen 2017. Leppänen, Tatu, Liikesalaisuuksien suojasta todistelussa, s. 194–208 teoksessa Juhana Riekkinen (toim.), Oikeutta oikeudenkäynnistä täytäntöönpanoon. Juhlajulkaisu Tuula Linna 1957 – 25/9 – 2017. Alma Talent, Helsinki 2017.
- Leppänen – Välimaa 1998. Leppänen, Tatu – Välimaa, Asko, Muutoksenhaun pääpiirteet. 4., uudistettu painos. Helsingin yliopiston Rikos- ja prosessioikeuden sekä oikeuden yleistieteiden laitos, Helsinki 1998.
- Letsas 2007. Letsas, George, A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights. Oxford University Press, Oxford 2007.
- Liljenfeldt 1991. Liljenfeldt, Robert, Euroopan ihmisoikeussopimus Suomen oikeuslaitoksen näkökulmasta. Defensor Legis 11–12/1991, s. 700–713.

- Liljenfeldt – Korhonen 2011. Liljenfeldt, Robert – Korhonen, Petteri, Kohti tehokasta ja laadukasta hovioikeusmenettelyä. Onko oikeuden tunteminen yksin tuomioistuimen velvollisuus?. *Defensor Legis* 6/2011, s. 705–731.
- Lindell 1987. Lindell, Bengt, Sakfrågor och rättsfrågor. En studie av gränser, skillnader och förhållanden mellan faktum och rätt. Iustus Förlag, Uppsala 1987.
- Lindell 1993. Lindell, Bengt, Processuell preklusion. Av nya omständigheter eller bevis rörande saken. *Norstedts Juridik*, Tukholma 1993.
- Lindkvist 2014. Lindkvist, Gustav, Kan en sakfråga bli en rättsfråga? Något om prejudikatvärde för bevisvärderingsprejudikat angående analys av utsågor. *Juridisk Tidskrift* 4/2013, s. 864–874.
- Linna 2004. Linna, Tuula, Oikeuden väärinkäytön kieltö ja sen sovelluksia. *Lakimies* 4/2004, s. 622–638.
- Lippke 2016. Lippke, Richard L., *Taming the Presumption of Innocence*. Oxford University Press, Oxford 2016.
- Lundqvist 1998. Lundqvist, Ulf, Bevisförbud. En undersökning av möjligheterna att avvisa oegentligt åtkommen bevisning i brottmålsrättegång. Iustus Förlag, Uppsala 1998.
- Lundqvist 2010. Lundqvist, Ulf, Om prövningen av åtal för brott förövat av flera gärningsmen. Iustus Förlag, Uppsala 2010.
- Lundqvist 2017. Lundqvist, Ulf, Laga och rättvis rättegång i praxis. Bokbyrå, Knivsta 2017.
- Lupu – Voeten 2010. Lupu, Yonatan – Voeten, Erik, The Role of Precedent at the European Court of Human Rights: A Network Analysis of Case Citations. *Conference Proceedings*, Paper 12. Southern Illinois University Carbondale 2010.
- Madden 2015. Madden, Mike, A Model Rule for Excluding Improperly or Unconstitutionally Obtained Evidence. *Berkeley Journal of International Law* 2/2015, s. 442–488.
- Maffei 2006. Maffei, Stefano, The European right to confrontation in criminal proceedings. Absent, anonymous and vulnerable witnesses. Europa Law Publishing, Groningen 2006.
- Makkonen 1998. Makkonen, Kaarle, Luentoja yleisestä oikeustieteestä. Yleisen oikeustieteen laitoksen julkaisuja 16. Helsingin yliopisto, Helsinki 1998.
- Matningsdal 2007. Matningsdal, Magnus, Siktedes rett til å eksaminere vitner. Opplesning av politiforklaringer, anonyme vitner og dommeravhør av barn. Fagbokforlaget, Bergen 2007.
- McNamara 1986. McNamara, Philip, The canons of evidence – rules of exclusion or rules of use?. *The Adelaide Law Review* 1985–1986, s. 341–364.
- Melander 2008. Melander, Sakari, *Kriminalisointiteoria – rangaistavaksi säätämisen oikeudelliset rajoitukset*. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 2008.
- Melander 2012. Melander, Heli, Asianomistajan vaitiolo-oikeuden suhteesta vastaajan vastakuulustelu-oikeuteen, s. 101–121 teoksessa Laura Ervo – Raimo Lahti – Jukka Siro (toim.), *Perus- ja ihmisoikeudet rikosprosessissa*. Helsingin hovioikeus, Helsinki 2012.
- Minkkinen 2017. Minkkinen, Panu, Oikeus- ja yhteiskuntatieteellinen tutkimus – suuntaus, tarkastelutapa, menetelmä?. *Lakimies* 7–8/2017 s. 908–923.
- Mirfield 1997. Mirfield, Peter, *Silence, Confessions and Improperly Obtained Evidence*. Clarendon Press, Oxford 1997.
- Murphy 2011. Murphy, Peter, The technical aspects of technicality. A slightly whimsical inquiry into what makes a rule of evidence or procedure ‘technical’. *The International Journal of Evidence & Proof* 2011, s. 144–160.
- Murphy – Anderson 2014. Murphy, Brendon – Anderson, John, After the Serpent Beguiled Me: Entrapment and Sentencing in Australia and Canada. *Queen’s Law Journal* 2014, s. 621–654.
- Niemi-Kiesiläinen 2003. Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Rikosprosessin malleista ja Funktioista, s. 337–348 teoksessa Haavisto, Risto (toim.), *Matkalla pohjoiseen*. Professori Jyrki Virolaisen juhlakirja 26.2.2003. Lapin yliopiston oikeustieteiden tiedekunta, Rovaniemi 2003.

- Niemi-Kiesiläinen 2004. Niemi-Kiesiläinen, Johanna, Rikosprosessi ja parisuhdeväkivalta. WSOY, Helsinki 2004.
- Niiniluoto 1984. Niiniluoto, Ilkka, Johdatus tieteenfilosofiaan. Käsitteen- ja teorianmuodostus. 2. painos. Otava, Helsinki 1984.
- Nissinen 1999. Nissinen, Matti, Syyteharkinnan uusia tuulia. *Defensor Legis* 2/1999, s. 216–230.
- Nordh 2019. Nordh, Robert, Bevisrätt A. Allmänna bevisfrågor. Om ansvaret för bevisning, vittne, syn, sakkunnig m.m. 2. painos. Iustus, Uppsala 2019.
- Nordlander 2017. Nordlander, Anna, Förklaringsbördan i brottmål och dess förenlighet med oskyldighetspresumtionen. *Svensk Juristidning* 2017, s. 653–672.
- Nuutila 1997. Nuutila, Ari-Matti, Rikoslain yleinen osa. Kauppakaari Oy, Helsinki 1997.
- Pardo 2005. Pardo, Michael S., The field of evidence and the field of knowledge. *Law and Philosophy* 2005, s. 321–392.
- Pattenden 2006. Pattenden, Rosemary, Admissibility in criminal proceedings of third party and real evidence obtained by methods prohibited by UNCAT. *The International Journal of Evidence & Proof* 1/2006, s. 1–41.
- Pellonpää ym. 2018. Pellonpää, Matti – Gullans, Monica – Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti, Euroopan ihmisoikeussopimus. 6., uudistettu painos, Alma Talent, Helsinki 2018.
- Pennington – Hastie 1991. Pennington, Nancy – Hastie, Reid, A cognitive theory of juror decision making: The story model. *Cardozo Law Review* 1991–1992, s. 519–557.
- Peters 1966. Peters, Karl, Beweisverbote im deutschen Strafverfahren. Teoksessa *Ständigen Deputation des deutschen Juristentages: Verhandlungen des sechsundvierzigsten deutschen Juristentages. Band I (Gutachten)*. C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München ja Berliini 1966, s. 91–163.
- Popper 2002. Popper, Karl, *The Logic of Scientific Discovery*. Routledge Classics, Lontoo 2002.
- Posner 1973. Posner, Richard A., An Economic Approach to Legal Procedure and Judicial Administration. *Journal of Legal Studies* 2/1973, s. 399–458.
- Pölönen 1997. Pölönen, Pasi, Salaisista pakkokeinoista ja tiedustelutoiminnasta. *Lakimies* 8/1997, s. 1206–1232.
- Pölönen 2003. Pölönen, Pasi, Henkilötodistelu rikosprosessissa. *Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki* 2003.
- Pölönen – Tapanila 2015. Pölönen, Pasi – Tapanila, Antti, *Todistelu oikeudenkäynnissä*. Tietosanoma, Helsinki 2015.
- Pöyhönen 1988. Pöyhönen, Juha, *Sopimusoikeuden järjestelmä ja sopimusten sovittelu*. Suomalainen Lakimiesyhdistys, Helsinki 1988.
- Raitio 2017. Raitio, Juha, *Oikeusvaltion ääriiviivat*. Alma Talent, Helsinki 2017.
- Rautio – Frände 2016. Rautio, Jaakko – Frände, Dan, *Todistelu. Oikeudenkäymiskaaren 17 luvun kommentaari*. Edita, Helsinki 2016.
- Rautio 2016. Rautio, Jaakko, Asianomistaja todistajana. *Defensor Legis* 4/2016, s. 707–712.
- Rawls 1955. Rawls, John, Two Concepts of Rules. *The Philosophical Review* 1/1955, s. 3–32.
- Rawls 1999. Rawls, John, *A Theory of Justice*, uudistettu painos. Harvard University Press, Cambridge 1999.
- Re 2014. Re, Richard M., The Due Process Exclusionary Rule. *127 Harvard Law Review* 2014, s. 1885–1966.
- Redmayne 2000. Redmayne, Mike, A corroboration approach to recovered memories of sexual abuse: a note of caution. *116. Law Quarterly Review* 2000, s. 147–155.
- Redmayne 2007. Redmayne, Mike, Rethinking the Privilege Against Self-Incrimination. *Oxford Journal of Legal Studies* 2/2007, s. 209–232.
- Reinikainen 1956. Reinikainen, Veikko, *Jutun palauttamisesta. Prosessioikeudellinen tutkimus*. Suomalainen lakimiesyhdistys, Helsinki 1956.



- Riekkinen 2014. Riekkinen, Juhana, Todisteiden hyödyntämiskiellot rikosprosessissa. Teoreettinen perusta ja oikeustila Suomessa, s. 119–202 teoksessa *Oikeustiede–Jurisprudentia XLVII* 2014.
- Riekkinen 2019. Riekkinen, Juhana, Sähköiset todisteet rikosprosessissa. Alma Talent, Helsinki 2019.
- Ross 1959. Ross, Alf, *On law and justice*. University of California press, Berkeley 1959.
- Rossmo – Pollock 2019. Rossmo, D. Kim – Pollock, Joycelyn M., Confirmation Bias and Other Systemic Causes of Wrongful Convictions: A Sentinel Events Perspective. *Northeastern University Law Review* 2/2019, s. 790–835.
- Ruuska 2007. Ruuska, Kirsti, Oma tupa, oma lupa. Kotirauha ja poliisin toimivalta. Edita, Helsinki 2007.
- Santtila – Hartwig 2008. Santtila, Pekka – Hartwig, Maria, Epäiltyjen kuulustelu ja väärät tunnustukset, s. 213–229 teoksessa Pekka Santtila – Gitta Weizmann-Helenius (toim.), *Oikeuspsykologia*. Edita, Helsinki 2008.
- Saranpää 2010. Saranpää, Timo, Näyttöennemmysperiaate riita-asiassa. *Suomalainen lakimiesyhdistys*, Helsinki 2010.
- Saranpää 2014. Saranpää, Timo, Teemapreklusiosta dispositiivisessa riita-asiassa. *Defensor Legis* 5/2014, s. 699–720.
- Schelin 2007. Schelin, Lena, *Bevisvärdering av utsagor i brottmål*. Stockholms universitet, Tukholma 2007.
- Schlesinger 1977. Schlesinger, Steven R., Exclusionary injustice. The problem of illegally obtained evidence. Marcel Dekker, New York 1977.
- Shereshevsky 2015. Shereshevsky, Yahli, Monetary compensation as a remedy for fair trial violations under international criminal law. *New Criminal Law Review* 1/2015, s. 71–99.
- Sjöström 1948. Sjöström, Bertil, Muodollisesta prosessinjohdosta alioikeudessa tavallisissa riita- ja rikosasioissa Suomen oikeuden mukaan. *Suomalainen Lakimiesyhdistys*, Helsinki 1948.
- Ståhlberg 1928. Ståhlberg, K. J., *Suomen hallinto-oikeus. Yleinen osa. 2., uudistettu painos*, Kustannusosakeyhtiö Otava, Helsinki 1928.
- Sklansky 2012. Sklansky, David Alan, *Evidence. Cases, Commentary and Problems. 3. painos*, Wolters Kluwer Law & Business, New York 2012.
- Spring-Reiman 2012. Spring-Reiman, Petra, Totuus vai oikeudenmukaisuus – milloin tuomioistuimen tulee jättää todistelu hyödyntämättä rikosprosessissa, s. 147–173 teoksessa Laura Ervo – Raimo Lahti – Jukka Siro (toim.), *Perus- ja ihmisoikeudet rikosprosessissa*. Helsingin hovioikeus, Helsinki 2012.
- Stein 2005. Stein, Alex, *Foundations of Evidence Law*. Oxford University Press, Oxford 2005.
- Stone Sweet 2002a. Stone Sweet, Alec, Judicialization and the Construction of Governance, s. 55–89 teoksessa Martin Shapiro – Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Stone Sweet 2002b. Stone Sweet, Alec, Path Dependence, Precedent, and Judicial Power, s. 112–135 teoksessa Martin Shapiro – Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Stone Sweet 2002c. Stone Sweet, Alec, Constitutional Politics in France and Germany, s. 184–208 teoksessa Martin Shapiro – Alec Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*. Oxford University Press, Oxford 2002.
- Tapani – Tolvanen – Hyttinen 2019. Tapani, Jussi – Tolvanen, Matti – Hyttinen, Tatu, *Rikosoikeuden yleinen osa. Vastuuoppi. 3., uudistettu painos*. Talentum, Helsinki 2019.
- Tapanila 2010. Tapanila, Antti, Itsekriminointisuoja tiedonanto- ja toimimisvelvollisuuden rajoitteena. *Defensor Legis* 5/2010, s. 559–584.

- Tapanila 2012a. Tapanila, Antti, Esitutkinnassa annettu tunnustus todisteena. *Defensor Legis* 2/2012, s. 146–172.
- Tapanila 2012b. Tapanila, Antti, Oikeustapauskommentti KKO 2012:45. *Defensor Legis* 4/2012, s. 582–600.
- Tapanila 2013. Tapanila, Antti, Oikeustapauskommentti KKO 2013:25. *Defensor Legis* 3/2013, s. 425–438.
- Tapanila 2014. Tapanila, Antti, Epäillyn oikeudet ja hyödyntämiskielto hovioikeuksissa. *Defensor Legis* 1/2014, s. 3–27.
- Tapanila 2015a. Tapanila, Antti, Muutoksenhaku käsittelyratkaisusta. *Defensor Legis* 1/2015, s. 1–18.
- Tapanila 2015b. Tapanila, Antti, Joitakin huomioita oikeuspsykologisesta näkökulmasta näyttöarviointiin. *Defensor Legis* 3/2015, s. 572–580.
- Tapanila 2017. Tapanila, Antti, Anonyymi todistelut käytännössä. *Defensor Legis* 5/2017, s. 721–734.
- Tapanila 2019a. Tapanila, Antti, Kontradiktorisuus syytetyn oikeutena. *Tietosanoma*, Helsinki 2019.
- Tapanila 2019b. Tapanila, Antti, Itsekriminointisuoja. *Tietosanoma*, Helsinki 2019.
- Tarukannel 2002. Tarukannel, Veijo, Hallintolainkäyttö oikeusvaltiossa, s. 61–105 teoksessa Aulis Aarnio – Timo Uusitupa (toim.), *Oikeusvaltio*. Kauppakaari, Helsinki 2002.
- Taxell 1976. Taxell, Lars Erik, Rätt och demokrati. Åbo Akademi, Turku 1976.
- Terenius 2013. Terenius, Markus, Poliisin voimankäyttö. Rikosoikeudellinen tutkimus sallitun voimankäytön rajoista. *Suomalainen Lakimiesyhdistys*, Helsinki 2013.
- Thibaut ym. 1974. Thibaut, John – Walker, Laurens – LaTour, Stephen – Houlden, Pauline, *Procedural Justice as Fairness*. *Stanford Law Review* 6/1974, s. 1271–1290.
- Tirkkonen 1933. Tirkkonen, Tauno, Oikeusvoimasta. Sen luonne ja subjektiivinen ulottuvaisuus Suomen siviiliprosessioikeudessa. Helsinki 1933.
- Tirkkonen 1949. Tirkkonen, Tauno, Uusi todistuslainsäädäntö. Laki oikeudenkäymiskaaren 17 luvun muuttamisesta, annettu 29 päivänä heinäkuuta 1948. *Suomalainen Lakimiesyhdistys*, Helsinki 1949.
- Tirkkonen 1969. Tirkkonen, Tauno, Suomen rikosprosessioikeus I. 2., uudistettu painos. Werner Söderström Osakeyhtiö, Porvoo 1969.
- Tirkkonen 1972. Tirkkonen, Tauno, Suomen rikosprosessioikeus II. 2., uudistettu painos, Werner Söderström Osakeyhtiö, Porvoo 1972.
- Tolonen 2018. Tolonen, Hannele, Kuka asiani omistaa? Alaikäinen läheisasianomistaja ja oikeus kieltäytyä todistamasta, s. 395–409 teoksessa Juhana Riekkinen (toim.), *Oikeutta oikeudenkäynnistä täyttämäänpanoon*. Juhlajulkaisu Tuula Linna 1957 – 25/9 – 2017. Alma Talent, Helsinki 2017.
- Tolonen 2003. Tolonen, Hannu, Oikeuslähdeoppi. WSOY Lakitieto, Helsinki 2003.
- Tolvanen 2001. Tolvanen, Matti, Loppulausunnot rikosprosessissa. *Defensor Legis* 3/2001, s. 408–418.
- Tolvanen 2005. Tolvanen, Matti, Tosiseikat rikosprosessissa, s. 303–325 teoksessa Nuutila, Ari-Matti – Pirjatanniemi, Elina (toim.), *Rikos, rangaistus ja prosessi*. Juhlajulkaisu Eero Backman 1945 – 14/5 – 2005. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta, Turku 2005.
- Tolvanen 2016. Tolvanen, Matti, Asianomistaja-asianosaisista ja asianomistajatodistajista. *Defensor Legis* N:o 2/2016, s. 196–204.
- Tomkovicz 2011. Tomkovicz, James J., *Constitutional Exclusion. The Rules, Rights, and Remedies that Strike the Balance Between Freedom and Order*. Oxford University Press, Oxford 2011.

- Tomunen 2015. Tomunen, Mari, Laskentateoreettinen todistusharkinta. University of Helsinki Conflict Management Institute, Helsinki 2015.
- Torgersen 2009. Torgersen, Runar, Ulovlig beviserverv og befishorbud i straffesaker. Papinian A.S., Oslo 2009.
- Trechsel 1997. Trechsel, Stefan, Why Must Trials Be Fair?. *Israel Law Review* 1–3/1997, s. 94–119.
- Trechsel 2005. Trechsel, Stefan, *Human Rights in Criminal Proceedings*. Oxford University Press, Oxford 2005.
- Tribe 1988. Tribe, Laurence H., *American constitutional law*. 2. painos. The Foundation Press, New York 1988.
- Tuori 1998. Tuori, Kaarlo, *Oikeustiede* 2000. *Lakimies* 6–7/1998, s. 1002–1013.
- Tuori 2000. Tuori, Kaarlo, *Kriittinen oikeuspositivismi*. Werner Söderström lakitieto Oy, Helsinki 2000.
- Turner 2014. Turner, Jenia Iontcheva, The Exclusionary Rule as a Symbol of the Rule of Law. 67. *SMU Law Review* 2014, s. 821–833.
- Vaitoja 2014. Vaitoja, Jari, Väittämistaakka, tuomarin kyselyvelvollisuus ja pakottavaan yksityisoikeudelliseen sääntelyyn perustuvien vaatimusten tutkiminen siviiliprosessissa. *Suomalainen Lakimiesyhdistys*, Helsinki 2014.
- Van Hoecke 2011. Van Hoecke, Martin, *Legal Doctrine: Which Method(s) for What Kind of Discipline?*, s. 1–18 teoksessa Martin Van Hoecke (toim.), *Methodologies of Legal Research. Which Kind of Method for What Kind of Discipline?* Hart Publishing, Oxford 2011.
- Wigmore 1923 I–V. Wigmore, John Henry, *A Treatise on the Anglo-American System of Evidence in Trials at Common Law*. 2. painos. Little, Brown and Company, Boston 1923. Viitteessä vuosiluvun jälkeen ilmoitetaan niteen (volume) numero.
- Vihriälä 2005. Vihriälä, Helena, *Diesenin metodin kritiikki. Eräs näkökulma todistusharkintaan*, s. 367–384 teoksessa Huovila, Mika – Lahti, Raimo – Ojala, Timo (toim.), *Rikostuomion perusteleminen*. Helsingin hovioikeus, Helsinki 2005.
- Viljanen 2001. Viljanen, Pekka, *Asianosaisen totuusvelvollisuudesta rikosasioissa*. *Defensor Legis* 6/2001, s. 1004–1025.
- Viljanen 2012. Viljanen, Pekka, *Todistaako vai ei – kuka päättää?*. *Defensor Legis* 5/2012, s. 620–638.
- Viljanen 2013. Viljanen, Pekka, *Todistelutoimikunnan mietinnön arviointia*. *Defensor Legis* 2/2013, s. 144–170.
- Virolainen 1988. Virolainen, Jyrki, *Materiaalinen prosessinjohto*. Lakimiesliiton kustannus, Helsinki 1988.
- Virolainen 1998. Virolainen, Jyrki, *Rikosprosessioikeus I*. Pandecta, Rovaniemi 1998.
- Virolainen 2008. Virolainen, Jyrki, *KKO 2007:101. Todistajan esitutkintakertomus todisteena oikeudenkäynnissä*, s. 223–226 teoksessa Pekka Timonen (toim.), *KKO:n ratkaisut kommenttein 2007:II*. Talentum, Helsinki 2008.
- Virolainen – Martikainen 2010. Virolainen, Jyrki – Martikainen, Petri, *Tuomion perusteleminen*. Talentum, Helsinki 2010.
- Virolainen – Pölönen 2003. Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi, *Rikosprosessin perusteet. Rikosprosessioikeus I*. WSOY Lakitieto, Helsinki 2003.
- Virolainen – Pölönen 2004. Virolainen, Jyrki – Pölönen, Pasi, *Rikosprosessin osalliset. Rikosprosessioikeus II*. WSOY Lakitieto, Helsinki 2004.
- Vuorenpää 2011. Vuorenpää, Mikko, *Itsekriminointisuojaan tulkinta ja sen vaikutukset todisteluun*, s. 585–595 teoksessa Tatu Hyttinen – Katja Weckström (toim.), *Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta 50 vuotta. Turun yliopiston oikeustieteellinen tiedekunta*, Turku 2011.

- Vuorenpää 2012. Vuorenpää, Mikko, Asiantuntijatodistelun ongelmakohtia. Talentum, Helsinki 2012.
- Vuorenpää 2018. Vuorenpää, Mikko, Muutama huomio laittomalla tavalla hankitun todistusaineiston hyödyntämisestä. Defensor Legis 3/2018, s. 306–318.
- Väisänen – Korkman 2014. Väisänen, Tiina – Korkman, Julia, Eräitä todistajan kertomuksen arviointiin liittyviä kipukohtia oikeuspsykologisen tiedon valossa. Defensor Legis 5/2014, s. 721–739.
- Zuckerman 1989. Zuckerman, A. A. S., The Principles of Criminal Evidence. Clarendon Press, Oxford 1989.
- Øyen 2010. Øyen, Ørnulf, I hvilken utstrekning kan det i straffesaker og sivile saker framlegges bevis som er fremskaffet på ulovlig eller utilbørlig måte? Lov og rett 7/2010, s. 423–439.

## VIRALLISLÄHTEET

### Suomi

#### *Hallituksen esitykset*

- HE 137/1945 vp. Hallituksen esitys laeiksi oikeudenkäymiskaaren 17, 21 ja 24 luvun, korvauksesta todistajille valtionvaroista annetun lain, maakaaren 1 luvun, ulosottolain 3 luvun sekä rikoslain 17 luvun muuttamisesta.
- HE 2/1958 vp. Hallituksen esitys laiksi takavarikosta ja etsinnästä rikosasioissa.
- HE 193/1965 vp. Hallituksen esitys laeiksi oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja painovapauslain muuttamisesta.
- HE 89/1981 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi yleisten asiakirjain julkisuudesta annetun lain muuttamisesta.
- HE 14/1985 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle esitutkintaa ja pakkokeinoja rikosasioissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 15/1990 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle riita-asiain oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 61/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle kansainvälistä oikeusapua rikosasioissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 309/1993 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle perustuslakien perusoikeussäännösten muuttamisesta.
- HE 22/1994 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle telekuuntelua ja -valvontaa sekä teknistä tarkkailua koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 57/1994 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle poliisilaiksi ja eräiksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 82/1995 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistamista alioikeuksissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- HE 6/1997 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäyttöä, viranomaisia ja yleistä järjestystä vastaan kohdistuvia rikoksia sekä seksuaalirikoksia koskevien säännösten uudistamiseksi.
- HE 132/1997 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeusapulaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.

- HE 1/1998 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle uudeksi Suomen Hallitusmuodoksi.
- HE 30/1998 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi viranomaisten toiminnan julkisuudesta ja siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 34/1999 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi poliisilain muuttamisesta.
- HE 32/2001 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien riita-asiain valmistelua, pääkäsittelyä sekä hakemusasioiden käsittelyä koskevien säännösten muuttamisesta.
- HE 44/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle rikosoikeuden yleisiä oppeja koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 190/2002 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi oikeudenkäymiskaaren eräiden todistelu- ja kiireelliseksi julistamista ja ylimääräistä muutoksenhakua koskevien säännösten muuttamisesta.
- HE 271/2004 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi oikeudenkäynnistä rikosasioissa annetun lain, oikeudenkäymiskaaren ja eräiden muiden lakien rikosasioiden käsittelyä käräjäoikeudessa koskevien säännösten muuttamisesta.
- HE 9/2005 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle eräiden muutoksenhakua korkeimpaan oikeuteen koskevien säännösten muuttamiseksi.
- HE 222/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 224/2010 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle poliisilaiksi ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 14/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain muuttamisesta sekä eräksi niihin liittyviksi laeiksi.
- HE 58/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle syyteneuvottelua koskevaksi lainsäädännöksi ja syyttämättä jättämistä koskevien säännösten uudistamiseksi.
- HE 46/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- HE 71/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi esitutkintalain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.
- HE 4/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi rikoslain 10 luvun sekä pakkokeinolain 6 ja 7 luvun muuttamisesta.
- HE 99/2016 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laiksi esitutkintalain muuttamisesta ja eräksi siihen liittyviksi laeiksi.

### *Valiokuntien mietinnöt ja lausunnot*

- HaVM 17/2000 vp. Hallintovaliokunnan mietintö 17/2000 vp. Hallituksen esitys laiksi poliisilain muuttamisesta.
- LaVL 7/2000 vp. Lakivaliokunnan lausunto 7/2000 vp. Hallituksen esitys laiksi poliisilain muuttamisesta.
- LaVM 9/1986 vp. Lakivaliokunnan mietintö n:o 9 hallituksen esityksen johdosta esitutkintaa ja pakkokeinoja rikosasioissa koskevaksi lainsäädännöksi.
- LaVM 9/1997 vp. Lakivaliokunnan mietintö 9/1997 vp. Hallituksen esitys oikeudenkäymiskaaren muutoksenhakua hovioikeuteen ja asian käsittelyä hovioikeudessa koskevien säännösten sekä eräiden niihin liittyvien lakien muuttamisesta.
- LaVM 17/1997 vp. Lakivaliokunnan mietintö 17/1997 vp. Hallituksen esitys oikeusapulaiksi ja siihen liittyväksi lainsäädännöksi.
- LaVM 31/2002 vp. Lakivaliokunnan mietintö 31/2002 vp. Hallituksen esitys laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain sekä eräiden näihin liittyvien lakien muuttamisesta.

- LaVM 44/2010 vp. Lakivaliokunnan mietintö 44/2010 vp. Hallituksen esitys esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi.
- LaVM 17/2013 vp. Lakivaliokunnan mietintö 17/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain muuttamisesta sekä eräksi niihin liittyviksi laeiksi.
- LaVM 19/2014 vp. Lakivaliokunnan mietintö 19/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- PeVL 36/2002 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 36/2002 vp. Hallituksen esitys laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain sekä eräiden näihin liittyvien lakien muuttamisesta.
- PeVL 32/2013 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 32/2013 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle laeiksi esitutkintalain ja pakkokeinolain muuttamisesta sekä eräksi niihin liittyviksi laeiksi.
- PeVL 29/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 29/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle valtion talousarvioksi vuodelle 2015.
- PeVL 39/2014 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 39/2014 vp. Hallituksen esitys eduskunnalle oikeudenkäymiskaaren 17 luvun ja siihen liittyvän todistelua yleisissä tuomioistuimissa koskevan lainsäädännön uudistamiseksi.
- PeVL 5/1999 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 5/1999 vp. Hallituksen esitys laiksi poliisilain muuttamisesta.
- PeVL 66/2010 vp. Perustuslakivaliokunnan lausunto 66/2010 vp. Hallituksen esitys esitutkinta- ja pakkokeinolainsäädännön uudistamiseksi.

### *Muut suomalaiset virallislähteet*

- KM 2001:10. Muutoksenhakutoimikunnan osamietintö.
- LVO 1/1993. Rikosasioiden oikeudenkäyntimenettelyn uudistaminen. Työryhmän mietintö. Oikeusministeriön lainvalmisteluosaston julkaisu 1/1993.
- OLJ 3/1973. Esitutkinta, puolustus ja pakkokeinot rikosasioissa. Oikeusministeriön lainsäädäntöosaston julkaisu.
- OMML 69/2012. Todistelu yleisissä tuomioistuimissa. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 69/2012.
- OMML 30/2013. Todistelu yleisissä tuomioistuimissa. Lausuntokooste. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 30/2013.
- OMML 2019:6. Siro, Jukka: Henkilötodistelun vastaanottaminen kuva- ja äänitallenteelta hovioikeudessa. Arviomuistio. Oikeusministeriön mietintöjä ja lausuntoja 2019:6.
- OMSO 65/2012. Rautio, Jaakko: Vertailua eräistä todistusoikeudellisista kysymyksistä Suomessa, Ruotsissa, Norjassa ja Tanskassa. Oikeusministeriön selvityksiä ja ohjeita 65/2012.
- OMTR 2005:5. Anonyymi todistelu ja peitepoliisin oikeus osallistua rikollisryhmän toimintaan. Oikeusministeriön työryhmämietintöjä 2005:5.
- POHA 2/2017. Selvitys haalarikameroiden käyttöön otosta poliisissa. Työryhmän loppuraportti. Poliisihallituksen julkaisusarja 2/2017. Saatavilla sähköisesti osoitteesta [https://www.poliisi.fi/tietoa\\_poliisista/julkaisut/julkaisu/selvitys\\_haalarikameroiden\\_kayttoonotosta\\_poliisissa](https://www.poliisi.fi/tietoa_poliisista/julkaisut/julkaisu/selvitys_haalarikameroiden_kayttoonotosta_poliisissa).
- Poliisibarometri 2018. Vuorensyrjä, Matti – Fagerlund, Monica: Poliisibarometri 2018. Kansalaisten arviot poliisin toiminnasta ja Suomen sisäisen turvallisuuden tilasta. Saatavilla sähköisesti osoitteesta <https://www.theseus.fi/handle/10024/150940>.
- Poliisibarometri 2020. Vuorensyrjä, Matti – Rauta, Jenita: Poliisibarometri 2020. Kansalaisten arviot poliisin toiminnasta ja Suomen sisäisen turvallisuuden tilasta. Sisäministeriön julkaisu ja 2020:12.

## Ruotsi

SOU 2003:74. Ökad effektivitet och rättssäkerhet i brottsbekämpningen.  
SOU 2010:103. Särskilda spaningsmetoder. Slutbetänkande av Polismetodutredningen.

## Yhdistynyt kuningaskunta

Carloway Report. Lord Carloway: The Carloway Review. Report and Recommendations. Saatavilla sähköisesti osoitteesta <https://www2.gov.scot/Topics/archive/reviews/CarlowayReview>.  
Crown Court Compendium Part I. Maddison, Sir David – Ormerod, David – Tonking, Simon – Wait, John: The Crown Court Compendium. Part I: Jury and Trial Management and Summing Up. Judicial College. Lontoo 2016.  
Law Com. No. 83. Criminal law. Report on defences of general application. The Law Commission, Lontoo 1977.  
Law Com. No. 202. Criminal law. Corroboration of evidence in criminal trials. The Law Commission, Lontoo 1991. Saatavilla sähköisesti osoitteesta <https://www.lawcom.gov.uk/project/corroboration-of-evidence-in-criminal-trials>.

## Kansainväliset virallislähteet

Brown v. Jamaica. Human Rights Committee: Communication No 775/1997, 23.3.1999 (CCPR/C/65/D/775/1997).  
CAT 1998. Report of the Committee against Torture. Supplement No. 44 (A/53/44). United Nations, New York 1998.  
CAT 2016. Concluding observations on the seventh periodic report of Finland (CAT/C/FIN/CO/7). Committee against Torture 2016.  
Charter of the International Military Tribunal. Sisältyy YK:n sopimussarjan sopimukseen 251 Agreement for the prosecution and punishment of the major war criminals of the European Axis. Saatavilla sähköisesti osoitteesta <https://treaties.un.org/Pages/Home.aspx?lang=en>.  
Euroopan neuvoston suositus No. R (2000) 2. Recommendation No. R (2000) 2 of the Committee of Ministers to member states on the re-examination or reopening of certain cases at domestic level following judgements of the European Court of Human Rights. Saatavilla sähköisesti osoitteesta <https://www.coe.int/en/web/human-rights-intergovernmental-cooperation/human-rights-development-cddh/recommendations>.  
General Comment No. 20. General Comment No. 20: Prohibition of torture or other cruel, inhuman or degrading treatment or punishment (article 7). United Nations Human Rights Committee 1992.  
Guide on Article 6. Directorate of the Jurisconsult: Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights. Right to a fair trial (criminal limb). 30.4.2020 päivitetty versio.  
Havannan julistus. The UN Guidelines on the Role of Prosecutors. Saatavilla sähköisesti osoitteesta <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/RoleOfProsecutors.aspx>.  
Lapsiystävällisen oikeudenkäytön suuntaviivat. Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child-friendly justice. Euroopan neuvosto 2011. Saatavilla sähköisesti osoitteesta <https://www.coe.int/en/web/children/child-friendly-justice>.  
WISPI 2016. 2016 Report of the World Internal Security and Police Index (WISPI). Saatavilla sähköisesti osoitteesta <http://www.ipsa-police.org/ProjectInfoDetails/world-internal-security-and-police-index>.

---

# Oikeustapaushakemisto

## SUOMALAISET TUOMIOISTUIMET

### *Korkein oikeus*

KKO 1978-II-70	KKO 2005:120	KKO 2014:57
KKO 1983-II-30	KKO 2005:140	KKO 2015:6
KKO 1984-II-60	KKO 2006:11	KKO 2015:20
KKO 1986-II-14	KKO 2006:54	KKO 2015:51
KKO 1987:62	KKO 2007:2	KKO 2015:86
KKO 1991:84	KKO 2007:7	KKO 2015:91
KKO 1991:145	KKO 2007:36	KKO 2016:17
KKO 1993:101	KKO 2007:58	KKO 2016:76
KKO 1995:5	KKO 2007:101	KKO 2016:84
KKO 1995:44	KKO 2008:24	KKO 2016:96
KKO 1995:66	KKO 2008:68	KKO 2017:12
KKO 1996:50	KKO 2009:80	KKO 2017:65
KKO 1996:133	KKO 2009:88	KKO 13.7.2017/1469
KKO 1998:33	KKO 2010:41	KKO 2018:3
KKO 1998:129	KKO 2010:88	KKO 2018:41
KKO 2000:35	KKO 2011:20	KKO 2018:54
KKO 2000:71	KKO 2011:91	KKO 2019:7
KKO 19.9.2001/1833	KKO 2011:27	KKO 2019:17
KKO 2002:12	KKO 2012:27	KKO 2019:22
KKO 2002:47	KKO 2012:32	KKO 2019:67
KKO 2003:74	KKO 2012:45	KKO 2019:84
KKO 2003:137	KKO 2013:25	KKO 2019:98
KKO 2004:11	KKO 2013:27	KKO 2019:112
KKO 2004:30	KKO 2013:91	KKO 2020:61
KKO 2004:60	KKO 2013:96	KKO 2020:84
KKO 2004:79	KKO 2014:32	

### *Korkein hallinto-oikeus*

KHO 29.3.1999 taltio 590

### *Hovioikeudet*

HelHO 4.4.2017 nro 400 (R 16/1473)  
HelHO 12.9.2018 nro 137471 (R 17/2490)  
HelHO 18.9.2019 nro 139679 (R 18/2304)  
HelHO 26.5.2020 nro 118436 (R 18/2773)

I-SHO 1999:1

I-SHO 1998:3



I-SHO 2010:5  
I-SHO 2014:11  
I-SHO 2017:1  
I-SHO 16.5.2019 nro 122027 (R 19/133)

KouHO 2000:1

THO 2017:6  
THO 2019:1

VaaHO 2013:1  
VaaHO 2015:2  
VaaHO 2017:2  
VaaHO 2017:3  
VaaHO 2017:8  
VaaHO 2018:9  
VaaHO 4.7.2018 nro 128901 (R 17/1047)  
VaaHO 21.12.2018 nro 157334 (R 17/899)  
VaaHO 18.2.2020 (R 19/284), pöytäkirjaan merkitty käsittelyratkaisu  
VaaHO 19.2.2020 (R 19/197), pöytäkirjaan merkitty käsittelyratkaisu

### *Euroopan ihmisoikeustuomioistuin*

A.S. v. Finland, no. 40156/07, 28.9.2010  
Aigner v. Austria, no. 28328/03, 10.5.2012  
Airey v. Ireland, no. 6289/73, 9.10.1979  
Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom [GC], nos. 26766/05 and 22228/06, 15.12.2011  
Aleksandr Zaichenko v. Russia, no. 39660/02, 18.2.2010  
Allan v. the United Kingdom, no. 48539/99, 5.11.2002  
Allen v. the United Kingdom [dec.], no. 76574/01, 10.9.2002  
Ananyev v. Russia, no. 20292/04, 30.7.2009  
Artner v. Austria, no. 13161/87, 28.8.1992  
Artur Parkhomenko v. Ukraine, no. 40464/05, 16.2.2017  
Asani v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 27962/10, 1.2.2018  
Averill v. the United Kingdom, no. 36408/97, 6.6.2000  
Avetisyan v. Armenia, no. 13479/11, 10.11.2016  
B. v. Finland, no. 17122/02, 24.4.2007  
Bannikova v. Russia, no. 18757/06, 4.11.2010  
Bašić v. Croatia, no. 22251/13, 25.10.2016  
Bátek and Others v. the Czech Republic, no. 54146/09, 12.1.2017  
Bayram Koç v. Turkey, no. 38907/09, 5.9.2017  
Bendenoun v. France, no. 12547/86, 24.2.1994  
Beuze v. Belgium [GC], no. 71409/10, 9.11.2018  
Blaj v. Romania, no. 36259/04, 8.4.2014  
Blokhin v. Russia [GC], no. 47152/06, 23.3.2016  
Bochan v. Ukraine (no. 2) [GC], no. 22251/08, 5.2.2015  
Bonev v. Bulgaria, no. 60018/00, 8.6.2006  
Bozkaya v. Turkey, no. 46661/09, 5.9.2017

Brusco c. France, no. 1466/07, 14.10.2010  
Bykov v. Russia [GC], no. 4378/02, 10.3.2009  
C.G. v. the United Kingdom, no. 43373/98, 19.12.2001  
Cabral v. the Netherlands, no. 37617/10, 28.8.2018  
Chahal v. the United Kingdom [GC], no. 22414/93, 15.11.1996  
Correia de Matos v. Portugal [GC], no. 56402/12, 4.4.2018  
Dadayan v. Armenia, no. 14078/12, 6.9.2018  
Dayanan v. Turkey, no. 7377/03, 13.10.2009  
Deweert v. Belgium, no. 6903/75, 27.2.1980  
Dimović and Others v. Serbia, no. 7203/12, 11.12.2018  
Dimović v. Serbia, no. 24463/11, 28.6.2016  
Dominka v. Slovakia [dec.], no. 14630/12, 3.4.2018  
Dooron v. the Netherlands, no. 20524/92, 26.3.1996  
Dragojević v. Croatia, no. 68955/11, 15.1.2015  
Dvorski v. Croatia [GC], no. 25703/11, 20.10.2015  
Edwards and Lewis v. the United Kingdom [GC], nos. 39647/98 and 40461/98, 27.10.2004  
Edwards v. the United Kingdom, no. 13071/87, 16.12.1992  
El Haski v. Belgium, no. 649/08, 25.9.2012  
Ellis and Simms v. the United Kingdom and Martin v. the United Kingdom [dec.], nos. 46099/06 and 46699/06, 10.4.2012  
Engel and others v. the Netherlands [plenary], nos. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72 and 5370/72, 8.6.1976  
F and M v. Finland, no. 22508/02, 17.7.2007  
Fefilov v. Russia, no. 6587/07, 17.7.2018  
Funke v. France, no. 10828/84, 25.2.1993  
Furcht v. Germany, no. 54648/09, 23.10.2014  
Gani v. Spain, no. 61800/08, 19.2.2013  
García Ruiz v. Spain [GC], no. 30544/96, 21.1.1999  
Garofolo v. Switzerland [dec.], no. 4380/09, 2.4.2013  
Gäfgen v. Germany [GC], no. 22978/05, 1.6.2010  
Hambardzumyan v. Armenia, no. 43478/11, 5.12.2019  
Hermi v. Italy [GC], no. 18114/02, 18.10.2006  
Hümmer v. Germany, no. 26171/07, 19.7.2012  
Horvatić v. Croatia, no. 36044/09, 17.10.2013  
Håkansson and Stureson v. Sweden, no. 11855/85, 21.2.1990  
Ibrahim and Others v. the United Kingdom [GC], nos. 50541/08, 50571/08, 50573/08 and 40351/09, 13.9.2016  
Idalov v. Russia, no. 5826/03, 22.5.2012  
J.B. v. Switzerland, no. 31827/96, 3.5.2001  
Jalloh v. Germany [GC], no. 54810/00, 11.7.2006  
Jasper v. the United Kingdom [GC], no. 27052/95, 16.2.2000  
John Murray v. the United Kingdom [GC], no. 18731/91, 8.2.1996  
Kaçiū and Kotorri v. Albania, nos. 33192/07 and 33194/07, 25.6.2013  
Kalēja v. Latvia, no. 22059/08, 5.10.2017  
Kaste and Mathisen v. Norway, nos. 18885/04 and 21166/04, 9.11.2006  
Khan v. the United Kingdom, no. 35394/97, 12.5.2000  
Knauth v. Germany [dec.], no. 41111/98, 22.11.2001  
Kobiashvili v. Georgia, no. 36416/06, 14.3.2019  
Kostovski v. the Netherlands [plenary], no. 11454/85, 20.11.1989

- Krasniki v. the Czech Republic, no. 51277/99, 28.2.2006  
 Krumpholz v. Austria, no. 13201/05, 18.3.2010  
 Lagutin and Others v. Russia, nos. 6228/09, 19123/09, 19678/07, 52340/08 and 7451/09, 24.4.2014  
 Leonid Lazarenko v. Ukraine, no. 22313/04, 28.10.2010  
 Loboda v. Ukraine, no. 8865/06, 17.11.2016  
 López Ribalda and Others v. Spain [GC], nos. 1874/13 and 8567/13, 17.10.2019  
 Leuska and Others v. Estonia, no. 64734/11, 7.11.2017  
 Levința v. Moldova, no. 17332/03, 16.12.2008  
 Lomaseita Oy and Others v. Finland, no. 45029/98, 5.7.2005  
 Lisica v. Croatia, no. 20100/06, 25.2.2010  
 Lucà v. Italy, no. 33354/96, 27.2.2001  
 Lučić v. Croatia, no. 5699/11, 27.2.2014  
 Lückhof and Spanner v. Austria, nos. 58452/00 and 61920/00, 10.1.2008  
 Lüdi v. Switzerland, no. 12433/86, 15.6.1992  
 M v. the Netherlands, no. 2156/10, 25.7.2017  
 Magee v. the United Kingdom, no. 28135/95, 6.6.2000  
 Martin v. Estonia, no. 35985/09, 30.5.2013  
 Marttinen v. Finland, no. 19235/03, 21.4.2009  
 McKeown v. the United Kingdom, no. 6684/05, 11.1.2011  
 Meftah and Others v. France, nos. 32911/96, 35237/97 and 34595/97, 26.7.2002  
 Mild and Virtanen v. Finland, nos. 39481/98 and 40227/98, 26.7.2005  
 Milinienė v. Lithuania, no. 74355/01, 24.6.2008  
 Mirilashvili v. Russia, no. 6293/04, 11.12.2008  
 Moreira Ferreira v. Portugal (no. 2) [GC], no. 19867/12, 11.7.2017  
 Murtazaliyeva v. Russia [GC], no. 36658/05, 18.12.2018  
 Natsvlishvili and Togonidze v. Georgia, no. 9043/05, 29.4.2014  
 Navone et autres c. Monaco, nos. 62880/11, 62892/11 et 62899/11, 24.10.2013  
 Nideröst-Huber v. Switzerland, no. 18990/91, 18.2.1997  
 O'Halloran and Francis v. the United Kingdom [GC], nos. 15809/02 and 25624/02, 29.6.2007  
 Ogorodnik v. Ukraine, no. 29644/10, 5.2.2015  
 Othman (Abu Qatada) v. the United Kingdom, no. 8139/09, 17.12.2012  
 P.K. v. Finland [dec.], no. 37442/97, 9.7.2002  
 P.S. v. Germany, no. 33900/96, 20.12.2001  
 P.V. v. the Federal Republic of Germany [dec.], no. 11853/85, 13.7.1987  
 Paić v. Croatia, no. 47082/12, 29.3.2016  
 Panovits v. Cyprus, no. 4268/04, 11.12.2008  
 Papadakis v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, no. 50254/07, 26.2.2013  
 Pélassier and Sassi v. France [GC], no. 25444/94, 25.3.1999  
 Peltonen v. Finland [dec.], no. 30409/96, 11.5.1999  
 Perna v. Italy [GC], no. 48898/99, 6.5.2003  
 Pesukic v. Switzerland, no. 25088/07, 6.12.2012  
 Pfeifer and Plankl v. Austria, no. 10802/84, 25.2.1992  
 Pichugin v. Russia, no. 38623/03, 23.10.2012  
 Pishchalnikov v. Russia, no. 7025/04, 24.9.2009  
 Płonka v. Poland, no. 20310/02, 31.3.2009  
 Polednová v. the Czech Republic [dec.], no. 2615/10, 21.6.2011  
 Poletan and Azirovik v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, nos. 26711/07, 32786/10 and 34278/10, 12.5.2016

Poropat v. Slovenia, no. 21668/12, 9.5.2017  
 Prade v. Germany, no. 7215/10, 3.3.2016  
 Ramanaukas v. Lithuania [GC], no. 74420/01, 5.2.2008  
 Raninen v. Finland, no. 20972/92, 16.12.1997  
 Rastoder v. Slovenia, no. 50142/13, 28.11.2017  
 Rosin v. Estonia, no. 26540/08, 19.12.2013  
 Ruşen Bayar v. Turkey, no. 25253/08, 19.2.2019  
 S.N. v. Sweden, no. 34209/96, 2.7.2002  
 Salduz v. Turkey [GC], no. 36391/02, 27.11.2008  
 Salikhov v. Russia, no. 23880/05, 3.5.2012  
 Şandru v. Romania, no. 33882/05, 15.10.2013  
 Sarančov v. Ukraine, no. 2308/06, 9.6.2016  
 Saunders v. United Kingdom [GC], no. 19187/91, 17.12.1996  
 Shabelnik v. Ukraine (No. 2), no. 15685/11, 1.6.2017  
 Schatschaschwili v. Germany [GC], no. 9154/10, 15.12.2015  
 Schenk v. Switzerland [plenary], no. 10862/84, 12.6.1988  
 Schmid-Laffer c. Suisse, no 41269/08, 16.6.2015  
 Sejdovic v. Italy [GC], no. 56581/00, 1.3.2006  
 Serves v. France, no. 20225/92, 20.10.1997  
 Seton v. the United Kingdom, no. 55287/10, 31.3.2016  
 Shannon v. United Kingdom [dec.], no. 67537/01, 6.4.2004  
 Sievert v. Germany, no. 29881/07, 19.7.2012  
 Simeonovi v. Bulgaria [GC], no. 21980/04, 12.5.2017  
 Sitnevskiy and Chaykovskiy v. Ukraine, nos. 48016/06 and 7817/07, 10.11.2016  
 Soering v. United Kingdom [plenary], no. 14038/88, 7.7.1989  
 Štefančič v. Slovenia, no. 18027/05, 25.10.2012  
 Štulír v. the Czech Republic, no. 36705/12, 12.2.2017  
 Suominen v. Finland, no. 37801/97, 1.7.2003  
 Svetina v. Slovenia, no. 38059/13, 22.5.2018  
 Söylemez c. Turquie, no. 46661/99, 21.9.2006  
 Tău v. Romania, no. 56280/07, 23.7.2019  
 Teixeira de Castro v. Portugal, no. 25829/94, 9.6.1998  
 Telfner v. Austria, no. 33501/96, 20.3.2001  
 Thomas v. the United Kingdom [dec.], no. 19354/02, 10.5.2005  
 Tikhonov v. Ukraine, no. 17969/09, 10.12.2015  
 Topić v. Croatia, no. 51355/10, 10.10.2013  
 Tyrer v. the United Kingdom, no. 5856/72, 25.4.1978  
 Ulay v. Turkey, no. 8626/06, 13.2.2018  
 Unterpertinger v. Austria, no. 9120/80, 24.11.1986  
 V. v. Finland, no. 40412/98, 24.4.2007  
 Van der Heijden v. the Netherlands [GC], no. 42857/05, 3.4.2012  
 Van Mechelen and Others v. the Netherlands, nos. 21363/93, 21364/93, 21427/93 and 22056/93,  
 23.4.1997  
 Visser v. the Netherlands, no. 26668/95, 14.2.2002  
 Voskuil v. the Netherlands, no. 64752/01, 22.11.2007  
 Vronchenko v. Estonia, no. 59632/09, 18.6.2013  
 Wood v. the United Kingdom [dec.], no. 23414/02, 20.1.2004  
 X v. Finland, no. 34806/04, 3.7.2012  
 Y. v. Slovenia, no. 41107/10, 28.5.2015

Yakuba v. Ukraine, no. 1452/09, 12.2.2019  
Yevgeniy Ivanov v. Russia, no. 27100/03, 25.4.2013  
Zadumov v. Russia, no. 2257/12, 12.6.2017  
Zherdev v. Ukraine, no. 34015/07, 27.4.2017

### *Muut tuomioistuimet*

#### *Etelä-Afrikan korkein oikeus*

Mthembu v. The State (379/2007) [2008] ZASCA 51

#### *Norjan korkein oikeus*

Rt. 1988 s. 314  
Rt. 1994 s. 1139  
Rt. 1996 s. 1114  
Rt. 2003 s. 1266  
Rt. 2003 s. 1808  
Rt. 2003 s. 1814  
Rt. 2004 s. 1336  
Rt. 2005 s. 1293  
Rt. 2004 s. 1719  
Rt. 2009 s. 1526

#### *Ruotsin korkein oikeus ja hovioikeudet*

RH 1980:112  
NJA 1986:83 (s. 489)  
NJA 1991:10 (s. 56)  
NJA 2005:78 (s. 712)  
NJA 2007:69 (s. 547)  
NJA 2007:124 (s. 1037)  
NJA 2009:44 (s. 447)  
NJA 2011:57 (s. 638)  
NJA 2017:30 (s. 316)

#### *Yhdistyneen kuningaskunnan korkein oikeus*

DPP v. Kilbourne [1973] 2 W.L.R. 254  
Jones and Doyle v. HM Advocate [2009] HCJAC 86  
Miller v. Minister of Pensions [1947] 2 All E.R. 2 372  
R. v. Baskerville [1916] 2 K.B. 658  
R. v. Beycan [1990] Crim.L.R. 185  
R. v. Whitehead [1929] 1 K.B. 99  
R. v. Leatham [1861] 8 Cox CC 498  
R. v. Morley and Hutton [1994] Crim.L.R. 919  
R. v. Sang [1980] A.C. 402

*Yhdysvaltain korkein oikeus*

Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886)  
Carmell v. Texas, 529 U.S. 513 (2000)  
Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004)  
Davis v. Washington, 547 U.S. 813 (2006)  
Herring v. United States, 555 U.S. 135 (2009)  
Hudson v. Michigan, 547 U.S. 586 (2006)  
Mapp v. Ohio, 367 U.S. 643 (1961)  
Miranda v. Arizona, 384 U.S. 436 (1966)  
Nix v. Williams, 467 U.S. 431 (1984)  
Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939)  
Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56 (1980)  
Rochin v. California, 342 U.S. 165 (1952)  
Silverthorne Lumber Co. v. United States, 251 U.S. 385 (1920)  
Sorrells v. United States, 287 U.S. 435 (1932)  
Wong Sun v. United States, 371 U.S. 471 (1963)



---

# Lyhenteet

Avustajadirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2013/48/EU oikeudesta käyttää avustajaa sekä pitää yhteyttä kolmansiin henkilöihin ja konsuliviranomaisiin vapaudenmenetyksen aikana
CAT	Committee Against Torture, YK:n kidutuksen vastainen komitea
EIS	Euroopan ihmisoikeussopimus (SopS 18–19/1990)
EIT	Euroopan ihmisoikeustuomioistuin
EPSA	VNA esitutkinnasta, pakkokeinoista ja salaisesta tiedonhankinnasta 13.2.2014/122
ETL	esitutkintalaki 22.7.2011/805
EU	Euroopan unioni
HD	högsta domstolen, Ruotsi korkein oikeus
HE	hallituksen esitys eduskunnalle
HelHO	Helsingin hovioikeus
I-SHO	Itä-Suomen hovioikeus
KKO	korkein oikeus
KouHO	Kouvolan hovioikeus
Kp-sopimus	kansalaisyhteisöjä ja poliittisia oikeuksia koskeva kansainvälinen yleissopimus (SopS 7–8/1976)
KRP	keskusrikospoliisi
OAL	oikeusapulaki 5.4.2002/257
PACE	Police and Criminal Evidence Act 1984 (Englanti)
PKL	pakkokeinolaki 22.7.2011/806
PL	Suomen perustuslaki 11.6.1999/731
PolL	poliisilaki 22.7.2011/872
RB	rättegångsbalk 18.7.1942/740 (Ruotsi)
RL	rikoslaki 19.12.1889/39
ROL	laki oikeudenkäynnistä rikosasioissa 11.7.1997/689
SCOTUS	Yhdysvaltain korkein oikeus
SopS	Suomen säädöskokoelman sopimussarja
StPO	Strafprozeßordnung 12.9.1950 (Saksa)
StrPL	lov om rettergangsmåten i straffesaker 22.5.1981 (Norja)
THO	Turun hovioikeus



Tiedonsaantioikeus- direktiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2012/13/ EU tiedonsaantioikeudesta rikosoikeudellisissa menettelyissä
Uhridirektiivi	Euroopan parlamentin ja neuvoston direktiivi 2012/29/EU rikoksen uhrien oikeuksia, tukea ja suojelua koskevista vähimmäisvaatimuksista
UNCAT	kidutuksen ja muun julman, epäinhimillisen tai halventavan kohtelun tai rangaistuksen vastainen yleissopimus (SopS 59–60/1989)
VaaHO	Vaasan hovioikeus
VETL	esitutkintalaki 30.4.1987/449 (kumottu)
VNA	valtioneuvoston asetus
VOK 17 luku	oikeudenkäymiskaaren 17 luku 29.7.1948/571 (kumottu)
VVOK 17 luku	oikeudenkäymiskaaren 17 luku 1.1.1734/4 (kumottu)
YJCE	Youth Justice and Criminal Evidence Act 1999 (Englanti)

---

# Asiahakemisto

## A

aihetodistelu 269  
aineellinen totuus 35  
akkusatorinen periaate 39  
alustavat puhuttelut 273, 288  
anonyymi todistelu 392, 423  
aputositseikka 49, 144  
asianosaisjulkisuus 379, 399, 428  
asiantuntija 153, 158, 271, 414, 452  
attenuation-poikkeus 126, 358  
autonomisen tulkinnan periaate 10

## D

distributiivinen oikeudenmukaisuus 20  
Dvorski-testi 244

## E

ennakollinen hyödyntäminen 127  
ennakollinen hyödyntämiskielto 127, 131, 282, 340  
ennakollinen vaikutus 67  
ennallistamisfunktio 106  
epävarsinainen todistaja 156, 225, 267  
equality of arms 29, 83, 216  
erityinen kotietsintä 202  
erityinen perusteluvelvollisuus 395, 441, 448  
erityisen haavoittuva asema 236, 248, 251, 388  
eriytynyt funktioajattelu 44  
esitutkinta 15, 99  
etäisvaikutus 122, 211, 304, 357  
eurooppalainen tutkintamääräys 163  
evidenssi 15, 34, 369  
evoluutiivis-dynaamisen tulkinnan periaate 10

## G

good faith -poikkeus 257, 359

## H

henkilön tunnistaminen 180  
hienotunteisuusperiaate 328

hypoteesimetodi 56  
hyvitysfunktio 108  
hyödyntämisharkinta 18, 101, 366  
hyödyntämiskielto 118, 130  
    absoluuttisuus ja relatiivisuus 206  
    epäitsenäinen 94, 206, 289  
    itsenäinen 100, 300  
hyödyntämiskielto-olettama 291  
hyödyntämisrajoite 88, 98  
häätäkeskuspuhelu 287

## I

Ibrahim-kriteerit 244, 250, 289, 352  
ilmoitusperuste 223  
ilmoitusvelvollisuus 276  
independent source -poikkeus 125, 358  
inevitable discovery -poikkeus 125, 342, 365  
informointitaakka 41, 136  
instanssijärjestyksen periaate 140, 430  
integriteettifunktio 113  
itsekriminointisuoja 213, 326  
    ilmoitusvelvollisuus 234  
    oikeus avustajaan 238  
    oikeus vaieta 219  
    reaalitodisteet 220, 234, 278

## J

jatkovaikutus 122, 304  
julkinen asiamies 398

## K

kansallinen harkintamarginaali 11, 349  
keskityspanaate 158  
knowledge of – comment on 369, 373  
kognitiivinen ongelma 112, 428  
koherenssiteoria 35  
kokemussääntö 48  
kokonaiskieltäytymisoikeus 219, 226, 267  
kollusio 167  
konsensusiteoria 35  
korrespondenssiteoria 35

kurinpitofunktio 109  
 kuulemisjärjestelyt 408, 425  
 kuulopuhetodistelu 377, 434  
 kuultavan esteellisyys 271  
     erityiset esteellisyysperusteet 154  
     yleiset esteellisyysperusteet 151  
 kuultavan kelpoisuus 151  
 kuultavan läsnäolo 439  
 kuulusteltavan kohtelu 277, 307, 329  
 kuulustelu 99, 136, 200, 275, 385  
 kuulustelun videointi 136, 387, 451  
 kuulustelutodistaja 136  
 kuulusteluun rinnastuva menettely 230  
 käsittelyratkaisu 130, 132, 134, 157, 411

## L

laillisuusperiaate 253  
 lex imperfecta 103, 209  
 luonnetodistelu 144  
 läheiskriminointisuoja 213, 250, 267, 283,  
 417  
 läheistodistaja 205, 226  
 lääkärintodistus 418

## M

menettelyllinen oikeudenmukaisuus 31

## N

negatiivinen totuusvelvollisuus 221  
 näyttöarvo 144  
 näyttökynnys 134, 137, 268  
 näytön arviointi 101, 165  
 näytön hyödyntäminen 100, 104

## O

oikeudenkäynnin julkisuus 189  
 oikeudenkäynnin oikeudenmukaisuus 29, 82,  
 115, 322, 346, 369  
 oikeudesta luopuminen 97, 193, 246, 407,  
 422  
 oikeus kohdata kuultava 371  
 oikeusperiaate 78  
 oikeusperiaatteiden punnintalaki 78  
 oikeussuojafunktio 118  
 oikeus valita avustajansa 244  
 oikeusvaltioperiaate 29  
 oikeusvoima 138

## P

pakkokeinot 200, 331  
     käyttämisen edellytykset 333  
     näyttökynnys 333  
     päättösten muotovaatimukset 335  
     todistelupakkokeinot 331  
     toimivalta 336  
 parhaan todistusaineiston periaate 50, 149, 442  
 peitepoliisi 396, 425  
 Perna-testi 145–146  
 perusoikeudet 76  
 peruutettu tunnustus 178, 259  
 poistaminen istunnosta 409  
 positiivinen totuusvelvollisuus 193, 331, 417  
 pragmaattinen totuusteoria 35  
 prosessiekonomia 74, 147, 148, 378, 430  
 prosessinjohto 129, 164  
 prosessuaalinen haara (EIS 3 artikla) 308  
 prosessuaalinen totuus 37, 66  
 puolustuksen suosimisen periaate 26  
 puuttuva totuusvelvollisuus 223, 224  
 pääasiallisuudesta 414, 433  
 pää- ja vastatodistelu 47, 59

## R

rakenteellinen todistelu 54  
 reaalityodisteet 303  
 relevanssi 48, 143  
 restitutio in integrum 116  
 retributiivinen oikeudenmukaisuus 20, 25,  
 102, 118  
 rikosprosessin funktiot  
     ohjausfunktio 21  
     oikeussuojafunktio 19  
     oikeusturvafunktio 23  
     ratkaisufunktio 21  
     rikosvastuun toteuttamistavoite 23  
 rikosprosessuaalinen laillisuusperiaate 31,  
 65, 321, 338, 349  
 rikosprovokaatio 310  
     prosessuaalinen testi 314  
     sisällöllinen testi 313

## S

salaiset pakkokeinot 315, 335, 344, 383  
 salassapitointressit 75, 183  
 Salduz-testi 241, 290  
 sanktiomekanismi 22, 24  
 selitysmalli 61

selitysvelvollisuus 293  
 selvittämistaakka 50, 56  
 specialiteettiperiaate 162  
 subsidiariteettiperiaate 10, 445  
 suhteellisuusperiaate 150, 326, 343  
 suora soveltaminen (EIS) 12  
 syllogismi 14, 24, 37  
 syvenemiskäsite 111, 364  
 syyllisen suojaamisen ongelma 70, 81  
 syyteharkinta 16  
 syytekynnys 16, 64  
 syytesidonnaisuus 39  
 syyttömysolettama 13, 39, 216, 326, 329  
 syyttömän suojaamisen tavoite 160, 197

## T

takavarikoimis- ja jäljentämiskiellot 201  
 tallennetun kertomuksen käyttökielto 378, 411, 439  
 tarkoituksenmukaisuusperiaate 25  
 tasapainottavat tekijät 445, 448  
 tasapuolisuusperiaate 326  
 tehokkuusperiaate 10, 219, 233, 235, 238, 435  
 testaamaton todiste 374, 450  
 tiedostamaton siirtymä 378  
 tieto 34  
 tietoteoria 13, 15, 36, 68  
 todistamiskiellot 87, 183  
   absoluuttisuus ja relatiivisuus 93  
   elementaarinen todistusmetodikielto 299  
   suhde esteellisyyteen 153  
   todistuskeinokiello 185  
   todistusteemakiello 185  
 todistamissääntö 87  
 todistamisvelvollisuus 47, 93, 152, 156  
 todisteen luotettavuus 48, 69, 255, 360, 371, 424, 436, 441, 451  
 todisteen merkitys 196, 260, 363, 441  
 todistelu 45  
   suora todistelu ja aihetodistelu 49  
   välitön ja välillinen 49  
 todistelumenettely 51, 68, 98  
 todistelunrajoite 89  
 todistelun riitauttaminen 59, 130, 254, 362, 370, 374, 393, 435, 453  
 todisteluratkaisu 134  
 todistelutulos 15  
 todisteprovokaatio 310, 313

todistusharkinta 17  
 todistuskeino 15, 91, 147  
 todistuskeinoneutraalisuuden periaate 47, 91, 184, 200, 201, 233, 302, 323  
 todistuskäsite 48  
 todistusmetodi 92, 323, 374  
 todistusmetodikiello 307, 347  
 todistussääntö 87  
 todistustaakka 41, 135, 309  
 todistusteema 16, 53, 55, 90  
 tukitodistelu 165, 296, 442, 451  
 tulkintavaikutus (EIS) 12  
 tuomitsemiskynnys 17, 41, 62, 169

## V

vahvistusharha 58, 166  
 vaikutusperuste 223, 235  
 vajaavaltaiset 192, 270, 387  
 vapaa todistelu 45  
 vapaa todistusharkinta 52  
 vapaa todistusteoria 45  
 varmuusperiaate 25  
 vastakuulustelu 385  
 vastakuulusteluoikeus 281, 370, 406, 413  
 voir dire 133, 340  
 vähemmän haitan periaate 150, 327  
 välillinen hyödyntäminen 124, 392  
 välittömyysperiaate 372, 413

## Y

yksiroolisuuden periaate 154  
 yleisöjulkisuus 374  
 ylimääräinen tieto 342  
 ylitörkeä rikos 198



*Oikeudelliset todistelunrajoitteet rikosasiassa* on oikeustieteellinen väitöstutkimus, jossa tarkennetaan todistusoikeuden käsitteistöä ja yleisiä oppeja jäsentämällä Euroopan ihmisoikeustuomioistuimen ratkaisukäytännössä kehittyneitä periaatteita todistelunrajoitteista ja todisteen hyödyntämiskielloista suhteessa uudistettuihin, kansallisiin todistelua rajoittaviin säännöksiin.

Todistelun vapautta rajoittavien oikeusnormien vaikutusta pyritään kuvaamaan aikaisempaa monipuolisemmin ja kehittämään käsitteellinen viitekehys, jolla voidaan kuvata kaikkia oikeudellisia todistelunrajoitteita sekä niiden toimintatapaa. Perustana on tällaisten normien kolmen keskeisen ominaisuuden eli kohteen, joustavuuden ja ulottuvuuden erottaminen.

Tutkimus on hyödyksi paitsi todistusoikeuden tutkijoille myös käytännön juristeille, jotka yhä useammin joutuvat arvioimaan oikeudellisten todistelunrajoitteiden soveltuvuutta ja vaikutuksia.

OTM, KTK, VT Jurkka Jämsä on opiskellut Tampereen ja Helsingin yliopistoissa sekä työskennellyt valmistumisensa jälkeen pääosin tuomioistuinlaitoksessa.

